

L'apport du droit international positif à la définition constitutionnelle de la fonction de ministre des Affaires étrangères : un organe représentatif de l'État a priori inamovible

1103. Que vaut, dans l'ordre juridique français, la présomption de représentativité que la coutume internationale reconnaît de plein droit au ministre des Affaires étrangères ? Son caractère coutumier est-il de nature à faciliter sa prise en compte par la pratique constitutionnelle française ou constitue-t-il, au contraire, un obstacle rédhibitoire dans un système national où il est de principe que le droit écrit domine la hiérarchie des normes ?²⁵³⁹ *A priori*, ces problématiques laissent augurer d'une confrontation entre d'une part, la définition constitutionnelle française *traditionnellement* restrictive de la capacité représentative du Gouvernement²⁵⁴⁰ et, d'autre part, la conception large promue en ce domaine par la pratique internationale. Leur résolution s'annonce pour le moins périlleuse dans le cadre doctrinal français où la question de l'assujettissement de la Constitution par des normes extérieures suscite un profond « malaise et même des craintes quant à la survivance

2004 par le président américain George W. BUSH, elle s'inscrit dans le cadre de la guerre internationale contre le terrorisme. Sa logique plus messianique que véritablement légale a été diversement reçue par la Communauté internationale, notamment, par la France sous la présidence de Jacques CHIRAC. Elle a été vivement combattue par le ministre français des Affaires étrangères de l'époque, M. Dominique de VILLEPIN, dans un marquant plaidoyer pour le respect du droit international des conflits, prononcé le 14 février 2003 devant l'O.N.U.

²⁵³⁸ Voir *supra*, l'apport des jurisprudences « YERODIA » et « SHARON » en matière d'imminués juridictionnelles reconnues, respectivement, aux ministres des Affaires étrangères et aux chefs de gouvernement.

²⁵³⁹ Voir en ce sens la citation précitée du Professeur Raymond CARRÉDE MALBERG dans laquelle il désavoue l'invocabilité de la coutume pour « justifier un état de choses établi en fait » (*in Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, *Op. cit.*, p. 683.

²⁵⁴⁰ ZOLLER (E.), *Op. cit.*, p. 115; voir *supra*, Partie II-Titre II-Chap. I- Sect.I.

de la République »²⁵⁴¹. Toutefois, cette inquiétude peut être facilement levée par l'invocation du principe d'autonomie qui articule les ordres juridiques interne et international. La doctrine française l'interprète majoritairement en faveur du primat du droit interne sur le droit externe : « le droit international n'est partie intégrante du droit interne qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle du droit interne ; il ne vaut donc pas comme droit interne en vertu de sa propre essence »²⁵⁴². De son côté, « le droit international se borne à reconnaître l'existence du droit interne (...) »²⁵⁴³. Dans le domaine spécifique de la diplomatie, cette coexistence juridique se veut pacifique car il en va de la pérennisation des relations politiques des États. Ce n'est, donc, pas dans un rapport d'opposition que l'on propose d'inscrire la réflexion sur les sources externes hypothétiques de la pratique diplomatique française mais plutôt dans un rapport de subsidiarité.

1104. L'étude historique de l'action du ministre des Affaires étrangères a été l'occasion d'apprécier les logiques consensualistes et pragmatiques qui soustendent la politique juridique extérieure de la France depuis l'Ancien Régime. A cet égard, elle s'inscrit en faux contre une perception manichéenne de l'articulation des droits positifs qui l'enserrent dans l'ordre juridique interne et international. Dans cette optique, il sera question d'apprécier le degré d'influence – et non de contrainte – du droit international coutumier sur la conception juridique interne de la fonction de ministre des Affaires étrangères. Cette démarche prend appui sur le paradoxe qui a servi de postulat à l'étude de la fonction ministérielle sous la V^{ème} République, à savoir le flou normatif qui entoure sa représentativité malgré l'importance politique que cette dernière revêt en pratique. Sur ce point, on a vu que le silence de la Constitution avait été instrumentalisé principalement par le président de la République au point que le ministre des Affaires étrangères est présenté par la doctrine majoritaire comme

²⁵⁴¹ ASSO (B.), « L'idée républicaine et le droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Paul ISOART*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut du Droit de la paix et du développement, Éd. A. Pedone, 1996, p. 43.

²⁵⁴² DONNEDIEU DE VABRES (J.), « La Constitution de 1946 et le droit international », *D.*, 1948, Chron., p. 5 ; dans le même sens, lire PELLET (A.), « Vous avez dit "monisme" ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER*, Economica, 2006, p. 827-858.

²⁵⁴³ VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre le droit international et les droits internes », in *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, P.U.F., 1990, p. 109. Malgré tout, des voix discordantes se font entendre parmi les internationalistes. Le juriste allemand Heinrich TRIEPEL admet, dans certaines circonstances, que « le droit interne [est] permis par le droit international ». Sa position est pour le moins radicale : « On reconnaît à l'État le "droit" d'organiser sa Constitution comme il l'entend, d'édicter des lois pour ouvrir et fermer ses frontières aux personnes et aux choses, de réserver législativement le cabotage ou la pêche côtière à ses sujets, de déterminer le domaine d'application personnel et "territorial" de ses normes, etc... On doit d'élever là contre. Il ne peut jamais être question ici d'un "droit" » [*Droit international et droit interne*, Trad. par René BRUNET, Bibliothèque Française de Droit des gens de la Fondation Carnegie, Éd. A. Pedone (Paris), Imprimerie de l'Université (Oxford), 1920, p. 379].

« l'agent du chef de l'État »²⁵⁴⁴. En réalité, ce silence juridique se révèle particulièrement accommodant pour l'autonomie d'action du chef du Quai d'Orsay. On admet, d'ailleurs, volontiers, en matière internationale, que « la pratique exige le flou, l'ambigu, la ruse (...) »²⁵⁴⁵. L'évolution contemporaine de la fonction du ministre français des Affaires étrangères cautionne cet axiome.

1105. En marge des textes, ce sont souvent des usages mi-politiques, mi-juridiques qui ont suppléé les vides normatifs afin de situer le ministre dans la conduite de la politique extérieure ou qui ont, simplement, éclairé des dispositions obscures ou ambiguës. Dans une perspective complémentaire, la dichotomie envisagée dans la présente Section conduit à réfléchir sur l'éventuel apport des pratiques coutumières internationales à la conceptualisation du rôle constitutionnel du ministre des Affaires étrangères sous la V^{ème} République. A cette occasion, il ne sera pas question de se lancer dans un débat général sur le caractère moniste ou dualiste de l'ordre juridique français mais d'apprécier la perméabilité de la pratique constitutionnelle à ce progrès du droit international que constitue l'ouverture de la représentation étatique aux ministres des Affaires étrangères²⁵⁴⁶. L'identification de pratiques consensuelles ou, à tout le moins compatibles, contribuerait à enrichir au plan conceptuel la fonction juridique du ministre des Affaires étrangères, en même temps qu'elle consoliderait l'effectivité de sa représentativité.

1106. Au final, l'enjeu soustendu par le consensualisme juridique qu'inspire la représentativité du ministre des Affaires étrangères pourrait être problématisé de la manière suivante : le chef du Quai d'Orsay peut-il trouver dans le conditionnement international des relations diplomatiques des États, des exigences fondamentales qui seraient de nature à transcender les contingences politiques internes, et partant, à légitimer son statut privilégié de représentant de l'État à part entière? La réponse à ces interrogations suscite un raisonnement en deux temps. L'hypothèse d'une immutabilité de la fonction de ministre des Affaires étrangères prenant sa source dans le droit international coutumier, il convient préalablement

²⁵⁴⁴ ZOLLER (E.), *Op. cit.*, p. 113; COHEN (S.), *La politique étrangère étrangère*, *Op. cit.*, pp. 33-34.

²⁵⁴⁵ MARTRES (J.-L.), « De la nécessité d'une théorie », *A.F.R.I.* 2003, Vol. IV, Éd. Bruylant, Bruxelles, p. 39.

²⁵⁴⁶ On insiste bien sur le fait qu'il ne s'agit pas d'établir la force contraignante de l'article 7 de la Convention de Vienne à l'égard de la France. Ce débat est vide de sens en l'absence de ratification, l'opposabilité de cette disposition à la France étant laissée à sa libre discrétion, soit qu'elle s'y conforme par sa pratique ; soit qu'elle s'y oppose. Une disposition constitutionnelle controversée serait de nature à transcender ce débat : l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946. En vertu de cette disposition, « la France fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Le juge administratif lui prête une portée éminemment restrictive en reconnaissant que, ni l'article 55, « ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes » (CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone ; Leb.*, p. 206 ; concl. BACHELIER ; *RFDA* 1997, pp. 1068-1082 ; *RGDIP* 1997, pp. 840-863).

de déterminer une base théorique sur laquelle l'appuyer en droit interne (**Paragraphe 1**) avant de mesurer la capacité réelle de la pratique diplomatique internationale à infléchir la tradition restrictive du droit constitutionnel français (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les conditions de l'infléchissement du droit constitutionnel français par le droit international positif : énoncé du principe d'inamovibilité de la fonction de ministre des Affaires étrangères

1107. Le silence gardé par la Constitution française sur la représentativité du ministre des Affaires étrangères aménage un lieu propice à la subsidiarité. A tout le moins, la pratique diplomatique française atteste bien du fait que ce que la lettre ne dit pas, elle ne l'interdit pas nécessairement. Ainsi, on reconnaît, avec le Professeur Otto PFERSMANN, que « [l']indétermination ne s'oppose pas à la normativité, elle détermine simplement une plus large habilitation, un plus large ensemble d'obligations, de permissions, d'interdictions », sous réserve que cette lecture extensive de la lettre constitutionnelle n'en dénature pas le sens²⁵⁴⁷. Au plan épistémologique, il faut donc savoir raison gardée par rapport à l'importance à accorder aux faits politiques, y compris lorsqu'ils fondent une coutume internationale. On reconnaît, malgré tout, avec le Professeur Michel TROPER qu' « une science du droit distincte de son objet ne peut viser à la connaissance des normes ou des significations, mais seulement à la connaissance des actes par lesquels sont attribuées des significations et créées des normes ; ces actes sont des phénomènes empiriques. La science du droit est donc une science empirique (...) ; elle est une science spécifique parce que, à la différence des autres sciences sociales ou humaines, qui expliquent ces actes par les causes extérieures au système juridique, elle les explique par les contraintes provenant du système juridique lui-même »²⁵⁴⁸. L'appréciation théorique de la représentativité politique du ministre des Affaires étrangères emprunterait à ces deux postures, ne serait-ce que parce que son affirmation pratique est guidée par des considérations pragmatiques tenant à la vie politique des États, mais aussi par des traditions qui s'enracinent dans la lettre constitutionnelle.

1108. On admet que, dans un domaine aussi transversal que celui des « Affaires étrangères », le pouvoir constituant ne *peut* ni ne *doit* tout faire. Dans cette dernière hypothèse, la « théorie réaliste de l'interprétation » du Professeur TROPER peut cautionner

²⁵⁴⁷ PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 357.

²⁵⁴⁸ TROPER (M.), « Réplique à Otto PFERSMANN », *Revue française de droit constitutionnel* n° 50, 2002 ; cité par Éric MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER*, Economica, 2006, pp. 725-726.

au plan théorique la positivité des usages façonnés par les pratiques diplomatiques au sens large, c'est-à-dire par les pratiques politiques et juridiques qui donnent corps à la souveraineté de l'État. Mais, dès lors, on ne peut manquer de s'interroger : est-ce la flexibilité fonctionnelle inhérente à la conduite des relations extérieures qui induit le flou constitutionnel ou est-ce le flou constitutionnel qui rend nécessaire une flexibilité en ce domaine ? Cette interrogation paraît aussi insoluble que l'énigme de l' « œuf et de la poule ». A tout le moins, elle tendrait à établir le caractère artificiel d'une démarche consistant à distinguer une définition purement politique de la fonction de ministre des Affaires étrangères d'une définition purement juridique de celle-ci. L'autonomisation des volets administratif et politique de son action a montré, au contraire, combien elle était intrinsèquement liée au devenir de l'État et notamment, à l'évolution des régimes qui instrumentalisent sa volonté dans l'ordre juridique international²⁵⁴⁹. Se faisant, sur le long terme, la cristallisation de l'ensemble de ses fonctions ne pourrait qu'être préjudiciable à son autonomie d'action. Tout au moins, le droit constitutionnel doit-il préserver les aspects institutionnels et fonctionnels de la pratique diplomatique qui souscriraient aux exigences de la vie internationale. Au nombre de ces exigences, figurerait la présomption de représentativité que lui reconnaît l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. La question de sa positivité ayant été déjà appréciée à la Section précédente, il convient de se demander comment l'articuler avec le silence de la Constitution, et plus exactement avec la mise en œuvre politique de cette dernière.

1109. Si l'on part du postulat selon lequel le fondement juridique de la force obligatoire du droit international en droit interne est la Constitution, l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 se présente comme la source juridique de l'invocabilité de la représentativité ministérielle dans l'ordre juridique français. Sur sa base, le ministre des Affaires étrangères se verrait attribuer, de manière médiate, en droit interne un pouvoir d'engagement constitutionnellement autonome de l'exercice du *treaty making power* du président de la République et du Premier ministre par l'effet de la constitutionnalisation de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. De ce point de vue, la technicisation du rôle

²⁵⁴⁹ L'intensification de la construction communautaire aurait favorisé une articulation de plus en plus pragmatique des ordres juridiques constitutionnel et externe. Ainsi, le Doyen Paul ISOART a-t-il interprété la procédure de révision constitutionnelle initiée en vue de permettre la ratification des traités, notamment de Schengen et de Maastricht, comme une volonté du « constituant [de] désacraliser la souveraineté et de la faire apparaître comme une addition de compétences plutôt que comme un dogme » [Cours de droit constitutionnel Licence 1994/1995 ; cité in ASSO (B.), « L'idée républicaine et le droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 47]. On pourrait, ainsi, voir en le passage de la conception organiciste à fonctionnaliste de l'institutionnalisation de la souveraineté étatique que décrit le Doyen ISOART, une évolution favorable à une rationalisation de la conduite présidentialisée de la politique étrangère. La description que l'on a eue faite précédemment de la pratique diplomatique de M. Nicolas SARKOZY qui tend de plus en plus à associer institutionnellement le Premier ministre et le ministre des Affaires étrangères à ses initiatives internationales en serait une illustration. Dans cette perspective, la conception constitutionnelle de la représentation du pouvoir d'État, telle qu'elle transparaît à l'article 5 C, perdrait de plus en plus de sa portée politique au profit d'une portée juridique.

diplomatique du ministre des Affaires étrangères, renforcée par le phénomène d'internationalisation de la vie étatique, pourrait être contrebalancée par l'affirmation d'une représentativité qui lui serait constitutionnellement propre. Elle justifierait, au plus haut sommet de la hiérarchie des normes françaises, de recentrer l'action gouvernementale extérieure autour de la personne du chef du Quai d'Orsay. Cette assertion ne postule pas de hiatus, ni de choc frontal entre les usages internationaux et les traditions constitutionnelles dès lors qu'on la légitime au regard de l'exigence de cohérence et d'unité politiques. La responsabilité politique qui est attachée à son pouvoir de coordination transcende, ainsi, son statut réducteur d'« agent du chef de l'État » et l'impose dans celui de garant technique des intérêts supérieurs de l'État. Au plan du droit interne, l'affirmation juridique de la représentativité du ministre des Affaires étrangères revêtirait, donc, une portée finaliste. Mais, à quel titre le ministre pourrait-il l'opposer aux représentants de l'État formellement investis par la Constitution ?

1110. Quel que soit le rapport de force entre le président de la République et le Premier ministre, quelle que soit leur influence respective sur l'action diplomatique, ni l'un ni l'autre ne peut revendiquer individuellement une légitimité suffisante pour passer outre les limites fixées par le pouvoir constituant souverain²⁵⁵⁰. De même, au regard du concept de bonne foi²⁵⁵¹, il n'y a pas de mécanisme juridique efficace derrière lequel se retrancher pour espérer neutraliser les obligations internationales que la France tient de la Convention de Vienne de 1969 sans méconnaître la règle *Pacta sunt servanda* et partant, contrevenir à l'engagement formulé à l'alinéa 14 de la Constitution de 1946²⁵⁵². Dans cette perspective, la légitimité représentative du ministre postulerait l'imperméabilité de son activité souveraine (c'est-à-dire son activité de représentation étatique) aux contingences politiques de la V^{ème} République²⁵⁵³. Elle s'analyserait comme une garantie de la cohérence interne de l'action internationale de

²⁵⁵⁰ BEAUD (O.), « A la recherche de la légitimité de la Ve République », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER*, Economica, 2006, pp. 154-155.

²⁵⁵¹ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 283.

²⁵⁵² La Convention de Vienne de 1969 ne sanctionne le défaut de représentativité en matière de conclusion des traités que dans la seule hypothèse d'une « violation manifeste » d'une règle de son droit d'interne « d'importance fondamentale » (art. 46, §.1). Aux termes de la Convention, « une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi » (art. 46, §.2). Or, cette disposition a peu de chances d'être invoquée à l'encontre d'un ministre des Affaires étrangères, en matière conventionnelle, dans la mesure où il est *présumé* être habilité à engager l'État dont il est le ressortissant C'est d'ailleurs, à ce titre, que les usages diplomatiques le dispensent, au même titre qu'un chef d'État ou de Gouvernement, de produire des pleins pouvoirs. Malgré tout, l'article 7 n'interdit pas à l'État co-contractant de vérifier ces pouvoirs. Comme il a été déjà souligné, en pratique, l'engagement d'un ministre des Affaires étrangères a parfois été l'objet d'une approbation *a posteriori*.

²⁵⁵³ BEAUD (O.), « A la recherche de la légitimité de la Ve République », *Op. cit.*, p. 154.

l'État²⁵⁵⁴. Mais, encore faut-il qu'il y ait une adéquation entre le principe de légitimité du ministre des Affaires étrangères et l'architecture constitutionnelle. Sur ce point, la définition restrictive de son rôle diplomatique par le droit constitutionnel révèle un décalage entre sa légitimité d'origine coutumière et les institutions politiques avec lesquelles il est présumé faire jeu égal dans l'ordre international.

1111. Le statut gouvernemental du ministre des Affaires étrangères, tel que le définit la Constitution de 1958, le prive d'une légitimité individuelle. De même, le silence des textes a été exploité dans un sens majoritairement profitable à la présidence de sorte que, au plan normatif comme au plan pratique, le responsable du Département se trouve privé d'une légitimité constitutionnelle. De fait, ce serait une légitimité pragmatique nourrie par des siècles d'actions diplomatiques qui auraient encouragé progressivement une politisation de son rôle de correspondant privilégié avec l'étranger. Cette approche évolutive est-elle, pour autant, compatible avec le système de la V^{ème} République ? On serait tenté de répondre par l'affirmative dès lors que cette représentativité est au service d'une institution suprême, l'État, et pas seulement au service d'un organe politique de cet Etat. De ce point de vue, cette conception finaliste permet de relativiser la hiérarchie politique apparente qui fait du président de la République à la fois, le centre d'impulsion et le point de convergences des activités extérieures de la France.

1112. Au regard du principe d'autonomie des ordres juridiques interne et international, la nature du régime constitutionnel est indifférente à l'activité internationale. Par ailleurs, en droit français, une autre hiérarchie s'affirmerait parallèlement à celle façonnée par la pratique présidentiale, à savoir la primauté de la souveraineté de l'État sur la forme politique du régime²⁵⁵⁵. Or, dès lors que l'on justifie l'effectivité du pouvoir de représentation du ministre des Affaires étrangères au regard de la défense de la première et non par rapport aux originalités de la seconde – comme semble l'indiquer la pratique cohabitationniste²⁵⁵⁶ – sa reconnaissance en droit interne s'analyserait comme un enjeu régalien, ce qui aurait pour effet de la soustraire aux contingences partisans. De fait, quelle que soit la configuration du

²⁵⁵⁴ Cette vision théorique de la légitimité représentative du ministre des Affaires étrangères trouve une certaine résonance avec la pratique que l'on observe sous les périodes de cohabitation durant lesquelles les responsables du Quai d'Orsay se sont départagés entre les deux têtes de l'Exécutif sans parti pris (voir *supra*).

²⁵⁵⁵ Pour une opinion *contra*, lire ASSO (B.), « L'idée républicaine et le droit constitutionnel », *Op. cit.*, pp. 31-50. Il met, notamment, en lumière un détachement entre les concepts de « souveraineté » et de « République » qui serait une résultante du développement de l'intégration européenne. Ainsi, les transferts de souveraineté auraient entraîné la mutation du concept de souveraineté au sens républicain du terme, c'est-à-dire « une et indivisible ». Elle serait devenue « un faisceau de compétences » cessibles. Elle traduirait une « nouvelle interprétation de la souveraineté laquelle est désormais détachée de la République » (p. 48). Ce faisant, l'intégration communautaire aurait conduit à la « crise de la souveraineté nationale » (p. 47).

²⁵⁵⁶ Voir *supra* (Partie II-Titre II-Chap. I-Sect. II-§. 3).

régime et les évolutions de système, le chef du Quai d'Orsay est irrémédiablement indispensable à la validité de l'action internationale de la France *mais aussi* à l'effectivité de sa représentation. On peut légitimement penser que son rôle de coordinateur des relations extérieures est appelé à se renforcer en termes de stratégies politiques dans le contexte de la globalisation croissante des échanges internationaux, y compris ceux qui ne présentent pas une portée diplomatique²⁵⁵⁷. En théorie, donc, pas plus le caractère coutumier de la Convention de Vienne que l'accentuation de la présidentialisation du régime républicain français ne rend superfétatoire la présomption reconnue au ministre des Affaires étrangères dans l'exercice du *treaty making power* (art. 7). Bien au contraire, du point de vue du juge international, sa fonction justifie un régime protecteur et dérogoire au droit commun diplomatique²⁵⁵⁸. Les réticences éprouvées par les juridictions nationales pour contrôler ses actes politiques témoignent de leur alignement progressif sur la conception privilégiée promue par le droit international coutumier. Sur cette base, « une théorie de l'autorité diplomatique » aurait été avancée en doctrine pour souligner le privilège d'action des représentants politiques de l'État sur la scène extérieure²⁵⁵⁹. Pour ce dernier, seul compte l'effectivité de la fonction de ministre des Affaires étrangères au moment où il engage l'État. Il se voit reconnaître *ex officio* des droits politiques au sens propre, qu'instrumentalisent les pouvoirs de négociation et de représentation, étant entendu que pour le droit international, l'amplitude et les conditions de son *treaty making power* dépendent, ensuite, du droit constitutionnel de l'État qu'il est présumé représenté.

1113. L'affirmation de la primauté de la souveraineté de l'État sur la nature du régime politique transparait, également, dans le fait que l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 ne retranscrit pas le lien de subordination qui unit traditionnellement le ministre des Affaires étrangères à l'Exécutif suprême. Comme il a été déjà souligné, le législateur international (C.D.I.) les considère indifféremment comme des « dignitaires de l'État ». Pour autant, on ne saurait y voir la forme d'une contradiction juridique entre les pratiques interne et internationale dès lors que la problématique de leur articulation est résolue par la reconnaissance de l'immutabilité de la fonction de ministre des Affaires étrangères, fut-elle établie tacitement par l'application complaisante de l'article 7 par la gouvernance française. *In*

²⁵⁵⁷ Comme par exemple, au niveau de la coordination des programmes de coopération internationale menés à l'échelle infra-étatique. A certains égards, la tutelle exercée par le Quai d'Orsay sur la conclusion de conventions de coopération peut être perçu par les co-contractants des collectivités territoriales comme une garantie de sécurité juridique. D'une certaine manière, ils y verraient la caution de l'État.

²⁵⁵⁸ Telle est notamment la portée que l'on a tirée des jurisprudences précitées « Déclaration IHLEN » et « YERODIA ».

²⁵⁵⁹ Lire en ce sens, la thèse du Professeur François SABIANI, *L'Activité Internationale dans le Contentieux Administratif. Esquisse d'une théorie de l'autorité diplomatique*, Thèse dactyl. pour le doctorat en droit soutenue en mars 1972, à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 344 p.).

fine, le texte international laisse entendre que, dès lors que les États nomment en leur sein un ministre des Affaires étrangères, ils s'engagent à le doter d'une capacité représentative effective. La détermination de son amplitude dépend, cependant, de la volonté exclusive de l'État, car le ministre des Affaires étrangères demeure intrinsèquement un *instrument de souveraineté*. Toutefois, cette posture est susceptible d'être nuancée. Pour certains auteurs, le rapport entre le concept de souveraineté au sens général et la Constitution s'appréhenderait de manière horizontale. Il a été affirmé que « le principe de souveraineté est un principe constitutionnel parmi d'autres »²⁵⁶⁰. Cette atténuation appelle un changement de perspectives dans le questionnement sur la légitimité de la représentativité de plein droit du ministre des Affaires étrangères. Est-elle compatible avec la lettre constitutionnelle de 1958 qui privilégie, *a priori*, une conception restrictive du rôle diplomatique du ministre des Affaires étrangères ?

1114. Dans une mesure moindre, la légitimité représentative du ministre des Affaires étrangères serait consolidée par l'article 23 de la Constitution qui consacre le principe d'une incompatibilité entre les fonctions ministérielles et parlementaires. Cette disposition « exprime la conception gaullienne de la séparation des pouvoirs (...) mais [elle] doit surtout être interprétée comme la volonté de séparer le pouvoir du parti politique »²⁵⁶¹. Ainsi, pour le Professeur Léo HAMON, il faut remplacer le régime exclusif des partis par « des forces hors partis ». Il serait, notamment, favorable à une revalorisation des pouvoirs de la haute fonction publique qui esquisse « une vision technique, experte, objective » de l'État, sous réserve qu'elle n'entraîne pas une fonctionnarisation excessive de la direction politique des grandes affaires de l'État²⁵⁶². Or, la problématique de la politisation de la gestion de la politique extérieure est, précisément, au cœur de la modernisation du Quai d'Orsay. Les diplomates y voient un obstacle à l'harmonisation des initiatives entre la base et le sommet du Département²⁵⁶³. Le Gouvernement l'interprète, pour sa part, comme une nécessité gestionnaire dans le contexte de l'internationalisation des activités étatiques²⁵⁶⁴. Quant au Parlement, ses critiques mettent plus spécifiquement en cause le pouvoir de direction du ministre des Affaires étrangères qui peine à s'adapter aux réalités budgétaires de son département²⁵⁶⁵. A cet égard, la conception internationaliste de la fonction ministérielle permet-elle d'atténuer les effets de cette crise institutionnelle ?

²⁵⁶⁰ ISIDORO (C.), « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 244.

²⁵⁶¹ BEAUD (O.), « A la recherche de la légitimité de la Ve République », *Op. cit.*, p. 163.

²⁵⁶² *Ibid.*

²⁵⁶³ Voir *supra* (Partie II-Titre II-Chap. I-Sect. I-§. 2).

²⁵⁶⁴ Voir *supra* (Partie II-Titre II-Chap. I-Sect. I-§. 2).

²⁵⁶⁵ Voir *supra*, la problématique de la modernisation du Quai d'Orsay dans le contexte actuel de la L.O.L.F. (Partie II-Titre II-Chap. I-Sect. I-§. 2).

Paragraphe 2. La force juridique du principe d'immutabilité de la fonction de ministre des Affaires étrangères en droit interne ou l'indice d'une ouverture du droit constitutionnel à des influences extérieures en matière diplomatique

1115. L'étude historique de l'action juridique du ministre des Affaires étrangères a montré que son amplitude s'affirmait en dehors même du texte constitutionnel. En cela, la genèse de cette institution a apporté des éléments d'explication sur nombre de singularités intrinsèques à l'exercice de ses fonctions. C'est donc autant dans la pratique constitutionnelle que dans le poids des traditions qui ont inspiré dans l'ordre international la reconnaissance coutumière d'une représentativité, que prend assise le privilège suprême constitué par le pouvoir d'engagement de plein droit. La place résiduelle de textes fondateurs ayant trait à cette institution conduit, ainsi, à l'affirmation d'un droit de représentation *naturel*, au sens du *jus naturalis*. Il postule, à ce titre, une relecture dynamique de la Constitution de 1958 par le droit international positif.

1116. Il ne s'agit pas de modifier substantiellement le sens de la Constitution, notamment, en ses articles 5 et 20 de la Constitution, mais d'éclairer la lecture de ces dispositions par la référence à des normes internationales auxquelles les autorités françaises reconnaîtraient expressément ou tacitement une validité dans l'ordre interne. En cela, la définition formaliste de la conduite bicéphale de la politique étrangère postulerait une « rigidité relative » au sens que lui prête le Professeur PFERSMANN²⁵⁶⁶. Il n'y aurait pas eu de changement de sens de la notion de représentation mais seulement un changement de nature au niveau des conditions de son exercice : d'un pouvoir exercé *intuitu personae* par le chef de l'État il serait devenu par l'effet de la démocratisation du régime républicain, une capacité partagée en droit constitutionnel avec le Gouvernement, et en fait avec le Premier ministre et le ministre des Affaires étrangères au regard de la Convention de Vienne de 1969.

1117. La thèse de la « rigidité » pose le principe selon lequel ce qui est admissible en termes de concrétisation ne peut résulter que d'une donnée normative préalable dont les limites exactes ne peuvent être décelées qu'à l'aide d'une interprétation originaire. Et l'interprétation originaire, comme toute concrétisation, n'est possible que parce que toutes choses égales par ailleurs, le texte constitutionnel ne peut changer de sens. Car, « [u]n changement de sens est un changement de normes et un changement de normes est

²⁵⁶⁶ PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », *Op. cit.*, p. 370.

normativement déterminé », précise le Professeur PFERSMANN²⁵⁶⁷. Concrètement, il en résulte que ni le président de la République, ni le Premier ministre et *a fortiori* ni le ministre des Affaires étrangères n'ont le pouvoir de changer la Constitution par leur propre fait. De fait, la reconnaissance d'une représentation du ministre des Affaires étrangères au plan constitutionnel présenterait une portée exclusivement supplétive. Elle ne serait pas, à cet égard, de nature à affecter la répartition normative arrêtée par le pouvoir constituant en 1958. C'est son articulation harmonieuse avec les compétences internationales du président de la République et du Premier ministre qui établirait incidemment sa constitutionnalité. Au final, on ne saurait parler de lacunes constitutionnelles là où il n'y a pas lieu de combler un vide juridique. Une situation demeure, malgré tout, problématique : que se passerait-il en cas de dysharmonie entre le ministre des Affaires étrangères et l'Exécutif suprême ?

1118. Ce problème est résolu, *a priori*, par le système constitutionnel de 1958 et plus exactement par la conception hiérarchisée qui enferme en tout temps, le ministre des Affaires étrangères dans une condition subalterne soit qu'elle s'affirme prioritairement par rapport à Matignon – notamment en période de cohabitation – soit qu'elle s'apprécie au regard de la présidentialisation de la politique étrangère. Si l'on se réfère à la lettre et à l'esprit de la Constitution, dans l'ordre interne, l'autorité des représentants constitutionnels de la France primerait la représentativité conventionnelle de plein droit envisagée à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Pour autant, l'indifférence que l'ordre juridique international témoigne à l'égard des systèmes étatiques commande de ne pas oublier que, tant qu'il est en exercice, la parole d'un ministre des Affaires étrangères peut valoir juridiquement autant que celle d'un chef d'État et engager internationalement la France²⁵⁶⁸. Cette réserve s'apprécie également au regard de l'apport de la Convention de Vienne de 1961. Les limites opposables à la thèse d'une immutabilité de la fonction de ministre des Affaires étrangères pourraient être, alors, atténuées par celle de l'inamovibilité de son ministère.

1119. Le principe d'une inamovibilité ne serait opposable qu'aux seuls États qui ont signé et ratifié la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, à l'image de la France. Une lecture combinée des dispositions conventionnelles qui visent expressément le « Ministère des affaires étrangères »²⁵⁶⁹ avec l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de

²⁵⁶⁷ *Op. cit.*, p. 374.

²⁵⁶⁸ Telle est, notamment, la portée de la jurisprudence « IHLEN » ; voir *supra*, le régime juridique des actes unilatéraux pris par les ministres des Affaires étrangères.

²⁵⁶⁹ Art. 10 (§1), art. 13 (§1), art. 14 (§1-c), art. 17, art. 19 (§1), art. 39 (§1) de la Convention de Vienne du 18 avril 1961. L'article 41 (§.2) met en exergue la compétence de principe qui est reconnu à ce département en matière de correspondance diplomatique : « Toutes les affaires officielles traitées avec l'État accréditaire,

1946 confère à ce principe une force juridique contraignante, bien que cette lecture n'intéresse qu'indirectement les fonctions propres du ministre, car l'article ne vise, en effet que l'administration dont il a la charge. Quelles réalités le terme « Ministère » recouvre-t-il au regard du droit international positif ? De deux choses l'une : soit on lui attribue un sens large qui reviendrait à définir le Quai comme la somme de son ministre et de son personnel administratif et diplomatique ; soit, on lui prête un sens strict qui ferait perdre au responsable politique le bénéfice de la disposition conventionnelle dès lors que l'on ramènerait la composition du ministère à l'administration centrale et aux services extérieurs. Se faisant, cette dichotomie soulève un problème constitutionnel que l'on avait envisagé au Chapitre précédent et qui consistait à apprécier l'opportunité d'un cumul des fonctions ministérielles avec le poste de chef de Gouvernement. En effet, on le voit, la seconde hypothèse invalide l'idée d'une inamovibilité du ministre des Affaires étrangères en tant qu'elle postule un « Ministère des affaires étrangères » politiquement étêté. Peut-on raisonnablement envisager un département ministériel – en particulier aussi stratégique que celui en charge des relations extérieures de la France – sans responsable gouvernemental ? La nature parlementaire du régime politique français exclut cette éventualité au nom des principes démocratiques. Peut-on alors attribuer à la suppléance du poste ministériel au chef du Gouvernement au titre de la responsabilité générale de l'administration d'État ? Encore une fois, la réponse serait négative au regard de l'interdiction posée en la matière par la jurisprudence française²⁵⁷⁰. Peut-on dans un effort de rationalisation ultime, transformer l'administration du Quai en une cellule diplomatique de Matignon ? Le caractère intégré de cet énième état-major du Premier ministre aurait le mérite de justifier l'autorité de ce dernier sur les bases administratives du Département. Mais, outre les difficultés budgétaires que cette annexion pourrait engendrer, le droit international pertinent consacré par la Convention de Vienne de 1961 s'y oppose formellement : au sens de l'article 41 (§2), le Ministère des affaires étrangères est pensé indépendamment de la structure de la gouvernance politique. C'est en ce sens que la doctrine internationaliste présente ce département comme étant dans sa globalité, un instrument privilégié des relations extérieures de l'État²⁵⁷¹. La pratique diplomatique internationale, pour

confiées à la mission par l'État accréditant, doivent être traitées avec le Ministère des affaires étrangères de l'État accréditaire ou par son intermédiaire, ou avec tel autre ministère dont il aura été convenu ».

²⁵⁷⁰ Le Conseil d'État français refuse d'assimiler le Premier ministre au supérieur hiérarchique des ministres au sens où il lui est interdit de se substituer à l'un de ses ministres pour prendre une mesure relevant de la compétence de ce dernier (C.E., 12 nov. 1965, *Cie marchande de Tunisie* ; A.J.D.A., 1966, p. 167).

²⁵⁷¹ Du point de vue de la doctrine juridique, il semble que les services spécialisés du Quai d'Orsay ne soient pas suffisamment valorisés ni correctement exploités par le Gouvernement. Ainsi, commentant le *Livre blanc sur la politique étrangère et européenne de la France*, le Professeur Alain PELLET regrette-t-il le fait qu'« après avoir payé un tribut attendu au rôle accru que devrait jouer la direction des Affaires juridiques au sein du Ministère des Affaires étrangères et européennes, aucune mesure concrète ne soit suggérée en ce sens ; je relève d'ailleurs, pour le regretter, qu'aucune des 37 mesures particulières recommandées par la Commission ne porte ni sur le rôle du droit international, ni sur celui de la direction – géographiquement exilée boulevard des Invalides malgré

sa part, semble fondre responsable politique, personnel administratif et diplomatique dans un même moule institutionnel représentatif des intérêts supérieurs de l'État. Se faisant, elle lie l'existence du ministère à celle de son ministre et, de manière indirecte, elle garantit l'effectivité de leurs missions diplomatiques en faisant de cette dernière une condition *sine qua non* des relations interétatiques. Dans cette optique, l'opposition de la règle *Pacta sunt servanda* trouve un écho interne non seulement à l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 qui impose à la France de respecter l'intégrité des traités en vigueur – et donc, de donner son plein effet à la Convention de Vienne – mais également, plus spécifiquement, à l'article 5 de la Constitution qui désigne le président de la République comme le garant ultime de l'indépendance de l'État qui s'affirme juridiquement dans le respect de l'intégrité de la Constitution et des traités en vigueur. Qui mieux qu'un homme de la Carrière pouvait convaincre ultimement de cette nécessité : « [la] stabilité du Ministère des Affaires étrangères (...) est souhaitable dans le domaine de nos relations avec les pays étrangers, affirme Robert SCHUMAN ; elle s'impose surtout à une époque où se nouent des liens nouveaux et durables, où se négocient des alliances et des institutions que doit animer un même esprit, qui engagent tout un avenir et qui sont appelées en quelque sorte à créer une tradition (...) »²⁵⁷².

1120. Aux termes de cette étude sur l'interdépendance des sphères interne et externe de l'action du ministre des Affaires étrangères, une certitude demeure : le système constitutionnel de la V^{ème} République peut *politiquement* affaiblir la représentativité du ministre des Affaires étrangères – ou l'augmenter. Mais, quant à savoir si, en l'état actuel du droit positif, la France a l'obligation de ne pas la neutraliser, la question demeurera juridiquement ouverte tant qu'elle n'acceptera pas souverainement d'être liée à la Convention de Vienne de 1969, notamment en la signant et en la ratifiant. On ne saurait pour autant mésestimer l'importance universelle que revêt le principe de la représentativité du ministre des Affaires étrangères, au regard notamment de la règle *Pacta sunt servanda*. Indépendamment de la nature de leur régime et de l'idéologie qui les anime, rares sont, en effet, les États à se passer de cette institution pour gérer leurs relations avec l'étranger. Dans le contexte de mondialisation actuel qui favorise la coexistence d'acteurs étatiques et non-étatiques, ils ont plus que jamais besoin d'un organe centralisateur apte à coordonner des initiatives internationales tout azimut. S'agissant spécifiquement de la France dès lors que, elle se conforme au plan coutumier à l'article 7 (a) de la Convention de Vienne de 1969, elle prend juridiquement l'engagement de garantir une pleine effectivité à l'exercice des

sa fonction "transversale" et le rôle renforcé qu'elle est théoriquement appelée à jouer » (in *Livre blanc sur la politique étrangère et européenne de la France*, Op. cit., p. 107).

²⁵⁷² SCHUMAN (R.), « Le ministre des Affaires étrangères », in *Les Affaires étrangères*, Op. cit., p. 12.

prérogatives internationales du chef du Quai d'Orsay. A tout le moins, sa gouvernance politique ne peut-elle excessivement affaiblir sa portée sauf à risquer une désorganisation massive de ses relations diplomatiques établies sur la base d'un principe directeur affirmé depuis l'Ancien Régime : le monopole du Quai d'Orsay dans la correspondance avec l'étranger. Toute la question est de savoir, si dans l'avenir, la pratique constitutionnelle persistera à lier le caractère incontournable de cette interface à des exigences administratives en poursuivant le processus de fonctionnarisation de la direction politique du Ministère, ou si elle entend faire de la préservation de l'autonomie politique du ministre des Affaires étrangères un gage de l'alignement de la pratique diplomatique française sur la pratique diplomatique internationale. Au regard des particularismes conceptuels et juridiques qui la caractérise, les titulaires mériteraient de voir la politisation de leur rôle gouvernemental inscrit dans le marbre réglementaire ou législatif, en complément des textes de la Révolution et de la IV^{ème} République, ne serait-ce que pour attester, en droit interne, de la modernisation de la tradition instrumentale qui a présidé à la pérennisation de leur charge.