

« Le champs territorial de l'application d'une constitution nationale »

Krzysztof Wojtyczek
Université Jagellonne, Cracovie, Pologne

1. Remarques préliminaires.

L'étude du champs territorial d'application d'une constitution nationale exige un bref rappel de la notion de norme juridique (règle de droit, *legal norm*) et des ses rapports avec le territoire. Une norme juridique est, selon l'Ecole de Poznań de la théorie du droit, un énoncé qui prescrit d'une façon univoque à un destinataire se trouvant dans une situation donnée, appelée hypothèse de la norme, un comportement obligatoire, appelé disposition de la norme. Le comportement défini par la disposition de la norme est toujours un comportement obligatoire, car un comportement non conforme au modèle prescrit sera habituellement sanctionné en vertu seconde norme qui impose à un pouvoir public d'appliquer une sanction définie dans l'hypothèse de la violation de la première norme. Les différents éléments de la norme juridique peuvent entrer en relations très variées avec un territoire donné. Un état de fait constituant l'hypothèse d'une norme juridique peut inclure des références de différentes sortes à des territoires spécifiques. On peut donner ici quelques exemples. L'hypothèse de la norme peut prévoir le fait de résider à l'étranger ou d'être le propriétaire d'un bien immeuble à l'étranger. De même, la disposition de la norme peut contenir des références variées à un territoire donné. Elle peut ordonner ou interdire par exemple des comportements devant avoir lieu sur un territoire donné, des comportements envers des sujets de droit se trouvant sur un territoire donné ou des comportements produisant des effets sur un territoire donné. Enfin la seconde norme, celle qui prévoit des sanctions, en cas de violation de la première norme peut prescrire, l'application de ces sanctions sur territoire donné. Souvent les références à des territoires spécifiques ne sont pas formulées de façon expresse dans la disposition du texte normatif qui énonce une norme juridique mais restent sous-entendues et sont mises en évidence en cas de besoin par l'autorité chargée de faire appliquer la norme juridique.

Le droit moderne se développe dans un cadre juridique international spécifique, celui de l'Europe westphalienne, défini par les traités de Westphalie de 1648. Le système westphalien se fonde sur l'idée juxtaposition des pouvoirs souverains des monarques absolus. On peut le résumer par la formule: un territoire, un Etat, pouvoir souverain. Dans le système westphalien le territoire est le critère fondamental qui permet de délimiter le pouvoir des différents Etats. Ce critère ne permet pas toujours de mener cette délimitation de façon univoque car un état de fait pertinent pour le juriste peut avoir des liens tout aussi forts avec des territoires des différents pays. Le critère territorial peut aboutir parfois à situation de concurrence des compétences territoriales des différents Etats. Toutefois, d'une façon générale, le critère territorial est suffisamment opérationnel pour résoudre la plupart des problèmes qui se posent.

L'Etat moderne exerce son pouvoir dans des limites définies par le droit international. Il dispose d'une compétence territoriale qui lui permet de régir toutes les relations sur son territoire ainsi que d'une compétence personnelle qui lui permet de régir le statut de ses nationaux de ses navires avions et vaisseaux spatiaux, quelque soit l'endroit où ils se trouvent. Le droit international peut lui permettre aussi dans certains cas d'exercer une compétence sur personnes qui normalement n'entrerait pas dans le champs de sa compétence. Un Etat ne peut pas, en tout cas, étendre ses compétences au delà de ce qui est permis par le droit international. Avec le développement du droit international, le principe de la compétence territoriale sera fondé sur le critère du lien rationnel avec le territoire national et complété par des titre de juridiction plus spécifiques, comme celui de la personnalité passive ou le principe de protection.

2. L'Etat moderne et le territoire.

Les sciences sociales décrivent toute une série de phénomènes qui accentue la déconnexion du droit et du territoire. Premièrement, les développements des échanges internationaux conduit à la prolifération des relations juridiques transfrontalières pour lesquelles le critère territorial n'est plus suffisant pour résoudre les conflits des compétences entre différents Etats. Deuxièmement, les individus, les produits, la production, les services et les capitaux circulent de plus en plus facilement d'un pays à l'autre. Troisièmement, l'Etat moderne entreprend un nombre croissant d'actions qui produisent des effets en dehors du territoire national.

Les différentes actions de l'Etat qui produisent des effets extraterritoriaux peuvent être classés en plusieurs catégories.

1) Il faut, premièrement, citer les instruments habituels de la politique étrangère autorisés par le droit international et destinés à produire des effets sur et dans les pays étrangers et sur leurs ressortissants. Ces moyens d'action incluent d'une part : les moyens d'action diplomatiques (rencontres bilatérales et multilatérales, notes diplomatiques, conférences internationales...) et, d'autre part, des moyens d'action économique (politique douanière, décisions relatives à l'accès des investisseurs étrangers au marché national, aide économique accordée à d'autres Etats souvent sous conditions politiques, garanties des crédits accordés à d'autres Etats, fixation des prix des matières premières, embargo sur l'exportation de certains produits...).

2) L'Etat peut édicter une législation à avec effet extraterritorial, régissant des comportements des destinataires se trouvant à l'étranger. Cette législation peut avoir un fondement dans la compétence personnelle de l'Etat si elles concerne les nationaux, les navires et les avions de l'Etat qui légifère. Elle peut avoir aussi un fondement dans le principe de protection ou dans le principe de la personnalité passive. Elle ne doit pas régir de relations sociales sans lien suffisant avec l'Etat et ne peut en aucun cas s'ingérer dans la sphère de la compétence interne exclusive d'un autre Etat. Par ailleurs, un Etat, dans circonstances habituelles, ne peut pas faire appliquer sa législation sur le territoire d'un autre Etat les mesures nécessaires à la mise en oeuvre de cette législation, et notamment les sanctions, doivent être prononcées et appliquées sur son propre territoire.

3) L'Etat peut exercer la puissance publique en entreprenant des actions ponctuelles en dehors de son territoire. Ces actions peuvent avoir lieu dans les espaces libres de toute compétence territoriale, comme la pleine mer ou l'espace interplanétaire. On peut donner ici

l'exemple de l'arrestation opérée en pleine mer par les forces de l'ordre nationales. Un Etat peut aussi entreprendre des actions sur le territoire d'un autre Etat, mais des telles actions nécessitent l'accord de l'Etat intéressé. Un tel accord peut être donné pour une action ponctuelle, il peut résulter aussi avoir un caractère général et résulter d'un traité international ou d'un acte d'une organisation supranationale, pris en vertu de l'habilitation accordée par le traité constituant cette organisation. L'exemple souvent cité dans ce contexte est la poursuite transfrontalière par la police nationale dans l'espace Schengen. Il arrive parfois que l'Etat entreprenne des actions sur le territoire d'un autre Etat en violation du droit international. On peut donner ici l'exemple d'enlèvement des personnes suspectés d'avoir commis des crimes ou des délits commis contre l'Etat qui effectue l'enlèvement.

4) L'Etat peut exercer des compétences étatiques plus ou moins étendues sur le territoire d'un autre Etat. Cet exercice peut avoir lieu dans des cas de figure très différents.

Tout d'abord un Etat peut ouvrir son ordre juridique, en reconnaissant la validité, dans cet ordre, d'actes juridiques individuels pris par des autorités d'un autre Etat. Il peut s'agir ici d'actes administratifs ou de jugement rendus par des autorités judiciaires. Cette reconnaissance doit avoir pour fondement un accord international qui peut soit prévoir un régime de reconnaissance mutuelle soit une ouverture unilatérale. Dans ce dernier cas, on peut parler d'un transfert des compétences étatiques d'un Etat vers un autre Etat.

Le transfert des compétences peut porter aussi sur des compétences normatives. Dans ce cas un Etat ouvre son ordre juridique dans un domaine déterminé au droit d'un autre Etat. On peut donner ici trois exemples. Par un traité conclu entre la France et Monaco, Monaco transfère à la France ses compétences en matière de législation douanière. De même Liechtenstein a transféré des compétences en matière douanière à la Suisse. L'Allemagne a transféré des compétences normatives mais aussi exécutives en matière douanière à la Suisse pour le territoire de Büsingen qui constitue une enclave allemande sur le territoire suisse.

Un Etat peut transférer à un autre Etat partiellement ou en totalité sa compétence territoriale sur un territoire donné. On peut donner ici l'exemple du bail, aujourd'hui expiré, de Hongkong accordé par la Chine au Royaume-Uni ou du statut de la base de Guantanamo Bay à Cuba, placée sous la compétence territoriale des Etats-Unis suite à un accord international conclu entre les deux Etats.

Un Etat peut exercer des compétences sur le territoire d'un autre Etat dans le cadre des missions de paix et des missions de maintien de l'ordre. Ces missions peuvent être mandatés par les Nations Unies, par des organisations régionales, par des accords internationaux multilatéraux ou mêmes par des accords internationaux bilatéraux.

Un Etat peut exercer des compétences d'un autre Etat pendant l'occupation suivant une guerre. Si la guerre est défensive cette occupation est peut être légale du point de vue du droit international. On peut donner ici l'exemple des compétences des puissances alliées exercées en Allemagne après la seconde guerre mondiale. Plus problématique du point de vue du droit international a été l'occupation de l'Iraq après la seconde guerre du Golfe.

Un Etat peut enfin administrer un territoire non indépendant. On peut rappeler ici le système des mandats dans le cadre de la Ligue des nations ou le système de tutelle dans le cadre de l'ONU.

3. La Constitution.

La constitution moderne est un acte juridique qui se distingue par trois traits caractéristiques : son contenu, sa forme et sa force obligatoire. La spécificité du contenu d'une constitution consiste en ce qu'elle énonce des normes juridiques régissant les principes de l'exercice du pouvoir dans l'Etat. La forme spécifique se traduit par une procédure particulière d'élaboration et de révision de la constitution. Cette procédure est plus complexe et plus lourde que la procédure législative ordinaire. La spécificité de la force juridique signifie que la Constitution que les normes qu'elle énoncent tiennent la place suprême dans le système juridique national. Toute norme juridique en vigueur dans le système juridique doit être conforme aux normes juridiques énoncées dans la constitution.

La Constitution moderne constitue une réaction à la monarchie absolue. A l'origine elle doit remplir deux fonctions essentielles. D'une part, elle doit organiser un Etat selon un projet politique rationnel: elle régit un pouvoir unique suprême, indépendant et exclusif sur le territoire étatique. D'autre part, elle limite, en même temps, le pouvoir de l'Etat en énonçant les droits fondamentaux. La constitution fixe ainsi des limites infranchissables au pouvoir de l'Etat. Elle devient l'outil de protection de l'individu face à l'arbitraire du pouvoir. Avec le développement de démocratie libérale, elle devient aussi l'instrument qui organise la souveraineté populaire et permet aux citoyens de participer aux affaires publiques, notamment par le droit de vote aux élections nationales.

La Constitution est par définition l'acte suprême de l'ordre juridique en vigueur sur le territoire national. Elle est le cadre et la mesure du droit en vigueur sur le territoire national. Ses normes s'appliquent à des situations de fait sur le territoire national et prescrivent des comportements sur le territoire national. On peut se poser la question si le champ territorial d'application de la Constitution et le territoire national sont des espaces coïncidents, autrement si la Constitution s'applique sur tout le territoire national et si elle s'applique uniquement sur le territoire national.

En examinant le champ d'application territoriale d'une constitution, outre le territoire national, il faut distinguer quatre autres notions qui permettent de décrire ce champ: le territoire de la participation politique, le territoire de l'organisation du pouvoir, le territoire de l'exercice du pouvoir et le territoire des actions étatiques.

Le territoire national est le territoire de l'Etat, au sens du droit international. C'est le territoire sur lequel l'Etat exerce ses droits souverains. Sur ce territoire, il dispose du monopole des moyens de contrainte qu'il peut utiliser à l'égard de tous sujets de droit, quelque soit leur appartenance étatique. Il peut exercer ses compétences législative, administrative et judiciaire à l'égard de tous les sujets de droit et de toutes les relations sociales ayant un lien suffisamment fort avec le territoire national.

Le territoire de la participation politique correspond au territoire dont les résidents ayant la nationalité de l'Etat en question peuvent participer à l'exercice du pouvoir politique au niveau central. Le territoire dont les résidents, bien qu'ayant nationalité de l'Etat concerné, ne peuvent pas participer au pouvoir au niveau central ne fait pas partie du territoire de participation politique. Il faut préciser ici qu'il s'agit ici de participation politique sur la base territoriale. De plus en plus d'Etats permettent, en effet, l'exercice des droits politiques, notamment du droit de vote, à leurs nationaux qui résident à l'étranger. Dans ce cas, la participation politique repose sur une base personnelle et non territoriale. Le territoire de la participation politique n'inclut pas les territoires des Etats étrangers où résident les nationaux pouvant participer aux élections, mais, d'un autre côté peut s'étendre dans certains cas au delà

du territoire national (au sens du droit international), par exemple en cas d'annexion d'un territoire contraire au droit international.

Le territoire de participation politique peut être plus réduit que le territoire national si les nationaux qui résident dans certains territoires ne peuvent pas participer de fait ou de droit à la vie politique au niveau national. On peut donner ici l'exemple de Puerto Rico dont les habitants ont la nationalité américaine mais ne participent pas aux élections fédérales : ils n'élisent pas de représentants, pas de sénateurs et pas d'électeurs présidentiels. De même, les nationaux britanniques qui résident dans l'Ile de Man n'élisent pas de députés à la Chambre des communes.

Le territoire d'organisation du pouvoir politique correspond au territoire sur lequel est organisé de façon permanente un appareil étatique exerçant la puissance publique et réalisant des missions publiques. Dans les cas des Etats-Unis ce territoire inclut notamment Puerto Rico et d'autres territoires dépendants des Etats-Unis. Le territoire d'organisation du pouvoir politique peut s'étendre au delà du territoire national et inclure des territoires qui ne font pas partie du territoire national mais sur lesquels l'Etat exerce la compétence territoriale. On peut citer ici l'exemple de Hongkong avant sa restitution à la Chine par le Royaume-Uni et de Guantanamo Bay, faisant partie du territoire d'organisation du pouvoir politique des Etats-Unis.

Le territoire de l'exercice du pouvoir publique est celui où l'Etat exerce la totalité ou une partie des attributs de la puissance publique. L'Etat peut exercer le pouvoir publique non seulement en dehors de son territoire national, mais aussi au delà de son territoire d'organisation politique notamment dans les espaces libres de toute compétence territoriale, comme la pleine mer. Dans certains cas le territoire d'exercice du pouvoir publique peut inclure des territoires appartenant à d'autres Etats, notamment en cas des missions internationales de maintien de la paix et de maintien de l'ordre.

Enfin, le territoire de l'action étatique est le territoire sur lequel l'Etat entreprend des actions. Il faut souligner ici que l'action étatique ne consiste pas toujours à exercer la puissance publique. Un Etat peut, en toute conformité au droit international, entreprendre des actions visant à produire des effets politiques ou économiques dans d'autres Etats. De nos jours le territoire de l'action étatique peut s'étendre à l'ensemble de la surface de la planète.

4. Les dispositions constitutionnelles délimitant le territoire national.

La plupart des Constitutions ne régissent pas de façon expresse leur champs d'application territoriale. Ceci peut s'expliquer par le fait que la délimitation du territoire national est souvent évidente pour les constituants, surtout si les frontières de l'Etat ne sont pas contestées par les autres Etats et en particulier par les Etats limitrophes. Le silence constitutionnel peut correspondre à une tradition juridique nationale qui est celle de ne pas indiquer expressément le territoire sur lequel s'applique la législation, celle-ci devant s'appliquer sur l'ensemble du territoire national dont l'étendue ne fait pas de doutes.

Toutefois, un contexte politique spécifique peut inciter le pouvoir constituant à introduire des clauses qui ont pour but de définir d'une façon plus ou moins précise le territoire national. On peut donner ici notamment l'exemple de la Constitution de République d'Irlande de 1937. Initialement l'article Article 3 de la Constitution Irlandaise stipulait:

“Pending the re-integration of the national territory, and without prejudice to the right of the Parliament and Government established by this Constitution to exercise jurisdiction

over the whole of that territory, the laws enacted by that Parliament shall have the like area and extent of application as the laws of Saorstát Éireann and the like extra-territorial effect.”

Cette disposition considérait l'Irlande du Nord comme faisant partie du territoire national irlandais et exprimait le désir d'intégrer cette province dans la République d'Irlande. D'un autre côté, elle reconnaissait que l'Irlande du Nord se trouvait sous la compétence territoriale du Royaume-Uni et limitait donc la compétence territoriale de la République d'Irlande. Selon la doctrine juridique irlandaise, l'effet extraterritorial dont parle cette disposition était le même que l'effet extraterritorial sur le territoire de tout autre Etat. Dans l'esprit de ses auteurs, la Constitution irlandaise réduisait son territoire d'organisation politique et son territoire d'exercice du pouvoir par rapport au territoire considéré comme territoire national.

Actuellement la disposition citée a été remplacée par l'article 6 dont la teneur est la suivante:

“It is the firm will of the Irish Nation, in harmony and friendship, to unite all the people who share the territory of the island of Ireland, in all the diversity of their identities and traditions, recognising that a united Ireland shall be brought about only by peaceful means with the consent of a majority of the people, democratically expressed, in both jurisdictions in the island. Until then, the laws enacted by the Parliament established by this Constitution shall have the like area and extent of application as the laws enacted by the Parliament that existed immediately before the coming into operation of this Constitution.”

La nouvelle formule ne préjuge pas du statut international du territoire de l'Irlande du Nord et notamment de son appartenance au territoire national de la République d'Irlande.

Loi fondamentale allemande énumère les Länder où s'applique la Loi Fondamentale de 1949. Initialement, cette disposition délimitait le territoire d'application de la loi fondamentale (le territoire de la RFA) dans un contexte où la République Fédérale Allemande prétendait à parler au nom de tout le peuple allemand, aspirait à réaliser l'unité allemande et reconnaissait un statut juridique particulier au territoire allemand dans les frontières du 31 décembre 1937. Le territoire de participation politique et d'organisation politique de la loi fondamentale se réduisait au territoire fédéral. Aujourd'hui, la disposition de la Loi fondamentale énumérant les différents Länder souligne le fait que la question de l'unité allemande et des frontières de l'Allemagne a été définitivement close.

Un autre exemple de disposition constitutionnelle qui a pour but de délimiter partiellement le territoire national est la loi fondamentale israélienne sur Jérusalem, capitale d'Israël, adoptée en 1980. Selon l'art. 1^{er} de cette loi fondamentale, « Jérusalem, toute et unifiée, est la capitale d'Israël ». Cet Etat souhaite ainsi exprimer ses droits souverains sur Jérusalem dans son ensemble, dans un contexte où ses droits sur la partie orientale de cette ville sont contestés par la communauté internationale.

Les dispositions citées qui ont pour but de délimiter le territoire national mais ne répondent pas à la question sur la possibilité d'appliquer la Constitution en dehors de ce territoire.

5. Les limitations de l'application de la Constitution sur le territoire de l'Etat.

La Constitution peut limiter d'une façon expresse ou implicite l'application de celle-ci sur une partie du territoire étatique au sens du droit international. Parfois cette limitation résulte non pas d'une disposition expresse de la Constitution elle-même, mais de la pratique institutionnelle ou des dispositions législatives. Dans des tels cas, le champs territorial

d'application de l'ensemble ou des certaines normes constitutionnelles reste au deçà de l'étendue de la compétence territoriale de l'Etat, définie par le droit international. Cette limitation a le plus souvent pour but de réduire le territoire de la participation politique par rapport au territoire national, en privant les nationaux résidents sur certaines parties du territoire de l'Etat des droits politiques effectifs ou carrément de la citoyenneté.

La limitation de l'application de la Constitution sur le territoire de l'Etat a lieu dans des Etats composés dont certaines parties jouissent d'un statut particulier en droit interne. Une limitation du champs territorial d'application de la Constitution peut notamment avoir lieu si l'Etat administre des territoires dépendants qui n'ont pas été incorporés à la métropole mais jouissent d'un statut particulier au sein de cet Etat. L'Etat peut considérer un territoire dépendant comme une partie de son territoire, tout en estimant que la spécificité géographique ou culturelle justifie un statut juridique spécial. Un territoire se trouvant sous la souveraineté d'un Etat et faisant partie de son territoire au sens du droit international peut pourtant être considéré par le droit interne cet Etat comme une entité distincte de lui. Parfois le droit national distingue entre la métropole (l'Etat au sens du droit interne) et une entité plus vaste (l'Empire ou l'Etat au sens du droit international), englobant la métropole (l'Etat) et les territoires dépendants, distincts de la métropole. Même s'il n'existe pas de constitution commune pour cet ensemble plus vaste, les relations entre la métropole et les territoires à statut particulier sont toujours régies par le droit. Il existe donc toujours une constitution au sens matériel qui régit les relations entre la métropole et les territoire soustraits à la Constitution au sens formel. Elle joue le rôle de méta-constitution à l'égard des constitutions des différentes entités composant l'ensemble.

Parmi les exemples de dispositions constitutionnelles limitant l'application de la Constitution sur le territoire de l'Etat on peut donner ici l'exemple de la Constitution française de 1791 qui statuait:

« Les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique, quoiqu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution » (titre VII art. 8 phrase 2).

La Constitution de 1791 distinguait entre la France (appelée aussi *le Royaume*) et l'Empire français qui englobait la France et les territoires dépendants. Elle s'appliquait uniquement en France (métropolitaine), limitant à celle-ci non seulement le territoire de participation politique mais aussi la portée territoriale de la garantie des droits.

La Constitution américaine distingue entre les Etats (*States*, c'est-à-dire les Etats fédérés) et les territoires (*territories*) appartenant aux Etats-Unis. Ainsi l'Etat fédéral américain se compose des Etats et des territoires. Le Congrès fédéral est compétent pour disposer de ces territoires et pour faire les lois en vigueur sur ces territoires (art. IV section 3, al. 2 de la Constitution américaine). Cette clause est interprété comme lassant au Congrès une liberté d'action plus large que dans le cas d'exercice par cet organe d'autres pouvoirs énumérés dans la Constitution.

Le droit américain distingue entre plusieurs catégories de territoires. La principale distinction est celle entre territoires non incorporés (*unincorporated territories*) et les territoires incorporés (*incorporated territories*). Ces derniers sont en général un stade transitoire avant l'acquisition du statut d'un Etat fédéré. L'incorporation signifie l'application des garanties constitutionnelles dans leur totalité. Il existe aujourd'hui 5 territoires non incorporés : Samoa, Guam, les Iles Mariannes, Puerto Rico et les Iles Vierges. La jurisprudence a dû trancher la question dans quelle mesure la Constitution doit s'appliquer dans les territoires non incorporés. Dans la pratique les tribunaux appliquent aux territoires non incorporés uniquement les dispositions constitutionnelles jugées fondamentales. Les territoires,

incorporés ou non, ne font pas partie du territoire de la participation politique de la Constitution américaine.

Une limitation de l'application d'une Constitution nationale peut résulter d'un transfert des compétences étatiques à un autre Etat ou à une organisation internationale. Un tel transfert des compétences conduit inévitablement à exclure les domaines touchés par ce transfert du champs d'application de la Constitution nationale. Ainsi par exemple, la Suisse qui édicte les dispositions législative douanières applicables au Liechtenstein est liée par sa propre constitution et par le traité international conclu avec le Liechtenstein mais n'est pas tenue d'appliquer la Constitution du Liechtenstein.

De même, il est au dehors de question que l'Union européenne soit en mesure de se conformer à toutes les dispositions des constitutions nationales des 27 Etats-membres. Même si certaines cours constitutionnelles continuent d'affirmer une suprématie absolue ou atténuée de la Constitution nationale sur le droit de l'Union européenne, elles n'osent pas censurer ce droit pour violation de la constitution. La sphère des compétences transférées à l'Union européenne, qu'on le veuille ou non et quoi que dise la doctrine nationale, échappe complètement aux contraintes imposées par les constitutions nationales. On assiste donc à une limitation fonctionnelle de l'application de la Constitution nationale dans les domaines où l'Etat a transféré ses compétences. La constitution nationale reste la norme suprême uniquement dans le domaine de la compétence étatique retenue et perd sa position suprême dans le domaine des compétences transférées. Bien que cela soit en général contraire à la volonté des constituants, une clause autorisant un transfert des compétences à une organisation internationale ou supranationale, limite de façon implicite le champs d'application de la constitution nationale avec des tels transferts.

6. L'application extraterritoriale de la Constitution.

Le territoire d'exercice du pouvoir publique et le territoire d'action étatique s'étendent au delà du territoire national. On peut se poser la question si le champs d'application de la Constitution est coïncident avec l'un de ces territoires.

Il est très rare qu'une Constitution régisse de façon expresse son application à des situations ou des personnes en dehors du territoire national. La disposition précitée de la Constitution de l'Irlande qui évoque la possibilité d'adoption des lois de la République d'Irlande d'application extraterritoriale en Irlande du Nord fait partie des rares exceptions. Toutefois, les constitutions contiennent souvent des dispositions qui peuvent avoir une dimension extraterritoriale indéniable.

A titre d'exemple, on peut présenter ici des telles dispositions contenues dans la Constitution polonaise. Cet acte normatif accorde des droits à certaines personnes à l'étranger. Ainsi l'Etat assure la protection des nationaux polonais à l'étranger. Il aide les Polonais à l'étranger à garder des liens avec l'héritage culturel national. Cette disposition concerne aussi bien les nationaux polonais que les ressortissants étrangers se réclamant de l'identité ethnique polonaise. La Pologne reconnaît le droit de s'établir en Pologne aux personnes dont l'origine polonaise a été constatée conformément à la loi. Enfin, une disposition concerne spécifiquement les étrangers, en prévoyant le droit d'asile. Par ailleurs, l'art. 117 phrase 1^o de la Constitution polonaise prévoit expressément la possibilité d'entreprendre certaines actions en dehors du territoire national. Cette disposition exige en effet que les modalités de l'utilisation des forces armées polonaises en dehors des frontières de l'Etat soient régies par une loi ou un engagement international.

Il faut noter que certaines compétences constitutionnelles des pouvoirs publics dans les pays modernes peuvent dépendre des situations de fait en dehors du territoire national. Il en est ainsi des dispositions qui autorisent les pouvoirs publics à proclamer un état d'exception en cas de menace extérieure.

Certaines constitutions contiennent des dispositions qui de façon implicite déterminent les limites de l'action extraterritoriale de l'Etat. Ainsi, par exemple, selon le Préambule de la Constitution française de 1946, « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». De même, selon l'art. 9 de la Constitution polonaise, « la République de Pologne respecte le droit international qui la lie ». Ces dispositions exigent le respect du droit international. Par la même elles interdisent des actions avec effet extraterritorial ou des actions sur territoire d'un Etat étranger qui seraient contraire au droit international. En particulier, l'Etat ne peut étendre sa compétence législative sur des questions extraterritoriales au delà de ce qui est permis par le droit international.

Des limitations expresses de l'action extraterritoriale de l'Etat peuvent résulter aussi d'autres dispositions constitutionnelles. Ainsi selon l'art. 11 de la Constitution italienne : « L'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux. » De même selon l'art. 9 de la Constitution japonaise, le peuple japonais renonce à la guerre ainsi qu'à la menace de l'utilisation de la force et à l'utilisation de la force.

Certaines constitutions contiennent des dispositions accordant un statut particulier à des territoires en dehors de l'Etat. Dans ce cas, il peut s'agir des territoires historiques qui pour certaines raisons restent ne font pas partie du territoire étatique. Les dispositions constitutionnelles peuvent exprimer le désir de récupérer ou d'acquérir ces territoires. Ainsi l'art. 23 de la Loi fondamentale allemande prévoyait initialement la possibilité de rejoindre la République Fédérale Allemande pour les autres « parties de l'Allemagne ».

Les conflits militaires récents, la lutte contre le terrorisme menée par certains pays ainsi que la multiplication des opérations internationales de maintien de paix ont soulevé dans un certains nombres des pays la question de l'application des règles constitutionnelles et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme aux troupes militaires et aux agents de l'Etat à l'étranger. La question de l'application extraterritoriale s'est posée notamment à propos du Pacte international relatif aux droits civils et politiques Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le problème à résoudre était celui de l'interprétation des clauses régissant le champs d'application de ces instruments. Selon l'art. 2 al. 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

L'art. 1er de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales statue :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. »

Il existe une jurisprudence de plus en plus riche relative à ces dispositions, il faut noter aussi une prolifération d'études publiées récemment sur ces problèmes dans les revues internationales. Un examen détaillé de cette question dépasse le cadre de la présente étude, il suffit de remarquer ici que la jurisprudence internationale a admis, sous certaines conditions,

l'application extraterritoriale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. De même, la jurisprudence de la Cour européenne a admis, sous certaines conditions, une application extraterritoriale de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Les décisions rendues par les organes internationaux peuvent constituer un argument complémentaire dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles.

La question de l'application des règles constitutionnelles aux troupes militaires et aux agents de l'Etat à l'étranger a été particulièrement étudiée par la doctrine allemande. Selon la position qui domine en Allemagne, les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande sont en principe applicables à l'action extraterritoriale menée par l'Allemagne. Notamment, les militaires allemands à l'étranger sont contraints de respecter les droits fondamentaux définis par la Loi fondamentale. Pour chaque droit, les autorités compétentes doivent toutefois examiner soigneusement si la nature de ce droit permet son application extraterritoriale.

La question de l'application extraterritoriale des dispositions constitutionnelles a été examinée par la jurisprudence et la doctrine américaine. La Constitution américaine est muette sur ce point. Les tribunaux américains, initialement, se sont tenus à une application strictement territoriale de la Constitution américaine. L'un des arguments contre une application extraterritoriale de la Constitution était le fait que celle-ci ne s'appliquait que partiellement dans les territoires non incorporés. *A fortiori* son application semblait exclue en dehors du territoire américain. Toutefois, il semble que ces décisions ont été avant tout motivées par considérations pratiques, les cours ne souhaitant pas lier les mains des autorités politiques. Au 20^e siècle la jurisprudence a évolué vers une application extraterritoriale des certaines garanties constitutionnelles, les questions étant tranchées au cas par cas. La question a resurgi récemment avec l'internement des prisonniers à Guantanamo Bay. La décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Rasul v. Bush* en date du 28 juin 2004 qui admet que les tribunaux américains sont compétents pour examiner les recours introduits par les étrangers détenus à Guantanamo Bay contre la légalité de leur détention conforte cette extension prudente de l'effet extraterritorial de la Constitution américaine.

La doctrine polonaise a aussi commencé à s'intéresser à ces questions. Il faut noter que la constitution polonaise contient une disposition qui précise l'étendue de l'application des dispositions relatives aux droits constitutionnels. Ainsi selon l'art. 37 al. 1^{er} « Celui qui se trouve sous le pouvoir de la République de Pologne jouit des libertés et des droits garantis dans la Constitution. » Il faut noter que cette disposition évoque l'art. 1^{er} de la CEDH et art. 2 al 1^{er} du Pacte international, précités. Il ne fait aucun doute que les droits fondamentaux garantis par la constitution polonaise doivent s'appliquer partout où la République de Pologne exerce le pouvoir sur les personnes physiques et morales et donc aussi en dehors du territoire national. Ainsi les troupes polonaises stationnant en Iraq et en Afghanistan sont liées par les ces dispositions, dans la mesure où elles exercent le pouvoir sur les personnes. On peut, par contre, se poser la question si les personnes touchées par des opérations militaires se trouvent sous le pouvoir de la République de Pologne. Une opération militaire est-elle une forme d'exercice du pouvoir de l'Etat sur des personnes ?

La question de l'application de normes constitutionnelles aux action extraterritoriales doit toujours être résolue sur la base des dispositions constitutionnelles pertinentes. La réponse peut varier d'un pays à l'autre toutefois, la plupart des constitutions passent ce problème sous silence. L'interprète du texte constitutionnel doit se référer dans ce cas à des principes constitutionnels généraux ainsi qu'à des principes souvent sous-entendus, sous-tendant la conception nationale du système juridique. Toutefois certains arguments et certains

problèmes posés par l'application extraterritoriale des normes constitutionnelles, quelque soit la solution retenue, ont une dimension universelle et doivent de ce fait être pris en compte dans l'interprétation de la Constitution nationale.

La constitution nationale peut contenir des dispositions spécifiques qui fixent les grandes orientations de la politique étrangère et d'action extraterritoriale éventuelle. Elle fixe un ordre objectif des valeurs que l'Etat doit réaliser, dans l'ordre intérieur et, en même temps, doit promouvoir, dans la mesure des moyens disponibles, dans les relations internationales. Toutefois, en général, les dispositions constitutionnelles n'imposent pas d'obligations positives d'entreprendre des actions à l'étranger. Par contre, les dispositions constitutionnelles peuvent imposer des obligations négatives en fixant les limites d'actions entreprises à l'étranger.

Le principal argument en faveur de la soumission à la Constitution de toute action de l'Etat avec effet extraterritorial est le principe de l'Etat de droit. Dans un Etat de droit, toute action de l'Etat est soumise au droit en général et à la Constitution comme acte normatif suprême en particulier. La Constitution est censée, en principe, encadrer l'exercice du pouvoir dans sa totalité. A priori aucune sphère de l'exercice du pouvoir politique n'échappe à l'emprise de la Constitution. En principe, seule une disposition constitutionnelle expresse pourrait s'opposer à l'application de cet acte à des actions avec effet extraterritorial. Tout acte imputable à l'Etat en vertu des normes du droit international devrait être conforme à la Constitution. Le champ d'application de la Constitution devrait s'étendre à l'ensemble des actes entrepris par l'Etat et inclure toute la sphère de la juridiction étatique, aussi bien toute la compétence territoriale que toute la compétence personnelle. Ce champ devrait donc coïncider avec le territoire de l'action étatique défini ci-dessus. Une position contraire pourrait remettre en cause les valeurs constitutionnelles fondamentales et inciter l'Etat à contourner les limites constitutionnelles en délocalisant certaines actions en dehors de son territoire, comme l'illustre l'exemple du camp de détention à Guantanamo Bay. De plus, le principe de territorialité ne constitue pas un argument convainquant pour circonscrire l'application de la constitution. Il faudrait donc adopter comme point départ la présomption de l'application extraterritoriale de la Constitution nationale. Toutefois une telle application, n'est pas exempte des problèmes importants dans la pratique.

Premièrement, les garanties constitutionnelles ne peuvent s'appliquer que dans la mesure où une opération est imputable à l'Etat sur le plan international. Il faut donc que des agents et des entités agissent sous le contrôle de l'Etat. Dans le cadre des opérations militaires internationales, l'Etat peut placer ses troupes sous un contrôle plus ou moins poussé d'un commandement militaire international ou multinational ou sous un commandement militaire mis en place par une organisation internationale. Dans la mesure où ce commandement contrôle l'action des agents et des entités de l'Etat, les règles constitutionnelles nationales ne sont pas applicables. Toutefois, dans la pratique, les Etats transfèrent le plus souvent ce que l'on appelle le contrôle opérationnel (*OPCON*) et garde un contrôle poussé sur leurs agents et les troupes.

Deuxièmement, il faut prendre en compte le droit qui s'applique. En cas d'occupation d'un territoire, le droit local reste en principe applicable, la puissance occupante ayant des compétences normatives assez réduites, et limitées aux mesures nécessaires à assurer la sécurité des troupes et l'ordre public. Une puissance occupante ne peut pas étendre de façon arbitraire son droit national sur le territoire occupé. Dans le cas de l'occupation de l'Iraq, l'Autorité Provisoire de la Coalition a (*Coalition Provisional Authority*) édicté un certain nombre des textes normatifs qui complètent ou modifie le droit iraquien antérieur. Les troupes des pays membres de cette coalition ont eu à appliquer ces textes ainsi que le droit local. Or le droit iraquien et le droit de l'Autorité Provisoire de la Coalition ont été produits sans égard

à la Constitution du pays occupant. Les différentes règles de droit peuvent ne pas être compatibles avec cette Constitution.

Troisièmement, la possibilité de l'application extraterritoriale des droits fondamentaux dépend de leur contenu. Les droits qui se prêtent à une application extraterritoriale sont surtout des libertés et droits négatifs. La possibilité de l'application des droits sociaux dépend de l'étendue des compétences exercées de façon extraterritoriale. En cas de mission de paix, aux objectifs limités il n'est pas concevable de faire respecter des droits sociaux. Par contre, en cas d'occupation d'un territoire après un conflit armé, la puissance occupante est responsable du bien-être des populations occupées et doit entreprendre des mesures visant à assurer des droits sociaux fondamentaux. Toutefois, le rôle de la puissance occupante est limité par le caractère transitoire de l'occupation. De plus, la garantie de ces droits repose en premier lieu sur les institutions existantes dans l'Etat en question ou à la rigueur sur des institutions mise en place par la puissance occupante. Il n'est pas question d'étendre le champs d'action les institutions nationales chargées d'assurer les droits sociaux aux territoires sous occupation.

En ce qui concerne les droits politiques, ceux-ci sont par définition liés à la nationalité et sont exercés dans les relations avec son propre Etat. Les droits politiques garanties par la Constitution ne peuvent pas concerner les étrangers à l'étranger. Toutefois, dans un pays démocratique on peut se poser la question si les droits politiques ne constituent pas des directives de politique étrangère imposant de promouvoir des droits similaires au niveau international comme standards applicables dans d'autres pays. Les opérations militaires doivent donc promouvoir la démocratie ou aider à mettre en place des institutions démocratiques dans les pays concernés.

Quatrièmement, les standards nationaux de protection de droit fondamentaux ne sont pas toujours adaptés à des situations où l'Etat entreprend des actions extraterritoriales. La constitution réserve en général les matières relatives aux droits fondamentaux à la loi, c'est-à-dire à la loi nationale. Or les troupes militaires doivent souvent appliquer la loi étrangère ou des dispositions prises par des autorités internationales compétentes ou des autorités d'occupation. Dans ces cas la réserve de la loi nationale est inapplicable.

Le cinquième problème est lié aux garanties formelles des droits constitutionnels. La signification réelle des dispositions relatives aux droits fondamentaux dépend en grande partie des garanties formelles de ces droits. Ces garanties constituent un élément important qui détermine la portée réelle des droits constitutionnels. Les constitutions peuvent prévoir des garanties formelles comme le droit au juge, le recours constitutionnel ou l'accès à l'Ombudsman. Dans certains pays les constitutions prévoient un grand nombre des recours spécifiques destiné à assurer la protection des droits contre des types de menaces particulières, comme l'*habeas corpus* en droit anglo-saxon. En cas d'action extraterritoriale, se pose la question de la compétence des tribunaux nationaux. Très souvent ces tribunaux déclinent leur compétence sous des prétextes divers. Telle a été par exemple la jurisprudence du Conseil d'Etat français à l'égard des actes pris par les autorités françaises d'occupation en Allemagne après la Seconde guerre mondiale. Souvent l'incompétence des tribunaux nationaux résulte du fait que les territoire étranger se situe en dehors du ressort de compétence de tous les tribunaux nationaux. Il est donc indispensable de créer des garanties formelles adéquates, comparables à celle offertes sur le territoire national, et notamment de garantir le droit au juge pour les nationaux des pays tiers touchés par les action menées. Le déficit de garanties juridiques est l'une des raisons qui gênent de le développement du contentieux relatif aux questions d'application extraterritoriale des constitutions.

Sixièmement, les actions militaires et les opérations de maintien de la paix sont menées dans des situations de crise. Il faut donc utiliser des instruments nécessaires à parer les menaces à la paix, à la sécurité publique et à l'ordre public ce qui suppose des pouvoirs

d'exception. Les situations de crise exigent une ingérence beaucoup plus poussée dans la sphère des droits fondamentaux que celle permise par les constitutions en situations « normales ». Or les dispositions constitutionnelles relatives aux états d'exception ont pour but de protéger l'Etat contre des menaces extérieures ou intérieures pesant sur ou contre le territoire national et, le plus souvent, ne peuvent pas être utilisées en cas des menaces contre d'autres Etats. La réglementation constitutionnelle des états d'exception est le plus souvent complètement inadaptée pour parer aux menaces auxquelles sont confrontés les troupes à l'étranger. Se pose donc la question des états d'exceptions extraterritoriaux applicables en cas d'action extraterritoriales menées par les Etats.

Il est plus facile d'appliquer la Constitution en tant cadre et mesure du droit à effet extraterritorial et tant que cadre et mesure de l'acte administratif à effet extraterritorial (acte administratif transnational). Si l'Etat édicte une législation à effet extraterritorial, elle est appliquée par des autorités se trouvant sur le territoire national. Dans ce cas, la mise en oeuvre des garanties formelles des droits fondamentaux ne devrait pas poser de problèmes spécifiques. En particulier, on peut recourir aux procédures habituelles de contrôle de constitutionnalité de normes. La constitution en tant que norme de référence a ici un double rôle.

D'une part, le fond des mesures prises doit être conforme aux normes constitutionnelles qui déterminent le contenu des normes législatives.

D'autre part, l'effet extraterritorial constitue une question à part qui doit être confrontée aux normes de référence constitutionnelles. La Constitution peut imposer le respect du droit international. Dans ce cas, la norme constitutionnelle peut être interprétée de manière à permettre de vérifier la conformité de la loi avec le droit international. De plus, en examinant la constitutionnalité de l'effet extraterritorial d'un texte normatif, il faut résoudre la question dans quelle mesure la Constitution nationale impose, de façon expresse ou implicite, de tenir compte des intérêts légitimes des Etats étrangers qui pourraient être affectés par ce texte.

Deuxièmement, si une loi prévoit expressément une limitation avec effet extraterritorial à un droit fondamental, les dispositions donnant une dimension extraterritoriale aux limitations doivent être conformes aux règles constitutionnelles qui déterminent les limites de l'ingérence législative dans la sphère des droits fondamentaux. En particulier, ces dispositions doivent être conformes au principe de proportionnalité. La dimension extraterritoriale d'une limitation doit être nécessaire pour atteindre des objectifs légitime du point de vue de la Constitution nationale. L'effet extraterritorial est contraire à la Constitution, s'il ne pas justifié par des objectifs légitimes ou s'il est disproportionné par rapport aux avantages obtenus. Toutefois, là aussi il faut tenir compte de la nature du droit fondamental en question et de sa possibilité d'application extraterritoriale.

Troisièmement, si la loi laisse ouverte la question de son propre effet extraterritorial, la Constitution peut donner des indications quant à la façon de résoudre cette question par les pouvoirs publics chargés de faire appliquer la loi. La loi doit être interprétée en conformité avec les principes constitutionnels qui déterminent les limites de l'ingérence législative dans la sphère des droits fondamentaux et en particulier avec le principe de proportionnalité.

De même, la constitution devrait constituer un cadre et une mesure pour l'acte administratif transnational. Celui-ci doit être conforme avec l'ensemble du droit national et donc aussi la Constitution nationale. En particulier, le contenu de l'acte doit être conforme avec les normes matérielles de la Constitution.

7. Conclusion

Le droit constitutionnel garde un assise territoriale certaine mais l'observation de la pratique institutionnelle permet de conclure qu'une déterritorialisation du droit national en général s'accompagne d'une déterritorialisation progressive des Constitutions nationales. L'intégralité territoriale ne peut plus être conçue comme l'exclusivité du pouvoir étatique sur le territoire national. La perte par l'Etat du monopole réel du pouvoir sur son territoire à pour corrélat l'extension des effets extraterritoriaux du pouvoir qui lui reste. Si territoire ne délimite plus à lui seul l'espace géographique du pouvoir de l'Etat, il reste toujours le point de départ pour mener cette délimitation. Dans ce contexte, seule une application extraterritoriale des normes constitutionnelles à toute action entreprise en dehors du territoire de l'Etat permet la réalisation effective des valeurs fondamentales exprimées par la Constitution nationale.