

Textes recueillis et présentés par
Asma GHACHEM et Henri PALLARD

UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

ACTES DU COLLOQUE

UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale vise à donner la possibilité à des individus ou à des groupements d'individus de contester, au plan international, la conduite illicite d'un État à l'égard de ses obligations constitutionnelles. Sa conception originelle repose sur l'idée de doter les opposants politiques d'un recours qui leur permette de défendre leurs droits face à des gouvernements qui les oppriment.

Le présent ouvrage explore les défis reliés à sa création. Il regroupe les actes du colloque tenu à la Faculté de Droit de Rabat-Agdal, Université Mohammed V, Rabat, Maroc les 16 et 17 juin 2015. Le colloque et cet ouvrage ont été rendus possibles grâce à une subvention de la Konrad Adenauer Stiftung, Beyrouth, Liban.

Asma Ghachem, Maître-assistante l'Université de Carthage, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Secrétaire générale de l'Association pour la recherche sur la transition démocratique.

Henri PALLARD, Professeur titulaire et Directeur, Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario), Canada.

**UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE
AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE
ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

ACTES DU COLLOQUE



**UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE
AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE
ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

ACTES DU COLLOQUE

16 et 17 juin 2015
Rabat, Maroc

Association pour la Recherche sur la Transition Démocratique
Tunis, Tunisie

Faculté de Droit de Rabat-Agdal
Université Mohamed V de Rabat, Maroc

Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit
Université Laurentienne, Sudbury, Canada

Konrad Adenauer Stiftung
Beyrouth, Liban

Sous la direction de

Asma GHACHEM et Henri PALLARD

Titre : Une Cour constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel. Actes du colloque.

Asma GHACHEM et Henri PALLARD (dir.)

ISBN :

**UNE COUR CONSTITUTIONNELLE
INTERNATIONALE
AU SERVICE DU DROIT DÉMOCRATIQUE
ET DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

ACTES DU COLLOQUE

SOMMAIRE

Sommaire	5
Auteurs	9
Avant-propos	11
Asma GHACHEM et Henri PALLARD	
Forward	13
Asma GHACHEM et Henri PALLARD	

Partie I

LE DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT COMMUN DES PEUPLES

L'apanage constitutionnel de la communauté internationale	17
Christian TOMUSCHAT	
Global standards of constitutional law: what knowledge? which method?	23
Maxime ST-HILAIRE	

Partie II

LA CONVENTIONNALITÉ : LEVIER POUR L'INSTITUTION

D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

La conventionnalité des constitutions : naissance d'un concept	31
David MELLONI	
Vers un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales	49
Ariane VIDAL-NAQUET	
La mondialisation du droit : dispositions constitutionnelles sur la conventionnalité et	
sur le droit international	63
Ammar BELHIMER	
The fundamental right to development, peace and democracy: the paradigm crisis of	
classical international law and the formation of world constitutional law	79
Marcelo LAMY	

La bonne foi, principe justifiant la création d'une Cour Constitutionnelle Internationale ... 89
Monique CHEMILLIER-GENDREAU

Partie III

LES MODÈLES D'EMPRUNT

The Brazilian conventionality control model before the Inter-American Court of Human Rights and the assumptions of the International Constitutional Court	101
Thiago MATSUCHITA	
An International Constitutional Court versus the Inter-American Court of Human Rights and its Democratic Principles	107
André Ramos TAVARES	
Quelle différence entre une Cour constitutionnelle internationale et une Cour mondiale des droits de l'homme ?	113
Yadh BEN ACHOUR	
Quelle place pour une Cour constitutionnelle internationale dans la justice internationale ?	125
Ahmed MAHIOU	

Partie IV

LES OBJECTIONS AU PROJET D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Les objections tirées du droit interne.	139
Issam SLEIMAN	
Psychologie des souverainistes : Un obstacle de fond au droit constitutionnel international	141
Paulo FERREIRA DA CUNHA	
Les objections au projet de la CCI tirées du rapport du droit international et du droit interne	151
Ahmed OUERFELLI	
Une Cour constitutionnelle internationale : Théorie ou réalité ?.....	159
Michel ROUSSET	
Les limites de l'État-nation moderne, les atteintes aux droits de l'homme et la Cour constitutionnelle internationale	171
Mahrez BOUICH	
Cour Constitutionnelle Internationale, droits fondamentaux et souveraineté étatique : l'inconciliable ensemble ?.....	189
Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM et John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU	
L'ordre juridique international et une Cour constitutionnelle internationale : Y a-t-il des objections sérieuses	203
Khaled MEJRI	

Partie V**LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE**

An International Constitutional Court: a search for balance between contrasting option.....	219
João R. CAETANO	
Logiques de légitimité de la Cour constitutionnelle internationale	225
Najib BA MOHAMMED	
Le contrôle des pratiques électorales dans les démocraties : quel contrôle ? de quelles pratiques ?	231
Henri PALLARD	
Le droit applicable par la future Cour constitutionnelle internationale : quelles normes de référence ?	241
Nadia AKACHA	
Le droit applicable par la Cour : une question de droit international public ou de droit international privé harmonisé ?	249
Gustavo Ferraz DE CAMPOS MONACO	

CONCLUSION

Rapport de synthèse	259
Asma GHACHEM	
Final report	265
Asma GHACHEM	
Déclaration de Rabat sur la Cour constitutionnelle internationale	269
Declaration of Rabat on the International Constitutional Court	271
Présentation générale du projet de création de la Cour constitutionnelle internationale.....	273
General presentation of the project for the establishment of an international constitutional court	285
تقديم عام حول مشروع إحداث محكمة دستورية دولية.....	298



AUTEURS

Nadia AKACHA. Assistante, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Université de Tunis El Manar, Tunisie.

Najib BA MOHAMMED. Professeur, Faculté de Droit, Université Sidi Mohamed Ben Abdallah, Fès, Maroc.

Ammar BELHIMER. Professeur, Faculté de droit, Université d'Alger1, Algérie.

Yadh BEN ACHOUR. Professeur et Ancien Doyen, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Tunisie ; Président, Association pour la recherche sur la transition démocratique, Tunisie.

Mahrez BOUCH. Maître-assistant, Université Abderrahmane Mira, Bejaia, Algérie ; Chercheur, Centre de recherche en histoire des idées, Université de Nice, France ; Vice-Président chargé à la formation, Ligue algérienne pour la Défense des droits de l'Homme (LADDH).

Monique CHEMIZLLIER-GENDREAU. Professeur émérite, Université Paris Diderot, France.

Paulo FERREIRA DA CUNHA. Professeur, UAM (Laureate international universities), FUNADESP, et FADISP ; Professeur fondateur de la UJI de la FDUP ; Université Anhembi-Morumbi, São Paulo, Brésil ; Université de Porto, Portugal.

Asma GHACHEM. Maître-assistante l'Université de Carthage, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Secrétaire générale de l'Association pour la recherche sur la transition démocratique.

John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU. Docteur ; Enseignant-chercheur, Université de Dschang, Cameroun.

Marcelo LAMY. Professor, UNISANTA, Faculdade de Direito, Universidade Santa Cecília ; Director, Escola Superior de Direito Constitucional, Brésil.

Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM. Docteur ; Enseignant-chercheur, Université de Dschang, Cameroun.

Ahmed MAHIOU. Membre, Institut de droit international ; Ancien président, Commission du droit international ; Ancien juge ad hoc, Cour internationale de Justice ; Directeur de recherche émérite, Aix-Marseille Université, Aix-en-Provence, France. Ancien Doyen, Faculté de droit d'Alger, Algérie.

Gustavo Ferraz de Campos MONACO. Professeur, Faculté de Droit, Université de São Paulo, Brésil.

Thiago MATSUCHITA. Professeur, Université Pontifical Catholique de São Paulo, Brésil.

Khaled MEJRI. Maître-assistant, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université de Carthage, Tunisie.

David MELLONI. Professeur, Université de Strasbourg, Université de Haute-Alsace, Institut de recherches Carré de Malberg, France.

Ahmed OUERFELLI. Avocat au barreau de Tunis ; Ancien conseiller juridique auprès du Président de la République Tunisienne ; Ancien magistrat ; Coordinateur général du Comité ad hoc pour la Cour constitutionnelle internationale, Tunisie.

Henri PALLARD. Directeur, Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit ; Professeur titulaire, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario), Canada.

João Relvão CAETANO. Professeur et Vice-Recteur, Université Aberta, Lisbonne, Portugal.

André Ramos TAVARES. Full Professor, Universidade de São Paulo; President, Brazilian Association of Constitutional Procedural Law, Brazil.

Michel ROUSSET. Professeur honoraire, Faculté de droit, Université Pierre-Mendès-France, Grenoble, France.

Issam SLEIMAN. Président, Conseil constitutionnel, Beyrouth, Liban.

Maxime ST-HILAIRE. Professor, Faculty of Law, University of Sherbrooke, Canada.

Christian TOMUSCHAT. Professeur, Faculté de Droit, Université Humboldt, Berlin, Allemagne.

Ariane VIDAL-NAQUET. Professeur, Faculté de Droit et de Sciences politiques, Aix-Marseille Université, Institut Louis Favoreu-GERJC, Aix-en-Provence, France.

AVANT-PROPOS

Le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale¹ vise à donner la possibilité à des individus ou à des groupements d'individus de contester, devant un forum international, la conduite illicite d'un État à l'égard de ses obligations constitutionnelles. Sa conception originelle repose sur l'idée de doter les opposants politiques d'un recours qui leur permette de défendre leurs droits face à des gouvernements qui les oppriment. Dans cette perspective, si les juridictions qui défendent les droits de la personne sont nombreuses, seule la Cour constitutionnelle internationale requiert une dimension constitutionnelle. C'est là où résident son originalité et son apport, mais aussi toute la difficulté d'asseoir sa légitimité. Aussi, doit-on admettre au préalable l'existence d'un droit constitutionnel international. Or, un tel postulat pose à son tour la question de savoir s'il existe une Constitution mondiale, ou du moins un droit constitutionnel, qui s'imposerait aux constituants internes et qui attaquerait de front la souveraineté étatique. Force est dès lors de constater que la difficulté que pose ce premier aspect de la réflexion sur l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale ne concerne pas seulement l'existence de ce droit constitutionnel international, elle vise aussi et surtout, sa légitimité. L'institution d'une Cour constitutionnelle internationale interpelle donc, au premier plan, le droit constitutionnel.

Elle l'interpelle à plus forte raison par le contrôle de la conventionnalité effectué par des juridictions internes ou internationales. Aussi, ce contrôle consolide-t-il l'obligation pour les États de se conformer à leurs engagements internationaux. Mieux encore, il est de nature à éléver les normes internationales au rang de référent inconditionnel auquel toutes les normes internes, quel que soit leur rang, doivent s'y soumettre. C'est d'ailleurs dans cette visée que nous avons pu assister à l'inédit contrôle de la « conventionnalité des constitutions » exercé aussi bien par des juridictions que par des organismes internationaux non juridictionnels. Le contrôle de la conventionnalité des constitutions semble être une réalité objective qui peut être un levier pour l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale.

Par ailleurs, ces évolutions qui mettent à l'épreuve la primauté du droit constitutionnel peuvent aussi être appréhendées comme étant des obstacles qui sont, au contraire, de nature à entraver l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale. Sans doute, est-il admis que si un État accepte de se soumettre au droit international, c'est inéluctablement parce qu'il l'a décidé. Admettre la supériorité du droit international sur les normes internes est un choix éminemment souverain. En outre, certains États qui souffrent déjà d'un déficit de souveraineté, dû notamment à leur dépendance économique, se voient encore plus affaiblis par une juridiction internationale qui risque de leur imposer des sanctions et intervenir, par là même, dans leurs choix politiques. D'un autre côté, la création d'une institution internationale pose nécessairement la question de son financement, ce qui serait de nature à remettre en ques-

¹ *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Commission juridique, Comité ad hoc pour la création d'une Cour constitutionnelle internationale, Tunis, 2013 ; *infra*, p. 281 et ss.

tion son indépendance par rapport à la partie qui prendrait en charge ledit financement. Bref, autant d'obstacles qu'il convient d'examiner afin de mieux comprendre la faisabilité du projet de la création d'une Cour constitutionnelle internationale.

Toujours dans cette même perspective liée à la faisabilité du projet, il va sans dire que celle-ci se mesure aussi à l'aune des modèles de juridictions internationales déjà mis en place. Pour ce faire, la Cour constitutionnelle internationale doit se réserver un domaine de compétence propre et exclusif et appliquer un droit spécifique. Certes, les juridictions existantes peuvent servir de modèles d'emprunt pour la Cour constitutionnelle internationale, sans pour autant atteindre sa spécificité et son autonomie. La Cour doit aussi se doter d'une autorité suffisante pour faire appliquer ses décisions. C'est alors que le principe de la bonne foi se pose avec acuité. Il est en effet appelé à remplir pleinement son office non seulement en raison de sa pertinence, mais aussi parce qu'il constitue le fondement même de la Cour pensée comme le garant de l'obligation des États de respecter les limites constitutionnelles à leur pouvoir.

Le présent ouvrage explore tous ces défis. Il regroupe les actes du colloque tenu à la Faculté de Droit de Rabat-Agdal, Université Mohamed V, les 16 et 17 juin 2015, organisé par l'Association pour la Recherche sur la Transition Démocratique, la Faculté de Droit de Rabat-Agdal, le Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit, Université laurentienne (Sudbury, Canada), en partenariat avec la Konrad Adenauer Stiftung. Les travaux des conférenciers ont abouti à « la Déclaration de Rabat ».

Nous tenons à exprimer notre vive reconnaissance envers la Konrad Adenauer Stiftung. Sa généreuse subvention a rendu possible la tenue du colloque et la publication de ce volume. Nous nous devons de remercier personnellement pour leur soutien constant et leur intérêt à la réussite du colloque et du volume, Peter Rimmele, Représentant résident au Liban, Hana Nasser, Directrice administrative, Helmut Reinfeld, Représentant résident au Maroc, et Aziz El Aidi, Coordonateur de projet.

Nous témoignons également de notre entière reconnaissance envers Zakaria Aboud-dahab, Vice-Doyen à la Faculté de Droit de Rabat-Agdal et membre du comité organisateur, qui a assuré la liaison entre le comité organisateur et la Faculté.

Asma GHACHEM
Henri PALLARD

FORWARD

The proposed creation of an International Constitutional Court² is to allow individuals or groups of individuals to challenge, in an international forum, the unlawful conduct of a State with regard to its constitutional obligations. Its original design is based on the idea of giving political opponents a recourse that enables them to defend their rights against oppressive governments. From this point of view, if there are numerous courts defending human rights, only the International Constitutional Court would have a constitutional dimension. That it where its originality and its contribution lie, but that is also the source of the difficulty in establishing its legitimacy. Also, that presupposes that international constitutional law exists. Such a postulate in turn raises another question, whether there is a global Constitution or, at a minimum, a constitutional law, which would bind internal constituents and limit head on the sovereignty of the State. The difficulty inherent in addressing this first question on the establishment of an International Constitutional Court goes not only to the existence of this international constitutional law, but also and above all, to its legitimacy. The establishment of an International Constitutional Court must address first and foremost a question of constitutional law.

Furthermore, its creation raises the matter of the control of conventionality by national or international courts. Also, this control consolidates the obligation of States to comply with their international commitments. Better yet, it is likely to raise international standards to the level of an unconditional point of reference to which all internal standards, at all levels, must conform. With this in mind, we have witnessed the unprecedented exercise in control of the “conventionality of constitutions” by both judicial and non-judicial international bodies. The control of the conventionality of constitutions seems to be an objective reality that can be leveraged in favour of the establishment of an International Constitutional Court.

Moreover, these developments challenging the primacy of constitutional law can be understood as obstacles that are, on the contrary, liable to impede the establishment of an International Constitutional Court. It assumed that if a State agrees to submit to international law, it is inevitably because it decided to do so. To recognize the superiority of international law over domestic law is an eminently sovereign choice. In addition, some states that already suffer from a lack of sovereignty, particularly due to their economic dependence, would be further weakened by an international institution which might impose sanctions and thereby intervene in their political choices. On the other hand, the creation of an international institution necessarily raises the question of its financing, which would be likely bring into question its independence from the party would provide such financing. Briefly, these are all issues to be examined in order to better come to terms with the feasibility of the creation of an International Constitutional Court.

² *Project for the establishment of an International Constitutional Court*, Legal Commission, *Ad hoc Committee for the establishment of an International Constitutional Court*, Tunis, 2013 ; reproduced *infra*, p. 293-303.

Always in relation to the feasibility of the project, this proposed institution is to be judged in terms of the models international tribunals already established. To this end, the International Constitutional Court must have reserved to itself its own exclusive jurisdiction and apply a body of specific law. Certainly, the existing courts can serve as models for the International Constitutional Court, without affecting its specificity and its autonomy. The Court must also develop sufficient authority in order to enforce its decisions. It is at this point that the principle of good faith is most pertinent. It is called upon to fulfil its purpose not only because of its relevance, but also because it is the foundation of the Court as the guarantor of the obligation of the States to respect the constitutional limits on their power.

These are all challenges that this book explores. In it are found the proceedings of the symposium held at the Faculty of Law of Rabat-Agdal, University Mohamed V (Morocco), on 16 and 17 June 2015, organized by the Association for Research on Democratic Transition (Tunisia), the Faculty of Law of Rabat Agdal, the International Centre for Interdisciplinary Research on Law, Laurentian University (Sudbury, Canada) in partnership with the Konrad Adenauer Stiftung. The work of the conference presenters led to the “Declaration of Rabat”.

We express our deep gratitude to the Konrad Adenauer Stiftung. Its generous grant made possible both the conference and the publication of this volume. We must personally thank for their ongoing support and interest in the success of the conference and the volume, Peter Rimmele, Resident Representative in Lebanon, Hana Nasser, Administrative Director, Helmut Reifeld, Resident Representative in Morocco, Aziz El Aidi, Project Coordinator.

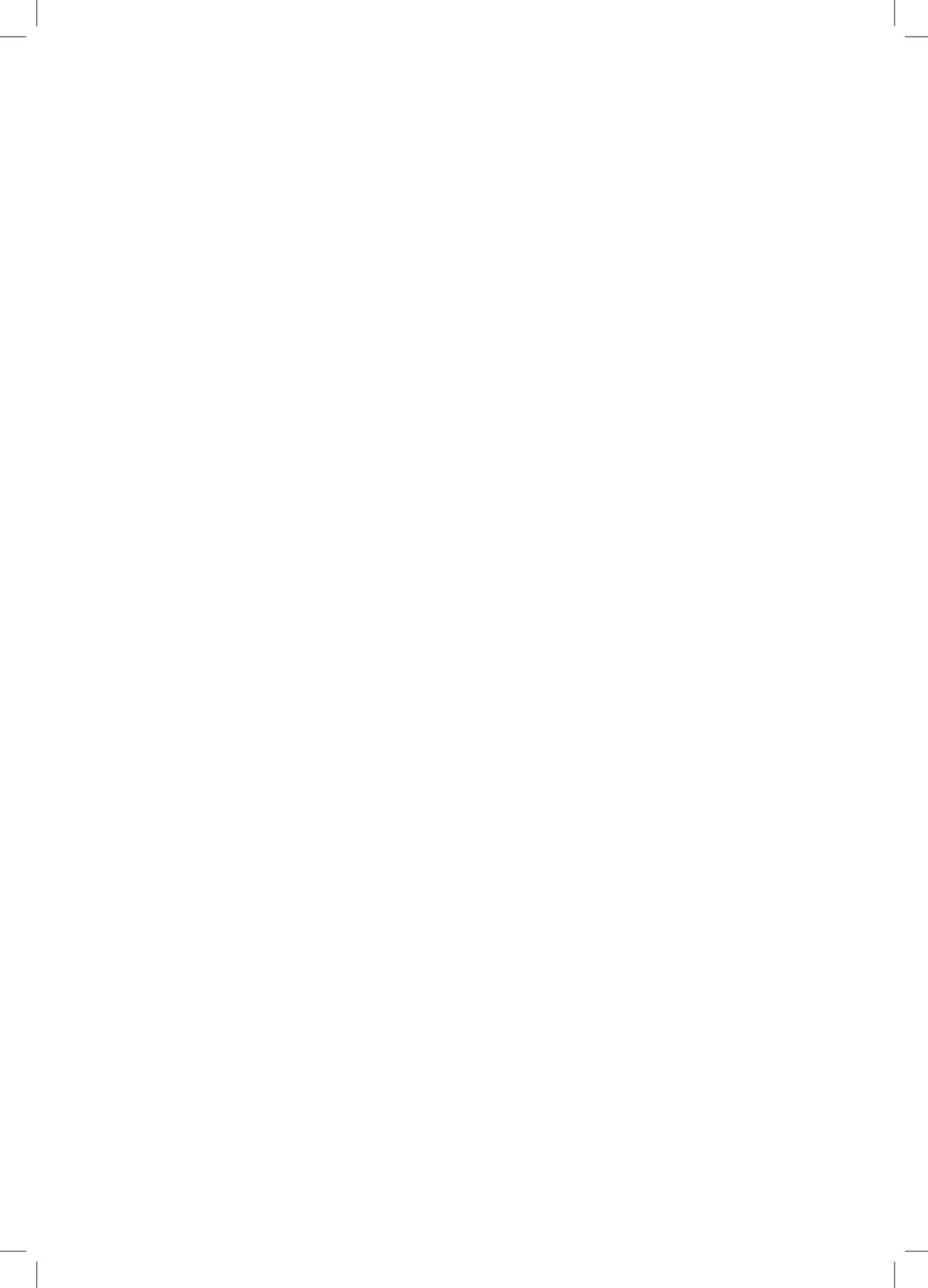
We also thank Abouddahab Zakaria, Vice Dean at the Faculty of Law of Rabat-Agdal and member of the organizing committee, who was the liaison between the organizing committee and the Faculty.

Asma GHACHEM
Henri PALLARD

Partie

I

LE DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT COMMUN DES PEUPLES



L'APANAGE CONSTITUTIONNEL DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Christian TOMUSCHAT

Les cours constitutionnelles fonctionnent normalement au niveau d'une nation qui s'est donné une constitution pour bien régler la marche de son système de gouvernance. À cet égard, en règle générale un texte écrit qui définit et circonscrit les compétences d'une telle cour est nécessaire. Le grand modèle d'une cour constitutionnelle qui primitivement n'était pas conçue comme telle est la Supreme Court des États Unis. Après la Deuxième Guerre mondiale, la variante d'une cour constitutionnelle spécialisée a pris le devant : Allemagne, Italie, Espagne — et assez tardivement la France (Conseil constitutionnel). Plus récemment, après leur émancipation de la domination soviétique, les pays de l'Europe centrale et orientale ont également opté pour des cours exclusivement dotées de compétences constitutionnelles.

La Communauté internationale n'a pas de cadre juridique couvrant l'intégralité des relations internationales. L'Organisation des Nations Unies (ONU) n'est pas un gouvernement global. De plus, dans le présent contexte, il s'agit de vérifier si au sein de cette Communauté des principes et des règles sont nés qui requièrent que ses membres se conforment à certains paramètres — qui restent à être identifiés. On assume donc que l'État souverain n'est pas tout puissant malgré le fait qu'il est mentionné comme l'élément de base de l'ordre international dans la Charte de l'ONU (art. 2(1)).

C'est une prémissse qui se trouve en conflit avec certaines interprétations classiques de l'ordre juridique international. Le principe de souveraineté va de pair avec le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ces deux principes élémentaires du droit international, un peuple a le droit de déterminer son statut politique en toute liberté et sans ingérence extérieure. Nous nous sommes aujourd'hui habitués au fait qu'il existe certaines limites aux pouvoirs d'un État souverain. Moi-même j'ai donné à l'Académie de droit international de La Haye un cours sur le thème « Obligations Arising for States Without or Against Their Will »³. Bien sûr, c'est l'essence même du droit international d'imposer certaines restrictions à la conduite des États. Mais normalement, ces restrictions cherchent à assurer que les États n'enfreignent pas les droits de leurs voisins, qu'ils n'empêtent pas sur les droits souverains de leurs égaux, qu'ils restent dans les bornes de leurs frontières. Ici, en revanche, il s'agit de prescrire aux États et à leurs nations comment ils aménagent le cœur même de leur système politique, leur constitution et leur processus de décision politique. Il faut se rendre compte de l'énormité de cet engagement — qui n'est pas du tout évident de prime abord. On a fait un bond qualitatif en avant en acceptant que même la souveraineté constitutionnelle se trouve soumise à un régime limité par l'ordre juridique international.

³ *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 241, The Hague Academy of International Law, 1993.

De telles limites se sont développées surtout grâce à la réalisation que le for interne et l'action extérieure des États ne sauraient être départagés de façon nette et claire. L'expérience historique a montré à maintes reprises qu'un État anarchique et violent dans ses agissements intérieurs constitue en même temps un danger latent pour ses voisins. La Communauté internationale a un intérêt très vif à assurer que les développements internes de ses membres répondent à certains critères de civilisation et de probité. En reconnaissant ce rapport, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DH) de l'ONU du 10 décembre 1948 stipule dans son préambule :

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme.

I — Les principes classiques du droit international

C'est seulement après les grandes guerres du siècle dernier que ces critères ont été articulés et définis. Notamment, la Charte de l'ONU a proclamé certaines interdictions qui n'ont pas seulement une valeur conventionnelle, mais qui se sont imposées également comme règles du droit international général. L'interdiction du recours à la force armée (art. 2(4)) se trouve aujourd'hui au centre de tout le système international. Un État qui menace ses voisins est hors la loi. Stipuler dans une constitution qu'on revendique le territoire d'un État voisin — pour quelque raison que ce soit — constitue une grave violation de l'ordre international. Ce serait évidemment en premier lieu la tâche du Conseil de sécurité d'intervenir en prenant éventuellement des sanctions. Mais une Cour constitutionnelle pourrait et devrait également s'en saisir. À l'époque actuelle, les grands principes du droit international se trouvent codifiés dans la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU sur les bonnes relations entre les États⁴. Ses stipulations sont unanimement reconnues, hors de toute contestation.

II — Les éléments d'un régime de constitutionnalité internationale

D'autres éléments structurels ont été introduits dans le droit international surtout en vertu des DH ou dans le sillage de ceux-ci. En fait, les DH ne sont pas autosuffisants. Ils requièrent des mécanismes appropriés pour pouvoir produire leur plein effet. La logique des DH ne se borne pas au domaine du droit matériel. Des garanties de droits fondamentaux presupposent également des mécanismes procéduraux qui consolident et assurent leur respect. Un adage anglais dit à juste titre : *where there is a remedy, there is a right* — une maxime qu'on peut également lire en sens inverse.

Dès le premier moment, il convient de mettre en exergue la nécessité pour une Cour constitutionnelle internationale (CCI) de s'occuper seulement de questions structurales. Si elle veut trouver sa place à côté des mécanismes pour la protection des DH

⁴ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970.

qui existent déjà, sa mission devrait se distinguer nettement de leurs fonctions. Des cas individuels ne devraient jamais faire l'objet de procédures devant une CCI. Sa raison d'être ne pourrait pas être d'assurer le plein respect des DH dans chaque espèce individuelle. On connaît le nombre de litiges que la Cour de Strasbourg doit confronter jour après jour, 60 000 annuellement. Assigner à une CCI une tâche qu'elle ne pourrait pas être en mesure de résoudre serait de la folie.

Chaque fois, à défaut d'une constitution universelle au sens formel, il faut se demander si les principes mentionnés dans les textes pertinents sont des principes fermement ancrés dans le droit international comme règles unanimement ou généralement reconnues comme du droit positif ou s'il s'agit seulement de postulats politiques qui n'ont pas encore parcouru le chemin de la dimension politique à la dimension juridique. Certes, beaucoup a changé. Le droit coutumier s'est affermi, et progressivement les instances internationales ont recours au soi-disant droit international général, catégorie de source qui manque de contours bien précis. Mais les résistances provenant des bastions souverains n'ont pas cessé. Souvent, quand des problèmes « durs » surgissent, il s'avère que l'optimisme a pris des avances qui l'ont éloigné des réalités. Il faut donc procéder avec une prudence bien réfléchie.

III — La globalité du principe démocratique

Prenons tout d'abord, avant d'examiner des principes plus concrets, le principe démocratique. La démocratie a des racines bien profondes dans le processus de développement des DH. On peut se référer surtout à la Déclaration universelle des DH de 1948 qui proclame (art. 21(3)) :

La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics...

Cette ligne a été poursuivie par les grandes conventions en matière des DH, tant au niveau universel qu'au niveau régional. Mais ces conventions, exception faite de l'Europe, n'ont pas reçu un appui unanime dans leurs sphères respectives. Il est symptomatique que l'on puisse constater une réticence nettement identifiable dans les résolutions de principe de l'ONU. Lors du grand sommet mondial de 2005, qui s'est tenu au plus haut niveau des chefs d'État et de gouvernement, on a « réaffirmé » la démocratie comme forme de gouvernance désirable, mais on lui a seulement attribué la signification d'une « valeur », qui est bien différente d'un principe juridique ferme et inébranlable. En plus, la résolution pertinente précise qu'il n'existe pas de modèle unique de démocratie et que la démocratie n'est pas l'apanage d'un pays ou d'une région.⁵

Cette réserve a été maintenue par la suite. C'est seulement tout récemment qu'on peut observer un certain glissement qui semble entamer un processus de transformation en substance juridique plus dure. Dans la résolution 69/268 du 5 mars 2015 portant le titre « Enseignement de la démocratie », on parle de « valeurs et principes », sans préciser où l'on entend tracer la ligne de départage.

Un mot doit être dit dans ce contexte sur l'Afrique. L'Union africaine a adopté, en

⁵ Assemblée générale, Nations Unies, Résolution 60/1 A/RES/60/1, 16 septembre 2005, § 135.

2007, une Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance sous forme d'un traité multilatéral.⁶ Cet instrument contient tout un chapitre sur les élections démocratiques, soigneusement rédigé, qui s'efforce de régler non seulement le processus électoral, mais également ses modalités de déroulement ainsi que la phase postélectorale. Selon un recensement en date du mois de février 2014, il y avait 23 États parties. Il paraît qu'entretemps la Tunisie a déposé son instrument de ratification alors que le Maroc se tient toujours à l'écart de cette Charte. Si l'on veut être sérieux dans ses intentions de promouvoir la démocratie, cette Charte devrait être ratifiée. Il ne sert à rien de prêcher la démocratie si en même temps on se refuse à ratifier l'instrument le plus approprié pour promouvoir en Afrique la doctrine démocratique. Évidemment, les élections libres ne sont pas tout. Elles n'ont pas de valeur si elles ne sont pas précédées d'un débat ouvert sur tous les problèmes qui affectent la société en général.

IV — Les principes matériels

J'en viens à d'autres principes clés des DH.

On peut admettre que la *dignité humaine* est la notion clé qui englobe la pensée humitaire dans son intégralité.⁷ Il est évident que certaines pratiques sont en contradiction ouverte et jamais justifiable avec la dignité humaine, notamment la torture ou l'incarcération d'un individu selon l'arbitraire du gouvernement. On doit aussi faire référence à l'esclavage : on ôte l'essentiel de la personne humaine si l'on la considère comme la propriété d'un autre individu. Si un pays met en œuvre ou tolère de telles pratiques, il enfreint les bases de la coexistence pacifique dans toute communauté humaine. Il n'est pas nécessaire, ici, de se référer à des stipulations explicites dans des conventions internationales. Le droit international général n'accepte plus de telles perversions. Les atrocités commises par l'État islamique ne méritent pas seulement d'être critiquées : toute la Communauté internationale devrait combattre ce régime criminel avec toute la détermination requise.

La dignité humaine est intimement liée au principe de *liberté*. Quel principe prend la primauté : la dignité ou la liberté ? À vrai dire : les deux principes sont tellement proches, tellement reliés entre eux, qu'on est dispensé de les classer en ordre de priorité. Ces jours-ci, on célèbre le 800^e anniversaire de la *Magna Carta* en Angleterre qui protège, de façon formelle, la liberté de l'individu : pas d'arrestation unilatérale de la part du Roi.

Pour la Communauté internationale, l'égalité constitue un autre pilier de la constitutionnalité internationale. Elle a résolument condamné l'apartheid en Afrique du Sud. À juste titre, elle critique les politiques de l'État d'Israël qui est en train d'institutionnaliser un statut de discrimination structurelle pour les Palestiniens. Dans la même perspective, il convient de s'opposer à la politique du Myanmar envers ses minorités islamiques dans le nord du pays et, encore une fois, aux folies de l'État islamique qui

6 http://www.ipu.org/idd-f/afr_charter.pdf.

7 Voir Tomuschat (Christian), *Human rights—between idealism and realism*, Oxford, Oxford University Press, 4^e éd., 2014, p. 85-91.

poursuit une guerre cruelle contre les adhérents de toutes les autres religions.

Une CCI pourrait-elle se charger de battre en brèche les multiples discriminations dont sont victimes les *femmes* dans beaucoup de pays de monde ? On voit ici toute la complexité du sujet. D'une part, la discrimination envers la femme reste l'un des grands problèmes de DH et donc de constitutionnalité internationale. Aussi longtemps que les femmes sont classées à un niveau d'infériorité, une communauté démocratique ne peut prospérer. Se justifier en avançant les bonnes traditions coutumières ne sert à rien. Si l'on y regarde de près, ces traditions ne sont rien d'autre qu'une suprématie maintenue dans le seul but de garantir les priviléges du genre masculin. C'est un grand problème structurel, digne d'être débattu dans des enceintes internationales. D'autre part, pourtant, il est certain que des progrès ne se réalisent que par petits pas. Une CCI ne pourrait se substituer au travail patient du Comité de l'ONU contre la discrimination de la femme. Il faut des efforts de longue haleine pour persuader les sociétés concernées qu'elles souffrent d'un mal profond qui empêche leur développement. Les succès ne s'atteignent pas du jour ou lendemain. Quand on parle d'une CCI, on part de l'idée que dès que cette cour a prononcé son verdict, les problèmes sont résolus à l'instant. Il n'en est pas ainsi comme cela se manifeste dans les procédures devant les comités d'experts de l'ONU, tant le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la discrimination de la femme, et également dans les procédures de l'UPR (« examen périodique universel »). Partout, les conclusions finales entament un lent processus de dialogue où les dénonciations des experts sont accueillies en partie, rejetées sur d'autres points. Rarement, les changements positifs se réalisent du jour au lendemain. Cette logique ne peut être évitée par le jugement d'une cour.

V — Les procédures de mise en œuvre

Dans le cadre limité qui m'a été accordé pour mon exposé, je n'ai pas été en mesure de parler d'autres principes qui se rangent dans la notion de constitutionnalité internationale. Évidemment, on doit également parler du principe de l'État de droit ou la *rule of law*. L'État de droit demande que les mesures prises par les pouvoirs publics constituant des ingérences dans l'existence privée des individus soient en règle générale⁸ basées sur un texte législatif issu d'un processus de délibération transparent, et que l'individu dispose d'un recours contre de telles mesures. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ces critères ont reçu des aménagements qui parfois vont très loin et qui par conséquent vont bien au-delà d'un standard universel concevable. Je suis sûr que d'autres intervenants soulèveront ces points.

De toute façon, il faut à tout prix éviter une européisation des standards susceptibles de servir comme instruments à appliquer par une CCI. Une très grande circonspection est de mise. Facilement, on pourrait se voir reprocher un néo-colonialisme mal déguisé. Le travail que nous devons accomplir est donc immense !

⁸ Mais voir Cour européenne des droits de l'homme, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, Rec. p. 31.



GLOBAL STANDARDS OF CONSTITUTIONAL LAW

WHAT KNOWLEDGE? WHICH METHOD?

Maxime ST-HILAIRE

Over the past few years, I have been led to try to draw theoretical implications and conclusions (not to mention political and moral ones) from new forms of constitutional law practice such as the Venice Commission's, a broad advisory organ of the Council of Europe.

When it was created in 1990, the Venice Commission was tasked with offering constitutional assistance to Central European nations, a mission expanded to the new republics of Eastern Europe the following year, with the fall of the USSR. While that mission remains crucial, the Commission's work has expanded into new areas substantively as well geographically. The Venice Commission now advises not only on constitutional matters in the strict sense of the word, but also on subjects having to do with the judiciary, elections, referenda, and political parties. Among its members, an increasing number in Western and Northern Europe have resorted to its services. Originally set up by a partial agreement among 18 member states of the Council of Europe, it is, since 2002, when all of the member states joined it, governed by a broadened agreement that allows non-European states to become full members, so that its work increasingly tends to reflect a global, rather a merely European, constitutional heritage. In addition to the 47 member states of the Council of Europe, the Commission has 12 additional members (for a total of 59): Morocco, Algeria, Tunisia, Israel, Kirghizistan, Kazakhstan, South Korea, Mexico, Brazil, Chile, Peru, and the United States. Belarus has the status of an associate member; Argentina, Canada, Uruguay, Japan, and the Vatican that of observers. South Africa, the Palestinian Authority, and the European Commission have a special status.

At this stage⁹, I am inclined to think it is time legal scholars took seriously the hypothesis that a distinctive legal "science"—the word being used not in the modern and narrower sense of a natural, empirical or otherwise factual science, but in the older and broader sense of a specialized, established, and fruitful academic discipline that produces knowledge, here a normative one—is not only possible, but also emerging, especially in the field of constitutional law, where a not-so-new but as yet underappreciated, if not overlooked, approach consists in identifying global standards. This claim is dual: epistemological and methodological.

⁹ St-Hilaire (Maxime), "Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology," http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923556.

I — Epistemology

Is it not somehow absurd that, even as the conditions of thought are such that political philosophers are increasingly finding some of their best arguments in the international and constitutional instruments, laws, and judicial decisions, in many countries legal scholars measure the “scientificity” of their scholarship by the distance that separates it from legal scholarship? Ever since legal systems were nationalized, the European *ius commune* made up of Roman and canon law vanished, and the social sciences consolidated, legal science has been in search of itself.

At the risk of over-generalizing, we might say that in its current state, legal science presents the following epistemological triptych. It is said that, beyond the letter of the law and the cases, the legal scholar, who by definition ought to possess a knowledge different from that of the legal practitioner, has three options: (1) to seek (more or less hopelessly) the true knowledge about law in any discipline, preferably an empirical one, other than law itself; (2) to resign himself or herself (more or less cynically) to adhere to a purely “political” conception of the law (such as relativism, decisionism, culturalism, existentialism, etc.); or, (3) to resolve (more or less naïvely) on going back to the natural law of the philosophers, that is, to the idea of “philosophical foundations” of the law.

The emerging legal science of constitutional law is thus made hard to acknowledge by persistent epistemological blockages, such as meta-ethical claims that, just like any other normative practice, to be a science, law would need to be reduced to facts or made dependent on basic statements of fact, or the idea that, failing that, law can be no more than an ancillary discipline to philosophy. However, these blockages can be overcome. Beyond analyzing the jurisprudence that has emerged from the expansion of constitutional justice, and taking into account the development of international and regional law, the ongoing globalization of constitutional law requires scientifically comparing the constitutional laws of individual nations.

The product of this new legal science can be considered as *ius gentium*, about which Waldron—in a most brilliant book¹⁰ that humbly presents itself to simply be on “foreign law in American courts” but which more fundamentally aims at bringing together some aspect of universal law and the Dworkinian logic of principles that are both present in *Riggs v. Palmer* (p. 66)—asks the following rhetorical question: What if *ius gentium* “is largely unknown and unintelligible to those who pride themselves on the study of moral ideas but is studied and used by those who trained and pride themselves on an understanding of law?” (p. 74) Although one understands that Waldron intends to emphasize the differences between *ius gentium* and philosophy, his description of the former as “a body of positive law” (p. 28) is somewhat misleading. To be sure, in the same way as Dworkinian principles—whose logic is at work here (p. 66-7)—do not cease being mainly legal merely because their ascertainment involves, among other things, moral judgment, *ius gentium* does not become a form of moral or political philosophy just because “[i]t may alloy itself with elements of natural law inquiry” (p. 40).

¹⁰ Waldron (Jeremy), *Partly laws common to all mankind: Foreign law in American courts*, New Haven: Yale University Press, 2012.

Nevertheless, Waldron's *ius gentium* does not correspond either to a national system of positive law or to an international or regional positive public law (p. 29-30). Nor does it coincide with the entirety of foreign legal systems, or with all of them and supranational law together. It is rather “a sort of overlap” between these systems of positive law (p. 28). Yet this indirect overlap defines *ius gentium* only partially and at a diffuse substantive level. At a more formal level, *ius gentium* is meant to be distinct, separate, independent from these other systems whose legality, more positive, is of a different character than its own (p. 74). Waldron says that *ius gentium* is a body of principles none of which “has the weight of a legal rule,” or force of law or, in short, the authority of a norm of positive law (p. 208). Thus at a formal level, *ius gentium* differs from positive laws by its principle-based nature. It also differs from them at a territorial level, by its diffused global reach. Substantively, however, it is closer to them, being situated at their more or less abstract intersection points.

However, for Waldron, the principles of *ius gentium* are the subject of a legal-scientific consensus, and he regards this “consensus and [this] community” not merely as an “accumulation of authorities” but as a vast and “dense” methodological “network.” (p. 105) Consequently, beyond substantive legal principles, “it is not so much empirical facts or moral insights or attractive reform proposals that jurists glean from other’s judgments or from a worldwide legal consensus [as] ways of analyzing difficult problems—modes of specifically legal analysis which relate the elements of a problem to the basic reasons of justice and public welfare with which the law is concerned” (p. 99).

Waldron himself is struggling somewhat to situate and to define his *ius gentium*. But here is, in my opinion, the epistemological key to the issue. Embracing law-as-a-distinctive-and-global-discipline beyond law-as-a-situated-object, *ius gentium*, the principles it is made of, and, downstream of it, “legal standards” all belong to what I should like to call a “second order legal positivity.” Like legal principles, legal standards, as abstract types of best “practices” (and especially norms) of law from around the world, are thus only a source of law in a substantive, not a formal, sense. This is how legal science is possible. This is where it resides.

II — Methodology

For the moment, however, the new science of *ius gentium* is not as well established as one might like to think. Not unrelated to the epistemological background presented above, indeed partly as a consequence, is the methodological confusion that reigns in the field of comparative constitutional law. Reference to foreign law and more systematic comparison of laws follow a variety of logics. Sometimes these logics are in competition, while at other times they are situated on different levels and could thus be combined, were it not for the fact that they are also, most often, governed by different epistemologies. Even the Waldronian model of *ius gentium*, epistemologically well-developed though it is, is not free from methodological ambiguities. But such methodological challenges can be met.

Indeed, the activities of the Commission for Democracy through Law, better known as the Venice Commission, though in need of methodological explanation, have prudentially yielded an impressive *corpus* of best practices of constitutional law across the world. The Venice commission has turned its attention to various areas such as constitutional drafting, enactment, and amendment; the functioning of democratic institutions; federalism; fundamental rights; elections, referendums, and political parties; the judiciary and constitutional justice. As the Commission's work shows, it is possible, through a back and forth movement that characterizes interpretive equilibrium, to go from rule of law principles to the comparative search for functional equivalents, to typology, to valuing, to standards, and back to principles, all of this without seeking naïve and dogmatic global uniformity.

The rule of law, human rights, and democracy are often presented as the three great principles of the global constitutional heritage. However, a coherent reconstruction makes it possible to situate them as aspects of a modern democratic rule of law state founded on human rights. Although it retains a formal dimension, this modern conception of the rule of law is sometimes described, by way of *pars pro toto* synecdoche, as the “substantive conception,” especially since it is true that it gives rights the pride of place. The global principles of constitutional law can thus be reduced to a modern conception of the rule of law focused on fundamental rights. Thus goes the synthesis. At the level of analysis, T.R.S. Allan points out that the “rule of law is an amalgam of standards, expectations, and aspirations.”¹¹ Indeed, it is necessary to address the question of what it is that distinguishes a standard from a principle, an indicator, or a simple horizon.

While the principle or the indicator, such as the independence of the judiciary or of the constitutional judges, can be merely the result of an analysis—more precisely, of the application of a derivative legal logic to the product of the generally consensual interpretive reconstruction of the global practice of the rule of law—a standard is, for its part, more directly a practice itself or a category of practices regarded as being among the best. The search for best practices can include a negative or eliminatory aspect, an ascertainment of the worst cases, of what Kim Schepppele describes as “aversive precedents.”¹² Standards are different from principles or indicators by their greater degree of concreteness, of positivity, of precision.

While the arsenal of principles that make up the modern conception of the rule of law takes the role of a value criterion in an effort of ascertainment of the best practices of constitutional law throughout the world, it is not alone in doing so. It is not all there is to the standard-setting method, which resorts to comparative law. In this field, to an approach that sees context as insuperable, we should prefer that, theorized notably by Ernst Rabel, Max Rheinstein, Otto Kahn-Freund, Konrad Zweigert, and Hein Kötz, which directs most brilliant contributions—functionalism, including in the realm of

¹¹ Allan (T.R.S.), *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 21.

¹² Schepppele, (Kim), “Apirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models,” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n°. 2, 2003, p. 296–324.

constitutional law. As the works of several scholars show, once it has been, of course, situated in its context, the functional equivalent has a role to play in the comparison of constitutional and public laws. By creating types, the functional method of looking for equivalents makes the mass of national, regional, and international laws intelligible. As Guillaume Tusseau's study of constitutional justice demonstrates, typologization must, insofar as possible, operate *a posteriori*, after a real study of positive law, rather than *a priori*, taking the shape of what Tusseau calls great scholarly models.¹³ Yet while the functional methodology of comparative law must be immediately followed by a critical appreciation, in reality, functionalist comparativism does not by itself provide the operating method of valuing certain types above others.

Obviously, the issue of valuing one type of practices rather than another can only arise in the presence of a plurality of types. Hence it is possible to speak of the "Generic Bill of Rights," modeled by Law and Versteeg on the basis of a "rights index" which they themselves developed from a database of 729 constitutions enacted and ratified by 188 states between 1946 and 2006, as a standard.¹⁴ Most of the time, however, a comparative constitutionalist will be faced with a plurality of types, so that valuing one or some of them rather than the others will require a criterion, a benchmark. It will then be possible to refer to the general principles of the modern rule of law, and the indicators derived from them. However, before doing so, it will be necessary—following an epistemology which, as we can easily see, favours the more positive sources and allows resorting to the less positive ones only so far as necessary—to consult supranational, regional, or international law, and in particular that relative to human rights.

The combination of comparative constitutional law and the taking into account of international human rights law regularly contributes to valuing certain types rather than others, and thus to the ascertainment of standards. But these, in return, tend to enrich the interpretation of principles. The road the science of constitutional law travels from principles to standards is a two-way one, so that moving from standards to principles is equally possible. A sort of reflective equilibrium, its interpretive equilibrium can only be maintained by means of incessant back-and-forth movement.

With the new science of constitutional law as *ius gentium* and comparative constitutional law, the method of global standards of constitutional law will meet various resisting forces. According to Waldron, what truly separates those who oppose the consideration of foreign law and those who promote it is not the gap between the parochialism of the former and the cosmopolitanism of the latter group, but rather that between law conceived as will and law conceived as reason. As reason ultimately remains faith, we can say, paradoxically, that the main force resisting the notion of global standards of constitutional law is the lack of faith... in legal reason. Indeed, Roberto Unger's quip is well-known: with the emergence of the Critical Legal Studies movement, the legal profession became "like a priesthood that had lost their faith and kept

¹³ Tusseau (Guillaume), *Contre les modèles de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique*, Bologne: Bononia University Press, 2009.

¹⁴ Law (David S.) and Versteeg (Mila), "The declining influence of the United States Constitution," *New York University Law Review*, vol. 87, no. 3, 2012, p. 762-858.

their jobs.”¹⁵ That movement’s purported contribution was to have done away with the faith. I am against such scepticism, and, beyond sheer epistemology, I think, following Dworkin, it is also a matter of moral and legal responsibility.¹⁶

15 “The Critical Legal Studies Movement,” *Harvard Law Review*, vol. 96, no. 3, 1983, p. 561 at 675.

16 Dworkin (Ronald), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

**LA CONVENTIONNALITÉ :
LEVIER POUR L'INSTITUTION D'UNE COUR
CONSTITUTIONNELLE
INTERNATIONALE**



LA CONVENTIONNALITÉ DES CONSTITUTIONS : NAISSANCE D’UN CONCEPT

David MELLONI

Il est des alliances de mots qui font spontanément sortir le juriste de ses gonds. L'idée même d'une « Cour constitutionnelle internationale » en est une, tant l'expression peut être perçue, de prime abord, comme un oxymore tout juste capable d'alimenter de vaines querelles entre souverainistes rétrogrades et universalistes utopistes¹.

La « conventionnalité des constitutions » en est une autre. Un tel concept, qui impliquerait que les constitutions nationales puissent être soumises à un examen de leur compatibilité avec le droit international conventionnel, heurte frontalement, en effet, l'habituelle grille de lecture des rapports entre ordres juridiques, agencée autour d'une conception dynamique (c'est-à-dire formelle, et non pas statique ou matérielle) de la hiérarchie des normes², et partagée entre dualisme et monisme.

Dans la mesure où l'idée même d'une conventionnalité des constitutions introduit l'éventualité d'un conflit entre normes de degrés différents, ce concept s'oppose tout d'abord, par définition, à la théorie dualiste qui, classiquement, appréhende « le droit étatique et le droit international comme deux ordres juridiques distincts et indépendants l'un de l'autre dans leur validité »³.

Ensuite, en envisageant la possible contrariété d'une constitution nationale avec une norme internationale, ce même concept apparaît intrinsèquement incompatible avec le monisme interniste, dont le principe est précisément — selon la théorie kelsénienne — d'asseoir la validité du droit international sur l'ordre juridique étatique, sa constitution et sa « norme fondamentale hypothétique ».

À bien y regarder, enfin, il n'apparaît pas davantage compatible avec le monisme à primauté du droit international, dès lors qu'un conflit de normes entre droit international et droit constitutionnel ne saurait valablement se produire en l'absence d'une procédure permettant l'annulation effective de la norme étatique contraire⁴. Or, nulle part, il ne se trouve pour l'heure un juge dont l'office inclurait de telles prérogatives. Nulle part, il ne se trouve davantage de juristes préconisant un tel contrôle de conventionnalité des constitutions, y compris chez les plus fervents partisans d'une Cour constitutionnelle internationale, qui n'imaginent aucunement cette juridiction investie du pouvoir

1 Cet article est en dialogue avec celui de Madame Ariane Vidal-Naquet qui le suit immédiatement.

2 Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann (1962), Paris, LGDJ, 1999, p. 195-200.

3 *Ibid.*, p. 319. Voir également : Triepel (Heinrich), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, t. 1, p. 77-118 ; Anzilotti (Dionisio), *Cours de droit international*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 1929, p. 49-65.

4 Voir plus globalement et dans cet esprit : Kelsen (Hans), *op. cit.*, p. 330.

d'annuler ou d'abroger, par sa seule décision, une quelconque norme de droit étatique. Les rédacteurs du projet tunisien de la CCI avancent ainsi, prudemment, l'idée que « le plus simple et le plus réaliste, pour ne pas dire le moins utopiste, serait de reconnaître à la future Cour le droit d'engager la responsabilité de l'État responsable de la violation de la normativité constitutionnelle internationale (responsabilité pour acte illicite) et d'exiger qu'il annule l'acte illicite ou qu'il répare les dommages causés par cet acte ». Et d'ajouter qu'« il est évidemment hors de propos que la Cour annule elle-même ces actes [...] »⁵.

En fin de compte, quelle que soit l'hypothèse retenue, les rapports de système(s) « reprennent leurs droits », et seule la responsabilité internationale de l'État est susceptible de venir sanctionner la violation, par son droit interne, des engagements internationaux valablement souscrits par lui. Le principe du caractère obligatoire des traités internationaux (*pacta sunt servanda*)⁶, qu'il soit théoriquement entendu comme la simple conséquence de l'union des volontés souveraines des États, ou comme la norme fondamentale hypothétique érigée par Kelsen dans la perspective d'un monisme à primauté du droit international, revient simplement — en effet — à interdire à un État d'invoquer son droit interne pour échapper à l'exécution de ses obligations conventionnelles. Dans toutes ces hypothèses, le droit étatique n'est toutefois jamais « en conflit » avec le droit international : il n'est, tout au plus, qu'à l'origine d'un fait internationalement illicite. Plus largement, d'ailleurs, notamment pour des raisons procédurales, « la responsabilité de l'État n'est traditionnellement pas engagée du simple fait d'une incompatibilité entre une règle interne abstraite et une obligation internationale »⁷, et la réparation qui s'en suit n'affecte aucunement son ordre juridique interne⁸. La conventionnalité des constitutions ne saurait ainsi signifier — dans cette optique, et dans le meilleur des cas — que l'appréciation purement platonique portée sur la « compatibilité » d'une norme constitutionnelle avec une norme de droit international conventionnel.

⁵ *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Tunis, 2013, p. 14 ; *infra*, p. 281 et ss.

⁶ Convention sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1155, p. 132, article 27 : « Une partie ne peut invoquer une disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

⁷ Raspail (Hélène), *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État — Point de vue du droit international*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2011, p. 183.

⁸ Des exceptions ou atténuations, plus ou moins notables, méritent d'être relevées. Il pourra tout d'abord en aller différemment si l'État s'est conventionnellement engagé à l'édition de règles internes conformes à un modèle internationalement déterminé, comme cela peut-être le cas en matière de droit international privé et de « lois uniformes ». Surtout, certains secteurs du droit international, tels que le droit du commerce international et le droit du travail, entendent poser des règles communes et prescrivent aux États un certain « comportement normatif ». Ils sont dotés, à l'instar de l'OMC et de l'OIT, de mécanismes de règlement des différends, en voie de juridictionnalisation, dont les décisions peuvent alors directement interférer avec le droit interne. Voir particulièrement, à ce sujet : Raspail (Hélène), thèse précitée.

Suspecté d'être ainsi qu'une énième scorie de ce « pont aux ânes » que seraient les rapports entre droit international et droits internes⁹, le concept de conventionnalité des constitutions interpelle — pourtant — tous ceux qui, conscients de l'interpénétration des ordres juridiques, constatent l'emprise croissante du droit international sur les constitutions nationales, spécialement dans les États européens¹⁰. De ce point de vue, l'internationalisation des constitutions ne peut plus être simplement appréhendée sous le prisme réducteur de « l'influence exercée par le droit international sur la formation et le contenu des normes appartenant au système juridique des États »¹¹. Le pluralisme juridique en Europe dépasse en effet le stade de « l'influence », ou même de l'harmonisation normative, et oblige en effet à constater la soumission effective des constitutions nationales au droit de l'Union européenne (UE) et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Inavoué, certainement même inavouable en cette époque propice aux nostalgies identitaires et aux replis nationalistes, le déclassement des constitutions nationales y est devenu une réalité objective, que dissimulent les instruments habituels de gestion des conflits normatifs.

Aussi faut-il nécessairement dépasser le cadre rigide et fantasmé de la hiérarchie des normes, mais aussi « repenser les rapports entre ordres juridiques »¹², pour espérer donner au concept de conventionnalité des constitutions une utilité réelle dans l'appréhension des phénomènes à l'œuvre en Europe, depuis plusieurs décennies déjà. Partout, les juristes voient les constitutions nationales se plier face aux injonctions du droit de l'UE et de la CESDH, sans jamais parvenir à conceptualiser le mécanisme par lequel s'opère cet inexorable processus d'infériorisation des constitutions. La conventionnalité des constitutions glisse ainsi dans l'impensé, alors qu'elle exprime, paradoxalement, et en pratique, le premier acte d'un vaste mouvement de « conventionnalisation » des constitutions. Il faut en effet, pour comprendre ce dont il s'agit, accepter l'idée que *la conventionnalité des constitutions consiste, pour une autorité jurisdictionnelle, à apprécier la compatibilité d'une norme constitutionnelle nationale à une norme « conventionnelle » (en l'espèce, européenne), sans que cette appréciation ne constitue — a priori — un contrôle direct et effectif, mais avec la certitude qu'elle atteindra — in fine — la norme constitutionnelle inconventionnelle.*

Ainsi entendue, la conventionnalité des constitutions n'a plus rien de platonique. Elle devient une modalité indirecte de concrétisation de la primauté des droits de l'UE et de la CESDH, à laquelle les ordres juridiques internes finissent par se plier, en dépit de la suprématie revendiquée de leurs propres constitutions nationales. Ce faisant, le concept exprime la conciliation *pratique* de deux exigences *a priori* antinomiques :

⁹ Virally (Michel), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 488 et suivants.

¹⁰ La présente étude se concentrera sur l'analyse des phénomènes à l'œuvre en Europe. Il serait toutefois possible d'évoquer d'autres exemples à travers le monde, spécialement sous l'effet de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. À nouveau, voir à ce sujet : Raspail (Hélène), thèse précitée, spé. p. 532-542.

¹¹ Tourard (Hélène), *L'Internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, p. 5.

¹² Bonnet (Baptiste), *Représenter les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, 2013.

la primauté de la norme européenne et la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique étatique¹³.

Concept naissant, issu de l'observation empirique des rapports entre droits étatiques et européens, la conventionnalité des constitutions permet de décrire plutôt que d'expliquer une pratique juridictionnelle polymorphe qui, assez paradoxalement, se nourrit de l'idée même de hiérarchie des normes (dans sa dimension prescriptive) pour mieux la mettre à mal (eu égard à son acception théorique primitive). Aussi faudrait-il s'informer sur les motivations des juges européens, et plus encore sur celles des juges nationaux, qui — en procédant à cet exercice — assoient pour les uns leur autorité et préservent pour les autres leur légitimité, tout en accroissant sensiblement les sources de droit mobilisables à l'appui de leurs décisions¹⁴. Aussi faudrait-il, sans doute, observer les tentatives de résistance des ordres juridiques internes, ainsi que les facultés de résilience de leurs constitutions nationales.

Conséquence logique du désormais classique « dialogue des juges », la conventionnalité des constitutions peut naturellement prendre la forme d'une appréciation endogène et préventive, réalisée par les juges nationaux eux-mêmes¹⁵. Son exercice le plus marquant, en ce qu'il exprime ouvertement l'existence d'une friction normative, demeure toutefois celui accompli par le juge européen lui-même. Du point de vue de l'État, il en résultera en effet une appréciation exogène de la compatibilité de sa constitution avec la norme européenne, susceptible de révéler l'existence d'un conflit normatif que l'État concerné surmontera, *in fine*, par une modification de sa propre loi fondamentale.

Le caractère objectif des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne, ainsi que la prétention hégémonique des deux Cours de Strasbourg et Luxembourg, ont ainsi conduit les juges européens à apprécier frontalement la conventionnalité des constitutions nationales, en affirmant très tôt le principe de primauté des droits européens (I), mais aussi et surtout en bâtissant une jurisprudence capable d'en garantir l'effectivité (II).

13 *Ibid.*

14 Voir notamment Delmas-Marty (Mireille), « Mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylants, 2007, p. 95.

15 Le juge national, spécialement le juge constitutionnel, pourra — par exemple — spontanément infléchir sa jurisprudence pour prévenir un risque d'inconventionnalité, et anticiper ainsi les appréciations susceptibles d'être exercées par le juge européen. Parfois, il pourra expressément interpréter sa propre norme constitutionnelle à la lumière du droit européen (comme en Espagne, Roumanie, Portugal, Allemagne, Belgique, Italie...), et même exercer un authentique contrôle de conventionnalité de sa propre constitution (comme en Suisse). Ces cas d'appréciations endogènes participent assurément du concept naissant de conventionnalité des constitutions. Il a été convenu, dans le cadre du présent colloque, que cette question serait plus spécialement abordée par Ariane Vidal-Naquet.

I — L'exercice de l'appréciation de conventionnalité par les juges européens : l'affirmation d'une primauté des droits européens

A — Droits de l'homme : la consécration d'un « ordre public européen »

Les instruments de protection des droits de l'homme ont, très vite, conduit les juridictions internationales chargées de leur protection à dégager, dans l'optique d'une garantie collective de ces droits, des obligations générales et « objectives » de comportement à destination des États parties. Le droit européen fut incontestablement le premier à s'inscrire dans cette logique, qui signe une rupture fondamentale avec la perception traditionnelle des obligations interétatiques en droit international public. La suite est connue : la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), s'appuyant sur le « caractère singulier de la Convention », considère celle-ci comme l'*« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »*¹⁶. Surtout, elle en tire des conséquences majeures quant à l'étendue de son pouvoir de contrôle.

En posant le postulat d'un ordre public européen, entendu comme corpus juridique fondamental du continent, la CEDH a tout d'abord entendu affirmer la primauté de la norme conventionnelle sur l'ensemble des normes juridiques internes. Bien qu'elle ne soit nullement compétente, *a priori*, pour juger de la conformité du droit étatique à la Convention, du fait du caractère concret de son contrôle, la Cour n'a évidemment pu échapper ensuite à une telle confrontation normative, toutes les fois où la violation de la Convention résultait médiatement ou directement de l'existence même d'une norme interne. La CEDH n'a pas manqué, en conséquence, d'étendre cette appréciation de conventionnalité aux constitutions nationales.

Dans son célèbre arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, du 30 janvier 1998, la Cour expose ainsi avec force que la Convention « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la ‘juridiction’ des États membres à l’empire de la Convention. C’est donc par l’ensemble de leur ‘juridiction’ — laquelle, souvent, s’exerce d’abord à travers la Constitution — que lesdits États répondent de leur respect de la Convention. Aussi l’organisation institutionnelle et politique des États membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles ou simplement législatives. Dès lors que l’État concerné exerce par elles sa ‘juridiction’, elles se trouvent soumises à la Convention. »¹⁷ Plusieurs autres décisions attestent de cette appréciation en conventionnalité des constitutions nationales¹⁸, y compris s’agissant de dispositions constitutionnelles ratifiées par voie référendaire¹⁹. Certaines décisions peuvent également induire une appréciation indirecte en conventionnalité de la norme constitutionnelle, dès lors que la Cour se prononce sur la conventionnalité d'une loi précédemment jugée

16 CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, n°15318/89, § 75.

17 CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n°19392/92, § 29 et § 30.

18 Voir, par exemple : CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, n° 22678/93.

19 CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88 et 14235/88, § 10.

conforme à la Constitution par le juge national. L'arrêt *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, du 28 octobre 1999, illustre parfaitement cette hypothèse, à propos d'une loi de validation vis-à-vis de laquelle la Cour estime que « la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir [sa] conformité [...] avec les dispositions de la Convention »²⁰.

Cette première forme (inévitable) de conflictualité normative est amplifiée, ensuite, par l'évolution de l'office du juge européen. La Cour s'autorise en effet une lecture très compréhensive des conditions de recevabilité des recours individuels, qu'elle considère — à juste titre — comme la « clé de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits »²¹ garantis. Alors que l'article 34 CESDH exige des requérants qu'ils aient la qualité de victime d'une violation des droits garantis, en ce sens que leurs droits doivent avoir été concrètement lésés par une décision interne, la Cour s'autorise en réalité — sous couvert de la notion de « victime potentielle »²² — un examen *in abstracto* du droit étatique, rapprochant sensiblement le recours individuel d'une *actio popularis*.

Ce faisant, la Cour s'est déjà prononcée, *in abstracto*, sur la conventionnalité de nombreuses législations d'États parties. Encore récemment, dans une décision *S.A.S c. France* en date du 1^{er} juillet 2014, la CEDH s'est ainsi livrée au « contrôle de conventionnalité »²³ (*sic !*) de la loi française du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, suite à sa saisine par une jeune femme, « victime potentielle », qui se plaignait de ne pouvoir ainsi porter le voile intégral dans l'espace public, bien que n'ayant nullement fait l'objet de la moindre mesure d'exécution (par une verbalisation, ou même un simple contrôle) de la disposition contestée.

Surtout, la CEDH fut déjà très près de « contrôler », *in abstracto*, la conventionnalité d'une constitution nationale, suite au recours exercé par plusieurs associations à l'encontre de l'interdiction de construire de nouveaux minarets, en Suisse, approuvée par votation populaire en novembre 2009 et introduite à l'article 72 al. 3 de la Constitution helvétique. Si la CEDH s'est finalement refusée à apprécier la conventionnalité de la disposition constitutionnelle litigieuse, ce n'est toutefois qu'en raison de l'irrecevabilité même des requêtes, tenant à leur incompatibilité *ratione personae* avec l'article 34 CESDH²⁴. Les requérants — un ancien porte-parole de la mosquée de Genève et plusieurs associations musulmanes —, qui n'avaient pas pour but la construction de mosquées pourvues d'un minaret, et qui n'alléguait pas davantage avoir sollicité une

20 CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, n° 24846/94, 34165/96 à 34173/96, § 59.

21 CEDH, 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 févr. 2005, n° 46827/99 et 46951/99, § 122.

22 Selon la Cour, « un particulier peut soutenir qu'une loi viole ses droits en l'absence d'actes individuels d'exécution, et donc se dire 'victime' au sens de l'article 34, s'il est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation » (CEDH, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, § 57). Voir également : CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27 ; CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76 ; CEDH, 29 avr. 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, § 34.

23 CEDH, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, § 154.

24 CEDH, 28 juin 2011, *Ligue des musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, n° 66274/09 ; CEDH, 28 juin 2011, *Hafid Ouardiri c. Suisse*, n° 65840/09.

autorisation en ce sens, ni même avoir l'intention d'ériger de tels bâtiments à l'avenir, étaient en effet manifestement dépourvus du statut de victimes, y compris de celui de victimes potentielles.

La prudence de la Cour, qui veille ainsi à ne pas totalement transformer le recours individuel en *actio popularis*, ne doit toutefois pas nous interdire d'observer qu'une requête recevable — présentée par une victime potentielle — aurait parfaitement pu la conduire à exercer un « contrôle » abstrait de conventionnalité de la norme constitutionnelle querellée. De même, si la Constitution suisse avait — par exemple, et par pure hypothèse — prohibé le port du voile intégral dans l'espace public, nul doute, par analogie avec la décision *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014, que la Cour se serait estimée compétente pour apprécier, à la requête d'une victime potentielle, la conventionnalité de la Constitution helvétique.

Parce qu'elle matérialise le choc frontal de deux normes « fondamentales », l'appréciation de conventionnalité des constitutions exprime, *in fine*, la dimension intrinsèquement hégémonique de la CEDH. Certes, la subsidiarité de l'instrument conventionnel, combinée à la fameuse « marge nationale d'appréciation », interdit d'y voir, formellement, un « contrôle » de « conformité » des normes internes aux stipulations conventionnelles. En pratique, toutefois, ces principes permettent surtout à la Cour de moduler son office en fonction de considérations factuelles et politiques, et de graduer son entreprise de standardisation du droit européen, au gré du « consensus européen ».

B — Union européenne : l'édification d'un « ordre juridique propre »

À l'instar du droit européen des droits de l'homme, dont l'objectivité et la singularité ont servi d'appui à la consécration prétorienne de sa primauté, la « prééminence » du droit de l'Union européenne repose tout entière sur son irréductible spécificité. Le célèbre arrêt *Costa c. Enel* est d'abord, en ce sens, l'affirmation d'une rupture entre le droit communautaire et les relations interétatiques classiques, à travers l'institution d'un ordre juridique propre, intégré à l'ordre juridique des États membres, qui s'impose à leurs jurisdictions²⁵. En considérant qu'« issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »²⁶, chacun sait que la Cour de justice a ainsi entendu poser le principe de primauté comme une « condition existentielle »²⁷ de l'ordre juridique communautaire.

25 CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 : « [...] en instituant une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicables à leurs ressortissants eux-mêmes ».

26 *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

27 Pescatore (Pierre), *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, réimprimé 2006, p. 257.

Alors même que les juridictions nationales sont investies de l’impérieuse mission d’assurer l’application intégrale et effective du droit communautaire, en écartant si nécessaire, de leur propre chef, les dispositions nationales contraires²⁸, la Cour de justice n’a toutefois pas manqué d’exercer elle-même une appréciation de la compatibilité du droit interne avec le droit communautaire. Un tel exercice n’allait pourtant pas de soi, tant ses prérogatives ne lui confèrent nullement la compétence d’annuler l’acte étatique illicite, ni même d’adresser des injonctions à l’État. Ainsi, le « recours en constatation de manquement » lui permet simplement de déclarer qu’un État a manqué à ses obligations, par un comportement contraire au droit de l’Union, et de lui infliger d’éventuelles sanctions financières. De même, sa compétence pour statuer à titre préjudiciel sur l’interprétation du droit de l’Union et sur la validité du droit dérivé lui interdit par définition, en raison des termes mêmes de l’article 267 TFUE, et comme elle l’a elle-même reconnu²⁹, d’apprécier la conventionnalité du droit national. En théorie, la Cour de justice se contente ainsi de déterminer le sens de la norme européenne pour permettre au juge national, et à lui seul, d’apprécier la compatibilité de son droit interne avec le droit de l’Union. Ainsi est né le mythe du « dialogue de juge à juge »³⁰, pour reprendre les propres termes de la Cour de justice.

En pratique, la réalité est tout autre. Comme le constate Fabrice Picod, « les appréciations de la Cour sur recours en manquement et sur renvoi en interprétation ne laissent en général planer aucun doute sur la compatibilité du droit national avec le droit communautaire et, partant, sur la prééminence de celui-ci [...] »³¹. S’agissant des renvois préjudiciaux, nombreux sont les auteurs³² à relever cette ambivalence, qui résulte de la conjugaison d’une double habitude, désormais bien ancrée : celle prise par le juge *a quo*, qui tend à saisir la Cour de questions extrêmement précises s’agissant du droit national, et celle prise par la Cour de justice, qui s’efforce de délivrer une réponse utile, au risque de ne laisser au juge *a quo* aucune marge d’appréciation dans la solution du litige³³.

En dépit de ses dénégations, la Cour de justice apprécie donc frontalement la compatibilité des normes de droit interne avec le droit de l’Union. La primauté de ce dernier l’autorise, en conséquence, à apprécier la conventionnalité des constitutions nationales.

28 CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

29 Voir notamment, CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. Enel*, *op. cit.*; CJCE, 3 oct. 2000, *Corsten*, aff. C-58/98, pt. 24 : « [...] la Cour n’est compétente ni pour juger si l’interprétation que donne la juridiction de renvoi des dispositions de droit national est correcte ni pour se prononcer, dans le cadre d’un renvoi préjudiciale, sur la conformité de ces dispositions avec le droit communautaire. Il appartient uniquement à la Cour d’interpréter les dispositions du droit communautaire pour donner à la juridiction de renvoi tous les éléments utiles relevant du droit communautaire afin de permettre à cette dernière de trancher l’affaire pendante devant elle. »

30 CJCE, 12 févr. 2008, *Willy Kempfer KG*, aff. C-2/06, pt. 42.

31 Picod (Fabrice), « La normativité du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, Paris, janv. 2007.

32 Voir notamment, Blumann (Claude) et Dubouis (Louis), *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 4^e éd., Paris, Litec, 2010, p. 697.

33 Quel lecteur assidu des décisions de la Cour ne connaît pas cette petite musique venant fréquemment clore les arrêts rendus sur renvoi préjudiciale d’un « [la norme européenne interprétée] s’oppose à une réglementation nationale qui [...] » ?

Naturellement, la Cour de Luxembourg n'est pas le juge des droits de l'homme, et contrairement aux nombreux conflits de fondamentalité susceptibles d'intervenir entre droit de la CESDH et constitutions nationales, une friction normative directe entre normes constitutionnelles et droit de l'Union relève ainsi d'une hypothèse peu vraisemblable, même si l'intégration récente de la Charte des droits fondamentaux de l'UE parmi les normes de droit primaire peut, théoriquement, favoriser de tels conflits à l'occasion de la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, spécialement dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Ce type d'antagonisme normatif s'est néanmoins déjà produit devant la CJUE, comme en témoigne l'arrêt retentissant du 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*³⁴. Saisie d'une question préjudicielle par le juge allemand, la Cour n'hésite pas à y affirmer qu'une directive européenne relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi s'oppose à l'application des dispositions de droit national, y compris celles de l'article 12a de la Loi fondamentale allemande, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes à feu.

Toutefois, et fort logiquement, la primauté du droit de l'UE conduira davantage la Cour de justice à contester l'effet potentiel des constitutions nationales, toutes les fois où elles sont susceptibles de compromettre l'application effective du droit de l'Union par les États membres, plutôt qu'à dénoncer une contrariété explicite entre normes constitutionnelles et européennes. Autrement dit, l'infériorisation des constitutions nationales se manifeste ainsi, en tout premier lieu, par le principe — bien établi³⁵ — selon lequel « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »³⁶.

On sait que la Cour de justice s'est efforcée d'éliminer le risque de survenance d'une telle difficulté, en intégrant à son droit primaire des « principes généraux du droit » issus des droits fondamentaux et des « traditions constitutionnelles » des États membres³⁷. Leur consécration en droit de l'Union permet ainsi à la Cour d'assurer elle-même un « contrôle de fondamentalité » des actes de droit dérivé, élargi au droit de la CESDH et assis, depuis le Traité de Lisbonne, sur la Charte des droits fondamentaux. Elle permet surtout de rendre plus légitime l'opposition de la Cour de justice à toute forme de contrôle de constitutionnalité du droit dérivé, par le juge national lui-même, ainsi qu'à toute atteinte à l'effectivité du droit de l'UE au prétexte de principes constitutionnels. Cette technique, qui a consisté à asseoir la primauté du droit de l'UE par l'incorporation en son sein de droits fondamentaux issus des constitutions nationales, n'élimine toutefois pas tout risque d'antagonisme normatif, dès lors que des droits fondamentaux nationaux inconnus en droit de l'Union, ou faisant l'objet

34 CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil*, aff. C-285/98.

35 Voir, pour une illustration récente, CJUE, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni, c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, pt. 59.

36 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, pt. 3.

37 Voir notamment sur ce point, Rideau (Joël), « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, 1997, t. 265, spéç. p. 316 et ss.

d'une définition plus extensive, entrent en conflit avec un acte de droit dérivé ou une liberté fondamentale consacrée par le TFUE.

Une partie de la doctrine a cru pouvoir déceler, dans la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice, une forme d'infexion de son intransigeance, voire une « neutralisation du principe de primauté »³⁸, dans l'hypothèse d'une telle conflictualité. Il est vrai, à ce titre, que lorsqu'elle est spécialement confrontée à un possible conflit entre droits fondamentaux et libertés fondamentales, la Cour opère une conciliation qui peut légitimement profiter à un droit fondamental issu d'un État membre, ainsi qu'en témoigne le célèbre arrêt *Omega*³⁹, s'agissant du conflit entre le principe constitutionnel allemand de dignité humaine et la liberté fondamentale de prestation des services. Mais c'est bien parce que l'évocation de ce principe fondamental (européanisé au passage) a été considérée par la Cour comme l'expression d'une « restriction justifiée par des raisons d'ordre public », remplissant les conditions requises, en droit communautaire, pour déroger à la liberté concernée, que la conciliation s'est ainsi réalisée au profit de la norme constitutionnelle. En ce sens, la Cour a toujours reconnu aux États, désireux de déroger à une liberté fondamentale, une marge d'appréciation dans la détermination des circonstances propres à justifier le recours à la notion d'ordre public. Le phénomène n'est pas nouveau⁴⁰ et ne saurait donc être entendu, en l'espèce, comme un renoncement à la primauté du droit de l'UE.

Il semble dès lors déraisonnable d'affirmer, au vu de cette seule jurisprudence, qu'une « réserve de constitutionnalité » ou « de fondamentalité » serait ainsi entre les mains des États membres, ou bien encore que « lorsque plusieurs règles en matière de droits fondamentaux ont vocation à s'appliquer, c'est nécessairement la plus favorable aux droits des particuliers qui doit l'emporter »⁴¹. L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux a parfois pu être interprété, en ce sens, comme la consécration d'une telle « réserve de fondamentalité ». Pourtant, en proclamant qu'« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, *dans leur champ d'application respectif*, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales aux-quelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres »⁴², cet article ne reconnaît nullement l'existence d'un « corpus normatif commun en matière de droits fondamentaux »⁴³, par lequel les États pourraient ainsi opposer leur propre norme constitutionnelle au droit de l'Union.

Le dorénavant célèbre arrêt *Stefano Melloni*, rendu à propos de l'exécution de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, rappelle ainsi crûment qu'une telle

38 Marti (Gaelle), « Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Politeia*, n°22, 2012, p. 345.

39 CJCE, 14 oct. 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02.

40 CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn c. Home Office*, aff. 41/74, pt. 18.

41 Blumann (Claude) et Dubouis (Louis), *op. cit.*, p. 718-719.

42 C'est nous qui soulignons.

43 Blumann (Claude) et Dubouis (Louis), *loc. cit.*

interprétation de l'article 53 de la Charte « porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »⁴⁴. Or, comme le rappelle la Cour, « il est [...] de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union, le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État »⁴⁵. Ainsi, si « l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux », c'est à la condition « que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »⁴⁶.

Très concrètement, et même si la Cour de justice se garde bien de l'affirmer d'une manière aussi péremptoire, le droit au procès équitable, tel qu'il est reconnu par la Constitution espagnole, est ainsi considéré — en l'espèce — comme incompatible avec la décision-cadre européenne, dès lors qu'il est entendu comme subordonnant la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État d'émission du mandat d'arrêt.

Enfin, il est également probable qu'une partie de la doctrine s'illusionne à la lecture du nouvel article 4 § 2 du TUE, né de la réécriture de l'ancien article 6 § 3 introduit par le Traité de Maastricht. Certes, le Traité dispose dorénavant que l'Union respecte « l'identité nationale » des États membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». S'il est certain que l'Union peut en conséquence ni affecter la répartition des compétences entre l'État et ses entités infraétatiques, ni lui imposer une certaine forme de gouvernement, il est par contre évident que cet article ne saurait être interprété comme une remise en cause de la primauté du droit de l'Union sur les constitutions nationales. La position du Conseil constitutionnel français, qui a cru pouvoir s'appuyer sur cette disposition pour adopter une interprétation neutralisante de l'article I-6 du Traité constitutionnel relatif à la primauté du droit de l'Union⁴⁷, est symptomatique — à cet égard — du déni dans lequel se réfugie fréquemment le juge constitutionnel français. L'observation de la jurisprudence la plus récente démontre bien, en effet, que la position de la Cour de justice demeure inébranlable, et que les juges nationaux s'y sont tous pliés, au prix de contorsions qui, finalement, n'illusionnent plus personne.

44 CJUE, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni, c. Ministerio Fiscal, op. cit.*, pt. 58.

45 *Ibid.*, pt. 59.

46 *Ibid.*, pt. 60.

47 Cons. const., 19 nov. 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, n°2004-505 DC, cons. 12 et 13. Voir également, Cons. const., 20 déc. 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, n°2007-560 DC, cons. 8.

II — La portée de l’appréciation de conventionnalité par les juges européens : preuve d’une primauté effective

A — Droits de l’homme : une infériorisation avérée des constitutions nationales

L’appréciation portée par la CEDH (*in concreto* et, parfois même, *in abstracto*) sur une norme de droit interne, fût-elle constitutionnelle, ne s’apparente pas, à première vue, et en dépit des termes utilisés par la Cour, à un « contrôle » de conventionnalité, entendu dans son acception habituelle. Destiné à vérifier l’éventuelle violation de la CESDH par un État partie, et à justifier ainsi l’engagement de sa responsabilité, ce « contrôle » n’est nullement destiné à résoudre, par lui-même, et à lui seul, le conflit normatif à l’origine du litige. En théorie, la Cour constatera ainsi l’illicérité de la disposition querellée, sans que cela remette directement en cause son effectivité dans l’ordre juridique interne.

Cette analyse ressort des termes mêmes de la Convention qui, en stipulant que « les HPC s’engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties » (art. 46), consacre le caractère strictement déclaratoire des arrêts de la Cour. Revêtues de l’autorité *relative* de la chose jugée, les décisions de la CEDH ne sauraient donc, en toute logique, et conformément aux canons des rapports de système(s), produire d’effets *erga omnes*.

L’observation attentive de la jurisprudence de la Cour conduit toutefois à un constat bien différent. Si le caractère déclaratoire des arrêts devrait en toute logique laisser aux États le pouvoir de décider, seuls, de l’éventuelle abrogation ou modification de la norme interne ayant entraîné leur condamnation, les effets juridiques conférés par la Cour à ses propres décisions témoignent, en effet, d’une dimension et d’une portée bien plus incisives.

Le désormais classique arrêt *Vermeire c. Belgique*, en date du 29 novembre 1991, illustre parfaitement l’évolution ainsi constatée. La Cour, tout en réaffirmant « la liberté de choix reconnue à l’État quant aux moyens de s’acquitter de son obligation », considère tout d’abord que « [cette liberté] ne saurait néanmoins lui permettre de suspendre l’application de la Convention en attendant l’aboutissement [des réformes nécessaires] »⁴⁸. Ensuite, et surtout, la Cour confère à ses décisions « un effet direct à l’égard du juge national »⁴⁹, auquel il est fait injonction de se conformer à la solution dégagée par elle, toutes les fois où se présentent à lui des affaires similaires⁵⁰. En d’autres termes, la Cour habilite le juge national à écarter une loi maintenue en vigueur par l’État, en dépit d’une décision ayant préalablement établi son inconventionnalité. « Destinataire privilégié de l’arrêt européen », le juge national est ainsi chargé « d’éviter la répétition de l’illicite dans l’attente d’une modification du droit interne »⁵¹.

48 CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87, § 26.

49 Sudre (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l’homme*, 12^e éd., Paris, PUF, 2015, n°246, p. 383.

50 CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, *op. cit.*, § 25.

51 Lambert Abdeljawad (Élisabeth), *L’exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, 2^e éd., Strasbourg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2008, p. 27.

Dans le même esprit, la Cour outrepasse clairement les termes de l'article 46, en considérant qu'il appartient aux États parties d'effectuer – de leur propre chef – les modifications normatives nécessaires à la disparition, dans leur ordre interne, de toute disposition similaire à celle d'un autre État ayant déjà été condamné pour violation de la Convention⁵².

Ainsi dotés d'un effet direct, les arrêts de la CEDH donnent toute son effectivité à la primauté du droit de la Convention – œuvre prétorienne par essence – sur les normes internes. Surtout, en dépit de leur réticence initiale, les juges nationaux réceptionnent positivement cette jurisprudence, ainsi qu'en témoignent – entre autres exemples – plusieurs arrêts rendus en France par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, à la lumière d'arrêts impliquant d'autres États parties⁵³, concernant l'inconventionnalité des mesures de gardes à vue⁵⁴. Il n'est pas inutile de rappeler, ici, que la conséquence la plus remarquable de ces décisions fut de donner un effet immédiat au droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue, et de mettre ainsi à mal l'effet différé de la décision d'inconstitutionnalité prononcée un an plus tôt, à propos de la même disposition, par le juge constitutionnel français. Plus rapide que la Constitution, la Convention s'impose à elle (et à son juge) avec le double concours de la CEDH et du juge national.

Enfin, sans même évoquer la technique nouvelle des arrêts « pilote », la tendance prise par la Cour d'indiquer parfois à l'État – au nom d'un principe de « loyauté conventionnelle » – les mesures de portée générale à adopter, ou bien encore le pouvoir d'injonction que s'est attribuée la Cour pour contrôler l'exécution de ses propres décisions, il convient surtout d'observer – à la lumière des résolutions du Comité des ministres – l'excellente exécution des arrêts de la CEDH par la plupart des États parties.

Naturellement, l'exécution des décisions établissant l'inconventionnalité de dispositions constitutionnelles s'expose à des difficultés particulières, tenant aux contraintes formelles ou procédurales inhérentes aux systèmes juridiques des États concernés.

Même si, en pratique, de nombreuses révisions constitutionnelles sont ainsi intervenues à la suite des décisions de la Cour⁵⁵, les États parties peuvent être confrontés à une difficulté liée à l'exercice même du pouvoir constituant dérivé, spécialement lorsque celui-ci appartient au peuple (comme en Irlande et en Suisse, par le recours impératif au référendum constituant) ou lorsque ce dernier à la faculté de s'y opposer (comme en Italie, par le biais d'un veto populaire).

52 CEDH, 22 avr. 1993, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, § 20-24.

53 CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02; CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03.

54 Cass., ass. plén., 15 avril 2011, n° F 10-30.313 : « Les États adhérents à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

55 Voir notamment, CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*, n° 13057/87 et Résolution CM/ResDH (95) 211 du 11 septembre 1995 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Palaoro c. Autriche*, n° 16718/90 et Résolution CM/ResDH (96) 150 du 15 mai 1996 ; CEDH, 28 octobre 1998, *Çiraklar c. Turquie*, n° 19601/92 et Résolution CM/ResDH (99) 555 du 8 oct. 1999 ; CEDH, 26 févr. 1998, *Pafitis et autres c. Grèce*, n° 20323/92 et Résolution CM/ResDH (2005) 65 du 18 juillet 2005 ; CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, n° 19392/92 et Résolution CM/ResDH (2007) 100 du 20 juin 2007.

Dans les faits, ces obstacles théoriques ont jusqu'à maintenant été surmontés, comme en témoigne l'approbation populaire, en Irlande, de la révision constitutionnelle engagée en vue de l'exécution de l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992⁵⁶. Il n'est toutefois pas exclu qu'un État soit confronté, à l'avenir, à l'impossibilité technique (et démocratique) d'adopter une « mesure générale » destinée à remédier à l'inconventionnalité d'une disposition constitutionnelle, pourtant dûment constatée par la CEDH. Il est même raisonnablement possible d'envisager la survenance prochaine d'un tel cas de figure en Suisse, s'agissant de l'interdiction constitutionnelle des minarets, dont il est probable qu'elle finira par être examinée (*in concreto*) et sanctionnée par le CEDH, sur le fondement de l'article 9, ainsi que de l'article 14 combiné avec l'article 9⁵⁷. Dans la mesure où la disposition contestée a été initiée et adoptée par le corps électoral, la perspective de son abrogation – nécessairement soumise à votation populaire (avec une délicate condition de double majorité nationale et cantonale) — paraît effectivement pour le moins incertaine.

La friction normative, entre Convention et Constitution, prendrait le risque d'évoluer alors en une confrontation — beaucoup plus incertaine — entre la Convention et le Souverain. Cette hypothèse extrême affecte-t-elle, néanmoins, la portée et l'effectivité jusqu'alors constatée des appréciations de conventionnalité opérées par le CEDH, spécialement s'agissant des normes constitutionnelles ? Sans prétendre résoudre ici une difficulté de nature plus politique que juridique, il convient – à tout le moins – de rappeler la jurisprudence *Vermeire* et, avec elle, l'obligation faite au juge national d'écartier la norme interne dont l'inconventionnalité a été clairement établie par la CEDH. Saisi d'un cas concret, le Tribunal fédéral suisse pourrait dès lors — en application de l'article 191 de la Constitution, qui dispose que « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international » ; et conformément à sa jurisprudence, qui admet le principe de primauté du droit international⁵⁸ —, écarter l'application de l'article 72 al. 3 de la Constitution interdisant la construction de nouveaux minarets. Ainsi que le souligne la doctrine, « le Comité des ministres du Conseil de l'Europe se contenterait certainement de cette modalité d'exécution d'un arrêt de violation, alors même qu'elle dérogerait au principe de l'abrogation formelle des normes nationales déclarées contraires à la Convention, auquel il est d'ordinaire si attaché »⁵⁹.

Si l'appréciation de conventionnalité des constitutions par la CEDH produit en principe, *in fine*, les mêmes effets que ceux d'un contrôle par voie d'action – c'est-à-dire la disparition effective de la norme –, elle devrait donc, *a minima*, produire des effets

56 CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, *op. cit.*, et Résolution CM/ResDH (96) 368.

57 Flauss (Jean-François), « L'interdiction des minarets devant la CEDH. Petit exercice de simuslation contentieuse », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 452.

58 Saisi d'un recours dirigé contre une décision d'assujettissement à la taxe d'exemption du service militaire, le Tribunal fédéral s'est prononcé par arrêt du 21 janvier 2010 (affaire n°2C_221/2009) sur la compatibilité d'une disposition constitutionnelle instituant le service militaire obligatoire uniquement pour les hommes avec l'article 14 lu conjointement avec l'article 4 de la Convention et a conclu, en l'espèce, à l'absence de violation de la Convention.

59 Flauss (Jean-François), *ibid.*

identiques à ceux d'un contrôle incident, par une neutralisation concrète de la norme. Ce faisant, l'appréciation de conventionnalité peut être raisonnablement assimilée, en pratique, à un contrôle de conventionnalité.

B — Union européenne : une infériorisation assumée des constitutions nationales

Le parallèle déjà établi entre la CEDH et la Cour de justice de l'UE (CJUE), s'agissant du fondement même de l'appréciation de conventionnalité des constitutions par le juge européen, peut être aisément reconduit s'agissant cette fois de la portée conférée aux décisions des deux Cours européennes.

En théorie, et par la force des choses, les décisions rendues par la Cour de Luxembourg, qui ne sauraient *de jure* se prononcer sur la compatibilité du droit national au droit de l'Union, ne sauraient davantage produire le moindre effet sur sa validité. Le raisonnement est *a priori* imparable s'agissant des décisions rendues dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Il l'est également s'agissant des arrêts en constatation de manquement, ceux-ci étant *a priori* revêtus d'un caractère purement déclaratoire, privant la Cour du pouvoir d'annuler la norme interne inconventionnelle, ou même d'adresser une injonction à l'État défaillant.

Évidemment, la réalité est de nouveau bien différente. D'abord, concernant les arrêts en manquement, l'article 260 TFUE dispose clairement que « si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt ». Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée implique pour les autorités nationales, y compris juridictionnelles, « prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité »⁶⁰. Ces autorités nationales ne sauraient, naturellement, exciper de dispositions de leur ordre interne, y compris constitutionnelles, pour se soustraire à leurs obligations⁶¹.

Ensuite, concernant les renvois préjudiciaux, l'autorité des arrêts en interprétation s'impose, par la force des choses, au juge *a quo*, qui est nécessairement lié par l'interprétation qu'il a lui-même sollicitée. Si certaines juridictions nationales ont parfois manifesté leur hostilité⁶² à l'endroit des arrêts préjudiciaux qui, statuant *ultra petita*, outrepassent manifestement les termes initiaux du renvoi, elles ont fini — à l'instar du Conseil d'État français⁶³ — par admettre l'autorité de ces arrêts⁶⁴, et de l'interprétation en résultant⁶⁵.

60 CJCE, 13 juil. 1972, *Com. c. Italie*, aff. 48/71, pt. 7.

61 *Ibid.*, pt. 8.

62 Voir par exemple, en France, CE, 26 juil. 1985, *ONIC*, p. 233 ; *AJDA*, 1985, p. 615, concl. Genevois.

63 CE, 11 déc. 2006, *De Groot et Bejo, Rec. Dalloz*, 1997, p. 994.

64 Réserve étant faite, selon la Haute Assemblée, de la compétence conservée par le juge *a quo* pour « qualifier les faits », même s'il est bien difficile de saisir, au demeurant, la portée réelle d'une telle « limitation ».

65 Voir, entre autres, Cass., com., 10 déc. 1985, *Administration des douanes c. SA Roquette Frères, AJDA*, 1986, p. 269, note Boulouis.

Selon le degré de contrariété entre normes constitutionnelles et européennes, l'appréciation portée par la Cour de justice pourra ainsi aboutir — concrètement — à la disparition de la norme inconventionnelle, ou à sa simple neutralisation. La première solution pourra impliquer l'intervention du pouvoir constituant, dès lors qu'il s'agira d'amender une disposition expresse du texte constitutionnel. Tel était, en ce sens, l'objet de la révision de la Loi fondamentale allemande opérée en décembre 2000⁶⁶, et destinée à modifier l'article 12a, dont l'inconventionnalité résultait de l'arrêt *Kreil*. La disparition de la norme constitutionnelle inconventionnelle pourra néanmoins consister en un simple revirement jurisprudentiel, toutes les fois où l'inconventionnalité ne résulte que d'un principe d'origine prétorienne ou de la seule interprétation du juge constitutionnel. Enfin, le plus souvent, l'inconventionnalité n'impliquera qu'une simple neutralisation de la norme constitutionnelle, face à laquelle le droit de l'Union fera écran⁶⁷.

L'affaire *Melloni* est symptomatique, à cet égard, de l'effectivité de l'appréciation de conventionnalité portée, par la Cour de justice, sur les constitutions des États membres. Mais elle révèle aussi, et surtout, la fébrilité des cours constitutionnelles nationales, qui peinent à gérer convenablement les conséquences d'une inconventionnalité. L'arrêt rendu par le Tribunal constitutionnel espagnol, le 13 février 2014⁶⁸, témoigne tout d'abord de la difficulté du juge constitutionnel à admettre l'autorité de l'arrêt préjudiciel⁶⁹. Alors même que le Tribunal rend sa décision conformément aux prescriptions de la CJUE, il s'efforce ainsi de noyer son raisonnement à travers l'invocation — inutile en l'espèce, sauf à vouloir opérer un contrôle de conventionnalité du droit de l'UE (!) — de la jurisprudence de la CEDH. Ensuite, et surtout, le juge espagnol procède à un revirement radical de sa jurisprudence, en renonçant à son standard de protection du droit à un procès équitable pour l'ensemble des procédures d'extradition, y compris celles concernant des États requérants extérieurs à l'Union, et ne relevant donc pas du régime du mandat d'arrêt européen. Ayant imparfaitement interprété l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux à l'occasion de sa question préjudiciale, le tribunal persiste ainsi dans son erreur, en renonçant cette fois à conserver — comme l'article 53 le lui permet pourtant — ses propres standards constitutionnels s'agissant des procédures d'extradition initiées par des États non membres. Ce faisant, il se refuse à infléchir sa jurisprudence sur le fondement et au profit de la seule norme européenne, préférant affaiblir un principe constitutionnel tout entier, plutôt que de reconnaître la spécificité de l'ordre juridique européen.

⁶⁶ Voir, à ce sujet, Arnold (Rainer), « Les développements majeurs du droit constitutionnel allemand en 2000 », *RIDC*, 2001, vol. 53, p. 195.

⁶⁷ Pour mieux assurer la primauté du droit UE, la Cour a récemment consacré la possibilité pour un État de voir sa responsabilité mise en jeu (CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01 ; CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03) ou d'être condamnée en manquement (CJCE, 9 déc. 2003, *Com. c. Italie*, aff. C-129/00), alors même que la violation du droit de l'Union émanerait de l'une de ses juridictions.

⁶⁸ Trib. const., 13 févr. 2014, STC n° 26/2014.

⁶⁹ Voir en particulier, Da Fonseca (Amélie), « Le tribunal constitutionnel espagnol et la Cour de justice : un dialogue d'apparat autour de l'affaire *Melloni* ? », <http://www.gdr-elsj.eu/2014/03/30>.

Il est certain que la multiplication de l'action normative de l'Union dans les matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice constitue, à ce titre, une source de tension inédite entre normes européennes et constitutions nationales. Les juridictions constitutionnelles mesurent ainsi, avec une acuité encore jamais observée, la difficulté qu'elles auront à dissimuler le phénomène d'infériorisation de leur loi fondamentale. Signe qui ne trompe pas : sur la seule question du mandat d'arrêt européen, plusieurs d'entre elles ont — pour la première fois — saisi la Cour de justice d'une question préjudiciale... À côté du cas espagnol (l'affaire *Melloni*), qui fut effectivement une première pour le Tribunal constitutionnel, dans le cadre d'un recours d'*amparo*, les juges constitutionnels belge⁷⁰ et français⁷¹ saisirent également pour la première fois la CJUE, et se conformèrent à ses décisions⁷². Certes, le Conseil constitutionnel français a justifié cette entorse à ses principes par l'existence d'une disposition spécifique destinée à neutraliser les motifs d'inconstitutionnalité des actes européens relatifs au mandat d'arrêt européen (l'article 88-2 de la Constitution française, introduit par une loi constitutionnelle du 25 mars 2003). Mais au-delà des habillages destinés à préserver la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne, les cours constitutionnelles ont pris acte de la primauté du droit de l'Union sur leur propre norme fondamentale.

Les rares velléités ou résistances sont vite neutralisées par la Cour de justice, parfois même sont-elles tuées dans l'œuf, sous le simple effet d'une saisine préjudiciale. Ainsi, il n'a pas fallu plus de quatre mois après son entrée en vigueur pour faire perdre son caractère « prioritaire » à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) française. Poussant son avantage, la Cour de justice n'hésite pas même à museler les cours constitutionnelles, en décidant que « la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles »⁷³. Comme le remarque Denys Simon, à propos de la QPC française, cela signifie concrètement que « dans ces conditions, le juge du fond pourrait se trouver écartelé entre l'obligation de respecter la limitation dans le temps des effets de l'abrogation, du fait d'une décision du Conseil constitutionnel revêtue à son égard de l'autorité imposée par l'article 62 de la Constitution, et l'obligation d'écartier sans délai la loi nationale du fait de la primauté du droit communautaire »⁷⁴. Ainsi, à l'instar de ce que nous avions observé *supra* s'agissant de la primauté et de l'effectivité du droit de la CESDH, à travers l'exemple précis des décisions rendues en France par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation en matière de garde à vue, le droit de l'UE, plus rapide que la Constitution, peut s'imposer à elle avec le double concours de la Cour de justice et du juge ordinaire.

Deux observations pour conclure.

70 Cour d'arbitrage, 13 juil. 2005, aff. 1248/2005.

71 Cons. const., 4 avril 2013, *M. Jeremy Forest*, n° 2013-314P QPC.

72 Cour const. (belge), 10 oct. 2007, aff. 128/2007 ; Cons. const. (français), 14 juin 2013, *M. Jeremy Forest*, n° 2013-314P QPC.

73 CJCE, 19 nov. 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, pt. 85.

74 Simon (Denys), « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 29.

D'abord, l'appréciation de conventionnalité portée par les juges européens sur les constitutions nationales est une réalité. Qu'il s'agisse de la Cour de Strasbourg ou de Luxembourg, ces juridictions manifestent par là — quitte à outrepasser les prérogatives qui leur ont été conventionnellement dévolues — la primauté des droits européens sur les droits nationaux, y compris ceux de nature constitutionnelle. Surtout, en donnant une portée effective à ces appréciations de conventionnalité, elles opèrent un véritable contrôle de la norme interne, fût-elle constitutionnelle. De par son caractère indirect, ce contrôle s'écarte immanquablement des canons du normativisme et de la hiérarchie des normes, en permettant la conciliation de deux principes *a priori* antinomiques : la primauté des normes européennes (dans un ordre juridique européen intégré) et la suprématie des constitutions nationales (dans le sous-ensemble que constitue dorénavant l'ordre juridique interne). Ainsi que nous le pressentions, il oblige donc — nécessairement — à repenser les rapports entre ordres juridiques.

Ensuite, l'apparition d'un tel contrôle indirect de conventionnalité des constitutions résulte non seulement de la jurisprudence audacieuse des cours européennes, mais aussi — et surtout — de l'incroyable réceptivité du juge national ordinaire. Bien sûr, il ne fait aucun doute que l'adhésion initiale des juridictions nationales est d'abord la résultante d'une forme de « contrainte juridique », au sens « réaliste » de l'expression⁷⁵. Certainement inquiets à l'idée d'être « déjugés » par les cours européennes, les juges nationaux — juges de droit commun des droits européens — ont intégré la jurisprudence européenne avec célérité, reproduisant une grille de lecture de la hiérarchie des normes qui, théoriquement, ne s'imposait pourtant pas à eux. Il est toutefois évident que, passé ce moment de flottement et d'adaptation, les juges nationaux ont saisi tout l'intérêt d'une telle évolution, qui signe leur émancipation — aussi soudaine qu'inattendue — de la tutelle étatique et du pouvoir politique. Cela explique sans doute pourquoi, dans un pays comme la France, le juge administratif — conseiller de l'État — fut bien plus long que le juge judiciaire à s'affranchir de l'ordre juridique étatique. Cela explique également l'inévitable résistance des cours constitutionnelles. Il leur revient désormais, à elles aussi, de regarder par-dessus l'épaule de l'État et de participer à l'édification en cours d'un ordre juridique européen, dont la dimension cosmopolitique préfigure, peut-être, l'avènement d'une justice universelle.

⁷⁵ Troper (Michel), Champeil-Desplats (Véronique), Grzegorczyk (Christophe) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruyant-LGDJ, 2005.

VERS UN CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ DES CONSTITUTIONS NATIONALES ?

Ariane VIDAL-NAQUET

Tel qu'il se présente aujourd'hui, le projet de la Cour constitutionnelle internationale est très audacieux et profondément original⁷⁶. Pour la première fois, en effet, est clairement exprimée l'idée qu'une Cour, internationale de surcroît, pourra exercer un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales. En effet, outre la possibilité, pour la future Cour, de juger les violations de la « normativité constitutionnelle internationale » et d'assumer ainsi l'exercice de ce qui s'apparente fort à un contrôle de constitutionnalité, il est également prévu qu'elle puisse examiner la conformité des textes constitutionnels aux règles contenues dans une convention internationale à laquelle l'État est parti⁷⁷.

L'idée même d'un contrôle de conventionnalité des constitutions nationales sonne comme un oxymore, tant il rapproche deux termes qui s'excluent ordinairement. Pourtant, cette exclusion n'a rien d'évident. De manière assez schématique, le contrôle de conventionnalité peut être appréhendé comme un contrôle de la conformité de certaines normes aux conventions internationales. On a pu ainsi s'interroger sur les normes concernées par ce contrôle. En France, par exemple, le contrôle de conventionnalité n'a longtemps porté que sur des normes infralégislatives, jusqu'aux revirements *Jacques Vabre*⁷⁸ pour le juge judiciaire et *Nicolo*⁷⁹ pour le juge administratif. On peut également hésiter sur le point de qui doit exercer ce contrôle de conventionnalité : les juridictions de droit commun ou le juge constitutionnel. En France, par exemple, le Conseil constitutionnel refuse d'exercer ce contrôle de conventionnalité des lois et confie cette mission aux juridictions ordinaires. On a pu encore discuter sur l'intensité de ce contrôle, qui serait un contrôle non pas de conformité, mais de simple compatibilité⁸⁰. La portée de ce contrôle peut également varier : simple neutralisation

76 Cet article fait écho à celui de Monsieur David Melloni qui le précède.

77 Dans le projet établi par le Comité *ad hoc*, il est précisé qu'« il s'agirait pour la Cour d'exercer un contrôle de conformité des textes édictés par un État aux principes et règles de droit international en matière de démocratie ; il s'agira d'un contrôle de conventionnalité dans les cas où les règles en question sont contenues dans une convention internationale à laquelle l'État est partie. Ce contrôle pourra consister également en la vérification de la régularité d'un texte relatif à la démocratie et aux libertés publiques par rapport à d'éventuelles normes coutumières internationales en la matière, que ces normes soient constituées des principes généraux de droit reconnus par les différentes nations. »

78 Cour de cassation, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*.

79 Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, *Nicolo*.

80 Relevant que le contrôle de conventionnalité apparaît comme un contrôle restreint par nature, dans lequel le juge ne regarde pas « la compatibilité entre deux normes, disposition par disposition, comme il le fait de manière classique : il considère les deux normes dans leur ensemble, pour déceler une discordance évidente » et faisant de ce contrôle de conventionnalité un contrôle de simple compatibilité,

ou annulation de la norme contraire au droit international [...]. Reste que, d'ordinaire, il désigne un contrôle de conventionnalité portant sur les actes infraconstitutionnels, qu'ils soient législatifs, réglementaires ou de droit privé. En revanche, la possibilité que ce contrôle de conventionnalité porte sur des normes constitutionnelles n'a jamais été envisagée. Pourtant, si l'on s'en tient à la simple logique d'une confrontation de norme à norme, rien n'empêche, théoriquement, que ce contrôle de conventionnalité porte sur des normes constitutionnelles : la confrontation doit permettre de vérifier que ces dernières respectent effectivement les normes conventionnelles⁸¹.

Reste que ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales semble être une hérésie. En témoigne l'extrême prudence des juridictions internationales sur cette question. Certes, les juridictions internationales affichent assez clairement leur indifférence quant à l'origine constitutionnelle ou non des dispositions invoquées par tel ou tel État pour moduler la portée de ses obligations⁸². Mais ce n'est qu'à leur corps défendant que les juridictions internationales sont confrontées à cette question des rapports entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles, cherchant en permanence à éviter le conflit ou à en minorer la portée. Rares sont d'ailleurs les cas dans lesquels les juridictions internationales sont concrètement confrontées à un contrôle direct de conventionnalité de dispositions conventionnelles⁸³. David Melloni en a fait la démonstration ce matin et je renvoie, sur ce point, à son intervention. Mais qu'en est-il du côté des juridictions nationales ? Là encore, la question ressemble à une hérésie, plus encore à un sacrilège. Pourtant, elle mérite d'être posée. Après tout, le contrôle de conventionnalité est essentiellement exercé par les juridictions internes. Il ne l'est que très rarement par les juridictions externes, dès lors que ces dernières ne se placent pas du point de vue de la légalité des actes de droit interne, mais plutôt sur le terrain de la responsabilité, malgré les hypothèses de convergences entre les deux. Plus

d'un « degré inférieur », plus global et plus limité, voir Poulet-Gibot-Leclerc (N.), *Droit administratif*, 3^e éd., 2007, p. 76 et 77.

81 D'ailleurs, cette possibilité est évoquée en des termes très clairs par Kelsen : « si l'on part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres étatiques... le traité international apparaît comme un ordre juridique supérieur aux États contractants » et « le droit international, si l'on en suppose la primauté, peut constituer un mètre de la régularité de toutes les normes étatiques, y compris la plus élevée d'entre elles, la Constitution ». Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, p. 211-212, cité par Gözler (Kémal), *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, p. 340.

82 Voir notamment CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitemet des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24 : un État ne peut pas « invoquer sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur » ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125, pt. 3 : « l'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet État ».

83 Sur ce point, voir notamment Garlicki (Lech), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », 2009, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_garlicki_130209.pdf ; voir également Marti (Gaëlle), « Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne », Contribution au VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN2/martiTD2.pdf>.

encore, les juridictions internes ne seraient-elles pas mieux placées que les juridictions internationales pour exercer ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ? D'autant que la future Cour constitutionnelle risque d'être fort accaparée par sa mission d'expertise constitutionnelle et par le contrôle du respect de la normativité constitutionnelle internationale, de même qu'elle risque d'être bien impuissante, en pratique, pour vérifier si les dispositions constitutionnelles nationales respectent bel et bien tel ou tel traité ratifié par tel ou tel État. À cela s'ajoute qu'en confiant ce contrôle de conventionnalité au juge national, la future Cour constitutionnelle lui en transfère le poids et la responsabilité...

Le sujet proposé sera ainsi appréhendé du point de vue du juge national, David Mello-ni ayant abordé le point de vue du juge international ce matin. Il sera abordé en deux temps : comment penser l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales par les juridictions internes ? Comment en organiser les modalités ? Il faut ici convenir que l'exercice proposé ressemble fort à de la science-fiction... En littérature comme au cinéma, la science-fiction est une expérience de pensée qui rassemble plusieurs ingrédients : un phénomène de « *distanciation cognitive* », l'histoire supposant un écart par rapport au monde réel, mais devant être tenue pour plausible ; une « activité de compréhension et de reconstruction » de la part du lecteur, qui lit le monde dans lequel il est plongé à partir de données contemporaines ou de leurs extrapolations ; l'utilisation d'un « bagage culturel commun », le vocabulaire comme les thèmes et les raisonnements devant faire partie d'une culture familiale... C'est donc à cette expérience que je me suis prêtée, avec le regard d'une constitutionnaliste française, dans un système moniste avec primauté du droit interne.

I — La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales

La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des constitutions nationales par les juridictions internes est difficile à penser. Cette réticence semble trouver son fondement le plus évident dans le principe de suprématie de la Constitution. Au nom de cette suprématie, la norme constitutionnelle est supérieure à toutes les autres et elle ne peut être contrôlée, disposant, en quelque sorte, d'une « immunité contentieuse », pour reprendre une formule à la mode. Pourtant, cette suprématie de la Constitution ne fonde-t-elle pas, dans le même temps, la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ?

A — *Les obstacles à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des constitutions*

Deux considérations semblent faire obstacle à l'existence d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales, l'un étant d'ordre plutôt logique, la suprématie de la Constitution, l'autre étant plutôt d'ordre pratique, à savoir l'absence d'habilitation constitutionnelle fondant un tel contrôle.

1) La suprématie de la Constitution s'avère le principal obstacle à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales.

Sur ce point, l'exemple de la France est symptomatique. Chaque fois que le juge national s'est trouvé confronté à l'éventuelle question de la conventionnalité d'une disposition constitutionnelle, il s'est réfugié derrière l'argument de la suprématie constitutionnelle pour décliner toute possibilité de contrôle. Plus encore, et cela n'est pas anodin, on relèvera qu'en réalité, la suprématie de la Constitution n'a été expressément consacrée qu'à partir du moment où s'est posée la question de la conventionnalité d'une disposition constitutionnelle. Autrement dit, cette suprématie de la Constitution a été, en quelque sorte, « révélée » par les juridictions nationales lorsque s'est matérialisé un conflit posant la question de la conventionnalité de la norme constitutionnelle. À cet égard, on relèvera que rares sont les Constitutions qui posent le principe de leur propre suprématie, si ce n'est dans les États fédérés qui ont besoin, en raison de la superposition des ordres juridiques, de la prévoir expressément. En revanche, dans les États unitaires, la suprématie de la Constitution est rarement posée dans les textes constitutionnels, tant elle semble s'imposer avec la force de l'évidence. En France, c'est le juge qui, confronté à une question de conventionnalité de la norme constitutionnelle, a consacré pour la première fois cette suprématie de la Constitution. À cela s'ajoute que c'est, en quelque sorte, par accident que le conflit s'est noué entre la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle. En effet, si ce sont bien des questions de conventionnalité qui ont révélé la suprématie de la Constitution, la norme constitutionnelle n'était visée que « par ricochet ».

C'est l'hypothèse de l'arrêt *Sarran-Levacher*, dans laquelle le Conseil d'État était amené à statuer, somme toute classiquement, sur la conventionnalité des dispositions du décret relatives à la composition du corps électoral de Nouvelle-Calédonie, si ce n'est que ces dispositions faisaient application de l'article 76 de la Constitution et de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988, dont les dispositions avaient également valeur constitutionnelle en raison du renvoi qui y était opéré précisément par l'article 76. En conséquence, statuer sur la conventionnalité du décret revenait à statuer sur la conventionnalité de la Constitution. Selon la motivation de l'arrêt, « la suprématie conférée aux engagements internationaux (par l'art. 55 de la Constitution) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁸⁴. Cet arrêt marquerait, et la réaction fut unanime, la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux⁸⁵. On peut alors logiquement en déduire que la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne fait obstacle à l'exercice d'un contrôle de la conventionnalité de la Constitution. Le raisonnement est le même pour le juge judiciaire, aux prises avec l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999, qui a valeur constitutionnelle en raison du fait qu'il reprend les termes de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle. Pour la Cour de cassation, la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de

⁸⁴ CE, Ass., 30 oct. 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres*, req. n° 200286 200287.

⁸⁵ À titre d'exemple, voir Maugué (Christine), « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, Dossier *La Hiérarchie des normes*, décembre 1999. « Par cette énonciation particulièrement nette, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé que la hiérarchie des normes juridiques qui découle en France des articles 54 et 55 de la Constitution fait de la Constitution la norme suprême et des normes internationales des normes subordonnées ».

l'article 188 de la loi organique seraient contraires à divers traités doit être écarté⁸⁶. Là encore, la suprématie de la Constitution fait obstacle à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles. Pour le Conseil constitutionnel, la question se pose en des termes un peu différents, dans la mesure où la question qui lui est posée n'est pas celle de la conventionnalité de dispositions constitutionnelles. Mais il profite d'une saisine sur le fondement de l'article 54C, posant la question de la compatibilité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe avec les dispositions constitutionnelles, pour affirmer la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Alors même qu'aucun moyen d'inconstitutionnalité n'est invoqué dans la saisine, le Conseil constitutionnel se prononce sur la dénomination du Traité pour asséner, presque par un *obiter dictum*, que cette appellation est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place « au sommet de l'ordre juridique interne »⁸⁷.

De ces jurisprudences, convergentes, semble découler l'idée d'une incompatibilité radicale entre la suprématie de la Constitution et l'exercice d'un contrôle de conventionnalité : la suprématie implique une immunité contentieuse.

2) En outre, dans ces décisions, le juge affirme qu'il ne dispose d'aucun titre juridique qui l'habiliterait à effectuer un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles.

C'est la référence, dans larrêt *Sarran* comme dans larrêt *Fraisse*, aussi bien dans les visas que dans la motivation, à l'article 55 de la Constitution, qui est interprété comme ne donnant au juge que la compétence de contrôler la conventionnalité des lois ordinaires et non celle des lois constitutionnelles. Du côté du Conseil constitutionnel, la question se pose, là encore, un peu différemment puisqu'il dispose d'un titre juridique qui l'habilite à comparer la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle, à travers l'article 54 de la Constitution. Mais la comparaison se fait au bénéfice de la norme constitutionnelle, qui est la norme de référence. Les termes de l'article 54 sont clairs : il s'agit de savoir si l'engagement international comporte ou non des clauses contraires à la Constitution, qui constitue bien la norme de référence. L'objet du contrôle demeure l'engagement international, comme le souligne également la rédaction du dispositif des décisions. C'est ce dernier qui est examiné au regard de la Constitution et non l'inverse, même si, au final, la Constitution peut plier devant la norme conventionnelle en étant révisée. La dissymétrie est fort connue, entre l'exercice de ce contrôle qui révèle, théoriquement, la suprématie de la Constitution en tant que norme de référence, et le résultat du contrôle qui tend à traduire, au contraire, la soumission de la norme constitutionnelle aux normes internationales.

86 Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, Pauline Fraisse, Bull. 2000, ass. plén., n°4, p. 7, pourvoi no 99-60.274.

87 Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173, cons. ; voir également la décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, Rec. 459, cons. 8. Reste que la formulation de ce considérant est un peu maladroite, puisque cette place de la Constitution semble découler « notamment de son article I-5, relatif aux relations entre l'Union et les États membres », donnant ainsi l'impression que cette suprématie de la Constitution est enracinée dans les dispositions du Traité.

Plus largement, il faut constater qu'aucune Constitution n'envisage un contrôle de constitutionnalité de ses propres dispositions et ce, y compris dans les Constitutions très fortement internationalisées. Parmi les exemples les plus connus et les plus poussés d'internationalisation des Constitutions, aucun ne prévoit expressément un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles⁸⁸ ni l'exemple de la Ville de Dantzig, autorisée à se doter d'une Constitution à condition qu'elle soit soumise à un avis conforme du Conseil de la SDN, ce qui ne traduit pas, à proprement parler un contrôle de conventionnalité de cette constitution, ni l'exemple de la Constitution de Bosnie Herzégovine, qui repose sur une fiction juridique identifiant la Constitution au traité et conduit ainsi à une fusion des deux textes, alors même que l'existence d'un contrôle de conventionnalité de la norme constitutionnelle presuppose une distance entre la Constitution et le traité⁸⁹. Reste que cette absence d'habilitation constitutionnelle n'est qu'un obstacle formel et temporaire, puisqu'il suffit alors d'inscrire dans la Constitution la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des lois constitutionnelles.

Cette éventualité est-elle envisageable ? Peut-on penser un article de la Constitution qui donnerait au juge national une compétence pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux traités ? Faut-il y voir une atteinte à la suprématie de la Constitution ? Ne peut-on pas penser, au contraire, que dès lors que ce contrôle de conventionnalité de la Constitution dispose d'un ancrage constitutionnel, il traduit, au contraire et par un singulier tour de passe-passe — somme toute assez coutumier —, la suprématie de la Constitution ?

B — La solution ? La constitutionnalisation du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales

L'hypothèse serait donc la suivante : inscrire dans la Constitution le principe selon lequel le juge interne est compétent pour contrôler la conformité des dispositions constitutionnelles aux traités régulièrement ratifiés et approuvés. A priori, cette compétence serait plutôt du ressort du juge constitutionnel que de celle du juge de droit commun, dans la mesure où elle concerne les dispositions constitutionnelles. Cet ancrage constitutionnel du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ne manifeste-t-il pas la suprématie de la Constitution, pourtant alors soumise à un contrôle juridictionnel ?

1) Manifestation ou remise en cause de la suprématie de la Constitution ?

Cet ancrage constitutionnel du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales ne doit-il pas être conçu comme une manifestation de la suprématie de la Consti-

88 Après la Seconde Guerre mondiale, la Ville de Dantzig a pu se doter d'une constitution, mais à condition que son élaboration et sa révision soient soumises à l'avis conforme du Conseil de la SDN. Sur cette question, voir notamment Djimba (K.-F.), *L'internationalisation des Constitutions des États en crise — Réflexion sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, thèse, Nancy, 2011, <http://docnum.univ-lorraine.fr/public/NANCY2/doc514/2011NAN20003.pdf>.

89 En témoigne l'article 12-1 de l'annexe 4 des accords de Dayton : « La Constitution entre en vigueur au moment de la signature de l'accord-cadre général, en tant qu'acte constitutionnel amendant et remplaçant la constitution de la République de Bosnie-Herzégovine ».

tution, dès lors que c'est elle qui continue d'être la source du droit et qui consent à être liée ? Le raisonnement est suffisamment connu pour qu'on ne s'y arrête guère : le consentement à être lié est une manifestation de la souveraineté ; la disposition constitutionnelle qui y autorise traduit la suprématie de la Constitution. C'est le sens de la formule retenue par le Conseil constitutionnel : s'appuyant sur plusieurs dispositions constitutionnelles, dont celles relatives à la souveraineté telles qu'elles découlent notamment de l'article 3 de la Constitution relatif à la souveraineté, à la participation de l'État aux organisations internationales et tout particulièrement à l'Union européenne découlant de l'article 88-1 C, il en déduit que, « tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres », pour en conclure qu'elles ne portent donc pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁹⁰. C'est également le raisonnement retenu par le juge constitutionnel à propos du principe de primauté du droit de l'Union européenne : à partir du moment où c'est le constituant qui, à travers l'article 88-1 de la Constitution, a consenti à cette primauté, celle-ci n'est pas contraire à la Constitution et en manifeste, au contraire, la suprématie⁹¹.

Peut-on, dès lors, aller plus loin et considérer que l'inscription, dans la Constitution, d'un article prévoyant un contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles ne ferait que manifester, au fond, la suprématie de la Constitution ? L'hypothèse est embarrassante. En témoigne le commentaire de la décision 2004-505 DC, qui évoque l'hypothèse d'une « supra-constitutionnalité » en ces termes : « La révision de la Constitution française ne pourrait à elle seule parvenir à conférer valeur supra-constitutionnelle à la “Constitution pour l'Europe” établie par le traité, *car le constituant national ne peut hisser aucun droit au-dessus de celui qu'il proclame* »⁹². Cette affirmation, pour le moins expéditive, intrigue, car le débat sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne se positionnait pas véritablement en termes de « supra constitutionnalité ». Elle témoigne de la difficulté à penser la soumission des normes constitutionnelles à d'autres normes, tout particulièrement conventionnelles. Elle témoigne, plus encore, de l'ambivalence de la notion de « suprématie ».

2) *L'ambivalence de la « suprématie » de la Constitution*

Si la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne est unanimement admise, cette suprématie est diversement entendue. Tantôt la suprématie désigne simplement une place, un rang. Dans cette approche statique, et largement empreinte de verticalité, la Constitution est la norme la plus élevée et ne peut en connaître au-dessus d'elle. Toute opération dans laquelle la Constitution ne serait pas la norme de référence, comme ce serait le cas dans l'exercice du contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales, remet en cause la suprématie entendue dans ce sens-là. Dans

⁹⁰ Décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, Rec. 459, cons. 8.

⁹¹ Décision 2004-505 DC, préc., cons.13.

⁹² Commentaire de la décision 2004-505 DC, souligné par nous.

cette hypothèse, en effet, la Constitution semble devenir l'objet du contrôle confronté à la référence que serait la convention internationale. Tantôt la suprématie est entendue dans un sens plus dynamique, dans une perspective très normativiste : la Constitution est suprême parce qu'elle est la norme originale, la norme première dont découlent toutes les autres normes. Sa suprématie est indispensable pour penser l'ensemble du système, car à partir du moment où toute norme est produite selon des règles déterminées par une norme supérieure, il faut penser cette norme première qu'est la Constitution⁹³. De ce point de vue, on peut soutenir qu'à partir du moment où la Constitution règle la question de l'élaboration des traités et de leur insertion dans l'ordre juridique interne, elle est première⁹⁴. Dans cette hypothèse, la suprématie de la Constitution en tant que norme originale dont découlent les autres normes n'est pas remise en cause, ou pas plus que d'habitude, par un article qui prévoit que les dispositions constitutionnelles doivent être conformes aux engagements internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés : le fondement de cette obligation est bien la norme constitutionnelle, manifestant ainsi sa supériorité.

Dans un troisième sens, qui rejoint le précédent, la suprématie de la Constitution renvoie à sa centralité : tout ou presque est fongible dans le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, on pourra soutenir que le contrôle de conventionnalité est un contrôle de constitutionnalité, dès lors qu'il revient à faire application des dispositions constitutionnelles qui en prévoient l'exercice. Tel était bien le raisonnement qui sous-tendait la jurisprudence dite des Semoules⁹⁵ et tel est bien le pas qui est franchi dans l'arrêt *Nicolo* : le contrôle de l'application de l'article 55 est aussi un contrôle de constitutionnalité. De même, on a pu soutenir que le contrôle exercé par le juge sur la manière dont sont insérés les traités dans l'ordre juridique interne est un contrôle de constitutionnalité « externe », et donc une manifestation de la suprématie de la Constitution⁹⁶. Enfin, la suprématie peut être entendue dans un sens plus organique : la Constitution est su-

93 Sur cette approche, voir Favoreu (Louis) *et alii*, *Droit constitutionnel*, 17^e éd. 2015, p. 62 et ss.

94 Cette approche de la suprématie se retrouve par exemple dans le communiqué de presse du Conseil d'État sur l'arrêt *Sarran* : « En second lieu, elle a considéré que le juge national n'avait pas à contrôler la conformité d'une disposition de nature constitutionnelle à un traité, puisque les engagements internationaux n'ont pas, dans l'ordre interne, une autorité supérieure à celle de la Constitution. En effet, « la suprématie conférée [par l'article 55 de la Constitution] aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Ce faisant, le Conseil d'Etat n'a pas contesté qu'en droit international, on ne puisse se prévaloir d'une norme interne, fût-elle constitutionnelle, pour faire échec à un engagement international, mais a affirmé que, dans l'ordre interne, la hiérarchie des normes découle de la Constitution, qui est le texte suprême duquel toutes les autorités de l'Etat, et notamment ses organes juridictionnels, tirent leur pouvoir ».

95 CE, section, 1er mars 1968, *Syndicat des fabricants de semoules de France*, n° 62814.

96 À ce sujet, voir notamment Poli (Philippe), *Les juridictions ordinaires françaises et le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux*, thèse dact., Aix-Marseille, 2009. C'est le sens du commentaire de Christine Maugüe qui évoque la suprématie de la Constitution car c'est elle qui détaille comment on élabore les autres normes, ajoutant d'ailleurs que, « hasard du contentieux oblige, le Conseil d'Etat a eu l'occasion, depuis l'arrêt Sarran, de faire à au moins une reprise application de la suprématie de la Constitution sur les traités : dans l'arrêt SARL du Parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaeker du 18 décembre 1998, l'Assemblée du contentieux a contrôlé si la procédure de ratification ou d'approbation d'un engagement international suivie par le pouvoir exécutif était conforme aux dispositions de la Constitution ».

prême parce qu'elle est l'expression du pouvoir suprême, du souverain. De ce point de vue, on soutiendra que, grâce à l'habilitation constitutionnelle, c'est bien le constituant qui a voulu, qui a consenti à ce que les normes constitutionnelles soient conformes à des traités. L'autolimitation du pouvoir constituant est seulement une manifestation de sa souveraineté, de sorte que l'internationalisation de l'État n'est qu'une manifestation de la suprématie de la Constitution... Cette ambivalence de la notion de suprématie montre que le contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales n'est pas si impensable que cela : en suivant des raisonnements qui ont déjà été éprouvés, on soutiendra qu'à partir du moment où le constituant prévoit un fondement constitutionnel à ce contrôle qui devient alors un contrôle de constitutionnalité, la suprématie de la Constitution est préservée.

Une fois la possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales admise, comment penser les modalités de ce contrôle ?

II — Les modalités d'un contrôle de conventionnalité interne des Constitutions nationales

Poursuivons dans la science-fiction... Le contrôle de la conventionnalité des Constitutions nationales pourrait être envisagé comme un contrôle de la cohérence des dispositions conventionnelles et constitutionnelles, qui trouverait un ancrage supplémentaire dans le principe de bonne foi. Difficile à envisager s'agissant du pouvoir constituant original, il s'exercerait essentiellement en direction du pouvoir constituant dérivé.

A — La nature du contrôle

Comment penser ce contrôle de conventionnalité afin de préserver, au mieux, la suprématie de la Constitution ?

1) Une obligation de cohérence entre les dispositions constitutionnelles et les dispositions conventionnelles

Ce contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales pourrait se traduire par l'insertion d'un article prévoyant que les dispositions constitutionnelles doivent être cohérentes avec les traités régulièrement ratifiés ou approuvés. Le choix de ce terme n'est pas neutre. Afin d'éviter toute idée de hiérarchie, il faut sans doute renoncer à la formule de « contrôle de conventionnalité », qui suppose de penser la supériorité de l'un des termes contrôlés, pour privilégier une logique de cohérence. Cette logique permet de se placer non plus sur le terrain de la verticalité, mais sur celui de l'horizontalité. Elle repose sur un principe de non-contradiction entre le discours constitutionnel et le discours conventionnel.

Cette hypothèse peut sembler saugrenue, mais elle trouve un écho puissant dans le processus de « certification » ou d'« homologation » mis en œuvre en Afrique du Sud. L'exemple est connu, la cour constitutionnelle sud-africaine ayant été amenée à homologuer le texte constitutionnel final à l'aune d'une trentaine de principes constitu-

tionnels adoptés lors des négociations politiques de 1992-1993⁹⁷. Comme le souligne Xavier Philippe, le sens et la portée de ce contrôle ne doivent pas être mésestimés : si la cour a contrôlé la compatibilité de la loi constitutionnelle avec ces principes constitutionnels, elle n'a pas cherché à affirmer la supériorité de principes « supra-constitutionnels », mais plutôt à assurer la constance des engagements du constituant et sa fidélité aux engagements originaires⁹⁸. Dans cette même optique, il serait possible de penser un contrôle de la cohérence de la Constitution nationale et des traités, le juge national étant alors chargé de vérifier que le pouvoir constituant ne contredit pas les engagements internationaux, c'est-à-dire la parole donnée par le biais de traités.

Symétriquement, ce contrôle peut s'accompagner d'un contrôle de la cohérence des traités avec les dispositions constitutionnelles, que l'on connaît en France par exemple avec l'article 54 de la Constitution ou en Espagne avec l'article 95, qui précise que « la conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution exigera une révision constitutionnelle préalable ». Cette symétrie s'intègre parfaitement dans la logique de cohérence et d'horizontalité et elle permet de tempérer le spectre de la hiérarchisation. Les conventions internationales que l'on s'apprête à ratifier doivent être cohérentes avec les dispositions constitutionnelles qui, en retour, doivent être cohérentes avec les premières.

2) *Pacta sunt servanda*

Ce contrôle de la cohérence pourrait trouver dans le texte constitutionnel d'autres ancrages qui le confortent. Il en va tout particulièrement ainsi du principe de l'exécution des engagements internationaux de bonne foi, principe fondateur du droit international. Ce principe a été présenté ce matin par Monique Chemiller-Gendreau et je n'y reviendrai pas⁹⁹. Mais il s'agit également d'un principe que l'on retrouve dans de nombreuses Constitutions. En France, l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 affirme que la République française « fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Malgré quelques hésitations initiales, le Conseil constitutionnel a fini par reconnaître que ces règles renvoient au principe *pacta sunt servanda*, qui implique que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », et par conférer à ce dernier valeur constitutionnelle¹⁰⁰. Plus encore, en affirmant que les dispositions d'un traité en l'espèce le traité portant statut de la Cour pénale internationale, ne sont que la traduction de la règle *pacta sunt servanda* et qu'elles ne portent pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le juge constitutionnel explique que cette règle n'est que la ma-

97 Sur ce point, voir notamment Philippe (Xavier), « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, Dossier *Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, janvier 2010.

98 Comme le relève Xavier Philippe, ce contrôle est, jusqu'à présent unique, il n'a été exercé qu'une seule fois et l'Afrique du Sud n'a pas prévu de contrôle des lois de révision constitutionnelle.

99 Voir le texte de Chemillier-Gendreau (Monique), « La bonne foi, principe justifiant la création d'une Cour constitutionnelle internationale », *infra*.

100 Voir décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 7 confirmée par la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 32

nifestation de la souveraineté de l'État dont elle procède. De ce point de vue, on pourrait soutenir que l'exécution de bonne foi des traités implique de ne prendre aucune disposition, y compris constitutionnelle, qui y serait contraire. Le contrôle de conventionnalité des constitutions nationales ne serait qu'une déclinaison de ce principe.

B — L'exercice du contrôle

Comment, concrètement, pourrait s'exercer ce contrôle ?

1) Le champ du contrôle

De prime abord, il est difficile d'imaginer qu'un tel contrôle puisse porter sur l'exercice du pouvoir constituant originaire, celui-ci étant appréhendé comme un pouvoir qui se déroule en dehors du droit. Mais il existe des contre-exemples, à l'image de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ou encore du processus constituant en Afrique du Sud entre 1993 et 1996. Dans cette logique, on pourrait imaginer une disposition « pré-constituante », précisant que la future Constitution devra être en cohérence avec les traités internationaux déjà ratifiés par l'État. C'est une hypothèse qui converge avec le principe de continuité de l'État, reconnu en droit international public : l'intervention du pouvoir constituant originaire n'a aucun effet sur la responsabilité internationale de l'État et le changement de Constitution est indifférent quant à la poursuite des engagements contractés par l'État¹⁰¹. Reste à savoir quel juge pourrait éventuellement s'assurer de cette cohérence. Là encore, c'est le processus sud-africain qui vient à l'esprit, bien qu'il se déroule dans ce qui a été qualifié de « processus constituant complexe »¹⁰², la Cour constitutionnelle ayant été amenée à certifier la Constitution avant son entrée en vigueur et sur le fondement d'une Constitution intérimaire.

L'hypothèse d'un contrôle portant sur l'exercice du pouvoir de révision dérivé paraît facile : les révisions constitutionnelles ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte aux traités régulièrement ratifiés et approuvés. Il existe ici un exemple connu, celui de la Suisse, avec l'initiative populaire, « pour une politique d'asile raisonnable » de 1990, visant à réviser la Constitution fédérale pour y ajouter un article 69 afin de limiter le droit d'asile à un accueil temporaire. Examinant la recevabilité de cette initiative populaire, l'Assemblée fédérale suisse l'a déclarée nulle pour violation des règles impératives du droit international. Plus encore, la disposition du projet qui prévoyait la perte de validité des traités contraires à ce nouvel article a été jugée contraire à la règle *pacta sunt servanda* et au principe de bonne foi en droit international¹⁰³. À l'occasion de la révision totale de la Constitution fédérale suisse en 1999, un article 139 alinéa 3, relatif à la révision partielle de la Constitution, précise désormais

101 Ainsi, « lorsqu'un État s'engage à l'égard d'un autre État... cet engagement continuera à le lier quelles qu'aient pu être les modifications institutionnelles qui l'ont affecté (changements de gouvernements ou révolutions par exemple) », Carreau (Dominique), *Droit international*, Paris, Pédone, 3^e éd., 1991, p. 356.

102 En ce sens, voir Xavier Philippe, *op. cit.*

103 Sur ce point, voir notamment Stefanini (Marthe), « Le recours au référendum à l'heure de la globalisation », in *Internationalisation des Constitutions et constitutionnalisation du droit international : réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*, Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM, 2015.

que sont irrecevables les projets violant « les règles impératives du droit international »¹⁰⁴. À cette occasion s'est posée la question de savoir si un tel contrôle ne devait pas être étendu aux initiatives populaires de révision constitutionnelle portant atteinte aux engagements internationaux de la Suisse, soit sous la forme d'un contrôle préliminaire non contraignant permettant de constater l'incompatibilité entre l'initiative populaire et les traités ratifiés, soit par l'inscription dans la Constitution d'une règle de conflit qui fixerait lequel, du droit constitutionnel et du droit international, l'emporte en cas d'incompatibilité¹⁰⁵. La possibilité d'un contrôle de conventionnalité des révisions constitutionnelles a donc clairement été évoquée, même si ce dernier n'est pas entre les mains d'un juge. Au Danemark, elle est également évoquée, mais de façon plus indirecte. En effet, la révision constitutionnelle n'est possible que sous la forme d'un référendum, lui-même réglementé par l'article 42 § 6, qui précise que ne peuvent être soumises au référendum « les propositions de lois portant sur l'observation d'engagements contractés par traité ». Plus récemment, la question a resurgi avec l'affaire des minarets suisses, la votation populaire du 29 novembre 2009 ayant inséré dans la Constitution un nouvel article 72, al. 3, interdisant la construction de minarets. Cette dernière a été jugée, sur le fondement de l'article 139, comme recevable, ne portant pas atteinte au *jus cogens*, alors même qu'on pouvait penser qu'elle portait atteinte à d'autres engagements internationaux ratifiés par la Suisse...

2) La portée du contrôle

Cette possibilité d'un contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales s'inscrit parfaitement dans la logique du projet de Cour constitutionnelle internationale. L'objectif est d'éviter le travestissement et le détournement des institutions, en assurant une convergence et une concordance entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles. Il s'agit de lutter contre une « internationalisation d'affichage », les États n'hésitant pas à ratifier des traités qu'ils ne respecteront pas en droit interne, et ce y compris au niveau constitutionnel. Par son contrôle, le juge national va s'assurer que les dispositions constitutionnelles ne permettent pas de transgresser des engagements conventionnels. La portée de ce contrôle dépend, en conséquence, du degré d'internationalisation de l'État et donc, pour l'essentiel, du consentement des États à être liés. On peut d'ailleurs penser qu'un tel contrôle de conventionnalité des Constitutions nationales pourrait avoir un effet potentiellement dissuasif, décourageant les États de ratifier tel ou tel traité dès lors que cette ratification est susceptible de déboucher sur un contrôle effectif de la conventionnalité des dispositions constitutionnelles. On peut aussi penser qu'un tel contrôle incite les États à dénoncer les traités qui contreviennent à leurs dispositions constitutionnelles.

104 La question de savoir ce que recouvre la formule « règles impératives du droit international » n'est pas tranchée. Il semble néanmoins qu'elle aille au-delà du seul *jus cogens* et qu'elle puisse englober certaines garanties CEDH ou du Pacte II de l'ONU. À ce sujet, voir le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 20 août 2015 « Conditions de validité des initiatives populaires. Examen du besoin de légiférer » disponible en ligne.

105 Il avait été ainsi envisagé de constitutionnaliser à l'article 190 de la Constitution la règle suivante : « Si la Constitution ou une loi fédérale est en contradiction avec le droit international, le droit interne s'applique lorsque le constituant ou le législateur a dérogé au droit international en pleine connaissance de cause, à moins qu'il ne porte atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ».

La portée de ce contrôle est également dépendante du contrôle de la « constitutionnalité internationale », également prévu dans ce projet de Cour constitutionnelle internationale. Il est, en effet, prévu que la future Cour examinera la conformité des textes constitutionnels avec la « normativité constitutionnelle internationale », c'est-à-dire les « normes coutumières internationales en la matière, que ces normes soient constituées des principes généraux de droit reconnus par les différentes nations ou qu'elles se dégagent de certaines résolutions des Nations Unies ». Les deux contrôles ne portent pas sur le même objet : les traités approuvés et ratifiés par l'État dans le premier cas, celui du contrôle de conventionnalité, les principes généraux du droit international ou du droit constitutionnel mondial dans le second cas, celui du contrôle de la constitutionnalité internationale. On peut imaginer que le corpus de dispositions à respecter diffère assez considérablement, étendu dans le premier cas et fonction du degré d'internationalisation de l'État, plus restreint dans le second. Le premier contrôle est entre les mains d'une Cour internationale, le second est un contrôle interne, entre les mains du juge national. Certes, la position de ce dernier peut sembler plus fragile, mais il est, dans le même temps, mieux placé pour exercer ce contrôle de la conventionnalité des Constitutions nationales.

On conviendra qu'il ne s'agit là que d'une pure vue de l'esprit, d'un exercice de science-fiction, qui réunit tous les ingrédients du genre : un écart par rapport au réel, un effort de reconstruction et d'extrapolation, l'utilisation du référentiel juridique commun... auquel s'ajoute l'expérience de l'émerveillement ou tout simplement de l'étrange...



LA MONDIALISATION DU DROIT : DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES SUR LA CONVENTIONNALITÉ ET SUR LE DROIT INTERNATIONAL

Ammar BELHIMER

Cette contribution passe en revue les trois éléments suivants : les grandes mutations constitutionnelles à vocation internationale (I) ; les nouveaux enjeux qui se profilent avec l'avènement de nouveaux acteurs, parallèlement aux sujets traditionnels du droit (II) ; enfin, les implications de ces mutations en termes de déconstruction de l'ordre kelsénien et d'avènement d'une mondialisation du droit (III).

I — Nature et étendue des mutations constitutionnelles à vocations internationales

Ces évolutions sont particulièrement marquées d'un point de vue normatif (A) et dans l'évolution vers une Histoire universelle (B).

A — Les mutations normatives

Elles témoignent de la prééminence, dans l'ordre international, des facteurs externes sur les déterminants internes (1) et de la rationalité bureaucratique sur la légitimité démocratique dans l'ordre interne (2).

1) *Hierarchie des conflits. Prééminence de la contradiction principale (opposant les entités étatiques) sur la contradiction fondamentale (opposant des intérêts sociaux)* Cette tendance date du tournant de la Première Guerre mondiale et de l'avènement du capital financier, de l'exportation de capitaux. Elle est le signe de l'amorce d'une « gouvernance globale » et pour le juriste « l'une des manifestations de l'affaiblissement de la lecture traditionnelle du droit international, en tant que grille d'analyse pertinente ».¹⁰⁶ Elle résulte de « la déréglementation économique, amorcée par les États eux-mêmes, (qui) semble leur échapper très largement, si bien que la question d'une régulation des marchés financiers apparaît comme un domaine dans lequel les États s'avoueraient (presque) eux-mêmes incompétents »¹⁰⁷.

C'est une tendance majeure qui consacre la suprématie du facteur externe sur le facteur interne (cas du mouvement de libération nationale et de l'apport déterminant du bloc

¹⁰⁶ Callejon-Sereni (Lucille), *Constitution internationale et droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1, soutenue le 25 novembre 2013, p. 4.

¹⁰⁷ *Ibid.*

de l'Est à son aboutissement). La prééminence du facteur externe corrobore ce que Lucille Callejon-Séréni appelle « la globalisation juridique », aussi appelée « mondialisation du droit » qu'elle caractérise par trois « mouvements » concomitants : la « perméabilisation des systèmes juridiques », la « compétition des systèmes juridiques », et l'« harmonisation des systèmes »¹⁰⁸. Aussi, « la globalisation des sources du droit », particulièrement frappante dans le dialogue des juges à l'échelle planétaire, est une manifestation de la globalisation juridique. La mondialisation de la justice est particulièrement éclatante dans le domaine des droits de l'homme, notamment dans le cadre de la motivation des décisions des juges¹⁰⁹.

C'est précisément la question, des droits de l'Homme qui a décidé de l'issue de la confrontation Est-Ouest et fait pencher le rapport des forces en faveur de l'Occident. À cet égard, Carter aura utilisé avec succès la troisième corbeille (dimension « droits de l'homme » de la coopération) contre l'URSS dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE). Ce faisant, les adaptations que l'ordre international impose aux ordres internes les mettent en effervescence permanente.

Dans le cas de l'Algérie, on parlera de « constitutionnalisme de crise » et d'insécurité juridique. Notre confrère Mohamed Boussoumah, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Alger, recense pas moins de huit Constitutions depuis l'accession à l'indépendance, plus précisément « quatre Constitutions formelles précédées chacune d'une Constitution matérielle ». Toutes ces Constitutions formelles sont « d'essence critique, elles sont la conséquence directe de crise politique ou sociale ; ce sont des chartes de sorties de crise » ; ce qui lui fait dire que « l'instabilité constitutionnelle a tendance à s'ériger en règle de gouvernance »¹¹⁰.

2) La prévalence de la norme réglementaire (qui consacre une rationalité bureaucratique) sur la norme législative (issue de la légitimité des suffrages) dans l'ordre interne

Revenant sur les sources du droit en Algérie, Chérif Bennadji met l'accent sur le rôle de la circulaire « préformelle » comme mode de production privilégié de ce droit, des origines à nos jours¹¹¹. La circulaire préformelle a ainsi ouvert la voie à « un mode de régulation juridique quelque peu perverti eu égard à la place excessive qu'occupent les circulaires et autres instructions parmi les sources du droit ». Cela est, par certains égards, l'expression d'un appareil administratif, au-dessus des autres pouvoirs, « qui se rapproche davantage de l'État de police que de l'État de droit ». Le réflexe du mépris de la règle de droit, et son corollaire la sous-estimation de la caution juridique, ont tendance à pousser les pouvoirs en place à prendre des raccourcis autoritaires qui peuvent créer des situations de rupture dommageables au crédit même de forces qui, à défaut d'être dominantes, s'imposent comme étant dirigeantes et despotes.

108 *Ibid.*, p. 3.

109 *Ibid.*

110 Boussoumah (Mohamed), *L'Opération constituante de 1996*, Office des publications universitaires, Alger 2012, 261 pages ; Boussoumah (Mohamed), *L'Établissement public*, Alger, OPU, 2012.

111 Bennadji (Chérif), « Aux origines du système juridique algérien », in *Les Univers du droit, Mélanges en hommage à Claude Bontems*, textes réunis par Brigitte Basdevant et Nathalie Goedert, Collection Presses universitaires de Sceaux, 2013, p. 77-92.

Au-delà, « l’État administratif » qui s’exprime à travers ce mode privilégié de création du droit résulte d’une double déficience : l’absence de pouvoir législatif et de justice indépendante. Les règlements de la Commission européenne, imputés à une technocratie invisible et non élue, participent de cette même tendance à déposséder les États des leviers d’expression de la souveraineté populaire.

B — Les mutations vers « l’État universel et homogène »

Francis Fukuyama, philosophe, économiste et politologue américain, de l’Université John-Hopkins à Washington se propose de dessiner un « schéma d’évolution de toutes les sociétés humaines », une sorte d’Histoire universelle de l’Humanité dans le sens de la démocratie libérale¹¹². Fukuyama part de ce qui s’apparente à une conviction forte : le consensus « assez remarquable » récemment formé concernant la démocratie libérale comme système de gouvernement, après qu’elle eut triomphé de toutes les idéologies rivales et des dictatures mondiales, qu’il s’agisse de la monarchie héréditaire, du fascisme ou du communisme. Cette victoire marquerait la fin de l’Histoire, avec un grand H, comme « processus simple et cohérent qui prend en compte l’expérience de tous les peuples en même temps ». À ses yeux, cette Histoire de l’humanité, « cohérente et orientée », finira par conduire la plus grande partie de l’humanité vers la démocratie libérale qui correspond, en tous points, à « l’État universel et homogène » esquisse par Hegel.

Les progrès de l’industrialisation finissent par produire la démocratie libérale pour trois raisons : d’abord, un argument fonctionnel : « Seule la démocratie serait capable de traiter l’ensemble complexe d’intérêts conflictuels qui sont engendrés par une économie moderne » ; ensuite, la tendance des dictatures ou des régimes à parti unique « à dégénérer avec le temps, et à dégénérer plus rapidement lorsqu’ils ont à diriger une société technologiquement avancée »¹¹³ ; et, enfin, parce que la réussite de l’industrialisation produit des sociétés à fortes classes moyennes qui exigent « la participation politique et l’égalité des droits »¹¹⁴.

II — Nouveaux enjeux, nouveaux acteurs, nouveaux sujets de la conventionnalité en droit international

Il convient ici de recenser les acteurs qui participent à cette conventionnalité et les matières dans lesquelles elle transparaît le mieux.

112 Fukuyama (Francis), *La fin de l’histoire et le dernier homme*, Paris, Éd. Flammarion, coll. Champs essais, 1992, p. 76. Sur la question, cf. Attali (Jacques), *Une brève histoire de l’avenir*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2006, 421 p. ; Kant (Emmanuel), *Projet de paix perpétuelle*, nouv. éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2002 ;

113 Fukuyama (Francis), *op. cit.*, p. 144.

114 *Ibid.*, p. 145.

A — Les facteurs qui concourent à la conventionnalité

1) Une mosaïque d'États de plus en plus fragiles

On a coutume de recourir au concept de *failed states*, ou États faillis, pour illustrer la fin de l'État-nation. Selon le politologue William Zartman, l'effondrement d'un État se définit par l'incapacité de ses dirigeants, généralement minés par la corruption et le patrimonialisme, à assurer un minimum de régulation politique, à fonder un pacte social et à conquérir une légitimité minimale¹¹⁵. Pour Robert Rothberg, « ces États représentent non seulement un danger pour eux-mêmes et leurs voisins, mais aussi pour l'ensemble de la population du globe »¹¹⁶.

On recourt aujourd'hui, plus sobrement à l'expression « États fragiles », plus pertinente car adoubée par une organisation intergouvernementale, l'OCDE. « Qu'est-ce qu'un État fragile ? », s'interrogent Anne-Lise Klausen et Ella Humphry.¹¹⁷ « Chaque État a sa propre façon d'être fragile », avertissent-elles en se basant sur les travaux de la même institution (la Banque mondiale), plus particulièrement sur ceux de Michael Woolcock, professeur à la Harvard Kennedy School, auteur d'une formidable enquête sur la question qui date de juillet 2014¹¹⁸. Pour Michael Woolcock, les États les plus fragiles sont ceux-là mêmes qui sont confrontés à des conflits qui, au-delà de considérations éthiques ou géostratégiques, soulèvent deux questions épineuses :

Tout d'abord, sur quelle base défendable un pays donné, à un moment historique donné, est réputé être (ou ne pas être) « fragile » ? Deuxièmement, si une caractéristique déterminante de la fragilité des États est leur faible capacité à assumer des responsabilités de base, comment les institutions internationales peuvent-elles mieux assister les organismes publics nationaux pour acquérir cette capacité ?¹¹⁹

L'OCDE qui publie chaque année, depuis 2005, un rapport sur les États fragiles¹²⁰ afin de suivre les apports d'aide à un ensemble de pays considérés comme les plus fragiles du monde nous livre un document novateur qui « dessine une vision globale de la fragilité qui dépasse les seuls États fragiles et en conflit ». Le changement de titre — Rapport sur les *États de fragilité* au lieu de Rapport sur les *États fragiles* — illustre bien

¹¹⁵ Zartman (I. William), *Collapsed states: the disintegration and restoration of legitimate authority*, Boulder, Lynne Rienner Publishers Inc., 1995.

¹¹⁶ Rothberg (Robert I.), « Failed states in a world of terror », *Foreign Affairs*, July/August, 2002, p. 127.

¹¹⁷ Klausen (Anne-Lise.) et Humphry (Ella.), « Qu'est-ce qu'un État fragile ? », 3 avril 2015 <http://blogs.worldbank.org/voices/fr/qu-est-ce-qu-un-etat-fragile>.

¹¹⁸ Woolcock (Michael.), *Engaging with fragile and conflict-affected states an alternative approach to theory, measurement and practice*, World Institute for Development Economics Research, WIDER Working Paper 2014/097, 16 pages, http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/2014/en_GB/wp2014-097/.

¹¹⁹ Woolcock (Michael), *Engaging with fragile and conflict-affected states*, HKS Faculty Research Working Paper Series RWP14-038, July 2014. <https://research.hks.harvard.edu/publications/working-papers/citation.aspx?PubId=9462&type=WPN>.

¹²⁰ OECD, « States of Fragility 2015 », <http://www.oecd.org/dac/states-of-fragility-2015-9789264227699-en.htm>.

cette évolution, sans se départir de la retenue habituelle puisqu'il se veut une simple contribution « au débat plus large pour définir et mettre en œuvre les objectifs de développement durable post 2015 (ODD). Il souligne que la lutte contre la fragilité dans le nouveau cadre sera cruciale et des progrès dans la réduction de la pauvreté doivent être faits. Il plaide en faveur de la proposition de promotion de sociétés pacifiques et inclusives qui visent à réduire la violence sous toutes ses formes » (OECD, 2015).

La fragilité est perçue comme une question de caractère universel qui peut toucher tous les pays, non seulement ceux traditionnellement considérés comme « fragiles » ou touchés par un conflit. Cinq indicateurs sont privilégiés :

- la réduction de toutes les formes de violence ;
- l'accès à la justice et la promotion de la place du droit ;
- des institutions responsables et inclusives qui rendent des comptes et fonctionnent de façon transparente, avec comme axe d'effort appuyé la lutte contre le crime organisé et les flux illicites de capitaux ;
- des fondations économiques (bâties sur l'inclusion économique et la stabilité, avec une attention particulière pour la lutte contre le chômage des jeunes) ;
- et des capacités pour prévenir et réduire la vulnérabilité aux chocs et aux catastrophes qui entravent le développement social, économique et environnemental (résilience).

En mettant l'accent sur les cinq paramètres ci-dessus recensés, l'OCDE entend servir un objectif fondateur : « En nous appuyant sur les faits et l'expérience concrète, nous recommandons des politiques dont le but est d'améliorer la vie de tous [...] Tous nos travaux ont pour point commun un engagement partagé en faveur du développement durable, de l'emploi et des échanges, reposant sur la coopération internationale et visant le bien-être de tous. Chemin faisant, nous nous efforçons aussi de rendre la vie plus dure aux terroristes, aux fraudeurs fiscaux, aux entrepreneurs véreux et à tous ceux qui sapent les fondements d'une société juste et ouverte » (OECD, 2015).

On observera que la fragilité en question n'est plus l'apanage d'États souverainistes, issus, pour l'essentiel, de la décolonisation. Cette fragilité qui affecte l'État moderne sous tous les cieux ne permet pas de penser le droit international contemporain à l'aune du paradigme de la souveraineté absolue.

Cela conforte un des piliers du cosmopolitisme juridique qui repose sur « l'idée que cette mutation du droit international classique n'a plus vocation à appréhender l'État comme l'alpha et l'oméga de l'ordre juridique international. Le recentrage est opéré autour de l'individu, ce qui engage inévitablement une nouvelle réflexion sur la place des droits de l'homme¹²¹.

2) Des acteurs de plus en plus influents

On peut déduire de ce qui précède que « les évolutions du droit international tendent à démontrer que l'État ne détient plus la maîtrise absolue des normes internationales »¹²². Ici encore « ce n'est pas l'État, en tant que sujet originaire du droit international, qui

121 Callejon-Sereni (Lucille), *op. cit.*, 2013, p. 12.

122 *Ibid.*, p. 3.

est remis en cause, mais bien sa souveraineté en tant que compétence absolue et générale¹²³.

De nouvelles entités vont investir les bulles résultant de ces remises en cause. Ces entités, qu'il s'agisse des ONG ou des firmes multinationales, peuvent être qualifiées de « sujets dérivés du droit international. » Sur la distinction acteurs/sujets dans l'ordre juridique international, et le possible dépassement de celle-ci, on lira avec intérêt Pierre-Marie Dupuy¹²⁴.

a) Les institutions financières et bancaires

Lloyd Blankfein, le PDG de Goldman Sachs, qui règne sur la finance mondiale dans le plus grand secret, a bien raison de dire : « Je ne suis qu'un banquier qui fait le travail de Dieu ». Goldman Sachs est le grand gagnant de la crise financière de 2008 qui a accentué un peu plus les tendances monopolistiques du système. De nos jours, le nouvel état-major de la finance internationale est réduit à quelques leaders comme Goldman Sachs, JP Morgan, Barclays, Crédit Suisse et Deutsche Bank.

Le nouvel oligopole nourri par les recapitalisations publiques — opérées au prix d'un alourdissement des dettes des États —, la liquidation de centaines de grosses banques concurrentes, la mise en faillite de larges secteurs industriels et la ruine de nombreux autres spéculateurs et gros épargnants, un tel oligopole est le produit le plus élaboré de l'abolition du *Glass-Steagall Act* en 1999 et de la déréglementation totale des places financières qui l'a précédé depuis le milieu des années 1980. Hérité des années 1930, le *Glass-Steagall Act* opérait une séparation hermétique entre les banques commerciales ordinaires et les établissements d'investissement (selon la terminologie anglo-saxonne) ou banques d'affaires (selon l'expression européenne).

Selon Marc Roche, journaliste financier français du quotidien Le Monde, en poste successivement à New York, Bruxelles, Washington et Londres, « Goldman est partout : la faillite de la banque Lehman Brothers, la crise grecque, la chute de l'euro, la résistance de la finance à toute régulation, le financement des déficits et même la marée noire du golfe du Mexique »¹²⁵.

La puissance de Goldman Sachs se mesure aussi à sa capacité de cooptation pour placer ses hommes aux postes-clés des gouvernements. Il place à Washington, le secrétaire au Trésor de George W. Bush, Hank Paulson, qui était l'ancien PDG de Goldman alors qu'aujourd'hui ses anciens dirigeants entourent Tim Geithner, le secrétaire au Trésor d'Obama. L'Europe n'échappe pas à ses filets : sont passés par elle certains anciens commissaires européens (Mario Monti, Peter Sutherland), un ancien de la Bundesbank (Otmar Issing) et Mario Draghi, actuel gouverneur de la Banque centrale italienne et

123 Ibid., p. 4.

124 Dupuy (Pierre-Marie), « Sur les rapports entre sujets et « acteurs » en droit international contemporain », in *Man's inhumanity to man*, Vohrah (Lal Chand) et al., (dir.), 2003, pages 261-277 ; et *L'unité de l'ordre juridique international, cours général de droit international public* (2000), RCADI, 2002 t. 297, p. 106 et ss.

125 <http://www.lesoirdalgerie.com/articles/2010/10/12/8-107256.php>. Voir Roche (Marc), *La Banque. Comment Goldman Sachs dirige le monde*, Albin Michel, 2010, 310 p.

patron du Conseil de stabilité financière chargé de coordonner les efforts mondiaux de régulation.

b) Les sociétés multinationales

Au début des années 1980, selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CONUCED), on comptait 7 000 multinationales. En 2002 elles étaient 64 000 contrôlant 870 000 filiales employant 54 millions de personnes et représentant 70 % des flux commerciaux mondiaux. De même, les IDE, investissements directs à l'étranger, sont passés de 1 600 milliards de dollars en 1990 à 6 600 milliards en 2001¹²⁶ (UNCTAD, 2002, p. 1).

Certaines firmes sont désormais considérées comme étant comparables à des États. Selon le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), en 1999, financièrement, la société américaine Ford équivalait à la Norvège, et les japonaises Mitsui et Mitsubishi respectivement à l'Arabie saoudite et à la Pologne. À cette époque, sur les 100 premiers acteurs économiques mondiaux, 55 étaient des multinationales¹²⁷. Les multinationales jouissent d'un poids très important dans certains domaines comparé au poids de certains États. Ainsi, en 2000, 208 milliards USD ont été envoyés vers les pays en développement par ces entreprises contre seulement 53 par les États.

c) Les ONG

L'article 71 du chapitre 10 de la Charte des Nations Unies donne un rôle consultatif à des organisations qui ne sont ni les gouvernements ni les États membres. L'ONG internationale (OING) est définie par la résolution 288 (X) de l'ECOSOC du 27 février 1950 comme « toute organisation internationale qui n'est pas fondée par un traité international ».

En l'absence de critères objectifs de la nature d'une ONG, la plupart des organisations intergouvernementales internationales (ONU, Union européenne, etc.) ont dressé une liste des ONG qu'elles reconnaissent comme des interlocuteurs valables. L'entrée, et éventuellement la sortie, d'une organisation de ces listes est soumise à un processus complexe. Le Conseil économique et social (ECOSOC) de l'ONU possède un comité permanent, le *comité chargé des ONG*, pour valider le statut des ONG en vue de leur collaboration avec cette instance. Le statut consultatif est divisé en plusieurs catégories : générale, spéciale et *roster*. Actuellement, 2 727 ONG ont le statut consultatif dit ECOSOC et 400 sont accréditées auprès de la Commission du développement durable.

d) L'opinion publique

L'opinion publique dans les États membres de l'Union européenne est régulièrement suivie par la Commission européenne depuis 1973. Ce suivi constitue une aide à la préparation du travail de la Commission.

¹²⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *World investment report 2002. Trans-national corporations and export competitiveness*, New York and Geneva, 2002, 350 p.

¹²⁷ PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1999*, Paris, Bruxelles, De Boeck & Larcier s.a., 1999, p. 32.

e) Les individus

En 1999, Kofi Annan exprimait très clairement qu'à côté de la souveraineté des États s'érigait désormais la souveraineté des individus. Hors du cadre des droits de l'homme¹²⁸.

B — Les matières éligibles à la conventionnalité

Ces matières portent sur deux types de conventions : formelles et matérielles.

1) Un exemple de convention matérielle : la dérégulation économique

Utilisée pour la première fois en 1989, l'expression « Consensus de Washington » recouvre la feuille de route de l'ordre néoconservateur dominant depuis l'arrivée de Ronald Reagan et de Margaret Thatcher aux commandes. Adopté par les organisations financières internationales, y compris interétatiques, il régit leurs conditions d'assistance aux pays en difficulté en instaurant notamment un contrôle de performance établi sur une batterie de critères qui fondent le menu libéral : démantèlement du secteur public, privatisation des services publics, interdiction des subventions, flexibilité et précarisation de l'emploi, soumission aux lois du profit pour la satisfaction des besoins élémentaires (*basic needs*) en eau, éducation et santé.

Qu'advient-il de ce « consensus » aujourd'hui ? John Williamson, l'auteur du concept, un keynésien déclaré, revient sur les traces de son bébé pour étudier ce que les grands pays industrialisés lui réservent comme avenir¹²⁹. Pour rappel, les dix mythes fondateurs du « Consensus de Washington » sont les suivants :

- Discipline budgétaire. L'idée est que les gouvernements devraient éviter de financer des tensions inflationnistes et chercher à financer par des mécanismes dits de « taxation honnête » ce qu'ils dépensent.
- Réorientation des dépenses publiques. Un déficit excessif devrait être corrigé par une diminution des dépenses publiques ou une augmentation de la fiscalité. Les seules dépenses publiques censées couvrir des besoins utiles, sont celles destinées à la santé, l'éducation et l'infrastructure, par opposition (comme c'est souvent le cas) à la défense, la bureaucratie, ou la subvention de productions industrielles étatiques.
- Réforme fiscale. L'idée est d'améliorer les mesures d'incitation, sans aggravation de la répartition des revenus, avec une réduction des taux marginaux d'imposition et l'élargissement de l'assiette d'imposition fiscale.

128 Annan (Kofi), « Two concepts of sovereignty », *The Economist*, 16 septembre 1999. « State sovereignty, in its most basic sense, is being redefined—not least by the forces of globalisation and international co-operation. States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. At the same time individual sovereignty—by which I mean the fundamental freedom of each individual, enshrined in the Charter of the UN and subsequent international treaties—has been enhanced by a renewed and spreading consciousness of individual rights. When we read the Charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them. »

129 Williamson (John), « Global financial crisis, the Washington Consensus: another near death experience? », Peterson Institute for International Economics, 10 April 2009.

- Libéralisation financière. La circulation des capitaux est libre.
- Taux de change compétitif.
- Libéralisation du commerce et abolition des subventions à l'exportation.
- Libéralisation des investissements directs étrangers (IDE), avec abolition des restrictions sur les entrées et les sorties d'IDE.
- Privatisation des industries d'État.
- Déréglementation (au sens de suppression des barrières douanières et tarifaires à l'entrée et à la sortie). Cette expression sera ultérieurement associée à celle de mondialisation du droit.
- Droits de propriété. Le « Consensus de Washington » portait initialement sur l'extension des droits de propriété au secteur informel.

2) *Les conventions formelles*

Elles organisent cinq matières principales qui sont, dans l'ordre d'apparition : les droits de l'Homme, la règle d'or, la protection de l'environnement, la normalisation et l'arbitrage international.

a) Les droits de l'Homme

La « construction du nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle, ou droit universel de l'humanité » est déterminée par le fait que « le développement du droit international public dans la deuxième moitié du XX^e siècle a fait preuve d'une évolution remarquable en passant d'un simple système de régulation à un système qui tient compte de l'individu ». Désormais, la nécessité de lire le droit international à l'aune du paradigme de l'humanité est présentée comme inéluctable¹³⁰. Le paradigme de la souveraineté ne permet plus d'expliquer les évolutions du droit international positif. Il englobe désormais la protection de l'individu et des peuples, englobés dans le terme générique d'« humanité ». Ici, on s'appuiera particulièrement sur le consensus global relatif à la prohibition de la torture.

Aux côtés du paradigme de la « Société des États souverains » s'érige celui de la « Société humaine universelle ». Ainsi s'opère la réorientation du droit international vers le statut de l'individu, en tant que sujet principal de l'ordre juridique universel. Les droits de l'Homme représentent alors la clé de voûte du constitutionnalisme cosmopolitique pour deux raisons : parce qu'ils sont constitutionnels par nature et parce qu'ils influent sur la Constitution internationale elle-même. Autrement dit, les droits de l'Homme ne sont pas uniquement l'objet du constitutionnalisme cosmopolitique ; ils en sont également la condition de possibilité.

Parallèlement aux droits de l'Homme, il se dessine à grands traits l'ébauche d'un constitutionnalisme économique, à partir de conventions matérielles ou formelles. Dans la tradition libérale, seuls la liberté de commerce et d'industrie, la protection de la propriété privée, le contrat et d'autres catégories juridiques sacrées du marché trouvaient place dans le texte de la loi fondamentale beaucoup plus centré sur l'ordonnancement de l'ordre démocratique fondamental et l'organisation des pouvoirs.

¹³⁰ Cancado Trindade (Antonio), *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine (s), 2012, p. 358.

La démarche a prévalu pendant le long intervalle de contestation de la domination des théories keynésiennes, entamée par Milton Friedman (prix Nobel d'économie en 1976) et menée par Robert Lucas, et consistant principalement à éloigner l'État du fonctionnement de l'économie.

Les États européens régissent leurs rapports bilatéraux ou multilatéraux, relevant de la sphère économique, par la voie des traités qu'ils placent au-dessus de leurs constitutions et lois nationales. L'idée qui s'impose aujourd'hui est de « constitutionnaliser les règles du pacte de stabilité », le pacte étant introduit dans les constitutions nationales sous forme d'une « règle d'or » afin de rendre contraignantes les règles budgétaires communes (on parle d'union budgétaire), avec un pouvoir de sanction dévolu aux cours constitutionnelles.

b) La règle d'or

L'Allemagne et la France ont convenu d'inscrire la « règle d'or » dans les traités européens ; la règle sera « harmonisée » au niveau européen et applicable dans les mêmes termes dans chacun des dix-sept pays de la zone euro. Il s'agit d'une stricte « règle d'or », intégrée dans chaque dispositif législatif national. C'est à cette seule condition que Berlin a renoncé à faire jouer à la cour de justice un rôle de gendarme institutionnel. Parce qu'elle a très tôt inscrit les restrictions budgétaires (un déficit inférieur à 3 % du PIB) dans sa loi fondamentale, l'Allemagne n'était plus disposée à faire du fédéralisme, à venir en aide aux régions retardataires d'Europe sans autre forme que des prêts pour leur vendre ses produits, au risque de subir les foudres de guerre de sa Cour constitutionnelle.

Le point de départ de toute la création juridique actuelle est, rappelons-le, le traité de Maastricht de 1992. Faute d'issue fédéraliste, le seul moyen de contourner les traités reste la monétarisation des dettes publiques, donc leur rachat par les banques centrales respectives, ce qui appelle à faire de la monnaie, ou encore d'emprunter le chemin de croix du Fonds monétaire international.

La démarche s'inscrit dans la perspective tracée par Finn Kydland et Edward Prescott (prix Nobel 2004) et préconisant d'imposer des règles aux hommes politiques pour éviter les mauvaises décisions¹³¹. La thèse de Kydland et Prescott est très forte : elle consiste à dire que même dans les conditions les plus favorables, toute politique économique discrétionnaire est destinée à échouer. Les conditions les plus favorables sont les suivantes :

- il existe un objectif collectif, partagé par tous ;
- les décideurs politiques connaissent le timing et l'ampleur des effets de leurs actions.

Le problème vient de ce qu'il n'existe pas de mécanisme permettant de faire en sorte que les futurs décideurs politiques prennent en considération l'effet de leurs décisions, par l'intermédiaire des anticipations, sur les décisions actuelles des agents. Dans ce

¹³¹ Kydland (Finn) et Prescott (Edward), « Rules rather than discretion, the inconsistency of optimal plans », *Journal of Political Economy*, vol. 85, n°3, 1977, p. 473-492.

cadre, il est plus sûr de recourir à des règles. Et, pour plus de sécurité, on peut inscrire ces règles dans la loi, voire dans la Constitution, pour qu'elles ne puissent pas être modifiées par chaque majorité politique, indiquent Kydland et Prescott en conclusion. Kydland et Prescott trouvent en Angela Merkel une disciple résolue à aller jusqu'au bout de cette logique. Après avoir fait de l'équilibre budgétaire une vertu constitutionnelle (elle est inscrite dans sa loi fondamentale), elle part à la chasse aux déficits chez les voisins, dès le printemps 2010.

c) La protection de l'environnement

La base formelle ici est la Déclaration de Stockholm sur l'environnement, issue de la Conférence des Nations Unies de juin 1972. Aujourd'hui, 147 États (sur 193) consacrent la protection de l'environnement dans leurs Constitutions¹³². L'environnement y est voulu, selon les États : « meilleur », « exempt de pollution », « écologique, équilibré et sain », « sain et agréable ». Autant de vertus mises au service de « l'homme », de « chacun », de « tout le monde ».

On peut y voir la consécration juridique d'un effort doctrinal parfaitement incarné par le succès de la théorie des biens communs, notamment depuis l'attribution par la Banque centrale de Suède du prix Nobel d'économie 2009 à Elinor Ostrom (en compagnie de Oliver Williamson, les deux chercheurs ayant mené leurs travaux indépendamment l'un de l'autre). Le véritable trait commun entre les deux économistes est d'avoir travaillé au-delà du marché. Elinor Ostrom a « donné des preuves des règles et des mécanismes d'application qui gouvernent l'exploitation de gisements de biens publics par des associations d'utilisateurs ». Oliver Williamson, lui, « a proposé une théorie pour clarifier pourquoi certaines transactions ont lieu au sein des entreprises et non sur les marchés ».

L'histoire retiendra certainement davantage le nom d'Elinor Ostrom, cette femme de 76 ans qui, — elle, tient la chaire Arthur F. Bentley de sciences politiques à Indiana University, à Bloomington —, a consacré ses travaux à la gestion de la propriété collective, qu'il s'agisse de forêts, pêcheries ou pâturages, et aux arrangements qui ont permis de gérer les différents établissements communautaires. Ostrom montre que des organisations de pêcheurs ou de forestiers sont capables d'exploiter les ressources d'une région en poissons ou en arbres sans les piller, en assurant leur renouvellement, souvent plus sûrement qu'une activité purement privée ou une régulation publique. Elle a « remis en cause l'idée classique selon laquelle la propriété commune est mal gérée et doit être prise en main par les autorités publiques ou le marché »¹³³.

En se fondant sur de nombreuses études sur la gestion par des groupes d'usagers des ressources de la mer, des plaines, des forêts ou des lacs, la lauréate américaine a montré que leur organisation était souvent meilleure que ne le croit la théorie économique d'essence libérale. Elinor Ostrom « a démontré comment les copropriétés peuvent être

¹³² Boyd (David), *The environmental right revolution, A global study of constitutions human rights and the environment*, Law and Society Series, UBC Press, 2012, p. 47.

¹³³ Comité Nobel, « Elinor Ostrom, Facts », 2009, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom-facts.html.

efficacement gérées par des associations d'usagers »¹³⁴, tandis que Oliver Williamson, de l'Université californienne de Berkeley, « a montré que les marchés et les organisations hiérarchiques, à l'image des entreprises, ont des structures de gouvernance alternatives qui diffèrent dans leur façon de résoudre les conflits d'intérêts »¹³⁵. Cette consécration annonce le retour de l'économie institutionnelle, avec une attention accrue pour les interactions entre les acteurs, en comparaison à celles des marchés.

La « théorie des biens communs » entre ainsi de plain-pied dans le Panthéon des idées. Les érudits disent « les Communs », pour évoquer cette forme spécifique de propriété et de gouvernance qui place les décisions collectives des « communautés » au centre du jeu socio-économique. Les biens communs ne se gèrent pas sous le modèle du marché ni de la hiérarchie, mais d'une troisième forme de socialisation : la réciprocité. On donne à la communauté parce qu'on en attend qu'elle nous donne. On l'attend de quoi ? De la coutume plus que de la coercition.

La notion généreuse de redistribution qui organise la gouvernance des biens communs repose sur la force du consentement, de la réputation, de la « grandeur » (les émigrés finançaient les constructions de mosquées de leurs villages sur leurs deniers, y compris lorsqu'ils étaient tirés d'activités pas très *hallal*). L'origine du mot tient au latin *munus* (au double sens cumulé de charge et de don), qui a donné : commun, communauté, communisme, municipalité, etc., Elinor Ostrom fit œuvre programmatique, au sens socioanthropologique, en sollicitant la coutume et l'usage pour entourer les « biens communs » de règles qui les entretiennent et les reproduisent, non sans difficultés. Ce faisant, elle accompagne et entretient une théorie qui s'impose depuis la fin des années 1990, période qui correspond au tournant de l'économie numérique dans laquelle Internet s'impose comme le principal commun, partagé par tous les usagers, et auprès duquel chaque usager a des droits (libre accès au savoir, neutralité d'Internet, production coopérative, à l'image de Wikipedia) comme des devoirs. Ces communs de la connaissance ont donné lieu à l'émergence de nombreux mouvements sociaux du numérique, à des pratiques communautaires dépassant les cercles restreints pour peser sur toute l'organisation de la société en limitant l'emprise du marché et des monopoles dominants sur cette nouvelle construction collective du savoir.

d) La normalisation

Autre piste de la mondialisation du droit : la normalisation. Se référant à la documentation de l'Organisation internationale de normalisation (en anglais : International Organization for Standardization) ou ISO, on peut définir la norme comme « un document qui arrête des exigences, des spécifications, des lignes directrices, des caractéristiques à utiliser systématiquement. » Dans le domaine industriel, le processus vise à assurer l'élaboration d'une norme à partir des usages et des meilleures pratiques. L'objet de la normalisation est de « garantir des produits sûrs, fiables et de bonne qualité ». Aussi, constitue-t-elle pour l'entreprise un outil stratégique pour baisser les coûts, et pour les États « le moyen d'accéder à de nouveaux marchés, de faciliter le libre-échange et le

134 *Ibid.*

135 Comité Nobel, « Oliver E. Williamson, Facts », 2009, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-facts.html.

commerce équitable dans le monde ». L'intérêt de la norme est donc multiple : accéder aux marchés, améliorer la qualité des produits et des services, ainsi que la compétitivité des entreprises, rassurer les clients et les consommateurs, promouvoir l'innovation et la recherche, protéger les marchés.

Des études comparatives ont établi l'importance de la normalisation sur la croissance et le PIB. Selon l'Organisation pour le commerce et le développement économique (OCDE) et le Département américain au commerce, les normes ont un impact sur 80 % du commerce mondial des marchandises. Des travaux couvrant la période 1961-1990 établissent que la normalisation a contribué pour 27,7 % dans la croissance du PIB en Allemagne, 11 % au Royaume-Uni, 9 % au Canada, 21,8 % en Australie, 23,8 % en France et à 0,04 % en Algérie. On estime que l'intégration des normes pourrait permettre à l'Algérie de gagner 2,4 % de croissance de son PIB prévisionnel à l'horizon 2050. Aussi, la norme contribue à hauteur de 5 à 33 % du chiffre d'affaires annuel des entreprises.

L'Organisation internationale de normalisation est un organisme de normalisation international composé de représentants d'organisations nationales de normalisation de 165 pays. L'ISO est le plus grand organisme de normalisation au monde. C'est une organisation non gouvernementale représentant un réseau d'instituts nationaux, selon le principe d'un membre par pays. Cette organisation créée en 1947 a pour but de produire des normes internationales dans les domaines industriels et commerciaux, appelées normes ISO. Elles sont utiles et communes aux organisations industrielles et économiques de tout type, aux gouvernements, aux instances de réglementation, aux dirigeants de l'économie, aux professionnels de l'évaluation de la conformité, aux fournisseurs et acheteurs de produits et de services, dans les secteurs tant public que privé.

e) L'arbitrage commercial

Le droit de l'arbitrage commercial international se rapporte à un mode alternatif, privé, de règlement des différends qui a longtemps irrité la communauté des juristes de l'ordre ancien. Parce qu'il écarte les juridictions étatiques, il est associé à une forme de privatisation, et heurte le sentiment souverainiste fortement ancré en son sein. L'arbitrage est à distinguer de deux institutions qui lui sont proches (l'expertise et la conciliation ou la médiation). Son évolution est marquée par deux étapes : celle de son rejet et celle de sa légalisation. Le rejet ou l'hostilité allant approximativement des années 1960 à 1980 « trouvait une justification tant dans le contexte politique que sur un plan purement juridique »¹³⁶.

Au titre des fondements politiques du rejet, on recense notamment la volonté d'opposer sa souveraineté à la puissance économique et financière des sociétés multinationales opérant sur le territoire. Ce rejet a par ailleurs une base juridique, s'agissant de l'Algérie : l'article 442, alinéa 3, du code de procédure civile de 1966 qui dispose que « l'État et les personnes morales publiques ne peuvent compromettre ». Toutefois,

¹³⁶ Terki (Noureddine), *L'Arbitrage commercial international en Algérie*, Alger, Éditions AJED, 2015.

dérogation à cette disposition était toutefois accordée dans certains types de contrats internationaux, comme les contrats de vente des hydrocarbures liquides ou gazeux, les contrats « clés en main » ou « produits en main » ou les contrats d'achat et de montage d'équipements.

La seconde étape, celle de la légalisation, va emprunter la voie du droit conventionnel (qu'il soit bilatéral ou multilatéral) et du droit interne. Depuis 2008 donc, en vertu de l'article 1006, alinéa 3, du nouveau code de procédure civile, « les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ». Cette innovation est rattachée à trois raisons :

- le fait que de nombreuses sociétés étrangères investissent en Algérie dans le cadre de filiales de droit algérien (la localisation de leur siège social en Algérie leur interdisait de recourir à l'arbitrage commercial interne dans leurs relations commerciales avec l'État, des collectivités territoriales ou des entreprises publiques) ;
- l'émergence de puissants entrepreneurs locaux (ils peuvent ainsi « échapper à la compétence du juge étatique — et par là même à son éventuelle partialité — en incluant une clause compromissoire dans leurs marchés publics les plus importants ») ;
- la plupart des juges locaux n'ont pas reçu de formation adéquate leur permettant de dominer ce type d'affaires.

La légalisation de l'arbitrage international n'est pas étrangère au fait que « les tribunaux de droit commun sont pour la plupart surchargés et mal préparés à la spécificité de l'activité économique » et au risque de les voir « submergés par l'augmentation sensible du nombre de litiges ». L'arbitrage obéit aujourd'hui au modèle proposé par une organisation internationale, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui a adopté une loi type à l'issue de sa dix-huitième session, le 21 juin 1985. Deux résolutions successives de l'assemblée générale (40/72 du 11 décembre 1985 et 61/33 du 4 décembre 2006) recommandent à tous les États d'abord de la « prendre dûment en considération », ensuite « d'envisager de l'adopter ». Parallèlement, la clause CIRDI consiste à soumettre les litiges éventuels à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

Conclusions

Les conséquences de la conventionnalité sont doubles : la déconstruction de l'ordre kelsénien et l'éclipse de l'État-nation.

A — La déconstruction de l'ordre kelsénien

Il s'opère une déconstruction de l'ordre juridique hérité de l'État-nation et de la souveraineté absolue, sous l'impulsion du cosmopolitisme juridique. Y participent aussi bien la résurrection de Grotius que celle des Stoïciens et de la pensée kantienne. Ce sont les Stoïciens, au III^e siècle av. J.-C., qui sont à l'origine de la philosophie cosmo-

politique. Il s'agit de penser le monde comme formant une unité, une communauté englobant l'ensemble des êtres humains. La notion d'étranger n'existe pas, puisque chaque homme, en tant que citoyen du monde fait partie d'une même communauté : l'humanité¹³⁷. Hugo Grotius participe aussi du cosmopolitisme juridique, car il était, dès le début du XVII^e siècle, « convaincu [...] de l'existence d'un droit commun à tous les peuples ».

La Seconde scolastique a posé les premiers jalons de cette perspective de l'unité du genre humain. Leur actualité est aujourd'hui largement appuyée, au-delà du lien indéfectible de leurs perspectives avec le christianisme : « Le droit naturel est une règle qui nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne »¹³⁸. « L'approche de l'unité de l'ordre international par la conscience de l'unité du genre humain connaît un développement conséquent dans les écrits contemporains »¹³⁹.

Enfin, les juristes revendiquant une lecture constitutionnaliste du droit international — et plus généralement de la société internationale — mentionnent quasi systématiquement la pensée kantienne comme source de leur réflexion¹⁴⁰. « La pensée cosmopolitique qui nous intéresse plus particulièrement — car elle possède une portée normative — est celle du philosophe des Lumières, Emmanuel Kant. Sa perspective cosmopolitique permet en effet de construire un projet politique de paix perpétuelle, qui ne s'accompagne absolument pas de la création d'un État mondial supprimant les entités étatiques, mais bien d'une Fédération d'États libres. Les droits de l'Homme correspondent ainsi au projet politique kantien d'une Constitution cosmopolitique, puisqu'ils amorcent ce mouvement de relativisation d'une souveraineté absolue »¹⁴¹.

Ainsi, la hiérarchie des normes est de moins en moins indiquée pour rendre compte de « la confrontation matérielle des droits élaborés au niveau national, international et européen ». Ces droits s'inscrivent plutôt « dans une rivalité entre des normes aux contenus impératifs contradictoires. » Ils demandent à être « combinés » dans le cadre d'une « circulation des situations juridiques », plutôt que « hiérarchisés »¹⁴². Les juges internationaux sont les premiers à avoir envisagé une telle équation. Ainsi en est-il de la Cour permanente de justice internationale qui a soutenu : « Un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international et les traités en vigueur »¹⁴³.

137 Callejon-Sereni (Lucille), *op. cit.*, p. 6-7.

138 Grotius (Hugo), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2005, Traduction de *De jure belli ac pacis* (1625), Livre I, Chapitre I, X, 3-5.

139 Callejon-Sereni (Lucille), *op. cit.*

140 *Ibid.*, p. 6.

141 *Ibid.*, p. 43.

142 Berge (Jean-Sylvestre), « L'application de la hiérarchie des normes dans le contexte français, européen et international », *Revue algérienne Droit et Justice*, Centre de Recherche Juridique et Judiciaire, numéro expérimental, Alger, 2015, p. 94-95.

143 CPJI, 3 mars 1928, *Traitements des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de*

B — L'éclipse de l'État-nation : l'avènement de l'État-Europe

Les différents éléments qui ont permis de créer les conditions de possibilité du constitutionnalisme international partent de la possibilité désormais acquise de penser le constitutionnalisme au-delà de la figure étatique. Cela suppose tout d'abord de rationaliser le lien entre « État » et « Constitution ». Cette rationalisation s'opère par la relativisation de leur association. En effet, alors que l'approche classique considère la Constitution en tant que norme de l'État — et de lui seul — la nouvelle perspective est ancrée dans la philosophie des Lumières, dont nous retrouvons une bonne expression dans l'article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». En d'autres termes, « selon l'article 16 de cette Déclaration, l'objet de la constitution n'est pas l'État, mais la société [...]. » « Toute société », donc, et non pas « tout État ».

Ce recadrage permet de penser la Constitution au-delà de l'État, comme l'atteste le constitutionnalisme régional européen, alors que de l'autre côté de l'Atlantique, la dissociation du lien entre « État » et « Constitution » s'opère également, « qu'il s'agisse de l'Union européenne ou du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, ce sont à la fois les juges, puis les membres de la doctrine qui ont pris acte de la constitutionnalisation de ces deux ordres juridiques. À cet égard, force est de constater le lien évident entre l'introduction d'une garantie efficace des droits de l'Homme d'une part, et d'autre part la constitutionnalisation d'un ordre juridique¹⁴⁴. La Cour européenne a très tôt qualifié la Convention d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». C'est « l'introduction de la protection des droits fondamentaux (qui) a permis de constitutionnaliser le droit de l'Union européenne »¹⁴⁵.

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*)¹⁴⁶ pose le principe de la primauté des normes communautaires, originelles ou dérivées, sur *toutes* les normes de droit interne, donc même les constitutions nationales. Les principales dispositions de l'arrêt *Simmenthal* opposant l'administration italienne des finances à la société anonyme *Simmenthal* sont :

- l'applicabilité directe du droit communautaire ;
- la primauté du droit communautaire ;
- l'obligation pour le juge national de donner le plein effet aux normes communautaires.

Ces mouvements nous semblent donner corps à un processus continu et cumulatif de constitutionnalisation internationale.

langue polonaise dans le territoire de Dantzig, série A/B, n° 44, p. 24.

144 Callejoni-Sereni (Lucille), *op. cit.*, p. 19.

145 *Ibid.*, p. 20.

146 Arrêt de la Cour du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0106>.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DEVELOPMENT, PEACE AND DEMOCRACY: THE PARADIGM CRISIS OF CLASSICAL INTERNATIONAL LAW AND THE FORMATION OF WORLD CONSTITUTIONAL LAW

Marcelo LAMY

Our conference is divided into four parts. In the first part, we examine the interactive triangle: development, peace and democracy in order to understand that these three rights are instrumental in achieving the indivisibility and interdependence of all human rights. In the second part, we look at the duty of the state to establish public policies for development, peace and democracy because in order to understand that states have a duty to formulate appropriate public policies. In the third part, we take up the question of the accountability for public policies to further development, peace and democracy. The goal is to understand the content of these obligations and rights by examining the reports of that the States are submitting as these reports have acquired in recent years very concrete and objective features, incorporating parameters for the quantitative and qualitative evaluation of reality and of the actions of the state. In the fourth part we turn to the international obligations that are global constitutional duties because international law is not an obstacle. To do this, we need to build the theoretical framework of a *deterritorialized citizenship* and *extraterritorial democracy*, a *denationalized autonomy*.

I — Interactive triangle: development, peace and democracy

Although the historical path of human rights can be traced back to at least the seventeenth century, as the arts and philosophy prepared the groundwork for the acceptance of this new culture¹⁴⁷, its undeniable recognition occurred in the last century, with the Universal Declaration of Human Rights (1948). This step, although enormous, was not sufficient for the new culture of respect for a set of rights, itself a more significant project in reality. Human rights were recognized internationally, but were far from being respected in many places of our planet.

For this reason, the international community, in some restless way, reacted and developed a remedy that at the time seemed sufficient: an international system of protection

147 Cf. Hunt (Lynn), *A invenção dos direitos humanos: uma história*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

of these rights, which were consolidated in 1966 with two international pacts subject to their ratification, one for civil and political rights and the other for economic, social and cultural rights.

Since 1966, human rights have benefitted from an international system of protection composed of five instruments: (1) *state periodic reports* on the measures that the states have taken on the factors and difficulties that might interfere the implementation of human rights; (2) *communications* in which a State Party alleged that another State party was not fulfilling its obligations arising from these agreements; (3) the establishment of *ad hoc committees* aiming at solving the obstacles, and the organization of regional and technical meetings to explore solutions; (4) *technical assistance*; and (5) the adoption of *general recommendations*. After a few years, this system has shown itself to be partially effective.

From the 1970s, the international community at the hands of brilliant leaders and thinkers began to consider a new aspect of the problem: the realization of each human right was seen to also depend on a number of factual conditions and other human rights. The perception of interdependence consolidated the human and social problems and their solution was foreseen in article 28 of the UN Charter which proclaimed the need for an “international social order”.

Human rights and their achievements depend, in fact, on a set of factors and actors. We cannot think the vast majority of human rights in isolation from each other; it is the set of rights that allows each right to be realized, as it is the set of actors (states, public and private organizations, communities and individuals)—and not just some actors—on which the realization of each human right depends. In this context it appeared through the discussion that there was a need for political societies to have a set of minimal conditions: (1) a democratic regime, (2) a direction for social and economic development, and (3) the absence of conflict or violent confrontations.

The next step was a logical consequence. These factual conditions began to be understood as rights, the human rights of the third generation. This new insight, however, was not achieved by simple inference to map the causes and consequences. The complexity of social reality showed the falsity of the one-way model of causes and consequences. The interrelationship, interdependence, the need that the whole be studied in an indivisible manner had become essential. This is why human rights were described as “indivisible” and “interdependent”.

Since then, peace, development and democracy are seen as a “logical tripod” in all international conferences. So observes Victoria Abellán Honrubia:

the great world conferences convened by the United Nations since 1992 are marked by the guiding thread of the relationship between human rights, democracy, development and the environment; also, the last UN Secretary General’s reports insist on the link between human rights and the maintenance of peace and international security.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Abellán Honrubia (Victoria), “Internacionalización del concepto y de los contenidos de los derechos humanos,” in *Los derechos humanos camino hacia la paz*, Seminario de investigación para la

The final document approved by the World Conference on Human Rights, entitled Vienna Declaration and Programme of Action (1993) confirms this reality.

8. Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing.¹⁴⁹

The final document of the World Summit 2005 is further confirmation of the recognized need to take account of these pillars:

9. We acknowledge that peace and security, development and human rights are the pillars of the United Nations system and the foundations for collective security and well-being. We recognize that development, peace and security and human rights are interlinked and mutually reinforcing.¹⁵⁰

Federico Mayor Zaragoza, using that language at UNESCO, introduced what he called the interactive triangle in his speech:

Peace, development and democracy form an interactive triangle whose vertices are mutually reinforcing. Without democracy, there is no sustainable development. Poverty and economic stagnation undermine democratic legitimacy and hamper the peaceful settlement of the problems [...]. No rights can be exercised in the midst of war; no socioeconomic transformation effort will result in conflict, just as it is extremely difficult to ensure peace and democratic governance in the absence of scientific progress, economic, technical of all elements of society.¹⁵¹

As a result, these rights have become a major focus of current international law, and they have a very special characteristic: without exception, they are a set of rights, a rights synthesis. This leads us to conclude definitively that *human rights are indeed indivisible and interdependent, and that the rights to development, peace and democracy are instrumental in achieving this indivisibility and interdependence*.

II — Right to democracy

In the 1991 Santiago Commitment to Democracy and the Renewal of the Inter-American System, AG/RES. 1080 (XXI-O/91) 1991¹⁵², the OAS member states declared “their determination to adopt a set of effective procedures, timely and expeditious to ensure the promotion and defence of representative democracy”, and decided to introduce mechanisms of *collective action* (immediately calling the Permanent Council and the Ministers of Foreign Affairs) in the event of a sudden or irregular interruption of the democratic political institutional process or of the legitimate exercise of power by a democratically elected government in any of the Organization’s member states.

paz y diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, p. 27.

149 A/CONF. 157/24, de 25/06/1993, <http://www.un-documents.net/ac157-23.htm>.

150 Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005, A/RES/60/1, 24 October 2005, <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/60/1>.

151 Mayor Zaragoza (Federico), Derecho “Humano ala Paz, germen de un futuro posible,” *Diálogo Unesco*, nº 21, junio 1997, p. 4.

152 See <http://www.oas.org/juridico/english/agres1080.htm>.

In the Declaration of Nassau, AG/DEC. 1 (XXII-O/92), adopted in 1992, the OAS member states declared:

4. Their resolve to develop OAS mechanisms to provide member states with the assistance they request to build, preserve and strengthen representative democracy, so as to complement and develop what is foreseen in resolution AG/RES. 1080(XXI-O/91).¹⁵³

The Declaration of Managua for the Promotion of Democracy and Development, AG/DEC. 4 (XXIII-O/93), adopted in 1993, declared:

2. Their firm belief that democracy, peace, and development are inseparable and indivisible parts of a renewed and integral vision of solidarity in the Americas; and that the ability of the Organization to help preserve and strengthen democratic structures in the region will depend on the implementation of a strategy based on the interdependence and complementarity of those three values.

3. Their conviction that the Organization's mission does not exhaust itself in the defence of democracy wherever its fundamental values and principles have collapsed, but also calls for ongoing and creative work to consolidate democracy as well as a continuing effort to prevent and anticipate the very causes of the problems that work against democratic rule.¹⁵⁴

This evolving set of ideas gave birth to the Inter-American Democratic Charter,¹⁵⁵ approved by resolution of the General Assembly on 11 September 2001. Certain clauses of the Charter point to a more concrete content of the right to democracy. Democracy is recognized as an autonomous right, a right for all people, and a "condition" for development (article 1), for the exercise of fundamental freedoms and human rights (article 7). Its essential elements are: respect for human rights and fundamental freedoms; access to power and its exercise subject to the rule of law; periodic, free, and fair elections based on universal suffrage and a secret ballot; a pluralistic system of political parties and organizations; the separation and independence of powers (article 3). The fundamental components of its exercise are: transparency, integrity, responsibility, respect for social rights, freedom of speech and the press, respect for the rule of law (article 4) and citizen participation (article 6). Democracy is strengthened by the elimination of all forms of discrimination, especially gender discrimination, ethnic and racial, and various forms of intolerance, and by the promotion and protection of human rights of indigenous peoples and migrants, and respect for ethnic, cultural and religious diversity (article 9), and by the full and effective exercise of workers' rights and the application of essential labor laws (article 10). Its consolidation is adversely affected by poverty, illiteracy, and low levels of human development (article 12). Its exercise promotes the preservation and good stewardship of the environment (article 15). Education is key to strengthening democratic institutions (article 16). Also relevant are the mechanisms thought to strengthen and preserve democracy (assistance and visits — articles 17 and 18, especially in the case of *an unconstitutional interruption of the*

¹⁵³ See <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03806E01.PDF>.

¹⁵⁴ See <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03807E01.pdf>.

¹⁵⁵ See http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic_Charter.htm.

democratic order — articles 19 to 22¹⁵⁶), the mechanisms pertaining to electoral observation (Arts. 23-25) and the promotion of democratic culture (arts. 26 to 28).

III — Substantive world constitution

A — The duty of the state to establish public policies for development, peace and democracy

International documents require states to undertake positive action that favors social needs and development, and right to peace and democracy. States must create and realize national and international public policies to support these needs and rights.

In the past, state obligations that were based on a national constituent pact; today, they are perceived as based on extraterritorial perceptions.

1) Development

Since the Proclamation of Teheran (1968), the extraterritorial perception is that the “achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependent upon sound and effective national and international policies of economic and social development”. That was confirmed by Declaration on the Right to Development (1986):

156 “Article 19. Based on the principles of the Charter of the OAS and subject to its norms, and in accordance with the democracy clause contained in the Declaration of Quebec City, an unconstitutional interruption of the democratic order or an unconstitutional alteration of the constitutional regime that seriously impairs the democratic order in a member state, constitutes, while it persists, an insurmountable obstacle to its government’s participation in sessions of the General Assembly, the Meeting of Consultation, the Councils of the Organization, the specialized conferences, the commissions, working groups, and other bodies of the Organization.”

“Article 20. In the event of an unconstitutional alteration of the constitutional regime that seriously impairs the democratic order in a member state, any member state or the Secretary General may request the immediate convocation of the Permanent Council to undertake a collective assessment of the situation and to take such decisions as it deems appropriate. The Permanent Council, depending on the situation, may undertake the necessary diplomatic initiatives, including good offices, to foster the restoration of democracy. If such diplomatic initiatives prove unsuccessful, or if the urgency of the situation so warrants, the Permanent Council shall immediately convene a special session of the General Assembly. The General Assembly will adopt the decisions it deems appropriate, including the undertaking of diplomatic initiatives, in accordance with the Charter of the Organization, international law, and the provisions of this Democratic Charter. The necessary diplomatic initiatives, including good offices, to foster the restoration of democracy, will continue during the process.”

“Article 21. When the special session of the General Assembly determines that there has been an unconstitutional interruption of the democratic order of a member state, and that diplomatic initiatives have failed, the special session shall take the decision to suspend said member state from the exercise of its right to participate in the OAS by an affirmative vote of two thirds of the member states in accordance with the Charter of the OAS. The suspension shall take effect immediately. The suspended member state shall continue to fulfill its obligations to the Organization, in particular its human rights obligations. Notwithstanding the suspension of the member state, the Organization will maintain diplomatic initiatives to restore democracy in that state.”

“Article 22. Once the situation that led to suspension has been resolved, any member state or the Secretary General may propose to the General Assembly that suspension be lifted. This decision shall require the vote of two thirds of the member states in accordance with the OAS Charter.”

Article 2. 3. States have the right and the duty to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals, on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of the benefits resulting therefrom.

Article 3. 1. States have the primary responsibility for the creation of national and international conditions favorable to the realization of the right to development.

Article 3. 2. The realization of the right to development requires full respect for the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

Article 3. 3. States have the duty to co-operate with each other in ensuring development and eliminating obstacles to development. States should realize their rights and fulfill their duties in such a manner as to promote a new international economic order based on sovereign equality, interdependence, mutual interest and co-operation among all States, as well as to encourage the observance and realization of human rights.”

The Vienna Declaration and Programme of Action (1993) made a similar recommendation:

10. [...] Lasting progress towards the implementation of the right to development requires effective development policies at the national level.

The Programme of Action of the International Conference on Population and Development (1994) was even more detailed because it fixed in two long chapters (XIII and XIV) what would constitute “national action” and “international cooperation”, and advocated, insistently, for the periodic submission of national reports on these policies. The same objective as formulated in the “Declaration and Programme of Action of the World Summit for Social Development (1995)”, in the “decisive national actions and international cooperation” present in the second commitment. It is also important to note the recognition of the problem in The future we want (2012):

We reiterate that each country has primary responsibility for its own economic and social development and that the role of national policies, domestic resources and development strategies cannot be overemphasized.¹⁵⁷

2) Peace

The Declaration on the Right of Peoples to Peace (1984) says:

2. Solemnly declares that the preservation of the right of peoples to peace and the promotion of its implementation constitute a fundamental obligation of each State.

3. Emphasizes that ensuring the exercise of the right of peoples to peace demands that the policies of States be directed towards the elimination of the threat of war, particularly nuclear war, the renunciation of the use of force in international relations and the settlement of international disputes by peaceful means on the basis of the Charter of the United Nations.

¹⁵⁷ United Nations General Assembly, Resolution, 27 July 2012, 66/288, The future we want, p 48, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf>.

The draft declaration on the right to peace (2012), however, did not focus on state obligations. The current Draft Declaration (2015) touches upon the subject:

Article 2. States should enhance the principles of freedom from fear and want, equality and nondiscrimination, and justice and the rule of law as a means to build peace within societies. In this regard, States should undertake measures to bring about, maintain and enhance conditions of peace, particularly for the benefit of people in need in situations of humanitarian crisis.¹⁵⁸

3) Democracy

States, when integrating the United Nations, assume obligations to respect the right to freedom, the foundation of democracy. However, the Protocol of San Salvador (1988) seems to us, despite its regional character, to be a text that more explicitly recognizes the state's obligations with regard to democracy; the title of two of its articles are very significant: "obligation to adopt measures" and "obligation to enact domestic legislation".

The Inter-American Democratic Charter (2001) makes an equally emphatic statement:

Article 1. The peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to promote and defend it.¹⁵⁹

The Declaration of Santiago on Democracy and Public Trust: A New Commitment to Good Governance for the Americas (2003) makes explicit the obligation and the need for sound and strong public policies:

Strengthening democratic governance calls for the elimination of poverty and social exclusion and the promotion of equitable economic growth, by means of sound public policies and practices that promote equal opportunity, education, health, and full employment.

The states should strengthen their public policies and reinforce measures to address directly the grave problems of poverty, malnutrition, hunger, health care, and illiteracy, which hamper the consolidation of democracy. Economic growth with equity is essential to eradicating poverty, enhancing social justice, and creating equal opportunities for each and every citizen in our region.¹⁶⁰.

In a broad sense, the African Union Declaration on the Principles Governing Democratic Elections in Africa (2002) recognizes that when it states: "We commit our Governments to: a) take necessary measures to ensure the scrupulous implementation of the above principles [...]."¹⁶¹

158 See http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/63.

159 See http://www2.ohchr.org/english/law/compilation_democracy/zamericas.htm.

160 See http://www2.ohchr.org/english/law/compilation_democracy/santiago.htm.

161 See http://www2.ohchr.org/english/law/compilation_democracy/ahg.htm.

B — Accountability of public policies for development, peace and democracy

The main instrument to force states to modify their conduct with regard to development, peace and democracy continues to be the reports. The use of that instrument is present especially in international recommendations and declarations. That instrument does not reduce itself to a simple protocol and a formal diplomatic action. In recent years, reports have acquired very concrete and objective features, incorporating parameters for the quantitative and qualitative evaluation of reality and state actions.

To verify that the social causes of underdevelopment are being confronted and the right to development is being consolidated, reports should follow very advanced and precise guidelines of form and content. Defining examples are the guidelines of the various UN committees¹⁶²: the Human Rights Committee, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the Committee on the Rights of the Child, the Committee against Torture, and the Committee on Migrant Workers.

Latin America has completed the first cycle (2014-2015) of state reports to the Organization of American States. These reports address the right to social security, the right to health and the right to education. The second cycle in 2019 covering the next four years will address the right to work, the right to adequate food, the right to the environment and the right to the benefits of culture.

In the model established by the OAS, an analysis matrix is provided. The basic structure, the procedures and the results achieved in six analytical categories must be verified against established progress indicators: (i) incorporation of the right in to the legal system, (ii) basic financial and budgetary commitments, (iii) state or institutional capabilities including the scope of public policies, (iv) equality and non-discrimination, (v) access to information and participation popular, and (vi) access to justice for the enforcement of state obligations¹⁶³. Public policies were not the only item highlighted, as the most effective democratic system is one which tracks all decisions on structuring social rights in a just and fraternal society.

C — International obligations that are global constitutional duties

Today, the perception is that the citizen is not only a recipient of rights but also a subject who has obligations or duties to others. There is, however, a lot of resistance to accept duties or obligations extending beyond our molded and polished selfishness. Our duties are still stuck in the logic of benefit. We accept only the duties to our group.

The individualist ideology has contaminated the current generation which directs all its attention to the realization of self or to an expanded self (family group, social, profes-

162 Compilation of Guidelines on the form and content of Reports to be submitted by States Parties to the International Human Rights Treaties, HRI/GEN/2/Rev.6, 3 June 2009, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRI-GEN-2-REV-6_en.doc.

163 OAS, *Progress indicators for measuring rights under the Protocol of San Salvador*, 2nd ed., Washington, 2015, http://www.oas.org/en/sedi/pub/progress_indicators.pdf.

sional, national, etc.). Facts or rather our perception of certain facts disturb the current culture and encourages attitudes favoring an enlarged otherness. We only highlight two such instances: the forced migration that now exceeds the amount resulting from the Second World War, and the supranational impact of complex environmental damage.

In this context we ask: does the citizen have duties, does the state have obligations to humanity, to those who are not citizens or even reside in their territory? John Rawls has argued that states have legal duties (not just moral) assistance to vulnerable people, because only people who are free from economic and political underdevelopment can solve their problems.¹⁶⁴ Angel Puyol is bolder without becoming cosmopolitan.¹⁶⁵ His idea is that men have a duty to share their property, not to make all men equal, not because of global social justice arguments, but as a result of the recognition of the fraternity duties which the catholic evangelization calls otherness attitudes.¹⁶⁶

Conclusion

In the international context, documents pertaining to development, peace and democracy provide significant steps that allow one to break with nationalism. In these documents, the fundamentals of state obligations are born from an extraterritorial perception, we might say of a “substantive global constitutionalism”. In the globalized state, the classical theory of “the constituent power” of Sieyès is insufficient. We need to build the theoretical framework of a *deterritorialized citizenship* and *extraterritorial democracy*, a *denationalized autonomy*.

Therefore, we must realize that international law is not an obstacle, and this, for several reasons. First, international law goes beyond the model of state obligations based solely on treaties, recognizing obligations molded in international declarations and recommendations. Secondly, it overcomes the traditional mold that sees as rights protections associated with explicit penalties for noncompliance; it sees as rights those for which the traditional punishment for noncompliance (usually compensation) was not ideal and allows for mechanisms of conformity. Thirdly, it redesigns the specific content of some rights (the most relevant, such as development, peace and democracy) that must be present in every country, thus drastically revising the principle of autonomy of peoples and the theory of the reserved area of states.

164 Rawls (John), *El derecho de gentes*, Isegoria, N. 16 (1997), p. 5-36.

165 Puyol (Angel), Los deberes del ciudadano con la humanidad, in Camps (Victoria), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la cidadanía en las democracias liberales*. Madrid: Trotta, 2010, p. 55-89.

166 Cf. Abellán Honrubia (Victoria), “Internacionalización del concepto y de los contenidos de los derechos humanos,” in *Los derechos humanos camino hacia la paz*, Seminario de investigación para la paz y diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997. Briz (Jesús María Alemany), *La Paz, ¿Un Derecho Humano?* See <http://www.seipaz.org/documentos/AlemanyDHPaz.pdf>. Hunt (Lynn), *A invenção dos direitos humanos: uma história*, Companhia das Letras, São Paulo, 2009; Mayor Zaragoza (Fedrico), “Derecho humano a la paz, germen de un futuro posible,” in *Diálogo Unesco*, nº 21, junio 1997.



LA BONNE FOI, PRINCIPE JUSTIFIANT LA CRÉATION D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Monique CHEMILLIER-GENDREAU

Un sujet de droit, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une collectivité, que cette collectivité soit privée ou publique, qu'elle soit ou non dotée de la souveraineté, peut-il souscrire des engagements précis, nombreux, répétés et que cela ne change en rien le fait que certains des actes et comportements de ce sujet soient en contradiction avec ces engagements ? La réponse est non. Le fondement de cette réponse est dans un principe qui domine le droit international et qui est celui de la bonne foi.

Or, les relations internationales entre États présentent de nombreuses situations dans lesquelles les États qui ont pris des engagements, notamment en adhérant aux grandes conventions relatives aux droits de l'homme, n'en maintiennent pas moins dans leur droit national, administratif, constitutionnel ou même civil des dispositions qui se trouvent en violation des droits pourtant reconnus internationalement. Le but ici n'est pas de dénoncer tel ou tel manquement. Les exemples sont si nombreux que chacun en a à l'esprit. Nous dirons seulement en termes généraux que les codes de la famille de certains pays sont parfois en contradiction avec l'engagement souscrit à l'article 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui stipule « le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques », que l'interdiction de la torture (article 7) n'est pas appliquée par certains régimes politiques, ou encore que les arrestations ou détentions arbitraires sont dans certains États des pratiques courantes et parfois à une grande échelle, en violation de l'article 9 du même Pacte. On donnera enfin l'exemple de certains grands pays qui se permettent une position de refus total du moindre réfugié devant un afflux de ceux-ci, alors même que ces États sont signataires de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967¹⁶⁷.

L'objectif de cette communication n'est pas de faire une analyse exhaustive des situations de violations des engagements internationaux dont les États sont les auteurs par les dispositions de leurs droits internes ou par leurs pratiques administratives. Il est de mettre en lumière comment un principe fondamental du droit international, celui de la bonne foi, est ignoré, ce qui met en défaut la cohérence du droit international et de montrer comment il est indispensable d'y remédier. En effet, cette situation mine la confiance, d'abord des États les uns envers les autres, ensuite celle des peuples envers leurs propres institutions étatiques et cela est préjudiciable à la démocratie et à la paix.

167 Cela a été le cas notamment de l'Australie qui, face à la crise créée en mai 2015 par les réfugiés Rohingyas fuyant par milliers la Malaisie et le Bangladesh, leur a refusé l'accueil sans exception. Voir *Le Monde*, 23 mai 2015.

Nous savons que dans la conception classique du droit international, celui-ci est un droit entre États. Les conventions internationales sont alors considérées comme des engagements des États les uns envers les autres. Si un État s'est rendu coupable de la violation d'une règle à laquelle il a souscrit, c'est aux autres États de tenter une mise en œuvre de la responsabilité de l'État, auteur des manquements aux normes en vigueur. Mais l'évolution de la société mondiale et de son droit a mis en lumière que les grandes conventions dont on parle ici définissent des droits au profit d'autres sujets que les États, à savoir les individus ou les groupements non étatiques. Lorsqu'un État viole ces conventions, les victimes sont le plus souvent, ses propres nationaux. Ceux-ci sont alors livrés aux aléas des possibilités que leur offre leur droit interne. Il va de soi que, plus un État commet de violations de ses engagements internationaux, moins les dispositions de son droit interne ouvriront aux victimes de ces violations des mécanismes de garantie suffisants. Est-ce alors aux autres États ayant contracté les mêmes engagements internationaux relatifs à la protection des droits qu'il revient d'intervenir et comment ? Les organes existant à l'échelle des Nations Unies (Conseil des droits de l'homme, Commission des droits de l'homme, Comité des droits de l'homme) ne comportent pas de mécanismes de sanctions obligatoires. Selon les moments historiques, les choix idéologiques et surtout l'état des relations diplomatiques, un État ayant connaissance de la violation d'un engagement international par les dispositions constitutionnelles d'un autre État, au mieux glissera une timide remarque lors d'une visite officielle d'un de ses représentants, au pire ne s'en mêlera pas. Sans compter avec la solidarité des États entre eux, rares étant ceux qui sont parfaitement au clair avec l'application dans leur droit interne de leurs engagements internationaux. Pour ce qui est des mécanismes judiciaires internationaux, un État peut théoriquement mettre en jeu la responsabilité d'un autre État devant la Cour internationale de justice. Il faut toutefois que les deux États concernés aient accepté la compétence de celle-ci¹⁶⁸. Mais surtout, cela supposerait une situation paradoxale dans laquelle un État intervendrait en protection d'individus n'étant pas ses nationaux, mais ceux d'un autre État qui n'aurait pas assumé son obligation de protection et de respect de leurs droits. Cette hypothèse est théorique.

La carence du système apparaît ainsi clairement et c'est alors que se dessine le besoin d'une institution spécifique, celle d'une Cour constitutionnelle internationale. Il s'agit de l'organisme qui devrait garantir l'effectivité de ce que l'on nomme aujourd'hui la normativité constitutionnelle internationale¹⁶⁹. Celle-ci est née d'une évolution remarquable depuis la création des Nations Unies. Le droit international n'est plus désormais dominé par l'unique logique découlant du principe de souveraineté des États. Il l'est tout autant par la logique des droits de l'homme et des droits des peuples qui peuvent entrer en contradiction avec celle de la souveraineté. C'est ainsi qu'un grand nombre de normes adoptées internationalement par les États ont pour objet les droits des individus ou des groupes non étatiques. Le risque, bien souvent avéré, est que les États adhèrent aux engagements internationaux en faveur des droits de ces individus

¹⁶⁸ Seul un tiers des États membres des Nations Unies ont adhéré à la clause reconnaissant la compétence de la Cour.

¹⁶⁹ *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Tunis, 2013, p. 70 et ss. ; *infra*, p. 281 et ss.

ou de ces groupes uniquement en façade. Il s'agit alors d'un habillage vertueux des politiques étatiques qui peut n'être suivi d'aucune mesure concrète d'application.

C'est ici qu'intervient le principe de droit international auquel sont consacrées ces lignes, celui de la bonne foi. Il s'agit de la norme de droit international qui va servir de liaison entre les engagements internationaux et les normes ou pratiques internes. Participant du droit international, la bonne foi va intervenir comme règle correctrice des normes ou pratiques qui contreviendraient aux engagements internationaux et elle va assurer la cohérence nécessaire. Pour montrer l'importance de ce principe dans le raisonnement qui conduit à l'impérieuse nécessité d'une Cour constitutionnelle internationale, on rappellera ici d'abord quels sont les fondements normatifs de ce principe et on en viendra ensuite à sa confirmation par la jurisprudence internationale.

I — La bonne foi, un principe général de droit international confirmé par les textes normatifs

Il s'agit d'un principe aux origines très anciennes et au caractère universel. Ce principe a revêtu une connotation juridique dès le droit romain avec le régime des actions de bonne foi. Cicéron déclarait ainsi : « Le fondement de la justice est la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité exacte à la parole donnée et aux engagements pris »¹⁷⁰ et il observait que la bonne foi doit être observée même envers l'ennemi. Après la chute de Rome, la notion de *bona fides* resta présente jusqu'à la fin du Moyen Âge, car elle était liée à la fois aux origines religieuses du politique et du droit et à la notion d'honneur qui renforçait l'importance accordée à la parole donnée. Lorsque le Saint-Empire romano-germanique éclate à la fin du Moyen Âge au profit d'une multitude de royaumes et de principautés, alors la ruse triomphe en Europe comme principe politique présidant à la conduite des relations internationales et les princes cultivent l'art de mentir au nom des intérêts supérieurs de l'État et de l'absolutisme politique.

Mais avec l'émergence du Droit des gens et notamment sous l'influence de Gentilis¹⁷¹, la notion de bonne foi allait retrouver une place centrale qu'elle ne perdra plus. Au XVIII^e siècle, Bynkershoek met l'accent sur le rôle de la bonne foi dans les engagements internationaux. Comme le droit international se construit sur la base de la souveraineté des États, il est nécessairement un droit décentralisé dans lequel il n'y a de règles communes entre deux ou plusieurs sujets de droit que celles qui ont été acceptées par les intéressés. Aucune autorité supérieure n'est donc en mesure d'imposer des normes qui soient obligatoires pour tous. L'application du droit international, de nature essentiellement contractuelle, repose alors sur la bonne foi qui est centrale dans un processus de nature consensualiste. D'ailleurs elle est invoquée dans la plupart des traités qui jalonnent les relations internationales aux XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècles¹⁷².

170 Cicéron, *De Officiis*, I, VII, 23.

171 Gentilis (Alberico), *De Legationibus*, 1585.

172 Voir la longue liste des traités comportant mention de la bonne foi citée par Kolb (Robert), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux du droit*, PUF, 2000, pages 20 et 21.

Lorsque surgirent au XX^e siècle, les tentatives d’organisation de la société internationale en vue de préserver la paix, il ne fut pas question pour autant de doter la communauté des États d’un législateur situé au-dessus d’eux. Il reste admis que la norme naît toujours de l’accord entre les États et elle est donc soumise, dès l’étape de sa création jusqu’à celle de son application, aux aléas des volontés étatiques. Pourtant avec l’époque qui s’ouvre alors, s’affirme le projet de garantir des relations internationales nouvelles fondées sur la confiance. Mais faute d’une autorité institutionnelle pour garantir cette confiance, on ne peut que renforcer la place donnée au principe de bonne foi dans les relations. C’est ainsi que l’on va voir apparaître mention de ce principe dans les grands textes internationaux.

L’importance du principe transparaît dans le nombre et la nature des textes dans lesquels il est invoqué. Dès le début du XX^e siècle, on le trouve comme garantie de l’exécution des sentences arbitrales dans la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 18 octobre 1907¹⁷³. Il apparaît ensuite dans le Pacte de la Société des Nations toujours comme garantie de l’exécution des sentences¹⁷⁴. Puis, en vertu de l’article 2, paragraphe 2 de la Charte des Nations Unies, sa portée s’élargit et il préside à la manière dont les membres de l’Organisation doivent remplir les obligations découlant de la Charte¹⁷⁵.

À propos de l’introduction de la bonne foi dans la Charte des Nations Unies, il est intéressant de noter que la référence à ce principe ne figurait pas dans le projet initial de Dumbarton Oaks en dépit de propositions allant dans ce sens de la part de groupes de juristes américains et canadiens. Les mots « de bonne foi », qui figurent dans la version du texte telle qu’elle a été adoptée, résultent d’un amendement colombien fondé sur la nécessité de bannir des relations internationales les attitudes cyniques qui avaient conduit aux guerres. Mais la démarche était inspirée aussi de la volonté d’introduire dans le régime des obligations du droit international, un principe que les Romains avaient mis au centre de la théorie des obligations civiles. Cette double inspiration, à la fois morale et juridique, n’était pas partagée par tous les délégués. Mais ce sont les délégations d’Amérique latine (Colombie, mais aussi Venezuela, Uruguay, Panama, Équateur, République Dominicaine) qui ont tenu à cette insertion dans une volonté affirmée d’éliminer la mauvaise foi des relations internationales¹⁷⁶.

La bonne foi a aussi une place centrale dans le statut international des traités suite aux travaux de la Commission du droit international. Elle apparaît à deux reprises dans la Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur le droit des traités et concerne autant l’exé-

¹⁷³ Article 37 de la Convention de la Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux : « Le recours à l’arbitrage implique l’engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence ».

¹⁷⁴ Article 13, paragraphe 4 du Pacte de la Société des Nations, 1920 : « Les membres de la Société s’engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout membre de la Société qui s’y conformera ».

¹⁷⁵ Article 2, § 2 de la Charte des Nations Unies, 1945 : « Les membres de l’Organisation, afin d’assurer la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu’ils ont assumées aux termes de la présente Charte ».

¹⁷⁶ *United Nations Conference on International Organisation San Francisco 1945*, vol. VI, p. 91-101.

cution de ceux-ci que leur interprétation, l'une et l'autre devant avoir lieu « de bonne foi »¹⁷⁷. La bonne foi est invoquée encore dans d'autres traités multilatéraux généraux. Sans les citer tous, on donnera ici pour exemple le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires du 1^{er} juillet 1968¹⁷⁸ ou la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.¹⁷⁹

Enfin, et sans prétendre faire un tableau exhaustif des textes normatifs introduisant la bonne foi dans les mécanismes du droit international, on ne peut omettre ici de mentionner certaines grandes Déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont eu pour but de définir les principes généraux gouvernant les relations entre les États et les peuples et qui sont constitutives des progrès du droit international. Parmi celles-ci, la Résolution 2625 adoptée en 1970, intitulée Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies, tient une place particulière dans la mesure où elle énonce et détaille les sept principes qui doivent présider à ces relations amicales, lesquels comprennent le principe de la bonne foi¹⁸⁰. Le soin apporté à décliner les types d'obligations incombant aux États et qu'ils doivent remplir de bonne foi témoigne du fait que les auteurs de la Déclaration ont entendu faire de ce principe une dimension intégrée à tout le droit international.

Dans le même esprit, la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, adoptée le 15 novembre 1982, mentionne la bonne foi comme principe général d'action (I, paragraphe 1)¹⁸¹, comme condition de la recherche de solu-

177 Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Et l'article 31, paragraphe 1 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

178 Article VI du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires : « Chacune des Parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace ».

179 Article 300 de la Convention de Montego Bay : « Bonne foi et abus de droit. Les États parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit ».

180 Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1970 : « Le principe que les États remplissent de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées conformément à la Charte.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qu'il a assumées conformément à la Charte des Nations Unies.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qui lui incombent en vertu des principes et règles généralement reconnus par le droit international.

Chaque État a le devoir de remplir de bonne foi les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux conformes aux principes et règles généralement reconnus par le droit international ».

181 Déclaration de Manille, I, 1 : « Tous les États sont tenus d'agir de bonne foi et conformément aux buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies en vue d'éviter les différends entre eux susceptibles d'affecter les relations amicales entre États, contribuant par là au maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

tion rapide et équitable des différends entre États (I, paragraphe 5)¹⁸², comme exigence centrale dans l'application des accords (I, paragraphe 11)¹⁸³, et aussi comme condition de l'exécution des obligations assumées à travers la Charte (II, paragraphe 2)¹⁸⁴.

Il faut rappeler encore que d'autres textes de portée régionale (accords ou actes multilatéraux) confirment la place de la bonne foi en droit international. On en donnera pour exemple l'Acte final de la Conférence d'Helsinki du 1^{er} août 1975, lequel a retenu, parmi les dix principes qui doivent présider aux relations entre États participants, le principe de l'exécution de bonne foi des obligations assumées conformément au droit international¹⁸⁵.

Enfin, le rôle de la bonne foi a encore été confirmé par les travaux de la Commission du droit international à propos de la portée des déclarations unilatérales dans les « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques »¹⁸⁶. Il est souligné dans ces principes que le caractère obligatoire de ces déclarations unilatérales repose sur la bonne foi¹⁸⁷.

Ces très nombreuses affirmations normatives du principe de bonne foi conduisent à considérer qu'il s'agit d'un principe bien établi et à portée universelle qui marque de son empreinte l'ensemble des relations internationales. L'exigence de son respect a pour conséquence de modifier la qualité des relations internationales en y introduisant la garantie juridique du respect de la parole donnée. À la lumière de ce principe, les États ne peuvent plus tenir leurs engagements internationaux pour des propos sans portée juridique.

II — Un contenu juridique du principe de la bonne foi en droit international précisé par les juridictions internationales

Un principe juridique se doit d'être porteur de conséquences prévisibles. En effet : « Ce qui intéresse le droit n'est pas tellement la bonne foi en tant qu'attitude psycho-

182 Déclaration de Manille, I, 5 : « Les États doivent rechercher de bonne foi et dans un esprit de coopération une solution rapide et équitable de leurs différends internationaux... ».

183 Déclaration de Manille, I, 11 : « Les États doivent appliquer de bonne foi, conformément au droit international, toutes les dispositions des accords conclus par eux pour le règlement de leurs différends ».

184 Déclaration de Manille, II, 2 : « Les États Membres doivent s'acquitter de bonne foi des obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Charte des Nations Unies... ».

185 Acte final de la Conférence d'Helsinki, Principe V : « Les États ... s'efforcent, de bonne foi et dans un esprit de coopération, d'aboutir à une solution rapide et équitable sur la base du droit international » Et Principe X : « Exécution de bonne foi des obligations assumées conformément au droit international ».

186 Texte adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session en 2006, et soumis à l'Assemblée générale, UNGA Res/53/101.

187 Principe 1 : « Des déclarations formulées publiquement et manifestant la volonté de s'engager peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Lorsque les conditions pour qu'il en soit ainsi sont réunies, le caractère obligatoire de telles déclarations repose sur la bonne foi ; les États intéressés peuvent donc en tenir compte et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que de telles obligations soient respectées ».

logique du sujet que le comportement objectif qui en est le résultat »¹⁸⁸. C'est à travers une longue évolution jurisprudentielle que cela a été rendu possible. Cette utilisation du principe de la bonne foi dans des affaires concrètes a débuté avec les premiers développements de la jurisprudence arbitrale ou de celle de la CPJI. L'actuelle Cour internationale de justice a, pour sa part, apporté de multiples éléments à cette construction.

À l'époque de la Cour permanente de Justice internationale, la bonne foi fut invoquée à l'occasion de plusieurs affaires importantes, ainsi que dans un avis consultatif¹⁸⁹. Du côté des tribunaux arbitraux, de nombreuses sentences ont fait usage de la notion de bonne foi¹⁹⁰. Après la création des Nations Unies et l'affirmation du principe dans la Charte, la Cour internationale de justice a fréquemment rendu des avis ou décisions sur cette base, ce qui a permis de cerner au plus près cette notion de bonne foi.

Il y eut ainsi l'avis rendu à propos du *Statut international du Sud-Ouest africain* le 11 juillet 1950¹⁹¹, les arrêts rendus dans les Affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* en 1969¹⁹² et dans celle des *Essais nucléaires* en 1974¹⁹³. La bonne foi fut à nouveau évoquée dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêches* qui opposa le Royaume-Uni à l'Islande¹⁹⁴. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, la Cour dans un arrêt de 1984 met en relation la bonne foi avec des notions voisines comme celles d'acquiescement et d'estoppel¹⁹⁵. Le rôle de la bonne foi dans la question des délais de la négociation a été évoqué dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Slovaquie/Hongrie)* avec l'arrêt du 25 septembre 1997¹⁹⁶. Enfin, dans de nombreuses décisions, la Cour précise le rôle de la bonne foi dans la question de l'interprétation des traités. On citera notamment les arrêts relatifs

188 Yasseen (Mustafa Kamil), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, 1978-III, t. 151, p. 21.

189 Notamment dans celle des *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Allemagne/Pologne), CPJI, arrêt du 25 mai 1926, Série A, n° 7 ; et dans celle relative au *Statut juridique du Groenland Oriental* (Norvège/Danemark), CPJI, arrêt du 5 avril 1933, Série A/B, n° 53. La CPJI utilise aussi la bonne foi dans l'avis consultatif rendu le 15 octobre 1931 relatif au *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, CPJI, arrêt du 15 octobre 1931, Série A/B, n° 42.

190 L'une des plus anciennes est l'affaire Tacna et Arica opposant le Chili et le Pérou à partir de 1883 et aboutissant à une sentence en 1925 (Sentence du Président Coolidge, 4 mars 1925, R.S.A., vol. II). Puis en 1924, l'affaire des *Réparations allemandes* selon l'article 260 du Traité de Versailles (R.S.A., vol. I, p. 429 sq.) et en 1928, l'affaire *Mégalidis c. État turc* tranchée par un tribunal arbitral mixte gréco-turc (*Recueil T.A.M.*, vol. VIII, 1929, p. 395). L'une des plus importantes par son contenu est la sentence du Lac Lanoux du 16 novembre 1957 (R.S.A., vol. XII, p. 281 sq.). Le rôle de la bonne foi dans l'obligation de négocier a été souligné encore par le Tribunal d'arbitrage de l'Accord sur les dettes extérieures allemandes dans la sentence du 26 janvier 1972, *Royaume de Grèce c. République fédérale d'Allemagne*, RSA, vol. XIX, p. 27-64. Voir Guyomar (Geneviève), « Tribunal d'arbitrage de l'Accord sur les dettes extérieures allemandes », *Annuaire français de droit international*, 1973, vol. 19, n° 1, p. 528-537.

191 Avis consultatif du 11 juillet 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 76.

192 Arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 47.

193 Arrêt du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 268.

194 Arrêt du 25 juillet 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 39.

195 Arrêt du 12 octobre 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 339-340.

196 Arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*.

au *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* de 1994¹⁹⁷ et à l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* de 1995¹⁹⁸.

C'est ainsi que les juridictions internationales ont situé la bonne foi au cœur du dispositif normatif et que le tribunal arbitral mixte gréco-turc, dans la décision précitée du 26 juillet 1926, rappelle le principe selon lequel « Il existe pour les parties contractantes une obligation de ne rien faire qui puisse nuire au traité en diminuant la portée de ses clauses ». Il ajoute : « Qu'il est intéressant de faire observer que ce principe — *lequel en somme n'est que la manifestation de la bonne foi qui est la base de toute loi et de toute convention* [souligné par nous] — a reçu un certain nombre d'applications dans divers traités »¹⁹⁹.

Cette très large utilisation de la bonne foi par les juridictions internationales a eu pour effet de clarifier un certain nombre d'incertitudes relatives à la place exacte de cette notion dans les relations interétatiques et de la faire passer du statut d'un principe général d'ordre moral, à une notion à caractère juridique entraînant des conséquences de droit. Cela a démenti l'attitude d'une partie de la doctrine qui a longtemps considéré que la bonne foi était difficile à définir, certains auteurs allant jusqu'à conclure qu'il s'agissait d'un principe général sans contenu juridique. Mais d'autres, parmi les meilleurs, ont accompagné la démarche entreprise par les juridictions internationales. C'est ainsi que Verdross écrit en 1952 : « Le principe de la bonne foi n'est pas seulement le fondement du caractère obligatoire des accords internationaux, mais il s'étend sur le droit international public tout entier, y compris le nouveau statut juridique des Nations Unies »²⁰⁰. Bien d'autres parmi les spécialistes les plus reconnus du droit international vont dans ce sens²⁰¹. Ce n'est pas parce que la bonne foi est malaisée à définir qu'elle n'est pas pour autant un principe de droit. D'autres principes de même nature, comme les principes relatifs au raisonnable ou à l'équitable, se sont imposés en droit international, alors qu'ils ne relevaient pas non plus de l'étroitesse d'une définition²⁰².

De l'ensemble des décisions judiciaires à l'occasion desquelles les juridictions se sont prononcées sur la bonne foi²⁰³, il résulte que celle-ci influe sur la qualité des relations internationales lors de leurs diverses étapes. Ce principe doit présider aux négociations internationales préalables aux engagements et cela entraîne des conséquences concrètes du point de vue des obligations qui pèsent sur les négociateurs. Il a surtout

197 Arrêt du 3 février 1994, *C.I.J. Recueil 1994*, para. 41.

198 Arrêt du 15 février 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, para. 33.

199 *Mégalidis c. État turc*, 26 juillet 1928, *Recueil T.A.M.*, vol. VIII, 1929, p. 395.

200 Verdross-Drossberg (Alfred), « La bonne foi comme fondement du droit international public », *Revue hellénique de droit international*, juillet-décembre 1952, page 17.

201 Les mentionner tous est impossible. Mais les plus importants sont cités par Yakemtchouk (Romain), *La bonne foi dans la conduite internationale des États*, Paris, Éditions techniques et économiques, 2002, p. 21-22.

202 Voir à ce sujet Manfred Lachs, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1996, vol. I, deuxième partie, p. 36.

203 Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 11 juin 1998 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a fait un rappel des décisions arbitrales ou juridictionnelles prenant en compte le principe de bonne foi. *C.I.J. Recueil 1998*, para. 38.

été précisé à travers les décisions comment la bonne foi a pour rôle d'assurer la garantie des engagements internationaux une fois ceux-ci exprimés, qu'ils soient bilatéraux ou unilatéraux : « Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. »²⁰⁴ Il y a donc deux terrains d'application de la bonne foi dans le processus qui conduit à la conclusion des traités.

La bonne foi est un principe essentiel devant présider aux négociations internationales, car une négociation doit être sincère et ne doit pas servir à leurrer les partenaires sur les intentions véritables d'un acteur. Mais c'est surtout la bonne foi comme garantie des engagements bilatéraux ou unilatéraux des États qui a toute son importance dans le processus de création d'une Cour constitutionnelle internationale. En effet, la bonne foi doit présider, non seulement aux négociations qui se déroulent entre les États et qui font partie des procédés de règlement pacifique des différends, mais aussi à tous les engagements internationaux des États, que ce soit les engagements de nature bi ou plurilatérale marquant l'aboutissement de la négociation, ou qu'il s'agisse d'engagements de caractère unilatéral jalonnant les étapes de la négociation. La Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires*, a réuni les deux sortes d'engagements des États sous une norme commune, celle de la bonne foi :

L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale surtout à une époque où dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. *Tout comme la règle du droit des traités Pacta sunt servanda elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi* [souligné par nous]. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles : ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.²⁰⁵

Un rapprochement est ainsi fait par la Cour entre les engagements bilatéraux qui correspondent à un accord mutuel entre deux États et les déclarations unilatérales assimilées à des promesses. Pour ce qui est de la première catégorie, la bonne foi a pour conséquence de protéger l'objet et le but du rapport juridique qui s'est établi. Aucune partie ne peut en modifier les termes entre le moment où elle a exprimé son consentement à être liée et le moment de l'entrée en vigueur de l'accord²⁰⁶. Cela a été affirmé par la sentence rendue le 3 septembre 1924 dans l'*Affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles* (Allemagne contre Commission des réparations)²⁰⁷. Encore par la CPIJ dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*²⁰⁸. De même, le Tribunal arbitral mixte gréco-turc a-t-il fait re-

204 Arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, para. 46.

205 *Ibid.*, para 49.

206 Voir Hassan (Tariq), « Good faith in treaty formation », *Virginia Journal of International Law*, 1980, vol. 21, p. 451.

207 Sentence du 3 septembre 1924, 12^e question, R.S.A. 1924, vol. I, p. 523.

208 Arrêt du 25 mai 1926, Recueil, Série A, n° 7.

marquer : « Il est de principe que déjà avec la signature d'un Traité et avant sa mise en vigueur, il existe pour les parties contractantes une obligation de ne rien faire qui puisse nuire au Traité en diminuant la portée de ses clauses »²⁰⁹. La bonne foi a ainsi pour fonction d'orienter la conduite des parties ultérieurement à leur prise d'engagement.

Mais la bonne foi a un rôle tout aussi important pour obliger les États à respecter leurs promesses unilatérales. Ainsi un État ne peut-il pas faire à la légère des effets d'annonce quant à des engagements internationaux qu'ensuite il ne tiendrait pas. La Cour actuelle a confirmé cette conséquence de la bonne foi, notamment dans l'affaire des *Essais nucléaires* jugée en 1974. Les responsables français les plus autorisés ayant confirmé à plusieurs reprises la cessation des essais atmosphériques, la Cour déclare : « Quand l'auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration »²¹⁰. Elle précise : « Bien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations, mais un État peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné dans l'intention de se lier, ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte »²¹¹. La Cour estime que « le président de la République, en décidant la cessation effective des essais atmosphériques, a pris un engagement vis-à-vis de la communauté internationale à qui il s'adressait »²¹². Ainsi l'exécution des engagements unilatéraux est-elle fondée sur le principe de la bonne foi, tout comme celle des accords bi ou multilatéraux²¹³.

La ligne qui se dégage de la jurisprudence ici mentionnée est très claire. Un État est engagé par les actes, comportements, déclarations de ceux qui le représentent. Aucun sujet de droit ne peut se permettre de dire une chose ou d'acquiescer à un principe et d'avoir ensuite un comportement contraire. Malheureusement, les contraintes qui pèsent sur les dirigeants politiques, en raison de leur volonté de se maintenir au pouvoir, les entraînent bien souvent dans la voie de promesses ou d'engagements qu'il leur serait trop couteux de respecter par la suite. On entre alors dans des situations caractéristiques de la mauvaise foi. Les individus et les peuples en sont les victimes. Ils s'imaginent que des textes internationaux leur garantissent des protections alors que les autorités nationales ne tirent aucune conséquence de ces textes auxquels l'État qu'elles représentent a pourtant adhéré.

Les libertés et les droits progressent dans le monde à deux conditions : que les peuples se mobilisent pour obtenir sans cesse un élargissement de ces droits et libertés proclamés. Que des moyens de contrôle existent pour rendre ces droits et libertés effectifs là où, alors qu'il y a eu proclamation, l'application fait défaut. La question est alors la suivante : les États qui s'opposeraient à la création de la Cour constitutionnelle internationale, organe de contrôle et de garantie des droits proclamés, seraient-ils de mauvaise foi ?

209 *Megalidis c. État turc, Recueil T.A.M.*, vol. VIII, 1929, p. 395

210 Arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, *C.I.J. Recueil 1974*, para. 43.

211 *Ibid*, para. 44.

212 *Ibid*, para. 51.

213 *Ibid*, para. 46.

Partie

III

LES MODÈLES D'EMPRUNT



THE BRAZILIAN CONVENTIONALITY CONTROL MODEL BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE ASSUMPTIONS OF THE INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT

Thiago MATSUCHITA

The concept of an International Constitutional Court assumes that such a body would be capable of putting an end to authoritarian systems and would be competent to judge cases where the Constitution is used to violate democracy and to analyse suspicious frauds in elections.

It is important to highlight that the debate on the International Constitutional Court does not equally involve the creation of a Constitution within the worldwide scope. We refer herein to the formal Constitution, to wit, a document positively written for the purpose of establishing different parameters for worldwide conduct. It is important to expose the existence of legal rules consolidated in several international laws that guarantee the structure of a constitution in the material sense, that is, the mixture of the normative content of the international treaties and conventions, including those on human rights, to serve as a basis for the judgments of such a Court.

Therefore, “the material constitution is not reappointed as a simple ‘*de facto* power’ (‘power and influence relations’, ‘pure political *facto*’), because the material constitution also has a *regulatory function*”.¹

The contemporary international conjuncture is going through a necessary deontological and affirmative posture against human rights, in all their dimensions, including the democracy and peace decrees, as a global interest, specifically against the attempt to guarantee them an effective regulatory function. Encompassed by theory, as well as by the concrete action of such decrees, it sees as providential the emancipation of the institutions that guarantee the dignity of human beings. The International Constitutional Court represents a type of response to such demands. Norberto Bobbio, said: “The recognition and protection of the human rights are the basis of democratic constitutions and, at the same time, peace is the necessary assumption for the effective protection of the human rights in each State and in the international system”². Hence, the author continues, the progressive democratisation of the international system “cannot be separated from the gradual and increasingly effective protection of human rights above each one of the States”³.

1 Canotilho (José Joaquim G), *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7th ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1139.

2 Bobbio (Norberto), *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 203.

3 *Ibid.*

This position reaffirms its divergence from the current globalized order of any argument for a compartmentalized approach to international law and constitutional law. A member of the International Court of Justice, Antônio Augusto Cançado Trindade, considers that, “there must be no doubt that the large internal transformations of the States rebound in the international plan, and the new reality formed on it causes changes in the internal evolution and constitutional system of the affected States”.⁴

This is evident from an examination of Brazil’s ratification of the American Convention on Human Rights and its relationship to the Maria da Penha case and the Mensalão case.

In July 1992, Brazil ratified the American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, Costa Rica, and accepted the competence of the Inter-American Court of Human Rights in December 1998. It established, however, in a statement prepared at the time of its adoption that with regard to articles 43⁵ and 48(d)⁶ of the Convention, “the automatic right to on-site visits and investigations of the Inter-American Commission on Human Rights are not included, which will depend on the express consent of the State”⁷. It finally stated: “For an indefinite period, the competence of the Inter-American Court of Human Rights is compulsory and of full right, in all cases associated with interpretation or enforcement of the American Convention on Human Rights, in compliance with article 62, subject to reciprocity and for facts subsequent to this statement”⁸.

Maria da Penha Maia Fernandes, a biopharmacist in the State of Ceará, was married to a professor of economics, Marco Antonio Herredia Viveros. They had two daughters together. In 1983, Viveros shot her in her sleep, alleging that it had been an assault. The attack left her paraplegic. Her husband subsequently attempted to murder her a second time, this time by trying to electrocute her in the bathroom. Viveiros went twice to a jury trial: the first one, in 1991 and the second in 1996.

In light of the slowness of the Brazilian judiciary, Maria da Penha, along with the Center for Justice and International Law and the Latin American and Caribbean Committee for the Defence of Women’s Rights, filed a complaint in August 1998 with the Inter-American Commission on Human Rights. The Commission decided not to send

⁴ Trindade (Antônio Augusto Cançado), “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, in *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, IIDH-CIVC-ACNUR-CUE, São José da Costa Rica, 1996, p. 207.

⁵ American convention on human rights, article 43: “The States Parties undertake to provide the Commission with such information as it may request of them as to the manner in which their domestic law ensures the effective application of any provisions of this Convention.”

⁶ American convention on human rights, article 48, para. (d): “When the Commission receives a petition or communication alleging violation of any of the rights protected by this Convention, it shall proceed as follows: [...] (d). If the record has not been closed, the Commission shall, with the knowledge of the parties, examine the matter set forth in the petition or communication in order to verify the facts. If necessary and advisable, the Commission shall carry out an investigation, for the effective conduct of which it shall request, and the states concerned shall furnish to it, all necessary facilities.”

⁷ Secretaria-Geral da OEA. Pacto de San José da Costa Rica. See http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm.

⁸ *Ibid.*

the proceeding to the Inter-American Court of Human Rights. The Report did not include the justification for its decision, it only made some recommendations, and no sanction was provided in case of non-compliance.

Nonetheless, the Commission's decision was not ignored by the Brazilian state. It partially followed the recommendations of the Commission and sanctioned, in August 2006, the Federal Law 11340, called the Maria da Penha Law. This law made important innovations to the Brazilian legal system concerning the creation of mechanisms to restrain the domestic and family violence against women.

The *Mensalão* scandal is the popular name given to crimes related to a vote buying case of corruption, the “existence of an alleged corruption scheme of federal deputies [and others politicians], on the pretext of purchase of political support in favour of the Federal Government in the National Congress”⁹, and to the related crime of embezzlement for “alleged misappropriation of public funds through overpriced publicity contracts, in favour of the companies of the businessman Marcos Valério Fernandes de Souza”¹⁰. The accusation was converted into the Criminal Action 470 featuring 40 defendants whose trial was, initially, under the exclusive jurisdiction and competence of the Brazilian Supreme Court—the body responsible for, among other functions, according to the Federal Constitution, processing and judging, “in the common criminal infractions, the President of the Republic, the Vice-President, the members of the National Congress, their Ministers and the Attorney General”.¹¹

In April 2014, three of the defendants filed a petition with the Inter-American Commission on Human Rights asking for a new trial and questioning the adequacy of Brazil's internal legislation to protect against double degree of jurisdiction, as set forth in article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights. Additionally, even under the aegis of the current Brazilian laws, the petitioners contended that they did not meet the requirements to be judged in a privileged court of exclusive jurisdiction, since they were not included in any of the hypothesis set out in article 102(b) of the Federal Constitution of Brazil.

In regard to the defence of the double degree of jurisdiction, the petitioners evoked the analogous case of *Barreto Leiva v. Venezuela*¹². In that case, Oscar Barreto Leiva was convicted of offenses against public property under his management, in 1989, as Sector General Officer of Management and Services of the Ministry of General Secretary of the Presidency of the Republic. He was sentenced to one year and two months of imprisonment. The Supreme Court of Justice of Venezuela determined that it was not appealable.

The Constitution of Brazil is, in our opinion, only one of the physical supports equipped with prescriptive statements from which emanate the legal principles, values and rules of constitutional hierarchy. They are a part of what is called a “constitutionality block”

9 Petição de denúncia de violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. See http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm.

10 *Ibid.*

11 Federal Constitution, art. 102(b).

12 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 17 November 2009.

in which are also included the ratified international laws on human rights by the country conforming to the material constitution. Henceforth, the rules derived from the American Convention on Human Rights, the Commission and the Inter-American Court are to be applied immediately and their validity is indisputable in the national legal system. The national system itself should comply with the three Powers in the establishment of normative laws and Brazilian public policies. But as we saw in Brazil, those rights are not easy to apply.

In conclusion, we acknowledge that resistance to the authoritarianism of institutional political programs and to the constant violation of human rights and international laws in general can only be effective under certain conditions. Nations must be included in a space in which the cogency of rights extends and is effective beyond the domestic area and has the possibility of being made concrete. As a result, even under the auspiciousness of the national constitutional laws, states do not find it possible to justify, ground and sponsor actions that are harmful to the dignity of the human being. That dignity is preserved by peace and democracy which are the principles of defence of several international treaties and conventions; the International Constitutional Court is a precious opportunity to show that they are constructive and solidary practices. But, we have to pay attention and learn from other supra-national systems. Even when states have signed international treaties and received them as part of their normative order, those rights may always not be implemented. One must create ways to enforce a real effective decision through the International Constitutional Court which involves others supra-national systems, other International Courts and entities in a cooperative way.

The arguments against the creation of the International Constitutional Court which base themselves on the concept of sovereignty are ill founded for two main reasons. First, the concept of sovereignty, previously characterized as a supreme prerogative in both domestic and foreign matters, cannot be legitimised by recourse to the contemporary international legal. In Hobbes, for example, all and any use that the state makes of its power is legitimate. For Hobbes, the state that adopts the democracy and peace differs the one that adopts authoritarianism; however, that difference, in his words, “does not lie on a difference of power, but in a difference of convenience”¹³. Currently, sovereignty assumes such a reflective point; the state incorporates its legitimacy as the sovereign representative of the people only in so far as it allows human rights and, teleologically, human dignity to emerge from it. As B. Boutros-Ghali, Secretary-General of the United Nations, affirmed: “It is undeniable that the centuries-old doctrine of absolute and exclusive sovereignty no longer stands”.

Amartya Sen, in the 1999 Kenan Distinguished Lecture, considered the legitimacy critique, which “makes human rights dependent on legal systems and asserts that people are not necessarily born with these rights”. The economist challenged this idea because it ignored the intrinsic importance of human rights outside of institutions. A human rights argument “can be effectively invoked in context even when legal enforcement would appear to be inappropriate,” he said, adding that respect is beyond legal enforce-

¹³ Hobbes (Thomas), *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, Martin Claret, São Paulo, 2006, p. 142.

ment, yet still a fundamental human right.¹⁴ The sovereign state is endowed with the power of legal enforcement but the exercise of that power is subject to the principles of human rights.

The other reason is that, in the case of the affirmation of such institutionalism, national constitutional orders would not be replaced by alleged foreign decisive arbitrariness. International decrees will be concretized. The reservation of jurisdiction by nations will be required to conform with indispensable cogency. They will also need to conform with the application of the subsidiarity principle by the International Constitutional Court.

¹⁴ Levy (Jaime), "Nobel Prize winner Sen discusses human rights," *The Chronicle*, 05 April 1999, http://www.dukechronicle.com/articles/1999/04/06/nobel-prize-winner-sen-discusses-human-rights#.VXogt_lVgSV.



AN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT VERSUS THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS DEMOCRATIC PRINCIPLES

André Ramos TAVARES

I— Common background in electoral issues

The creation of an International Constitutional Court should be realized as it will facilitate the defence of democracy by allowing for the examination of cases that violate democratic “conditions” and “principles” in elections¹⁵. The analysis of the international context in which elections are conducted leads one to infer that the creation of a body driven towards these purposes is more than advisable. In a previous paper, “The crises of electoral legitimization”¹⁶, I presented several examples of countries where the election process had been severely challenged, either by electors or candidates. An example is the election in Iran of 2009. The main point here is to know how improper legal treatment of elections can negatively impact the protection and development of fundamental rights.

Such is the case of the 2000 presidential elections in the United States. That year, Bush ran against Al Gore for the presidency of the country and won by a slim margin in the state of Florida, which automatically required a recount. However, the recount was suspended by the Supreme Court of the United States¹⁷ and there was no ruling as to whether electoral fraud had been committed.

The first example shows how a nebulous decision by the Iranian supervising body undeniably failed to clear away the doubts concerning the legitimacy of the election. As for the elections in the USA, the nature of the Supreme Court’s intervention gives rise to questions about its impartiality.

Therefore, the establishment of an international jurisdiction to combat fraudulent elections is not only necessary, but also extremely feasible, lawful, and especially as in the two cases just mentioned where the national body in charge of supervising the elections has not exercised its functions, even after a request by the interested parties.

15 République tunisienne, *Project for the establishment of an International Constitutional Court*, Tunis, 2013, p. 15, *infra*, p. 293-301: “Contentious function: The Court rules on serious violations of democratic principles and democratic conditions for elections subject to the exhaustion of domestic legal remedies. These material violations can take the form of serious facts and / or legal acts.”

16 Tavares (André Ramos), “La crisi della legittimazione elettorale” in Lucio Pegoraro, Giorgia Pavani and Sara Pennicino (ed.), *Chi controlla le elezioni?*, Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 19-30.

17 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98.

Another justification for an International Constitutional Court is found in a decision rendered by the Inter-American Court of Human Rights involving political rights, to which Nicaragua was a party. It was found that no appeal is allowed against a judgment of the highest jurisdiction of that country, the *Consejo Supremo Electoral*, when it comes to election matters. The fact that no right of appeal is provided by national jurisdictions constitutes another justification for the creation of an international body with powers over national elections. This same problem occurred in Brazil in the matter of a large case of bribery, the *mensalão* case, where the Supreme Court of Brazil decided to split its jurisdiction between its two sections.

I now turn to the question of how this new Court will insert itself into the system of existing regional courts which also play a role in the protection of democracy. I will develop my arguments by considering the situation in the Americas.

II — Democracy as a goal of many Courts and the economic democracy

Since the creation of the Organization of American States (OAS), the defence of democracy has been one of its goals, as one can see from the preamble of its Charter and its various articles.¹⁸ The OAS has reinforced this ideal by creating and adopting norms to safeguard democracy. In 1969, the American Convention of Human Rights in article 23 specifically addressed political rights¹⁹. The OAS has continued its efforts in defence of democracy. In 1992 and 1993, the Protocols of Washington and Managua amended the OAS Charter by adding new provisions to its text. Their purpose was to make the promotion and consolidation of democracy more explicit.

In 2001, member countries of the OAS reaffirmed their commitment to the promotion and protection of democracy by approving the Inter-American Democratic Charter²⁰. The new document deepened their engagement with these ideals by setting out the manner in which the states must act in order to defend democracy. For example, articles 5, 6 and 28 of the Charter, respectively, express the need for strengthening political parties and other political organizations, the need to focus on issues pertaining to organization of electoral campaigns and their financing, besides fostering and promoting the means for citizens to take part in the decisions, and the need to enhance full and equal participation of women in political institutions. These aspects are stated as *conditions* for fostering democracy.

The role of this regional body is unquestionably that of a guardian and a agent for the promotion of democracy. It is worth emphasizing that the Organization goes beyond the *consolidation of democracy as a purpose*, and undertakes the enactment of rights and guidelines supporting such an ideal, for which its members must strive.

As a jurisdictional body of the Organization of American States, the Inter-American Court of Human Rights (ICHR) has powers to interpret and enforce the American Con-

¹⁸ Organization of American States, Charter of the Organization of American States, Bogotá, 1948.

¹⁹ Organization of American States, American Convention on Human Rights, Costa Rica, 1969.

²⁰ Organization of American States, Inter-American Democratic Charter, Lima, 2001.

vention of Human Rights. Therefore, the Court can analyse electoral matters, because, as I already stated, this document prescribes political rights (article 23) that are directly related to the conditions under which elections are held. Despite the existence of a consistent normative apparatus on electoral issues, particularly as regards the defence of such rights, only two cases²¹ have discussed the conditions of the elections. Another important issue is the *consolidation of democracy as an economic democracy, not only a political and electoral democracy*²². This is particularly so with regard to Latin America and Africa, because the Welfare State is still a goal for so many countries²³.

III — Interaction between Courts in a third decision-making jurisdiction

The first lesson we can get from this system is that creating an International Constitutional Court encompassing a supranational scope will inevitably imply interaction with already existing national and regional jurisdictions. We must consider that it is imperative to exhaust all the internal (national) levels of jurisdiction before resorting to the international body, if we are talking about *common* electoral principles and conditions. However, even in this scenario, the matter gains complexity as a third decision-making jurisdiction is added to this international system; such is the case of countries that are members of the Organization of American States.

This is a real complexity because the Inter-American Court already acts in defence of democracy, particularly in electoral issues. Then, one must determine how the regional and supranational judicial bodies will coexist.

This difficulty has already been observed on the European Continent when it comes to protecting human rights. Currently, on this matter we have national judges and courts, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union interacting and forming what Maria Luisa Duarte refers to as “judicial triangle”²⁴. The main concern would be to harmonize the roles played by multiple jurisdictions.

In Europe, the interaction between these three bodies ended up governed so as to acknowledge one of them as a superior guarantor, when it comes to defending human rights. The most specific jurisdictional body with the broadest competencies in the defence of human rights ended up assuming a predominant position in this scenario

21 See <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>.

22 Bercovici (Gilberto), “Constituição econômica e dignidade da pessoa humana,” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 102. Jul./Dez., 2007, p. 457-76.

23 Tavares (André Ramos), “Mercosul, situação atual dificuldades federativas, tributárias e democráticas de integração do Brasil,” *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, nº 2, p. 41-82, 2006.

24 “The intercommunitarian system protecting fundamental rights, as we know it—a plural and inter-normative system as to the sources, praetorian as to the criteria for applying decisions, and cooperative through the ‘dialogue between judges’—will suffer no risk of radical transformation by virtue of the Lisbon Treaty. Even if the EU joins the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Liberties, assuming this solution becomes real, one must acknowledge that it will amount to a formalization of a model of judicial coexistence, which already functions in terms somewhat asymmetric as ‘dialogue between judges’, and that we had the opportunity to characterize as a ‘European judicial triangle’”. Duarte (Maria Luisa), *Estudos sobre o tratado de Lisboa*, Almedina: Coimbra, 2010, p. 114.

of coexistence among the courts. In that case it means The European Court of Human Rights. The creation of a new International Court would also signify a “judicial triangle” in the Americas for the defence of Democracy.

Therefore, based on the European experience, a new jurisdiction in this context only makes sense as it is to improve and add principles (like the conditions to create a economic democracy) and guarantees to those which other regional courts are already competent to ensure, thus becoming a supreme body in the defence of democratic elections. This same construction can be extended to other scenarios, which will also find themselves before multiple jurisdictions with powers to address this same subject. Otherwise, the new body will make no difference in the States that already have an international jurisdiction with powers to rule within the same scope intended by the International Constitutional Court.

Consequently, in determining the law that will be interpreted and applied by this new Court, the definition of which democratic “conditions” and “principles” are indispensable (at the elections) will have to reach and ensure a broader and deeper scope than the one presented by the American Convention.

This point is addressed in Section “Applicable Law” in the Project for the International Constitutional Court. The text provides for rules and principles connected with democracy and civil liberties, in addition to several international documents as the set of norms to be interpreted and applied by the Court. However, the Court is able to become a strong jurisdictional institution within the international scenario as a predominant body in the defence of democratic elections, given that the development of democracies imposes new “conditions” and “principles” such as the conditions to achieve an economic and social democracy.

To such effect, among the rights to be applied by the Court one must add the fostering of several forms of association, beyond the traditional party model, considering the increase of the political significance of social organizations other than political parties. This phenomenon is also becoming stronger in Brazil, with the non-partisan political demonstrations that have been seen since 2013. Thus, one must defend the existence of norms which avoid complicating factors that might impair the creation of these forms of associations; one must defend a transparent and supportive legislation and system. This was not, for example, what we have seen upon creation of the new party *Rede Sustentabilidade*, in Brazil, which could not run for presidential elections in 2014 due to formal conditions²⁵.

Also connected with the equality principle, the *protection of minorities* is a condition that must be included among the set of powers held by the Court in defence of democratic elections. Among the norms to be applied, it is imperative that rules are imposed so as to ensure special protection to the candidacy of groups that are historically under represented or not even represented, despite their relevance in society. This is a problem faced not only by underdeveloped countries, given that ethnic and gender issues are quite problematic in many developed States.

²⁵ This Party was approved by the Electoral Supreme Court of Brazil on 22 September 2015.

When it comes to a decision declaring a candidate ineligible, the law to be applied by the Court must guarantee that the motives grounding such declaration be examined so as to not violate fundamental principles such as the presumption of innocence, the right to equal treatment, and equality. This discussion took place recently in Brazil, upon the so-called “Clean Record Act” (*Lei Ficha Limpa*), which prohibited convicted candidates, or those pending appeal, to run for an office. More than that, it also included criminal issues involving persons that can only be judged by The Supreme Court and have no right to appeal. This matter also took place recently in Brazil, in the *Mensalão* case.

There are more “principles” and “conditions” to be taken into consideration by the Court. However, one must also consider the importance of the formal aspects involving the means by which access will be implemented by such Court. I see a key point here: the persons who hold the right of action before the Court. Only a member-State or the Commission can assert rights under the ICHR. Therefore, an individual seeking remedies by the ICHR must first submit their claim to the Commission, which will analyze it and determine whether the case is to be taken to the ICHR.

The project for the creation of the Constitutional Court has already evolved in such aspect as it allows individuals, political parties, associations, professional organizations and NGOs to assert their rights before the Court. It is extremely reasonable that this very Court focus on its own democratic access as a decision-making jurisdiction committed to defending democracy.

Nevertheless, the project and its implementation may go even further. Towards this sense of democratization, the Court may provide for means that simplify the exercise of the right to access. Providing technical staff to act in the capacity of legal representatives for these groups must be a goal. Especially because in many nations elections fail to observe democratic principles and conditions.

IV — Main conditions and conclusions concerning the creation of an international constitutional court

In view of the contemporary international scenario, where democracy has consolidated as the ideal form of government, a body whose purpose is to guarantee democracy is extremely suitable within this context.

Democracies, even those in the developed States, may be threatened. More than that, even if they are not put at risk, most of them can still be improved, especially when we think about economic democracy. Thus, the International Constitutional Court may be an extremely relevant actor in such way.

Nonetheless, aware of the contemporary context, a new body intended to defend democracy must have concerns that overtake traditional classification. The Court must be innovative and expand its competence beyond elementary democratic principles and conditions, to the effect of safeguarding others, which improve and strengthen our current democracies, as pointed by new requirements within this scenario. In the same

course of reasoning, the Court must be created also according to the changes intended for the democratization of the access to justice²⁶.

Should the new Court reproduce what already exists, the Court is not to be discarded, as in many States democracy is still undergoing its initial stages, which justifies safeguarding traditional democratic principles and conditions. However, should it fail to innovate, it will certainly narrow its scope, thus losing the opportunity to be even more significant within a context where improving democracies is always a goal.

QUELLE DIFFÉRENCE ENTRE UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE ET UNE COUR MONDIALE DES DROITS DE L'HOMME ?

Yadh BEN ACHOUR

La question qui fait l'objet de notre titre doit nous permettre de répondre à deux objections majeures relatives à la création d'une Cour constitutionnelle internationale. La première prétend qu'une telle cour serait inutile, pour la raison que les différentes juridictions et instances quasi judiciaires internationales universelles ou régionales actuelles, notamment en matière de protection des droits de l'homme, atteignent et réalisent le même objectif. Dans le même sillage, nous devons faire face à une deuxième objection. Elle consiste à affirmer que l'universalisation des droits de l'homme a débouché en réalité sur une sorte de constitution universelle à laquelle sont soumis la majeure partie des États du monde. Autrement dit, le droit international des droits de l'homme serait amplement suffisant pour couvrir l'objectif espéré d'une Cour constitutionnelle internationale.

Cette argumentation comprend certes une partie de vérité. On ne peut en effet récuser la thèse de l'internationalisation du droit constitutionnel par l'intermédiaire du droit international des droits de l'homme. Il existe en effet un corpus de règles juridiques internationales, coutumières ou conventionnelles, qui s'imposent, sinon à tous les États, du moins à la majorité d'entre eux. Ainsi, nous pouvons affirmer que les droits de l'homme auraient constitutionnalisé le monde²⁷.

On ne peut non plus récuser totalement l'idée d'une constitutionnalisation du droit international²⁸. Dans le sillage d'Alfred Verdross qui reconnaissait expressément dans son cours général à l'Académie de droit international, publié en 1929²⁹, l'existence d'une constitution internationale, des auteurs comme Bruno Simma³⁰,

27 Henette-Vauchez (Stéphanie) et Sorel (Jean-Marc) (dir), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Collection droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Colloques, Bruylant, 2011.

28 Klabbers (Jan), Peters (Anne), Ulfstein (Geir), *The constitutionalization of international law*, O.U.P., Oxford, 2009.

29 Verdross (Alfred), « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, 1929, t. 30, p. 247-323.

30 Simma (Bruno), « From bilateralism to community interest in international law », *RCADI*, 1994, t. 250, p. 258.

Bardo Fassbender³¹, Christian Tomuschat³² Rudolf Bernhardt³³ ou Pierre Marie Dupuy³⁴ ont par exemple défendu l'idée d'une dimension constitutionnelle de la Charte des Nations Unies. Pour P.M. Dupuy, cette constitutionnalisation se situe aussi bien sur le plan matériel que sur le plan organique ou formel, par l'effet de la Charte. L'article 103 de la Charte joue largement en faveur de cette interprétation³⁵, comme le révèlent les paragraphes 39 et 42 des deux ordonnances de la CIJ du 14 avril 1992 sur les mesures conservatoires demandées par la Libye contre les États Unis et le Royaume-Uni, dans l'affaire Lockerbie ; de telle sorte qu'il serait permis, malgré quelques problèmes en suspens, de considérer la Charte comme « le droit constitutionnel des nations » (« constitutional Law of Nations »)³⁶, et le Conseil de sécurité non seulement comme l'organe exécutif de la communauté internationale, mais aussi, comme l'organe d'unification entre les deux dimensions substantielle et organique de la Charte.

Poursuivant et affinant l'analyse de Georges Scelle³⁷, d'après laquelle par le fait même de l'existence d'une société internationale et d'un droit international, il existe une constitution internationale et un « droit constitutionnel international », avec les fonctions législative, judiciaire et exécutive, Olivier de Frouville trouve dans les principes qui structurent le droit international public : « ... non seulement des principes constitutionnels, mais une constitution effective... »³⁸. Cette constitution réelle applicable à la communauté internationale est à la fois heuristique et dynamique, normative et organique, démocratique, malgré quelques relents autoritaires. Elle se situe à mi-chemin entre une société inorganique et un État fédéral³⁹.

Par ailleurs, il faut admettre la proximité et le chevauchement des deux matières. Une inconstitutionnalité, en droit interne, dérive souvent d'une violation des droits de l'homme et vice versa. Il en découle que le contrôle de constitutionnalité s'effectue souvent par l'intermédiaire du droit international des droits de l'homme. Une loi contraire à une convention des droits de l'homme ratifiée par l'État constitue un cas d'inconstitutionnalité.

31 Fassbender (Bardo), « The United Nations Charter as the constitution of the international community », *Columbia Journal of Transnational law*, vol. 36, 1988, p. 529-616.

32 Tomuschat (Christian) (dir.), *The United Nations at age fifty, a legal perspective*, Legal Aspects of International Organization, vol. 23, Kluwer Law International, The Hague, 1995. Tomushcat (Christian), « Obligations arising for states without or against their will », *RCADI*, 1993, t. 241, p. 195-374.

33 Cité par Dupuy (Pierre-Marie), « The constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, note 31.

34 Dupuy (Pierre-Marie), *op. cit.*, p. 1.

35 *Ibid.*, p. 12.

36 *Ibid.*, p. 11.

37 Grâce à l'apport de Kant, Kelsen et Habermas sur le droit démocratique.

38 De Frouville (Olivier), « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?, op. cit.*, p. 202.

39 De Frouville (Olivier), « On the theory of international constitution », in *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Allard (Denis) et al., (dir.), Martinus Nijhoff, 2014, p. 77-103.

Tout cela aboutit à une conclusion apparemment inévitable : si l'idée d'une cour universelle des droits de l'homme pouvait se justifier, celle d'une Cour constitutionnelle internationale n'aurait ni support théorique ni chance d'aboutir. Le prétoire international est déjà suffisamment encombré.

Tout cela est vérité, mais seulement une partie de la vérité. C'est ce que nous allons essayer de démontrer en procédant à l'examen à la fois de la spécificité et la valeur du droit constitutionnel international et celle de la Cour constitutionnelle internationale. Nous espérons ainsi montrer que le projet de Cour constitutionnelle internationale, certainement en avance sur son temps, n'est cependant ni idéaliste, ni, encore moins, naïf⁴⁰.

I — La spécificité et l'autonomie du droit constitutionnel international

Nous voudrions montrer dans cette partie à la fois que le droit constitutionnel international existe et qu'il est indépendant du droit international des droits de l'Homme.

A — Spécificité du droit constitutionnel international

Le droit constitutionnel international fait partie du processus que nous qualifions d'« internationalisation du droit constitutionnel ». Ce processus englobe l'unification des standards, principes et règles des droits constitutionnels internes, ainsi que la diffusion internationale et l'harmonisation des jurisprudences et de la doctrine des constitutionnalistes, appartenant aux différentes nationalités du monde. L'internationalisation du droit constitutionnel constitue donc, au sens propre, une interconstitutionnalité, un langage commun, une migration des idées constitutionnelles, dérivant de l'harmonisation et de l'unification, *entre les nations*, de leurs droits constitutionnels nationaux⁴¹. Par son origine, le droit constitutionnel international peut être considéré comme le droit commun des peuples, en matière de droit constitutionnel. C'est approximativement le résultat qu'on obtiendrait en enregistrant dans la mémoire d'un ordinateur les constitutions de tous les États du monde, leurs interprétations jurisprudentielles et doctrinales, tout en le programmant pour qu'il nous sélectionne les principes et les règles qui sont communs à la majorité d'entre eux, comme le démontre l'analyse de la jurisprudence des cours constitutionnelles, notamment au sein de l'espace européen. Il découle de cette approche que dans le domaine du droit constitutionnel international, le droit constitutionnel comparé joue un rôle éminent⁴².

La constitutionnalisation du droit international relève d'un processus différent. Il s'agit du phénomène que nous avons décrit précédemment à travers la doctrine de

⁴⁰ Vidal-Naquet (Ariane), « L'idée d'une Cour constitutionnelle internationale », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 4, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 116.

⁴¹ Choudhry (Sujit), « Migration as a new metaphor in comparative constitutional law », in Sujit Choudhry (dir.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2006, p. 1 et ss.

⁴² Wendel (Mattias), « Comparative reasoning and the making of a common constitutional law: EU related decisions of national constitutional courts in a transnational perspective », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 4, 2013, Oxford University Press, p. 981.

certains internationalistes, comme Alfred Verdross ou Georges Scelle. Cette doctrine affirme que le droit international applicable aux États est régulé par une constitution internationale à la fois conventionnelle et coutumière. Il ne s'agit donc plus d'une coordination et d'une unification *à partir du niveau infra étatique* des droits constitutionnels internes, mais d'une unification *à partir du niveau supra étatique* du droit international lui-même. Dans un cas, c'est le droit constitutionnel interne qui s'internationalise, dans un autre cas, c'est le droit international qui se constitutionnalise. Les deux processus ne doivent pas être confondus, malgré l'existence entre eux d'un domaine commun de convergence. Ce domaine est constitué précisément par la matière des droits de l'homme qui fait à la fois partie des droits constitutionnels particuliers aux États, à travers leurs constitutions, et du droit international (droit international des droits de l'Homme). Autrement dit, la matière des droits de l'homme fait partie à la fois du droit constitutionnel international (et par conséquent de l'internationalisation de droit constitutionnel) et de la constitutionnalisation du droit international.

Cette matière commune de convergence est la source des principales difficultés que certains éprouvent à distinguer la nature et les fonctions d'une Cour constitutionnelle internationale et d'une Cour mondiale ou universelle des droits de l'Homme. Malgré cette matière commune de convergence, il convient en tout premier lieu de distinguer les deux matières relatives au droit constitutionnel international et au droit international des droits de l'homme.

B — Autonomie du droit constitutionnel international

Le droit constitutionnel international, ainsi que nous l'avons défini précédemment, n'a pas de rapport direct et nécessaire avec le droit international des droits de l'Homme, même dans le cas où il se trouve consacré par des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Certains principes et certaines règles de ce droit constitutionnel sont aujourd'hui adoptés par la quasi-unanimité des États du monde. Ils font donc partie de ce droit commun des peuples que nous avons évoqués précédemment. Il en est ainsi des modes d'élaboration et d'adoption de la loi par une assemblée représentative, du principe de séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir judiciaire, de la prohibition des changements anticonstitutionnels de gouvernement, de la crédibilité des modes électoraux de représentation, de la non-rétroactivité des lois, de l'entrée en vigueur des textes juridiques après leur publication officielle, du secret du vote, de l'universalité et de la périodicité des élections, du principe du double degré de juridiction, de l'épuisement préalable des voies de recours internes avant l'exercice de tout recours devant une instance internationale⁴³. Ce *corpus* ne se ramène pas à un simple phénomène d'harmonisation des cultures juridiques à travers le monde. Il ne s'agit donc pas d'un simple phénomène culturel. Il va plus loin, pour atteindre la reconnaissance juridique, dans la mesure où il est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et par d'autres grandes résolutions des Nations Unies, par certaines conventions internationales universelles ou régionales de première importance

⁴³ O'Donoghue (Aoife), « International constitutionalism and the State », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 4, 2013, Oxford University Press, p. 1021 et ss.

comme le Pacte sur les droits civils et politiques, et par la jurisprudence des tribunaux internationaux ou du Comité des droits de l'homme. Indépendamment de toute question directement relative aux droits de l'homme, certains grands principes du droit constitutionnel relatifs aux fondements de l'autorité politique et du droit électoral sont consacrés par l'article 21 de la Déclaration universelle. Il en est ainsi du libre choix des représentants, inscrit au paragraphe 1^{er} de l'article 21, mais surtout du principe cardinal qui régit les élections et qui est posé par le paragraphe 3 du même article :

La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

Nous pouvons en dire autant de l'article 25 b) du Pacte sur les droits civils et politiques qui affirme le droit :

- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs.

Si voter et être élu constituent indéniablement des droits de la personne et peuvent donc être intégrés dans le *corpus* des droits de l'homme, le principe des élections périodiques, du suffrage universel et du scrutin secret, sont détachables de ce corpus et doivent être intégrés dans les principes d'organisation et de fonctionnement constitutionnels. La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, du 30 janvier 2007, peut être considérée comme un véritable traité de droit constitutionnel international, au sens général et au sens technique du terme. Ce droit constitutionnel international apparaît clairement aussi bien dans le préambule de cette convention que dans l'ensemble de ces dispositions et en particulier dans l'article 3⁴⁴ du chapitre 3 relatif aux principes, en dépit du fait que certaines de ces dispositions concernent les droits de l'homme. Dans le même ordre d'idées, il faut évoquer les nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ou du système des Nations Unies ou d'autres organisations internationales régionales européennes, interaméricaines ou africaines, ou encore du Conseil des droits de l'homme relatives à la démocratie, au renforcement de l'État de droit ou « *aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies* » ou encore « ... au

⁴⁴ « Les États parties s'engagent à mettre en oeuvre la présente Charte conformément aux principes énoncés ci-après : 1. Le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques. 2. L'accès au pouvoir et son exercice, conformément à la Constitution de l'État partie et au principe de l'État de droit. 3. La promotion d'un système de gouvernement représentatif. 4. La tenue régulière d'élections transparentes, libres et justes. 5. La séparation des pouvoirs. 6. La promotion de l'équilibre entre les hommes et les femmes dans les institutions publiques et privées. 7. La participation effective des citoyens aux processus démocratiques et de développement et à la gestion des affaires publiques. 8. La transparence et la justice dans la gestion des affaires publiques. 9. La condamnation et la répression des actes de corruption, des infractions et de l'impunité qui y sont liées. 10. Le rejet et la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement. 11. Le renforcement du pluralisme politique, notamment par la reconnaissance du rôle, des droits et des obligations des partis politiques légalement constitués, y compris les partis politiques d'opposition qui doivent bénéficier d'un statut sous la loi nationale. »

renforcement de l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes et de l'action en faveur de la démocratisation. »⁴⁵

C — *La flexibilité du droit constitutionnel international*

Si nous comparons le droit international des droits de l'homme et le droit constitutionnel international, il apparaît clairement que l'impérativité du premier est bien plus forte que celle du second. En tout premier lieu, il convient de rappeler le principe reconnu expressément par le préambule du Pacte sur les droits civils et politiques d'après lequel « la Charte des Nations Unies impose aux États l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme. » L'équivalent de ce principe n'existe pas en matière de droit constitutionnel international. Nous savons par ailleurs que le droit international des droits de l'homme est dominé par l'idée que ces règles principales ne peuvent recevoir de dérogations, en particulier dans les situations d'urgence. Ce principe est nettement consacré par l'article 4 du pacte sur les droits civils et politiques qui n'admet aucune dérogation aux libertés et droits consacrés par les articles 6, concernant le droit à la vie, 7, sur la prohibition de la torture et des traitements cruels inhumains ou dégradants, 8 (paragraphe 1 et 2), sur la prohibition de l'esclavage, de la traite des êtres humains et de la servitude, 11, sur l'interdiction de l'emprisonnement à raison de dettes contractuelles, 15, relatif à la légalité des délits et des peines et à la rétroactivité de loi pénale plus douce, 16, relatif à la reconnaissance universelle de la personnalité juridique, et 18, relatif à la liberté de pensée de conscience et de religion⁴⁶.

Le droit constitutionnel international se caractérise, en revanche, par une forte flexibilité. Dans l'arrêt *Zdanoka contre Lettonie* rendue par la Cour européenne des droits de l'homme, le 16 mars aux 2010, à propos de l'article 3 du protocole numéro 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, la cour a distingué, au sujet des élections, tout d'abord l'obligation constitutionnelle des États d'organiser des élections, que nous pouvons considérer comme des obligations de droit constitutionnel international et ensuite les droits subjectifs relatifs aux élections, tels que le droit de vote le

45 Ben Achour (Rafaa), « L'internationalisation de l'État de droit », in *L'État et ses citoyens : nouvelles responsabilités et redistribution des rôles*, Actes de la neuvième rencontre internationale de Carthage, 1-5 mars 2005, Ministère de la culture et de la sauvegarde du patrimoine, Académie tunisienne des sciences, des lettres et des arts, Beêt el hikma, mars 2010, p. 15. Du même auteur, « Le droit international de la démocratie », in *Cours euro méditerranéen Bancala de droit international*, vol. IV, 2000, p. 237.

46 Article 4 : « 1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (para. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18. 3. Les États parties au présent Pacte qui usent du droit de dérogation doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres États parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations. »

droit à l'éligibilité, que nous pouvons considérer comme faisant partie du droit international des droits de l'homme. Ce qu'il est important de noter, c'est que la cour a bien précisé que les obligations constitutionnelles dépendent en réalité des circonstances et du contexte particulier à chaque État. Dans ce domaine, par voie de conséquence, l'autonomie de l'État est plus large et le contexte particulier de chaque État est plus déterminant. Après avoir rappelé les éléments fondamentaux de « l'ordre public européen » en tant qu'ordre constitutionnel démocratique et avoir également souligné la légitimité du droit à l'autodéfense démocratique (une « démocratie apte à se défendre ») la cour reconnaît qu'il « existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe, notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie. »

Dans ce domaine, par conséquent, les États disposent d'une grande latitude d'action, comme l'a rappelé la cour dans les paragraphes 106 et 134 de son arrêt. Au paragraphe 106, la cour « réaffirme toujours alors l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États contractants. De plus, elle souligne la nécessité d'apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre. » Au paragraphe 134 : « la cour admet donc en l'espèce que les autorités lettones, tant législative que judiciaire, sont les mieux placées pour apprécier les difficultés qu'implique l'établissement et la sauvegarde de l'ordre démocratique. Il convient en conséquence de leur laisser suffisamment de latitude pour apprécier les besoins de la société, s'agissant de construire la confiance dans les nouvelles institutions démocratiques [...] sous réserve que la cour ne trouve rien d'arbitraire ou de disproportionné dans cette appréciation. » La cour précise que le degré d'individualisation des mesures législatives dépend des circonstances de chaque affaire particulière, c'est-à-dire « de la nature, du type, de la durée et des conséquences de la restriction légale litigieuse. »

Dans ce domaine par conséquent, le principe cardinal est celui de la relativité. La cour l'applique au cas d'espèce en affirmant au paragraphe 133 : « Si pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable en Lettonie, compte tenu du contexte historique aux politiques ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain. » L'arrêt *Zdanoka contre Lettonie* illustre parfaitement l'idée d'un contrôle plus souple et plus tolérant du droit constitutionnel international sur le droit constitutionnel interne. En matière de droits de l'homme, le contrôle est plus strict et la marge d'appréciation des États plus limitée.

II — La primauté du droit constitutionnel international sur le droit constitutionnel interne

En de nombreuses occasions, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a eu à examiner des questions spécifiquement constitutionnelles pour évaluer la conformité des législations ou même des constitutions nationales à ce droit constitutionnel international. Comme l'affirme le doyen Amor :

Les observations finales du Comité n'épargnent pas les dispositions constitutionnelles lorsqu'elles sont incompatibles avec les dispositions du pacte. Il arrive au Comité de relever le caractère contradictoire des dispositions constitutionnelles, de souligner que les dispositions constitutionnelles ne sont pas respectées, d'appeler à la révision de la constitution de manière à tenir compte pleinement des obligations qui incombent à l'État en vertu du pacte, « de remanier complètement la constitution pour garantir les droits énumérés dans le pacte » ou aussi « d'inviter les États à envisager d'incorporer les droits énoncés dans le pacte dans la nouvelle constitution ».⁴⁷

Cette attitude du comité s'est révélée à partir du 4 avril 2001 dans ses observations finales sur le rapport de la Croatie. Elle est devenue par la suite une attitude constante comme le montrent les observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte, le troisième rapport périodique du Togo, ou les quatrième et cinquième rapports du Sri Lanka⁴⁸.

Ces remarques du doyen Amor demeurent d'actualité, plus de 10 ans après leur rédaction. Un aspect remarquable de l'évolution doit cependant être noté. Il concerne les rapports entre une décision rendue par une cour constitutionnelle nationale et les instances internationales habilitées à examiner la conformité des actes de l'État au droit international. Le comité des droits de l'homme a estimé qu'une loi validée par une cour constitutionnelle nationale pouvait être considérée comme une violation des dispositions du pacte, ce qui est une manière indirecte de censurer la décision de la cour constitutionnelle elle-même. C'est ainsi que dans le paragraphe 25 des conclusions finales du 24 juillet 2013 concernant l'Indonésie, le comité observe que la loi n° 1 de 1965 relative à la diffamation des religions, qui interdit les interprétations des doctrines religieuses considérées comme s'écartant des enseignements des religions protégées et reconnues, apporte des restrictions injustifiées à la liberté de religion et d'expression des minorités religieuses comme la communauté Ahmadiyya et conclut de la manière suivante :

En dépit de la décision de la Cour constitutionnelle confirmant la constitutionnalité de la loi n° 1 de 1965 relative à la diffamation des religions, le Comité considère que ladite loi est incompatible avec les dispositions du Pacte et qu'elle devrait être abrogée sans délai.

C'est attitude du comité est susceptible évidemment de s'étendre au domaine conten-

⁴⁷ Amor (Abdelfattah), « Le droit constitutionnel saisi par le droit international. L'approche du Comité des droits de l'homme des Nations Unies » in *L'État et ses citoyens...*, op. cit., p. 52.

⁴⁸ Sur l'ensemble de ces cas, voir Amor (Abdelfattah), op. cit., p. 53 et ss.

tieux. Ainsi, dans ses constatations dans l'affaire *Paksas contre Lituanie*⁴⁹, et alors même que la cour constitutionnelle avait jugé conforme à l'esprit de la constitution de prononcer contre l'auteur l'interdiction à vie de se présenter à des élections présidentielles ou législatives ou d'être premier ministre, ministre, juge ou contrôleur d'État, le Comité a affirmé :

que les restrictions à vie empêchant l'auteur de se présenter à des élections présidentielles et d'être premier ministre ou ministre ont été prononcées à son encontre à l'issue d'une procédure législative très proche dans le temps et en substance de la procédure de destitution dont il a fait l'objet. Dans les circonstances particulières de l'espèce, le Comité considère que les restrictions à vie prononcées contre l'auteur ne satisfaisaient pas aux critères de prévisibilité et d'objectivité requis, constituant par là une restriction déraisonnable au sens des alinéas *b* et *c* de l'article 25 du Pacte, et qu'il y a donc violation des droits que l'auteur tient de ces dispositions.

Bien que la question soit intimement liée aux droits politiques que le requérant tire de l'article 25 du pacte, il s'agit également d'une question constitutionnelle qui est relative non seulement aux mécanismes constitutionnels et législatifs de destitution des autorités exécutives, mais, au surplus, à un examen de conformité de la décision d'une cour constitutionnelle nationale au droit international, tel que l'interprète le comité.

Au vu de ces constats, il devient légitime, dans le sillage du professeur Abdelfattah Amor, de constater que le droit constitutionnel est véritablement saisi par le droit international⁵⁰. En conséquence, et en application du principe général du droit international selon lequel un « État ne peut prétendre poser sa constitution au-dessus de ses obligations internationales », principe reconnu par la Cour permanente de justice internationale dans son avis du 4 février 1932 relatif au *Traitemen*t des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonoise sur le territoire de Dantzig et repris par l'arrêt de la Cour internationale de justice dans son arrêt du 11 septembre 1990 relatif à l'affaire du *Différend frontalier terrestre insulaire et maritime opposant le Salvador au Honduras*, un État ne peut, non plus, opposer sa constitution au droit constitutionnel international et, encore une fois, indépendamment de toute question relative aux droits de l'homme.

III — La spécificité de la Cour constitutionnelle internationale

L'ensemble des observations que nous venons de présenter devrons avoir des répercussions sur la nature et les fonctions de la Cour constitutionnelle internationale. Au stade actuel de nos réflexions sur le projet, on ne peut faire plus que présenter quelques lignes directrices au sujet des fonctions de la Cour constitutionnelle internationale.

49 Communication n° 2155/2012, Constatations adoptées par le Comité à sa 110^e session, 10-28 mars 2014.

50 Amor (Abdelfattah), *op. cit.*, p. 43.

A — Le contrôle contentieux de la constitutionnalité internationale

Une juridiction internationale ou une quelconque autre instance de contrôle des États est évidemment amenée à vérifier l'internationalité des actes de l'État, constitutions, lois ou règlements. Une Cour constitutionnelle internationale serait essentiellement chargée de vérifier la conformité des actes de l'État au droit constitutionnel international.

Sur ce plan, et comme nous l'avons indiqué précédemment, les droits de l'homme constituant une matière commune du droit constitutionnel international et du droit international des droits de l'homme, cette matière entrerait dans les compétences communes d'une juridiction constitutionnelle internationale et d'une juridiction des droits de l'homme. La différence entre les deux serait que l'une serait plus spécialement attachée à l'application du droit constitutionnel international, alors que l'autre est plus concerné par les affaires relatives aux droits de l'homme.

À cause de la plus grande impérativité de la matière des droits de l'homme et de la nature plus relative, plus souple et circonstancielle du droit constitutionnel international, les méthodologies des deux juridictions, dans le domaine contentieux, seront différentes. Nous renvoyons, à ce propos, aux développements précédents consacrés à la flexibilité du droit constitutionnel international et au *Livre bleu tunisien*⁵¹.

B — Le rôle consultatif de la Cour constitutionnelle internationale

À cause de la nature spécifique du droit constitutionnel international, son implication plus forte sur la souveraineté et l'autonomie constitutionnelle des États, il convient de donner une importance particulière au rôle consultatif que doit jouer cette cour. Au stade actuel d'évolution du droit international, le droit constitutionnel international se caractérise par sa subsidiarité par rapport au droit constitutionnel interne. Si nous prenons en compte à la fois les principes de souveraineté et de l'autonomie constitutionnelle de l'État qui restent des principes cardinaux du droit international lui-même et le principe de subsidiarité, la prudence nous conduit à admettre, pour la Cour constitutionnelle internationale, un rôle consultatif et incitatif prioritaire qui n'exclut cependant pas le rôle contentieux. Dans ce domaine, il faut trouver un équilibre qui tienne compte de la réalité des situations et de l'État d'évolution du droit international. Ce rôle consultatif s'appliquerait évidemment à des matières aussi diversifiées que la rédaction des constitutions nouvelles, les révisions constitutionnelles, la conformité du droit constitutionnel interne au droit constitutionnel international, la consultation sur la résolution des crises institutionnelles, notamment les crises électorales, l'élaboration des grands textes législatifs organisant la vie constitutionnelle de l'État, comme les textes régissant la vie des partis politiques, la vie associative, les médias, la presse, et les grandes libertés de pensée de conscience et de religion, d'expression, de manifestation et de réunion. Ce rôle consultatif pourrait avoir une influence considérable sur l'harmonisation et l'unification du droit constitutionnel international et préparer ainsi la voie à une étape ultérieure de plus grande intégration du droit constitutionnel de l'État et du droit international.

51

Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale, Tunis, 2013 ; *infra*, p. 281 et ss.

Le droit international des droits de l'homme, indépendamment du fait qu'il est bien plus développé sur le plan de l'élaboration institutionnelle et conventionnelle, connaît des règles de fond plus nombreuses, plus denses et plus précises, fondées sur des précédents jurisprudentiels remontant assez loin dans le temps et sur une doctrine considérablement fournie. Une cour des droits de l'homme dispose d'un *corpus juris établi et foisonnant*.

Comparé au contrôle d'une cour des droits de l'homme, et à cause de la flexibilité plus accentuée du droit constitutionnel international et de son caractère relativement récent, évolutif et circonstanciel, le contrôle d'une Cour constitutionnelle internationale aura tendance à être un contrôle plus formel et procédural que substantiel. Sur ce dernier point, il disposera d'une vaste marge d'appréciation et aura tendance à intervenir *de lege ferenda*.

Ainsi, le droit constitutionnel international et le droit international des droits de l'homme n'ont ni la même nature ni la même histoire. Une Cour constitutionnelle internationale n'aurait ni les mêmes fonctions, ni les mêmes méthodes, ni le même droit applicable, malgré le patrimoine commun entre les deux matières, celui des droits de l'homme. Il est non seulement de l'intérêt du droit international et des relations internationales, mais également de l'intérêt des États eux-mêmes de disposer d'une cour constitutionnelle qui serait non seulement leur conseiller aux affaires constitutionnelles, mais également l'arbitre des affaires contentieuses.



QUELLE PLACE POUR UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE DANS LA JUSTICE INTERNATIONALE ?

Ahmed MAHIOU

Alors que l'existence du droit international est ancienne⁵², celle de la justice internationale est très récente. Ce décalage s'explique par le fait qu'une telle justice met en cause des États qui sont souverains, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences. Pendant très longtemps, une conception absolue de la souveraineté a prévalu et a entraîné deux conséquences majeures : d'une part, la justice est une prérogative de l'État qui est seul habilité à l'exercer à propos de tout événement survenant sur son territoire ; d'autre part, un État ne peut être soumis à une juridiction étrangère quelconque, à moins qu'il ne donne son accord.

Toutefois, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, en cas de situation contentieuse entre États et pour éviter de recourir à la guerre, on a eu tendance à faire appel à des moyens plus pacifiques de règlement des différends par des voies diplomatiques (enquête, médiation, bons offices, conciliation) ou juridictionnelles (arbitrage, cour de justice internationale). Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, un autre progrès se fait jour lorsque les États acceptent la compétence d'un juge international pour certains litiges les opposant à des particuliers. L'évolution s'accélère à la fin du XX^e siècle, avec la multiplication de tribunaux permanents ou temporaires notamment en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire et surtout la création de la Cour pénale internationale en 1998.

Cette multiplication — certains parlent même de prolifération — des juridictions pose d'ailleurs le problème de savoir s'il n'y a pas un risque de chevauchement ou de contradiction susceptible de mettre en cause l'unité du droit international ; ce problème a même préoccupé la Commission du droit international des Nations Unies puisqu'elle a élaboré un rapport à ce propos en 2006⁵³. On peut donc se demander si le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale ne vient pas compliquer encore davantage le paysage juridictionnel ; en tout cas, il convient de réfléchir à sa place dans ce paysage et, plus précisément, celui de son rôle par rapport aux juridictions existantes. Le risque d'empiètement se pose également — même si c'est d'une

52 On considère généralement que le droit international, dans son acception classique, est né à la charnière du Moyen Âge et de l'époque moderne, au moment où sont apparus les premiers États européens ; toutefois, des règles régissant certaines relations internationales entre des communautés politiques ou des empires distincts existent depuis l'Antiquité. Cf. Laghmani (Slim), *Histoire du droit des gens*, Paris, Pedone, 2004.

53 « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II (2), p. 183-193.

façon différente — avec d'autres organes non juridictionnels tels que les comités ou conseils universels ou régionaux qui se préoccupent de droits de l'homme, d'État de droit et de démocratie et qui ne seront pas examinés dans le cadre de cette communication. On passera donc brièvement en revue les relations de complémentarité ou de chevauchement susceptibles d'émerger entre la CCI, les juridictions permanentes (I) et les tribunaux temporaires (II).

I — Les tribunaux permanents

Il convient d'examiner successivement les tribunaux universels et les tribunaux régionaux.

A — Les tribunaux permanents universels

Pour le moment, il n'y a que deux cours universelles, la Cour internationale de Justice (CIJ) et la Cour pénale internationale (CPI) ; il convient donc de voir dans quelle mesure ces deux cours peuvent avoir des problèmes d'interférence avec l'éventuelle Cour constitutionnelle internationale (CCI).

1 — La Cour internationale de justice

L'actuelle Cour internationale de justice, dont le siège est à La Haye (Pays-Bas), a remplacé en 1945 l'ancienne Cour permanente de justice internationale (CPJI) pour devenir l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Si l'on compare la CIJ et la future CCI, on constate quatre différences fondamentales.

La première différence est le champ respectif de leur compétence. L'une, la CIJ, a une compétence très générale puisqu'elle peut se prononcer sur tout litige opposant des États et il n'y a pas de domaine particulier qui lui soit attribué par son statut. Cependant lorsqu'un État accepte la compétence de la Cour il a la possibilité d'en exclure certains litiges et, lorsque deux États y souscrivent par voie de compromis, ils délimitent l'étendue de sa compétence. L'autre, la CCI, a une compétence bien spécifique qui s'ordonne autour de l'État de droit et de la démocratie ; bien que ces deux champs soient identifiables, ils ne sont pas strictement définis et ils sont suffisamment larges pour couvrir un champ assez vaste.

La seconde différence est que l'intervention de la CIJ concerne les affaires internationales et elle ne peut pas normalement s'immiscer dans les affaires intérieures des États, notamment pour qualifier ou évaluer l'organisation et le fonctionnement de leurs systèmes politiques respectifs. Cela serait une atteinte à la souveraineté des États et serait en contradiction avec le droit international et surtout la Charte des Nations Unies, comme le rappelle la Cour dans l'affaire bien connue du Nicaragua⁵⁴. Au contraire, dans le cas de la CCI, sa fonction principale serait de se prononcer sur la conduite des États dans leurs affaires intérieures, pour savoir si cette conduite est conforme aux obligations des États en matière d'État de droit, de fonctionnement démocratique et de droits de l'homme.

54 Arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 14).

La troisième différence concerne le système de saisine : la CIJ ne peut être saisie, par la voie contentieuse, que par un État et, par la voie consultative, que par l'ONU (ou l'une de ses institutions spécialisées) ; autrement dit, les personnes physiques et morales n'ont aucun accès à la Cour qui est strictement interétatique⁵⁵. En revanche, la CCI devrait être ouverte, par la voie contentieuse et consultative, à toute personne physique ou morale dès lors qu'il s'agit de la mise en cause des principes et règles de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'homme.

Enfin, la quatrième différence réside dans le fait que la CIJ ne peut pas connaître d'un contentieux l'opposant un État à l'un de ses ressortissants, alors que la CCI aura surtout à connaître des litiges opposant chaque État à ses ressortissants (personnes physiques ou morales).

En raison de ces différences fondamentales, il n'y aurait apparemment pas de concurrence ou de chevauchement entre les deux cours. Cependant, s'il n'y a pas réellement de concurrence directe ou de chevauchement évident, il peut y en avoir indirectement, dans la mesure où la CIJ rencontre parfois les affaires intérieures des États et la conformité de leur conduite vis-à-vis des obligations découlant des conventions internationales. Il en va ainsi notamment en matière de droits de l'homme et de crime de génocide, *domaine où la CIJ pourrait peut-être amenée à constater que l'État mis en cause devant elle viole gravement ses obligations internationales en la matière, ce qui engage sa responsabilité* ; la Cour assumerait alors une mission qui pourrait avoir un lien avec celle de la Cour constitutionnelle internationale⁵⁶, dans la mesure où celle-ci est chargée d'accueillir les recours contre tous les actes de nature à porter atteinte aux droits de l'homme ainsi qu'à l'instauration de l'État de droit et de la démocratie. Il reste que les points de contact entre la CIJ et la CCI apparaissent plutôt peu nombreux et ils ne semblent pas poser de problème *réellement préoccupant*.

2 — La Cour pénale internationale

Si la comparaison entre la CIJ et la CCI montre l'ampleur des différences entre elles, la comparaison entre la CPI et la CCI révèle également cette même ampleur. On sait que la mission de la CPI est de juger des individus pour se prononcer sur leur responsabilité pénale et elle représente une avancée majeure dans le système de protection internationale des droits de l'homme. Toutefois, il faut relever que sa compétence est

55 Elle n'est pas ouverte aux individus et ceux-ci ne peuvent faire valoir leurs droits devant elle ; ils ne peuvent le faire que par l'intermédiaire de leur État d'origine, puisque chaque État peut exercer la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants ; cela lui permet d'endosser leur requête et de mettre en cause, devant la CIJ, tout autre État qui aurait porté atteinte à leurs droits. Par cette démarche, l'affaire de l'individu devient alors une affaire d'État qui permet d'invoquer le droit international et les recours ouverts à cet effet. C'est dans ce cadre que la CPJI et la CIJ ont été saisies d'affaires touchant aux droits de l'homme et ce contentieux connaît un regain de faveur par le biais de la Convention sur les relations consulaires, comme le montrent quelques affaires récentes mettant en cause le comportement des juridictions des États-Unis d'Amérique vis-à-vis des étrangers au cours des années 1990 et 2000 (notamment les affaires *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, et *Avena (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12).

56 Cf. Abraham (Ronny), « La Cour internationale de justice, juge constitutionnel ? », in Chemin (Régis) et Pellet (Alain) (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale*, Pedone, 2006, p. 105-108.

limitée aux crimes les plus graves et plus précisément le génocide, les crimes contre l’humanité, les crimes de guerre et l’agression. Par ailleurs, elle n’est toujours pas ouverte aux individus qui ne sont pas autorisés à introduire des requêtes ; ce sont les États qui sont habilités à la saisir ainsi que le Procureur, après autorisation par une chambre préliminaire et, dans certains cas, le Conseil de sécurité (au titre du chapitre VII relatif à la paix et la sécurité internationales). Le caractère très spécifique de la CPI fait qu’elle opère dans un domaine qui n’entre pas directement en concurrence avec le domaine d’action de la CCI.

Cependant, là aussi, une possible interférence n’est pas à exclure à propos de certains actes que la CCI considérerait comme une violation des droits de l’homme, des principes de l’État de droit et de la démocratie impliquant l’État tandis que la CPI les qualifierait de crimes contre l’humanité, de crimes de guerre ou de génocide, impliquant la responsabilité pénale de leurs auteurs. Il reste que l’interférence ne porte pas à conséquence puisque l’une se prononce sur le comportement de l’État dans un domaine relativement vaste alors que l’autre se prononce sur le comportement des individus dans un domaine pénal très spécifique⁵⁷. Les modalités de saisine sont également très différentes puisque l’éventuelle CCI serait surtout ouverte aux requêtes des personnes physiques et morales.

B — Les cours permanentes régionales des droits de l’homme

Au fur et à mesure que sont apparues les organisations régionales, elles se sont efforcées d’instituer des moyens de recours, d’abord sous la forme consultative⁵⁸, puis sous la forme juridictionnelle dans un certain nombre de domaines, en privilégiant celui des droits de l’homme. C’est ainsi qu’ont été instituées chronologiquement la Cour européenne des droits de l’homme (1959), la Cour interaméricaine des droits de l’homme (1979), la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples (1998)⁵⁹. Dans la mesure où les droits de l’homme sont vus sous leurs différents aspects, notamment politiques, il peut y avoir incontestablement des chevauchements entre les activités de ces cours régionales et celles de la CCI. Toutes les conventions régionales des droits de l’homme prévoient des recours en faveur des personnes qui se plaignent de la violation des droits qui sont en relation directe avec le respect de l’État de droit et de la démocratie : droit de participer à la vie politique de son pays, droit d’être électeur et candidat à toute élection, droit d’adhérer à une association politique et syndicale ou d’en créer, etc. Le problème se pose donc de savoir comment articuler les recours prévus par ces textes régionaux et ceux à prévoir dans le cadre de la CCI. Plusieurs solutions sont envisageables.

57 Par analogie, on se retrouverait alors dans la situation qui s’est produite concrètement entre la CIJ et le Tribunal pénal pour l’ex-Yougoslavie où, au même moment, chaque juridiction est saisie d’un aspect du contentieux, l’une pour se prononcer sur la responsabilité de l’État serbe dans le génocide intervenu en Bosnie-Herzégovine et l’autre pour se prononcer sur la responsabilité pénale des personnes impliquées dans ce génocide.

58 Les remarques faites ici pour les juridictions régionales valent, *mutatis mutandis*, pour les commissions consultatives instituées dans les régions concernées.

59 Notons qu’une Cour arabe des droits de l’homme est en voie de création ; un projet a été adopté par les ministres des affaires étrangères en septembre 2014 et il est en attente de concrétisation.

Une première solution consiste à faire jouer tous les recours, en laissant au requérant le libre choix d'une voie ou l'autre ou les deux, y compris si cela aboutit à des contradictions ou incohérences de jurisprudence. Une deuxième voie consiste à faire de la CCI une instance d'appel à l'égard des jugements rendus par les tribunaux régionaux ; mais, en l'état actuel de la société internationale, une telle solution apparaît assez utopique. Enfin, une troisième solution, plus pragmatique et plus acceptable, consiste à se baser sur le principe de complémentarité, en donnant la priorité au recours régional tout en laissant, en cas d'échec ou d'insatisfaction, la possibilité pour le requérant d'aller devant la CCI. Dans ce cas, il va de soi que le principe de l'épuisement des recours s'applique et une action devant la CCI ne serait recevable que si le requérant a épuisé les recours régionaux disponibles.

1) La Cour européenne des droits de l'homme : une innovation

La première cour des droits de l'homme est née dans le cadre du Conseil de l'Europe et elle a été instituée par la convention du 4 novembre 1950. La particularité et la nouveauté de cette initiative résident dans plusieurs éléments :

- l'établissement d'une véritable juridiction spécialement dévolue à la protection des droits de l'homme, alors que ce domaine était plutôt considéré comme relevant de la juridiction nationale et que toute immixtion constituait une ingérence dans les affaires intérieures des États ;
- l'acceptation de l'accès direct des individus à une juridiction internationale en permettant l'introduction directe des requêtes devant la Cour ;
- la possibilité d'attaquer son propre État devant la Cour, car c'est lui le principal responsable des atteintes aux droits de l'homme ;
- le fonctionnement efficace de la Cour qui siège à Strasbourg et statue chaque année sur un grand nombre de recours et l'influence profonde qu'elle exerce sur la législation, la réglementation et la jurisprudence des États membres dans le sens du respect des droits de l'homme.

Avec l'arrivée des nouveaux membres de l'Europe orientale, son champ géographique de compétence s'est étendu à l'ensemble du continent européen, débordant même sur l'Asie ; *son influence* s'exerce bien au-delà, puisque les autres cours régionales se sont directement inspirées de son expérience, mais sans avoir *encore* la même portée, ni atteindre la même efficacité.

2) La Cour interaméricaine des droits de l'homme : la confirmation

Si le continent américain a précédé l'Europe dans la reconnaissance des droits de l'homme grâce à la Charte constitutive de l'Organisation des États américains du 30 avril 1948, en revanche, il faut attendre la convention du 22 novembre 1969 pour instituer une Cour interaméricaine habilitée à recevoir les requêtes des personnes pour violation des droits de l'homme. Cette Cour n'est entrée en fonction qu'en 1978 et elle a eu un démarrage laborieux dans un continent où ont longtemps prédominé des régimes autoritaires ; elle est devenue plus active avec la démocratisation de ces régimes et, sans avoir l'autorité *atteindre encore la notoriété* de son homologue européenne, elle a commencé à prendre place parmi les institutions fiables et *respectables* de protection

des droits de l'homme. Le nombre d'affaires portées devant elle s'accroît sans cesse, sa jurisprudence s'étoffe et apparaît parfois audacieuse, comme le montre une affaire récente où elle a contesté la législation d'un État qui a accordé une amnistie pour des violations graves des droits de l'homme⁶⁰. Les États latino-américains vont donc se sentir de plus en plus concernés par ses décisions bien que la pratique démocratique soit encore assez aléatoire et précaire dans beaucoup d'entre eux.

3) La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : l'extension

Des grandes chartes régionales des droits de l'homme, la Charte africaine est la plus récente puisqu'elle date du 27 juin 1981 et pourtant elle n'institue pas alors de juridiction ; elle s'est contentée de prévoir une simple Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui est mise en place en 1987 ; sa mission rappelle celle des commissions créées dans le cadre des Nations Unies et son fonctionnement reste étroitement soumis à un organe politique, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine⁶¹. Devant les critiques suscitées par l'absence d'un organe juridictionnel, les États africains adoptent, le 9 juin 1998, un protocole créant une Cour devant laquelle les personnes peuvent désormais introduire des requêtes contre les États qui ont accepté cette procédure⁶². Ce protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004, après l'obtention de la quinzième ratification ; la Cour a été mise en place et il faut attendre son fonctionnement effectif pour évaluer comment elle va s'acquitter de sa mission, notamment par comparaison avec les deux cours précédentes (européenne et latino-américaine).

II — Les tribunaux pénaux spéciaux et temporaires

Avant la création de la récente CPI, il n'y avait que des tribunaux pénaux ad hoc, créés spécialement dans certaines circonstances, pour juger certains crimes. La plus ancienne juridiction de ce type date du traité de Versailles du 28 juin 1919 ; en effet, en mettant fin à la Première Guerre mondiale, le traité a également prévu de mettre en accusation l'empereur allemand, Guillaume II, devant un tribunal pour sa responsabilité dans le déclenchement de la guerre et les crimes qui ont en résultat ; cependant, cette juridiction n'a pas pu accomplir sa mission parce que les Pays-Bas, où s'était réfugié l'empereur, n'ont pas accepté son extradition. Il faut donc attendre, d'une part, la Seconde Guerre mondiale et, d'autre part et surtout, les drames de la décennie 1990 (Yougoslavie, Rwanda, Sierra Leone, Cambodge, etc.) pour relancer la création de juridictions pénales temporaires qui sont internationales ou de nature mixte. Il convient donc de rappeler brièvement le rôle de ces tribunaux spéciaux pour simplement mieux

60 *Affaire Barrios Altos (Chumbipuna Aguirre et autres) c. Pérou*, arrêt du 14 mars 2001, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, no 75. Dans cette affaire, la loi d'amnistie est intervenue pour éviter la poursuite et le châtiment de militaires qui avaient commis de graves violations des droits de l'homme (massacres dans la localité de Barrios Altos en novembre 1991).

61 L'Union africaine prend la succession de l'OUA en juillet 2002.

62 Pour le moment, quinze États seulement, sur les 54 membres de l'Union africaine (qui a succédé à l'Organisation de l'unité africaine), ont accepté le protocole : Afrique du sud, Algérie, Burkina-Faso, Burundi, Comores, Côte d'Ivoire, Gambie, Lesotho, Libye, Mali, Ile Maurice, Ouganda, Rwanda, Sénégal et Togo.

situer leur mission par rapport à celle de la CCI. On s'aperçoit qu'il y a une forme de complémentarité comme pour la CPI, dans la mesure où ces tribunaux jugent des personnes à propos de certains crimes qui leur sont imputables. En outre, ils sont temporaires et disparaissent dès que leur mission est terminée.

A — Les tribunaux temporaires internationaux

1) Les tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

L'éclatement de la Yougoslavie s'est effectué dans la douleur et la violence lorsque les différentes composantes ethniques de cet État *multinational* ont voulu accéder à l'indépendance et se sont heurtées à l'opposition de la composante serbe. Il en est résulté une guerre civile devenue internationale, avec des atrocités commises de part et d'autre, surtout du côté serbe dans le cadre d'une politique de « purification ethnique » allant jusqu'au génocide, qui a ému la communauté internationale. En l'absence d'une juridiction pénale permanente, c'est donc une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies du 25 mai 1993 qui adopte le statut d'un tribunal ayant pour mission de poursuivre et juger les auteurs des crimes les plus odieux. À peine avait-on institué ce tribunal que d'autres événements dramatiques se sont produits au Rwanda entraînant des centaines de milliers de morts, notamment parmi la minorité tutsie. Là, également, devant ce qui apparaît comme un génocide, l'émotion atteint un tel degré au sein de la communauté internationale que le Conseil de sécurité intervient pour instituer un second tribunal spécial avec la résolution du 8 novembre 1994.

La mission de ces deux tribunaux n'est pas de s'occuper de tous les auteurs de crimes, car ils sont trop nombreux, notamment au Rwanda où malheureusement une partie de la population a été associée aux massacres ; elle consiste à poursuivre et juger les principaux responsables des crimes contre l'humanité (dont le génocide) et des crimes de guerre. Ils ont été mis sur pied rapidement avec leurs sièges respectifs à La Haye, pour l'ex-Yougoslavie, et à Arusha (Tanzanie) pour le Rwanda ; ils ont commencé à fonctionner, non sans difficultés, dans l'année ayant suivi leur création et ils ont déjà rendu plusieurs dizaines de sentences condamnant des dizaines de personnes à des peines allant de quelques années d'emprisonnement à la prison à vie, car leurs statuts ne prévoient pas de peine de mort.

L'activité de ces tribunaux ne manque pas de susciter des débats sur l'efficacité de leur fonctionnement et la portée de leurs sentences. Certains leur reprochent la lenteur et le coût des procédures du fait de la double influence des règles anglo-saxonnes (procédure de type accusatoire) et du droit international des droits de l'homme (respect des droits de l'accusé) ; d'autres estiment que les peines prononcées ne sont pas toujours à la hauteur des responsabilités et des crimes commis ; d'autres signalent encore l'inégalité de traitement selon que l'on est jugé par eux ou par les tribunaux étatiques avec le risque que les principaux responsables bénéficient d'une meilleure justice et d'une justice plus clémence que les autres qui risquent la peine de mort ; enfin, l'efficacité de ces tribunaux dépend beaucoup de la coopération des États sollicités. S'il est vrai que ces questions se posent, il reste que de tels tribunaux internationaux ne peuvent, en l'état actuel de la société internationale, être qu'imparfaits ; sur le plan pratique, ils

ne peuvent pas connaître de tous les crimes perpétrés dans des conflits d'une grande ampleur ; leur fonction ne peut être que subsidiaire et surtout exemplaire en visant notamment les gouvernants, pour éviter l'impunité et montrer que ceux qui donnent des ordres au plus haut niveau ne peuvent plus échapper à la justice.

2) Les tribunaux internationalisés (mixtes ou hybrides)

Alors que les tribunaux pénaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie sont des juridictions internationales par leur mode de création (résolution du seul Conseil de sécurité) et leur composition (aucun ressortissant du Rwanda ou l'ex-Yougoslavie et des États issus de son éclatement), des tribunaux d'un type nouveau sont prévus, dans les cas de la Sierra Leone, du Cambodge, de l'Irak, du Liban et du Tchad.

a) Le Tribunal pour la Sierra Leone

En Sierra Leone un conflit interne pour le pouvoir entre factions ethniques a dégénéré en guerre civile puis en conflit international par l'implication du Liberia. Le conflit a pris une tournure telle que les atrocités se sont portées vers les populations civiles qui ont été les principales victimes des massacres pour lesquels de jeunes enfants ont même été enrôlés. La Communauté économique des États de l'Ouest africain (CEDEAO), l'Union africaine et les Nations Unies sont intervenues pour parvenir, dans des conditions complexes, à restaurer un minimum de paix et un pouvoir légitime issu d'élections. Pour ne pas laisser impunis les crimes perpétrés pendant la période de guerre, il fallait trouver une solution ; au lieu de reprendre l'expérience du Rwanda ou de l'ex-Yougoslavie, la proposition retenue a consisté à choisir une solution mixte, en ce sens que le tribunal combine l'aspect national et l'aspect international.

Par un accord entre le gouvernement et les Nations Unies, le 16 janvier 2002, il est institué un Tribunal spécial dont la composition inclut, à côté des juges de Sierra Leone, une majorité de juges internationaux avec pour mission de poursuivre les personnes portant la responsabilité la plus lourde en matière de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et aussi de certains crimes au regard du droit sierra-léonais depuis le 30 novembre 1996. Installé en 2002, ce tribunal a commencé à fonctionner en 2003 et il a délivré ses premiers actes d'accusation, visant à ce jour treize personnes, dont un ancien chef d'État du Liberia (Charles Taylor). Celui-ci, après s'être échappé pour se réfugier au Nigeria, a finalement été extradé pour être jugé lors du dernier procès du Tribunal qui a été délocalisé à La Haye⁶³.

b) Le Tribunal spécial pour le Cambodge

Entre avril 1975 et janvier 1979, le régime des Khmers rouges installé au Cambodge a perpétré des massacres dont l'ampleur (environ 1,5 million de personnes, soit vingt pour cent de la population) n'a été révélée que tardivement pour être qualifiée de génocide. Avec la nouvelle sensibilité internationale consécutive aux événements de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, on a estimé qu'il ne fallait pas laisser impuni un tel crime, mais en même temps on n'avait pas confiance dans la justice du Cambodge pour faire face à une telle tâche. Après de longues et difficiles négociations avec le nouveau pouvoir cambodgien, qui voulait garder le contrôle de toute la procédure en arguant de sa sou-

63 Il a été condamné à 50 ans de prison et envoyé dans une prison anglaise pour purger sa peine.

veraineté, un accord est finalement intervenu avec les Nations Unies, en juillet 2000, pour mettre sur pied un tribunal mixte, en s'inspirant de celui institué en Sierra Leone, mais avec des différences notables, notamment dans sa composition puisque les juges cambodgiens y sont majoritaires. La mission de ce tribunal est de poursuivre les principaux chefs khmers rouges pour les crimes commis pendant leur exercice du pouvoir.

Notons que la mise en place du tribunal a été longue et difficile en raison de dissensions politiques diverses, de difficultés de procédure et d'incertitudes sur le financement de l'institution. Du fait de la lenteur de son installation et des incertitudes de son fonctionnement, *certaines accusées sont décédées et quelques accusées seulement sont en prison dans l'attente de leur jugement*. De ce fait, le peuple cambodgien et l'opinion internationale expriment leur déception devant ce qui apparaît comme une forme d'impunité. Finalement, le Tribunal a commencé à fonctionner à partir de 2009 en instruisant le procès d'un commandant d'un camp d'extermination qui a été reconnu coupable et condamné.

c) Le tribunal spécial pour l'Irak

À l'issue de la troisième guerre du Golfe⁶⁴ déclenchée par les États-Unis et quelques alliés contre l'Irak — au faux motif que ce pays détiendrait des armes de destruction massive en violation de ses engagements internationaux et des résolutions du Conseil de sécurité — le régime irakien a été renversé. Saddam Hussein qui a gouverné par la terreur depuis 1968 est considéré comme responsable de plusieurs crimes : atrocités contre le peuple irakien, massacre de la population kurde, agression de l'Iran et du Koweït. Normalement, il appartient à la justice irakienne ou éventuellement à celle de l'Iran et du Koweït de le poursuivre et de le juger. On a évoqué aussi l'institution d'une juridiction internationale, à l'exemple de l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda ou une juridiction mixte à l'exemple des tribunaux pour la Sierra Leone et le Cambodge. Mais, en raison de l'hostilité des États-Unis à l'égard des tribunaux internationaux et des réticences à l'égard des tribunaux mixtes, c'est un tribunal spécial irakien qui a été institué par l'occupant américain et confirmé par les nouvelles autorités irakiennes⁶⁵.

À compter du 30 juin 2004, l'Irak a donc saisi ce tribunal pour juger l'ancien président ainsi que quelques autres responsables dont plusieurs ont été condamnés à mort et exécutés, notamment Saddam Hussein. Certes, il fallait juger ces personnes, mais en faisant en sorte que la justice s'exerce sereinement et équitablement. Or la création comme le fonctionnement de ce tribunal irakien ont soulevé beaucoup de critiques qui auraient pu être évitées si l'on avait recouru à une juridiction internationalisée et respecté les principes et règles du procès équitable.

⁶⁴ Rappelons que la première guerre a été celle opposant l'Irak et l'Iran de 1980 à 1988, la seconde celle autorisée par l'ONU pour libérer le Koweït en 1991 de l'occupation irakienne.

⁶⁵ Le TSI est un *tribunal d'exception* chargé de juger les crimes de *génocide, contre l'humanité et de guerre* des membres les plus importants du parti Baas irakien, et notamment de Saddam Hussein, commis entre le 17 juillet 1968 et le 1er mai 2003. Mis en place par l'Autorité provisoire de la coalition et approuvé par le Gouvernement intérimaire irakien, son organisation et son fonctionnement (statuts du 10 décembre 2003) mêlent du droit américain (procédure accusatoire) et du droit égyptien (inspiré du droit pénal français, inquisitoire), avec la possibilité, en cas de besoin, de recourir au code de procédure pénale irakien de 1971.

d) Le Tribunal spécial pour le Liban

Le Tribunal spécial pour le Liban (TSL) a été mis sur pied pour juger les auteurs présumés d'un attentat terroriste au Liban ayant entraîné la mort du Premier ministre Rafik Hariri. Créé par la résolution 1757 du 10 juin 2007 du Conseil de sécurité des Nations Unies, il est composé de onze juges, dont quatre Libanais et d'un Procureur. Le tribunal est installé à La Haye et il a commencé ses travaux depuis quelques années déjà. Il applique le Code pénal libanais et il pourra juger des accusés par défaut, ce qui est peu habituel en justice internationale. Sur les sept personnes suspectées et détenues, dans le cadre de l'enquête sur l'assassinat de Rafic Hariri, trois ont été libérées sous caution et quatre autres (généraux, considérées comme les piliers de l'ancien système sécuritaire libanais) restent actuellement en détention au Liban, en attendant que le procureur demande leur transfert dans la prison internationale de La Haye.

Le TSL n'a pas manqué de soulever des controverses, notamment sur la légalité et l'opportunité de sa création. S'agissant de la légalité de sa création, on peut douter sérieusement de la compétence du Conseil de sécurité pour intervenir dans cette affaire. En effet, seul un lien avec la paix et la sécurité internationales peut justifier l'ingérence des Nations Unies et une décision du Conseil de sécurité. Or, aussi grave que soit l'attentat contre le premier ministre d'un État, on ne voit pas clairement le rapport entre un tel crime commis au Liban avec les problèmes de paix et sécurité internationales. S'agissant de l'opportunité de sa création, il est permis de penser qu'un tribunal libanais, éventuellement internationalisé, aurait pu connaître d'un tel crime, en s'assurant du bon déroulement du procès et de la sécurité des personnes assumant cette mission.

e) Le Tribunal spécial pour Hissène Habré

Rappelons que l'ancien chef d'État du Tchad, Hissène Habré est accusé d'assassinats politiques et de l'usage systématique de la torture pendant la durée de son régime. Après son renversement par un coup d'État, il se réfugie au Sénégal pour échapper à la justice. Mais des poursuites ont été engagées contre lui devant la justice belge, en se fondant sur la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Belgique a demandé au Sénégal soit de le poursuivre, soit de l'extrader pour qu'il soit jugé devant les tribunaux belges et, devant le refus du Sénégal, elle a introduit une requête devant la Cour internationale de justice. Celle-ci a rendu, le 20 juillet 2012, un arrêt obligeant le Sénégal à poursuivre Habré ou à l'extrader en Belgique ; à la suite de cet arrêt et d'un accord entre l'Union africaine et le Sénégal, un tribunal spécial a été chargé de le poursuivre et éventuellement de le juger⁶⁶. Le tribunal est composé de quatre « chambres africaines extraordinaires » créées en décembre 2012 au sein des juridictions sénégalaises pour juger les crimes commis au Tchad entre le 7 décembre 1982 et le 1er décembre 1990⁶⁷. La Chambre d'instruction a décidé, le 13 février 2015, de le renvoyer devant la chambre

⁶⁶ Le 22 août 2012, le Sénégal et l'Union africaine ont signé un accord pour établir un tribunal spécial au sein du système judiciaire sénégalais comprenant, outre des juges sénégalais, des juges africains nommés par l'Union africaine qui présideront le procès ainsi que les recours en appel.

⁶⁷ Quatre chambres ont été créées au sein des juridictions sénégalaises : une chambre d'instruction, une chambre d'accusation, une chambre d'assises et une chambre d'appel.

d'assises qui va donc entamer son procès⁶⁸. C'est la première fois que les tribunaux d'un pays s'apprêtent à juger les atrocités commises dans un autre pays par un chef d'État et c'est l'Afrique qui donne l'exemple.

Conclusion

Ce bref tableau de la justice internationale face aux droits de l'homme montre une évolution intéressante, puisque l'on est passé de l'absence de tribunaux à leur multiplication, au point que certains se préoccupent de cette nouvelle situation pour des raisons différentes. Les États s'inquiètent et voient d'un mauvais œil cette évolution qui offre de plus en plus de voies de recours aux citoyens pour contester leurs décisions et fixer des limites à leur souveraineté. Les défenseurs des droits de l'homme sont préoccupés par d'éventuels conflits de compétence qui pourraient compliquer et retarder les recours, créer des divergences et contradictions dans les jurisprudences. En fait, les deux craintes sont excessives. D'une part, la plupart de ces tribunaux ne peuvent poursuivre et juger des personnes que si les États acceptent de ratifier leurs statuts, ce qui sauvegarde donc la souveraineté de chacun d'entre eux ; la seule situation où les tribunaux peuvent agir sans avoir l'accord de l'État concerné est celle où il s'agit des crimes les plus graves et où le Conseil de sécurité intervient au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies relatif à la paix et la sécurité internationales ; dans ce cas, le Conseil peut effectivement imposer la compétence d'un tribunal international ou internationalisé. D'autre part, les juridictions internationales ont des compétences spécialisées et elles ne jouent qu'un rôle subsidiaire ; elles interviennent parce que les juridictions nationales ne veulent pas ou ne peuvent pas assurer la sauvegarde des droits de l'homme. Il n'y a pas réellement de risque sérieux de conflits de compétence, de complications procédurales ou de contrariétés de jurisprudence notamment en cas de création d'une Cour constitutionnelle internationale. En revanche, l'une des faiblesses de la justice internationale est que son bon fonctionnement dépend beaucoup de l'attitude des États, de leur coopération, ainsi que de leur contribution au financement des tribunaux mis en place.

⁶⁸ La mise en accusation de l'ex-président tchadien, longtemps bloquée pendant les années de pouvoir du président Abdoulaye Wade (2000-2012), a été accélérée après l'élection, en mars 2012, de Macky Sall.



**LES OBJECTIONS AU PROJET
D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE
INTERNATIONALE**



LES OBJECTIONS TIRÉES DU DROIT INTERNE

Issam SLEIMAN

L'objectif du projet de création d'une cour constitutionnelle internationale est de mettre fin à la dictature par le renforcement des mécanismes favorisant l'État de droit, et en limitant la marge de l'arbitraire dans la gestion des affaires publiques. Il est vrai que le mouvement démocratique se développe à travers le monde, et que la légitimité démocratique est désormais un principe de droit positif bien établi et consacré par de nombreux instruments internationaux, suite à l'émergence de l'individu et de ses droits dans la sphère des relations internationales au lendemain des atrocités de la Seconde Guerre mondiale.

Les principes du droit international sont désormais pris en considération et respectés par les pouvoirs constituants. Les juridictions constitutionnelles appliquent ces principes en exerçant leurs fonctions, mais la Constitution garde toujours sa suprématie dans l'ordre interne. Les traités internationaux doivent être conformes à la Constitution de l'État. En cas de contradiction entre un traité international et la Constitution, la solution est soumise à la volonté des pouvoirs émanant de la Constitution même, car cette dernière doit garder toujours sa place au sommet de la hiérarchie des normes. L'universalité des principes fondamentaux ne signifie pas uniformité.

La création d'une cour constitutionnelle internationale avec une fonction d'évaluation et une fonction contentieuse conduit à plusieurs problèmes au niveau du droit interne. Ces problèmes sont les suivants :

La création d'une cour constitutionnelle internationale viole le principe de la suprématie de la Constitution et des pouvoirs émanant de la Constitution. Une juridiction constitutionnelle internationale ayant le pouvoir d'imposer ses décisions sur les pouvoirs au niveau national, dans le domaine de la gestion des affaires publiques, met fin à la suprématie de la Constitution.

La genèse des Cours et Conseils constitutionnels dans les différents États a rencontré beaucoup de difficultés à cause du principe de l'incarnation de la souveraineté nationale dans le Parlement, élu au suffrage universel. Les lois qu'il vote ne doivent être soumises à aucun contrôle, sinon le sien, celui qui émane de la volonté générale. Comment peut-on alors accepter le contrôle exercé par un organe international sur des parlements représentant les peuples des différents États souverains ?

Les États ne sont pas prêts à sacrifier leur souveraineté pour établir un « gouvernement des juges » à l'échelle mondiale au moment où ils refusent un tel gouvernement au niveau national.

Une fois que la Constitution perd sa place au sommet de la hiérarchie des normes, à cause de l'instauration d'une cour constitutionnelle internationale, les Cours et

Conseils constitutionnels au niveau national perdent leur raison d'être, et seront marginalisés par la Cour constitutionnelle internationale ; leurs décisions n'auront plus l'autorité de la chose jugée, et seront susceptibles de recours devant une instance internationale dont les décisions seront définitives et auront l'autorité de la chose jugée. Ainsi la cour constitutionnelle internationale, une fois établie, abolit le fondement des Cours et Conseils constitutionnels dans l'ordre interne.

L'instauration d'une cour constitutionnelle internationale peut avoir des répercussions sur la sécurité juridique au niveau des États, car ses décisions peuvent perturber les systèmes juridiques et économiques nationaux, leurs particularités et la diversité des systèmes juridiques.

L'instauration d'une cour constitutionnelle internationale évoque le problème des rapports entre la légitimité nationale et la légitimité internationale. La légitimité nationale émane du peuple, source du pouvoir, tandis que la légitimité internationale repose sur la volonté des États. La légitimité nationale dans la gestion des affaires publiques des États ne doit pas être remplacée par la légitimité internationale.

La transition démocratique, dans plusieurs pays dominés par la dictature ou par l'anarchie, rencontre beaucoup d'obstacles dus à leurs structures sociopolitiques, à leurs cultures, à leurs situations économiques et à leurs niveaux de vie.

La démocratie est un processus complexe et elle ne peut être établie uniquement par le droit ni imposée de l'extérieur par des organisations internationales. Ces dernières peuvent jouer un rôle essentiel dans la transition démocratique en prenant en considération les données et les particularités des peuples ; mais elles ne peuvent faire plus. Elles sont faites pour soutenir, pour aider, et non pour remplacer, s'immiscer. Tel est leur rôle, telles sont leurs limites !

La transition démocratique suppose une mutation profonde au niveau des structures sociopolitiques, économiques et constitutionnelles des États, une mutation qui ne peut être que le fruit des efforts déployés par le peuple de chacun des États dans le cadre de leurs institutions. L'important ici est d'améliorer les conditions d'intervention des Cours et Conseils constitutionnels plutôt que d'établir une cour constitutionnelle internationale ayant des conséquences négatives sur le droit interne.

PSYCHOLOGIE DES SOUVERAINISTES : UN OBSTACLE DE FOND AU DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL

Paulo FERREIRA DA CUNHA

I — Une introduction déconstructive

A — *Le lieu de l'ironie*

Dans le débat dialectique sur une Cour constitutionnelle internationale, nous vous demandons la permission de nous placer — si vous voulez, du point de vue rhétorique — dans une position pas complètement facile à comprendre : nous vous parlerons (ici et là, mais pas toujours, au cours de ce texte) non directement avec nos propres arguments, évidemment *pour* la Cour, mais nous voudrions montrer comment les arguments *contre* la Cour, fondés sur des perspectives souverainistes, se révèlent en fin de compte des arguments *pour* la Cour, surtout s'ils sont réduits à leur expression la plus simple ou la plus caricaturale. Le contre devient le pour. Car on ne peut souvent pas le croire ou le prendre au sérieux.

C'est, bien entendu, un texte mêlé d'un certain contenu ironique, dans une large mesure (quand il l'est, et nous insistons : ce n'est pas toujours le cas). Au lecteur averti de l'interpréter. Comme le disait Fernando Pessoa, « l'essence de l'ironie consiste à ne pouvoir découvrir le sens caché du texte par aucun mot de ce même texte, un second sens se déduisant du fait qu'il soit impossible que le texte dise ce qu'il dit »¹. Et bien, nous avons déjà perturbé cette efficacité ironique.

B — *Sociologie et marketing d'un projet*

Il n'y aura pas de Cour sans un grand travail de sensibilisation, sans le marketing de l'idée. Le marketing de ce projet innovateur s'adresse au grand public, mais il faut avant tout gagner pour la cause les savants, les professeurs, la classe politique, les diplomates, les fonctionnaires des organisations internationales, les médias... Le reste ira de soi... On n'envisage pas un grand mouvement de masse réclamant la création de la Cour par des manifestations rassemblant des foules... Il faut être conscient de nos limites disons « intrinsèques ».

1 Pessoa (Fernando), *O provincianismo português*, in *O rosto e as máscaras*, Mourão-Ferreira (David) (dir.), Ática, Lisboa, 1976, p. 113.

Cependant, il ne faut pas oublier l'homme de la rue. Même l'universitaire et le diplomate (cela nous rappelle Max Weber en quelque sorte²), si on les réduit à leur expression la plus simple, sont des gens comme les autres, partageant une pensée du sens commun³, sans doute épurée dans les domaines les plus scientifiques ou les plus techniques de leur spécialité, mais les préjugés ne sont souvent point le privilège de la masse sur des questions plus radicales ou moins rationnelles. Le défi sera alors de commencer à penser les obstacles non rationnels ou pseudo-rationnels qui relèvent de la psychologie du « quiétisme » en matière internationale, du pessimisme quant aux institutions juridiques, de l'isolationnisme à mythologie souverainiste, et d'autres du même style.

Permettez-nous de donner un exemple mythique classique de notre pays, qui est devenu un symbole toujours repris parmi nous. Au Portugal, nous avons un passage littéraire devenu mythique souvent utilisé pour caractériser ceux qui voient tous les dangers dans les aventures de la globalisation. C'est un épisode du grand poème épique national, *Les Lusiades*, de Luís Vaz de Camões, qui date du XVI^e siècle. Dans ce passage, avant le départ des caravelles portugaises pour les grandes découvertes, un vieillard (« le vieillard de Restelo », nom de l'endroit de la plage où il aurait fait sa harangue réactionnaire) avait prévu tous les désastres et les malheurs de cette entreprise. Le cinéaste contemporain Manoel de Oliveira a même réalisé un film évoquant le personnage et son mythe (*Le vieillard de Belém*), où il fait dialoguer les écrivains portugais Camões, Pascoaes et Camilo avec le personnage mythique de Cervantès, Don Qui chotte. En somme, le vieillard de Restelo représente la mentalité mesquine, domestique, conservatrice de ceux qui misent sur leur sécurité, sans aucune audace, bien que, dans l'entreprise concrète des grandes découvertes, António Sérgio ait mis l'accent sur le gaspillage de la « politique de transport » que les Portugais ont entreprise. Il aurait préféré une politique de « fixation »⁴.

Dans une des rares études les plus connues sur la caractériologie psychologique des différents types de conceptions juridiques, Lothar Philips les divise en conceptions nerveuses et conceptions flegmatiques⁵. Il nous semble qu'il y a certainement un peu de nervosisme chez certains contradicteurs du projet de la Cour constitutionnelle internationale. Le projet commence à irriter. C'est un excellent signe. Mais d'autres seront flegmatiques dans leur immobilité : *quietta non movere*, vieux proverbe de l'administration publique archaïque⁶. Ils croient (ou du moins, ils souhaitent ?) que rien ne bougera jamais.

2 Weber (Max), *Politik als Beruf 1917/1919, et Wissenschaft als Beruf 1919*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994.

3 Cf. Rorty (Richard), *Philosophie & die Zukunft*, Frankfurt, Fischer, 2000 ; et notre livre *Desvendar o direito*, Quid Juris, Lisboa, 2014.

4 Sérgio (António), *Breve interpretação da história de Portugal*, 4^e éd. port. (critique), Sá da Costa, Lisboa, 1975.

5 Philipps (Lothar), « Von nervösen und phlegmatischen rechtsbegriffen — Ein Beitrag zur rechtsachenforschung », in *Informationsgesellschaft und rechtskultur in Europa*, Marie T. Tinnefeld, L. Philips et Susanne Heil (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, p. 192-200.

6 Nous l'avons certainement appris pour la première fois de Queiró (Afonso Rodrigues), *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976 (polycopié).

En tout cas, nous croyons au projet et nous avons même demandé un congé de longue durée au Portugal pour nous consacrer à cette mission, notamment dans les pays d'Amérique du Sud et d'Amérique centrale, surtout des pays de langue portugaise, espagnole (et française). Permettez-nous de saluer nos collègues du Brésil, du Mexique et du Portugal qui ont retrouvé dans mon marketing du projet leur propre intérêt scientifique personnel. Ils sont nombreux dans ce colloque.

II — Relations internationales et mythe

Le domaine international est un des plus aptes à remplir l'imaginaire de mythes. La distance entraîne des récits et produit des idées reçues⁷. André Reszler, Raoul Girardet, Abel Poitrineau et quelques autres auteurs contemporains de langue française ont réalisé de nombreuses recherches intéressantes à ce sujet⁸, à part les études de Roland Barthes (dont le centenaire de la naissance tombe cette année), bien entendu. Les *Mythologies*⁹ restent un bréviaire pour celui qui veut dévoiler les choses cachées¹⁰ dans la banalité (et pseudo-naturalité) quotidienne¹¹...

Un des mythes politiques les plus classiques est celui de l'ennemi. Il est associé, du reste, au mythe de l'étranger. Combien d'hymnes nationaux n'invoquent pas ce grand protagoniste de l'histoire de chaque pays ? On sait mieux maintenant, et ce n'est pas un sacrilège de le dire, du moins entre universitaires, que beaucoup d'identités nationales se sont souvent construites sur l'opposition à un ennemi qui porte un autre drapeau. Souvent, il n'y a même pas besoin qu'il ait des traits physiques différents ou qu'il parle une autre langue (bien que cela puisse renforcer le discours de la haine : la différence évidente de l'ennemi). Le drapeau, symbole volontariste, suffit. Cela a des racines psychologiques profondes. Comme le disait Nietzsche, « celui qui vit du combat contre un ennemi a intérêt qu'il reste en vie »¹².

Nous vivons, hélas, dans un monde politiquement correct¹³, et les gens ont souvent honte et peur de dire ce qu'ils ont dans l'âme (ou dans le cerveau), quelquefois encore « reptiliens », diraient certains au goût plus éthologue. Il faut ainsi, pour une vraie sociologie juridique et politique du préjugé, chercher le mot libre de tournures et de subtilités, de bienséances, et se mettre les pieds au sol des derniers remparts de la

7 Voir, par exemple, Carbonnier (Jean), « A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », in *Essais sur les Lois*, Évreux, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 191 et ss.

8 Reszler (André), *Mythes politiques modernes*, P.U.F., Paris, 1981 ; Girardet (Raoul), *Mythes et mythologies politiques*, Seuil, Paris, 1986 ; Poitrineau (Abel), *Les Mythologies révolutionnaires*, Paris, P.U.F., 1987.

9 Barthes (Roland), *Mythologies*, Seuil, Paris, 1957.

10 Souvenons-nous aussi de Girard (René), *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Grasset, Paris, 1978.

11 Contre cette naturalité, voir aussi, Fiske (John), *Introduction to Communication Studies*, trad. port. par Maria Gabriel Rocha Alves, *Teoria da Comunicação*, 5^e éd., Asa, Porto, 1999.

12 Nietzsche (Friedrich), *Morgenroethe (Aurore)*, 1881.

13 En général, voir Beard (Henri) et Cerf (Christopher), *Dicionário dopPoliticamente correto*, trad. port. de Vra Karam e Sérgio Karam, Introduction par Moacyr Scliar, L&PM, Porto Alegre, 1994.

pensée libre et de la liberté de parole (bien que le contenu de cette liberté puisse nous choquer, nous, aux vues soi-disant plus « progressistes », du moins par rapport aux vieillards de Restelo).

Une thèse du sociologue finlandais Paavo Usitalo, dont nous avons eu connaissance à l’Institut de sociologie juridique de Oñati, pourra nous servir de base théorétique inspiratrice. Mais nous sommes certains que l’expérience empirique de plusieurs d’entre nous suffirait. De quoi s’agit-il ? Ni plus ni moins que du témoignage de la « dernière » profession libre, aujourd’hui. Non pas les meuniers dont le livre de l’historien Carlo Ginsburg nous a fait un impressionnant récit¹⁴, mais les chauffeurs de taxi. De toute façon, le thème semble actuel : voir le film (naturellement polémique : c’est le moins que l’on puisse dire) de Jafar Panahi, *Taxi* (Iran, 2015).

Les chauffeurs de taxi voient beaucoup, entendent beaucoup, et peuvent aussi parler beaucoup. Et, du moins en général, l’espace du taxi semble encore être un espace relativement libre. Nous en avons fait l’expérience plusieurs fois, sur plusieurs sujets, dans divers pays. Encore hier, dans le taxi de Casablanca à Rabat, nous avons demandé à notre chauffeur son avis sur ce que nous faisons ici, sur notre projet de la Cour. Mais il semble que les chauffeurs de taxi marocains sont sages et discrets, car nous n’avons rien obtenu, même si on a beaucoup parlé d’histoire, de culture, de gastronomie et même de linguistique comparée pendant le trajet. En tout cas, même après ce premier échec, nous croyons encore que, pour avoir une pierre de touche sincère sur l’opinion publique et son évolution à propos de ce projet, pour bien diriger le marketing, il faudra consulter régulièrement les chauffeurs de taxi. Même (après) certainement les convaincre de l’importance de la Cour.

Évidemment, il faut souligner dès maintenant, dans ce style phanérique préliminaire qu’on a décidé d’adopter pour ne pas susciter trop de doutes, que dans toutes nos remarques à propos des chauffeurs de taxi, il n’y a que de la sympathie. Les propos que nous attribuerons symboliquement à ces professionnels ne sont qu’un exercice de style, de rhétorique, faute de données sociologiques disponibles. Il faut vous rassurer tous là-dessus. D’ailleurs, on pourrait remplacer le chauffeur de taxi par l’homme de la rue, le citoyen moyen. Bien que le chauffeur de taxi soit un citoyen moyen plus connaisseur, plus instruit, plus cultivé, du moins par la conversation et l’écoute (très fréquente) de la radio (et même de la télévision, dans certains cas).

III — Les critiques du projet de la Cour

L’homme de la rue se méfie généralement des nouveautés, des nouveautés juridiques et politiques, et des nouveautés internationales. De plus, avec tant de mauvaises nouvelles, il est difficile (du moins dans de nombreux pays) de ne pas associer les nouvelles à un renouveau de problèmes, de contraintes, de désastres, d’impôts, de réductions salariales ou de réduction de prestations sociales, etc. Le choc des mauvaises nouvelles est devenu banal, mais on s’habitue à des chocs de plus en plus sévères¹⁵.

14 Ginzburg (Carlo), *Le fromage et les vers. L'univers d'un meunier du XVI^e siècle*, trad. fr., Flammarion, Paris, 1980.

15 Sur cette réalité ou stratégie, voir Klein (Naomi), *The shock doctrine. The rise of disaster capital*.

Ainsi il ne faut pas trop espérer de l'homme de la rue, surtout s'il est assez âgé pour avoir vu beaucoup de rêves chimériques déçus, beaucoup de vendeurs de fausses promesses, s'il a eu un grand désenchantement¹⁶. Mais même les jeunes sont à présent très déçus (et nihilistes au sens commun, non au sens nietzschéen), ils ont vieilli rapidement, à cause de l'absence d'espoir puisque la société ne leur en donne plus.

Ainsi, on pourrait compter sur des imprécations. Les imprécations du chauffeur de taxi (comme nous l'avons vu, on dirait « l'homme de la rue par antonomase ») seraient probablement quelque chose de ce genre :

- Une cour de plus pour retarder les procès...
- Une cour de plus pour créer une légion de nouveaux magistrats et fonctionnaires, des gens improductifs et qui coûtent cher...
- Une cour internationale de plus pour que certains voyagent. Un groupe excursioniste de plus et des déplacés permanents, c'est-à-dire, des « exilés » de luxe... On voit ça d'ici... Et tout cela payé par nos impôts...

Voilà des manifestations du préjugé international, très répandu, dans différents pays.

Si l'on approfondit la question et que le chauffeur de taxi raisonne un peu plus, les topiques spécifiquement souverainistes reviendront au galop, comme si c'était une seconde nature :

Ah, oui, une institution internationale de plus, pour nous priver encore plus de notre souveraineté... Et une Cour de plus ! Nos magistrats ne suffisent-ils pas ? Que vont-ils encore inventer pour continuer à nous dépouiller ?

Comme dans de nombreux mythes urbains, les préjugés des uns annulent les préjugés des autres. Mais chacun reste sûr, absolument certain, de ceux qui fondent sa cosmovision. Chacun est très fier de ses démons particuliers, de ses propres fantômes, de ses propres peurs. L'homme de la rue, pris au piège de la toile des préjugés (que beaucoup d'acteurs politiques semblent ne faire que confirmer par leur conduite anti-éthique) a beaucoup de certitudes... Il est déjà probablement sûr de la création prochaine de la Cour (bien plus certainement que la plupart d'entre nous). Et pourquoi ? Parce que, pour lui, c'est un mal de plus, et les maux sont tous immédiats ou présents. Il peut même voir dans cette démarche une nouvelle preuve évidente de la conspiration mondiale pour un État mondial, orchestrée par on ne sait quelles forces obscures et maléfiques...

Au niveau national, outre les « marionnettes » au service de cette conspiration perverse (des cinquièmes colonnes dans chaque pays), l'anti-internationaliste nous expliquera que tout cela constitue en outre une attaque contre le portefeuille du contribuable sans défense, pour la création d'une bureaucratie parasitaire et étatique (globale), dans ce cas, une bureaucratie judiciaire. Très dangereuse, car elle aura le dernier mot, bénéficiant ainsi d'un atout par rapport aux pouvoirs législatifs et même aux gouvernements nationaux. C'est le super-gouvernement des juges¹⁷.

talism, Metropolitan Books, 2007.

16 En termes généraux, Gauchet (Marcel), *Le désenchantement du monde*, Gallimard, Paris, 1985.

17 Sur le gouvernement des juges, voir le classique Troper (Michel), *Le gouvernement des juges*,

Mais il y a des souverainistes de tout autre bord, qui ont des arguments tout à fait différents, voire symétriques¹⁸. C'est la critique lettrée. Contrairement au citoyen moyen, le politologue, le juriste, le politicien et le journaliste non primaires, l'homme de culture même, cet autre groupe de ceux qui partagent le crédo souverainiste pense autrement. D'abord, ils ne croient point à la possibilité réelle d'une future création de la Cour. Où ils prétendent ne pas y croire, car leurs efforts pour dénigrer le projet nous permettent d'en douter un petit peu... Sauf s'il est très fanatique, l'honnête homme (et n'est-ce pas une certaine *contradictio in terminis* ?) ne croit pas sincèrement aux mythes des conspirations mondiales et évite de se préoccuper publiquement du coût financier du projet.

Alors, quels sont les arguments de ce genre de souverainistes ? L'argument liminaire est celui de l'utopie. Le projet de la Cour serait avant tout (et tout dépend de cela) impossible, un rêve de fous... Peut-être, s'ils sont un peu complaisants, pourront-ils nous faire une concession : il s'agirait d'une utopie d'universitaires idéalistes.

IV — Critiques savantes et souveraineté

Le second argument, pour les incrédules, est du côté de la souveraineté. Une Cour constitutionnelle internationale constituerait un crime de lèse-majesté contre la sainte et toute-puissante souveraineté. Cette souveraineté, elle, est à notre avis tout à fait mythique. Car même Jean Bodin ne l'a pas conçue d'une telle façon, complètement absolutiste et internationaliste. Mais ici les souverainistes profitent de l'aide énorme des lieux communs. En effet, le mythe d'une telle souveraineté est très répandu : comme pouvoir suprême sans égal, que ce soit au niveau interne ou externe, international.

Une remarque psychosociologique encore : nous avouons que nous avons cru, pendant des années, que cette théorisation était la vraie perspective bodinienne classique et il semble ainsi que nous avons « corrigé » sans nous en rendre compte, mentalement, la leçon des ouvrages qui la remettaient en question. On ne voit que ce qu'on veut voir... Ainsi, nous avons placidement lu et relu le droit international de Brierly¹⁹ et le chapitre relatif à l'*Histoire des idées politiques* de Jean Touchard²⁰. Ce n'est qu'il y a peu que nous avons pu lire effectivement ce qu'ils disaient en réalité. La force du préjugé a dû être plus forte... Confession faite, donc.

mode d'emploi, PUL, Québec, 2006.

18 Voir Coûteaux (Paul-Marie), *La puissance et la honte. Trois lettres françaises*, Paris, Michalon, 1999 ; Joly (Marc), *Le souverainisme. Pour comprendre l'impasse européenne*, Paris, François-Xavier De Guibert, 2001 ; Coûteaux (Paul-Marie) et Abitbol (William), « Souverainisme j'écris ton nom », Paris, *Le Monde*, 23 mars 2000 ; Grimm (Dieter), « The constitution in the process of denationalization », *Constellations*, 2005, p. 447-463 ; McCormick (Neil), *Questioning sovereignty. Law, state and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

19 Brierly (John L.), *The law of nations*, Sir Humphrey Waldock (ed.), 6^e éd., Oxford, The Clarendon Press, 1963.

20 Touchard (Jean), *Histoire des idées politiques*, trad. port., *História das ideias políticas*, Lisboa, Europa-América, 1970, vol. 3, p. 63.

Cependant, nous avons une circonstance atténuante : il semble en fait que de telles « corrections mentales » de ce que l'on voit trompent parfois tout le monde, à commencer par les peintres : « Il y a quatre-vingts ans — dit le grand historien de l'art E. H. Gombrich, quand la photographie fut assez perfectionnée pour permettre des instantanés très précis, on s'aperçut que peintres et amateurs avaient jusqu'alors persévétré dans la même erreur. Un cheval au galop n'est jamais passé par les attitudes qui nous paraissent si ‘naturelles’ »²¹. La souveraineté est notre perspective du galop du cheval de l'État.

La thèse savante de la souveraineté est impossible à développer ici et maintenant, faute de temps. On se souviendra cependant de la polémique entre Kelsen et Umberto Campagnolo, d'ailleurs publiée plus tard par Mario Losano²². Il y a une impossibilité logique dans la souveraineté absolue : elle devrait être universelle, pour l'être... Mais on pourra toujours objecter que le logicisme est une batterie d'arguments assez pauvres. Qu'il faut dépasser ces subtilités ingénieuses, certes, mais qui ne décèlent point les questions humaines. Voilà. Il le faut.

V — Première réponse à quelques critiques souverainistes

Il faut laisser maintenant de côté toute ironie et parler clair. Avec une simplicité qui peut paraître brutale.

Est-ce qu'une telle Cour choquerait la souveraineté d'un État si elle décide pour la Justice contre l'injustice à laquelle sont arrivées les instances souveraines, trop souveraines, saintement souveraines, d'un État ? Cela dépend : même Bodin était conscient des limites de la souveraineté, et plus précisément des limites du droit naturel, autrement dit de la Justice, comme nous le savons tous. Est-ce qu'un État peut être fier de sa souveraineté contre la Justice ? La valeur suprême dans le monde juridique n'est-elle pas précisément la Justice, même s'il s'agit d'un conflit ou d'une pondération de valeurs ?

Nous insistons : la valeur la plus importante est-elle la belle et bonne injustice de l'État « orgueilleusement seul » (souverain), comme le disait le dictateur portugais Oliveira Salazar ? Ou bien la valeur la plus importante est-elle, au contraire, la Justice, si l'État national n'est pas capable de la rendre ? Il faudra, peut-être, « rendre juridique » (ou du moins préciser par des concepts plus clairs et plus consensuels, si possible), une fois pour toutes, une perspective plus moderne de la souveraineté. On peut même penser à changer de mot, mais cela pourrait éventuellement entraîner plus de maux que de remèdes.

La souveraineté (gardons donc le mot) existerait pour qu'on aboutisse à des résultats justes. Si elle n'est pas un outil apte à les produire, si au contraire elle empêche ces résultats, lorsqu'elle ne donne pas de réponses démocratiques, dignes d'un État de droit et de justice, peut-elle encore être invoquée ? Peut-elle rester légitime ?

²¹ Gombrich (Ernst H.), *The story of art*, 9^e éd., Londres, Phaidon, 1995, trad. fr. par J. Combe et C. Lauriol, *Histoire de l'art*, Paris, Gallimard, 1997.

²² Kelsen (Hans) et Campagnolo (Umberto), *Direito internacional e estado soberano*, trad. port. par Marcela Varejão, Martins Fontes, São Paulo, 2002.

La possibilité inverse d'une souveraineté s'imposant à tout et à tous, indifférente aux valeurs de la civilisation actuelle, c'est l'argument de la force pure et simple, le *jubeo ergo sum*, qui a tant déçu Victor Emanuele Orlando lors des négociations du Traité de Versailles²³.

Certes, il existe encore aujourd'hui beaucoup de bienfaits de la souveraineté des États, mais une souveraineté bien comprise, en terme logique, raisonnable, moderne. Mais il semble que certains l'aliènent par un plat de lentilles dans ce qu'il faudrait fièrement garder, alors qu'ils la proclament farouchement en des bizarries pompeuses. Est-ce précisément à cause de cela ? « Ni loi, ni juge, ni gendarme » n'est plus le drapeau juridique de la société internationale. Qui l'eût imaginé, à part des visionnaires, utopistes et conspirateurs internationaux (?), il y a quelques dizaines d'années : une Europe avec une monnaie unique (très problématique, il est vrai, mais elle existe et résiste, même à des crises dévastatrices) ; une Cour Pénale internationale ; des dictateurs, comme Pinochet, poursuivis, malgré leur âge ou leur état de santé, par des cours étrangères : faut-il en citer d'autres ? Il semble y avoir des principes et des réalités plus importantes que la souveraineté. Beaucoup plus, même.

VI — Réponse générale aux objections des idées reçues

A — Utopie (ou plutôt « Chimère »)

« Ils ne savaient pas que c'était impossible, alors ils l'ont fait ». Le premier préjugé est celui de l'immobilisme : « Il le sera, car il a toujours été comme ça ». Non, le changement, il est possible. L'histoire le prouve. Les choses changent. Elles peuvent s'améliorer.

On sait bien que les utopies sont réalisables, du moins depuis Berdiaeff²⁴. Il y en a de bonnes (utopies) et de mauvaises (dystopies). Le problème n'est pas de considérer ce projet comme utopique. La question est de savoir s'il est bon. Seule la chimère n'est pas réalisable. Il faut demander à ceux qui closent liminairement la question par l'argument de l'utopie : « Et si c'était possible ? »

B — Conspiration

Contre le second préjugé des machinations mondialistes, il faudra répondre : « Allez, regardez le monde, vaste et varié. S'il y a des conspirateurs pour un ordre mondial unique et totalitaire, ils sont bien incomptétents... »

C — Coût

La Cour coûtera cher. Mais, en même temps, elle sera très bon marché. Comme toutes les grandes entreprises publiques qui sont importantes et valent la peine. Quelqu'un

23 Voir Cassesse (Antonio) et Delmas-Marty (Mireille) (dir.), *Crimes internacionais e jurisdições nacionais*, éd. port., Manole, Barueri, SP, 2004.

24 Berdiaeff (Nicolas), *Reino del espíritu y reino del Caesar*, trad. cast., 3^e éd., Aguilar, Madrid, 1964.

a dit : « si vous pensez que l'Éducation coûte trop cher, essayez sans éducation du tout ». C'est une expérience assez dangereuse, bien que certains pays s'en approchent dangereusement.

Alors, on a l'expérience de ne pas avoir la Cour. Cela nous coûte à tous trop cher. Combien coûtent les dictatures, voire quel est le prix des dérives anticonstitutionnalistes dans les démocraties ? Faisons les comptes...



LES OBJECTIONS AU PROJET DE LA CCI TIRÉES DU RAPPORT DU DROIT INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNE

Ahmed OUERFELLI

Le droit international moderne repose sur des valeurs essentielles, dont le respect de la souveraineté nationale et la courtoisie. Cependant, l'on ne peut manquer de constater qu'il a tendance à changer de discours. La courtoisie est remplacée par une reconnaissance de plus en plus grande d'un droit/devoir de franchise et de transparence, et aussi de responsabilité internationale. Les violations des droits de l'Homme, en particulier, font l'objet de mesures internationales qui dépassent le cadre classique de la souveraineté étatique. Les États reconnaissent une sorte de devoir moral de venir au secours des peuples en danger.

Entre l'esprit distant et froid du droit international public des années 30 du XX^e siècle et l'intervention de l'ONU et d'autres organisations régionales ou groupements trans-frontaliers en vue d'empêcher un État souverain de commettre ou de continuer à commettre des exactions et autres violations graves des droits humains, une grande distance s'est dessinée, un long chemin a été parcouru. Certes, ce chemin n'a pas été exemplaire. Il n'a pas été exempt de mélange voulu ou recherché de temps à autre entre éthique et intérêts immédiats ou lointains, mais il faudra en toute hypothèse reconnaître que les minorités ou populations peuvent aujourd'hui aspirer à trouver de l'aide de la part de la société internationale lorsque leurs droits sont sérieusement menacés.

Dans certains coins du monde, et à l'occasion d'un événement quelconque, et dès que les partisans de l'intervention internationale en vue de protéger les droits humains dans un pays donné commencent à lancer des appels à l'intervention, l'on se retrouve de nouveau devant la même polémique : quelle légitimité, la société internationale a-t-elle pour intervenir dans des questions internes ? Quels instruments peut-elle légitimement employer afin d'exercer une pression acceptable sur le régime au pouvoir afin de l'amener à abandonner ses pratiques critiquables au regard des droits de l'Homme ? La création d'une Cour constitutionnelle internationale (CCI), compliquera-t-elle la donne ? Permettra-t-elle de trouver une solution raisonnable au dilemme souveraineté-intervention légitime ?

D'aucuns opposent une série d'objections, dont celle relative au rapport droit interne-droit international. Ainsi, il est invoqué que le droit constitutionnel est un droit interne par essence, et que le droit international ne peut envahir un terrain aussi aride. La possibilité de créer un jour une Constitution internationale appartient au monde de l'imaginaire et de l'utopie.

L'objectif du présent exposé est de démontrer qu'alors même qu'il n'est pas question de mettre en place une Constitution internationale, il est possible de s'accorder sur un certain nombre de valeurs constitutionnelles à dimension internationale, qui formeront le noyau dur (ou toute la substance) du droit constitutionnel international, et que le contenu de ces normes est tiré des droits nationaux. C'est là, le pont entre le droit international et le droit constitutionnel interne.

Il est à souligner que pour l'auteur, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (2007) constitue un véritable texte de référence pouvant servir de modèle à l'échelle internationale. À elle seule, cette Charte permet de réfuter l'objection fondée sur le prétendu fossé entre le droit interne et le droit international et la dimension purement interne du droit constitutionnel. C'est une véritable Constitution modèle. Cette thèse est confortée par le fait que son contenu est, dans une large mesure, similaire à celui d'autres instruments internationaux n'ayant pas la même nature juridique.

De ce fait, il sera démontré à travers la présente communication que le principe démocratique, un principe supranational/transnational (I) ; que les valeurs fondatrices du projet de mise en place d'une Cour constitutionnelle internationale sont des valeurs redondantes dans toutes les constitutions internes et inspirées du référentiel international (II) ; et que les valeurs consacrées dans la majorité des Constitutions nationales se recoupent avec celles qui sont qualifiées d'internationales (III).

I — Le principe démocratique, un principe supranational/transnational

Les valeurs et principes qui constituent le corpus de règles composant le droit constitutionnel international doivent être identifiés au vu des objectifs et de l'objet de ce droit. Ainsi, le droit constitutionnel international, idée fondatrice du concept d'une CCI, est composé de l'ensemble des valeurs et principes faisant l'objet d'un consensus à l'échelle internationale. Ce consensus peut être constaté à travers deux sources : les conventions et pactes internationaux, et les constitutions et lois fondamentales nationales elles-mêmes.

À travers ces différentes sources, il est loisible d'affirmer que le droit constitutionnel international est fondé sur un noyau dur, à savoir *le principe démocratique*. Ce principe a été, par exemple, souligné par le SG de l'ONU, Kofi Annan, qui a déclaré que : « the view that coups d'état led by military juntas against democratically elected governments are unacceptable, has become the norm ». Ce principe a deux ramifications : d'abord, le principe démocratique implique l'accès démocratique au pouvoir (A), et ensuite, ce principe démocratique implique l'exercice démocratique du pouvoir (B).

A — *Le principe démocratique implique l'accès démocratique au pouvoir*

Ce principe signifie que l'accès au pouvoir ne peut être reconnu comme légitime que s'il a lieu à travers des moyens démocratiques, d'où vient le principe fondamental du refus des coups d'État et des autres formes d'accaparation illégitime du pouvoir par la force, y compris l'annexion de pays ou de territoires et l'éviction du pouvoir légitime en poste par le recours à la force. Naturellement, ce principe ne peut être en

contradiction avec le droit des peuples de changer leurs gouvernements par les moyens pacifiques. Il est généralement admis que le changement pacifique du pouvoir ne peut pas exclure le recours à un niveau limité de force afin de pousser la junte au pouvoir à céder devant les revendications populaires. Ainsi, la légitimité des révoltes n'est pas remise en question. Le principe du refus des putschs et des coups d'État a été exprimé dans un certain nombre d'instruments internationaux dont, notamment, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance²⁵ qui souligne dans son préambule que les pays membres sont :

Préoccupés par les changements anticonstitutionnels de gouvernement qui constituent l'une des causes essentielles d'insécurité, d'instabilité, de crise et même de violents affrontements en Afrique » et qui dispose dans son article 2 que la Charte a, parmi ses objectifs, celui de :

4. Interdire, rejeter et condamner tout changement anticonstitutionnel de gouvernement dans tout État membre comme étant une menace grave à la stabilité, à la paix, à la sécurité et au développement.

L'équipe de recherche, appelée au départ « Commission Juridique », devenue le noyau dur du « Comité *ad hoc* de la CCI »²⁶, a pu identifier les principaux textes qui se réfèrent aux composantes essentielles du principe démocratique dans sa branche relative au fondement et à l'origine du pouvoir légitime.

Concernant le fondement du pouvoir, la Commission Juridique a identifié notamment l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁷, l'article 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1996)²⁸ ainsi que son article 25²⁹, l'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination

25 Adoptée par la huitième session ordinaire de la conférence tenue le 30 janvier 2007, à Addis Abeba (Éthiopie).

26 L'auteur salue les efforts de la Commission Juridique et estime que la liste des instruments et textes est quasiment exhaustive. C'est pourquoi il confirme que l'effort de recherche en vue du recensement de ces instruments ne lui est pas attribuable et qu'elle est l'œuvre de cette Commission, brillamment présidée et guidée par le Pr Yadh Ben Achour, et dont les travaux ont été publiés sous forme d'une brochure, éditée à trois reprises, après modifications limitées, par la Présidence de la République tunisienne et le Comité *ad hoc* CCI, qui défendait le projet devant les instances internationales et veillait à sa diffusion à l'échelle nationale.

27 « 1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives. 2. Everyone has the right of equal access to public service in his country. 3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures. »

28 All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely "determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. »

29 « Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country. »

faciale³⁰, et l'article 7 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes³¹.

La brochure relative au projet de la CCI publiée en Tunisie mentionne également l'importance de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, adoptée à Addis Abeba en 2007 et signée par la Tunisie lors du XX^e Sommet de l'Union africaine, tenu le 27 janvier 2013 et qui se réfère particulièrement au Préambule et à l'article 4 de l'Acte Constitutif de l'Union africaine.

Sur le *concept de démocratie*, la Commission Juridique a recensé notamment les textes de *soft law* tels que le *Final Act of the Vienna World Conference on Human Rights* de juin 1993, le *Millennium Declaration*, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa Résolution n°55/2 du 8 septembre 2000, the Résolution 60/1 de l'AG de l'ONU du 24 octobre 2005 adoptant l'*Outcome of the 2005 World Summit and the international conferences* et les séries de résolutions intitulées AG/UN, *Support by the United Nations system of the efforts of governments to promote and consolidate new or restored democracies*.

Par ailleurs, le *concept d'État de droit* est mentionné de façon récurrente dans les textes et instruments récents. La Commission Juridique, que l'on citera de nouveau, mentionne par exemple les Conclusions du Sommet de 2005 et les résolutions de l'AG de l'ONU sur le Renforcement de l'État de droit et sur l'État de droit à l'échelle nationale et internationale³².

B — Le principe démocratique implique l'exercice démocratique du pouvoir

Ainsi, même si une personne accède démocratiquement au pouvoir, elle doit respecter le droit du peuple de changer ses gouvernants et d'exprimer son choix dans le cadre d'élections démocratiques, justes, libres, transparentes et égalitaires. De même, elle doit s'interdire d'employer la violence, la torture ou la corruption afin d'écartier ses opposants ou concurrents politiques. Le principe démocratique signifie notamment qu'afin de rester au pouvoir, une personne doit reconnaître de façon effective et réelle le droit des gouvernés d'exprimer leur consentement ou leur mécontentement de façon

30 « In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, color, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights: ... (c) Political rights, in particular the right to participate in elections-to vote and to stand for election-on the basis of universal and equal suffrage, to take part in the Government as well as in the conduct of public affairs at any level and to have equal access to public service ».

31 « States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right: (a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies; (b) To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government; (c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country ».

32 *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Tunis, 2014, 3^e éd., p. 16 (version anglaise), et p. 41 (version française); *infra*, p. 281 et ss.

libre et périodique. Cette périodicité suscite deux observations : d'abord, la périodicité afin d'être effective doit être raisonnable, c'est-à-dire que les élections doivent avoir lieu à des intervalles de temps « normales » et pas excessives. Ensuite, la légitimité des monarchies n'est pas remise en question. Ainsi, les peuples peuvent consentir à être gouvernés par des rois, princes, empereurs ou autres appellations, sous condition que le pouvoir législatif ne soit pas accaparé par le souverain lui-même, et que les membres du pouvoir législatif soient, eux, élus dans des élections qui répondent aux mêmes critères.

Les conventions et pactes internationaux qui ont pu servir de support au projet de création de la Cour constitutionnelle internationale sont principalement ceux qui seront exposés ci-dessous. Il est à constater de façon liminaire que le Préambule de la Charte africaine (2007) résume ces principes en affirmant que les États de l'Union africaine sont :

Résolus à promouvoir les valeurs universelles et les principes de la démocratie, la bonne gouvernance, les droits de l'homme et le droit au développement.

Ainsi, les auteurs du premier texte fondateur du projet d'une CCI ont pu recenser deux axes.

1) La reconnaissance des droits et libertés

L'on rappelle les instruments internationaux contraignants qui sont les conventions universelles générales, les conventions protégeant des droits spécifiques ou les conventions portant protection de catégories spécifiques³³. Toutefois, il est à souligner que la compétence de la Cour constitutionnelle internationale se limitera aux cas de violations systématiques qui constituent le vrai instrument du pouvoir pour asseoir et maintenir sa mainmise sur le pays et rester au pouvoir. Les violations individuelles ou isolées ne constituent pas des violations du droit constitutionnel international et ne rentrent pas dans la compétence de la CCI, même si elles sont du ressort d'autres instances internationales, notamment la Commission de Droit international de l'ONU et des autres organisations régionales, telle l'Union africaine.

2) Le principe de l'accès au pouvoir légitime suite à des élections libres et périodiques

L'on cite deux séries de résolutions adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU de façon concomitante, intitulées : « Strengthening the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections », et « Respect for the principles of national sovereignty and of non-interference in internal affairs of states as far as their electoral processes are concerned ». Depuis 2007, l'Assemblée générale s'est confinée à la première série de résolutions, qui consacrent l'effectivité du principe d'élections libres et périodiques³⁴.

II — Des valeurs redondantes dans toutes les constitutions internes et inspirées du référentiel international

Partir du constat de l'évolution spectaculaire du droit international public, *harsh law* et *soft law* confondus, peut être suffisant et satisfaisant dans cette entreprise d'établisse-

33 *Ibid.*, p. 13 (version anglaise), et p. 37 (version française).

34 *Ibid.*, p. 71-74.

ment de la preuve que le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale ne manque ni de sérieux ni d'arguments solides. Cependant, il n'est pas sans utilité de procéder à un constat rapide de l'état du droit constitutionnel moderne. Le constat le plus marquant est celui relatif à la similitude de la majorité des constitutions qui se réfèrent au même *set* de principes de base.

Ainsi, même dans les pays les moins démocratiques, l'on retrouve des références claires aux principes de tenue des élections périodiques, à la liberté des électeurs, au respect des droits humains fondamentaux, au droit à un procès équitable, au droit au développement, à l'éducation, à l'égalité, à la liberté du travail, à la protection de la vie privée.

Le droit constitutionnel interne devient ainsi une source directe du droit constitutionnel international qui sera simplement identifié et défini à travers le *critère de l'universalité*. Ainsi, sera considéré international, tout principe récurrent qui est repris par la totalité ou la quasi-totalité des constitutions dans le monde. Le principe qui fait l'objet d'un consensus mondial à travers les constitutions locales, qu'elles soient « offertes » ou « arrachées », est sans doute un principe *universel*. Qu'il soit ou non respecté, c'est une deuxième paire de manches. D'ailleurs, l'utilité de la Cour constitutionnelle internationale réside dans le fait qu'elle sera appelée à faire respecter ces principes universels. Car, en l'absence d'une telle instance juridictionnelle, les États concernés pourront toujours renier les violations qu'ils commettent.

Avec la Cour constitutionnelle internationale, l'on pourra avoir recours à une instance internationale, statuant sur des aspects qui excèdent généralement la compétence des tribunaux locaux, mais similaires à la compétence des juridictions régionales des droits de l'Homme. La Cour n'appliquera pas la Constitution de l'État concerné, mais cherchera à travers la comparaison des constitutions du monde, y compris celle du pays en question, s'il existe suffisamment de consensus international sur le principe dont on lui demande l'application afin d'en constater éventuellement la violation.

Ainsi, grâce à cette Cour, les distances entre ce qui est interne et ce qui est international s'assouplissent. La Cour ne sera ni un corps étranger ni un corps interne, et appliquera des normes qui ont un caractère international, mais qui se trouvent généralement consacrées dans la Constitution de l'État concerné.

III — Intersections des valeurs et divergence des structures

À la lecture de la majorité des constitutions, du monde, notamment celles de la nouvelle vague (constitution sud-africaine, constitution Kenyane, constitution tunisienne, constitution égyptienne), l'on constate aisément la grande place donnée aux droits et libertés et aux principes de gouvernance démocratique. On constate aussi que les principes de séparation des pouvoirs dans sa dimension moderne, qui dépasse la trilogie (pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire) et qui conçoit une démocratie de type nouveau, où des instances indépendantes qui gèrent des aspects vitaux (élections, gouvernance et lutte contre la corruption, protection des données personnelles, des médias et des communications...) fonctionnent comme des élections

plus ou moins libres à côté des trois pouvoirs classiques. Les principes de responsabilité des gouvernants apparaissent comme des préceptes indiscutables³⁵.

De façon assez schématique, on constate que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), ainsi que des textes de dimension régionale, notamment la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et conventions similaires, interaméricaine, jouent le rôle de prototype pour les constitutions nationales. Le rayonnement de ces textes a fait que les différents pays qui rédigent des nouvelles constitutions s'en servent de référentiel direct, et s'en inspirent très largement, au moins au niveau des textes.

Tout cela a fait naître une sorte de référentiel commun pour le monde entier, où il est admis que les constitutions internationales doivent soit adopter les principes consignés dans ces instruments nationaux ou régionaux, soit s'y référer de façon expresse, ce qui aboutit à leur intégration et leur réception dans l'ordre juridique interne. Ainsi, la loi organique n° 2013-53 du 24 décembre 2013 en Tunisie, relative à la justice transitionnelle et constitutionnalisée par l'article 148 de la Constitution, se réfère directement aux « règles d'équité et aux standards internationaux reconnus, établis ou admis » (المعايير الدولية المعتمدة)³⁶.

Sur le plan structurel, il doit être rappelé que selon les documents fondateurs du projet, la CCI ne sera pas une juridiction de second degré qui puisse se superposer aux juridictions constitutionnelles nationales. Cela engendre deux résultats. D'abord, il ne s'agira pas de porter des recours à l'encontre des décisions des tribunaux constitutionnels nationaux devant la CCI. Celle-ci pourra même être saisie avant les juridictions nationales. La question procédurale ci-dessus mentionnée est liée à la conception substantielle du projet, dans la mesure où la Cour internationale ne pourra être compétente que s'il s'agit d'une pratique massive et systématique qui remet en question la légitimité du pouvoir en place, alors que la juridiction nationale statue sur les violations isolées ou individuelles, et rend ses verdicts même s'il n'est pas prouvé qu'elles ont un caractère répétitif ou massif.

De même, il faudra remarquer que techniquement, une Cour constitutionnelle nationale ne pourra pas statuer sur des violations massives des droits de l'Homme (torture, par exemple), car ces violations sont du ressort des juridictions pénales ou répressives en général. Les chefs de compétence des tribunaux constitutionnels internes n'englobent

35 Sur le débat qu'avait suscité la question de la « responsabilité ministérielle » au XIX^e siècle dans le monde islamique, voir notamment, Mohamed-Salah Mzali et Jean Pignon, *Khereddine, homme d'État. Mémoires*, Maison Tunisiene de l'Édition, Tunis, 1971. Tome I, *Documents Historiques annotés*, p. 125. Khereddine Pacha fut un premier ministre tunisien et conseiller de la Sublime Porte.

36 Art. 45, alinéa 1^{er} : « Est créée au sein de l'instance une ‘Commission d’Arbitrage et de conciliation’ chargée d’examiner et de statuer sur les dossiers de violations, au sens de la présente loi, après obtention du consentement de la victime, sur la base des règles de la justice, de l’équité et des normes internationales appliquées, et ce, nonobstant l’extinction de l’action et la prescription des peines ». Nous avons essayé de trouver le terme le plus fidèle au sens du mot arabe, qui seul a une valeur officielle. Le terme « *appliquées* » n'est pas tout à fait fidèle au sens du mot arabe « *المعتمدة* ».

pas, de façon générale, de telles violations ou irrégularités³⁷. Les violations des droits de l'Homme, notamment la *torture*, ont la nature juridique de *faits juridiques* et non pas d'*actes juridiques* susceptibles d'annulation par un tribunal classique. Seule une juridiction de type nouveau peut se prononcer, non pas sur la responsabilité pénale personnelle des individus qui ont commis des exactions ou atrocités, mais sur la légitimité du pouvoir, en raison de *faits juridiques* dommageables et contraires aux principes basiques convenus universellement.

Dans l'état actuel des choses, les Constitutions nationales reprennent l'essentiel du corpus de règles et principes communs aux différents instruments internationaux ci-dessus mentionnés. La distance entre le droit interne et le droit international se rétrécit et la tâche des défenseurs de l'idée de l'existence d'un droit constitutionnel international est de plus en plus aisée. Décidément, entre le ciel et la terre, il n'y a plus qu'une toute petite ligne fictive qui sépare.

Conclusion

La Cour constitutionnelle internationale n'est pas une juridiction de second degré par rapport aux cours constitutionnelles internes, et n'appliquera pas le droit constitutionnel interne. C'est une juridiction fondamentalement internationale, transnationale. Elle est appelée à mettre en œuvre des valeurs communes, transcendentales, transfrontalières, ou probablement supranationales³⁸. Cependant, sa mise en place et sa reconnaissance effective réduiront les distances et les écarts entre les peuples, et en sus, entre le droit interne, d'une part, et le droit international d'autre part.

Comme tout instrument, elle ne peut être utile à l'humanité que si elle est utilisée à bon escient, par des personnes compétentes, courageuses, neutres et impartiales.

37 Voir, par exemple, l'article 142 de la Constitution belge : « Il y a, pour toute la Belgique, une Cour constitutionnelle, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Cette Cour statue par voie d'arrêt sur : Les conflits visés à l'article 141 ; *La violation par une loi*, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24 ; *La violation par une loi*, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles de la Constitution que la loi détermine.

La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

La Cour statue par voie de décision sur chaque consultation populaire visée à l'article 39 bis, préalablement à son organisation, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi.

La loi peut, dans les cas et selon les conditions et les modalités qu'elle détermine, attribuer à la Cour la compétence de statuer, par voie d'arrêt, sur les recours formés contre les décisions des assemblées législatives ou de leurs organes, en matière de contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections pour la Chambre des représentants.

Les lois visées à l'alinéa 1^{er}, à l'alinéa 2, 3^o, et aux alinéas 3 à 5, sont adoptées à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa. »

L'article 141 dispose : « La loi organise la procédure tendant à prévenir les conflits entre la loi, le décret et les règles visées à l'article 134, ainsi qu'entre les décrets entre eux et entre les règles visées à l'article 134 entre elles ». »

38 Ce concept pourrait nous ramener à celui, plus polémique et problématique, de principes supra-constitutionnels. Il faudra, en fait, reconnaître, que le concept d'un droit constitutionnel international comporte nécessairement les germes d'un droit constitutionnel supranational, donc de valeurs supra-constitutionnelles si l'on prend le terme « Constitution » dans sa signification initiale, de texte de droit interne rédigé et adopté par un pouvoir constituant.

UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE : THÉORIE OU RÉALITÉ ?

Michel ROUSSET

L'observation du comportement de nombreux États et des soubresauts que connaissent aujourd'hui les relations internationales conduit tout naturellement un certain nombre de juristes et politistes à rechercher les moyens institutionnels et juridiques capables de ramener dans le droit chemin — le chemin du droit — des acteurs étatiques de la vie internationale qui s'en sont séparés ou qui menacent de le faire ; d'où l'idée de créer une juridiction appropriée à cet objectif, une Cour constitutionnelle internationale (CCI), qui serait chargée de faire prévaloir un ordre constitutionnel international dont les principes fondamentaux auraient été préalablement définis. Évidemment, il est tout à fait possible d'imaginer ce que pourrait être le contenu de ce droit constitutionnel international à partir des postulats de la démocratie libérale construite par le monde occidental — européen — au cours des trois derniers siècles. Cette démocratie libérale repose fondamentalement sur l'idée que l'État, en tant que mode d'organisation de la société politique, est le garant de la liberté ce qui le conduit à la reconnaissance « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » et à l'obligation d'en assurer la protection. Les manquements à cette obligation seraient justiciables de recours devant cette Cour constitutionnelle.

Cependant face à ce projet je me demande s'il ne conviendrait pas de méditer ce qu'écrivait il y aura bientôt cinquante ans Charles de Visscher dans l'*Avant-Propos de la quatrième édition de son ouvrage Théories et réalités en droit international public* : « c'est quand les événements s'accumulent et annoncent des structures nouvelles que l'observation doit se faire plus attentive, et plus décidé le refus d'accueillir des constructions abstraites élaborées en dehors des réalités [...]. Jamais elles n'ont trouvé d'écho ni dans la pratique des États ni devant les juridictions internationales ; autant dire là où le droit s'ouvre à la vie ».

On peut en effet se demander si le projet d'une CCI ne fait pas partie de ces « constructions abstraites » dont parle Charles de Visscher. Ne se heurte-t-il pas aux réalités des relations internationales au premier rang desquelles figure encore aujourd'hui la Souveraineté des États ? La validation d'un tel projet rencontre ce premier obstacle dont il convient d'examiner la pertinence (I).

Mais, il en est un second tout aussi redoutable qui découle d'ailleurs du premier et qui tient au fait que *le modèle de la démocratie libérale occidentalo-européenne n'est pas unanimement accepté* par des États qui n'en admettent pas nécessairement tous les éléments constitutifs et qui, au surplus, récusent l'usage qui en est fait, ou qui pourraient en être fait à leur égard. On peut douter que l'existence de cette CCI soit à elle seule capable de les obliger au respect de principes et de normes dont le fondement ne leur

paraîtrait pas incontestable au regard de leur propre conception de leur organisation interne et dont, pour cette raison, ils n'accepteraient certainement pas qu'ils leur soient imposés même par une juridiction constitutionnelle internationale (II).

Enfin, à supposer que cette juridiction soit mise sur pied, quelle pourrait être *la sanction* de ses décisions face à des États bien décidés à ne pas les respecter ? (III). Ce sont ces trois points qu'il me faut maintenant développer.

I — L'obstacle de la souveraineté de l'État

La souveraineté constitue encore aujourd’hui une des caractéristiques fondamentales de l’État même si certains, prenant leurs désirs pour des réalités, pensent qu’elle est sur le déclin compte tenu des progrès du droit international et de l’organisation internationale. Ce n’était pas le cas de Michel Virally qui la qualifiait de « pierre d’angle qui résiste au temps ». En vérité qu’ils soient anciens ou de création récente, les États sont particulièrement attentifs à défendre cette souveraineté s’ils estiment qu’elle est menacée ; il suffit pour s’en persuader d’écouter le Premier ministre grec lors de sa récente visite à Moscou, déclarer avec fermeté que la Grèce est « un pays souverain » qui « dispose d’un droit inconditionnel à conduire une politique extérieure multiforme et utiliser son rôle géopolitique en tant que pays européen, méditerranéen et balkanique » malgré son appartenance à l’Union européenne. N’oublions pas non plus le développement des mouvements « souverainistes » dans de nombreux États membres de l’Union européenne illustré de façon spectaculaire par le parti UKIP en Grande-Bretagne (United Kingdom Independence Party). Passant en revue l’évolution des relations internationales vingt ans après la chute du mur de Berlin, Daniel Colard a pu écrire que « l’acteur central du jeu de la puissance reste bien l’État » et que l’on a même observé « un renforcement des acteurs étatiques »³⁹.

C’est la prise en compte de cette réalité que représente l’État souverain et son double inséparable, l’indépendance, qui a conduit les rédacteurs de la Charte des Nations Unies à inscrire dans celle-ci le fameux article 2 § 7 qui a eu pour but de sanctuariser ce que l’on appelle la réserve de la compétence nationale ; aux termes de cet article aucune disposition de la Charte n’autorise l’Organisation des Nations Unies « à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d’un État, ni n’oblige les membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la Charte » y compris de la juridiction à la Cour internationale de justice : on sait que l’article 36, paragraphe 2 du Statut de la CIJ n’organise qu’une clause facultative de compétence obligatoire de la Cour. Et il est certain que malgré le temps écoulé depuis l’adoption de la Charte des Nations Unies, la réserve de la compétence nationale n’a rien perdu de sa force même si l’on a pu admettre qu’il était toujours possible pour un État d’y renoncer.

³⁹ Colard (Daniel), « Les relations internationales vingt ans après la chute du mur de Berlin », *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. XI, 2010, p. 1-21. Ce principe de souveraineté se porte bien, n’en déplaise à notre collègue Dominique Rousseau qui postule que la société internationale est une société globale qui implique l’abandon du principe de souveraineté, ce principe dépassé dans la perspective d’une constitution globale.

Quel est donc le contenu de cette compétence nationale qui découle de la Souveraineté ? La Souveraineté a un double aspect. Dans l'ordre international, elle signifie que l'État ne peut accepter l'intervention d'aucune puissance étrangère dans ses affaires domestiques. Dans l'ordre interne, elle implique pour l'État une compétence exclusive pour déterminer son organisation interne, son régime politique, économique et social, les conditions d'exercice des grandes fonctions étatiques : législation, juridiction et pouvoir de contrainte. Les lois, les décisions des tribunaux et les décisions émanant des autorités représentant la puissance publique s'imposent à toutes les personnes physiques ou morales qui sont installées sur son territoire⁴⁰. Dans tous les États, cela résulte d'une Constitution qui définit une organisation étatique fondée sur un ensemble de normes et composée d'institutions qui émanent directement ou indirectement du suffrage. Mais il est vrai que cette photographie des composantes de l'État ne rend pas compte de ses conditions de fonctionnement qui peuvent être très différentes d'un État à l'autre comme on le verra ultérieurement.

Sans doute, *la souveraineté n'est pas un droit absolu* d'abord parce que l'État doit respecter le droit international et surtout dans la mesure où l'État, sujet du droit international, doit composer avec la souveraineté des autres États qui ont tous un droit égal au respect de leur propre souveraineté. On a d'ailleurs observé qu'un changement important s'était produit qui avait fait évoluer « les rapports du binôme souveraineté étatique et droits de l'homme, évolution qui a rendu le respect des droits de l'homme plus impératif et le respect de la souveraineté moins absolu ». Malgré tout, c'est au nom de ce respect de la souveraineté que de nombreux documents institutifs dans les relations internationales ont consacré le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ou extérieures des États. Il est vrai que si ce principe n'est pas toujours respecté, il n'a jamais été récusé et il est possible de dire qu'il fait l'objet d'une adhésion unanime. Ceci n'empêche évidemment pas que dans de nombreux cas la souveraineté étatique soit malmenée en raison du fait que l'égalité juridique des États ne s'accompagne pas de leur égalité réelle du point de vue politique, économique, voire militaire.

Quoi qu'il en soit, on peut à coup sûr être assuré de la résistance des États qui seraient visés par une plainte devant l'éventuelle CCI dès lors qu'ils n'auraient pas accepté sa juridiction ; ces États s'opposeraient à ce qu'ils considéreraient comme une ingérence dans leurs affaires intérieures contraire à leur souveraineté. On voit mal en l'état actuel du droit international et des relations internationales comment pourrait être surmontée cette résistance que certains qualifient de refus de coopérer avec la juridiction.

Mais on peut aussi imaginer d'autres situations faisant obstacle à la « faisabilité » de la CCI qui proviennent de la récusation par les États concernés du contenu du droit qu'elle aurait à faire respecter et donc des fondements mêmes de cette juridiction.

II — La contestation des normes imposées

Le projet de création d'une CCI suppose en effet qu'il existe un droit constitutionnel international dont le contenu devrait faire l'objet d'un consensus réel et pas seulement de convenance, de telle sorte que tout manquement à celui-ci puisse permettre l'engagement d'une procédure à l'encontre de l'État « coupable » sans que celui-ci conteste à la fois le droit que l'on veut lui faire respecter, et la juridiction qui en est chargée. Or, une telle situation risque de n'être pas la plus fréquente.

Le cas le plus simple est celui que l'on rencontre lorsque l'on se trouve devant un État par définition souverain, dont les dirigeants considèrent que l'indépendance s'oppose à sa soumission à un ordre juridique qu'il récuse tout simplement parce qu'il n'a pris aucune part à son édiction. Tel est le cas de la démocratie libérale ; celle-ci est en effet le produit d'une maturation des sociétés européennes au cours des siècles, d'un processus civilisationnel auquel la majorité des États membres des Nations Unies ont été historiquement totalement étrangers.

Georges Vedel insiste sur la genèse de la démocratie libérale qui prend sa source « dans une civilisation bien spécifique nourrie notamment des apports de la Grèce antique, des Évangiles, du modèle d'organisation du pouvoir qui soit un service selon Saint Louis qui n'avaient pas en vue le gouvernement démocratique », mais d'où est née la conception occidentale de la démocratie qui repose fondamentalement sur la liberté et les droits de l'individu⁴¹.

De la même façon, Charles de Visscher rappelle que c'est en se référant à « des traditions politiques et judiciaires similaires, des liens historiques communs de civilisation et de culture, la volonté d'affermir la construction européenne en la donnant en exemple du respect des droits de la personne humaine », que les États membres du Conseil de l'Europe ont rédigé et adopté la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 4 novembre 1950. Il est clair que cette communauté d'inspiration a facilité l'acceptation par les États membres d'une limitation de leur souveraineté par des mécanismes destinés à assurer le respect de ces droits et libertés « car ces mécanismes comportent indéniablement un degré d'ingérence dans les affaires internes d'un État. »⁴²

En revanche, on peut rencontrer des situations très différentes de celle-ci et d'ailleurs l'argumentaire le souligne. C'est par exemple ce qu'évoque Bertrand Badie pour qui l'État souverain peut être le produit de « dynamiques culturelles engendrant un autre ordre politique » que celui qui pourrait être à l'origine d'un droit constitutionnel international de type occidental qu'il s'agirait de faire prévaloir sur l'ordre juridique interne de l'État⁴³.

⁴¹ Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Sirey, 1949, p. 249.

⁴² De Visscher (Charles), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, p. 160.

⁴³ Badie (Bertrand), *Les deux États — Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*, Fayart, 1987, p. 41.

C'est à une conclusion voisine qu'aboutit Rostane Mehdi au terme d'une étude sur la politique d'association et la démocratisation des États du Maghreb. Il écrit en effet que « l'invocation de la spécificité culturelle peut devenir un 'alibi' dispensant commodément du respect des droits fondamentaux ».⁴⁴ Il n'en reste pas moins que ce mouvement est aujourd'hui renforcé par le phénomène de « désoccidentalisation des relations internationales » que souligne également Daniel Collard. (Ce mouvement de contestation concerne également l'histoire universelle parce qu'elle traduit une vision de l'histoire du monde qui est celle de ses fondateurs c'est-à-dire les historiens européens notamment français du XIX^e siècle.)

On peut trouver sans peine aujourd'hui d'autres exemples tirés de l'existence d'États qui se réfèrent également à une toute autre tradition politique et culturelle : que l'on songe à la Chine où l'on réactive actuellement une « éducation idéologique sinomarxiste » de la jeunesse qui est clairement opposée aux principes qui sont au fondement de la démocratie occidentale ; il n'est pas certain non plus que l'Union Indienne, cependant dotée d'un régime démocratique, soit en mesure d'accepter ses implications en matière de liberté de conscience et de respect de la personne humaine et de les faire respecter si l'on en juge par les conflits religieux dont elle est le théâtre ; et il est clair que la Russie d'aujourd'hui s'est éloignée de ce modèle de démocratie qu'elle accuse de dégénérescence, dans le temps même où elle « cherche à s'affranchir de la justice internationale » et à rétablir sa « souveraineté judiciaire »⁴⁵. Quant à l'Amérique latine, certains États sont peu susceptibles d'accepter de reconnaître la primauté d'un ordre démocratique de type européen soit pour des raisons idéologiques comme le Venezuela, soit pour des raisons de politique intérieure comme la Colombie.

Il existe aussi un courant de pensée qui va dans le même sens, mais pour d'autres raisons. Ce courant de pensée est défendu par certains juristes qui représentent principalement des États issus de la décolonisation. Pour ces juristes, il convient de se démarquer d'un modèle d'organisation politique d'inspiration européenne qui ne serait que la manifestation de la volonté de perpétuer sous une autre forme une domination politico-juridique dont, grâce à l'indépendance, ces États ont réussi à s'affranchir. Ces juristes ou politistes se réclament de modes d'organisation sociale qui seraient en quelque sorte « auto produits ». L'indépendance doit se traduire par la création d'institutions étatiques et infra étatiques et par des normes qui leur sont adaptées parce qu'elles sont issues de la société à laquelle elles sont destinées, de son histoire, de sa culture, des caractéristiques de sa population, etc. Cela rejoint d'ailleurs ce qu'enseignait avec sagesse Solon, philosophe et homme politique grec. À la question qu'on lui posait : « Quelle loi doit-on élaborer pour gouverner la société ? », il répondait : « Pour quelle société et à quelle époque ? » On se trouve donc en présence du grand débat qui porte

⁴⁴ Mehdi (Rostane), « Politique d'association et démocratisation des États du Maghreb : La quadrature du cercle ? », *Le débat juridique au Maghreb, Études en l'honneur d'Ahmed Mahiou*, Publié sud-IREMAM, 2009, p. 388.

⁴⁵ La réaction de la Russie à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme le 23 juin 2015 « pour traitements inhumains et dégradants », est tout à fait significative de l'attitude négative du régime actuel à l'égard de tout ce qui pourrait apparaître comme une « atteinte » à sa souveraineté judiciaire ! *Le Figaro*, 25 juin 2015, p. 7.

sur le contenu du droit constitutionnel international qui ne doit pas apparaître comme un droit imposé de l'extérieur, un droit intemporel on dirait aujourd'hui un droit hors sol, mais qui doit être « un droit autochtone », je n'ose dire un droit indigène !

On observera d'ailleurs que le contenu du droit international a fait l'objet d'un débat analogue de la part de juristes qui contestent le droit international classique parce qu'élaboré par les États européens et dans leur intérêt. Mohammed Bedjaoui a développé ce thème⁴⁶, y compris la notion de souveraineté. Ceci, en passant, ne l'a pas empêché de défendre devant la Cour de La Haye l'idée qu'il n'y avait aucune trace de souveraineté du Maroc sur le territoire du Sahara occidental, négligeant totalement la réalité et la signification du droit islamo-marocain de l'allégeance des populations envers les sultans marocains.

Sans atteindre le même degré d'intensité, il existe aussi un débat sur la question de la *réception du droit communautaire* de la part des États qui ont signé des accords d'association avec l'Union européenne. M.A. Benabdallah a fait observer à juste titre que ces accords ne devraient pas se traduire par une « réception obligation » du droit communautaire, mais seulement par une « réception inspiration » pour le système juridique de l'État partenaire⁴⁷. Certains auteurs sont d'ailleurs plus critiques encore ; ils estiment que cette transposition traduit une sorte d'inféodation du système récepteur à la volonté de l'Union européenne. L'un d'eux défend par exemple l'idée que l'internationalisation et la globalisation des techniques de droit administratif impliquent au nom de la « bonne gouvernance » la négation et la disparition des spécificités, des réalités complexes des administrations des pays récepteurs. On est alors en présence « d'une forme élaborée et insidieuse d'une normativité extérieure imposée, s'accompagnant par l'obligation et la contrainte ». En d'autres termes, il s'agit de la manifestation de la domination des plus forts c'est-à-dire d'une façon générale des Occidentaux. Il y a là une autre manière pour eux de perpétuer leur position dominante et de leur permettre « de maintenir les pays sous-développés dans une situation qui reproduit leur dépendance »⁴⁸.

Finalement, si l'on additionne la difficulté que peut rencontrer la CCI du fait des résistances de la souveraineté à celle qui découle de la résistance des États face à un droit considéré comme étranger au génie national, on voit bien que le projet de CCI aura du mal à se faire accepter par de nombreux États qui ne manqueront donc pas d'arguments à cet effet. On voit mal dans ces conditions que la CCI puisse obtenir le respect volontaire de ses décisions de la part d'un certain nombre d'États qui seraient en infraction par rapport au droit constitutionnel international dont ils récusent le caractère universel.

⁴⁶ Bedjaoui (Mohammed), *Droit international : Bilan et perspectives*, Pédone-UNESCO, Paris, 1991.

⁴⁷ Benabdallah (Mohamed Amine), « La réception du droit communautaire par les droits nationaux », *REMALD*, n° 114, 2014, p. 9.

⁴⁸ Mecherfi (Amal), « L'administration et son droit : Quelques observations sur leur récente évolution dans un contexte de sous-développement », *REMALD*, n° 78-79, 2008, p. 9.

III — Le problème de la sanction des décisions de la CCI

Il est bien connu qu'il n'existe pas d'obligation juridique si la sanction de sa violation n'est pas organisée et acceptée. Or compte tenu de ce que nous avons exposé dans les développements ci-dessus, il est difficile de penser que les États en infraction par rapport aux règles du droit constitutionnel international seraient disposés d'abord à accepter la juridiction de la Cour et à plus forte raison à se conformer aux décisions de celle-ci.

Dans son principe, l'existence même de cette juridiction est donc affectée d'un grand degré d'incertitude ; mais surtout, la nature même des États susceptibles de se trouver en infraction par rapport à ces règles rend parfaitement problématique la question de leur respect des décisions d'une telle juridiction. Il suffit pour s'en persuader de passer en revue les différentes catégories d'États qui animent les relations internationales de nos jours ; de façon très schématique, on peut en déceler quatre.

Il faut en premier lieu signaler le cas des États pour lesquels la question de l'existence de la CCI ne se pose évidemment pas, car elle ne les concerne pratiquement pas. Il s'agit des États qui sont membres d'organisations régionales dont les textes conventionnels de création ont prévu l'existence de juridictions (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne, Cour interaméricaine des droits de l'homme) chargées de faire respecter les obligations qu'ils comportent de la part de leurs membres : c'est le cas des États membres de l'Union européenne et de la plupart de ceux du Conseil de l'Europe qui en outre partagent les mêmes conceptions idéologiques et les mêmes schémas institutionnels. (Je fais ici abstraction de la contestation notamment par les juristes et politiques britanniques, voire par certains juristes français des décisions de cette Cour à laquelle ils reprochent de méconnaître la réalité et l'enracinement de leur droit national.)

Une deuxième catégorie bien différente est constituée par ce que l'on peut appeler les « non-États », comme ce fut le cas de certains États africains complètement désorganisés par des guerres civiles plus ou moins entretenues par leurs voisins (République démocratique du Congo dans les années soixante, la Libye aujourd'hui, la Somalie et peut-être le Yémen).

Une troisième catégorie recouvre des États qui ont certes des textes constitutionnels qui consacrent l'existence des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais qui pratiquent un régime autoritaire qui en est souvent la négation. Cet agencement constitutionnel repose sur de faux semblants qui ne trompent personne, qu'il s'agisse du déroulement non sincère des élections, de la modification *ad hominem* des normes constitutionnelles régissant le statut du chef de l'État, de la pérennisation au pouvoir de clans familiaux, tribaux ou ethnorégionaux. Ces États ne sont évidemment pas prêts à reconnaître ces violations par leurs autorités nationales et à plus forte raison à accepter qu'une juridiction qui à leurs yeux n'aurait aucune légitimité puisse en juger valablement.

Une dernière catégorie regroupe des États qui sont en quelque sorte de façon consubstantielle, imperméables à la conception d'un ordre juridique et à l'existence d'une juridiction qui auraient la prétention de surplomber leur ordre juridique interne que

ce soit pour des raisons idéologiques ou des raisons tirées tout simplement de leur conception de l'indépendance nationale. La Chine illustre le premier cas⁴⁹ et la Russie d'aujourd'hui le second. Face à cette situation, les ressources dont peut disposer la CCI pour que ses décisions ne soient pas seulement des vœux pieux, sont particulièrement limitées. Leur force juridique ne sera pleinement respectée que par les États qui auront accepté de s'y plier, mais ce ne seront peut-être pas les plus nombreux ; et la grande question sera évidemment celle de la portée de ses décisions à l'encontre des États dont les comportements mériteraient d'être sanctionnés, mais qui récuseront la valeur obligatoire des jugements d'une juridiction dont ils contestent à la fois l'existence et le droit qu'elle prétend leur appliquer.

La Charte des Nations Unies a proclamé dans son article 55 c que les États membres devaient assurer « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe de langue ou de religion », ce qui n'a pas réussi à ce jour à persuader certains États, et non des moindres, à se conformer à cette obligation parce qu'un pouvoir de sanction n'existe pratiquement pas dans la société internationale. Dans ces conditions est-il réaliste de croire que la création d'une CCI pourrait permettre de remédier à cet état de fait ? Personnellement, je ne le crois pas, d'autant plus que la justice pénale internationale se heurte de la part de nombreux États, notamment africains, sinon au refus de coopérer, tout au moins à une mauvaise volonté évidente. Le refus de se soumettre aux décisions de la juridiction est sans aucun doute une violation du droit international, mais celle-ci n'est pas sanctionnée et cela fragilise le système juridictionnel⁵⁰. Cela ne signifie pas cependant que l'on doive renoncer à tenter d'éradiquer cette tendance mortifère à la négation des principes fondamentaux d'un droit fondé sur le respect de la personne humaine et de la démocratie. Il existe en effet divers moyens de faire pression sur ces États ou sur certains d'entre eux pour tenter d'infléchir leur comportement.

Il existe tout d'abord l'intervention des organisations non gouvernementales (ONG) que l'on a proposé de dénommer plus justement « Organisations transnationales à but non lucratif » en ce sens qu'elles sont établies sur le territoire d'États différents tout en étant reliées entre elles juridiquement avec des financements nationaux, mais très

49 Saint-Paul (Patrick), « La Chine du droit chemin maoïste », *Le Figaro*, 1^{er} avril 2015, p. 12 ; « Pékin met sous tutelle les activités des ONG étrangères », *Le Figaro*, 16 avril 2015, p. 10.

50 Ondo (Télesphore), « La non coopération avec les juridictions pénales internationales », *Revue du droit international et de droit comparé* n°1, 2015, p. 79. Un exemple particulièrement éclairant vient d'être donné par le fait que l'Afrique du Sud ait laissé repartir au Soudan le président Omar El Bechir qui avait participé au sommet de l'UA et cela malgré la décision de justice sud-africaine interdisant sa sortie du territoire sur la base de son inculpation par la Cour pénale internationale pour génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité demandant à l'Afrique du Sud de procéder à son arrestation. L'arrestation et le jugement d'Hissène Habré par une juridiction africaine est sans aucun doute une bonne chose (*Le Monde*, 19-20 juillet 2015, p. 4) ; mais elle confirme aussi la méfiance des États africains à l'égard de la CPI, ce qui permet à l'avocat Reed Brody de dire : « C'est la décision politique qui bride la justice internationale. Même la CPI ne peut agir sur les États non membres qu'avec une décision du Conseil de Sécurité. Les véto sont nombreux, car la CPI est ignorée par les États-Unis, la Chine et la Russie. »

souvent aussi d'origine étrangère⁵¹. Ces ONG sont très actives et souvent efficaces. Elles agissent par exemple pour ce qui nous concerne dans le domaine des droits de l'homme et de l'humanitaire, dans le domaine de la liberté de la presse ou dans le domaine de la lutte contre la corruption et la violation des règles démocratiques notamment électorales. Les rapports qu'elles publient font l'objet d'une large diffusion et sont lus avec attention par les responsables des organisations internationales ou régionales auprès desquelles elles ont souvent une place institutionnelle ; ce sera par exemple le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ou les organismes équivalents du Conseil de l'Europe, de l'Union africaine, de la Ligue arabe, de l'Organisation des États américains, etc. ; les responsables des États qui sont l'objet de leurs critiques les lisent aussi ; il est vrai que le plus souvent c'est pour réfuter leurs conclusions. Mais il n'est pas exclu toutefois que cette condamnation, même morale, puisse avoir une certaine influence, car, d'une façon générale, les États n'aiment pas être mis en accusation sur la place publique ; ils n'aiment pas que leurs comportements soient dénoncés et fassent l'objet d'une condamnation même si celle — ci n'a qu'une portée morale⁵². On a pu parler à propos de l'influence des ONG « d'un contrepouvoir international » dont l'action est aujourd'hui facilitée par le rôle grandissant des médias, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme, l'action humanitaire et la préservation des valeurs de la démocratie⁵³. C'est pourquoi ces ONG sont actuellement pourchassées en Russie où une législation très restrictive de leur liberté d'action a été adoptée récemment, obligeant certaines d'entre elles à se faire enregistrer comme « agents d'influence étrangère » ; la Chine s'apprête d'ailleurs à faire adopter au cours de cette année une législation similaire destinée à empêcher la propagation de l'influence occidentale. Considérées comme « un risque sécuritaire », elles seront placées sous le contrôle du Bureau de la sécurité publique « afin de protéger suffisamment la sécurité et la stabilité sociale du pays »⁵⁴.

Il est également possible de recourir à d'autres types de pression d'efficacité variable d'ailleurs selon leurs destinataires et selon les circonstances. Le Conseil de l'Europe dispose de sanctions que l'on peut qualifier de « stigmatisantes » comme la suspension du droit de vote⁵⁵ ; il existe aussi divers procédés de sanctions plus connus ;

51 Touscoz (Jean), *Droit international*, Thémis-PUF, 1993, p. 194.

52 Par exemple si les rapports d'Amnesty international sur la situation des droits de l'Homme ne sont pas particulièrement appréciés au Maroc, ils sont lus attentivement et font l'objet de mises au point pas toujours négatives. Les protestations d'un certain nombre d'ONG lors du procès des émeutiers de Gdeim Izik près de Laâyoune contre leur jugement par un tribunal militaire ont manifestement été à l'origine de la réforme de la justice militaire. En revanche, il est clair que le Maroc n'accepterait pas que les Nations Unies veuillent exercer un contrôle direct sur le respect des droits de l'homme dans les provinces du Sud, contrôle qui serait considéré comme une ingérence contraire à sa souveraineté bien que ce respect puisse s'analyser comme relevant d'une obligation internationale à la charge de l'État dont la méconnaissance justifierait « une réaction admise et réglementée par le droit international actuel ». Mehdi (Rostane), *op. cit.*, p. 390-391.

53 François de Bernard dans *Libération*, 19 juillet 2001, cité par Guilhaudis (J.-F.), *op. cit.*, p. 346.

54 Pedroletti (Brice), « En Chine la société civile sous pression », *Le Monde*, 5-6 avril 2015, p. 2.

55 Les sanctions décidées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe l'égard de la Russie en raison des violations des droits de l'homme en Tchétchénie n'ont semble-t-il pas eu grand effet.

ce sont des sanctions économiques, financières ou commerciales qui sont d'un usage fréquent bien que ces procédés constituent une forme d'ingérence ; mais ces sanctions bénéficient d'un certain consensus faute pour les États ou les organisations régionales qui y ont recours, de disposer d'autres moyens d'infléchir le comportement des États réfractaires. L'actualité ne manque pas d'exemples qui peuvent illustrer ce propos, que ce soit celui de la Russie en liaison avec le problème de l'Ukraine, ou celui de l'Iran qui vient de connaître une avancée très importante avec l'accord signé à Lausanne (3 avril 2015), mais qui reste encore en suspens jusqu'à la prochaine réunion des protagonistes de ce mois de juin⁵⁶.

Cependant, il reste que dans les cas les plus graves d'atteintes insupportables aux droits de l'homme, on se trouve devant des situations conflictuelles dont la solution échappe totalement à l'emprise du droit et à toute solution juridictionnelle. Il s'agit alors d'une question bien connue et d'une particulière actualité et qui est de savoir s'il est possible de recourir à une intervention armée pour faire cesser le conflit et les atteintes aux droits de l'homme qu'il entraîne. On appelait cela autrefois, au XIX^e siècle, « l'intervention d'humanité » : il s'agissait déjà de la protection des chrétiens d'Orient même si en intervenant les Puissances pouvaient avoir aussi d'autres motivations qu'humanitaires ; et cette question resurgit aujourd'hui sous une autre appellation et avec peut-être une autre finalité : il s'agit de ce que l'on appelle une « intervention responsable » qui est organisée unilatéralement par certains États, mais qui peut l'être aussi sous l'égide des Nations Unies ; cette intervention est au départ de nature militaire ; mais elle a pour but de mettre un terme à des conflits internes qui ont échappé au contrôle des États, ou plutôt des « non-États », et qui menacent l'existence des populations. C'est ce genre de situations que l'on a vu se développer dans un passé pas très ancien et que l'on voit aujourd'hui même, réapparaître en Syrie, en Irak, au Yémen ou dans certains pays d'Afrique⁵⁷.

En définitive la création d'une CCI me semble relever d'un exercice doublement inutile. D'abord, c'est *inutile* lorsque l'on se trouve en face d'États qui relèvent déjà de juridictions ayant le même objet, CJCE ou CEDH par exemple. Mais c'est un exercice également inutile lorsque l'on se trouve en présence d'États pour lesquels la souveraineté est un impératif catégorique, ou parce que ces États refusent d'accepter de se plier au respect de normes constitutionnelles considérées comme étrangères, ou enfin parce que cette CCI serait dans la difficulté voire l'impossibilité de faire exécuter ses décisions, face à des situations sur lesquelles une juridiction ne peut avoir aucune prise parce que les États qui en sont la cause sont des États de « mauvaise foi ».

Pour toutes ces raisons je pense que la création d'une CCI serait une manifestation d'irréalisme parce que méconnaissant le principe fondamental des relations internationales du « consentement des États à l'obligation contrôlée », la CCI serait incapable d'amener à résipiscence des États bien décidés à l'abri de leur « souveraineté »

56 Thévenin (Jean-Marc), « Sanctions économiques et droit international », *La Revue des Droits*, n° 57, 2014, p. 161. (Ce numéro est consacré à l'ingérence).

57 Voir dans *Le nouvel ordre mondial, réalité ou illusion ?* Éd. Eddif, 1994, les textes de Mrabet (El Arbi), « Droits de l'homme et souveraineté des États », p. 73 ; et Torelli (Maurice), *L'ingérence humitaire et le nouvel ordre mondial*, p. 87.

à mener, comme bon leur semble, la politique qui leur convient à l'égard de leur population⁵⁸.

Pour conclure, j'en donnerai pour ultime exemple celui de la circulaire interne du Parti communiste chinois (PCC), connue sous le nom de document n° 9, qui ordonnait aux cadres du PCC de combattre sept types d'influences négatives sur la société chinoise. Parmi celles-ci, « la démocratie constitutionnelle occidentale », ou « les valeurs universelles, telles que les droits de l'homme et la liberté d'expression identifiés comme des menaces au règne du parti unique »⁵⁹.

Mais je dois maintenant m'arrêter, car je suis aux confins de mon sujet sans être tout à fait sûr de n'en être pas déjà sorti !⁶⁰

58 Jean Charpentier, « Le fondement du pouvoir de contrôle des organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Georges Burdeau*, LGDJ, 1976, p. 1011. : « Je persiste à penser que ce n'est pas en cherchant à imposer aux États des règles qu'ils n'ont jamais admises qu'on parviendra à renforcer l'ordre juridique international, mais au contraire que c'est en exaltant la nécessité de leur consentement qu'on l'obtiendra et qu'on pourra exiger d'eux le respect de bonne foi des obligations volontairement assumées. » Le même point de vue est défendu par Guilhaudis (Jean-François), *op. cit.*, p. 410 et 415.

59 Saint-Paul (Patrick), « Pékin muselle une voix de la liberté », *Figaro*, 18-19 avril 2014, p. 7. Il s'agit de la condamnation à sept ans de prison pour « divulgation de secrets d'État » de la journaliste qui avait transmis à des médias étrangers la circulaire du PCC intitulée Document n° 9.

60 Au terme de ces deux journées et à la lumière des interventions qui ont été présentées, je suis porté à penser que la création de cette Cour pourrait peut-être avoir un effet positif que ce soit en tant que conseil des États, et peut être aussi en tant que juridiction saisie par les individus. Son action s'apparenterait alors à l'action de pression des ONG.



LES LIMITES DE L'ÉTAT-NATION MODERNE, LES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME ET LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Mahrez BOUICH

Tous les hommes ont les mêmes droits... Mais du commun lot,
il en est qui ont plus de pouvoirs que d'autres. Là est l'inégalité.
Aimé Césaire

Étudier la problématique de la relation des droits de l'Homme avec l'État-nation moderne constitue le talon d'Achille dans toutes les tentatives de recherches académiques, une variable à des approches politiques et juridiques, liées étroitement à la fois à la nature de l'État-nation, et aux exigences dues au processus de l'évolution des droits de l'Homme dans le monde depuis 1948.

En effet, s'interroger aujourd'hui sur la question des droits de l'Homme, débutera inévitablement par l'interrogation sur les raisons qui n'ont pas permis à ces droits d'atteindre leurs objectifs annoncés, notamment octroyer à la Personne humaine sa dignité, tous ses droits et son rôle adéquat dans un monde où la raison d'État prime sur la raison humaine.

L'éminent philosophe allemand, Emmanuel Kant, a anticipé et a prévu le débat sur la problématique du droit et de la dignité humaine.

Tout homme a le droit de prétendre au respect de ses semblables et réciproquement il est obligé au respect envers chacun d'entre eux. L'humanité elle-même est une dignité ; en effet, l'homme ne peut jamais être utilisé simplement comme moyen par aucun homme (ni par un autre, ni même par lui-même), mais toujours en même temps aussi comme une fin, et c'est en ceci précisément que consiste sa dignité (la personnalité), grâce à laquelle il s'élève au-dessus des autres êtres du monde, qui ne sont point des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses. De même qu'il ne peut s'aliéner lui-même pour aucun prix (ce qui contredirait le devoir de l'estime de soi), il ne peut agir contrairement à la nécessaire estime de soi que d'autres se portent à eux-mêmes en tant qu'hommes, c'est-à-dire qu'il est obligé de reconnaître pratiquement la dignité de l'humanité en tout autre homme, et par conséquent sur lui repose un devoir qui se rapporte au respect qui doit être témoigné à tout autre homme.⁶¹

En effet, la relation État/Homme constitue aujourd'hui un tournant problématique dans la pensée humaine. L'État n'est pas suffisamment, comme le pensent certains, ca-

61 Kant (Emmanuel), *Méta physique des mœurs*, 1797.

pable de gouverner, garantir la volonté de ses citoyens et satisfaire tous leurs besoins, et réaliser et protéger leurs droits et dignités, puisque la volonté de l'État dépend avant tout de la volonté de ceux qui ont donné à l'État lui-même son existence, c'est-à-dire, l'Homme, l'Homme comme sujet politique, social, économique, juridique et encore autant que sujet de droit.

La relation des droits de l'Homme avec l'État-nation a connu une tension constatabile. Elle est aujourd'hui, au cœur de plusieurs débats, vu l'état de la dégradation de la condition humaine et la situation que vit l'Homme partout dans le monde. Les limites de l'État-nation relatives à la défense et la promotion des droits de l'Homme sont observables, en particulier, concernant la régulation par la voie juridique et la mise en place des politiques pour la défense et la promotion desdits droits.

I — Esquisse d'une interrogation

Depuis Platon qui pensa les fondements de la République en termes « de droits des individus et de leurs devoirs », qui considéra les principes de la réalisation tangible de la justice et de la vertu parmi ceux qui constituent les classes de la République, les philosophes de la théorie de l'État ont largement développé l'idée de la relation entre les droits et les structures politiques et juridiques de l'État. Ils ont essayé de donner de nouvelles pistes de réflexion qui aboutissent à l'intégration de la conception des droits humains dans les sphères étatiques. Les juristes des temps modernes, de leurs côtés, semblent aujourd'hui apprêter les grands fonctionnements des droits (droits naturels, droits positifs), dans le processus de la consécration de l'État de droit. Ce dernier trouve son fondement dans l'arsenal des lois, à titre illustratif, des lois en matière de défense et de promotion des droits de l'Homme dont le monde dispose aujourd'hui. Toutefois, lesdites lois ne sont pas pour le moment des évidences complètement ancrées dans l'imaginaire collectif humain, puisqu'elles sont confrontées à une résistance négative caractérisée par une incapacité politique et juridique de l'État-nation en général et celles des acteurs politiques en particulier. Une « incapacitéabilité » qui trouve son émergence à travers « l'agir des impolitiques », pour reprendre l'expression du politologue Julien Freund, et la défiance des structures étatiques modernes caricaturées à l'image des impolitiques.

Il est tout à fait clair que le regard des États sur la question des droits de l'Homme diffère d'un État à un autre.

La question des droits de l'Homme aujourd'hui, précisément dans les débats philosophiques, politiques et juridiques, portant sur la nature de sa relation avec l'État, constitue un paradoxe-dilemme pour la majorité des théoriciens de l'État moderne. L'ère moderne semble être déterminée, à la fois par le déclin des formes étatiques absolues de l'État-nation comme entité homogène, et par l'enclenchement du processus d'universalisation de distinctes valeurs, spécifiquement, les valeurs des droits de l'Homme.

Les valeurs universelles des droits de l'Homme, depuis la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, proclamée par l'Assemblée constituante française de 1789, en passant par la Déclaration universelle de 10 décembre 1948, semblent recueillir le

consentement d'une grande partie de la communauté humaine, en dépit de certaines méfiances. L'accord de ladite communauté considère les valeurs humaines mises en exergue par les différentes conventions et déclarations, comme étant le seul moyen qui puisse permettre d'instaurer les bases des droits fondamentaux de l'Homme ; encore plus une source substantielle qui assurerait la continuité de l'humanité. Chose déplorable, le processus d'universalisation des droits de l'Homme et la lutte pour les défendre et les sauvegarder demeurent aujourd'hui otages des particularités juridiques et politiques de chaque État, tant au niveau national qu'international. Une des limites majeures est l'argument d'ingérence invoqué par les États, même s'il s'agit des violations graves des droits de la personne humaine.

En effet, l'histoire de l'évolution des droits de l'Homme a consacré une réalité juridico-politique historique au sein de la théorie de l'État moderne, une théorie qui est basée fondamentalement sur les notions des droits de l'Homme, comme elle a énoncé les modèles juridiques inhérents à la protection, la sauvegarde et la défense des mêmes droits, en particulier à travers la constitution. Toutefois, l'histoire desdits droits est toujours liée, depuis son apparition, à l'histoire de l'État puisque l'État en tant qu'ensemble des institutions politico-juridiques est considéré comme le seul cadre qui peut permettre à la fois la mise en place de « l'applicabilité » effective des législations adéquates, et de l'adoption des politiques les plus favorables pour la défense et la promotion des droits de l'Homme. Un encadrement purement étatique interne à chaque État.

Dès lors, l'interrogation fondamentale de ma communication est basée substantiellement sur l'analyse des limites politico-juridiques de l'État-nation moderne concernant les stratégies en matière de défense et de protection des droits de l'Homme. Une interrogation-esquisse qui va essayer de proposer une analyse des rapports entre l'État moderne et les Droits de l'Homme, comme elle envisage de décortiquer une nouvelle vision critique de l'usage des formes étatiques (l'étatisme comme doctrine d'État) et politiques du processus de mise en place du dispositif législatif et juridictionnel en matière de défense des droits de l'Homme.

Notre interrogation demeure aussi : comment la question d'une Cour constitutionnelle internationale peut-elle transcender les limites de l'État-nation, et jouer un rôle primordial dans la redéfinition des concepts relatifs aux cadres juridico-politiques et étatique-nationaux de l'État-nation, ainsi que dans la prise en charge de la question des droits de l'Homme au détriment de la raison d'État qui constitue au préalable le rempart des États Nations dans ses politiques relatives aux droits de l'Homme ?

II — De l'État moderne ou la nouvelle configuration de la praxis politique

L'instauration des nouvelles formes étatiques de gestion des affaires de l'État depuis la chute du mur de Berlin, illustrée de manière spectaculaire dans l'histoire des États modernes, a accompagné toutes les mutations sociopolitiques, comme elle a constitué un pouvoir d'influence sur toutes les démarches politiques et juridiques. L'Etatisme est devenu la nouvelle doctrine des temps modernes.

La constitution du concept moderne de l'État, tel qu'on le trouve chez la majorité des théoriciens de l'État, perçoit les nouvelles assises théoriques et pratiques d'une structure politico-juridique nouvelle, et ce depuis les réformes religieuses connues à la fin du Moyen Âge, et qui ont été concrétisées par la Révolution française à la suite des travaux philosophiques des Lumières. La nouvelle forme de l'État moderne s'est constituée en schéma organisationnel global et en une entité institutionnelle : « l'État est l'ensemble organique des institutions d'une communauté historique. Il est organique par le fait que chaque institution présuppose et supporte toutes les autres en vue de son propre fonctionnement, et que pour leur fonctionnement chaque institution est présupposée et supportée par toutes les autres »⁶²

En outre, toutes les formes politico-juridiques, les modes de gouvernance et les modèles de pouvoir qui caractérisent l'État moderne marquent une rupture avec le modèle de l'État cité grec, et de l'État monarchie traditionnel de l'Europe médiévale.

Jacques Chevallier disait sur l'apparition de l'État moderne : « Le nouveau pouvoir (État moderne) est apparu progressivement et s'est consolidé du XVI^e au XVIII^e siècle, si bien que l'État monarchique de Louis XVI possède une légitimité et des structures fort différentes de celui de François I^r. À bien des égards, les actuels États-nations de l'Europe occidentale sont encore les héritiers de cette mutation fondamentale, qui ne s'est produite que bien plus tard sur les autres continents, souvent, du reste, à la suite de fortes influences européennes. Cette mutation a été pensée et menée à bien par des philosophes politiques et des gouvernants de premier plan, généralement dénués de scrupules, mais parfois doués d'une grande subtilité, qui ont réussi à imposer un raisonnement et une pratique fondée sur la ‘raison d’État’. Parmi les principales figures, on citera le cardinal de Richelieu, Mazarin, Louis XIV, Frédéric II de Prusse, et, chez les penseurs, Machiavel en Italie et Hobbes en Angleterre. »⁶³

L'usage du concept de l'État dans la philosophie politique moderne est devenu habituel par son histoire et par sa signification politique et juridique. Il est lié à l'organisation générale de la société, « l'emploi du mot ÉTAT, dans le sens de la société politiquement organisée, est relativement moderne, puisqu'il remonte à Machiavel, les Grecs employaient les termes cité et république, les Romains ceux de *res publica*, *civitates*. La locution *status rei publicae*, et autres semblables, par exemple, *status rei romanae*, déjà en usage dans l'antiquité, finirent probablement par faire adopter le terme ÉTAT »⁶⁴.

Il est extrêmement indispensable, pour bien mettre les choses au clair, de distinguer avant tout le concept de l'État de celui de la société. Ce dernier représente le groupe, tandis que l'État est l'ensemble des institutions politiques et juridiques, ainsi que l'ensemble des genres possibles de sociétés.

L'histoire de l'évolution de l'esprit de l'État comme une structure organisationnelle, a fait de lui une unité constructive de toutes les activités sociales, de tous les liens poli-

62 Weil (Eric), *Philosophie politique*, Paris, J. Vrin, 1996, p. 132.

63 Chevallier (Jacques), *L'État post-moderne*, Série Pratique, Paris, LGDJ, 2003.

64 Del Vecchio (Giorgio), *L'État et le droit, Essais de la philosophie politique*, Paris, Dalloz, 1964, p. 5.

tiques, économiques, juridiques de la société, une forme d'organisation multiactivités. Cette forme de société que nous appelons « État » est essentiellement fondée, sur le lien juridique, mais il convient de mieux déterminer cette dimension puisque la juridicité est le caractère de plusieurs sociétés qui n'ont pas de statut, chose qu'on constate dans certaines ethnies anciennes (le droit coutumier).

Le caractère de la juridicité appartient aussi à des normes particulières ou à des systèmes qui ne règlent qu'une partie de l'agir humain, pourvu que ce soit toujours dans un sens intersubjectif ou bilatéral, de sorte qu'aux facultés ou prétentions de l'un correspondent des obligations d'autrui. Mais chaque peuple, à tout moment de son existence, est nécessairement soumis à un système de règles qui gouvernent son activité toute entière. Un système qui peut s'exprimer sous forme de lois ou même de coutumes, judiciaires ou non, et qui représentent quelle qu'en soit la valeur absolue, la volonté prépondérante à ce moment précis de l'histoire.⁶⁵

Mais il reste à dire aussi que la question de juridicité est liée d'une manière homogène aux préceptes de la théorie républicaine, cette dernière « s'enracinait dans l'idée du bien-fondé de la souveraineté populaire et du bon exercice de la volonté générale »⁶⁶. Toujours est-il que « nous pouvons donc définir l'État comme étant l'unité d'un système juridique qui renferme en lui-même son propre centre autonome et qui est pourvu en conséquence de la qualité suprême de personne, au sens juridique. »⁶⁷

III — L'État face à son évolution

Aujourd'hui, tous les spécialistes de l'État s'accordent sur le fait que l'État est l'ensemble organique d'une communauté historique, mais aussi que l'État n'est pas une entité capable d'être complètement définie, puisque cette entité ne peut être que la superstructure d'une réalité plus fondamentale. En raison de son évolution, l'État devient un « épiphénomène »⁶⁸.

L'évolution de la pensée politique à travers le temps a consacré le modèle étatique comme le seul modèle de l'organisation politique qui garantit la cohésion sociale. Il est basé sur trois éléments fondamentaux à savoir, le peuple, le territoire et l'autorité politique qui assure l'organisation et dispose de la violence légitime. Il repose aussi sur toutes les représentations politiques et sociales abstraites du concept de Nation.

Le modèle de l'État-nation moderne, tel qu'il est théorisé en occident, est devenu un modèle universel. Il tire sa légitimité à la fois des théories philosophiques les plus avancées, et des garanties qu'il assure, entre autres de l'institutionnalisation du pouvoir, des droits, des devoirs, de la séparation des pouvoirs, du contrat social, de l'organisation politique, de la laïcité, de la citoyenneté.

65 Ibid., p. 8.

66 Barret-Kriegel (Blandine), *Les chemins de l'État*, Paris, Calmann-Levy, 1986, p. 246.

67 Del Vecchio (Giorgio), *op. cit.*, p. 5.

68 Weil (Eric), *op. cit.*, p. 132.

L'État, perçu comme un principe d'ordre et de cohésion, disposant du monopole de la contrainte, et existant à travers un appareil structuré de domination, même s'il recouvre des réalités hétérogènes, la forme étatique s'est étendue progressivement au monde, et sa sphère d'intervention n'a cessé de croître : c'est l'avènement de l'État-providence. Mais celui-ci va entrer en crise à la fin du XX^e siècle sous l'impulsion de facteurs idéologiques, économiques et politiques, conduisant à réévaluer la place de l'État, mais aussi de la mondialisation, qui va poser la question de la pertinence du modèle étatique.⁶⁹

En effet, le modèle de l'État moderne s'est développé d'une manière spectaculaire et sa généralisation planétaire, juste avec l'enclenchement du processus des décolonisations, provoquera l'émergence de nouveaux États.

Toutefois, la mondialisation économique, culturelle et politique a fait transformer plusieurs caractéristiques classiques de l'État. L'unité de la forme étatique est devenue à l'ère moderne au diapason de l'émergence du collaborisme entre États, tel que les Nations Unies, l'Union européenne, l'Union africaine, la Ligue arabe. Une vision postmoderniste de l'État-nation qui remet en cause ses octroyas théoriques et philosophiques classiques et qui transcende la figure du cadre étatique.

IV — Les transmutations du modèle étatique

On peut constater plusieurs transmutations du modèle étatique contemporain, parmi lesquelles on peut citer :

- La reconfiguration de formes d'organisation étatiques de l'État puisqu'il dépend de nouvelles normes internationales.
- La question politique et juridique devient une question liée à un cadre transnational.
- La mondialisation entraîne inévitablement une diminution de la marge de liberté des États face à la montée en puissance de nouveaux acteurs et à la constitution d'entités plus vastes.⁷⁰
- L'État-nation dépend aujourd'hui d'un cadre multinational. Il constitue pour l'État une alliance institutionnelle régie par un pacte (politique, économique, militaire).
- L'État subit une réduction en matière de sa souveraineté, puisqu'il est contraint de composer avec de nouveaux acteurs : les institutions internationales, les institutions régionales, les organisations non gouvernementales, les acteurs économiques, les entreprises multinationales.
- L'État en tant qu'acteur économique a subi de profondes transformations : les politiques de privatisation ont porté un coup d'arrêt au service public économique, tandis qu'un mouvement de déréglementation a marqué la fin du dirigisme.⁷¹

69 Chevallier (Jacques), *op. cit.*

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

— L'État unitaire est également ébranlé par le double mouvement de déconcentration et de décentralisation, allant jusqu'à doter les autorités locales de compétences élargies voire à les rendre autonomes au point parfois de s'apparenter à un basculement vers le fédéralisme⁷².

Cette configuration a transformé catégoriquement la physionomie de l'État. Elle a consacré un modèle d'un État qui dépend des éléments qui lui sont exogènes.

V — Les droits de l'Homme face à l'État-nation

Au préalable, la question de l'État-nation et celle des droits de l'homme apparaissent, comme étant historiquement liées par le caractère conflictuel puisque leurs relations étaient d'une influence réciproque.

Depuis aussi longtemps, plusieurs groupes sociaux ont réclamé la reconnaissance des droits de l'Homme. Sous l'emprise de la monarchie absolue et d'un féodalisme arbitraire, l'Homme a vécu une restriction totale de ses droits naturels, il a été empêché de vivre conformément à son statut de personne humaine. La quête de l'homme à reconquérir ses droits l'a mis dans un processus de revendications perspicaces. Elle l'a chargé de faire un travail intellectuel assez conséquent :

[...] les couches désavantagées de la société ressentaient comme une injustice les liens qu'elles combattaient, et considéraient que leurs postulats propres (les valeurs des droits de l'homme) étaient justes. Ne leur voyant pas d'issue positive sous les régimes législatifs contemporains, et méfiantes des forces détenant l'administration comme appartenant à un système de droits naturels, elles considèrent que ce système au-dessus de l'État est l'expression de la prise de conscience de la personnalité humaine [...]. En somme, la réclamation du respect des droits de l'homme est l'expression du désir de plus en plus général de libérer les individus de toutes les restrictions de la part des pouvoirs politiques dans tous les domaines, où de telles restrictions ne sont pas dictées par les conditions indispensables de vie en commun⁷³.

En effet, l'interinfluence réciproque établie entre État et droits de l'Homme forme une relation typique. Vraisemblablement, les rapports entre les deux sont toujours dans un stade de concurrence habituelle ; une phase de rapports de forces et d'arguments, une concurrence rude puisque d'un côté les droits de l'Homme envisagent de se concrétiser face aux formes restrictives et prohibitives étatiques (puisque elles détiennent l'usage de la violence légitime, et le pouvoir législatif qui est porteur de la mise en place du droit positif étatique) et d'un autre côté, l'État-nation, par la voie de ses institutions adopte ses propres stratégies et politiques afin de faire de l'État le garant des droits naturels de l'Homme.

72 *Ibid.*

73 *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des entretiens de l'Aquila (14-19 septembre 1964), La Nuova Italia, 1966, p. 39.

[...] l'apparition de l'État moderne en tant que forme d'organisation politique a été indissociable d'une certaine conception du lien social et politique, d'une certaine vision du pouvoir, d'une certaine représentation de l'articulation entre l'individuel et le collectif. Est-il besoin de rappeler l'importance du rôle joué, aux XVII^e et XVIII^e siècles, par l'École du droit naturel et des gens dans la construction symbolique de l'État ? S'impose alors progressivement l'idée que l'individu préexiste à l'État, que celui-ci n'est que le fruit d'un « contrat social », conclu dans l'intérêt et pour l'utilité de chacun ; l'individu est considéré comme détenteur, en tant qu'Homme, de droits, que l'État est tenu de garantir. Cette construction théorique trouvera sa concrétisation politique à la fin du XVIII^e siècle avec les Révolutions américaine et française. Au principe de la construction étatique, on trouve l'idée de protection des droits et libertés individuels⁷⁴.

Les profondes transformations que connaît l'État dans les sociétés contemporaines, sous l'effet de multiples facteurs, en particulier avec la propagation de la mondialisation sous ses différentes formes, et sous l'égide des crises que traversent les institutions et les valeurs de la modernité, ont eu des répercussions néfastes sur la conception des droits de l'homme, ainsi que sur les dispositifs chargés d'assurer leur protection. Étant donné le dépassement des visions locales des droits de l'homme vers une vision transnationale, qui n'a pas été accompagné par la réalisation des mécanismes adéquats qui peuvent permettre la protection de ces droits.

VI — L'État-nation face à ses limites politico-idéologiques

Sans aucun doute, tous les fondements philosophiques des droits de l'Homme sont basés sur l'individu et appartiennent aux individus, puisqu'ils sont liés à la capacité de chacun de faire de soi un sujet libre et responsable. Mais il reste à déterminer, comme l'histoire le prouve assez bien, le cadre habilité à mettre en place les conditions adéquates pour la protection et la promotion des droits de l'Homme, et il s'agit bien entendu de l'État.

Depuis l'enclenchement du processus de décolonisation et l'intégration des nouveaux États aux Nations Unies, les droits de l'Homme sont devenus, de plus en plus, une question étatique avec des considérations internationales. Mais, la dimension universelle des droits de l'Homme n'a pas été assez fondamentale au sein des politiques adoptées par les nouvelles nations émergentes, à défaut de visions protectionnistes restreintes, d'une préoccupation politico-économique basée sur le principe de la souveraineté, ainsi que sur le droit des États d'adopter ses propres politiques locales, émanant de la volonté des politiques des États *per se*.

En fait, la personne humaine et ses droits sont devenus contextuels. Ces derniers sont adaptés aux objectifs idéologico-politiques et aux conditions économiques de chaque État-nation. « Sous la pression croissante de nouveaux États devenus membre de

⁷⁴ Chevallier (Jacques), « Propos introductif » in Lochak (Danièle) (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2007, <http://books.openedition.org/pupo/1382>.

l'ONU, récemment décolonisés, encore fragiles, les droits sont souvent en pratique, assez rapidement, ceux des collectivités nationales et étatiques. Il s'agissait dès lors de faire respecter les droits d'un État, et finalement de son gouvernement, quel que fût d'ailleurs le régime politique en vigueur. Les jeunes États ont exercé une pression considérable dans ce sens, ils se cherchent une protection de principe [...] »⁷⁵

L'ancrage historique du conflit qui existait entre les groupes sociaux revendicateurs des droits de l'Homme, et les systèmes politiques éstatico-absolutistes, a constitué un véritable cadre qui a permis à la proclamation des lois universelles qui conviendraient aux préoccupations de la Personne humaine.

L'influence du contexte idéologique depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale sur l'orientation politique de tous les pays, en particulier les pays occidentaux, qui vont eux-mêmes imposer cette orientation sur leurs colonies d'Afrique, d'Asie, d'Amérique Latine, accentuée par la propagation de la guerre froide entre les deux pôles « communiste — libéral », a fait de la question des droits de l'Homme un instrument politique et juridique, comme elle devient pour certains États, depuis la proclamation de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, un moyen de renforcer l'idéologie établie, et un prototype qui peut leur permettre de véhiculer et de transmettre les valeurs qu'ils défendent.

La dualité relative à l'interprétation, à l'application et à la protection de la Déclaration universelle des droits de l'Homme — une dualité constituée de deux visions, une vision communiste et une vision libérale, qui demeure à nos jours — a fait de la déclaration un objet des choix politiques et idéologiques. On peut même dire que sa mise en valeur est déterminée par une adoption d'une partie des articles au détriment des autres, une segmentarité qui est devenue une règle majeure dans les politiques de certains États-nations.

Les jeunes États [...] ont, en outre, longtemps bénéficié du soutien des États communistes pour lesquels l'interprétation personneliste des droits de l'homme a toujours été plus que gênante et, à vrai dire, malgré leur acceptation, inacceptable. L'accent qu'ils prétendaient mettre sur les droits économiques et sociaux plutôt que sur les droits civils et politiques contribua à les mettre à l'aise sur la scène internationale, jusqu'au moment où il devint évident, aux yeux de tous, que la seconde catégorie de ces droits était la condition de réalité de la première.⁷⁶

Il est clair que l'État-nation moderne est caractérisé par les principes libéraux tels qu'ils sont définis par Machiavel, Jean Locke, Hobbes, Rousseau et les autres. Elles consacrent une nouvelle humanité qui prône l'ère des droits naturels de l'individu. Mais la dimension radicale du libéralisme a fait de la personne humaine un sujet politique et économique au détriment à la fois de sa dimension humaine et de son statut en tant que source de l'existence de la société elle-même, et puis de l'État. Ainsi, le libéralisme a constitué, par la force du temps, une raison inaliénable pour l'existence de l'État-nation, sans pour autant prendre en considération la dimension sociétale. « Le

75 Kibansky (Raymond) et Pears (David), *La philosophie en Europe*, Paris, Gallimard, 1993, p. 527.

76 *Ibid.*, p. 528.

libéralisme repose sur l'idée que chaque être humain possède des droits fondamentaux naturels précédant toute association et qu'aucun pouvoir n'a le droit de violer. En conséquence, les libéraux veulent limiter les obligations sociales imposées par le pouvoir et plus généralement le système social, telles que la morale, au profit du libre choix et de l'intérêt de chaque individu indépendamment des autres »⁷⁷

La primauté du politico-civil sur le socio-économique charge la théorie moderne de l'État libéral d'un ensemble de critiques de base, et comme le dit assez clairement Raymond Aron, « la plus grande erreur des libéraux, me semble-t-il, est d'avoir cru que le libéralisme politique et le libéralisme économique allaient de pair »⁷⁸.

La conception idéologique des droits de l'Homme a constitué à un moment donné la référence basique sur laquelle l'État-nation fonde sa législation et ses politiques.

Il est évident qu'aujourd'hui, la théorie communiste n'a pas eu totalement, par sa centralisation organisationnelle effective, le monopole de la lutte pour les droits de l'Homme, puisque le choix idéologique demeure pour cette théorie, le fil conducteur de l'existence de l'État socialiste lui-même (il suffit de voir et étudier les critiques de Marx sur les droits de l'Homme). Il est évident aussi que la conception libérale des droits de l'Homme est chargée d'une vision instrumentale, réductrice de l'homme, puisqu'elle fait de lui un homme unidimensionnel, otage d'un ordre mondial qui rend l'homme un objet technico-juridique, un sujet de la politique et pas un politique, un individu-consommateur, un aliéné dans un système dont il ignore qui, comment et pourquoi il existe. La suprématie des libéraux envisage, depuis l'émergence des deux libéralismes, politique et économique, à mettre en place un État technique minimaliste qui repose sur une raison instrumentale. Or, les réalités historiques de l'évolution de l'homme au sein de la société et l'esprit des droits de l'Homme, font que la communauté humaine a pu former un idéal universel sur lequel les États sont en mesure de mettre en place le cadre de protection et de garantie d'un idéal universel à savoir : les droits de l'Homme.

Cependant, l'approche précédente pousse à poser les deux questions suivantes. Quels genres de modèles d'État semblent les mieux indiqués pour garantir l'application intégrale des droits de l'Homme ? Faut-il adopter une nouvelle démarche qui dépasse le cadre de l'État-nation pour garantir l'application intégrale des droits de l'Homme ?

En d'autres termes, nous voudrions examiner les contraintes idéologiques de la structuration de l'État-nation moderne, ainsi que le rôle joué par l'Homme dans le processus de sa réalisation, et l'importance que l'État-nation attache au respect et à l'application intégrale des droits de l'Homme, puisqu'en dehors de toutes les observations faites sur la question de « l'habitabilité », l'élargissement des droits de l'Homme dans les sphères politiques et sociales dépend de l'orientation de l'État lui-même, seul représentant du pouvoir et de l'autorité, et de sa relation avec les individus. Comme le pense assez bien Jacques Chevalier :

⁷⁷ Hayek (Friedrich), *La route de la servitude*, PUF, p. 20.

⁷⁸ Aron (Raymond), *Introduction à la philosophie politique*, Le livre de poche, 1977, p. 127.

L'avènement de l'État providence implique ainsi une vision différente de ces droits. À la conception traditionnelle des droits-libertés consacrés face au pouvoir, tend alors à se superposer l'idée de droits-créances reconnus aux individus et qui se traduisent par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'État ; il ne s'agit pas seulement d'un élargissement des droits de l'homme vers les « droits sociaux », mais bien d'une conception différente de ces droits, qui recouvre une transformation de la relation entre individus et État⁷⁹.

VII — La raison d'État comme subterfuge au non-respect des droits de l'Homme

Il est évident qu'aujourd'hui, les jargons inhérents aux droits de l'Homme sont presque visibles dans tous les discours politiques. En outre, la situation des mêmes droits change d'un pays à un autre. Bien que l'État-nation moderne soit fondé sur les principes de droit, la lutte pour la défense des droits de l'homme passe à présent par des actions de militantisme. Un paradoxe ! Une réalité incontestable. À ce sujet, on ne peut que poser la question suivante : pourquoi les droits de l'homme qui sont naturels et universels, et qui affirment le droit inviolable de tous à la vie, à la dignité, à l'égalité et à la liberté, doivent-ils passer par une action militante pour les assurer, les respecter et les sauvegarder ?

Il est clair que l'universalisation des droits de l'Homme enregistre une progression assez considérable. La mise en place des institutions nationales et internationales relatives à la défense des droits de l'Homme participe à l'ouverture des débats permanents sur la situation des droits de l'homme dans le monde. Le travail de résistance qui est en train de se faire par les ONG et les associations des droits de l'homme, un peu partout sur une échelle mondiale, contribue à une avancée conséquente dans la cadre de la défense et de la promotion des mêmes droits.

Mais, face aux limites politico-juridiques de l'État-nation, il se trouve, qu'aujourd'hui, des hommes meurent ou sont emprisonnés et privés de leurs biens par des gouvernements. En effet, des hommes et des femmes sont torturés à cause de leurs opinions politiques et religieuses. À l'ère des temps modernes, des personnes humaines sont privées de leurs droits politiques et civils. Les formes de racisme, d'exaction, et de discrimination caractérisent la vie quotidienne de certains États ; des répressions orchestrées contre les libertés d'expression et de réunion pacifique, des *condamnations* arbitraires des militants, des hommes politiques, des penseurs, des journalistes, de différentes associations en instrumentalisant la justice, des crimes contre l'humanité sont en train de prendre lieu à ciel ouvert dans pas mal de pays du monde. La dégradation des droits socio-économiques et l'atteinte à la dignité humaine ne sont un secret pour personne, de déni des droits culturels et linguistiques qui représentent la forme d'existence la plus substantielle des peuples en question.

Tout cela se fait au nom de la raison d'État ; celle-ci constitue un prétexte-subterfuge utilisé par un État, au nom du bien général, de maintenir l'ordre public, de l'unité nationale, pour protéger le pays des effets de la théorie du complot, de main étran-

⁷⁹ *Ibid.*

gère, et contre l'ingérence, protéger l'économie nationale. Un prétexte-subterfuge qui se donne de la légitimité, dans la plupart des cas, à travers des politiques dérobées ainsi que l'adoption des lois discrétionnaires et arbitraires. La raison d'État n'a théoriquement pas de valeur morale, et ne doit pas subordonner les droits de l'homme.

Dans un contexte contemporain basé sur des considérations géostratégiques et caractérisé par les répercussions de la théorie du complot, le recours à l'immoralité et l'usage de violence légitime par le pouvoir politique central de l'État moderne, par la conception qu'il donne à la raison d'État, portent préjudice à la raison pour laquelle l'État existe. Cet état des lieux a réincarné la démarche militante dans le processus de défense et la promotion des droits de l'Homme. Toutefois, elle peut interroger la communauté internationale sur la possibilité d'adopter d'autres stratégies qui vont dans le même sens. La mise en place de la cour internationale constitutionnelle peut être l'une de ces stratégies.

VIII — L'impolitique ou la limite majeure de l'État-nation

Si les droits de l'homme sont victimes aujourd'hui de l'incapacité des institutions de l'État à les garantir et les assurer, l'homme politique, qui est à la base l'acteur principal dans le fonctionnement des institutions, a une action déterminante dans la situation que vivent les droits de l'homme.

À en croire le politologue français Julien Freund, l'impolitique, c'est ce qui contrevient à l'intelligence et à la pertinence dans l'action politique ou ce qui blesse l'esprit et la vocation de la politique. Il ne faut pas le confondre avec d'autres vocables comme ceux d'apolitique et d'antipolitique. Ce qui définit l'être impolitique, ce n'est pas l'apolitisme, c'est-à-dire quelque désintérêt pour la politique ou quelques incapacités du politique au sein des États actuels à participer activement à la politique, mais c'est le manque du discernement : car selon Julien Freund, l'être apolitique est extérieure à la vie politique ou s'en désintéresse, tandis que l'être impolitique participe activement à la vie politique, mais manque de jugement ou d'habileté dans l'exercice de sa fonction, parce qu'il ne possède pas le sens du discernement⁸⁰.

L'impoliticien — si vous me permettrez ce néologisme — est un jouisseur ou un idéaliste qui a besoin de l'activité politique pour se donner une consistance personnelle et pour donner un sens à sa vie. C'est dire qu'il ne voit pas qu'il est naturellement moins doué et équipé des atouts pour l'exercice de cette activité. Cela revient à dire aussi qui lui manque ce sens du discernement si nécessaire au jugement et à l'habileté politiques. Discerner en politique consiste ni à maîtriser les calculs politiques qui peuvent permettre d'atteindre le pouvoir, ni à maîtriser des discours démagogiques qui attirent les foules. Mais discerner consiste, au contraire, à s'inscrire dans la considération attentive de la réalité, dans l'assumption des situations et des problèmes qui se présentent dans la société. Dans ce cas, discerner est à comprendre dans la perspective d'un intellect avisé, d'un sens affiné et juste des événements.

Dès lors, l'impolitique participe, par le degré zéro de la conscience, au « travestisse-

⁸⁰ Freund (Julien), *Impolitique*, Paris, Sirey, 1975, p. 1.

ment » des débats politiques, aux divagations concernant les questions sociales et économiques de l'homme moderne. Quand bien même ces divagations et diversions sont faites au détriment de la question des droits de l'homme. Il suffit d'analyser certains débats sur ladite question sur la scène nationale et internationale pour s'en rendre compte.

Dans cette logique, l'absence de ce sens du discernement a conduit plusieurs hommes d'État à l'élévation de politiques restrictives, à l'adoption des lois arbitraires, à produire des discours populistes, ainsi qu'adopter une pratique autocratique du pouvoir. Ceci engendre à la fois l'ancrage des politiques artificielles au sein des institutions étatiques, lorsqu'on parle de l'État, et des visions réductrices et simplistes des droits de l'homme, lorsqu'on parle des stratégies de défense et de promotions des droits de l'homme tant au niveau national qu'international.

Chose déplorable, le statut de l'Homme politique des temps modernes et sa relation à la fois avec l'État et les droits de l'Homme sont éphémères et conjoncturels ; ils sont encore producteurs de l'amathie, c'est-à-dire de la méconnaissance crasse de soi-même qui conduit à la prétention exacerbée de soi et qui fait tromper, certains responsables étatiques. En effet, leurs praxis d'individus sont absolument indispensables pour revendiquer leurs droits. C'est sans doute, la raison pour laquelle Platon considérait l'amathie comme la maladie la plus mortelle du politique⁸¹.

Cependant une situation qui se reproduit davantage même au sein des distinctes institutions internationales. Une vision de salons ! Un intellectualisme de chic ! Une démarche exhibitionniste ! Malheureusement, les droits de l'Homme sont aujourd'hui dans cette situation-là.

IX — Les limites juridiques de l'État-nation

L'ordre juridique de l'État-nation joue un rôle prépondérant dans la consécration de la cohésion sociale et politique ainsi que dans la préservation des droits des individus. Il assure le fonctionnement des toutes les institutions étatiques. Il est même la colonne vertébrale sur laquelle repose l'État de droit, ce dernier étant « Tout État où il y a du droit, de la loi, des constitutions. »⁸² Cet ordre ne peut exister sans la mise en place de la constitution ; la loi suprême de l'État, et le garant de sa pérennité, au-delà des sources et des assises sur lesquelles se fond une constitution, puisque chaque constitution dépend de la nature du régime politique et juridique de chaque État, et de sa ratification des distinctes déclarations et conventions internationales.

La détermination de l'ordre juridique de l'État, dans ses institutions fondamentales, constitue ce qu'au sens large on appelle constitution. Il est évident que le pouvoir souverain doit être attribué à des organes déterminés, d'après leurs fonctionnements respectifs [...], la constitution ne consiste pas toujours dans un document écrit (Chartes constitutionnelles ou statuts). Souvent, dans les temps primitifs, et parfois dans des États très évolués, elle se forme et s'élabore par la

⁸¹ Platon, *Menon* 99b.

⁸² Barret-Kriegel (Blandine), *L'État et les esclaves*, Paris, Éditions Payot, 1989, p. 33.

coutume et celle-ci conserve encore une certaine valeur, même quand les principes constitutifs de l'organisation politique⁸³.

Le besoin organisationnel, par un ordre juridique, a constitué les fondements de l'État constitutionnel :

On appelle États constitutionnels ceux dans lesquels l'organisation du pouvoir public renferme certaines garanties des droits individuels, des organes du pouvoir lui-même. Ainsi s'exprime, par exemple, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.⁸⁴

Mais la question la plus légitime qui s'impose par elle-même est la suivante : qui doit être le gardien de la constitution ? Un parallélisme s'est constitué au sein de l'évolution de l'État moderne. D'un côté, la constitution consacre les droits et les libertés de la personne humaine (presque toutes les constitutions du monde) ; de l'autre, une dégradation et des atteintes aux droits de l'Homme sont constatées.

Cette question a été, un moment donné, le sujet des controverses entre plusieurs juristes, et on peut citer parmi eux, la controverse entre le juriste austro-américain, Hans Kelsen (1881-1973), et le juriste et philosophe allemand, Carl Schmitt (1892-1985). « Au sein de cette controverse particulière, le différend porte en premier lieu sur l'organe étatique auquel doit être confié le rôle de gardien de la constitution. Pour Kelsen, c'est à un organe judiciaire, notamment à une cour constitutionnelle, que cette mission doit être confiée, alors que pour Carl Schmitt, c'est au sommet de l'exécutif »⁸⁵. Pour Schmitt, « confier au président le rôle de gardien de la constitution n'implique pas qu'on lui octroie une fonction juridictionnelle (l'auteur parle du président de Reich ; l'Allemagne). Sa tâche consiste à préserver l'ordre public et, lorsque la situation l'exige à ses yeux, à proclamer l'état d'exception et à recourir aux décrets-lois. Contrairement à Kelsen [...]. Essentiellement, si Kelsen ne conçoit l'exercice du pouvoir que dans la légalité des temps ordinaires. En revanche Schmitt ne pense les catégories du politique que hors du fonctionnement régulier de l'ordre juridique et étatique. »⁸⁶

Cette controverse illustre d'une manière assez claire, les limites juridico-politiques de l'État-nation. Elle démontre le dilemme des théoriciens de l'État eux-mêmes sur la question de la primauté du politique sur le juridique ou du juridique sur le politique. L'État moderne devient, par ce dilemme, au centre de toutes les interprétations et est mis face à ses limites juridiques : « que l'État soit, de par sa nature, gardien et garant de l'ordre juridique, cela découle de sa définition même. » Mais cette formule ne résout pas vraiment le problème de la fin de l'État et peut même détourner l'esprit de la solution dudit problème, si elle porte à croire que l'ordre juridique est comme un objet

83 Del Vecchio (Giorgio), *op. cit.*, p. 31.

84 *Ibid.*, p. 31.

85 C'est-à-dire un président de l'État, comme seule réincarnation de l'autorité de l'État. Cf. Baume (Sandrine) et Schmitt (Carl), *Penseur de l'État, genèse d'une doctrine*, Presse de la fondation nationale des sciences politiques, 2008, p. 123.

86 *Ibid.*, p. 123.

étranger détaché de l'État, que ce dernier trouve devant lui, avec la simple tâche de le conserver. La vérité est tout autre. L'État est le centre de l'ordre juridique qui s'unifie formellement en lui et arrive, avec l'unité formelle, à la qualité de personne (supra-individuelle).⁸⁷

La légitimité des États modernes passe inévitablement, vu que le travail homogène entre institutions et l'ancrage juridique est concrétisé par le droit constitutionnel, ce « droit, qui se structure à partir d'une constitutionnalisation des droits et libertés. »⁸⁸ Toutefois, la constitutionnalisation des droits et des libertés individuelles, devient une règle incontestable dans la mise en place des autres lois inspirées de la Constitution puisque cette dernière « devient à la fois un ensemble de normes et un ensemble de valeurs. Elle est chargée d'une valeur intrinsèque ; elle est une valeur en soi. »⁸⁹

Par contre, la constitutionnalisation des droits et libertés, appelés droits de l'Homme, assurés par le cadre juridique, vise à la fois la protection des mêmes droits qui transcendent l'État, et fixer des limites aux éventuels agissements du pouvoir politique, sans oublier la perspective de garantir une sphère de libertés naturelles au sein de la société civile. « Tout système juridique représente une coordination des actions de plusieurs sujets, qui marque une limite des pouvoirs et des obligations de chacun. Mais comment cette limite doit-elle être fixée ? Cela ne résulte pas et ne peut pas résulter de cette formule purement générique, car si elle établissait de quelque manière cette détermination, elle perdait immédiatement son caractère d'universalité, du fait qu'elle ne pourrait plus comprendre en elle-même tous les systèmes juridiques possibles. »⁹⁰

On peut citer aussi d'autres contraintes et limites juridiques de l'État-nation moderne. D'abord, il y a le problème de l'adéquation des rapports entre la souveraineté de l'État et le droit international, puisqu'aujourd'hui la jurisprudence interne aux États modernes constitue un garant de la souveraineté et du respect des obligations juridiques internationales. Toutefois, il reste à dire que les assises du droit international, du droit national demeurent pour certains États facultatives. Ensuite, notons la non-capacité des États à légiférer des constitutions dignes de ce nom qui peuvent assurer une réelle séparation du pouvoir. Enfin, il y a l'incapacité des conseils constitutionnels à contrôler la constitutionnalité des lois et le respect de leur conventionnalité, puisque l'ingérence des pouvoirs centraux dans le travail des conseils constitutionnels est constatale dans bon nombre de pays.

X — La Cour constitutionnelle internationale apporte-t-elle une solution pour garantir, respecter et promouvoir les droits de l'Homme ?

Depuis la consécration des traités internationaux en matière de droits de l'Homme qui ont suivi l'adoption de la Charte des Nations Unies, les droits de l'Homme ont joué un

⁸⁷ Del Vecchio (Giorgio), *op. cit.* p. 64.

⁸⁸ Comanducci (Paolo), *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 100.

⁸⁹ Voir Champeil-Desplats (Véronique), « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8, 2012, 25 p.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 65.

rôle primordial dans le processus de la mise en place du droit international. Puisque le caractère constitutionnel desdits droits est plus que plausible, il est constitutif.

Le caractère juridique des droits de l'Homme est substantiel. Il est à la base un fondement constitutionnel, comme le pense, d'ailleurs, le philosophe allemand Jürgen Habermas : « le concept de droit de l'homme n'est pas d'origine morale, mais une modalité spécifique du concept moderne des droits subjectifs et donc d'un concept juridique. Les droits de l'homme ont par nature un caractère juridique. Ce qui leur confère une apparence de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui dépasse l'ordre juridique des États-nations. [...] En tant que normes constitutionnelles, ils bénéficient de toute façon d'un privilège, révélé, entre autres, par le fait qu'ils sont constitutifs de l'ordre juridique en tant que tel et, de ce point de vue, définissent un cadre à l'intérieur duquel la législation normale est tenue d'évoluer. »⁹¹

Cependant, il reste à s'interroger, sur la possibilité de bâtir une unité constitutionnelle internationale à la base du caractère juridique et constitutionnel des droits de l'Homme.

Il est tout à fait clair que l'universalisation des droits de l'Homme n'est pas un coup de hasard, leur substance « d'applicabilité », et les principes qu'ils défendent ont constitué un esprit/consensus moniste et universel. Mais cette universalisation implique aussi systématiquement une universalisation juridique. Cette dernière peut participer d'une manière conséquente et organisée à la mise en place d'un cadre juridique international, relatif à la garantie, au respect et à la promotion des droits de l'Homme. Ce projet « monojuridique cosmopolite » peut se réaliser à travers l'idée de la Cour constitutionnelle internationale.

Aujourd'hui, le monde juridictionnel est presque maigre, en matière des mécanismes de promotion, de contrôle, et de respect de l'applicabilité des distinctes déclarations et conventions relatives aux droits humains. Le travail effectué pour le moment par la Cour de La Haye, la Cour européenne, le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination, le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes demeure insuffisant devant la dégradation vertigineuse des droits de l'Homme et le nombre incommensurable des violations desdits droits par les États.

Ce n'est un secret pour personne, l'aube du troisième millénaire est l'ère des violations les plus caractérisées des droits de l'Homme. Les temps modernes sont des temps inhumains.

Toutefois confronté à la fois aux limites politico-juridiques de l'État-nation, et à la dégradation des droits de l'Homme, le cadre juridique international doit se doter d'un organisme juridique, de jugement, de contrôle, d'examen, de recensement relatif aux droits de l'Homme. La Cour constitutionnelle internationale⁹² peut jouer ce rôle pré-

⁹¹ Habermas (Jürgen), *La paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éd. du Cerf, coll. Humanités, 2005, p. 86-88.

⁹² Parmi les idées clés de cette révolution démocratique (la révolution tunisienne), figure la création d'une Cour constitutionnelle internationale. La Tunisie avait, dès 1999, lancé l'idée de cette cour. Cette proposition émise sous la dictature a été reprise, après la Révolution, par le Président de la Répu-

pondérant. Dès lors, on peut citer :

- L'introduction effective des droits de l'Homme dans le droit international.
- Mettre fin au droit « interventionniste » étatique — dans la cadre de la théorie des droits subjectifs — adopté par certains États, afin d'assurer des préalables politiques, administratifs ou autres, au détriment de l'individu en tant que sujet de droit.
- Encadrer et conseiller les droits nationaux et internationaux.
- Donner effectifs aux engagements internationaux relatifs à la démocratie afin d'éviter le recours à la violence et d'épargner aux peuples des souffrances inutiles⁹³.
- Appliquer les principes et les règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques universelles et régionales et charger une Cour constitutionnelle internationale d'une fonction d'évaluation et d'une fonction contentieuse⁹⁴.
- Garantir le principe de légitimité démocratique qui trouve son fondement dans le droit international et se traduit par la pratique de l'assistance électorale allant jusqu'à la certification des résultats des élections⁹⁵.
- Être un complément à l'architecture institutionnelle internationale de contrôle du respect des droits de l'homme⁹⁶.
- Consacrer l'autonomie totale et irrévocable « du droit des droits de l'Homme » qui assure le respect des droits partout dans le monde, sans pour autant que ce droit ne soit déterminé par une quelconque circonscription territoriale.
- Protéger le bien commun, par le développement du droit de l'Humanité, en interaction avec le droit des droits de l'homme, tout en acceptant que le droit international s'ouvre à une nouvelle dimension temporelle⁹⁷.
- Travailler afin de réaliser la primauté de l'unité de la communauté humaine sur les intérêts étatiques. — Ouvrir des réflexions nouvelles sur la quatrième génération des droits de l'Homme.

En outre, dans un monde où les mécanismes classiques relatifs à la défense des droits de l'Homme sont égarés et incapables d'assurer convenablement leurs tâches et missions qui leur ont été appropriées, la CCI (un projet en voie de création) peut être entravée par plusieurs lacunes et contraintes, en particulier la nature des rapports qu'elle va entretenir avec d'autres institutions internationales, entre autres, la Cour internationale de justice (CIJ) et la Cour pénale internationale, ainsi que par sa capacité à maîtriser les conflits majeurs entre États et la souveraineté de ses décisions et évaluations.

Conclusion

L'interrogation sur les limites politico-juridiques de l'État moderne, et sur la relation de ce dernier avec les droits de l'Homme, participe d'un côté à l'orientation métho-

blique, en vue de la diffuser et la consacrer sur le plan international. Voir *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Tunisie, 2013, p. 5 ; *infra*, p. 281 et ss.

93 Voir *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, *ibid.*, p. 7 ; *infra*, p. 281 et ss.

94 *Ibid.*

95 *Ibid.*, p. 6.

96 *Ibid.*

97 Callejon-Sereni (Lucille), *Constitution internationale et droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, 25 novembre 2013, Université Montpellier 1, p. 606.

dologique et pédagogique des différents débats, et de l'autre à la mise en place de nouvelles approches théoriques sur d'éventuels mécanismes de régulation, de contrôle et de promotion des droits de l'Homme.

La diversion caractérisée des débats sur la situation des droits de l'Homme à consacrer deux réalités : la première consiste à considérer l'État comme le seul et l'unique cadre juridique et politique qui a les prérogatives de diriger, de gérer et d'administrer les affaires relatives aux droits de l'Homme. Une réalité qui donne la légitimité, à nos jours d'ailleurs, à l'étatisme et à la territorialité des droits de l'Homme. Une délimitation qui n'a fait que reculer les valeurs et les principes desdits droits. La deuxième consacre le sentiment d'« incapacibilité », en particulier à l'égard de la question du droit national et du droit international, puisque les souverainistes et les étatistes constituent, aujourd'hui, les garants de cette incapacibilité. Toutefois, l'évidence réincarnée chaque fois par l'évolution des formes étatiques et les mutations qui caractérisent la situation des droits de l'Homme dans le monde est basée sur l'énoncé : « La protection constante des droits naturels de la personne est, par conséquent, la fin immuable de l'État. La mission première qu'il est appelé à remplir et à laquelle il ne peut faillir sans se priver du titre qui justifie son existence [...] À aucun moment de son activité, l'État ne peut oublier cette ‘raison d'être’ fondamentale qui représente à la fois et son principe et sa fin, ces mots étant entendus, non pas dans un sens empirique ou chronologique, mais dans la signification philosophique qui leur est propre. »⁹⁸

À défaut de la consécration de la raison d'État et de la préoccupation capitale des pouvoirs de se reproduire, l'État est devenu un instrument de répression, une machine de guerre, une scène des luttes idéologiques et des clans politiques, d'où la crise multidimensionnelle que vit l'État moderne.

Il est clair que l'évolution du droit international constitue aujourd'hui une locomotive qui peut garantir la stabilité, la paix, la démocratie et le respect des droits de l'Homme dans le monde. Mais l'universalisation du droit ne peut se réaliser que par l'adoption d'un cadre juridique cosmopolite. Cette idée est confrontée, au préalable, à un terrain prolifique, puisque l'existence d'un droit international relatif aux droits de l'Homme, et les anciennes expériences juridiques nationales, transnationales, internationales peuvent jouer un rôle primordial. Dans la perspective de réaliser une Cour constitutionnelle internationale : un projet constitutionnel de sécurité de l'Humanité.

La réalisation d'un cadre cosmopolite pour la protection des droits de l'Homme passe inévitablement par la mise en place d'un nouveau syllogisme mondial, basé sur le sens commun de la communauté humaine et sur la consécration d'une entité juridique mondiale ainsi que sur les préoccupations de toute l'humanité.

Certainement, le caractère historique de l'humanité ne peut être que substantiel à l'évolution des droits de l'Homme, puisque la stagnation et les atteintes enregistrées à l'égard des droits de l'Homme, à la démocratie, aux droits des minorités, etc., ne sont en aucun cas une fatalité. L'histoire va retenir indéniablement les efforts consentis pour un monde meilleur et une démocratie majeure.

⁹⁸ Del Vecchio (Giorgio), *op. cit.*, p. 65.

COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE, DROITS FONDAMENTAUX ET SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE : L'INCONCILIABLE ENSEMBLE ?

Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM
John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU

La « planétisation »⁹⁹ des relations humaines est marquée par de grandes aspirations à la construction d'idéaux communs à l'humanité. L'histoire des relations internationales étant plus que jamais celle des conflits¹⁰⁰, ces idéaux s'expriment essentiellement à travers le droit international. Les États, principaux sujets du droit international, se construisent dans l'univers de cet *homo juridicus* en s'identifiant dans le concept d'État de droit, sans doute international¹⁰¹, et peut-être mondial¹⁰².

Concept fondateur du droit public moderne, l'État de droit traduit une certaine vision du pouvoir, forgée au fil de l'histoire de l'Occident et apparaissant comme inhérente à la conception libérale de l'organisation politique. Il donne à voir un pouvoir limité parce qu'assujetti à des règles, et implique que les gouvernants, n'étant pas placés au-dessus des lois, exercent une fonction encadrée et régie par le droit¹⁰³. L'État de droit serait ainsi un « État dont l'organisation interne est régie par le droit et la justice »¹⁰⁴. Le concept renvoie notamment à l'organisation et à la dévolution démocratique du pouvoir dans l'État et à l'effectivité des droits fondamentaux¹⁰⁵. Or, avec l'édification progressive de la société internationale caractérisée par des idéaux de paix, de garantie des droits et libertés fondamentales, le seul contrôle interne de la garantie des droits s'avère insatisfaisant. Corollaire d'une forte politisation du droit¹⁰⁶,

99 Dupuy (René-Jean), *Le droit international*, 12^e éd., Paris, PUF., 2004, p. 120.

100 Braillard (Philippe) et Djalili (Mohammad-Reza), *Les relations internationales*, 9^e éd., Paris, PUF., 2012, p. 102.

101 SFDI, *L'État de droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, 447 p.

102 Chevallier (Jacques), « La mondialisation de l'État de droit », *Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 325-337.

103 Voir Chevalier (Jacques), « État de droit » in Andriantsimbazovina (Joël), Gaudin (Hélène), Marguénaud (Jean-Pierre), Rials (Stéphane), et Sudre (Frédéric) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 388-390.

104 Salmon (Jean) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, cité par Corten (Olivier), « L'État de droit en droit international : quelle valeur juridique ajoutée ? », in *L'État de droit en droit international*, 2009, *op. cit.*, p. 11.

105 Voir Millard (Éric), « Effectivité des droits de l'Homme », in *Dictionnaire des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 349-352.

106 Sindjoun (Luc), « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de développement : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *Revue canadienne de science*

la Constitution est davantage utilisée comme un instrument d'exercice du pouvoir, ne servant le plus souvent qu'à un simple énoncé des droits¹⁰⁷. Cette situation justifie que l'on peut admettre que l'effectivité de l'État de droit ne peut plus se résumer à une simple réforme juridico-institutionnelle¹⁰⁸ interne aux États. Pour autant, il n'est pas certain que l'existence d'une institution juridique internationale peut en l'occurrence servir de panacée.

Le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale est ambitieux, voire osé. Pour le moins, il est certain que ce projet s'inscrit dans l'ordre de cette « *actualité éternelle* »¹⁰⁹ tendant à adapter le droit aux besoins de la société changeante. Pour autant, l'existence d'une telle institution doit *a priori* passer par l'épreuve d'une analyse à la lumière des contraintes qu'imposent le champ d'action matériel d'une telle institution et la coexistence des ordres juridiques nationaux marqués par la souveraineté des États avec l'architecture de la société internationale.

D'une part, le champ matériel dans lequel se déploierait la Cour constitutionnelle internationale doit être précisé. Le *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*¹¹⁰ postule à cet effet l'existence d'une *normativité constitutionnelle internationale*. Une telle affirmation part du constat de l'internationalisation du droit constitutionnel, c'est-à-dire des *principes de droit constitutionnel interne communs à presque toutes les nations du monde*¹¹¹. Il s'ensuit que la normativité constitutionnelle internationale est constituée des principes généraux du droit international général ou des normes internationales conventionnelles, matériellement constitutionnelles. Ces normes sont relatives aux droits et libertés fondamentaux des citoyens, au fondement démocratique du pouvoir politique et à l'organisation du pouvoir politique et juridictionnel. Ainsi qu'il résulte des travaux et documents établis par la Commission juridique chargée de préparer le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale, les motifs juridiques de la création d'une CCI seraient principalement les suivants :

- Une garantie du principe de légitimité démocratique. Ce principe trouve son fondement en droit international. Il se traduit par la pratique de l'assistance électorale qui peut aller jusqu'à la certification des résultats des élections ;
- Un complément à l'architecture institutionnelle internationale de contrôle du respect des droits de l'homme.¹¹²

La légitimité démocratique et le respect des droits fondamentaux, essentiels pour l'affirmation de l'existence d'un État de droit moderne, justifient donc l'existence d'une

politique, 2008, p. 465-488.

107 Kamto (Maurice), « L'énoncé des droits dans les constitutions des États africains francophones », *RJA*, n° 1, 1991, p. 7-24.

108 Bourgi (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, 2002/4, n° 52, p. 735-748.

109 Pellet (Alain), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », Conférence inaugurale, session de droit international public, *RCADI*, 2007, t. 329, p. 17.

110 *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Tunis, 2013 ; *infra*, p. 281 et ss.

111 *Ibid.*, p. 5

112 *Ibid.*, p. 6.

CCI. Dans la présente réflexion, l'on se limitera néanmoins à l'étude d'un aspect particulier de la normativité constitutionnelle internationale, notamment les droits fondamentaux¹¹³. Ce choix est guidé autant par le souci de circonscrire un domaine éminemment vaste et complexe que d'apprécier l'opportunité et la légitimité d'une CCI à la lueur d'une valeur qui est dans la construction actuelle du droit international parmi les moins contestés, à savoir les droits fondamentaux.

D'autre part, la souveraineté étant le critère de l'État en droit international¹¹⁴, son articulation avec les contraintes qu'impose l'existence d'un ordre juridique auquel il serait soumis soulève constamment des difficultés. Le projet de création d'une CCI souligne le paradoxe :

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale et parallèlement à la logique de la souveraineté étatique qui dominait jusque-là la totalité du droit international et lui donnait sa cohérence s'est développée une seconde logique, celle du droit des peuples et des droits de l'homme. *L'on considère généralement que ces droits ne peuvent s'affirmer que contre la souveraineté des États.*¹¹⁵

La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si la création d'une CCI pourrait permettre de surmonter la difficulté. Lorsque l'on sait les résistances qu'occasionne l'existence de toute norme ou institution qui aurait la propension à entraîner l'effritement de la souveraineté des États, il semble évident que la création d'une telle institution, dans un contexte où les droits fondamentaux avaient tendance à se développer à l'ombre de la souveraineté des États et du principe de non-intervention, ne fera certainement pas l'unanimité. Il s'agit donc dans la présente réflexion, d'apprécier à la lueur des droits fondamentaux si, et dans quelle mesure, la souveraineté de l'État est mise en danger par la création d'une CCI.

De toute évidence, l'originalité de la CCI ne réside pas essentiellement le contenu normatif des règles qu'elle serait appelée à appliquer. *A priori*, l'on peut donc penser que, de ce point de vue, aucune menace sérieuse à la souveraineté des États ne devrait être envisagée (I). Mais par le fait même de son existence en tant qu'institution, et en fonction de la nature des compétences à elle dévolues, il est tout à fait possible que la souveraineté des États puisse être remise en cause (II).

I — La souveraineté préservée dans l'ordre de la normativité constitutionnelle internationale

La normativité constitutionnelle internationale est intrinsèquement liée aux droits fondamentaux par son contenu (A). Une analyse de ce contenu permet de constater que, de ce point de vue, la souveraineté des États ne peut être mise en avant pour justifier

¹¹³ Pour des éléments de l'autre aspect, voir par exemple, Kokoroko (Dodzi), « Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique », *Revue québécoise de droit international*, vol. 16.1, 2003, p. 37-59.

¹¹⁴ Ranjeva (Raymond) et Cadoux (Charles), *Droit international public*, EDICEF, 1992, p. 80.

¹¹⁵ *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, p. 8 ; *infra*, p. 281 et ss. Nous soulignons.

l’opposition à la création d’une CCI dans la mesure où une atteinte à cette souveraineté est difficilement envisageable (B).

A — Le contenu de la normativité constitutionnelle internationale et les droits fondamentaux

L’un des socles essentiels sur lequel repose la normativité constitutionnelle internationale est les droits fondamentaux (1). Cela ne saurait surprendre. Il est sans doute tout à fait légitime de s’approprier le fruit de l’évolution d’une société internationale marquée par l’universalisation de l’éthique des droits de l’homme (2).

1) La fondamentaliste de la normativité constitutionnelle internationale

La définition de la notion de droits fondamentaux est, certes, problématique¹¹⁶. Mais elle est beaucoup plus familière au langage juridique. Sa compréhension repose en général aussi bien sur des critères formels que sur des critères substantiels. Sur le plan formel, les droits fondamentaux renvoient aux droits et libertés protégés par les instruments constitutionnels et internationaux ou supranationaux. Ils bénéficient aussi bien aux individus qu’aux personnes morales. Leur protection nécessite plus seulement les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et même les juges internationaux¹¹⁷. Sur le plan substantiel, les droits fondamentaux seraient considérés comme supérieurs à l’ordre juridique, parce qu’exprimant des valeurs qui dépassent l’ordre juridique, et qu’il ne saurait remettre en cause ou toucher. La *fondamentaliste*¹¹⁸ implique que les droits sont fondamentaux eu égard à leur essence, laquelle suppose de les confronter à la dimension ontologique de l’être humain, indépendamment de ses déterminations particulières, aux qualités essentielles qui le constituent¹¹⁹. Cette *fondamentaliste*, on l’a souligné, se traduit par l’énoncé formel des droits dans les Constitutions¹²⁰. Or, il faut en convenir, il n’existe pas de Constitution internationale. Il s’ensuit que sur le plan formel, et le projet de création d’une CCI le reconnaît d’ailleurs¹²¹, l’on ne saurait parler d’une normativité constitutionnelle internationale. Sur le plan matériel à l’inverse, l’on admet en droit interne l’existence d’une normativité constitutionnelle constituée de normes matériellement constitutionnelles. Ainsi qu’on l’a déjà souligné¹²², il existe également des principes généraux du droit international général ou des normes internationales conventionnelles, matériellement constitutionnelles¹²³.

116 Levinet (Michel), *Droits et libertés fondamentaux*, Que sais-je ?, PUF, 2010, p. 12.

117 Terré (François), « Sur la notion de droits et libertés fondamentaux », in Cabrillac (Rémy), Frison-Roche (Marie-Anne), Revet (Thierry) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 4^e éd., Dalloz, 1997, p. 10-11.

118 Voir de manière générale sur le concept, Coudert (Céline), *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Thèse de doctorat en droit, Université d’Auvergne – Clermont-Ferrand I, 23 juin 2011, 479 p. ; Etoa (Samuel), « La terminologie des « droits fondamentaux » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 26.

119 Levinet (Michel), *op. cit.*, p. 13.

120 Kamto (Maurice), « L’énoncé des droits dans les constitutions des États africains francophones », *RJA*, n° 1, 1991, p. 7-24.

121 *Projet de création d’une Cour constitutionnelle internationale*, p. 9 ; *infra*, p. 281 et ss.

122 *Supra*.

123 *Projet de création d’une Cour constitutionnelle internationale*, p. 6 ; *infra*, p. 281 et ss.

La *fondamentaliste* de la normativité constitutionnelle internationale résulte donc, naturellement, de l'évocation des droits fondamentaux dans ces normes internationales. À partir du moment où l'ordre juridique international protège également les droits fondamentaux, « la marche vers la constitutionnalisation semblerait irrésistible »¹²⁴. En fait, la constitutionnalisation d'ordres juridiques non étatiques s'avère être une première condition de possibilité du constitutionnalisme international¹²⁵.

Par ailleurs, l'idée de protection des droits fondamentaux est pratiquement admise dans tous les systèmes juridiques. Il s'ensuit que la légitimité de la création d'une CCI pourrait être perçue comme la conséquence logique d'une telle universalisation de l'éthique des droits de l'homme.

2) L'universalisation de l'éthique des droits de l'homme

Il n'est point question ici de revenir sur le débat relatif à l'universalité¹²⁶ des droits de l'homme. Quoi que puissent être les opinions émises sur ce point, il est certain que la question des droits de l'homme constitue dans les sociétés actuelles un paradigme généralement accepté. Ce qui peut justifier que même les régimes considérés comme les plus dictatoriaux n'hésitent pas à exprimer leur attachement aux droits de l'homme. De fait, l'éthique des droits de l'homme a acquis une importance croissante. L'on assiste au niveau national, régional et mondial, à l'apparition d'importantes normes relatives aux droits de l'homme. Notamment, les Constitutions de différents pays dans le monde comportent des dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux. Les textes à portée universelle tels que ceux des Nations Unies, ou des textes à portée régionale¹²⁷ ont par ailleurs contribué à généraliser la pénétration des droits de l'homme dans presque toutes les sociétés. L'on est progressivement passé d'une « exaltation de l'humanité » à une consécration de droits dont la communauté internationale serait la titulaire et la garante¹²⁸.

124 Callejon-Sereni (Lucille), *Constitution internationale et droits de l'Homme*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier I, 25 septembre 2013, p. 20.

125 *Ibid.*, p. 21.

126 Sur cette question, voir : Pallard (Henri) et Tzitzis (Stamatis) (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997 ; Pallard (Henri), « Personne, culture et droits : harponie, polyphonie et dissonance », in Jacques-Yvan Morin (dir.), *Les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 121-135. Bioy (Xavier), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3^e éd., LGDJ, 2014, p. 32-35 ; Imbert (Pierre-Henri), « L'apparente simplicité des droits de l'Homme, réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'Homme », *Revue universelle des droits de l'Homme*, n° 1, 1989, p. 24 ; Koudé (Roger K.), « Les résistances à l'universalité des droits de l'homme au titre de la pensée politique », in Maugenest (Denis) et Holo (Théodore) (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme*, Éd. du CERAP, octobre 2006, p. 109-131 ; Le Guyader (Alain), « Les droits de l'homme et la question des limites : Notes pour un plaidoyer », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Dschang, vol. 7, 2003, p. 35-49 ; Lowe Gnintedem (Patrick Juvet), « Janus ou le double visage des droits de l'homme et de la démocratie en Afrique », in Maugenest et Holo (dir.), *op. cit.*, p. 141-144.

127 Pour un aperçu général, voir *Recueil d'instruments internationaux. Volume I Instruments universels*, New York et Genève, Nations Unies, 2002 ; Niyizurugero (Jean-Baptiste), Protection des Droits de l'Homme en Afrique : Recueil de textes, Genève, Association pour la prévention de la torture, 2006.

128 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 319 et ss.

De manière générale, l'idée fondamentale que les gouvernants sont tenus d'agir dans certaines limites prescrites, que même les dirigeants politiques et militaires puissent être amenés à répondre de leurs actes s'ils se rendent coupables de crimes contre l'humanité ou de violations systématiques des droits de l'Homme, constitue « un phénomène révolutionnaire »¹²⁹. Les normes internationales en matière de droits de l'homme et les principes régissant leur application vont à l'encontre de l'idée selon laquelle la souveraineté dispense les gouvernants de l'obligation de rendre des comptes de leurs actes, tant que ces actes sont commis à l'intérieur de leur territoire et que leurs dirigeants bénéficient d'une immunité reconnue à travers le monde. L'éthique de l'humain apparaît ainsi comme le fondement des obligations échappant à la volonté de l'État¹³⁰. Mais, l'on notera surtout que les droits fondamentaux, désormais reconnus par les États, n'obéissent plus à la logique d'un *droit qui serait venu d'ailleurs*, mais constituent des normes que les États se sont appropriées, rendant ainsi difficile l'invocation d'une atteinte à leur souveraineté.

B — La difficile invocation d'une atteinte à la souveraineté de l'État

Le présent propos repose sur le présupposé simple que la souveraineté de l'État existe réellement. Dans cette hypothèse, l'on peut concevoir que la convocation de la normativité constitutionnelle internationale à l'appui du respect des droits de l'homme ne constituerait pas une atteinte à la souveraineté de l'État. Peut-être même contribuerait-elle à renforcer cette souveraineté dans la mesure où le seul contrôle interne de la garantie des droits s'avère difficile lorsque la Constitution est utilisée et même manipulée comme un instrument d'exercice du pouvoir¹³¹.

En effet, les règles applicables aux États intègrent de plus en plus non seulement les règles de droit interne, mais également les règles communautaires ou régionales et les règles de droit international. Le droit produit par les institutions internationales ou la société des États appartient banalement à l'ordre juridique interétatique¹³². Dans cet ordre s'exprime pleinement la souveraineté internationale de l'État, qui s'analyse comme un attribut négatif et signifie qu'aucun pouvoir légal ne peut s'exercer sur lui. Il s'ensuit que les rapports entre États obéissent à la logique du droit privé, même si cette logique n'est encadrée ou contrecarrée par aucun droit public comme elle l'est en droit interne¹³³.

En même temps, l'exercice de sa souveraineté permet à l'État de choisir, librement, d'appliquer dans son corpus normatif interne des règles que, souvent, il n'a pas édictées

129 Falk (Richard), « Souveraineté et droits de l'homme : comment concilier les deux ? », *Démocratie et droits de l'homme*, Département d'État des États-Unis, <http://www.4uth.gov.ua/usa/english/trade/ijee0500/ijdf0500.htm>.

130 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 333.

131 Keutch Tchapnga (Célestin), « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *RFDC*, n° 63, juillet 2005, p. 451-491 ; Donfack Sokeng (Léopold), « Droit constitutionnel et crises en Afrique », *Solon, Revue Africaine de Parlementarisme et de démocratie*, vol. 3, n° 5, avril 2011, p. 72-93.

132 Combacau (Jean) et Sur (Serge), *Droit international public*, 11^e éd., LGDJ, 2014, p. 3.

133 *Ibid.*, p. 23-24.

de son propre chef. C'est l'exercice de cette souveraineté qui permet d'intégrer dans l'ordre juridique interne des principes de droits de l'homme. Il s'ensuit que l'existence de la normativité constitutionnelle internationale ne peut menacer la souveraineté des États, non pas parce que les États respecteront nécessairement ce qu'ils proclament, mais surtout parce que *cette normativité n'existe que par la volonté desdits États*. Dans cette perspective, la création d'une CCI paraît tout à fait envisageable, *la souveraineté de l'État apparaissant d'ailleurs comme une condition de son existence et de sa légitimité*. Tout au plus, la CCI ne dérogerait pas à la compréhension classique du droit international. Sa création participerait plutôt de l'autolimitation de l'État¹³⁴. En raison de son autonomie, seules sont légalement efficaces à l'égard de l'État les règles et les situations de droit à l'opposabilité desquelles il a consenti. Dès lors, il n'est pas contraire à l'autonomie de l'État — et donc pas incompatible avec sa souveraineté internationale — qu'il soit lié par des règles coutumières ou de droit qui font partie de son droit interne, puisqu'il acquiesce aux obligations qu'elles comportent et peut, le plus souvent, se prévaloir de droits corrélatifs.

L'effet de la volonté de l'État¹³⁵ est donc d'avoir progressivement conduit, les circonstances étant au demeurant favorables, à une internationalisation des Constitutions¹³⁶. Dès lors, cette intégration des instruments juridiques internationaux dans les ordres juridiques internes des États ne saurait constituer une entorse à la souveraineté¹³⁷ dans la mesure où il s'agirait d'assumer les conséquences d'un choix *a priori* librement consenti.

Mais si dans l'ordre de la normativité, la constitutionnalité internationale existe, il n'est pas certain que l'on puisse en tirer toutes les conséquences institutionnelles auxquelles semble inviter la création d'une CCI.

II — La souveraineté menacée dans l'ordre des rapports institutionnels à la Cour constitutionnelle internationale

Les développements précédents reposaient sur la prémissse que la souveraineté étatique est une réalité. Or, il n'en est pas toujours ainsi. La construction « des souverainétés » reste inachevée, notamment en ce qui concerne les pays en développement (A). Corollaire de cette situation majeure, l'expérience récente de certaines institutions juridictionnelles préexistantes conduit à s'interroger à nouveau sur la pertinence de leur existence, la question pouvant s'étendre à la CCI (B).

134 *Ibid.*, p. 254.

135 Kamto (Maurice), « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, 2004, t. 310, p. 409-428.

136 Voir par exemple, Callejon-Sereni (Lucille), *op. cit.*, 690 p. ; Njimba (Kevin F.), L'internationalisation des constitutions des États en crise, Réflexion sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel, Thèse de Doctorat en droit, Nancy-Université, 2011, 663 p. ; Ondoua (Alain), « Internationalisation des Constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 98, 2014, p. 437-457.

137 Dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* qui constitue la première affaire contentieuse de son histoire, la Cour permanente de Justice internationale « se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque... un abandon de sa souveraineté », même si « sans doute, toute convention... apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État ». *CPJI*, série A, n° 7, p. 25.

A — La construction inachevée « des souverainetés » dans le monde en développement

Affirmer que l’État est souverain signifie qu’on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d’une puissance légale. Cela ne traduit sa non-soumission à une autorité supérieure « ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui »,¹³⁸ qu’il s’agisse d’une autorité de droit ou de fait. Pourtant, la société internationale est marquée par une inégalité intrinsèque, dans laquelle le monde en développement se retrouve au bas de l’échelle. En fait de souveraineté, il apparaît qu’elle ne l’a jamais véritablement atteinte sur le plan international (1) et que, de plus en plus, sa souveraineté interne est menacée (2).

I) La souveraineté internationale véritablement jamais atteinte

La souveraineté de l’État reste la pierre angulaire du droit international et signifie l’indépendance dans les relations entre États. La jurisprudence internationale assimile d’ailleurs systématiquement ces deux notions. Dans la célèbre affaire de l’*Ile de Palmas*, l’arbitre Max Huber manifesta clairement le lien existant entre la souveraineté et les caractères de la compétence territoriale, dans les termes suivants :

La souveraineté dans les relations entre États signifie l’indépendance. L’indépendance relativement à une partie du globe est le droit d’y exercer à l’exclusion de tout autre État les fonctions étatiques. Le développement de l’organisation nationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l’État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux.¹³⁹

La souveraineté de l’État s’exprime comme *souveraineté externe ou internationale* dans la mesure où les États, dans leurs relations réciproques, ne sont soumis à aucun pouvoir supérieur, mais au seul droit international. De ce point de vue, la souveraineté de l’État équivaut à l’indépendance¹⁴⁰.

Cette conception fonctionnelle de la notion de souveraineté sert de fondement à l’égalité formelle des sujets de droit international. En réalité, au-delà de cette conception, l’on est obligé de constater que cette égalité n’est que formelle. Ainsi que le relève le professeur René-Jean Dupuy¹⁴¹, à propos de l’ONU, il est difficile de ne pas faire une place de choix aux États considérés comme les plus importants, lors de la création d’une organisation internationale, et comme exerçant en fait les plus lourdes responsabilités. Pour autant, cette « élite représentative » est tenue elle aussi, en principe, de se préoccuper du bien commun. Encore qu’elle lui soit confiée à titre permanent, la mission demeure la même. La question est cependant de savoir si cette élite saura

138 Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l’État*, Tome 1, Paris, Sirey, 2003, p. 70.

139 *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 281, trad. Charles Rousseau, *Revue générale de droit international public*, 1935, p. 156-202, notamment p. 163-165.

140 Carrillo Salcedo (Juan Antonio), « Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public », *RCADI*, 1966, t. 257, p. 60.

141 Dupuy (René Jean), *op. cit.*, p. 82.

assurer fidèlement sa mission. Le professeur Dupuy rappelle aussitôt que « cela est une autre affaire : les États, machines faites pour défendre des intérêts nationaux auront toujours du mal à dégager un intérêt général ou à s'y maintenir »¹⁴². Dans ce contexte, la distribution des droits et des devoirs dans l'ordre juridique international¹⁴³ ne parvient qu'imparfaitement ou pratiquement pas à marquer les rapports internationaux du sceau de la justice. Suivant une approche réaliste, on doit donc reconnaître que le pouvoir de vouloir est tributaire de la puissance de l'État. Pour ce qui concerne le monde en développement, l'on est obligé d'admettre avec le professeur Maurice Kamto que :

[...] la souveraineté s'accorde mal de la pauvreté, et l'on constate que la volonté de l'État pauvre est en définitive sans effet dans la formation des normes régissant les rapports entre certains sujets dans l'ordre international. En l'occurrence, elle participe à la formation des obligations à la charge de l'État, lesquelles obligations sont exigibles par un autre sujet de droit qui, lui, n'est tenu par rien d'autre que sa propre volonté¹⁴⁴.

Pis encore, les organisations internationales censées refléter l'idéal de bien commun et de justice internationale, tout en ayant des pouvoirs de droit, ont tendance à exercer un pouvoir de fait reposant sur la discréption et la complaisance des États puissants qui les contrôlent¹⁴⁵. C'est dans l'exercice arbitraire de ces prérogatives de droit ou de fait que repose la fragilité asymétrique des souverainetés étatiques que vient conforter l'effritement progressif de la souveraineté interne.

2) La souveraineté interne de plus en plus effritée

La souveraineté interne équivaut à la puissance de l'État sur son territoire. Elle se traduit par « une autorité centrale concentrant entre les mains, grâce au monopôle de la force, la totalité du pouvoir ; l'allégeance directe à cette autorité de l'ensemble de la population vivant sur le territoire de l'État ; une séparation de principe entre l'exercice des prérogatives de puissance publique finalisées vers l'épanouissement de l'intérêt général et la jouissance des patrimoniaux de ce qu'on appelle aujourd'hui la société civile »¹⁴⁶. L'on n'est pas loin des principales « marques de souveraineté »¹⁴⁷ retenues par Bodin, notamment les droits de légiférer, de rendre justice, de battre monnaie, de lever et d'entretenir une armée.

142 *Ibid.*

143 Kolb (Robert), *Réflexion de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Éd. Bruylants, Bruxelles, 2003, p. 272 et ss.

144 Kamto (Maurice), *op. cit.*, 2004, p. 231.

145 Kolb (Robert), *op. cit.*, p. 271-272.

146 Charpentier (Jean), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines » in *L'État souverain à l'aube du XX^e siècle*, Colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 1994, p. 24.

147 L'expression, visant à définir le contenu de la souveraineté, est de Jean Bodin, *Les six livres de la République*, LGDJ, Le livre de poche, 1993, p. 95-109.

L'exercice de ces marques de souveraineté s'est profondément métamorphosé¹⁴⁸ depuis leur énonciation. L'on considère sans peine que la montée des institutions communautaires et le phénomène de décentralisation contribuent à relativiser la souveraineté des États¹⁴⁹. Si l'on retient par exemple le droit de légiférer, considéré comme la première marque de souveraineté¹⁵⁰, l'on rappellera que les États adhèrent à la compétence législative des institutions supranationales qui édictent une grande partie des normes qui s'imposent à eux. Mais mieux encore, par leur nature particulière, les droits fondamentaux conduisent à soumettre les États à des obligations *erga omnes*¹⁵¹. Elles incombent à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits fondamentaux. En conférant aux droits de l'homme une portée constitutionnelle dans l'ordre international, le droit international tel qu'il est issu notamment de la Charte des Nations Unies exprime que ceux-ci créent pour les États des obligations internationales conditionnant non seulement l'exercice de leur compétence territoriale, mais encore l'organisation des rapports entre la puissance publique et les particuliers se trouvant sur son territoire et qui dépendent de son autorité¹⁵². La mise en œuvre de ces obligations se traduit par leur justiciabilité à l'encontre de l'État, y compris dans des sphères traditionnellement réservées au droit interne. En ce sens, l'on peut comprendre l'obligation mise à la charge des États de punir les responsables de certaines violations des droits de l'homme¹⁵³, soit par application des mécanismes de droit interne, soit en extradant ces personnes, soit par la dévolution du pouvoir de juger un individu à une juridiction pénale internationale.

Par ailleurs, la souveraineté interne peut même être remise en cause dans certains pays du monde en développement, si l'on retient une autre marque, le droit de battre monnaie. Il suffit de constater que les États d'Afrique francophone par exemple, anciennement colonisés par la France, ne disposent toujours pas du pouvoir souverain d'émettre et de contrôler leurs propres monnaies¹⁵⁴ en 2015. Or, Jean Bodin insiste sur le poids de cette prérogative :

Quant au droit de [battre monnaie], il est de la même nature de la loi, et n'y a que celui qui a puissance de faire la loi, qui puisse donner loi aux monnaies [...]. Or il n'y a rien de plus grande conséquence après la loi, que le titre, valeur et pied des monnaies, comme nous avons montré en un traité à part. Et en toute République bien ordonnée, il n'y a que le Prince souverain qui ait cette puissance.¹⁵⁵

148 Mortier (Pauline), *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Angers, 2011, 473 p.

149 *Ibid.*, p. 227 et ss.

150 Berns (Thomas), « Souveraineté, droit et gouvernementalité », *L'impôt, APD*, vol. 46, 2002, p. 357 et ss.

151 Kamto (Maurice), 2004, *op. cit.*, p. 333 et ss.

152 Carrillo Salcedo (Juan Antonio), *op. cit.*, p. 65.

153 Abellán Honrubia (Victoria), « La responsabilité internationale de l'individu », *RCADI*, 1999, t. 280, p. 261 et ss.

154 Sur ce point, voir Koulibaly (Mamadou), *La souveraineté monétaire des pays africains*, Paris, L'Harmattan, 2009, 72 p. ; Mbaye (Sanou), « L'Afrique francophone piégée par sa monnaie unique », *Le Monde diplomatique*, novembre 2014, p. 12-13 ; Nyamsi (Franklin), « Souveraineté monétaire et souveraineté démocratique en Afrique : libre lecture du Pr. Mamadou Koulibaly », *Le Post*, 23 mai 2011.

155 Bodin (Jean), *op. cit.*, p. 176.

Dès lors qu'il manque une marque aussi importante de la souveraineté, l'on peut questionner jusqu'à l'expression même de la volonté de l'État. En exprimant conventionnellement leur volonté en faveur de la création d'une institution comme la CCI, les États ne peuvent, nous l'avons indiqué, se prévaloir d'une perte de souveraineté. Mais on peut même remettre en question la validité du consentement dès lors que l'existence même de la souveraineté est remise en cause. L'affirmation de la souveraineté en droit interne passerait donc par une possibilité de s'abstenir de prendre des engagements internationaux de nature à réduire son champ d'exercice. Ce qui justifierait par ailleurs une résistance à l'institution d'une CCI, d'autant qu'en raison du jeu des inégalités intrinsèques en droit international, le fonctionnement de certaines institutions juridictionnelles internationales a pu être remise en cause.

B — La pertinence contestée des institutions juridictionnelles internationales

En règle générale, la construction juridique et l'expérience des institutions juridictionnelles internationales préexistantes (1) suscitent le scepticisme dans le milieu juridique comme dans la conscience populaire, notamment en ce qui concerne les pays en développement. Ce qui justifie par ailleurs que des inquiétudes puissent être relevées quant à l'originalité d'une CCI (2).

I) La construction juridique des institutions juridictionnelles internationales

Les institutions juridictionnelles internationales sont des organisations internationales¹⁵⁶. À ce titre, elles sont dotées de la personnalité juridique et peuvent donc se prévaloir de droits et d'obligations au regard tant du droit international¹⁵⁷ que du droit interne. En vertu du droit international, et en application notamment de la règle *pacta sunt servanda*, elles doivent respecter les obligations qu'elles ont souscrites par voie d'accord international avec d'autres sujets de droit international, États ou organisations, de bonne foi, et peuvent être déclarées responsables de tout acte illicite qui leur serait imputable. Munies d'organes permanents, investies de pouvoirs et de finalités spécifiques, les organisations internationales sont poussées par la dynamique de leur fonctionnement à s'affranchir de la tutelle de leurs membres constitutifs.

Cependant, à l'inverse des États, les organisations internationales ne sont pas des sujets originaires du droit international. Ce sont des sujets institués. Elles procèdent de la volonté de leurs membres, exprimés dans un accord international, quitte à attribuer à l'institution créée une primauté résultant de sa charte constitutive¹⁵⁸. Cette ori-

156 Quoc Dinh (Nguyen), Daillier (Patrick) et Pellet (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, p. 571 et ss.

157 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 42. La Cour souligne à propos des Nations Unies que « l'organisation [est] destinée à exercer des fonctions et à jouir des droits ... qui ne peuvent s'expliquer que si l'organisation possède une large mesure de personnalité internationale ». Cette reconnaissance peut être étendue à toutes les organisations internationales.

158 Tcheuwa (Jean-Claude), « Les manifestations de la primauté des chartes constitutives des organisations internationales : une contribution à la théorie générale de l'acte juridique international » in *De l'esprit du droit africain : Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard Pougoué*, Wolters Kluwer/Les éditions du CREDIJ, 2014, p. 725-738.

gine conventionnelle explique qu'elles restent unies par des liens multiples aux États qui les composent. Elles sont dotées de compétences moins larges et souvent moins clairement définies que celles dont jouissent les États. Ces derniers, persuadés par des contraintes et des nécessités de toutes sortes de coopérer au sein d'institutions communes, cherchent pourtant souvent, isolément ou par groupes, à s'en assurer le contrôle au moins partiel afin que les actions des organisations se réalisent dans un sens conforme à leurs propres intérêts. Les États qui créent les juridictions internationales gardent souvent, avec leur créature commune, des rapports qui infléchissent son mode de fonctionnement¹⁵⁹.

La considération que la soumission de l'État à une juridiction internationale résulte d'un choix souverain de ce dernier n'empêche pas que, mise en œuvre dans certaines conditions, cette juridiction puisse être contestée. D'une part, il ne faut pas s'en tenir à une analyse formaliste des rapports entre souveraineté et droit en méconnaissant que les conditions concrètes et politiques qui président à la conclusion des traités internationaux¹⁶⁰ s'établissent souvent en défaveur des pays en développement. D'autre part, il n'est pas rare que la fonction judiciaire soit transformée par la prudence des juges en raison de considérations politiques¹⁶¹. Les exemples de manœuvres gouvernementales destinées à l'instrumentalisation des juridictions internationales¹⁶² justifient la contestation de la légitimité de l'institution, ainsi que l'illustrent les critiques quant à l'action de la Cour pénale internationale, particulièrement en Afrique¹⁶³. Une CCI aurait-elle l'originalité d'offrir plus de garanties d'objectivité ?

2) Quelle originalité pour une Cour constitutionnelle internationale ?

Le projet de création d'une CCI indique les missions¹⁶⁴ qui seraient celles de la Cour. Elles sont de deux ordres : consultative et contentieuse. Dans sa fonction consultative ou d'évaluation, la CCI émettrait des opinions sur les projets de textes et des avis sur les textes qui lui sont soumis qui sont en rapport avec la démocratie et les libertés publiques. Ces opinions et avis consisteraient en une déclaration de conformité ou de non-conformité de tout ou partie du texte ou du projet de texte aux principes et règles relatifs à la démocratie et les libertés publiques. Dans sa fonction contentieuse, elle statuerait sur les atteintes graves aux principes démocratiques sous réserve de l'épuisement des voies de recours internes, ces atteintes graves pouvant consister en

159 Combacau (Jean) et Sur (Serge), *op. cit.*, p. 27.

160 Ranjeva (Raymond) et Cadoux (Charles), *op. cit.*, p. 82.

161 Bal (Lider.), *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2012, p. 320 et ss.

162 *Ibid.*, p. 310 et ss.

163 Voir par exemple, Chitour (Chems Eddine), « La Cour Pénale Internationale versus les dirigeants africains: Pot de fer contre pot de terre », <http://www.mondialisation.ca/la-cour-penale-internationale-versus-les-dirigeants-africains-pot-de-fer-contre-pot-de-terre/5354245> ; Kamagata (Sinan), *La Cour pénale internationale et la lutte contre l'impunité en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2015, 186 p. ; Narey (Oumarou), « La Cour pénale internationale et l'Afrique : Analyse des procédures en cours », Afrilex, février 2015.

164 *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, p. 15-16 ; *infra*, p. 281 et ss.

des faits ou en des actes juridiques. L'État concerné serait tenu de donner effet aux décisions de la Cour.

Dans un premier point de vue, l'on peut s'interroger sur l'originalité d'une CCI par rapport à des institutions dédiées à la protection des droits fondamentaux comme le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le Comité des droits de l'homme et les cours et commissions régionales des droits de l'homme. En tout cas, dans son rôle consultatif, l'originalité comme l'opportunité de l'institution d'une CCI n'apparaît pas clairement.

Dans un deuxième point de vue, l'on peut s'interroger sur la force contraignante qu'aurait une CCI. Le projet propose en ce sens que « le moins utopiste serait de reconnaître à la future cour le droit d'engager la responsabilité de l'État responsable de la violation de la normativité constitutionnelle internationale et d'exiger qu'il annule l'acte illicite ou qu'il répare les dommages causés par cet acte »¹⁶⁵. Il faut dire déjà que la question de la responsabilité en droit international¹⁶⁶ soulève diverses difficultés d'ordre général. Une inquiétude majeure réside dans les moyens dont disposerait la Cour pour faire respecter ses décisions. Cette question soulève banalement les mêmes problématiques que pour toutes institutions juridictionnelles internationales ; les inquiétudes ne sont donc pas levées. Ce qui n'est pas de nature à rassurer les pays pauvres, spécialement les pays pauvres d'Afrique, à l'encontre desquels, ainsi que le démontre le professeur Maurice Kamto, certaines institutions internationales ont « réussi à faire une application contraignante d'un instrument formellement non contraignant, transformant de la sorte un acte concerté non conventionnel en un acte unilatéral négocié mettant des obligations à la charge de l'État », sans qu'il ne puisse formellement rien exiger en contrepartie, sa volonté ne s'exprimant que pour consentir¹⁶⁷ et à la limite subir nonobstant l'affirmation de sa souveraineté.

En fin d'analyse, et quoi que l'on puisse invoquer à son encontre, le moindre mérite du projet de création d'une CCI est de s'inscrire dans la dynamique de la créativité du droit international¹⁶⁸. Dans l'ordre de la normativité constitutionnelle internationale, particulièrement son volet droits fondamentaux, l'on peut affirmer qu'il y a peu de risques d'atteinte à la souveraineté des États. Mais dans l'ordre de l'architecture institutionnelle, le scepticisme peut éclipser l'analyse précédente. Si l'on considère que l'adhésion à une CCI participe de l'exercice de sa souveraineté par un État, l'on peut encore comprendre qu'il soit difficile de menacer une réalité incertaine, notamment en ce qui concerne les pays en développement. Or, une CCI ne saurait apparaître comme d'une décision imposée aux États. Reste donc probablement deux perspectives : si la CCI pose des garanties permettant d'établir ou de consolider la souveraineté notamment des pays pauvres, elle aura de solides chances d'exister en toute légitimité ; mais

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁶ Voir. Société Française pour le Droit International (SFDI), *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p.

¹⁶⁷ Kamto (Maurice), 2004, *op. cit.*, p. 232.

¹⁶⁸ Sur (Serge), « La créativité du droit international », Cours général de droit international public, *RCADI*, 2013, t. 363, p. 309-331.

s'il apparaît qu'elle pourrait constituer une menace supplémentaire pour la fragile souveraineté de (certains) États, le projet risque fort de mourir avant d'être né.

L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE : Y A-T-IL DES OBJECTIONS SÉRIEUSES ?

Khaled MEJRI

« Comme avant d'élever un grand édifice l'architecte observe et sonde le sol pour voir s'il en peut soutenir le poids »¹⁶⁹, nous nous proposons dans ce papier de vérifier si l'ordre juridique international est aujourd'hui capable d'accueillir l'édification d'une Cour constitutionnelle internationale (ci-après, CCI).

À cet égard, trois grandes objections tirées de l'ordre juridique international peuvent être évoquées contre la création de cette Cour. La première objection, désormais un classique, un réflexe rarement réfléchi, a trait à la souveraineté étatique et à son corollaire, le principe de l'autonomie constitutionnelle. La deuxième objection est tirée de l'inexistence d'un droit international constitutionnel qui déterminerait la compétence matérielle de cette Cour. La dernière objection se fonde sur l'existence de recours contre les violations des droits de l'Homme et de la démocratie aux niveaux internes, régionaux et universels, d'où l'inutilité de la nouvelle Cour, sinon son éventuelle entrée en concurrence avec les organes régionaux et universels chargés de la protection des droits de l'Homme.

Répondant à ces objections, notre analyse s'articulera autour de trois idées : l'inopposabilité du principe de l'autonomie constitutionnelle à l'édification de la Cour (I), l'existence avérée d'un droit international constitutionnel que cette Cour serait appelée à appliquer (II) et, plutôt que son caractère superflu, la nécessité de cette Cour dans le paysage institutionnel international actuel (III).

I — De l'inopposabilité du principe de l'autonomie constitutionnelle

L'autonomie constitutionnelle renvoie à la liberté qu'ont les États de choisir leur régime politique, social et culturel. Implication du principe de l'égalité souveraine et du principe de non-intervention, l'autonomie constitutionnelle est exprimée par la déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et à la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies comme étant le « droit inaliénable [de tout État] de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel »¹⁷⁰. Elle figure aussi à l'article 1^{er} commun aux deux Pactes de 1966, l'un relatif aux droits civils et politiques et l'autre relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; elle se lit ainsi : « tous les peuples

169 Rousseau (Jean-Jacques), *Du contrat social*, Livre II, chapitre VIII.

170 Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, Assemblée générale, XXV^e session, Organisation des Nations Unies.

ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

Ce principe a été évoqué par la CIJ à deux reprises. Dans son avis relatif à l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour affirme qu'« aucune règle du droit international n'exige que l'État ait une structure déterminée comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde »¹⁷¹. Puis, sur la base du droit coutumier général¹⁷², la Cour déclare dans son arrêt relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* : « les orientations politiques internes d'un État relèvent de la compétence exclusive de celui-ci pour autant qu'elles ne violent aucune obligation internationale »¹⁷³.

La doctrine a, sur la base de cette jurisprudence, proposé une définition de l'autonomie constitutionnelle qui, tout en la rattachant à d'autres principes cardinaux du droit international, la fait reposer sur trois piliers¹⁷⁴. Conditionnée par la faculté d'« autoaffirmation » (premier pilier, rattaché au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), l'autonomie constitutionnelle se manifeste à travers l'« auto-organisation » (deuxième pilier appelé aussi la compétence constituante) et implique le « libre-choix » du système politique (troisième pilier, rattaché au principe de non-intervention¹⁷⁵). Ceci implique théoriquement l'indifférence du droit international quant au choix opéré par un État de son système politique.

Cependant, force est de constater que cette indifférence de principe est loin de rendre l'ordre juridique interne complètement isolé de l'ordre juridique international. N'étant pas un principe absolu du droit international (1), l'autonomie constitutionnelle se trouve aujourd'hui limitée par la montée en force de la légitimité démocratique, une règle qui, bien qu'en cours de gestation, représente un nouveau vecteur de la définition même de l'autonomie constitutionnelle (2).

A — La portée relative du principe de l'autonomie constitutionnelle

Le principe de l'autonomie constitutionnelle n'a jamais figuré dans aucune source de droit international comme un principe absolu ; comme une norme impérative de droit international. En effet, dans son arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*,

171 Sahara occidental, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 43.

172 Laghmani (Slim), « La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international », *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. XI/XII, 2007/2008, p. 237.

173 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, § 258.

174 Kamto (Maurice), « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle » in *Constitution et droit international*, Recueil des cours 8, Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, C.P.U., 2000, p. 141-146.

175 Rappelons ici que, selon la CIJ, « l'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte. Cet élément de contrainte, constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même, est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force, soit sous la forme directe d'une action militaire, soit sous celle, indirecte, du soutien à des activités subversives ou terroristes à l'intérieur d'un État », *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, § 205.

gua et contre celui-ci, la CIJ a bien souligné que les orientations politiques relevant de la compétence exclusive de l'État ne sont admises que « pour autant qu'elles ne violent aucune obligation internationale », ce qui prouve, selon le professeur Yadh Ben Achour, « qu'elles ne sont ni absolues, ni injustifiables »¹⁷⁶.

Par ailleurs, la résolution 2625 formule le principe de l'autonomie constitutionnelle de façon différente chaque fois qu'elle le rattache à un principe différent de droit international. Sous le principe de non-intervention, l'autonomie constitutionnelle est formulée comme un droit « indéniable », comme un principe absolu n'admettant « aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État ». Sous le principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à l'autodétermination, la formulation du principe de l'autonomie constitutionnelle apparaît moins absolue : « tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure... et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte ». Sous le principe de l'égalité souveraine des États, la formulation du principe de l'autonomie constitutionnelle, cette fois-ci rattaché à l'État, est plus concise : elle insiste seulement sur le droit de chaque État de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel. L'interdiction de l'ingérence extérieure qui en découle n'est cette fois-ci entendue que « de façon implicite »¹⁷⁷.

Hormis sa première composante, rattachée au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le principe de l'autonomie constitutionnelle est présenté, donc, comme une norme ordinaire du droit international : une norme qui, loin de pouvoir abroger toute obligation internationale qui lui serait contraire — caractéristique des normes impératives —, ne peut qu'entrer en concurrence avec elle. La norme qui lui est contraire peut reculer devant elle, elle peut également l'éradiquer, comme elle peut, toujours, y pénétrer et orienter son évolution. C'est dire qu'on est avec l'autonomie constitutionnelle très loin de la rigidité normative qui caractérise les normes impératives du droit international.

Pouvant être relativisé par d'autres normes juridiques de même niveau ou ayant une autorité juridique supérieure, le principe de l'autonomie constitutionnelle, qui souffre déjà d'exceptions normatives, subit aujourd'hui l'influence croissante d'un principe politique qui ne cesse de poursuivre son « processus de normativisation », à savoir le principe de la légitimité démocratique.

B — Vers une autonomie constitutionnelle conditionnée par l'exigence démocratique

Revenons à l'affaire du *Sahara occidental* dans laquelle la CIJ a posé pour la première fois¹⁷⁸ le principe de l'autonomie constitutionnelle. Dans son arrêt relatif à cette af-

176 Ben Achour (Yadh), « L'internationalisation de droit constitutionnel », in *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil de cours n° XVI, Tunis, C.P.U., 2007, p. 11-12.

177 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 137.

178 Voir la relativisation de cette affirmation, *ibid.*, p. 138-139. L'auteur ne considère la formulation du principe dans cette affaire que comme une simple ébauche.

faire, la CIJ a fondé le principe de l'autonomie constitutionnelle sur un constat de fait. L'indifférence du droit international par rapport aux structures de l'État est prouvée selon la Cour par « la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde »¹⁷⁹, disait la CIJ en 1975. En effet, réalisant l'équilibre voulu entre les deux pôles politiques, l'indifférence du droit international par rapport aux systèmes politiques des États était une nécessité de l'époque, de l'ordre politique bipolaire, plutôt qu'une norme « objective » suffisante à elle-même. D'ailleurs, quand, à l'ombre de cet ordre, un consensus politique a pu être réalisé contre les régimes de discrimination raciale et spécialement le régime d'apartheid¹⁸⁰, l'interdiction de ce type de régimes a pu facilement être consacrée comme une exception au principe de l'autonomie constitutionnelle¹⁸¹.

Aujourd'hui, cette indifférence paraît « moins nécessaire »¹⁸². Après l'effondrement du bloc soviétique, « le principe d'autonomie constitutionnelle demeure, mais il n'est plus soutenu par l'ordre politique international »¹⁸³. Loin de nous l'idée d'annoncer sa mort, non souhaitable d'ailleurs, force est de constater son renouveau à l'aune du principe de la légitimité démocratique.

Mais, avant de développer ce constat sur les rapports entre l'autonomie constitutionnelle qui demeure le principe et la légitimité démocratique qui joue désormais le rôle de vecteur de sa redéfinition, attardons-nous sur la nature juridique de ce concept de « légitimité démocratique ». L'expression « légitimité démocratique » peut être prise dans trois sens différents.

Tout d'abord, *lato sensu*, elle désigne l'idée selon laquelle « seul un gouvernement démocratique est bon » ou autrement dit, que « la seule valeur politique est la démocratie »¹⁸⁴. Entendue dans ce sens, la légitimité démocratique est perçue seulement comme une valeur et ne prétend, donc, nullement à la normativité. C'est pour cela que cette signification de la légitimité démocratique sera écartée de notre champ d'analyse.

On peut prendre ensuite l'expression « légitimité démocratique » *strictissimo sensu*. Elle exprimerait alors, non seulement l'idée selon laquelle le régime démocratique est le seul dont la domination et la capacité à dicter des ordres sont acceptées et reconnues¹⁸⁵, mais aussi son implication selon laquelle il est permis d'écartier le principe de non-intervention et de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre État à partir du moment où cet acte est justifié par la volonté de protéger ou de mettre en place la

179 Sahara occidental, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 43-44.

180 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée le 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976.

181 Voir Laghmani (Slim), *op. cit.*, p. 238.

182 Jobart (Jean-Charles), « Le droit international constitutionnel », in Roussillon (Henry), Bioy (Xavier) et Mouton (Stéphane), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, p. 313.

183 Laghmani (Slim), *op. cit.*, p. 239.

184 *Ibid.*

185 Voir Arnaud (André-Jean), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 225.

démocratie. Ainsi comprise, la « légitimité démocratique » n'existe pas comme une norme. Aucune règle de droit international ne peut légaliser une intervention singulière dans les affaires intérieures des États, quel que soit le motif sur lequel elle se fonde.

La troisième acceptation non plus *strictissimo sensu*, mais simplement *stricto sensu* est à notre sens la seule qui pourrait prétendre ou du moins aspirer au statut d'une norme internationale. Il s'agit de l'acceptation qui ne retient du sens le plus strict que sa première composante. Sans aller jusqu'à accepter l'intervention fondée sur la volonté d'établir ou de rétablir la démocratie, cette norme serait celle qui considère le régime démocratique comme une obligation de structuration politique que les États doivent reconnaître et appliquer. Une telle norme existe-t-elle ?

La réponse à cette question est différente selon qu'il s'agisse de la recherche de l'existence de cette norme au niveau régional ou au niveau universel. Au niveau régional, la norme semble être bien ancrée. Certains auteurs affirment qu'il existe au niveau européen une norme de droit coutumier régional qui impose la démocratie¹⁸⁶. Bien que moins affirmée, la norme est également consacrée en Amérique¹⁸⁷. En Afrique, l'engagement en faveur de la démocratie est depuis l'institution de l'Union africaine « inconditionnel »¹⁸⁸. La norme est aussi posée dans le cadre du *Commonwealth*¹⁸⁹.

« Le seul continent, comme le remarque le professeur Slim Laghmani, qui est resté en marge de ce mouvement est le continent asiatique et les seules organisations régionales qui persistent à ne pas prévoir un engagement démocratique sont la Ligue des États arabes, l'Organisation de la Conférence Islamique et l'ASEAN [Association des Nations du Sud-Est Asiatique] »¹⁹⁰. Mais même pour les États membres de ces organisations, l'engagement démocratique les lie au titre de leur appartenance à d'autres organisations régionales ou du fait d'autres accords multilatéraux ou bilatéraux¹⁹¹. « Rares donc les États qui ne sont aujourd'hui liés par aucun engagement démocratique »¹⁹². Mais ceci permet-il d'affirmer également son existence normative au niveau universel ?

186 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 166.

187 Voir le préambule, l'art. 2 (b) et l'art. 3 (d) de la Charte de l'OEA du 30 avril 1948, le préambule de la Convention américaine des droits de l'Homme du 22 novembre 1969 et l'art. 1^{er} de la Charte démocratique interaméricaine adoptée le 11 septembre 2001.

188 Laghmani (Slim), *op. cit.*, p. 249. Voir aussi, Mejri (Khaled) et Ben Hamida (Chahrazed), « L'Union africaine : d'une association d'États à une communauté de valeur ? » in Ben Achour (Rafaa) et Laghmani (Slim) (dir.), *Les droits de l'homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, 8^e rencontre de la Faculté des Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, les 17,18 et 19 avril 2008, Paris, Pedone, 2008, p. 229-248.

189 Voir les principes de Harare, 20 octobre 1991, http://www.thecommonwealth.org/shared.asp_files/GFSR.asp?NodeID=141095.

190 Laghmani (Slim), *op. cit.*, p. 250.

191 *Ibid.*, p. 251.

192 *Ibid.*, Slim Laghmani en donne une liste dont : 1) les États qui sont encore formellement attachés à l'idéologie marxiste : Chine, Cuba, Corée du Nord, Vietnam, Laos, Myanmar ; et 2) les États arabes du Golfe, notamment l'Arabie Saoudite.

Aucune convention ne consacre, au niveau universel, une obligation d'adopter le régime démocratique. Il n'en demeure pas moins que le principe de légitimité démocratique existe soit en tant que principe du droit international¹⁹³ soit en tant que norme coutumière au moins dans sa composante interdisant les coups d'État contre des gouvernements élus démocratiquement¹⁹⁴.

Quoi qu'il en soit de sa source, il est permis de dire, avec le professeur Kamto, que « le principe de légitimité démocratique existe bel et bien [...] comme une obligation imparfaite qui se présente sous la forme d'une norme univoque ne comportant pas encore les deux versants de l'obligation juridique »¹⁹⁵.

L'existence de la norme « légitimité démocratique » étant prouvée, il sied d'analyser ses rapports avec le principe de l'autonomie constitutionnelle. Dans son sens strict, la légitimité démocratique existe bel et bien. Elle signifie l'obligation pour les États de reconnaître et d'adopter le régime démocratique. Certes, ce principe ne contient pas encore son versant qui serait opposable à un État qui n'a pas choisi le régime démocratique alors qu'il n'est lié par aucune obligation dans ce sens qui proviendrait d'une source conventionnelle. Mais, tel que consacré, ce principe de légitimité démocratique ne se présente pas comme une norme concurrente au principe de l'autonomie constitutionnelle. Le respect qu'il impose aux États envers les gouvernements élus démocratiquement fait de lui plutôt que sa négation une consécration de l'autonomie constitutionnelle.

Le libre choix du régime politique quitte peu à peu le domaine de la « compétence exclusive » de l'État. Comme l'a noté la CPJI : « La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans un domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux »¹⁹⁶.

Et, il est clair que les rapports internationaux se sont développés si bien que — au lieu de parler d'une indifférence totale du droit international au regard des régimes politiques des États sur la base de leur autonomie constitutionnelle — il est permis d'affirmer avec M. Kamto que « l'autonomie constitutionnelle devient [...] une autonomie conditionnée par l'exigence démocratique »¹⁹⁷. Ainsi, l'argument contre la création d'une CCI tiré du principe de l'autonomie constitutionnelle se révèle invalide.

Quid, à présent, de l'objection selon laquelle une telle Cour, en l'absence d'un code de constitutionnalité internationale, n'arrivera pas à déterminer sa compétence matérielle de façon claire et précise ?

193 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 170 et ss. Voir aussi, pour une démonstration menée à partir de l'une de ses composantes, à savoir l'État de droit, Morin (Jacques-Yvan), « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995 t. 254, p. 9-462.

194 Laghmani (Slim), *op. cit.*, p. 252 et ss. À propos de la question électorale l'auteur remarque que « les résolutions de l'assemblée générale relatives aux élections sont marqués par l'ambiguïté voire l'ambivalence », p. 252.

195 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 174.

196 Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc (Grande-Bretagne, France), Avis consultatif du 7 février 1923, Série B, n°4, p. 22-23.

197 Kamto (Maurice), *op. cit.*, p. 176.

II — De l'existence d'un droit international constitutionnel

Existe-t-il un droit international constitutionnel ?¹⁹⁸ La réponse à cette question semble être donnée en partie par les développements précédents où l'on a montré le dépassement de l'indifférence traditionnelle du droit international par rapport aux ordres constitutionnels des États. « Les frontières entre les espaces juridiques internes et internationaux ne sont pas étanches même lorsque les souverainetés se veulent exclusives et absolues et prétendent édifier des remparts, notamment, autour de leurs ordres constitutionnels. Dire aujourd'hui qu'il y'a une perméabilité entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel relève du constat »¹⁹⁹. Cette perméabilité a entraîné l'internationalisation du droit constitutionnel²⁰⁰ (1), lequel phénomène a débouché sur la naissance d'un droit international constitutionnel dont la substance a aujourd'hui suffisamment muri et la teneur se trouve de plus en plus renforcée (2).

A — Le phénomène de l'internationalisation du droit constitutionnel

Le phénomène de l'internationalisation du droit constitutionnel signifie la cristallisation de certaines règles relatives à la matière constitutionnelle (c'est-à-dire celles ayant trait aux droits et libertés des citoyens, au fondement du pouvoir politique et celles relatives à l'organisation des pouvoirs politique et juridictionnel) en tant que standards internationaux qui obligent les États à les adopter dans leurs Constitutions ou à adapter leurs Constitutions à leurs exigences.

Ce phénomène est à distinguer du phénomène inverse qu'on pourrait appeler la constitutionnalisation du droit international signifiant, quant à lui, l'insertion dans les Constitutions nationales de certains principes internationaux les transformant ainsi en principes constitutionnels ou encore sans les « constitutionnaliser » et tout en préservant leur nature internationale, les considérer comme faisant partie du « bloc de constitutionnalité » (Allemagne).

Le phénomène de l'internationalisation du droit constitutionnel tourne autour du concept de « standards constitutionnels », c'est-à-dire des normes internationales matériellement constitutionnelles. Autrement dit, elles sont constitutionnelles par leur matière et internationales par leur source. Par-delà le mimétisme (renvoyant à une reproduction de certaines règles constitutionnelles dépourvue de toute intelligence) et le conformisme (qui correspond à une reproduction voulue ou imposée par le bon sens ou la nécessité de certaines règles) constitutionnels, la standardisation du droit constitutionnel renvoie à l'idée de la communauté des valeurs et des aspirations²⁰¹.

198 La question concerne bien entendu « le droit international constitutionnel » et non ce que le doyen Favoreu appelle « le droit constitutionnel international », c'est-à-dire le droit constitutionnel relatif au droit international.

199 Amor (Abdelfattah), « La perméabilité juridique entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel », in *L'internationalisation du droit constitutionnel*, op. cit., p. 95.

200 L'Académie internationale de droit constitutionnel a consacré à ce phénomène sa XXII^e session du 8 au 23 juillet 2006 dont les actes sont publiés in *L'internationalisation du droit constitutionnel*, op. cit. Plus récemment, sa XXX^e session, celle de 2014 (du 29 août au 12 septembre), a eu comme titre « Vers une normativité constitutionnelle internationale ? ».

201 Amor (Abdelfattah), « Constitutions et standards constitutionnels », in *Constitution et droit*

Le phénomène est donc par essence endogène. Confortées certes par un mouvement exogène auquel contribuent certains États et organisations internationales, il n'en demeure pas moins que les valeurs que ce phénomène véhicule sont gravées dans le marbre de l'histoire constitutionnelle des pays. Ces valeurs sont désormais ancrées dans la conscience collective des États.

Leur affirmation a conduit à l'élaboration d'un modèle constitutionnel uniformisé²⁰². Reposant sur le positivisme juridique volontariste, ce modèle peut être rationalisé autour de deux axes principaux. Le premier axe est celui des standards formels, à savoir le standard de l'écrit et celui de la suprématie constitutionnelle²⁰³. Le deuxième axe est celui des standards substantiels qui touchent principalement aux principes de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'Homme, notamment les droits civils et politiques²⁰⁴. C'est ce deuxième axe qui retiendra notre attention dans la détermination de la substance du droit international constitutionnel.

B — Le droit international constitutionnel : un droit dont la substance a suffisamment muri

L'on peut aujourd'hui parler sans risque d'erreur de l'existence d'une normativité constitutionnelle internationale²⁰⁵. Cette normativité tourne autour des concepts de démocratie et d'État de droit qui, par leur essence même, comme le remarque le professeur Yadh Ben Achour, « débouchent sur les droits de l'Homme en tant que droits substantiels »²⁰⁶.

L'arsenal juridique international des droits de l'Homme est d'une richesse inégalable. La Charte des Nations Unies en est la pierre d'achoppement. Bien en deçà de l'idée selon laquelle la Charte des Nations Unies peut être considérée comme une « prémissse de constitution universelle » ou « le *Grundgesetz* international »²⁰⁷, nous nous limitons à souligner la « place fondatrice »²⁰⁸ que l'Homme y occupe. Son préambule affirme la « foi dans les

international, op. cit., p. 53-54.

202 Ben Achour (Yadh), *op. cit.*, p. 17. Georges Vedel utilise l'expression « la mondialisation du droit constitutionnel » pour décrire ce phénomène ». Voir « Dans quelle mesure peut-on parler de la mondialisation des institutions politiques ? », in *Mondialisation et identité*, Publications de l'Académie du Royaume du Maroc, coll. session, Rabat, 5-7 mai 1997.

203 Voir sur ces standards, Amor (Abdelfatah), « Constitutions et standards constitutionnels », *op. cit.*, p. 71-75.

204 Voir *ibid.*, p. 76-78 et Ben Achour (Yadh), *op. cit.*, p. 28.

205 Voir Laghmani (Slim), « Une Cour constitutionnelle internationale ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Tome 2, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2014, p. 989-1001, sp. p. 990-997.

206 Ben Achour (Yadh), *op. cit.*, p. 64.

207 Dupuy (Pierre-Marie), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, t. 297, p. 218-224. Le professeur Tomuschat et la doctrine allemande, en général, considère la Charte des Nations Unies comme une constitution de la communauté internationale, *ibid.*, p. 229. Voir aussi, De Frouville (Olivier), « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in Hennette-Vauchez (Stéphanie) et Sorel (Jean-Marc) (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylants, 2011, p. 193-215.

208 Dupuy (Pierre-Marie), « L'individu et le droit international... », *op. cit.*, p. 120.

droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine dans l'égalité de droit des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ». L'alinéa 3 de son article 1^{er} annonce parmi les buts de l'organisation le « respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »²⁰⁹.

À la Charte s'ajoute dans le cadre de l'ONU une armada de textes conventionnels rédigés sur la base de la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée en 1948. Pour ne s'en tenir qu'aux plus importants, notons les suivants :

- les deux pactes sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels, en vigueur depuis 1977,
- les conventions sur la prévention et la répression des crimes de génocide (1949) et d'apartheid (1973),
- les traités interdisant la discrimination raciale (1965), l'esclavage (1956), le travail forcé, la torture (1984), et
- les conventions sur les droits de la femme (1979) et de l'enfant (1989).

Parallèlement, les conventions de droit international humanitaire, depuis les deux protocoles de 1977 additionnels aux quatre conventions de Genève de 1949 en arrivant au Statut de la Cour pénale internationale adopté en 1998 et entré en vigueur en 2002, attestent de la percée incontestable de la logique des droits de l'Homme dans le *jus in bello*²¹⁰. Les règles contenues dans ces conventions sont désormais reconnues en tant que règles coutumières engageant les États au-delà de tout lien conventionnel²¹¹. Leur teneur normative est de plus en plus renforcée par leur rattachement au *jus cogens*²¹².

Au niveau régional, des systèmes de protection des droits de l'Homme qui attestent de l'universalité de la reconnaissance de l'individu comme sujet principal du droit international ont été mis en place en Europe, en Amérique et en Afrique. Cette position de l'individu est, certes, toujours discutée, voire remise en cause par la logique souverainiste des États, mais force est de constater qu'il se dégage de l'ensemble de ces textes une conception « limitant ou au moins encadrant le rôle des États »²¹³. P.-M. Dupuy

209 Voir aussi l'article 55 al. c.

210 Voir Mejri (Khaled), *Le droit international humanitaire dans la jurisprudence internationale*, Thèse de doctorat en droit, FSJPST, Tunis, 2014, p. 45-127.

211 En ce qui concerne le droit international des droits de l'Homme, contentons-nous de ceci : « les dispositions de la Déclaration universelle [des droits de l'Homme] sont considérées comme ayant valeur de règles du droit coutumier international du fait qu'elles sont aussi largement acceptées et qu'elles servent d'étalon pour mesurer la conduite des États », <http://www.un.org/fr/rights/overview/charter-hr.shtml>. En ce qui concerne le droit international humanitaire, voir Henckaerts(Jean-Marie) et Doswald-Beck (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

212 Voir une analyse basée sur la jurisprudence de la CIJ relative aux principes du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire, Goy (Raymond), *La Cour internationale de justice et les droits de l'Homme*, coll. « Droit et justice », n° 36, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 41-46, p. 60-68 et p. 102-124.

213 Amor (Abdelfattah.), « Le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies et le droit constitutionnel » in *Droit constitutionnel et mutations de la société internationale*, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil des cours n° XI, CPU, Tunis, 2003.

y voit une affirmation de la « priorité de l’individu par rapport à l’État, dont le devoir serait désormais non de l’asservir à la réalisation de ses propres fins, mais promouvoir la garantie effective de son éminente dignité »²¹⁴.

Par-delà les doctrines et les déclarations²¹⁵ se basant sur le concept de la souveraineté fonctionnelle, les mécanismes de protection des droits de l’Homme que cette cohorte de conventions met en place attestent du fait que l’exercice des compétences étatiques en matière des droits de l’Homme est aujourd’hui appelé à se conformer aux exigences du droit international telles qu’elles se dégagent de ces textes auxquels les États ont souverainement consenti. Les États parties à ces conventions sont, en plus, soumis au contrôle et à la surveillance d’organes de suivi spécialement établis.

Mieux, ces organes ont produit une « jurisprudence » qu’on pourrait qualifier d’« acutiviste ». On en veut pour preuve l’œuvre du Comité des droits de l’Homme chargé du suivi de l’application par les États du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Celui-ci semble considérer que l’ensemble du droit interne, y compris constitutionnel, doit être compatible avec le pacte relatif aux droits civils et politiques²¹⁶ « dont la portée est, par ailleurs, déterminée par le Comité lui-même »²¹⁷. Il devient clair à partir de la jurisprudence de ce Comité que « la compétence de l’État en matière de droits civils et politiques, et plus généralement en matière des droits de l’Homme, ne pourrait régulièrement s’exercer que dans la mesure où elle se conformerait aux dispositions du pacte »²¹⁸.

214 Dupuy (Pierre-Marie), « L’individu et le droit international (Théorie des droits de l’homme et fondements du droit international) », *Le droit international, APD*, vol. 32, 1987, p. 121.

215 Au niveau des doctrines, contentons-nous d’évoquer « la responsabilité de protéger », développée dans le rapport de la Commission internationale de l’intervention et de la souveraineté des États (ou Commission Evans-Sahnoun) adopté en décembre 2001 : CIISE, *Responsabilité de protéger*, <http://www.iciss.ca/report-en.asp>.

Au niveau des déclarations, voir la Déclaration de Boutros Boutros-Ghali, l’ancien secrétaire général des Nations Unies, par laquelle il avait ouvert la Conférence mondiale sur les droits de l’Homme tenue à Vienne en juin 1993. En voici quelques extraits : « Les droits de l’homme abolissent la distinction traditionnelle entre l’ordre interne et l’ordre international. Ils sont créateurs d’une perméabilité juridique nouvelle. Il s’agit donc de ne pas les considérer, ni sous l’angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l’ingérence politique... Dans ce contexte, l’État devrait être le meilleur garant des droits de l’homme. C’est à l’État que la communauté internationale devrait, à titre principal, déléguer le soin d’assurer la protection des individus. Mais la question de l’action internationale doit se poser lorsque les États se révèlent indignes de cette mission, lorsqu’ils contreviennent aux principes fondamentaux de la Charte et lorsque, loin d’être les protecteurs de la personne humaine, ils en deviennent les bourreaux... Dans de telles circonstances, c’est à la communauté internationale de prendre le relai des États défaillants, c’est-à-dire aux organisations internationales, universelles et régionales... Il y a là une construction juridique et institutionnelle qui n’a rien de choquant et qui ne me semble pas attentatoire à la conception moderne que nous avons de la souveraineté... Lorsque la souveraineté devient l’ultime argument invoqué par les régimes autoritaires pour porter atteinte aux droits et libertés, des hommes, des femmes, des enfants, à l’abri des regards, alors — je le dis gravement — cette souveraineté-là est déjà condamnée par l’histoire ».

216 Voir Amor (Abdelfattah), « Le Comité des droits de l’Homme des Nations Unies et le droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 1-15.

217 Amor (Abdelfattah), « La perméabilité juridique entre l’ordre international et l’ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 108.

218 *Ibid.*

Tout plaide en faveur de la thèse exprimée par B. Boutros-Ghali²¹⁹ selon laquelle la compétence en matière de droits de l'Homme revient à titre initial à la Communauté internationale, laquelle délègue ses pouvoirs aux États. Si les États se révèlent indignes de cette mission, la Communauté reprend sa compétence. Les risques d'excès que cette conception comporte sont bien connus pour qu'ils soient développés ici. Mais, notons que l'existence d'une CCI qui assurera, le cas échéant, cette tâche, au nom de la Communauté internationale, est de nature à juguler la prolifération de doctrines qui sur sa base conduisent à légitimer les comportements étatiques les plus dangereux et permettre au nom des droits de l'Homme les violations les plus désastreuses pour les droits de l'Homme et des Peuples.

La CCI se révèle ainsi comme une nécessité. Elle s'opposera de façon claire aux doctrines « ingéristes »²²⁰ qui ont su instrumentaliser la morale humaniste au profit des États les plus puissants²²¹, profitant d'un contexte international caractérisé par l'existence d'un « fossé [...] entre les promesses et les ambitions de l'idéologie et du droit d'un côté et l'inertie des mécanismes concrets de réalisation de ces promesses »²²².

III — De l'inanité de l'argument de la concurrence des compétences

La protection des droits de l'Homme est aujourd'hui assurée par des mécanismes non juridictionnels et des mécanismes juridictionnels. Le caractère non juridictionnel d'organismes tels que le Comité des droits de l'Homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité contre la torture, le Comité des droits de l'enfant, le Comité des travailleurs migrants... s'oppose à la possibilité d'émettre des mesures obligatoires aux États. Basé sur la technique des rapports périodiques, leur travail, aussi important qu'il soit au niveau de l'affirmation et de la confirmation des principes, reste inefficace, tant qu'il n'aboutit qu'à de simples constatations « dont il revient à l'État en cause de tirer les conséquences »²²³. Ainsi, en imaginant un organe qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions d'une Cour, on est à même de pouvoir concrétiser les engagements des États dans un « prolongement logique de l'action des Nations Unies dans ce domaine »²²⁴.

À ce niveau de l'analyse, une autre question peut surgir : a-t-on besoin d'une nouvelle juridiction internationale ? Les juridictions déjà existantes ne peuvent-elles pas assurer cette mission ? En réalité, les juridictions supranationales existantes sont toutes

219 Voir la citation à la note 45.

220 Mejri (Khaled), « Le droit international face aux crises humanitaires : un droit d'ingérence ? », *Revue Tunisienne de Droit*, 2007, p. 429-461.

221 Mejri (Khaled), « Les États libéraux et l'action humanitaire d'urgence. De l'instrumentalisation de la morale libérale », in *Libéralisme et nouvelles contraintes de l'action politique*, M'rād (Hatem) (dir.), Presses universitaires de Toulouse, Toulouse, 2009, p. 318-345.

222 Ben Achour (Yadh), *op. cit.*, p. 94.

223 *Ibid.*, p. 75.

224 *Projet de création d'une Cour Constitutionnelle internationale*, Tunis, 2014, p. 34 ; *infra*, p. 281 et ss.

incapables d'assurer une protection efficace des droits de l'Homme et de la démocratie. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui constituent, eu égard à leur pouvoir de juger les États membres qui enfreignent leurs engagements, les exemples les plusachevés de juridictions spécialisées en matière des droits de l'Homme ont une action limitée qui ne concerne qu'à peine une cinquantaine d'États dans le monde.

La reprise du modèle européen et interaméricain par d'autres organisations d'intégration régionale est une entreprise difficile, voire impossible. On en veut pour preuve la mise en place laborieuse de la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples.

Au niveau universel, ni la Cour internationale de justice (ci-après, CIJ) ni la Cour pénale internationale (ci-après, CPI) ne peuvent assurer ce rôle. La CIJ, organe judiciaire principal des Nations Unies, ne tranche que les litiges interétatiques. Elle a, certes, rendu des arrêts et des avis très importants en matière des droits de l'Homme²²⁵, mais il n'en demeure pas moins qu'en matière contentieuse la compétence de cette Cour reste très limitée. Reposant sur le consentement des États admis à ester devant elle, la CIJ ne peut connaître d'un différend que si les États concernés ont accepté sa compétence. Une des formes les plus importantes d'acceptation de la compétence de cette Cour est la déclaration facultative de juridiction obligatoire prévue par l'article 36 § 2 de son Statut²²⁶. Or, actuellement, « sur les 193 Membres de l'ONU, 70 ont fait ou maintenu de telles déclarations, ce qui représente un peu plus qu'un tiers des Membres de l'ONU »²²⁷.

Ayant toujours la possibilité de formuler des réserves, d'exclure des matières de la compétence de la Cour et de présenter des exceptions, les États adoptent aujourd'hui une attitude plus tranchée à son égard. Ils choisissent de rompre totalement avec elle²²⁸. La « défiance à l'égard des cours et des tribunaux internationaux »²²⁹ touche indifféremment la Cour mondiale et les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'Homme. Elle se conjugue dans le cas de la CIJ par la stagnation des acceptations de la compétence obligatoire de la Cour et l'indifférence avec laquelle sont traités ses besoins budgétaires et en personnel par la communauté internationale²³⁰.

225 Citons à titre d'exemples, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16 ; Avis consultatif, Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 ; Conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136. Voir à ce sujet, Goy (Raymond), *op. cit.*

226 Les autres formes sont : le compromis, les conventions spéciales et le *forum prorogatum*.

227 Tomka (Peter), Président de la CIJ, devant la sixième Commission de l'Assemblée générale, Nations Unies, 1^{er} novembre 2013.

228 Voir Mejri (Amel), *L'arme nucléaire dans la jurisprudence internationale*, Mémoire de master en droit international et relations Maghreb-Europe, FSJPST, Tunis, 2015, p. 109.

229 Pellet (Alain), « Remarques sur l'(in)efficacité de la Cour internationale de justice et d'autres juridictions internationales », in *Liber amicorum Jean-Pierre Cot. Le procès international*, Bruxelles, Bruylants, 2009, p. 212.

230 *Ibid.*

La CPI est également loin de pouvoir offrir une solution tant que sa compétence matérielle reste limitée aux crimes les plus graves, à savoir : les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. Les actes de violation des droits de l'Homme n'entrent dans la compétence de cette Cour que s'ils sont commis dans le contexte d'un conflit armé (cas des crimes de guerre) ou de façon systématique (cas des crimes contre l'humanité) ou qui vise un groupe national, religieux, ethnique ou culturel en tant que tel (cas du génocide).

Devant cette Cour, les affaires sont, en application du principe de la complémentarité, irrecevables dès lors qu'elles donnent, ou ont déjà donné lieu, à enquête, poursuite ou jugement dans un État²³¹. Deux exceptions sont néanmoins prévues par le Statut de Rome.

Il s'agit du cas où la procédure engagée au niveau national ne traduit pas l'intention réelle de réprimer l'infraction et du cas où l'appareil judiciaire de l'État concerné est jugé incapable de mener l'enquête ou les poursuites en raison de son indisponibilité ou de son effondrement total ou partiel²³². Le cas où la justice est rendue dans un État de manière non conforme aux principes du procès équitable est un cas totalement omis par le Statut de Rome. Dans ce cas, la seule voie ouverte au prétoire de la Cour est celle qui passerait par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur la base de l'article 13 alinéa *b* du Statut de la Cour²³³. En outre, la compétence de cette Cour est limitée aux crimes commis sur le territoire d'un État partie ou par un national d'un État partie²³⁴.

La Cour peut être saisie soit par un État partie²³⁵, soit par le Conseil de sécurité²³⁶, soit par son Procureur agissant *proprio motu*²³⁷. La saisine par les États présente cet inconvénient évident que l'État doit être partie au Statut de la Cour. Dans le cas où la Cour est directement saisie par le Conseil de sécurité, il n'est nullement nécessaire que l'État sous la juridiction duquel le crime a eu lieu ou l'État dont l'auteur présumé du crime porte la nationalité soit partie au Statut ou ait reconnu la compétence de la Cour. Néanmoins, il va sans dire que ce mode de saisine reste tributaire des rapports de force et de la volonté des membres permanents de l'organe politique de l'organisation mondiale.

À la liberté et l'indépendance du Procureur dans l'ouverture de l'enquête, l'article 16 du Statut de Rome apporte, toutefois, une limite de taille en permettant au Conseil de sécurité de décider en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qu'aucune enquête ou poursuite ne seront engagées pendant un an renouvelable. Cette possibilité offerte au Conseil de sécurité de geler l'action de la Cour a été, sous la pression du gouvernement américain au titre de sa campagne pour garantir l'immunité aux Casques bleus américains, concrétisée par la résolution 1422 du 12 juin 2002 reconduite par la résolution 1478 du 6 mai 2003. En dépit des efforts du gouvernement américain pour renouveler ces résolutions en 2004, les États-Unis ont retiré le projet de résolution dès

231 Art. 17 § 1 et 20 § 3 du SCPI.

232 Art. 17 § 2-3.

233 Voir *ibid.*, p. 350.

234 Art. 12 § 2 du SCPI.

235 Art. 13 al. a et art. 14 du SCPI.

236 Art. 13 al. b du SCPI.

237 Art. 15 § 1 du SCPI.

qu'ils n'ont plus été en mesure d'assurer suffisamment de votes parmi les membres du Conseil de sécurité.

L'effectivité de l'action de la Cour reste enfin tributaire de la volonté des États de coopérer avec elle. Comme la CPI est établie par traité, seuls les États parties sont obligés de coopérer avec elle dans ses enquêtes et poursuites²³⁸. Un État non partie ne peut être tenu de coopérer avec la Cour que sur la base d'un accord conclu avec elle ou sur toute autre base appropriée²³⁹. Un État non partie qui reconnaît la compétence de la Cour conformément à l'article 12 § 3 de son Statut ne peut être assimilé à un État partie : il n'est tenu de coopérer que pour les crimes concernés par cette reconnaissance.

Par ailleurs, les États non parties peuvent être logiquement tenus de coopérer dans deux hypothèses qui ne sont pas expressément prévues par le Statut : en cas de demande expresse du Conseil de sécurité et en cas de saisine de la Cour par le Conseil de sécurité et ce conformément à l'article 25 de la Charte des Nations Unies²⁴⁰. On se trouve de nouveau face à des situations où c'est des considérations politiques que dépend l'efficacité de l'action de la Cour.

Dans ce même ordre d'idées, rappelons les accords conclus par les États-Unis d'Amérique avec une centaine d'États²⁴¹ sur la base de l'article 98, § 2 du Statut de Rome aux fins d'exclure toute remise d'un ressortissant américain ou d'un ressortissant de l'autre État contractant à la CPI. La compatibilité de ces accords avec le Statut de la CPI est, certes discutable²⁴², mais il n'en demeure pas moins qu'ils constituent une échappatoire pour les États qui ne veulent pas vaquer à leurs obligations envers la Cour.

Il appert de ce qui précède que le système institutionnel international présente cette carence de ne pas avoir une Cour chargée d'appliquer les règles et principes relatifs à la démocratie et aux libertés publiques qui, sous réserve de l'épuisement des voies de recours internes²⁴³, pourrait être saisie directement par « les individus avec soutien pétitionnaire, les partis politiques, les associations nationales et les organisations professionnelles, les organes pléniers des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales, les ONG accréditées par l'État dans le cadre d'un processus électoral »²⁴⁴ ou en matière des droits de l'Homme.

L'institution d'une telle Cour serait pour les États un véritable test de leur volonté réelle de répandre la démocratie aux quatre coins du monde au lieu de prétendre le faire par des interventions qui ne peuvent être que contestables. Elle serait, par ailleurs, la preuve de leur résolution à appliquer leurs engagements internationaux dans le cadre du principe de la bonne foi.

238 Art. 86 du SCPI.

239 Art. 87 § 5 du SCPI.

240 Voir David (Éric), « La Cour pénale internationale », *RCADI*, 2005, t. 313, p. 440-441.

241 www.iccnow.org.

242 Voir Conclusions du Conseil de l'Union européenne, 30 septembre 2002, *ILM*, 2003, annexe, deuxième principe, p. 241. Voir aussi, David (Éric.), *op. cit.*, p. 442-446.

243 *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, *op. cit.*, p. 34 ; *infra*, p. 281 et ss.

244 *Ibid.*

Partie

V

**LA COUR CONSTITUTIONNELLE
INTERNATIONALE**



AN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT: A SEARCH FOR BALANCE BETWEEN CONTRASTING OPTIONS

João R. CAETANO

With this paper I intend, if not to establish, at least to reflect on the political, legal and philosophical conditions for the creation of an International Constitutional Court.

As its name suggests, an International Constitutional Court will be a court which will apply constitutional law to international situations. Traditionally constitutions are related to states, and constitutional courts, where they exist, solve state-wide situations, independently of the form of the state. From a political and legal point of view, the question is whether it is possible to use a constitution, to use constitutional rules or simply to use constitutional principles to solve international/global situations or cases.

Although the European Union (EU) is not officially a state, there is a material European constitution which is used not only by the EU courts but also by the member state courts acting as European courts in order to solve concrete cases between public authorities and individuals, or between individuals. Despite the different internal interpretations of European law, for example in relation to human and fundamental rights, the EU is an area of strong legal integration which produces a law that is somewhat related to national laws. Although the existence of the EU depends on instruments of international law, the functioning of the organization is beyond international law because there is a distinct European law.

This is not the only example of legal integration across different countries. Let us briefly examine some aspects of the historical evolution of this topic.

The International Court of Justice would have been an impossibility one century ago, and the European Court of Human Rights an impossibility even a few decades ago. What made the latter possible was the establishment of a consensus among European states about the sets of human rights that are enforceable both in the states and in the international order. It is a fact that today there are international courts which apply rights established according to national constitutional traditions despite the fact that a world or global constitution does not exist. The question is whether we can or cannot go further in order to create an International Constitution or at least an International Constitutional Court, and what are the conditions for this to happen. Considering the current framework of existing international courts, we need to know which advances could bring about the creation of an International Constitutional Court. I assume that an International Constitutional Court must be able to further the protection of people's rights worldwide, either by covering more countries or by conducting to a deeper understanding of people's rights.

In the EU we have witnessed, in recent decades, the emergence of a convergence in national constitutions which resulted in the protection of fundamental rights by EU administrative and judicial bodies. The idea behind the *Magna Charta* (1215) in England was to protect citizens from the arbitrariness of the powerful people and particularly from the monarch, and the EU Charter of Fundamental Rights¹ can be seen as part of the same path. In line with the evolution registered in Europe, it makes sense to create an International Constitutional Court with extended jurisdiction, if not to the whole world at least to the greatest possible number of states, since it generates a stronger and consistent protection of rights. That Court must be able to apply a common constitutional law to specific situations and that law must be enforceable.

It's a very worthwhile project, but it will not be easy to build and implement it. Most states and politicians will be against the idea, and will consider it a utopia. We must know that and be realistic, but it doesn't mean that we cannot think about the possibility, if not only because there are problems in society that must be solved. It has always been difficult for the idea of individual rights to be universally accepted because of the opposition of the national states. Even today many states are not keen on accepting the idea of a catalogue of fundamental rights. Although the most genuine difficulties have been partly overtaken by the facts in the EU, they are still visible. In the EU, there are not only different understandings of the value and content of fundamental rights as they are established in the European Charter of Fundamental Rights, but also different national perspectives on what are those fundamental rights. The 2015 refugee crisis in Europe is the best example of the incapacity of the EU to deal with real problems concerning human rights.

In order to make possible the creation of an International Constitutional Court—which is a much more demanding challenge than the creation of a single constitutional jurisdiction for the EU—it is necessary to build a space for dialogue between people from different countries, not only politicians but also the national civil societies, knowing that it is not easy nor obvious to do so wisely. To this end, it is necessary to establish a comprehensive scientific interdisciplinary base of research and to develop processes of political and civic dialogue throughout the countries, with four main tasks in mind: first, to understand the relationship between the philosophical/religious beliefs of the people and their respective written constitutions; secondly, to examine what kind of progress has been made in interfaith dialogue; thirdly, to analyse the real dynamics of contemporary globalization at both economic and cultural levels; and fourthly to study how economic, cultural and religious globalization is generating new ways of thinking about politics.

¹ For further information, see “How the Charter became part of the EU Treaties” at http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm. The Charter was initially proclaimed at the Nice European Council on 7 December 2000. At that time, it did not have any binding legal effect. On 1 December 2009, with the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter became legally binding on the EU institutions and on national governments, just like the EU Treaties themselves. In May 2010 and for the first time, members of the College of Commissioners swore a solemn declaration to uphold the Charter as well as the Treaties. The Charter strengthens the protection of fundamental rights by making those rights more visible and more explicit for citizens.

Although the idea of the creation of an International Constitutional Court can be included in existing international dynamics regarding the safeguarding of a greater protection of human rights, and hence that idea can be seen as a relevant initiative for our times, as I said before, it is not an obvious or easy task. It is not easy, because there is not the same global understanding about the meaning and content of human rights. It is not obvious, because the protection of human rights is not only a matter of political will of the states, but a matter of understanding of society's role in its relation with the state. It is neither easy nor obvious since we don't know what will be the future of the sovereign states in the world, considering that multi-state aggregates are emerging, such as the EU, NAFTA, Mercosul, COMESA, EAC, SADC, etc. Apart from other ideological and sociological differences, there are, in the world, huge differences of perspective on the meaning and importance of fundamental political freedoms, including differences in the role of the state and the constitutions. Until now, only the states have the power to create constitutions and enforce law at the constitutional level (the exception is partially the EU). This is the traditional and positivistic way of thinking the origin, nature and role of the law. This point is still relevant, but the main question now is: are the people's beliefs protected by the constitutions? If they are not protected, and I do think they are not completely protected in many countries, even in democratic states, we have to conclude that societies are inefficient and we must find solutions.

History has shown that if a constitution does not protect people's beliefs or, at least, does not promote a parsimonious evolution of the beliefs of the people, then that constitution is eventually abandoned. This is a typical assumption of liberal constitutions. An International Constitution or an International Constitutional Court, in order to be considered as such and socially accepted, must respect this principle, but this is not the only one. An International Constitution must also protect a set of universal values as the expression and synthesis of all convergent particular values. In this sense, it also requires a conservative core of resistance to the fashions of the eras. A solid constitution is thus a delicate balance between liberal and conservative tendencies. For instance, the freedom of religion is a liberal tendency which must be balanced with the right to have a conservative view of religion (think about the Middle East countries and societies, almost all of them Muslim countries, but also the western countries and societies where Christianity is menaced by secularism). This brings up one important question to the debate: is such a balance possible to achieve?

It is a fact that, for certain purposes, although imperfectly, there is a global political community (e.g. there are universal organizations which develop universal projects and produce universal documents and legislation), but are there universal values? The One Campaign is, in its own words², "an international campaigning and advocacy organization of more than 6 million people taking action to end extreme poverty and preventable disease, particularly in Africa [...] because the facts show extreme poverty has already been cut by 60% and can be virtually eliminated by 2030, but only if we act with urgency now". The One Campaign defends human rights on the basis of positive interactions in favour of people who are hungry. This action is therefore based on universally valid values. Who participates in this great project? People with very different

² See <http://www.one.org/international/>.

beliefs (even those who believe Atheism is the correct approach), not only Americans but people from all over the world, participate as volunteers in the One Campaign. The more difficult thing those people have to do is to find points of universal convergence. Anyway, they agree on those points and their actions are positive.

The fight against extreme hunger is a good example of frank cooperation between people from different countries and beliefs, and the One Campaign is not the only example. *The Hero with a Thousand Faces*, by Joseph Campbell (first published in 1949, after the Second World War), describes how the concept of a hero is a universal concept, slightly tempered by the local cultures, which developed local concepts of the hero. There are essential truths that have served as parameters for man throughout human history. As the author of *The Hero with a Thousand Faces* says, “There are undoubtedly differences between the many religions and mythologies of mankind, but this book deals with the similarities; once we have understood the similarities between cultures, we find that the differences are much less extensive than popularly (and politically) assumed.” Similarly, the international declarations of human rights, as well as the debates which take place in international organizations—e.g., in the United Nations—point out important common concerns about human rights. The figure or archetype of the hero is a universal idea and a point of departure with a vast literature associated to it.

The creation of an International Constitutional Court, in the current historical context, imposes a search for universal values within multiculturalism. Many of multiculturalism’s efforts served to justify relativism. This topic is quite often related to Einstein’s relativity theory, but according to Einstein’s relativity there are not only relative values (such as an object’s length), depending on the context, but also absolute values (such as the speed of light in vacuum), which are the same for all observers. What do we have to do (not only the politicians but also the members of civil society)?³ We need to look for the relativism associated with the multicultural phenomenon, and determine which values are valid for everyone. A theory of relativity applied to multiculturalism phenomena will target not only the pursuit of each observer and what she/he sees differently from the others, but also the pursuit to find the variables that will be the same for all observers.

We are talking about constitutionalism, rule of law, fundamental rights, and democracy. In fact, we are talking about a complex matter, and we must be parsimonious. On all these points there are irreconcilable perspectives, unless we are capable of making both epistemological and practical jumps and analyse the total reality.⁴ The Chinese

³ I adopt the definition of civil society as a social sphere separated from both the state and the market which includes non-state, not-for-profit and voluntary organizations formed by people. This term is used to describe a wide range of organizations, networks, associations, groups and movements that are independent from government and that sometimes come together to advance their common interests through collective action. Traditionally, civil society includes all organizations that occupy the ‘social space’ between the family and the state, excluding political parties and firms. See <http://www.who.int/trade/glossary/story006/en/>.

⁴ All countries in the world claim they are democracies with the exception of four countries, but this is not true. See http://www.nobelprize.org/educational/peace/democracy_map/production/index.html. If we consider the possibility of creating an International Constitutional Court only for democracies, many states will be excluded. If we try to be inclusive, we will face a difficulty: it is almost impossible for

perspective about human rights is essentially different from the European perspective. Also, in Europe there are different traditions and perspectives on human rights, but that's not, however, the same situation.⁵ Nowadays, the Chinese government already speaks of human rights and struggles in the United Nations for a social perspective of human rights. The issue of human rights in China must be seen in relation to its recent admission to the World Trade Association (WTA), and to its recent industrialization. During the European industrialization, there was very little concern about human rights. We need a practical and open perspective capable of allowing the accommodation of the differences and make practical developments in order to effectively protect people recognizing their rights, but there are limits and "red lines".

International politics does not evolve independently of national politics, namely in legal matters. Not being plausible, for lack of a historical imperative, the development of a worldwide formal constitution and/or the establishment of an International Constitutional Court, immediately or in few years, for everyone elsewhere, intermediate steps are possible. There are multiple processes of legal convergence in the world, some of them more advanced than others, and differences of perspective are not problematic if they allow institutional dynamics based on a serious dialogue between parties, which many times is difficult. For instance, if one country or political regime does not protect the freedom of press or the activity of social movements in society, the dialogue is more difficult, but not impossible.

At the same time, we need to hear from experts and society. It is not impossible to create, in the future, an International Constitutional Court in order to protect real people worldwide. Probably, it will take time to happen. It is however possible to strengthen political and individual awareness on these issues because without the cooperation and commitment of the people (and of the peoples) nothing will be done.

I conclude close with a final but very important note. It's no coincidence that in this text I have suggested an epistemological jump as a condition to answer the question on the necessity and feasibility of creating an International Constitutional Court. Some academic discussions on the concepts of collective consciousness, national identity or on the simple concept of social phenomenon (Durkheim) are based on the belief of the existence of abstract transcendencies, which are nothing more than various forms of subjectivism.

In my opinion, subjectivism is one of the most severe pathologies of contemporary social, political and legal thought. Our historic time seems not only to offer but also

a non-democratic state to accept such a court. Even a democratic state will have difficulties in accepting it, because it corresponds to a decrease of sovereignty, unless the court has a regional and limited jurisdiction.

⁵ In principle, Europe and Europeans are pro-democracy, but there are severe tensions precisely in the sphere of understanding of the foundation, meaning and scope of fundamental rights which affect the operating mode of democracy as a political regime. In the article "The refugee crisis facing fortress Europe", Petra Gümplová denounces the fortress Europe and the erosion of the refugee status in violation of the fundamental rights. She says that "The 'humanitarianism' of military control, detention, and deportation will not solve the refugee crisis facing Europe and substantial changes in thought and practice are desperately needed". See *Open Democracy. Free Thinking for the World* at <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/petra-gumplova/refugee-crisis-facing-fortress-europe>.

to require from us the revision of thinking in the social sciences and law, given the urgency we have to understand, explain and give answers to a world that seems likely to fall into sudden chaos. For this task of reviewing the thought of the social sciences and the law, it is necessary to return to the realism of the facts and leave the logical-discursive construction of predominantly nominalist theories that were imposed on human knowledge from Cartesian thought: “I think, therefore I am.” It is not the thought but the reality that should guide the construction of knowledge and the political and legal answers to human needs.

LOGIQUES DE LÉGITIMITÉ DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Najib BA MOHAMMED

La fonction crée l'organe qu'elle légitime, eu égard à la théorie kelsénienne de la « garantie juridictionnelle de la constitution »⁶. Ainsi la juridiction constitutionnelle et son développement révèlent les différentes alternatives du juge constitutionnel national : simple répartiteur des compétences respectives de la loi et de la Constitution, juge gardien des valeurs et des droits transcendants la constitution elle-même, un juge acteur du développement démocratique.

Par référence à la montée de l'État de droit et à l'émergence du juridique comme valeur sociale, il est avec le gouvernement et le parlement, l'un des opérateurs dans le système concurrentiel de la production démocratique de normes qui justement de cette concurrence tirent leur légitimité.⁷

Tels sont énumérés, sommairement, les éléments justifiant la fonction de la juridiction constitutionnelle et les fondements de la légitimité du juge constitutionnel, nonobstant les objections qui lui furent adressées en France. Il est question notamment de son mode de désignation (organe non élu) et surtout de la tendance à opposer à la « démocratie gouvernante » les juges « qui gouvernent ». Pareille logique légitimiste se comprend aisément au regard du double déterminisme « une Constitution, un État » qui fait défaut à la Cour constitutionnelle internationale obstacles, à titres divers, surmontables.

En effet, s'il n'y a pas d'État à dimension mondiale, il y a des États qui peuvent par traité ou convention internationale créer une institution internationale. S'il n'y a pas de « constitution » mondiale, la légalité ou la normativité constitutionnelle est à puiser dans diverses sources conventionnelles, constitutionnelles, institutionnelles et jurisprudentielles. Ce qui induit tout un questionnement existentiel sur l'ordre constitutionnel international. Ce dernier, situé à la confluence de « l'ordre juridique international » et des différents « ordres constitutionnels nationaux », n'existerait que de manière extrinsèque, nourri des valeurs des droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit, intégrées dans les socles constitutionnels nationaux. C'est donc à ces valeurs et principes agrégatifs du nouveau constitutionnalisme mondialisé que l'ordre juridique international renvoie à la suite de mutations successives du droit international en l'occurrence post-bipolaire⁸. Aux fonctions classiques du droit international telles la coexistence,

⁶ Favoreu (Louis), « Le modèle européen de justice constitutionnelle » in *La Justice constitutionnelle*, Table ronde de Tunis. CERP, Tunis 1995, p. 39.

⁷ Vedel (Georges), « Préface » in Dominique Rousseau, *Le droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2010.

⁸ Laghmani (Slim), « Le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit internat

la coopération et l'intégration, s'ajoutent les fonctions d'uniformisation et d'harmonisation des droits internes, soit les droits humains et l'état de droit démocratique comme fins suprêmes des systèmes constitutionnels, modernes.

L'analyse des logiques de légitimité de la Cour constitutionnelle internationale reproduit et réfléchit à sa création institutionnelle au regard des enjeux qu'elle représente, mais surtout eu égard aux justifications principales et politiques dont elle peut logiquement se réclamer. Par « justifications », on entendra l'affirmation qu'une institution, une règle ou une action sont bonnes parce qu'elles sont conformes à certains principes ou certaines valeurs de manière à obtenir l'approbation de cette institution⁹. La logique de légitimité se définit dès lors en une démarche qui consiste à rechercher ce qui justifie à l'échelle internationale la création de la Cour constitutionnelle. En d'autres termes les motifs ou raisons pour lesquels l'institution de la CCI est tenue pour légitime. Le postulat serait alors de considérer, l'ordre constitutionnel international comme existant « conventionnel » ou « consensuel » de la communauté internationale, la CCI réaliseraient sa légitimité dans la fonction juridictionnelle de défense et de garantie de cet ordre.

La légitimité juridictionnelle préfigure des justifications internes propres au contrôle de constitutionnalité dans ses dimensions contentieuses et processuelles. Au regard de l'ordre constitutionnel international, la légitimité juridictionnelle prime des justifications externes, c'est-à-dire les principes et règles métajuridiques relevant de l'ordre politique ou moral ou de la politique juridique.

Ainsi de « l'État de droit démocratique »¹⁰ qui s'est construit par la congruence historique entre les constitutions, les droits de l'homme et la démocratie. Cette systémie repose toujours sur cette double structure, juridique et politique, interactive et interférente. Si son contenu peut varier d'un État à un autre, sa philosophie et son but restent les mêmes et c'est à ce titre qu'elle retient aujourd'hui l'attention de nombreux États et que l'on tente de l'imposer partout et notamment aux ordres constitutionnels qui lui restent encore insensibles. C'est pourquoi, et sans nulle hiérarchisation — même si les normes sont d'inégale teneur juridique — la légitimité juridictionnelle de la CCI s'apprécie au regard de l'internationalisation du constitutionnalisme moderne, incorporant normativement, droits de l'homme, démocratie et État de droit¹¹ sans préjudice du développement de la justice internationale.

tional » *in Affaires et documents de droit international*, C.P.U., Tunis, 2005, p. 6.

9 Troper (Michel), « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Dalloz, Paris, 2003, p. 911.

10 Milacic (Slobodan), « Constitution, élections et sondages : un trio démocratique ambigu sur quelques promiscuités du jeu moderne de la légitimation » *in Constitution et élection, Recueil des cours*, vol. 10, Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 2002, p. 375.

11 Ben Achour (Yadh), « L'internationalisation du droit constitutionnel », *in L'internationalisation du droit constitutionnel, Recueil des cours*, vol. 16, Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 2007, p. 7.

I — La logique de légitimité par l'internationalisation des droits de l'homme

Dans le discours qu'il avait prononcé à l'ouverture de la conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en juin 1993, Boutros Boutros-Ghali, Secrétaire général de l'ONU déclarait :

Je suis tenté de dire que, par leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de les considérer ni sous l'angle de la souveraineté absolue ni sous celui de l'ingérence politique. Mais au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales [...].

Ces propos qui témoignent de l'ampleur des « droits de l'homme » élevés au rang d'idéologie mondiale à l'orée du nouveau siècle évoquent la dimension internationale de l'arsenal juridique y afférant¹².

Outre la Charte des Nations Unies, les chartes et conventions régionales ayant trait aux droits de l'homme, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme couvrent pratiquement tous les domaines. Ils comportent notamment des instruments généraux, des instruments spécifiques et des instruments catégoriels. L'écho de ces instruments dans l'ordre constitutionnel est particulièrement important au point que de nombreuses constitutions au-delà de la simple référence dans le préambule aux droits de l'homme, visent explicitement tout autant la Déclaration universelle des droits de l'homme à laquelle elles donnent une valeur constitutionnelle que les pactes internationaux de 1966, notamment. Il en est ainsi dans les constitutions africaines, dans des constitutions ibéro-américaines et dans les constitutions des États issus de l'ancien bloc soviétique. De l'ensemble des instruments internationaux relatifs aux Droits de l'homme, semble se dégager une conception limitant ou au moins encadrant le rôle des États. L'exercice des compétences étatiques dans ce domaine est appelé à se conformer aux obligations souscrites dans le cadre des conventions internationales et des textes subséquents. Les États parties aux conventions internationales relatives aux droits de l'homme sont, par ailleurs, très souvent soumis au contrôle et à la surveillance de mécanismes de suivi spécialement établis à cet effet. Ce contrôle et cette surveillance peuvent s'exercer à travers les rapports que les États sont obligés de présenter ainsi qu'à travers les plaintes individuelles lorsqu'elles sont administratives, les enquêtes et d'autres investigations autorisées ou au moins non interdites. Ce type de rapport entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel trouve l'une de ses meilleures illustrations dans la manière avec laquelle le Comité des droits de l'homme des Nations Unies interprète et exerce ses compétences.

C'est dire à quel degré les droits de l'homme internationalisés redynamisent l'ordre constitutionnel international contribuant à la logique de légitimité et de pertinence de la Cour constitutionnelle internationale.

¹² Amor (Abdelfattah), « La perméabilité juridique entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel » in *L'internationalisation du droit constitutionnel*, p. 106.

II — La logique de légitimité juridictionnelle par la reconnaissance internationale de la légitimité démocratique

La fin de la bipolarité consacre le triomphe de la démocratie libérale et pluraliste qui s’élargit à l’ensemble de l’Europe. Dans ce sillage, l’ONU a renoncé à toute indifférence à l’égard de la forme d’organisation politique des États, rappelant ceux-ci à l’impératif d’élections libres : pluralistes, périodiques et honnêtes¹³.

La déclaration de la conférence mondiale sur les droits de l’homme lie la démocratie de manière indissociable au développement et au respect des droits de l’homme. Elle la fonde « sur la volonté librement exprimée du peuple qui détermine le système politique, économique social et culturel qui sera le sien et sur sa pleine participation à tous les aspects de la vie en société ».

Grand nombre de textes internationaux se réfèrent directement ou indirectement à la démocratie. C’est le cas des articles 21 et 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui renvoient à la notion de « société démocratique » ou de l’article 25 qui vise à travers le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, l’exercice démocratique du pouvoir. Les agendas du Secrétaire général des Nations Unies de 1995 et 1997 établissent dans un cas une relation entre progrès économiques et progrès de la démocratie, et visent dans l’autre cas « les moyens et voies pour réaliser le progrès économique et le progrès de la démocratie ».

Par ailleurs, l’Assemblée générale des Nations Unies a constamment inscrit à son ordre du jour « un appui aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies ».

Tandis qu’un fond des Nations Unies pour la démocratie a été créé par le secrétaire des Nations Unies en juillet 2005. Le sommet mondial de septembre 2005 a « réaffirmé la valeur universelle de la démocratie et le fait qu’il n’existe pas un modèle unique de démocratie ». Enfin, l’Union africaine a établi en juillet 2006 un projet de charte pour la démocratie. Autant d’illustrations conventionnelles ou non à la faveur de la légitimité démocratique corroborée par la condamnation des coups d’État, le soutien aux efforts de démocratisation et le renforcement des élections¹⁴.

C’est dire que l’ordre international sous l’impulsion des Nations Unies, l’Union européenne, l’OCSE ou l’Union africaine renaissante, tient de plus en plus l’ordre interne en matière démocratique considérée comme l’expression de l’ordre constitutionnel des États. La même observation peut être formulée au regard de l’État de droit.

¹³ Ghozali (Nacer Eddine), « L’internationalisation du droit constitutionnel et droit des peuples à la libre détermination » in *L’internationalisation du droit constitutionnel*, p. 275.

¹⁴ Ba Mohammed (Najib), « Internationalisation du droit constitutionnel et standards démocratiques » in *L’internationalisation du droit constitutionnel*, p. 125.

III — Les perspectives internationales de l’État de droit et la logique de légitimité juridictionnelle

L’État moderne n’est pas statique. Il évolue animé par divers mouvements, parfois contradictoires. Au niveau interne, l’État s’interroge régulièrement sur l’utilité de reconnaître en son sein des solidarités particulières notamment par le biais des collectivités territoriales. De l’extérieur, la société internationale, interpelle l’État et le somme constamment de souscrire à des engagements communs par l’entremise d’organisations internationales. Enfin dans l’inter espace interne et externe, le citoyen revendique, sans relâche, la reconnaissance et la protection effectives des droits de l’homme et de la citoyenneté démocratique¹⁵.

Dans cette mouvance accrue, les États sont rappelés à l’ordre de l’État de droit qui renvoie à une organisation du pouvoir et un mode de gouvernement caractérisé par le respect des droits et libertés sur lesquels veillent des mécanismes efficaces. Aujourd’hui, l’État de droit dit « démocratique » retient de plus en plus l’attention au niveau international au point que de nombreux textes de droit international lui sont consacrés, dans l’objectif de pousser les États à en assurer les implications et les exigences. Référence de plus en plus incontournable, de nombreuses constitutions consacrent l’État de droit dans leurs préambules ou dans leurs dispositifs. Les ordres constitutionnels nationaux ont été assez souvent perméables à la notion d’État de droit telle que prise en charge par le droit international.

À l’ONU, les déclarations et résolutions portant sur l’État de droit ou l’évoquant sont fort nombreuses.

La conférence mondiale sur les droits de l’homme à Vienne en 1993 a incité les États, à « renforcer les institutions nationales et les infrastructures qui maintiennent l’État de droit ». Depuis lors, l’Assemblée générale adopte régulièrement chaque année, une résolution portant sur le renforcement de l’État de droit. En Europe, le traité de Maastricht du 7 février 1992 et le traité d’Amsterdam du 2 octobre 1997 font de l’État de droit l’un des principes de l’Union européenne et de l’adhésion à celle-ci avec les États tiers.

Au niveau africain, l’acte constitutif de l’Union africaine vise, en son article 4 « le respect des principes démocratiques, des droits de l’homme de l’État de droit et de la bonne gouvernance »¹⁶.

IV — Le développement de la justice internationale comme logique de légitimité de la Cour constitutionnelle internationale

Dans cette logique, la CCI serait un des maillons de la justice internationale¹⁷ qui dans une acceptation large désigne toute juridiction internationale qu’elle soit de nature judi-

15 Delpérée (Francis), « L’internationalisation du droit constitutionnel et l’État de droit », in *L’internationalisation du droit constitutionnel*, p. 259.

16 Amor (Abdelfattah) et Ghozali (Nacer Eddine), articles précités.

17 Bedjaoui (Mohamed), « Constitution et justice internationale » in *Constitution et droit international, Recueil des cours*, vol. 8, Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 2000, p. 25.

ciaire ou arbitrale, institution qui se définit comme « tribunal institué par accord entre États »¹⁸ ou bien « tout organe dont la fonction est de trancher en droit et au nom des souverainetés en litige le différend surgi entre celles-ci »¹⁹.

Ainsi de la CPJI, la CIJ, les tribunaux arbitraux, la cour de Justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour américaine des droits de l'homme, la Cour de Justice centre-américaine, la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE, le Tribunal international du droit de la mer, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, la Cour pénale internationale, la Cour de Justice de la Communauté économique africaine, et la Cour africaine des droits de l'homme. Dernière création juridictionnelle, la CCI confirme le particularisme de l'ordre juridique international tout autant que la spécificité de son champ fonctionnel. Les États sont en effet les sujets premiers de l'ordre juridique international, sont en même temps les auteurs des normes de droit qui régissent leurs relations. Tout le domaine de la justice internationale, ou du règlement pacifique des différends internationaux en général, doit être appréhendé à travers la lucarne de principe de la souveraineté de l'État, et il ne faut jamais perdre de vue l'importance du consentement de l'État. Dans ces conditions, la justice internationale ne peut être appréhendée autrement que par le biais de son seul vecteur, le droit international conventionnel²⁰.

Or, « dans un monde où l'intégration des souverainetés se poursuit à un rythme accéléré, on ne saurait nier l'importance que revêt pour l'avenir du droit international, l'évolution du droit constitutionnel moderne »²¹.

Dix ans après, nous conclurons avec le regard dégagé par le Pr Yadh Ben Achour, au terme de son cours général sur l'internationalisation du droit constitutionnel.

Le milieu international offre aujourd'hui les conditions minimales pour que l'on envisage la constitution d'une Cour constitutionnelle internationale. Tout en étant conscient des difficultés et limites d'une instance judiciaire internationale ; l'idéologie régnante, les principes généralement admis, les règles conventionnelles et coutumières du droit international de la constitutionnalité des actions politiques des États et de leurs droits internes au regard des règles du droit international, tout devrait nous inciter, malgré les résistances et l'absence d'une volonté réelle de certains États de se soumettre à une constitutionnalité internationale, à plaider pour la mise sur pied d'une Cour constitutionnelle internationale.²²

18 Witenberg (Joseph Charles), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1932, t. 41, p. 8 *in* Bedjaoui (Mohamed), *ibid.*, p. 30.

19 *Ibid.*, p. 30, *in* Bedjaoui, *ibid.*

20 Bedjaoui (Mohamed), *ibid.*, p. 33.

21 De Visscher (Paul), « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, 1952, t. 80, p. 515.

22 Ben Achour (Yadh), « L'internationalisation du droit constitutionnel », *ibid.*, p. 91-92.

LE CONTRÔLE DES PRATIQUES ÉLECTORALES DANS LES DÉMOCRATIES : QUEL CONTRÔLE ? DE QUELLES PRATIQUES ?

Henri PALLARD

Poser la question de la création d'une Cour constitutionnelle mondiale soulève la question de sa compétence, les questions sur lesquelles elle pourra légitimement se pencher. Afin d'apporter quelques éclaircissements à cette question, nous nous arrêterons à deux interrogations.

D'abord, nous nous demanderons quelle conception de la démocratie, cette Cour sera appelée à promouvoir. Dans cette visée, nous posons une distinction entre trois choses : la démocratie ou la désignation du pouvoir par les urnes d'une part, le constitutionnalisme ou l'État de droit d'autre part ainsi que le libéralisme ou les droits de la personne — égalité et liberté sur un troisième plan. Nous appliquerons le rasoir d'Occam, la réduction du concept à ses seuls éléments absolument nécessaires à sa définition, au concept de la démocratie.

Ensuite, nous nous demandons si cette Cour doit avoir une compétence sur des pratiques électoralles antidémocratiques dans des États, par exemple le Canada et les États-Unis qui sont formellement, d'après leurs règles, et matériellement, d'après leurs pratiques, des États démocratiques. Nous examinons brièvement deux de ces pratiques : le charcutage électoral ou le *gerrymandering*, c'est-à-dire le découpage des circonscriptions électoralles afin de favoriser un parti ; et l'exigence de la carte d'identité avec photo avant d'avoir accès aux urnes afin de rendre leur accès plus difficile pour les minorités raciales et les classes démunies. Nous concluons enfin que ces questions conceptuelles ne peuvent être escamotées si une Cour constitutionnelle mondiale doit être efficace. Il reste à savoir toutefois, si les États occidentaux peuvent accepter une telle limite à leur souveraineté, même si une telle cour pourrait permettre une amélioration de leurs pratiques démocratiques.

I — Démocratie, constitutionnalisme et libéralisme

Plusieurs auteurs ont fait état de plusieurs conceptions très différentes de la démocratie. Une conception minimaliste réduit la démocratie à la désignation du pouvoir par les urnes. Une approche maximaliste associe à la démocratie d'autres aspects que nous retrouvons dans des États plus évolués.

Une première perspective doctrinale gonfle le contenu du concept minimaliste de la démocratie en faisant jouer soit la société politique et la participation politique, soit

l'État de droit et la société civile. Le premier groupe d'auteurs²³ définit la démocratie en fonction du lien entre la participation des citoyens au processus politique et la capacité du système de répondre à leurs revendications. Cette approche se fonde sur une acquisition antérieure des pratiques de la démocratie à l'installation de la démocratie elle-même, c'est-à-dire du processus décisionnel politique et des modalités de participation au processus par les citoyens. Elle place le citoyen au centre de la vie décisionnelle de sa communauté. Elle déborde largement une définition minimale de la démocratie portant sur le mode de choix des dirigeants de la communauté.

À cette conception de la démocratie fondée sur la participation s'oppose une autre qui fait jouer l'État de droit et la société civile.²⁴ La démocratie est un système politique dont l'expression institutionnelle est l'État de droit qui a comme objet la protection des droits politiques des citoyens. Les organismes composant la société civile forment un système de gouvernement représentatif par le biais d'élections libres. Ils viennent s'ajouter aux institutions formelles gouvernementales de l'État et rendent possible leur fonctionnement dans un contexte démocratique.

À ces théories qui gonflent le contenu du concept de la démocratie, nous retrouvons des théories qui limitent son étendue.

Selon ces dernières qui se focalisent autour du constitutionnalisme et du libéralisme, l'État de droit et le respect des droits, même s'ils forment un ensemble d'idées et même s'ils entretiennent des liens, ils ne forment pas la démocratie, même réunis²⁵. D'une part, la démocratie dépend des règles mises en place par l'État de droit qui rendent possible l'exercice des procédures aboutissant à la démocratie. Par ailleurs, la démocratie légitime l'État de droit et rend obligatoires ses ordonnances. Selon cette perspective, si l'État de droit et les droits peuvent exister sans la démocratie, la démocratie ne peut pas exister sans un respect pour les droits. Le respect des droits et du droit est une condition formelle préalable pour la démocratie. Ces droits possèdent un contenu particulier qui définit le processus décisionnel caractéristique de la démocratie. Ainsi, la démocratie se caractérise par la tolérance de ceux qui cherchent à prendre le pouvoir et à déplacer ceux qui le détiennent. Une telle démocratie ne parviendra pas à exister si elle ne tient qu'à l'État de droit et à celle de la dignité de l'individu. Il faut, de surcroît, un bassin intellectuel où la tolérance pour les idées de l'autre tient une place importante.

Or nous ne voyons pas pourquoi la démocratie doit reposer sur la tolérance d'opinions différentes. La démocratie repose, fondamentalement, sur la contestation du pouvoir et nous pouvons imaginer un système où il est permis de contester le pouvoir,

²³ Voir par exemple, Diamond (Larry Jay), *Developing democracy: Toward consolidation*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1999 ; Diamond (Larry Jay) et Morlino (Leonardo), « An Overview », *Journal of Democracy*, vol. 15, n° 4, 2004, p. 20-31.

²⁴ Voir par exemple, May (Christopher), « The rule of law as the *grundnorm* of the new constitutionalism », in *New constitutionalism and world order*, Gill (Stephen) et Cutler (A. Claire) (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 63-75.

²⁵ Waldron (Jeremy), « A Response to 'Islam and the Challenge of Democracy' », in *Islam and the challenge of democracy*, Cohen (Joshua) et Cashman (Deborah) (dir.), Princeton University Press, Princeton, p. 5-58.

mais où il n'est pas permis d'avoir des opinions dissidentes sur la nature de la société par exemple. De même, il peut être interdit de soutenir des idées socialistes ou communistes dans un système politique capitaliste. Cependant, différents partis peuvent se rivaliser pour le pouvoir. Un ordre démocratique doit se doter de procédures qui énoncent les conditions sous lesquelles les esprits contestataires pourront atteindre leur but. Ce qui caractérise la démocratie est la tenue de scrutins libres et honnêtes par lesquels ceux qui contestent le pouvoir peuvent mesurer l'appui que recueillent leurs idées et leurs programmes auprès de la population.

La confusion entre, d'une part la démocratie et, d'autre part le libéralisme et l'État de droit, conduit à des conclusions erronées sur les sources des problèmes²⁶. Par exemple, on peut dire que la démocratie est en péril ou qu'elle se trouve menacée lorsque l'administration ou l'exécutif du gouvernement centralise le pouvoir entre ses mains. Du moment que les citoyens continuent d'exercer leur droit de choisir leurs dirigeants politiques, ce n'est pas la démocratie qui est ainsi menacée, mais l'État de droit ou les droits fondamentaux. De même, lorsqu'on sape les fondements de l'État de droit, par exemple en subordonnant la magistrature au pouvoir exécutif et en transformant les juges en fonctionnaires exécutant les ordres qu'on leur a intimés, ce n'est pas la démocratie qui se trouve menacée, mais le fondement constitutionnel de l'État qui se trouve affaibli par de telles pratiques. Que les citoyens soient moins en mesure de surveiller l'activité des autorités publiques, telle que les sévices par les policiers, n'est pas une lacune de la démocratie, mais une atteinte à l'État de droit et aux droits fondamentaux. La démocratie n'exige pas un respect des droits fondamentaux ou la mise en oeuvre de l'État de droit. Elle n'est pas non plus un système de représentation politique et de citoyenneté. La démocratie représentative n'est qu'une variante de la démocratie.

Si la démocratie occidentale a pris une forme libérale et constitutionnelle, il ne faut pas confondre démocratie électorale ou la règle de la majorité avec, d'une part, le libéralisme ou le respect des droits fondamentaux et, d'autre part, le constitutionnalisme ou l'État de droit. D'abord, ces deux derniers posent des limites au pouvoir de la majorité, tandis que la première pose comme principe le pouvoir de la majorité. Ensuite, ces trois phénomènes politiques peuvent chacun exister dans l'absence des deux autres ; il n'y a aucun lien inhérent entre eux. Si les instances de l'État et les centres de pouvoir n'acceptent pas de se conformer à des règles minimales, la démocratie électorale n'est pas possible. Mais une fois ces règles minimales mises en place et la démocratie instaurée dans un pays, le respect des droits fondamentaux et l'État de droit ne suivent pas nécessairement. Les premiers ne sont ni des conditions nécessaires ni des exigences suffisantes pour les secondes.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la démocratie, le libéralisme et le constitutionnalisme entretiennent des liens différents avec le pouvoir. Dans la démocratie, c'est la concentration du pouvoir chez la majorité ; l'enjeu de la démocratie, c'est la saisie du pouvoir par les urnes. La démocratie, elle, repose sur la contestation du pouvoir. Un ordre démocratique se dote de procédures qui énoncent les conditions sous lesquelles

²⁶ Voir, par exemple, O'Donnell (Guillermo), « Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America », in *The rule of law and the underprivileged in Latin America*, Méndez (Juan) et al., (dir.), Notre Dame University Press, Notre Dame, 1998, p. 303-337.

les esprits contestataires pourront atteindre leur but. Dès lors, ce qui caractérise la démocratie est la tenue de scrutins libres et honnêtes par lesquels ceux qui contestent le pouvoir peuvent mesurer l'appui que recueillent leurs idées et leurs programmes auprès de la population.

Dans le libéralisme et le constitutionnalisme, c'est l'émettement du pouvoir et sa répartition dans une kyrielle de centres différents qui les rendent possibles. La nature du pouvoir dans ces trois différents concepts tire dans des directions opposées. La centralisation du pouvoir dans les mains d'une personne, malgré l'existence d'un code électoral et d'un mécanisme garantissant le bon déroulement des élections, fait obstacle au bon fonctionnement de l'État de droit et au respect des droits fondamentaux. Dans de telles situations, nous retrouvons des institutions politiques, administratives et judiciaires faibles. Le code électoral ne peut garantir à lui seul le constitutionnalisme et le libéralisme ; seuls le bon fonctionnement de l'État de droit et le respect des droits fondamentaux par l'émettement du pouvoir en sont capables.

En évitant de confondre, d'une part, la démocratie et, d'autre part, le libéralisme et l'État de droit, nous pouvons mieux cibler les sources des problèmes. Lorsque l'administration ou l'exécutif du gouvernement centralise le pouvoir entre ses mains, du moment que les citoyens continuent à exercer leur droit de choisir leurs dirigeants politiques, ce n'est pas la démocratie qui est menacée, mais l'État de droit ou les droits fondamentaux. De même, lorsqu'on sape les fondements de l'État de droit, par exemple en subordonnant la magistrature au pouvoir exécutif et en transformant les juges en fonctionnaires exécutant les ordres qu'on leur a intimés, c'est le fondement constitutionnel de l'État qui se trouve affaibli.

Le fait que les démocraties modernes sont des démocraties libérales, constitutionnelles et représentatives n'entraîne pas pour autant que les démocraties doivent avoir ces traits. La démocratie soumet régulièrement le choix des dirigeants politiques et leur exercice du pouvoir à un contrôle populaire par les citoyens. Cette méthode de choix de dirigeants ne se réduit pas au libéralisme ni au constitutionnalisme. Bien au contraire, les démocraties et l'ensemble de ces traits sont le produit de diverses évolutions historiques, qu'on ne peut créer du jour au lendemain. Les sociétés reprennent à leur compte la démocratie, l'État de droit et le régime des libertés, leur signification et leur mise en oeuvre à travers leur propre paradigme social. Si une société n'a pas son origine dans le paradigme libéral individualiste, il faut s'attendre que la démocratie se dote d'une parure différente et qu'elle se vit selon des normes différentes constituées à partir de l'expérience de cette société. Rien n'indique que cette démocratie doit progressivement revêtir les traits caractéristiques du libéralisme et de l'individualisme. Elle peut tout aussi bien évoluer dans ce sens qu'emprunter des voies différentes proposées par son paradigme socioculturel.

Un concept peut réduire son explication à un minimum d'éléments ; tout ce qui n'est pas nécessaire pour en saisir l'essence est écarté. Nous parlons alors d'un concept *mince* ou *réduit*. Par contre, un concept qui réunit des éléments non seulement descriptifs, mais aussi normatifs est dit étoffé²⁷. Ainsi une description réduite de la démocratie

²⁷ Møller (Jørgen) et Skaaning (Svend-Erik), « Systematizing thin and thick conceptions of the

s'en tient au mode de sélection de la personne qui a le droit d'exercer le pouvoir, c'est-à-dire celle qui a été plébiscitée par la majorité des électeurs. Une conception étoffée y intègre des considérations de droit constitutionnel et de droits de la personne dans le mode de sélection du pouvoir. Une conception réduite du constitutionnalisme le ramène, elle, à une théorie descriptive portant sur les règles régissant la définition du pouvoir, son organisation et son exercice, en somme l'État de droit. Dans une conception étoffée, on y retrouve une théorie normative enchaînant des valeurs fondamentales, telles que la liberté, l'égalité, la démocratie et l'État de droit. Enfin, une description réduite du libéralisme s'en tient à une approche formelle à la liberté et l'égalité, sans égard à la situation de l'individu. Une conception étoffée de ces valeurs nous demande de considérer la situation matérielle des personnes ; les défavorisés doivent être placés sur un pied d'égalité matérielle avec les nantis afin qu'ils puissent faire un véritable usage de leur liberté.

Or, si le droit constitutionnel définit ces trois éléments, à savoir, la désignation, l'exercice et la limite du pouvoir, faire un rapprochement entre démocratie, État de droit et libéralisme prête à confusion, car ces trois concepts renvoient à trois ordres d'idées très différents. Selon nous, cela constitue une première carence dans l'idée d'une Cour constitutionnelle mondiale. Ses partisans font un amalgame du constitutionnalisme, de la démocratie et du libéralisme. Le concept de l'État de droit n'a aucun contenu matériel ; c'est un concept purement formel, un État agissant par des règles, soient-elles justes ou infamantes. La démocratie porte sur le mode de désignation du pouvoir, le *cratos* par le *demos*. Le libéralisme porte sur les droits de la personne, notamment l'égalité et la liberté. Il n'y a aucun lien nécessaire entre ces trois concepts ; l'un n'appelle aucun des deux autres. Que la démocratie, le libéralisme et le constitutionnalisme se soient développés dans une certaine harmonie synchronique et géographique n'est qu'un accident de l'histoire. La nature de cette distinction est d'importance capitale pour la compétence éventuelle d'une Cour constitutionnelle mondiale. La question est dès lors de savoir si elle doit être une cour portant sur les formes de l'État de droit ou sur celles de la démocratie²⁸.

II — État démocratique et pratiques antidémocratiques

Cette première réserve nous conduit à une deuxième. La Cour constitutionnelle mondiale projetée a pour vocation la protection des principes du droit constitutionnel international : la démocratie, l'État de droit et les droits de la personne. Or, cette Cour est perçue comme un instrument de protection et de promotion du droit démocratique. Il importe de se demander quelles pratiques démocratiques elle est appelée à promouvoir et quelles entorses à la démocratie elle est appelée à condamner. Nous voulons seulement examiner quelques pratiques démocratiques que nous retrouvons dans des États constitutionnels, démocratiques et libéraux. Cela soulève une plus grande question

rule of law », Annual Meeting, American Political Science Association, 2-5 September, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1643367 ; Rajah (Jothie), *Authoritarian rule of law: Legislation, discourse and legitimacy in Singapore*, Cambridge University Press, 2012, p. 40-42.

28 Il semble acquis que les questions portant sur les droits de la personne devraient plutôt revenir aux juridictions internationales qui ont le contrôle des droits de la personne comme vocation.

d'ordre très pratique devant être résolue afin que cette proposition puisse voir le jour et être efficace : quelles sont ces pratiques démocratiques qu'une Cour constitutionnelle mondiale sera appelée à appuyer et ces pratiques antidémocratiques qu'elle sera appelée à sanctionner ? Cette première question en soulève une deuxième : est-ce les pratiques elles-mêmes qu'elle doit sanctionner ou leurs effets, même si ceux-ci ne sont pas recherchés ?

Tout en reconnaissant l'objet très louable de protéger et de promouvoir la démocratie et tout en souscrivant à la création d'une Cour constitutionnelle mondiale ces deux questions se cristallisent autour de l'ampleur de la compétence dont bénéficierait éventuellement cette Cour. Il s'agit de savoir précisément, comment nous devons définir cette compétence et quelle sera son étendue. Les réponses à ces deux questions seront d'une importance capitale pour le succès de la proposition dans un premier temps et pour le succès de la nouvelle institution dans un second temps.

Quelle démocratie une Cour constitutionnelle mondiale est-elle appelée à promouvoir ? Les premiers promoteurs de cette initiative font référence au besoin de promouvoir et de protéger la démocratie dans des États en voie de développement. Or les États démocratiques eux aussi ont recours à des pratiques antidémocratiques dans le cadre d'une démocratie fonctionnelle. Une Cour constitutionnelle mondiale doit-elle sanctionner ces comportements ? Nous examinerons brièvement deux pratiques électORALES retrouvées dans des pays reconnus démocratiques, mais qui portent atteinte à l'exercice de la démocratie : le charcutage des circonscriptions électORALES, et l'obligation de posséder une carte d'identité avec photo afin d'avoir accès aux urnes.

A — Le charcutage électoral

Un premier défi à la démocratie que nous rencontrons dans des pays formellement et matériellement démocratique est le charcutage électoral (*gerrymandering*) où l'on procède au découpage des circonscriptions électORALES à une fin partisane. En dessinant les limites d'une circonscription électORALE, on peut favoriser un candidat plutôt qu'un autre en fonction du profil démographique des électeurs regroupés dans la circonscription. Connaissant les tendances de certaines parties de la population à favoriser un parti politique plutôt qu'un autre, on peut définir la circonscription de sorte à déterminer le parti du futur député avant même la tenue du scrutin. Le charcutage électoral fonctionne sur deux niveaux. On peut soit diluer les voix d'un parti en les répartissant à travers plusieurs circonscriptions afin de rendre plus difficile la construction d'une majorité et la victoire aux urnes, soit concentrer les voix dans quelques circonscriptions, garantissant ainsi à ce parti la victoire dans ces circonscriptions, tout en anéantissant la possibilité qu'il soit victorieux dans les autres.

Aux États-Unis²⁹ et au Canada³⁰, les limites des circonscriptions sont redéfinies à la suite de chaque recensement décennal, l'occasion de procéder au charcutage. Le Canada a répondu à cette préoccupation en créant une commission dirigée par un directeur

29 *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

30 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (Royaume-Uni), Lois révisées du Canada (1985), Annexe II, n° 5.

général des élections, un haut fonctionnaire du Parlement redevable au Parlement³¹ ; on lui a confié la tâche de dessiner les circonscriptions électORALES.

Aux États-Unis, la situation est devenue quelque peu confuse à la suite de certaines décisions de sa Cour suprême. En 1965, le Congrès adoptait le *Voting Rights Act of 1965*³² afin d'interdire certaines pratiques électORALES discriminatoires qui touchaient les minorités. Entre autres, la loi visait le charcutage des circonscriptions électORALES en soumettant au contrôle judiciaire, leur reconfiguration. Il est généralement reconnu que ses dispositions avaient eu un effet largement positif sur l'amélioration de la participation électORALE des minorités. Plus controversée était la question de savoir si, cinquante ans plus tard, les exigences de la loi posant des limites sur le découpage des circonscriptions électORALES étaient toujours nécessaires. Dans une décision à majorité d'une voix (5-4) marquée par des divisions idéologiques profondes et des considérations très différentes sur les leçons à tirer du mouvement sur les droits civiques au cours de la décennie 1960, la Cour suprême des États-Unis décida que les exigences de l'article 4 étaient inconstitutionnelles étant donné les transformations qui étaient depuis survenues et étant donné la situation actuelle³³. Par contre, la Cour suprême a accepté dans une autre décision où l'on retrouve les mêmes divisions idéologiques, de nouveau par une faible majorité (5-4), que la législature pouvait prendre en compte la composition raciale d'un district afin de favoriser la création de districts homogènes favorisant les minorités³⁴.

Ces pratiques électORALES et ces décisions de la Cour suprême des États-Unis ont une des conséquences importantes sur la capacité des citoyens d'avoir une influence quelconque sur la pratique de la démocratie, dans les circonstances la désignation éventuelle de leurs représentants siégeant au pouvoir législatif. Une Cour constitutionnelle mondiale devrait-elle avoir le droit de se pencher sur de telles pratiques, même si elles sont formellement démocratiques, mais matériellement attentatoires à la démocratie ? Même si on accepte que la décision dans *Shelby v. Holder* est bien fondée selon le droit constitutionnel américain, mais que matériellement elle porte atteinte à la démocratie, une Cour constitutionnelle mondiale devrait-elle avoir la compétence pour la contrôler ? Une Cour constitutionnelle mondiale devrait-elle avoir une compétence sur des pratiques électORALES d'États formellement et matériellement démocratiques ?

B — La carte d'identité avec photo

Cette première considération sur l'étendue de la compétence d'une Cour constitutionnelle mondiale nous conduit à une deuxième portant sur l'identification des électeurs. L'exigence selon laquelle les électeurs produisent une carte d'identité officielle avec photo pour voter est un moyen qu'on peut utiliser pour décourager, voire même pour

31 *Loi électORALE du Canada*, Lois du Canada 2000, ch. 9.

32 42 U.S. Code, Title 42, Chapter 20, Subchapter I-A, § 1973 et seq.

33 *Shelby County, Alabama v. Holder, Attorney General, et al.*, 570 U. S. __ (2013).

34 *Alabama Legislative Black Caucus et al. v. Alabama et al.*, 575 U.S. __ (2015). Voir aussi, Jon Kelly, « Racial quotas in partisan gerrymandering », *University of Cincinnati Law Review*, <http://uclawreview.org/2015/02/03/racial-quotas-in-partisan-gerrymandering/>.

empêcher l'accès aux urnes. Aussi, cherche-t-on à imposer cette exigence en alléguant sa nécessité pour empêcher la fraude électorale. La décision dans *Shelby v. Holder* a eu des répercussions immédiates. L'État du Texas annonça qu'il appliquait désormais la loi portant sur l'identification des électeurs.

Afin d'assurer l'honnêteté des résultats du scrutin, les lois électorales exigent que l'électeur puisse s'identifier. Les lois exigeant une carte photo officielle restreignent les moyens qu'une personne puisse utiliser pour s'identifier, avant de recevoir son bulletin et de participer ainsi au scrutin. Elles cherchent à protéger l'intégrité des élections en s'assurant que seules les personnes éligibles puissent avoir accès aux urnes. Elles sont un moyen de réduire la fraude électorale en rendant plus difficile la participation de personnes qui n'ont pas le droit de participer aux élections. Elles garantissent que la valeur des voix des personnes ayant le droit de voter ne serait pas réduite ou dévaluée en raison de la participation de personnes qui n'y ont pas droit. En somme, selon les promoteurs de telles lois, elles rehaussent la valeur inhérente au droit de vote³⁵.

Ses adversaires y voient un moyen de faire obstacle à la participation électorale de groupes minoritaires et des couches défavorisées de la population. D'abord, la fraude lors des élections américaines est un épouvantail brandi dans l'absence de preuve de fraude électorale. Aucune étude sérieuse et valable ne démontre l'existence de fraude électorale à une échelle nécessitant la mise en oeuvre de telles mesures, même si des actes individuels de fraude se produisent³⁶. Cependant, ces actes ne sont ni organisés ni systématiques. Ensuite, les lois réduisent à quelques documents officiels seulement ceux qu'un électeur puisse produire pour satisfaire à ses exigences. Or, ces documents doivent tous comporter la photo du titulaire. De plus, le nom sur le document et le nom sur la liste d'électeurs doivent être identiques.

Ces exigences ont un effet négatif et disproportionné sur les minorités. Les Afro-Américains et les Latino-Américains sont les plus touchés par de telles exigences, car souvent ils n'ont pas ces documents³⁷. Selon le Brennan Center for Justice, environ 11 pour cent des électeurs éligibles n'ont pas de pièce d'identité avec photo émise par le gouvernement³⁸. Le plus souvent, ce sont les aînés, les personnes de couleurs, les personnes à faible revenu, les personnes handicapées et les étudiants, qui sont touchés

35 D. Gilbert (Michael), « The problem of voter fraud », *Columbia Law Review*, vol. 115, 2015, p. 739-775.

36 Une analyse menée par un projet de journalisme à l'Arizona State University a identifié seulement 2 068 accusations de fraude électorale de 2000 à 2012. Par contre, en 2012, 130 millions d'électeurs ont participé aux élections présidentielles. Ce projet faisait partie du Carnegie-Knight Initiative on the future of journalism education, <http://votingrights.news21.com/interactive/election-fraud-database/index.html>.

37 Bernard R. Siskin, « Report », *Applewhite v. Pennsylvania* », No. 330 MD 2012, <http://www.aclupa.org/files/7913/7960/0951/SiskinReport.pdf>; Gary Bartlett, « April 2013 SBOE-DMV ID Analysis », State Board of Elections, North Carolina, <http://www.democracy-nc.org/downloads/SBOE-DMV-MatchMemoApril2013.pdf>; « Complaint », *USA v. Texas*, Case 2:13-cv-00263, <http://www.brennancenter.org/sites/default/files/legal-work/US%20v%20Texas%20Complaint.pdf>.

38 Brennan Center for Justice, « Voter ID », 15 octobre 2012, <http://www.brennancenter.org/analysis/voter-id>. Voir aussi les études sur les élections menées par le Brennan Centre, nommé après William J. Brennan, Jr., juge à la Cour suprême des États-Unis, 1956-1990.

par de telles mesures. Même lorsque l'obtention de la carte d'électeur avec photo est gratuite, il peut être difficile pour ces personnes de se la procurer, car étant donné leur faible revenu, ils ne peuvent obtenir le certificat de naissance qui donne droit à l'obtention de la carte d'électeur. Ces lois ont un effet négatif sur la participation aux urnes. Le Government Accountability Office est une agence autonome du Congrès américain qui prépare des rapports impartiaux sur diverses questions pour les députés et sénateurs fédéraux. Selon un de ses rapports³⁹, la participation des jeunes et des Afro-Américains dans les États du Tennessee et du Kansas avait reculé depuis la rentrée en vigueur de nouvelles lois exigeant la présentation d'un document officiel avec photo pour s'identifier avant de recevoir son bulletin de vote.

Ces lois ont fait l'objet d'une critique acerbe de Richard Posner, juge conservateur et d'une grande renommée ; la crainte de la fraude redoutée à leur origine « ne sert que de couverture » pour leur véritable fin de « limiter l'accès des minorités aux urnes, et surtout les Noirs »⁴⁰. Il renchérit : « Il n'y a qu'un motif pour imposer des fardeaux sur l'accès aux urnes, soi-disant pour décourager la fraude d'emprunt d'identité de l'électeur, dans l'absence d'un danger réel d'une telle fraude, et c'est pour décourager la participation de personnes susceptibles de voter contre le parti responsable pour l'imposition du fardeau. » Le juge Posner a identifié la véritable raison pour la suppression du droit de vote. Le profil démographique des États-Unis se transforme ; la proportion des minorités noire et latine augmente⁴¹ et elle a une tendance à voter plus fortement pour les candidats démocrates que pour les candidats républicains⁴². Comme le reconnaissait le juge Posner, ce sont surtout les États républicains qui ont adopté des lois portant sur la carte d'identité avec photo afin de pouvoir voter. L'effet de ces lois est la suppression de la participation aux urnes des électeurs de races minoritaires⁴³.

Nous revenons aux mêmes questions que nous avions soulevées au sujet du charcutage électoral. Une Cour constitutionnelle mondiale devrait-elle avoir une compétence sur des pratiques électorales dans des États formellement et matériellement démocratiques lorsque leur objet n'est pas antidémocratique, mais a un effet antidémocratique ?

39 United States Government Accountability Office, « Elections: Issues related to state voter identification laws », GAO-14-634, Washington, D.C., septembre 2014, <http://www.gao.gov/products/GAO-14-634>.

40 *Frank v. Walker*, 768 F.3d 744 (7th Cir. 2014) (nous traduisons). La Cour suprême des États-Unis a refusé d'entendre le pourvoi : *Frank v. Walker*, U.S. Supreme Court, 14-803, 23 mars 2015. Quelques années auparavant, le juge Posner avait décidé qu'une telle loi était constitutionnelle, *Crawford v. Marion County Election Board*, 472 F.3d 949 (7th Cir. 2007), confirmé 553 U.S. 181 (2008).

41 B. Shrestha (Laura) et J. Heisler (Elayne), « The Changing Demographic Profile of the United States », Congressional Research Service, Washington, D.C., RL32701, 31 mars 2011.

42 Pew Research Centre, « 2012 Election Voter Preferences », <http://www.people-press.org/obama-romney-voter-preferences/#race> ; Becca Stanek, « 3 Charts Show how America Voted in This Year's Midterm Elections », 4 novembre 2014, <http://mic.com/articles/103422/3-charts-show-how-america-voted-in-this-year-s-midterm-elections>.

43 Vandewalker (Ian), Gunnar Bentle (Ian et Keith), « Vulnerability in Numbers: Racial Composition of the Electorate, Voter Suppression, and the Voting Rights Act », *Harvard Latino Law Review*, vol. 18, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2484850>.

Nous soulevons les mêmes réserves quand l'État ne place aucune limite, au nom de la liberté d'expression, sur le montant d'argent que des tiers peuvent dépenser lors d'une élection⁴⁴. D'autres questions surgissent lorsque le profil démographique des élus ne reproduit pas le profil démographique de la population. Par exemple, nous retrouvons souvent que les femmes sont sous-représentées dans les assemblées élues. Une Cour constitutionnelle mondiale devrait-elle pouvoir sanctionner de tels résultats dans l'absence de mécanisme assurant une certaine représentativité du corps élu ?

Étendre la compétence de la Cour à des pratiques électoralas antidémocratiques dans des États formellement et matériellement démocratiques, rehausserait sa crédibilité. Elle serait un instrument pour aider les États démocratiques à affiner leur pratique de la démocratie, entre autres leur comportement électoral. Or, les États matériellement et formellement démocratiques accepteraient-ils une telle ingérence dans la conduite de leurs affaires électoralas ? Une telle acceptation aiderait à transformer la perception de la Cour comme un instrument de domination en instrument de réalisation de la volonté populaire. Le succès de cette initiative portant sur la création d'une Cour constitutionnelle mondiale dépendra de l'accueil que lui accorderont les pouvoirs politiques et les pouvoirs populaires. Or, cet accueil dépendra de la façon que l'on résoudra la question de la compétence de la Cour constitutionnelle mondiale, entre autres, la nature de la constitutionnalité et la nature des pratiques électoralas antidémocratiques dans des États formellement et matériellement démocratiques qu'elle serait appelée à arbitrer.

44 Dans *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), la Cour suprême des États-Unis a déclaré de telles limites inconstitutionnelles. Sur un des effets de cette décision, voir Nicholas Confessore, Sarah Cohen et Karen Yourish, « Buying power: The families funding the 2016 presidential elections », New York Times, 10 octobre 2015, <http://www.nytimes.com/interactive/2015/10/11/us/politics/2016-presidential-election-super-pac-donors.html>.

LE DROIT APPLICABLE PAR LA FUTURE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE : QUELLES NORMES DE RÉFÉRENCE ?

Nadia AKACHA

Ayant l'ambition de combiner deux compétences, une consultative au service des États membres visant à assurer une meilleure organisation des régimes politiques en fournissant aux États l'appui nécessaire par le moyen de conseils, d'avis et de recommandations, et une purement juridictionnelle lui permettant de statuer en dernier ressort sur la constitutionnalité des actions et des décisions juridiques des États, la Cour constitutionnelle internationale sera amenée à se prononcer sur des évaluations ou des contrôles en se référant à un corpus de normes lui servant d'échalon de mesure de la constitutionnalité internationale. Le développement de la normativité constitutionnelle internationale, justificatif et fondement de la création d'une juridiction constitutionnelle internationale, démontre que les normes constitutionnelles internationales sont un corpus disparate/hétéroclite et riche de normes encadrant la matière constitutionnelle. Nous assistons aujourd'hui à l'émergence d'un patrimoine constitutionnel commun de l'humanité qui présente des normes aussi diverses que variées servant de normes de référence de l'appréciation et du contrôle de conformité ou de compatibilité des normes ou des actes contrôlés. Un bloc de constitutionnalité internationale constituerait donc l'ensemble des normes et des paramètres d'appréciation de l'existence ou de la rupture de la légalité constitutionnelle internationale.

Cette communication est axée donc sur l'identification et la détermination du référentiel normatif composant le bloc de constitutionnalité internationale, ces normes de référence, qui seront appliquées par la cour à l'occasion de l'exercice de ses deux principales compétences.

I — Identification des normes de références

Quelles sont les normes de références qui peuvent être utilisées par la Cour constitutionnelle internationale pour l'appréciation de la constitutionnalité ? Le *global constitutionalism* enseigne que la normativité constitutionnelle internationale, normativité matérielle par essence, est aujourd'hui une normativité à objets multiples (A). Les normes constitutionnelles internationales nécessitent par ailleurs l'étude de leur nature (B), un préalable nécessaire à l'encadrement des pouvoirs des juges de la Cour. L'application éventuelle par la cour des éléments des droits nationaux, essentiellement les constitutions nationales, qui pourraient être par ailleurs des normes contrôlées par la même cour, poserait la question de l'identification par la source ou par l'origine de ces éléments constitutionnels⁴⁵ (C).

45 Normes constitutionnelles telles qu'interprétées par le juge national de la constitutionnalité.

A — Identification par l'objet

Les normes constitutionnelles ont trois objets⁴⁶ à savoir : les institutions, les droits et les normes. Toute norme internationale qui toucherait à l'un de ces trois objets serait donc d'essence constitutionnelle.

1) Institutions

Les normes internationales ayant pour objet la mise en place, l'organisation et le fonctionnement des institutions étatiques sont multiples. Le droit constitutionnel institutionnel international est régi par plusieurs principes : de l'un, l'accès, l'exercice et l'alternance démocratiques du pouvoir politique, englobant les principes d'élections périodiques et honnêtes de légitimité démocratique ; de l'autre, l'État de droit, la séparation des pouvoirs, la généralisation des contrôles juridictionnels, le droit d'accès individuel à la justice, le droit à un procès équitable. Par ailleurs, les traités institutifs des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales sont aussi matériellement constitutionnels en ce qu'ils instituent les bases de la construction juridique de la communauté internationale.

2) Les droits

Tous les droits de l'Homme tels que garantis par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les conventions générales universelles, des conventions protégeant des droits spécifiques ou des catégories spécifiques, les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux. Mais aussi, les droits des peuples ou droits de la solidarité englobant : le droit à la libre détermination des peuples, le droit à la paix ; les droits des minorités ; le droit au développement ; le droit à un environnement sain et à l'utilisation de ses ressources naturelles ; le droit à un régime démocratique représentant l'ensemble des citoyens et des citoyennes, sans distinction de race, de sexe, de croyances et de couleur, tous les droits de l'enfant et d'autres catégories vulnérables. Le droit constitutionnel substantiel international englobe aussi l'ensemble du droit humanitaire encadrant les conflits armés internationaux, mais aussi internes.

3) Les normes

Le droit constitutionnel renferme un système de production des normes (Convention de Vienne sur le droit des traités), l'existence de normes impératives (*jus cogens*) et des obligations *erga omnes* appuie l'existence d'une hiérarchisation des normes, spécifique au droit constitutionnel normatif.

B — Identification par la source

Les normes constitutionnelles internationales peuvent avoir plusieurs formes. Il s'agit d'abord de normes conventionnelles ; elles sont les plus nombreuses avec les efforts de codification du droit international. Il peut s'agir ensuite de normes de droit international général⁴⁷. Une norme constitutionnelle internationale peut prendre aussi la forme

⁴⁶ Favoreu (Louis), « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 72 et ss.

⁴⁷ On entend par droit international général ici l'ensemble des coutumes internationales et nota

des principes généraux du droit, qui pourront être conçus comme une systématisation des droits internes des États. L'interpénétration des ordres nationaux et de l'ordre juridique international démontre la multiplication des normes qui leur sont communes.

Les normes de référence peuvent aussi être des éléments du droit constitutionnel national, notamment les constitutions nationales voire même les composantes des blocs de constitutionnalités nationaux. En effet, l'internormativité entre ordres constitutionnels nationaux et l'ordre international, résultant de la transposition des standards internationaux dans les constitutions nationales, favorise un constitutionnalisme global à niveau multiple (*a multilevel constitutionalism*) qui constitue par ailleurs une des méthodes d'identification des normes constitutionnelles. Le recours aux normes constitutionnelles nationales en tant que normes de référence pose la question de la coopération et du dialogue avec les juges constitutionnels nationaux ayant la compétence de déterminer le sens de ces normes constitutionnelles⁴⁸.

Par ailleurs, les constitutions nationales peuvent faire l'objet de normes contrôlées. On peut parler de droit constitutionnel (national) inconstitutionnel par rapport à la constitutionnalité internationale⁴⁹. Il est à signaler que certains juges constitutionnels nationaux⁵⁰ ont contrôlé la constitutionnalité des constitutions pour faire prévaloir une normativité supra-constitutionnelle⁵¹ qui sera, de surcroit, supranationale dans le cas du contrôle de la constitutionnalité des constitutions effectué par la Cour constitutionnelle internationale. Supra-constitutionnalité et normativité supranationale se conjugeront ici pour assurer la conformité de la norme suprême aux principes et standards internationaux de même essence pour une garantie plus accentuée de l'État de droit démocratique et du respect des droits fondamentaux.

C — La diversité des méthodes d'identification

Les méthodes d'identification des normes de référence sont multiples. Le constitutionnalisme global enseigne qu'existent plusieurs approches constitutionnelles d'identification qui sont axées sur une méthodologie et des paradigmes différents.

mment celle concernant le triple objet du droit constitutionnel. La coutume étant la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit.

48 Voir *infra*.

49 La polémique du droit constitutionnel inconstitutionnel a été soulevée depuis 1951 par le célèbre ouvrage d'Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? in Recht und Staat*, vols. 163-4, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1951, 61 p. Ce problème constitutionnel de conformité des normes de la constitution elle-même aux normes constitutionnelles suprêmes en référence à un corpus de normes surplombant l'ordre juridique interne de chaque État et constituant une sorte de constitution naturelle intangible pourra être exploité pour démontrer la nécessité de conformité des prescriptions des constitutions étatiques aux normes du droit constitutionnel international. Certains auteurs évoquent dans ce sens, l'actualité et le renouveau du droit constitutionnel naturel; voir notamment, Ferreira Da Cunha (Paulo.), « Lettre et esprit. Prolégomènes à une philosophie constitutionnelle », *in Philosophia*, n° 44, 2014, p. 11-27.

50 Notamment le juge constitutionnel allemand et autrichien.

51 La jurisprudence de la cour constitutionnelle fédérale allemande a parlé au début de sa création des postulats fondamentaux de la justice faisant écho au droit constitutionnel naturel.

1) La méthode axiologique

Selon cette méthode d'identification, les normes constitutionnelles internationales ont pour fondement un ordre de valeurs communes à la communauté internationale⁵². Cet ordre de valeur à portée normative crée des contraintes effectives aux actes et pratiques des États concourant au renforcement de l'idée du gouvernement limité. L'idée de constitution ne se limiterait plus ainsi exclusivement aux normes fondatrices dans l'ordre étatique « souverain », mais le dépasserait pour signifier les normes émanant d'un système de valeurs communes protégeant des intérêts fondamentaux de la communauté interétatique par opposition aux intérêts individuels des États.

2) La méthode inclusive des traités institutifs des organisations internationales

Avec cette méthode, la Charte des Nations Unies est considérée comme constitution de la communauté internationale⁵³. Certains traités internationaux sont intitulés constitutions : le traité relatif à l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), le traité relatif à l'UNESCO, le traité constitutif de l'organisation internationale du travail, le traité instituant l'Organisation mondiale de la santé. Dans le cadre du droit international institutionnel, le constitutionnalisme international concerne aussi l'encadrement juridique des relations entre les différentes organisations internationales. Il est à signaler que la question d'intégrer les traités constitutifs des organisations internationales universelles voire même celles régionales au corpus du droit constitutionnel international reste une question à trancher.

3) La méthode du multilevel global constitutionalism

Selon cette méthode, les normes de références sont composites et hétérogènes. En effet, les normes de référence de la future Cour constitutionnelle internationale sont le résultat d'une interaction entre les ordres constitutionnels nationaux et l'ordre international. Cette approche d'identification des normes de référence est une approche intégrale qui consiste à voir dans le bloc de constitutionnalité international un conglomérat constitutionnel, un *verfassungskonglomerat*⁵⁴ qui doit assurer la cohérence nécessaire entre les différents niveaux constitutionnels, d'un point de vue matériel, et préserver les principes de base de l'État de droit. Les ordres constitutionnels nationaux et les normes de droit constitutionnel international ne se concurrencent pas, le dernier assurant aux premiers harmonie et cohérence.

52 L'idée de communauté internationale constitue un des fondements du développement du constitutionnalisme international ou global. On peut évoquer ici la *constitution of mankind* (constitution de l'humanité) développée par le professeur Christian Tomuschat dans plusieurs de ses écrits, notamment : « International Law : Ensuring the survival of mankind on the eve of a new Century », in *RCADI*, 1999, vol. 281, p. 25 et ss.

53 Fassbender (Bardo), « The United Nations Charter as constitution of the international community », in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, n° 36, p. 573 et ss. Voir aussi, Tomuschat (Christian), « Obligations arising for states without or against their will », in *RCADI*, 1993, n° IV, t. 241, p. 235 et ss; et aussi De Wet (Erika), « The international constitutional order », in *International and Comparative Law Quarterly*, January 2006, vol. 55, p. 51.

54 De Wet (Erika), *op. cit.*, p. 53.

4) Une hiérarchie des normes ?

Le paradigme constitutionnel positiviste renvoie toujours à l'idée d'une hiérarchisation c'est-à-dire l'existence d'une norme d'une autorité et d'une normativité absolues, norme supérieure, qui annule ou rend sans effets juridiques les normes inférieures qui ne lui sont pas conformes. Hiérarchisation des droits dérogeables et des droits non dérogeables ? Hiérarchisation entre les générations des droits de l'homme ? Comment résoudre les possibles conflits de normes ? Peut-on conclure à la suprématie des normes de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* et de la Charte des Nations Unies ? Toutes ces questions constituent un programme de recherche et de débat quant à l'identification du référentiel constitutionnel international.

II — Détermination des normes de référence

L'identification des normes de référence ou du référentiel normatif constitutionnel international est une chose, leur détermination en est une autre. En effet, l'analyse normative du droit constitutionnel international conduit à se questionner sur la détermination du sens des normes de référence. Déterminer le sens d'une règle juridique revient à chaque fois au juge. Dans la détermination du droit applicable les juges de la future cour constitutionnelle auront incontestablement un rôle fondamental à jouer (A), un rôle qui doit être appuyé par la nécessaire mise en place des structures de dialogue avec les autres juridictions internationales,⁵⁵ mais aussi et surtout avec les juridictions constitutionnelles de chaque État (B).

A — Le pouvoir des juges de la Cour constitutionnelle internationale

Effectuant un contrôle de constitutionnalité, le juge interprète la norme ou l'acte contrôlé et les normes de référence ; il leur assigne ainsi un sens. Compétence implicite du contrôle de constitutionnalité, pouvoir du juge nécessaire à l'accomplissement de sa fonction de garant de la constitutionnalité internationale, l'interprétation posera des défis supplémentaires à la future Cour constitutionnelle internationale.

En effet, la multiplicité des instruments et sources du droit international renfermant des normes d'essence constitutionnelle nécessitera la mise en place des techniques de l'interprétation contextuelle à même de réaliser la cohérence et d'éviter toute ambiguïté. Si nous partons de l'idée selon laquelle, la fonction d'un contrôle international de la constitutionnalité est l'harmonisation et la recherche de la cohérence des différentes composantes des ordres constitutionnels nationaux, la Cour constitutionnelle internationale aura pour mission de réduire les écarts quant au respect de la légalité constitutionnelle internationale à un dénominateur commun entre les États.

Pour la réalisation de cet objectif, des techniques spéciales devront être appliquées quant à l'interprétation. En effet, la variabilité de la nature de la norme interprétée et la variabilité de sa source sont des vecteurs importants à prendre en considération.

⁵⁵

Effectuant *de facto* un contrôle « international » de la constitutionnalité des normes internes.

La rationalité de l’interprétation constitutionnelle des normes internationales encadrant la matière constitutionnelle sera nécessairement une rationalité complexe prenant en considération à la fois les impératifs de globalité et de spécificité. Les conséquences pratiques d’un choix interprétatif par les sages de la cour doivent avoir un seul objectif : l’intérêt public de la communauté internationale.

De même, la fonction d’une Cour constitutionnelle internationale serait la recherche de la résolution des conflits entre des droits garantis qui se multiplient avec un risque de conflit constituant une difficulté majeure pour les juges constitutionnels nationaux. Une interprétation constitutionnelle harmonieuse et conciliatrice des droits et libertés, garantis aujourd’hui à chaque citoyen du monde, aidera sans aucun doute les juridictions constitutionnelles nationales à dégager une interprétation commune des normes internationales.

Dans ce sens, la diversité des systèmes nationaux exige une coordination de type horizontale qui ne peut se faire que par la consultation des différentes juridictions internationales et des juridictions nationales ; d’où la nécessaire mise en place des structures de coopération interjuridictionnelles.

B — La nécessité des structures de dialogue

Structures de dialogue avec qui ? Quelles juridictions ?

La mise en place des structures et canaux de dialogue est d’abord nécessaire avec les juridictions internationales qui effectuent d’ores et déjà, sous une forme ou sous une autre, un contrôle de la constitutionnalité, à savoir : le Conseil des droits de l’Homme de l’ONU, la Cour européenne des droits de l’homme, la Cour de justice de l’Union européenne, la Cour africaine des droits de l’Homme, la Cour interaméricaine des droits de l’Homme. Les structures de dialogue sont aussi nécessaires avec les cours constitutionnelles respectives des États qui interprètent le droit constitutionnel national à la lumière du droit constitutionnel international. L’implémentation des plate-formes de dialogue avec les juges constitutionnels nationaux contribuerait à assoir la légitimité internationale de la Cour et à harmoniser la matière constitutionnelle.

Les structures de coopération institutionnelle existent déjà entre les cours constitutionnelles⁵⁶ qui n’hésitent pas à mettre en place des canaux et des réseaux de dialogue entre elles au niveau mondial et régional afin de discuter des problèmes constitutionnels pouvant se poser, mais aussi pour dégager une jurisprudence globale des droits de l’Homme. Des structures de dialogue et de coopération existent aussi entre les cours constitutionnelles nationales et les juridictions internationales effectuant un contrôle

56 Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Association des Cours constitutionnelles ayant partagé l’usage du français, Conférence des cours constitutionnelles des pays de langue portugaise, Conférence ibéro-américaine de justice constitutionnelle, Cours constitutionnelles du Commonwealth, Conférence des organes de contrôle constitutionnel des pays de jeune démocratie, Conférence des cours constitutionnelles européennes, Union des cours et conseils constitutionnels arabes, Association des cours constitutionnelles et d’instances équivalents d’Asie, Commission de Venise, Forum des juges en chef de l’Afrique australie, etc.

suprême de la constitutionnalité⁵⁷. Les mêmes structures et canaux de dialogue, d'assistance et d'appui devront être mis en place entre la future Cour constitutionnelle internationale, organe global et universel de la garantie de la constitutionnalité, et l'ensemble des cours constitutionnelles nationales⁵⁸.

L'interaction entre les juridictions internes et la Cour constitutionnelle internationale feront des juridictions constitutionnelles nationales, organes souverains des États, des interlocutrices intervenantes dans l'ordre constitutionnel international. Les bénéficiaires de ce dialogue institutionnalisé ne seront que les citoyens du monde, et les sociétés civiles des différents États qui profiteront de l'expansion des droits protégés avec un contrôle croisé à double détente.

⁵⁷ Citées ci-dessous, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies à titre d'exemple.

⁵⁸ Les conflits de compétence entre la Cour constitutionnelle internationale et les juridictions constitutionnelles nationales étant exclus puisque la Cour n'est saisie après épuisement des voies de recours internes.



LE DROIT APPLICABLE PAR LA COUR : UNE QUESTION DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC OU DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ HARMONISÉ ?

Gustavo Ferraz de CAMPOS MONACO

Si l'on part du principe que l'établissement d'une Cour constitutionnelle internationale est possible et même souhaitable (et il me semble que tous les intervenants ici présents me rejoignent à ce propos), même si plusieurs aspects devront encore être finalisés (composition, procédures, financement, etc.), quelles que soient les procédures et que d'autres définitions soient arrêtées, il faudra toujours répondre à une question fondamentale, celle de savoir quel sera le droit applicable par cette cour.

À l'Université de São Paulo au Brésil, il y a, au sein de sa Faculté de Droit, un Département de droit international et comparé. Ce département rassemble des professeurs qui orientent leurs recherches et leurs activités vers quatre grands phénomènes juridiques comportant le dépassement des frontières d'un État : le droit international public, le droit international privé, le droit du commerce international (qui est compris comme une branche spécialisée découlant des deux dernières) et le phénomène méthodologique de la comparaison juridique. Cela explique peut-être pourquoi je n'ai pas pu résister à la tentation de construire cet exposé à partir de la question suivante : le choix du droit applicable par la cour en question est-il une problématique liée au droit international public ou au droit international privé ?⁵⁹

Sous la perspective du droit international public, définir le droit applicable par une cour, c'est soit définir les sources de droit à partir desquelles on fixera une norme *in concreto* — comme on l'a fait pour les statuts de la Cour permanente de justice et de celle qui l'a suivie, à savoir, la Cour internationale de justice —, soit définir matériellement les droits et les devoirs spécifiques qui méritent un traitement juridictionnel par cet organe — comme on l'a fait pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme où on a fixé les droits et les garanties fondamentaux à partir desquels l'individu peut saisir la Cour en cas de menace ou de violation effective.

Toutefois, il s'agit dans les deux hypothèses d'une définition faisant appel à des règles matérielles manifestement étrangères à la cour, des règles forgées par la communauté internationale pour faire face à une question importante en vue du maintien et du développement des relations entre les États. Mais des règles qui sont, également, étrangères aux États, lesquels peuvent cependant les incorporer à leurs ordres internes. Dans ce cas-là, ces règles auraient un impact sur leur législation ordinaire, sans cependant

⁵⁹ Ma formation principale étant orientée vers le droit international privé, mes conclusions risquent d'être biaisées vu l'amour que je porte à cette discipline.

empêcher que cet impact se produise au niveau hiérarchiquement plus élevé de la pyramide normative, qui est normalement occupé par les constitutions de ces États.

Il faut rappeler que ces règles peuvent être déterminées d'une façon consensuellement tacite à partir du comportement des États. Dans cette situation, elles peuvent être bâties à partir de l'identification de ce qui leur est commun (principes généraux du droit international), comme de l'identification du rôle constamment joué par les acteurs internationaux au fil du temps, même si l'exercice de ce rôle était, à son origine, lié à l'interprétation imprécise de ce que constituait effectivement le droit (coutume internationale).

Mais ces règles peuvent aussi découler d'un consensus provoqué par les États dès lors que ces derniers décident de concerter leurs volontés pour forger à nouveau les règles régissant une question de solution difficile. Lorsqu'une cour applique les règles typiques du droit international public, elle a traditionnellement recours à des règles qui découlent essentiellement de sources internationales. Elle a ainsi affaire à des règles qui sont reconnues au préalable par la communauté internationale quand il faut les interpréter et les appliquer, même si cette reconnaissance ne se limite qu'à un nombre limité d'États souverains, tel qu'il est de rigueur quand on songe à des traités internationaux (lesquels prévoient la réciprocité) et aux coutumes régionales, par exemple.

Malgré cet avantage ayant trait à la source internationale des règles applicables, il me semble que l'idée de concevoir une cour constitutionnelle se heurterait à une grande difficulté si jamais l'on n'avait recours à des normes de source internationale pour forger l'ensemble du droit applicable aux affaires qui lui seraient soumises. Ce, parce que la cour serait amenée à appliquer des normes propres à des situations telles qu'une décision politique d'un État ; une décision qui serait donc interne quant à son origine comme quant aux limites de son efficacité, puisqu'elle serait restreinte aux frontières de cet État.

Dans un scénario pareil, il ne manquerait pas au sein des États des discours et des prises de position visant à éviter l'engagement des sujets classiques du droit international public à cette nouvelle juridiction internationale si celle-ci se propose de résoudre des questions éminemment internes à l'appui de normes de source et d'origine internationale. Ce discours pourra être relayé avant même l'éventuelle ratification par un État du statut de la cour en question, ce que pourrait rendre difficile sa mise en oeuvre, vu que celle-ci dépendrait logiquement d'un certain nombre de ratifications.

Mais il me semble que le plus préoccupant, c'est que ce refus pourrait être exprimé aussi par un État qui accepterait de se soumettre à la juridiction de la cour. Si jamais une décision de la Cour s'avère contraire à la volonté politique majoritaire dans cet État (ou bien si jamais elle est imposée par une minorité qui prend d'assaut le pouvoir de ce même État), il ne manquera pas de discours enflammés jugeant que cette décision de la cour caractérise une interférence dans les affaires — éminemment politiques — de l'État en question.

À ce stade, notre réflexion se cristallise autour de la question de savoir s'il y a un intérêt à pousser vers l'avant un projet qui pourrait être freiné par une possible opposition

politique des États, en ce sens que ces derniers ne souhaiteraient pas voir leurs mesures jaugées par les dispositions du droit international. Or, y aurait-il une autre alternative ? Ou en d'autres termes, pourrait-on trouver, dans le phénomène de l'internationalité de l'action étatique, une forme appropriée de composer avec lesdits problèmes posés ?

Une prémissse logique à partir de laquelle l'on pourrait forger cette réponse se réfère à la quête d'un mécanisme selon lequel une autorité juridictionnelle externe à l'État (la Cour constitutionnelle internationale), compétente en l'espèce, pourrait trancher un litige pour le transformer, par la prise en compte des règles de droit interne les plus appropriées, qu'elle soit ou non encadrée par des principes et valeurs internationalement reconnus par les États qui pourraient constituer des contours à l'incidence de ces règles.

Dans ce contexte, la compétence, la détermination du droit le plus approprié et la fixation de limites s'avèrent des notions importantes. On passe à l'analyse de ces notions dans le but, que l'on déclare d'ores et déjà, d'assurer à la Cour constitutionnelle internationale envisagée une juridiction incontestable, une loi proche au litige et des exceptions à l'application du droit le plus proche qui soient entièrement acceptées, y compris par l'État dont les actes politiques sont contestés devant la cour.

I — Compétence pour l'exercice d'une juridiction « incontestable »

Il est connu que parmi les divers États souverains, il y a ou il peut y avoir nombre d'hypothèses de conflits de juridiction, soit des conflits positifs, lorsque plus d'un État se déclare compétent pour trancher un litige, soit des conflits négatifs, qui impliquent que les États potentiellement intéressés dans la solution du litige n'exercent pas leur juridiction. Ces conflits de juridiction sont la conséquence immédiate de l'absence d'une autorité supranationale, de portée mondiale, qui pourrait distribuer la compétence juridictionnelle entre les plus diverses juridictions étatiques.

En effet, tandis qu'en matière de distribution de compétences internes, le pouvoir législatif local détermine l'organisation de la structure judiciaire et distribue la compétence de chaque organe du judiciaire, en matière de compétence internationale, il n'y a pas d'autre chose que le rappel, par le pouvoir législatif local, des compétences que cet État estime pouvoir assurer avec l'aide de sa structure juridictionnelle. Ainsi, d'un côté, il suffit que deux États s'estiment compétents pour trancher un litige et l'on serait devant un conflit positif et, d'un autre côté, il suffit qu'aucun des États potentiellement compétents pour trancher un litige ne s'estime compétent pour que l'on soit devant un conflit négatif.

Dans l'hypothèse d'un conflit négatif de compétence, un vide juridictionnel sera établi. Ainsi, il n'est pas exclu, normalement, que l'une des juridictions proches du litige soit exercée à partir du recours à des clauses d'action supplétive éventuellement reconnues par le droit d'un des États en question ou par le droit international.

À son tour, dans l'hypothèse de conflits positifs, il y a de la place pour l'incidence du *forum shopping*, lequel peut entraîner le phénomène de « la pluralité de fors » pouvant

être saisis. Dans ce cas-là, s'il n'y a pas de garde-fou tel que le *forum non conveniens*, l'on pourrait être devant une litispendance, même si, en théorie, la *litispendance* n'existe pas à proprement parler, dans la mesure où les litiges devraient être résolus en juridictions étatiques diverses, isolées l'une de l'autre : il n'y aurait donc pas de moyen de résoudre d'une façon logique le choix d'un for au détriment de l'autre, à moins qu'il n'existe un accord de coopération judiciaire internationale entre les États concernés.

Si l'on transpose ce phénomène à ce qui nous intéresse dans ce colloque, on serait devant une situation à laquelle, par exemple, a déjà fait face le Tribunal pénal international. En effet, s'il y a un conflit positif de compétence entre une juridiction étatique et la juridiction de la Cour constitutionnelle internationale, force est de décider laquelle des deux l'emporte sur l'autre.

Je ne vois pas ici de raison pour changer la pratique internationale selon laquelle, depuis longtemps, il est nécessaire d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir une juridiction internationale. Or il me semble que l'on serait devant une *conditio per quam*, et non devant une condition *sine qua non*. C'est-à-dire : l'épuisement des voies internes ne doit pas être essentiel ; pour que la Cour constitutionnelle puisse être saisie, il suffirait de démontrer l'impossibilité de saisir la juridiction interne ou bien que, une fois saisie, elle ait pris du retard injustifié pour trancher une question.

Je propose donc que la Cour constitutionnelle internationale puisse être saisie lorsque les instruments internes disponibles pour faire jouer d'une façon pleine les dispositifs constitutionnels d'un certain État sont insuffisants, de sorte que son application passe par la saisine d'une cour pour ainsi dire externe. En cela, je ne vous ai apporté aucune nouveauté ; j'ai toutefois voulu le faire avant d'avancer vers la proposition qui est, il me semble, ma contribution au débat.

II — Le droit approprié et le principe de proximité

Si la Cour constitutionnelle internationale n'est saisie que quand un État aura des difficultés pour appliquer des dispositifs de sa propre constitution, laquelle pourrait par exemple être menacée par des mesures politiques soi-disant non légitimes, rien n'est plus logique que cette juridiction internationale — et neutre — tranche le litige en question sur la base de cette constitution même.

Ainsi, d'après ce qu'il me semble, le statut de la cour envisagé devrait contenir un dispositif tel que le suivant :

Article X : Lorsque la Cour constitutionnelle internationale est compétente pour connaître d'un litige, seront applicables les règles constitutionnelles en vigueur dans l'État concerné. Si le litige porte sur la légitimité de la substitution de règles constitutionnelles par d'autres règles, la Cour pourra analyser les dispositions en question et les dispositions en vigueur pour se prononcer sur la légitimité de la succession de ces normes.

En établissant le droit applicable de cette manière, la cour aurait donc recours à des mécanismes de fixation du droit applicable universellement reconnus : le droit international privé et le droit intertemporal. Ainsi, elle pourrait conférer une légitimité à la méthode de choix de la loi applicable et, en outre, réduire la place à des critiques basées sur son ingérence dans les affaires internes des États. Des critiques qui, d'ailleurs, pourraient difficilement être éliminées, puisque fondées sur un argument politique. En tout cas, d'un point de vue juridique, en faisant jouer une norme constitutionnelle pour que des faits contestés soient analysés conformément aux dispositions de cette même constitution, la Cour constitutionnelle internationale pourrait, il me semble, rendre sa décision légitime d'une manière plus appropriée que si elle analysait les mesures politiques contestées à partir de dispositions non forcement prises en compte par l'ordre étatique en question.

III — Limites comme exception à l'application du droit le plus proche

Reste encore une critique, peut-être raisonnable, qui pourrait être faite en ce qui concerne les paramètres constitutionnellement observés par le juge du for de l'État soupçonné de manquement : ces paramètres sont-ils conformes aux valeurs et aux droits constitutionnellement reconnus par la communauté internationale ? En d'autres termes, la question serait de savoir si l'ordre constitutionnellement appliqué par la Cour constitutionnelle internationale se heurterait ou non à l'ordre public. Comme le souligne Jacob Dolinger :

... puisque les lois ne sont pas à proprement parler d'ordre public, il n'est pas possible de parler de lois d'ordre public interne et de lois d'ordre public étranger. Il existe le principe d'ordre public, qui est abstrait et qui s'applique dès lors que le juge estime qu'une certaine règle juridique doit être protégée et renforcée par ce principe.⁶⁰

Dans l'hypothèse où l'incidence du principe d'ordre public se manifesterait *a posteriori*, c'est-à-dire après la constatation que la non-application d'un dispositif constitutionnel s'avère intolérable vis-à-vis des principes et des règles de l'ordre juridique du juge du for (en l'espèce, le for international), l'ordre public assume son rôle d'étape de la méthode conflictuelle classique. D'ailleurs, n'oublions pas que Francescakis⁶¹ avait déjà bien remarqué que l'ordre public international est tout à fait indissociable de la méthode conflictuelle.

Soumettre la constitution au filtre de l'ordre public est une manière appropriée sur le plan méthodologique de vérifier s'il y a ou non affrontement à des valeurs qui seraient protégées par le système que l'on veut construire. Pour dire autrement : les divergences portant sur des valeurs qui pourraient être observées entre la constitution de l'État requis et les valeurs constitutionnelles internationalement reconnues sont-elles tolérables ?

⁶⁰ Dolinger (Jacob), *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*, Tese apresentada à Congregação da UERJ para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado, 1979, p. 40-41.

⁶¹ Francescakis (Phocion), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, Paris, no 1, p. 1-18, jan.-mar. 1966, p. 2.

Paul Ricoeur⁶² explique que le contenu, la définition de l'(in)tolérance dans la sphère individuelle se manifestent non par le biais de l'abstention, mais par celui de l'admission. L'on admet chez l'autre une manière d'agir, de penser, de gérer une situation qu'est substantiellement diverse de celle que serait sa propre façon d'agir dans les mêmes circonstances. L'intolérance, pour l'individu, se manifeste par le reproche de l'opinion ou de la conduite « insupportable » de l'autre. Norberto Bobbio⁶³ estime qu'au plan individuel, la tolérance présente une raison morale matérialisée dans le respect d'autrui : « je crois fermement en ma vérité, mais je crois avoir un devoir d'obéissance envers un principe moral absolu : le respect d'autrui. » Ce qui est intolérable — et donc redoutable — doit céder aux règles d'ordre public.

Ricoeur envisage la construction d'un lien entre les sphères institutionnelle et individuelle de la tolérance ou d'intolérance, et cherche à répondre la question suivante : « pourquoi est-ce que l'État absolument neutre n'existe pas ? » Cette question se justifie dans la mesure que l'on comprend que la valeur de la justice est essentielle à la compréhension du *modus operandi* de l'État visant à empêcher que l'expression de la liberté de l'un se superpose à l'expression de la liberté de l'autre. Bobbio, à son tour, affirme que la « tolérance absolue est une pure abstraction » et que la « tolérance historique, réelle, concrète, est toujours relative ». Dans une société non égalitaire par sa nature, dans laquelle les groupes les plus forts ont tendance à faire prévaloir leur conception de la liberté, l'action positive de l'État est souvent indispensable pour que cet objectif soit atteint. Non sans raison, Bobbio estime que la tolérance, en tant qu'exigence, « naît au moment de la prise de conscience de l'irréductibilité des opinions et de la nécessité de trouver un *modus vivendi* (c'est-à-dire une règle purement formelle, une règle du jeu) qui permette l'expression de toutes les opinions ». Cependant, l'État n'étant pas tout à fait neutre, une action idéale reste difficile. C'est pour cela que Ricoeur a posé ces questions concernant les causes qui empêchent une neutralité pleine de la part de l'État, une fois que celles-ci sont les raisons pour vivre avec la *redoutable* intolérable au sein de l'État. La réponse de l'auteur français est simple : « parce que l'État ne se construit pas sur le vide, mais s'attache à une culture qu'il exprime et protège à la fois ».

Ricoeur ne méprise pas le fait que l'émergence de la tolérance soit un phénomène tardif dans l'histoire de l'humanité et des États. Il admet ce retard aux traits d'intolérance dont s'habillent les convictions. De la même façon que ma conviction intolérante va dans un sens déterminé, il y aura l'expression d'une autre conviction, elle aussi intolérante, qui va se diriger vers le sens inverse. Souvent, cette intolérance laisse transparaître un simple caprice intellectuel : si, par mes convictions, je détiens *la* vérité, l'autre, celui qui n'est pas d'accord avec moi, ne la détient pas ; ses convictions sont donc tout simplement fausses. Il a été nécessaire de s'apercevoir, par le biais d'une *presunção* difficile d'assumer, « que l'adhésion de l'autre a ses croyances est elle-même libre », pour que les convictions soient flexibilisées et que la tolérance émerge.

62 Ricoeur (Paul), *Leituras 1 : em torno ao político* [Lecture 1 : Autour du politique], trad. Marcelo Perine, São Paulo, Loyola, 1995.

63 Bobbio (Norberto), *A era dos direitos / L'età dei Diritti*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

« Seule cette présumée liberté place la croyance sous la catégorie de la personne et non sous celle de la chose et, en même temps, la rend digne de respect », car l'autre a le droit à l'erreur.

Cet intolérable, que Ricœur appelle l'abjecte, « c'est ce qui ne pourrait pas être inclus dans le pacte du consensus conflictuel sur lequel repose l'équilibre du vivre ensemble ». L'abject doit être « clairement identifié par le consensus de ceux que nous respectons, précisément parce qu'ils sont à nos yeux les gardiens du respect mutuel ». Il reconnaît qu'il y a, pour chaque individu, pour chaque communauté, pour chaque collectivité nationale, de la place pour cet intolérable

Cet abject dont nous parle Ricœur doit être l'exception dans la mesure où il ferme la porte à la réciprocité dont nous parle Bobbio et qui est à la base de l'acceptation, dans le *for*, de la différence qu'une loi étrangère par rapport à une loi locale. Pour cela, il suffit que cette différence ne soit pas abjecte. Tout le reste peut être toléré.

Découvrir l'objectif du droit constitutionnel des nations devrait être la mission de la Cour constitutionnelle internationale. C'est sur cela que reposera son importance fondamentale au progrès de la civilisation humaine.



CONCLUSION



RAPPORT DE SYNTHÈSE

Asma GHACHEM

Durant deux journées consacrées à une réflexion approfondie sur la faisabilité et l'opportunité d'instituer une Cour constitutionnelle internationale, nous prenons la mesure de l'ampleur du risque que nous prenons. C'est effectivement un risque dans la mesure où nous partons d'un noyau de concepts — qui se constitue autour de l'idée d'un droit constitutionnel international et autour de certaines pratiques juridictionnelles — pour nous attaquer à des notions aussi acquises que celles de souveraineté et de suprématie de la Constitution. Le risque est donc d'emblée dans la disproportion entre un nombre important de normes bien établies et un nombre moins important d'autres normes émergentes. Mieux encore, ces dernières voudraient l'emporter sur celles déjà bien établies.

C'est dans cette perspective que certains n'ont pas cessé de parler « d'utopie », de « rêve », de « projet irréalisable », de l'illusion « de croire à des choses qui n'arrivent pas ». Nous n'irons pas jusqu'à partager ces opinions, mais nous dirons que ce que nous avons retenu de ces deux journées est que le projet constitue un défi, mais ce défi a toutes les chances d'être relevé. Deux raisons nous permettent d'affirmer ceci. D'abord, la Cour constitutionnelle internationale serait la résultante d'une réalité qui s'impose à nous ou d'une réalité inévitable (I). Ensuite, cette réalité n'a pas d'autre choix que de se traduire au plan juridique, en l'occurrence par la création de la Cour constitutionnelle internationale (II).

I — Une réalité qui s'impose

Cette réalité s'impose par deux facteurs : premièrement, par l'émergence d'un corpus linguistique et normatif nouveau qu'il convient de prendre en considération (A) ; et deuxièmement, par une dimension ontologique inhérente à un patrimoine constitutionnel universel (B).

A — L'émergence d'un corpus linguistique et normatif

Lors de ces deux journées consacrées à l'idée d'une Cour constitutionnelle internationale, nous avons assisté à un déploiement de nouvelles notions. Il s'agit de celles de droit constitutionnel international et de droit international constitutionnel, appelé aussi droit constitutionnel global. Il est aussi question de la notion de conventionalité des constitutions qui a été qualifiée « d'oxymore », et de celle de constitutionnalité ou de fondamentalité des constitutions qui, elle, a été qualifiée de « pléonasme ». Nous avons assisté également à la distinction entre souverainisme et souveraineté, à celle entre constitution matérielle et constitution réelle. On nous a également fait part de

propositions de substitutions à la notion d'État-nation. C'est dans cette visée que les notions d'État-Société, d'État-Peuple et d'État-Homme ont été relevées. C'est aussi dans cette même perspective que certains contributeurs évoquent la notion de communauté humaine comme sujet de droit, celle de Constitution de l'humanité et celle de Post-État. Bref, un corpus linguistique et sémantique se constitue, prend de la consistance et impose de l'appréhender.

Corrélativement, un corpus normatif prend de l'ampleur et nous incite à repenser la hiérarchie de Kelsen. En effet, nombreux sont les contributeurs qui ont insisté sur la remise en cause de ladite hiérarchie. D'abord, la notion de droit constitutionnel global fragilise fortement le rang suprême accordé par Kelsen à la Constitution. Ensuite, la notion de conventionnalité des constitutions est-elle largement éloquente quant au bouleversement apporté à l'infériorité des conventions par rapport à la Constitution telle que préconisée par Kelsen.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle deux séances ont été réservées à ce thème durant le colloque. Son importance est doublement soulignée en ce sens qu'elle ne s'attache pas seulement au dispositif normatif, mais sous-tend aussi vigoureusement le droit constitutionnel global. Du reste, deux approches différentes ont caractérisé le traitement de ce thème. Les uns ont choisi de focaliser l'analyse sur le contrôle endogène, les autres ont préféré s'attaquer au contrôle exogène. Les deux approches ont conclu *in fine* à l'atteinte apportée à la règle constitutionnelle, voire à sa neutralisation en vertu dudit contrôle.

Par ailleurs, la distinction entre source matérielle et source formelle des constitutions, ou encore celle entre constitutions matérielles et constitutions réelles, relativisent nettement la force normative de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des lois, son corollaire. C'est alors que certains contributeurs ont démontré que le juge ordinaire ferait preuve de plus d'efficacité que le juge constitutionnel pour neutraliser une norme constitutionnelle. Je retiens deux décisions juridictionnelles significatives qui ont été citées pour étayer une telle affirmation. La première est celle où une directive européenne a primé le texte constitutionnel. La deuxième est celle où une simple règle de procédure a été jugée plus importante qu'une norme constitutionnelle. Dans cette même perspective, des contributeurs ont même suggéré le renoncement au contrôle de la constitutionnalité en lui substituant un « processus de certification et d'homologation » qui lie aussi bien le pouvoir constituant initial que dérivé.

Il ressort de cela, en définitive, qu'une réalité normative et linguistique s'impose à nous. C'est une réalité qui bouleverse nos acquis conceptuels et normatifs et exige de ce fait de l'appréhender. Cette recommandation est d'autant plus impérative qu'elle se renforce par une dimension ontologique inhérente à un patrimoine constitutionnel universel.

B — Une dimension ontologique inhérente à un patrimoine constitutionnel universel

Sa première manifestation est la démocratie. Lors de ce colloque, la démocratie n'a pas été seulement traitée dans son trait le plus saillant, à savoir les élections, elle a aussi transcendé sa fonction de forme de gouvernance et a été reconnue comme une valeur intrinsèque à l'Homme. Dans cette même visée, la démocratie a dépassé également son caractère de modèle libéral — qui n'est pas forcément partagé par tous — pour s'imposer en tant que valeur universelle. Ainsi, le principe de l'autonomie constitutionnelle se trouve conditionné par l'exigence démocratique, alors que le principe de légitimité démocratique est, lui, renforcé.

D'autres manifestations d'une dimension ontologique inhérente à un patrimoine constitutionnel universel ont été développées par les intervenants. Il est question, par exemple, du droit au développement qui dépasse la seule exigence économique et qui s'ouvre à une démocratie sans frontières et à une citoyenneté globale. Il est aussi question de la notion de dignité humaine qui a été considérée comme étant l'un des piliers du patrimoine constitutionnel de la communauté internationale. Les contributeurs ont aussi affirmé que la souveraineté ne peut plus résister aux droits de l'Homme, au principe d'égalité, à la liberté et à l'individualisme. Aussi, un patrimoine constitutionnel universel s'impose-t-il et ébranle la notion de souveraineté.

Bien que les auteurs soient presque unanimes sur l'existence de ce patrimoine universel, ils divergent quant à l'appréhension de ce patrimoine eu égard à la souveraineté. Deux réactions se sont affrontées. L'une avance que la souveraineté est battue en brèche, qu'elle est même devenue « une coquille vide ». L'autre, au contraire, affirme que ce patrimoine constitutionnel universel est de nature à renforcer la souveraineté dans la mesure où ce droit universel ne peut recevoir application au plan interne que si les États acceptent de l'appliquer. En outre, l'État reste le seul modèle capable de garantir les droits de l'Homme, l'égalité, la liberté... Il ne faut pas perdre de vue non plus l'hypothèse des États récalcitrants à l'effectivité des décisions de la Cour constitutionnelle internationale.

En tout état de cause, il y a bien un patrimoine constitutionnel universel qui s'impose à nous comme une réalité indéniable. C'est une réalité qui n'attend que d'être traduite sur le plan juridique.

II — Une réalité à traduire au plan juridique : la création d'une Cour constitutionnelle internationale

Deux étapes permettent la traduction au plan juridique de la nouvelle réalité normative sus indiquée : d'abord, reconnaître ladite réalité (A) ; ensuite, imaginer les moyens qui permettent la mise en place d'une Cour constitutionnelle internationale (B).

A — Reconnaître

Les contributeurs proposent, pour ce faire, une méthode et un contexte. Pour ce qui est de la méthode, une appréhension scientifique des normes constitutionnelles a été suggérée. Une autre est celle qui propose de composer avec l'imprécision des normes

constitutionnelles internationales en l'absence de texte écrit. Il a été même question de savoir s'il faut adopter le raisonnement du droit privé ou plutôt celui du droit public. D'autres ont proposé de mobiliser l'opinion publique et de discuter avec « l'homme de la rue ».

Pour ce qui est du contexte, le contexte européen d'une part et le contexte de l'Amérique latine d'autre part ont été présentés comme deux exemples susceptibles de favoriser la création d'une Cour constitutionnelle internationale. Ces exemples attestent en effet d'un rapprochement entre des institutions opérationnelles qui œuvrent dans les mêmes domaines que ceux de la Cour constitutionnelle internationale, à savoir les droits de l'Homme et la démocratie. On a par ailleurs attiré l'attention sur le contexte de résistance de certains États qui souffrent déjà de peu de prérogatives et dont la création de la Cour risque d'anéantir.

Du reste, la perspective proposée n'est pas seulement institutionnelle. Aussi, certains intervenants ont-ils proposé deux conditions préalables à la création de la Cour, le dialogue interconfessionnel et le dialogue entre les structures juridictionnelles et non juridictionnelles.

Une fois la méthode et le contexte exposés, il faudrait imaginer les mécanismes qui vont animer la Cour.

B — Imaginer

Il faudrait imaginer le droit applicable par la Cour, sa compétence et surtout une originalité propre à la Cour constitutionnelle internationale qui la distinguerait des autres juridictions qui œuvrent dans des domaines similaires.

Quel droit peut être appliqué par la Cour constitutionnelle internationale ? Le droit adéquat serait, selon nos intervenants, le patrimoine constitutionnel de l'humanité qui est appréhendé selon des normes de références qui ne se réduisent ni aux normes de *jus cogens* ni aux règles des droits de l'Homme. Ledit droit peut aussi puiser dans le bloc de constitutionnalité internationale et de manière plus générale dans le droit commun des peuples. La Cour peut aussi appliquer des normes coutumières et des principes généraux du droit quel que soit leur objet. À ce titre, l'exemple qui a été évoqué est celui de la sanction réservée à la manipulation ou au détournement des procédures juridictionnelles. La Cour peut ainsi se référer aussi bien au droit constitutionnel interne d'un État qu'au droit constitutionnel comparé. Elle est toutefois nécessairement amenée à appliquer les principes démocratiques, notamment des élections contestées pour désigner le pouvoir, avec toutefois l'unique limite de ne pas avoir des opinions dissidentes sur les choix sociaux.

Quelle compétence réserver à la Cour ? La cour pourrait avoir selon les intervenants une compétence consultative qui soit plus importante que la compétence contentieuse. Ainsi, l'idée qui a été avancée en ce sens est celle du rôle incitatif que pourrait jouer la Cour pour garantir le respect des principes démocratiques. Une hypothèse a même été suggérée, qui est celle d'une intervention de la Cour constitutionnelle internationale au cours d'instance d'une autre juridiction, et ce afin d'interpréter une constitution

nationale. Du reste, c'est sur le plan de la compétence contentieuse que l'originalité de la Cour peut prendre toute sa signification.

La Cour constitutionnelle internationale pourrait innover dans le fait que sa saisine ne soit pas réduite aux États et aux individus, mais qu'elle pourrait s'ouvrir aux associations. Aussi, afin d'éviter les télescopages des compétences d'autres juridictions, la cour pourrait-elle statuer uniquement en tant qu'instance d'appel. Elle pourrait aussi obéir au principe de subsidiarité en ce sens qu'elle n'intervient qu'une fois les recours internes épuisés.

En tout état de cause, l'originalité inhérente à la Cour constitutionnelle internationale réside en réalité dans sa nature de juridiction au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international comme l'indique l'intitulé du colloque. De ce point de vue, la création de la Cour semble être présagée même si elle n'est pas imminente. C'est dans cette perspective que nous renouvelons les occasions d'approfondir notre réflexion concernant cette nouvelle juridiction. Ce colloque va être acheminé par la Déclaration de Rabat sur la Cour constitutionnelle internationale et une initiative au Brésil a été annoncée pour l'année prochaine ; se profilent alors une nouvelle perspective, un nouvel élan pour sa création !



FINAL REPORT¹

Asma GHACHEM

Two days of profound thinking on the feasibility and desirability of establishing an International Constitutional Court allowed us to assess the risk associated with its implementation. The risk pertains to the fact that we start with some core concepts pertaining to the idea of an international constitutional law and to certain jurisdictional practices in order to tackle other acquired ideas, such as sovereignty and the supremacy of the Constitution. The immediate risk lies in a disproportionately large number of well-established norms and a smaller number of emerging norms. Moreover, these emerging standards seek to override those already well established ones.

From this perspective, many felt justified in talking about a “utopia”, a “dream”, an “impossible project”, an illusion “to believe in things that do not happen”. While we do not share these opinions, what we retained from these two days is that, while this project is a challenge, it is a challenge that is very likely to have a successful outcome. Two reasons underlie this affirmation. (I) First, the International Constitutional Court would be the result of a necessary or inevitable reality that will impose itself. (II) Secondly, this reality must necessarily take on a legal form, namely through the creation of the International Constitutional Court.

I — A necessary reality

This reality owes its existence to two factors: (A) the emergence of a new linguistic and normative corpus that must be taken into consideration; and (B) the inherent ontological dimension of a universal constitutional heritage.

A — The emergence of a linguistic corpus and normative

During these two days devoted to the idea of an International Constitutional Court, we witnessed the deployment of new concepts: first, international constitutional law and, secondly, constitutional international law or global constitutional law. The notion of the conventionality of constitutions—called an “oxymoron”—as well as the notion of the constitutionality or fundamentality of constitutions—called a “tautology”—were also discussed. We also attended to the distinction between sovereignism and sovereignty, between the material constitution and the actual constitution. It was also proposed that the concept of the Nation-State be replaced with other notions such as State/Society, State/People and State/Person. From this same perspective, some contributors evoked the concept of human community as legal subject, of the Constitution of humanity and of the Post-State. Briefly, a linguistic and semantic corpus is constituting itself, is taking on a consistency and is demanding that it be understood.

1

Translated by Henri Pallard.

Correspondingly, the increasing importance of a body of norms is obliging us to rethink Kelsen's hierarchy. Indeed, many contributors insisted on putting the hierarchy into question. First, the notion of global constitutional law seriously undermines the supreme power given to the Constitution by Kelsen. Furthermore, the concept of the conventionality of constitutions speaks eloquently to the upheaval touching the inferiority of conventions in relation to the Constitution as understood by Kelsen.

That is why two panels were dedicated to this theme at the conference. This theme is doubly important in the sense that it focuses not just on the normative system, but also vigorously supports global constitutional law. Moreover, two different approaches characterized the treatment this theme. Some chose to focus their analysis on endogenous control, others preferred to concentrate on exogenous control. Both approaches concluded that that control had ultimately affected the constitutional norm, and even neutralized it.

Moreover, the distinctions between the formal source and the material source of constitutions, or between material and real constitutions, clearly relativize the normative force of the Constitution and the control of the constitutionality of laws, its corollary. Some contributors then demonstrated that ordinary judges appear to be more effective than the constitutional judge in neutralizing a constitutional norm. I take note of two significant judicial decisions that were quoted in support of this claim. The first case pertains to a European directive that prevails over the constitutional text. In the second case, a simple procedural rule was deemed more important than a constitutional standard. In the same context, contributors have suggested that constitutional review be abandoned and that a "certification and approval process" that binds both the original and derived constituent power be substituted for it.

It appears that ultimately a normative and linguistic reality imposes itself on us. That reality disrupts our acquired conceptual and normative experiences and therefore requires that we apprehend it. This recommendation is even more imperative since it reinforces an inherent ontological dimension to a universal constitutional heritage.

B - An inherent ontological dimension to a universal constitutional heritage

It manifests itself first in democracy. During this symposium, democracy was not only treated in its most salient feature, namely elections, it was also seen to transcend its function as the form of governance and was recognized as an intrinsic value of the Person. From the same point view, democracy was also seen to go beyond its trait as the liberal model—not necessarily shared by all—and to impose itself as a universal value. Thus, the principle of constitutional autonomy is conditioned by the demands of democracy, while the principle of democratic legitimacy itself is strengthened.

Other aspects of an inherent ontological dimension to a universal constitutional heritage were developed by the speakers. There was question, for example of a right to development that goes beyond economic considerations and that opens upon a democracy without borders and upon a global citizenship. There was also question about the concept of human dignity considered to be a pillar of the constitutional heritage of the

international community. The contributors also affirmed that sovereignty can no longer trump human rights, the principle of equality, liberty and individualism. Also, as a universal constitutional heritage imposes itself, it undermines the concept of sovereignty.

Although there is near unanimity on the existence of this universal heritage, the authors differ on their understanding of this heritage with regard to sovereignty. Two approaches were in conflict. One holds that sovereignty has been undermined, that it has even become “an empty shell”. The other, on the contrary, says that this universal constitutional heritage strengthens sovereignty to the extent that this universal law can only be applied internally insofar as States agree to implement it. Moreover, the State remains the only model capable of guaranteeing human rights, equality, freedom... We must not lose sight of the hypothesis of reluctant States on the effectiveness of the decisions of the International Constitutional Court.

In any event, there is a universal constitutional heritage that imposes itself on us as an undeniable reality. It is a reality that is waiting to take on a legal form.

II — Translating the reality into a legal form: the creation of an International Constitutional Court

There are two steps to translate into legal terms the new normative reality: (A) first, to recognize that reality; and (B), to imagine the means that will allow for the creation of an International Constitutional Court (B).

A — To recognise

To this end, the contributors set out a method and a context. With regard to the method, a scientific understanding of constitutional norms was suggested. Another method was proposed to deal with the imprecision of international constitutional norms in the absence of a written text. There was even question of whether the method of reasoning of private law, rather than that of public law, should be adopted. Others proposed to mobilize public opinion and engage “the man in the street” in a discussion.

In terms of context, Europe on the one hand and Latin America on the other were presented as two examples susceptible of promoting the creation of an International Constitutional Court. These examples demonstrate the existence of a connection between operational agencies working in the same areas as those of the International Constitutional Court, namely human rights and democracy. Attention was also drawn to the resistance context of some States whose authority is already quite limited and that the establishment of the Court could destroy.

Finally, the proposed perspective is not just institutional. Some presenters proposed two prerequisites for the establishment of the Court: an interfaith dialogue and a dialogue between judicial and non-judicial structures.

Once the method and the context are settled, one will have to imagine the mechanisms that will give the Court life.

B — To imagine

The law that the International Constitutional Court would apply, its jurisdiction and, above all, its originality—distinguishing it from other jurisdictions who work in similar areas—will all have to be set out.

What law should the International Constitutional Court apply? The proper law is, according to our presenters, the constitutional heritage of humanity as understood in reference to standards that are reducible neither to the norms of the *jus cogens* nor to the rules of human rights. Such law can also tap into the corpus of international constitutionality and, more generally, into the common law of nations. The Court may also apply customary norms and general principles of law, regardless of their subject. As such, the example mentioned pertains to the punishment reserved for the manipulation or diversion of court proceedings. The Court may thus make reference both to a State's internal constitutional law and to comparative constitutional law. However, it is necessarily brought to apply democratic principles, including the contested elections for power, however, with its only limitation a bar to dissent on social choices.

What special jurisdiction should the Court have? The court could have, according to the speakers, an advisory jurisdiction that would be more important than its contentious jurisdiction. Thus, according to this idea, it was thought that the Court could be an incentive to ensure the respect of democratic principles. According to one hypothesis put forward, the International Constitutional Court could intervene in the course of proceedings in another jurisdiction in order to interpret a national constitution. Ultimately, the originality of the Court is grounded in its contentious jurisdiction.

Moreover, the International Constitutional Court could innovate by allowing associations, and not only individuals and States, to seize it. Also, to avoid limiting the jurisdiction of other bodies, the Court could sit and give decisions as an appellate body only. It could also be subject to the principle of subsidiarity, thus only intervening once domestic recourses have been exhausted.

In any event, the originality inherent in the International Constitutional Court actually lie in the nature of its jurisdiction which, as stated in the title of the conference, is to serve democratic law and international constitutional law. From this point of view, the creation of the Court is a prediction, even though its creation is not imminent. In this context, new opportunities will allow us to deepen our thinking about this new jurisdiction. This conference concluded with the Rabat Declaration on the International Constitutional Court and the announcement of an initiative by Brazil for next year; the supporters of the Court can look forward to new challenges which will contribute to the momentum for its creation!

DÉCLARATION DE RABAT SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Réunis à Rabat, les 16 et 17 juin 2015, à l'occasion du colloque sur « Une Cour constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel », organisé par l'Association pour la Recherche sur la Transition Démocratique, en collaboration avec la Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales de Rabat-Agdal de l'Université Mohamed V de Rabat, le Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit de l'Université Laurentienne, et en partenariat avec la Fondation Konrad Adenauer de Beyrouth, des chercheurs, professeurs, académiciens, étudiants, experts de différents continents,

Considérant :

1. La nécessité de prendre en considération les droits, les libertés et leurs garanties, au niveau global, aussi bien que les engagements des États, pour la cause de la paix et de la dignité humaine ;
2. Le développement des études et recherches, ainsi que l'intérêt de l'opinion publique mondiale pour l'idée de création d'une Cour constitutionnelle internationale ;
3. L'importance de la coordination des efforts et des volontés autour de ce projet innovant.

Tout en restant ouverts au débat démocratique et avec la plus complète ouverture d'esprit, affirment :

1. Leur conviction que la reconnaissance d'une normativité constitutionnelle internationale, mondiale ou globale, et des principes d'une constitution matérielle, qui existent déjà, n'impliquent nullement l'existence d'un État planétaire ni une constitution mondiale formelle.
2. Leur croyance qu'une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l'universalisation et l'effectivité de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme.
3. Leur intention de travailler pour l'élaboration d'un projet d'avenir, réfléchi et réaliste, qui puisse évoluer vers des solutions acceptables et consensuelles.

Décident, en conséquence, de créer un Collectif pour la Cour constitutionnelle internationale, qui pourrait avoir des sections nationales ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet.

Rabat, le 17 juin 2015.



DECLARATION OF RABAT ON THE INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT

Meeting in Rabat on 16 and 17 June 2015, at the conference on “An International Constitutional Court in the service of democratic law and constitutional”, organized by the Association for Research on Democratic Transition, in collaboration with the Faculty of Legal, Economic and Social Sciences of Rabat-Agdal, Mohammed V University in Rabat, the International Centre for Interdisciplinary Research Centre in the Law of Laurentian University, and in partnership with the Konrad Adenauer Foundation in Beirut, researchers, professors, academicians, students, experts from different continents,

Considering:

1. The need to take into account the rights, freedoms and guarantees, at the global level, as well as the commitments of States, to the cause of peace and human dignity;
2. The development of studies and research, as well as the interest of world public opinion about the idea to create an international constitutional court;
3. The importance of coordinating efforts and wills around this innovative project.

While remaining open to democratic debate and with the most complete openness of spirit, affirm

1. Their conviction that the recognition of an international constitutional normativity, world or global, and of the principles of a material constitution, which already exist, do not imply the existence of a world State nor a formal global constitution.
2. Their belief that an International Constitutional Court will constitute a decisive step towards the universalization and effectiveness of the rule of law, of democracy and of human rights.
3. Their intention to work for the development of a future, thoughtful and realistic project which can develop into acceptable and consensual solutions.

Decide accordingly to create a Collective for an International Constitutional Court, which could have national or regional chapters, in order to continue discussions and to finalize the project.

Rabat, 17 June 2015.



PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU PROJET DE CRÉATION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE²

Depuis la création des Nations Unies, le mouvement démocratique ne cesse de se développer et de prendre de l'ampleur à travers le monde. Il est devenu l'un des vecteurs fondamentaux de la mondialisation. La Révolution tunisienne constitue une étape majeure dans la constitution de cette « démocratie mondiale ». Elle est venue rappeler le caractère inéluctable de l'humanisme démocratique et sa supériorité sur toutes les doctrines politiques fondées sur l'asservissement de l'homme ou la négation de ses droits naturels ou politiques.

Parmi les idées clé de cette révolution démocratique, figure la création d'une Cour constitutionnelle internationale. La Tunisie avait, dès 1999, lancé l'idée de cette cour. Cette proposition émise sous la dictature a été reprise, après la Révolution, par le Président de la République, en vue de la diffuser et la consacrer sur le plan international.

L'idée de créer une Cour Constitutionnelle internationale est née de deux constats importants :

— Le premier est que la légitimité démocratique est désormais un principe de droit positif bien établi et consacré par des nombreux instruments internationaux, que ce soit à l'échelle universelle ou régionale. Des principes et règles relatifs à la démocratie, à l'État de droit, aux élections périodiques, disputées et transparentes, sont aujourd'hui parmi les obligations qui incombent à tous les États. Ces derniers doivent les remplir de bonne foi et leur donner plein effet dans leurs législations internes.

— Le deuxième constat est que de nombreux peuples sont soumis à des régimes dictatoriaux, parfois sanglants ou, à tout le moins, à des régimes autoritaires peu respectueux des droits de l'homme et des garanties démocratiques. Même dans les régimes considérés comme démocratiques, il n'est pas rare que les gouvernements se livrent à des entorses à leurs engagements en la matière. La méconnaissance et la violation par certains gouvernements de leurs engagements démocratiques est souvent la cause de graves troubles politiques et sociaux et du recours à la violence.

Il convient de rappeler à cet égard que l'internationalisation du droit constitutionnel, c'est-à-dire des principes de droit constitutionnel interne communs à presque toutes les nations du monde, il existe aujourd'hui incontestablement une normativité internationale spécifique, constituée des principes généraux du droit international général ou des normes internationales conventionnelles, matériellement constitutionnelles. Il s'agit des normes relatives aux droits et libertés fondamentaux des citoyens, au fondement

² *Projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale*, Commission juridique, Comité ad hoc pour la création d'une Cour constitutionnelle internationale, Tunis, 2013, p. 5-16 (version française), p. 63-126 (version trilingue).

démocratique du pouvoir politique et à l'organisation du pouvoir politique et juridictionnel. Il existe incontestablement une constitutionnalité internationale.

Partant, les motifs juridiques de la création d'une CCI seraient principalement les suivants :

- Une garantie du principe de légitimité démocratique. Ce principe trouve son fondement en droit international. Il se traduit par la pratique de l'assistance électorale qui peut aller jusqu'à la certification des résultats des élections ;
- Un complément à l'architecture institutionnelle internationale de contrôle du respect des droits de l'homme
- i) Comité des droits de l'homme des nations Unies
- ii) Cours régionales des droits de l'homme
- iii) Commissions régionales des droits de l'homme.

Les Nations Unies proclament, parmi leurs buts, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elles n'ont cessé de s'en préoccuper, développant, en un demi-siècle d'existence, un corpus considérable de textes protecteurs qui engagent tous les États qui les ont acceptés à les respecter. La protection des droits de l'homme va cependant de pair avec le développement du régime démocratique. La Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose dans son article 21 que :

1. Tout le monde a le droit de prendre part au gouvernement de son pays, soit directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
2. Chacun a le droit à l'égalité d'accès aux fonctions publiques de son pays.
3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu au suffrage universel et égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

Le contenu de cette disposition a été consacré par l'article 25 du Pacte sur les droits civils et politiques.

Soucieuses de l'application de ces textes, les Nations Unies ont mis en place des mécanismes et des institutions comme le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, ou le Comité des droits de l'homme. À l'échelle régionale des cours et commissions des droits de l'homme ont été également instituées ou sont en voie de l'être.

Toutefois, ces organismes et ces mécanismes n'ont pas toujours le pouvoir de prononcer des mesures à caractère judiciaire à l'encontre des États qui enfreignent leurs engagements. Il en résulte une situation d'impunité et de carence démocratique à laquelle le projet de Cour constitutionnelle internationale entend remédier. Ce projet se situe, par conséquent, dans le prolongement logique de l'action des Nations Unies dans ce domaine.

Ainsi, l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale permet de donner effet aux engagements internationaux relatifs à la démocratie, d'éviter ainsi le recours à la violence et d'épargner aux peuples des souffrances inutiles.

La Cour appliquerait les principes et règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques universels et régionaux et serait chargée d'une fonction d'évaluation et d'une fonction contentieuse :

Dans le cadre de sa fonction d'évaluation, la Cour émet des opinions sur les projets de textes et des avis sur les textes qui lui sont soumis et qui sont en rapport avec la démocratie et les libertés publiques. Elle peut être saisie d'une demande d'opinion ou d'une demande d'avis par les gouvernements, les organes pléniers des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales, les ONG, les partis politiques, les associations nationales et les organisations professionnelles.

Dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour statue sur les atteintes graves aux principes démocratiques et aux conditions démocratiques des élections sous réserve de l'épuisement des voies de recours internes. La Cour peut être saisie par, les individus avec soutien pétitionnaire, les partis politiques, les associations nationales et les organisations professionnelles, les organes pléniers des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales, les ONG accréditées par l'État dans le cadre d'un processus électoral. La Cour rend des décisions de conformité ou de non-conformité de l'acte ou des faits incriminés aux principes et règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques. L'État concerné est tenu de donner effet aux décisions de la Cour. Cette dernière peut aussi ouvrir une phase préliminaire de médiation

La Cour serait composée de 21 juges élus par l'Assemblée générale des Nations Unies sur une liste de personnes présentées par un Collège constitué des juges de la Cour Internationale de Justice, de ceux de la Cour pénale internationale, et des membres de la Commission du droit International.

En définitive le projet est de nature à permettre de réduire le fossé qui existe entre les promesses et les ambitions du droit d'un côté et l'inertie des mécanismes concrets de réalisation de ces promesses. Il réalise et met directement en œuvre le principe de bonne foi, qui se trouve à la source des engagements internationaux des États.

Ainsi, cette Cour serait tout d'abord un organisme de référence et de consultation au service des États. Elle pourrait les aider à mieux organiser leurs régimes politiques, en leur fournissant les conseils, avis et recommandations à caractère juridique. Par ailleurs, elle constituerait une véritable Cour, avec, en particulier, l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions à caractère juridictionnel. Elle serait ainsi appelée à examiner l'action et les décisions de l'État à caractère constitutionnel, notamment dans les grandes matières des libertés publiques d'un côté et des élections politiques nationales d'un autre côté. Elle serait habilitée à examiner des requêtes émanant des citoyens, dans les litiges relatifs à toute matière constitutionnelle touchant leurs intérêts en tant que tels, ainsi que des partis politiques et des associations. Cette Cour contribuerait ainsi à mieux éradiquer la tyrannie et à instaurer et institutionnaliser le régime démocratique dans le monde.

Chapitre I — La normativité constitutionnelle internationale

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale et parallèlement à la logique de la souveraineté étatique qui dominait jusque-là la totalité du droit international et lui donnait sa cohérence, s'est développée une seconde logique, celle du droit des peuples et des droits de l'homme. L'on considère généralement que ces droits ne peuvent s'affirmer que contre la souveraineté des États.

Jusqu'au milieu des années quatre-vingt, les droits de l'homme et les droits des peuples n'ont pu *s'affirmer contre* les droits des États que dans deux champs : l'autodétermination des peuples et l'aspiration à l'égalité des êtres humains. Il s'en est suivi un droit à la décolonisation et une condamnation de la discrimination raciale. Ce fait s'explique par l'état de la société internationale qui rendait possible la condamnation de la colonisation et des régimes de discrimination raciale. La condamnation de la colonisation était possible, d'abord, parce que les peuples avaient inscrit dans les faits leur droit à la liberté, ensuite, parce que la colonisation comme forme de domination était historiquement dépassée et enfin parce que les deux superpuissances d'alors n'avaient aucun intérêt à la maintenir, bien au contraire. La condamnation des régimes de discrimination raciale était également possible parce qu'elle faisait l'objet d'un accord quasi unanime des États.

Les droits de l'homme et les droits des peuples n'ont pas, pour autant, développé toutes leurs potentialités. L'affirmation des droits de l'homme et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes porte en elle la possibilité d'un droit à la démocratie à travers l'affirmation du droit des peuples au libre choix de leurs gouvernants et du droit de toute personne de participer à la chose publique.

Les normes en elles-mêmes ne sont donc pas nouvelles, ce qui est nouveau c'est la dialectique qui, depuis quelques années, existe dans leur rapport à la souveraineté des États. Jusque-là, ces droits ne pouvaient se développer qu'à l'ombre de la souveraineté des États et du principe de non intervention. Ils étaient reconnus par le droit international, mais ne trouvaient des garanties que dans le droit interne. Nous assistons aujourd'hui à une tentative d'internationalisation de la garantie de ces droits.

C'est dans ce contexte juridique et politique qu'il devient possible, ou au moins pensable de lancer l'idée d'une Cour constitutionnelle internationale chargée de garantir et le cas échéant de sanctionner les violations de la « normativité constitutionnelle internationale » relative à la démocratie, aux droits de l'homme et à l'État de droit.

Par *normativité constitutionnelle internationale* nous désignons des normes internationales matériellement constitutionnelles. On nomme constitutionnelles, en droit interne, les normes contenues dans une constitution. Il va de soi qu'il n'existe pas de constitution internationale et que, dans ce sens formel, il n'existe pas de normativité constitutionnelle internationale. Mais on désigne également par normativité constitutionnelle en droit interne des normes qui sont matériellement constitutionnelle. Il s'agit des normes qui ont trait aux droits et libertés des citoyens, au fondement du pouvoir politique, et de celles qui sont relatives à l'organisation du pouvoir politique et juridictionnel. En ce second sens, il existe incontestablement une constitutionnalité

internationale et nous nous limiterons dans ce qui suit à des normes conventionnelles ou de *soft law* à portée universelle.

1. *Concernant les droits et libertés*, il est inutile de rappeler ici les normes relatives aux droits humains contenues dans des instruments contraignants, qu'il s'agisse de conventions générales universelles, de conventions protégeant de droits spécifiques ou de conventions protégeant des catégories spécifiques.

2. *Concernant le fondement du pouvoir*, on doit citer en premier lieu l'article 21 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui dispose :

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

Il convient également de citer :

— L'article premier commun aux deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme qui dispose dans son alinéa premier :

Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

— L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose :

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

a) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;

b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;

c) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

— L'Article 2(1) auquel l'article 25 ci-dessus cité se réfère prévoit ce qui suit :

Les États 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'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui stipule que :

Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : ...

c) Droits politiques, notamment droit de participer aux élections - de voter et d'être candidat - selon le système du suffrage universel et égal, droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques.

— Ainsi que l'article 7 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes :

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la vie politique et publique du pays et, en particulier, leur assurent, dans des conditions d'égalité avec les hommes, le droit :

- a) De voter à toutes les élections et dans tous les référendums publics et être éligibles à tous les organismes publiquement élus ;
- b) De prendre part à l'élaboration de la politique de l'État et à son exécution, occuper des emplois publics et exercer toutes les fonctions publiques à tous les échelons du gouvernement;
- c) De participer aux organisations et associations non gouvernementales s'occupant de la vie publique et politique du pays.

De même, il faudra signaler de façon particulière la Charte Africaine de la Démocratie, des Élections et de la Gouvernance, adoptée à Addis Abeba en 2007, et signée par la Tunisie lors du XX^e sommet de l'Union Africaine, le 27 janvier 2013, laquelle se réfère principalement au préambule et à l'article 4 de l'Acte Constitutif de l'Union Africaine.

Ces normes, contraignantes, signifient que le droit international reconnaît un droit à la démocratie et à des élections honnêtes et périodiques. Sur ces deux questions la production normative de l'Assemblée générale des Nations unies ainsi que diverses conférences internationales ont confirmé et conforté les normes conventionnelles citées précédemment.

Sur le concept même de démocratie. La démocratie, en tant que concept désignant un mode d'organisation politique reposant sur des valeurs généralement partagées par la plupart des nations, a connu une percée remarquable en droit international à partir du début des années 1990. L'effondrement des régimes communistes et l'aspiration des populations en Europe de l'Est n'y sont sans doute pas étrangers. Divers instruments internationaux non contraignants se sont faits l'écho de ces mutations politiques qui ont eu des conséquences significatives dans l'ordre international. Il y a lieu de citer à cet égard l'Acte final de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme de juin 1993, la Déclaration du Millénaire adoptée par la résolution 55/2 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2000, la résolution 60/1 du 24 octobre 2005

de l’Assemblée générale adoptant le Document final du Sommet mondial de 2005, les Conférences internationales des démocraties nouvelles ou rétablies ainsi que la série de résolutions de l’Assemblée générale intitulées AG/ONU, « *Appui du système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies* ».

Sur le concept d’État de droit. Le concept d’État de droit est apparu au plan international au même moment que celui de démocratie. Nous devons citer, encore une fois, le *Document final du Sommet mondial de 2005* ainsi que deux séries de résolutions de l’Assemblée générale des Nations unies, la première intitulée Renforcement de l’État de droit et la seconde intitulée L’état de droit aux niveaux national et international.

Concernant le principe d’élections périodiques et honnêtes nous devons relever que pendant de nombreuses années deux séries de résolutions ont été adoptées parallèlement, intitulées respectivement « Renforcement de l’efficacité du principe d’élections périodiques et honnêtes » et « Respect des principes de la souveraineté nationale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États en ce qui concerne les processus électoraux ». Ces deux séries de résolutions se limitent réciproquement, mais on note que depuis 2007, l’Assemblée générale se limite à la première série de résolutions ce qui à l’évidence renforce l’efficacité du principe d’élections périodiques et honnêtes.

L’émergence d’un principe de légitimité démocratique. Ce principe s’est formé progressivement, d’une part, à travers l’assistance électorale et le contrôle international des élections tendant à garantir des élections libres, honnêtes et transparentes, d’autre part, par la condamnation de la conquête anticonstitutionnelle du pouvoir comme en témoigne la position de l’Assemblée générale et du Conseil de sécurité face aux coups d’État contre des gouvernements issus d’élections démocratiques. Certes, à ce niveau les textes contraignants des organisations régionales sont plus explicites, mais même au plan universel, nous constatons un rejet des coups d’État qui a fait dire au Secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan, que « *l’opinion selon laquelle les coups d’État dirigés par des juntas militaires contre des gouvernements démocratiquement élus sont inacceptables est devenue la norme* »³. Sont particulièrement illustratives à cet égard, les résolutions de l’Assemblée générale et du Conseil de sécurité consécutives aux coups d’État en Haïti, au Burundi (Assemblée générale) et en Haïti et au Sierra Leone (Conseil de sécurité).

Chapitre II — Les sanctions juridictionnelles

La spécificité de la règle juridique par rapport aux autres normes scientifiques, morales ou sociales réside dans un élément essentiel qui la caractérise, à savoir l’aspect contraignant. Or, pour être contraignante, la règle juridique doit être assortie d’une sanction qu’une juridiction pour appliquer à ceux qui ne s’y conforment pas.

Les principes de la *lex constitutionis* ont, certes, pu s’affirmer comme des principes à valeur juridique, mais leur efficacité demeure amputée tant que la Cour Constitu-

³ *Rapport du Secrétaire général sur l’activité de l’Organisation*, Assemblée générale, 52^e session, Supplément n° 1 (A/52/1), § 37.

tionnelle Internationale n'est pas mise en place, avec un pouvoir de « sanction » *lato sensu*. Il s'agit en fait de constater la contrariété d'un texte, d'un projet de texte ou d'une pratique aux principes comme étant ceux du droit constitutionnel international.

Ainsi, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que :

2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.
3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à:
 - a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
 - b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;
 - c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

Jusqu'à ce jour aucune sanction juridictionnelle de la violation de la normativité constitutionnelle internationale n'a été instituée.

Des sanctions existent bien à l'échelle régionale, mais elles ont une nature politique (suspension ou exclusion de l'organisation) et, elles sont limitées aux coups d'États. En vertu des dispositions des articles 2 et 7 du Traité sur l'Union Européenne, l'UE fait exception puisque d'une part elle étend la sanction à la violation des principes démocratique de manière générale et, d'autre part, elle insère dans les accords d'association qu'elle conclut avec des pays tiers des clauses démocratiques dont la violation ouvre droit à la suspension de l'accord.

À l'échelle universelle, il n'existe qu'un contrôle quasi juridictionnel des conventions relatives aux droits humains quand celles-ci prévoient l'institution d'un mécanisme pour la protection et la promotion des droits de l'homme. Seuls quatre de ces comités (le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes) sont compétents, selon certaines conditions, pour recevoir des pétitions de personnes qui prétendent que les droits énoncés dans les traités ont été violés par un État partie.

C'est à ce niveau que se situe le défi de l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale, puisqu'elle serait en avance sur les expériences d'intégration les plus poussées.

Sans traiter ici de la constitution de la Cour elle-même, de sa composition, de sa saisine, de ses compétences et de ses règles de preuve et de procédure etc., nous pouvons avancer l'idée que le plus simple et le plus réaliste, pour ne pas dire le moins utopiste serait de reconnaître à la future cour le droit d'engager la responsabilité de l'État responsable de la violation de la normativité constitutionnelle internationale (responsabilité pour acte illicite) et d'exiger qu'il annule l'acte illicite et/ou qu'il répare les dommages causés par cet acte. Il est évidemment hors de propos que la Cour annule elle-même ces actes et il me semble réellement utopique d'envisager, dans l'état actuel des choses, des sanctions pénales.

Dans son avis relatif à l'affaire de l'échange des populations grecques et turques, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu comme un « principe allant de soi » qu'un État « qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »⁴.

Dans son arrêt relatif à Certains intérêts allemands en Haute Silésie Polonaise, la Cour permanente de Justice internationale a rappelé qu'elle « n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la convention de Genève lui impose envers l'Allemagne ».

Dans la Sentence Arbitrale du 10-8-1937, *Allemagne c. Lituanie*, le tribunal a considéré qu'« en vertu des principes de droit international, un État doit remplir ses obligations internationales *bona fide*. Et en vertu de ce principe, la Lituanie est tenue de casser une décision rendue par un de ses organes, si cette décision est contraire aux dispositions d'un accord international »⁵.

Dans son arrêt relatif à l'application de la convention du 1902 pour régler la tutelle des mineurs, la CIJ a considéré qu'elle « se trouve en présence d'une mesure prise en application de la loi suédoise du 6 juin 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse. Il lui faut considérer cette mesure selon ce que la loi suédoise a entendu instituer, la comparer à la tutelle que la Convention de 1902 a réglée et déterminer si l'application et le maintien de la dite mesure à une mineure dont la tutelle relève de cette Convention comporte un manquement à celle-ci »⁶.

Chapitre III — Composition, missions et droit applicable

Une fois l'idée de créer une Cour Constitutionnelle Internationale admise quant à son principe, il échoit d'en délimiter les contours techniques, notamment en ce qui concerne sa composition, sa mission et le corpus de règles qu'elle serait amenée à mettre en œuvre.

4 Série B, n° 10, p. 20.

5 Recueil des Sentences Arbitrales., t. III, p. 1751.

6 C.I.J. Recueil 1958, p. 65.

1 — Composition de la Cour

La CCI est composée de 21 juges désignés selon la procédure suivante :

- Chaque État membre des Nations unies propose un candidat ;
- Un Collège constitué des juges de la CIJ, de la CPI et des membres de la CDI sélectionne 42 candidats sur la base de leur intégrité, de leur compétence et de leur expérience compte tenu d'une représentation équitable des principaux systèmes juridiques ;
- Les 21 membres de la Cour sont élus par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la liste des personnes présentées par le Collège.

2 — Missions de la Cour

La Cour est chargée d'une fonction d'évaluation et d'une fonction contentieuse.

a) Fonction d'évaluation

La Cour émet des opinions sur les projets de textes et des avis sur les textes qui lui sont soumis qui sont en rapport avec la démocratie et les libertés publiques. Les avis et opinions sont motivés.

La Cour peut être saisie d'une demande d'opinion ou d'une demande d'avis par :

- les gouvernements ;
- les organes pléniers des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales ;
- les ONG ayant un statut officiel, consultatif ou autre, auprès des organisations internationales mentionnées ;
- les partis politiques, les associations nationales et les organisations professionnelles.

La Cour statue sur la recevabilité des demandes d'opinion et d'avis (qualité pour agir, intérêt pour agir et sérieux de la demande).

La Cour rend son opinion ou son avis dans un délai de 6 mois à partir de la décision de recevabilité de la demande. La procédure devant la Cour est écrite. La Cour peut décider d'un appel à témoins ou de l'ouverture d'une enquête.

Les opinions et avis consistent en une déclaration de conformité ou de non-conformité de tout ou partie du texte ou du projet de texte aux principes et règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques. La Cour dispose d'un pouvoir de proposition de réformation du texte ou du projet de texte qui lui est soumis.

b) Fonction contentieuse

La Cour statue sur les atteintes graves aux principes démocratiques et aux conditions démocratiques des élections sous réserve de l'épuisement des voies de recours internes. Ces atteintes graves peuvent consister en des faits et/ou en des actes juridiques.

La Cour peut être saisie par :

- les individus avec soutien pétitionnaire ;
- les partis politiques, les associations nationales et les organisations professionnelles ;
- les organes pléniers des organisations internationales universelles, régionales ou sous régionales ;
- les ONG accréditées par l'État dans le cadre d'un processus électoral.

La Cour peut ouvrir une phase préliminaire de médiation.

La Cour rend des décisions de conformité ou de non-conformité de l'acte ou des faits incriminés aux principes et règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques. L'État concerné est tenu de donner effet aux décisions de la Cour.

3 — *Droit applicable*

La Cour applique les principes et règles relatifs à la démocratie et aux libertés publiques universelles et régionales et notamment les dispositions pertinentes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du traité sur l'Union européenne, de la convention européenne des droits de l'homme, de la Charte de l'Organisation des États Américains, de la Convention américaine des droits de l'homme, de la Charte démocratique interaméricaine, de l'Acte constitutif de l'Union africaine et des « principes de Harare » dont il a été convenu à la Réunion des chefs de gouvernement des pays du Commonwealth le 20 octobre 1991.

Annexes

I — *Textes doctrinaux et discours*

Extrait du livre *Le mal arabe entre dictatures et intégrismes : la démocratie interdite*, Éditions L'Harmattan, Paris 2004, Par Moncef Marzouki (Président de la République Tunisienne, 2011-2014).

Extraits du discours du Président de la République, Moncef Marzouki, lors de la 67^e Session de l'Assemblée Générale des Nations Unies, New York, le 27 septembre 2012.

Extraits du discours du Président de la République, Moncef Marzouki, lors du 20^e Sommet de l'Union Africaine, Addis Abeba le 28 janvier 2013.

Extrait du discours du Président de la République, Moncef Marzouki, devant le Parlement Européen, Strasbourg, le 6 février 2013.

Conclusion du Cours de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Session 2006, par Pr. Yadh Ben Achour.

II — Instruments juridiques internationaux

Projet de résolution soumis à l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies à propos de la création d’une Cour constitutionnelle internationale.

Point proposé par la République Tunisienne lors du XX^e Sommet de l’Union Africaine, 27 janvier 2013.

Décision du XX^e sommet de l’Union Africaine (Addis Abeba, 28 février 2013) sur la Création d’une Cour Constitutionnelle Internationale (Doc. Assembly/AU/12 (XX) add. 1).

Extraits de l’Acte Constitutif de l’Union Africaine.

Charte Africaine de la Démocratie, des Élections, et de la Gouvernance.

Textes officiels de base.

GENERAL PRESENTAION OF THE PROJECT FOR THE ESTABLISHMENT OF AN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT⁷

Since the United Nations' inception, the movement towards democracy has continued to develop and proliferate throughout the world. It has become one of the fundamental vectors of globalization. The Tunisian Revolution is an important step towards the creation of this "global democracy." It is a reminder of the inevitability of the democratic humanism and its superiority over all political doctrines based on the enslavement of man or the negation of his natural or political rights.

The establishment of an International Constitutional Court is one of the key ideas of this democratic revolution. Tunisia had launched the idea of this Court since 1999. This proposal, issued during the rule of the dictatorship, was taken up after the Revolution by the President of the Republic aiming at diffusing it and enshrining it worldwide.

The idea of setting up an International Constitutional Court stemmed from two important reasons:

—The first is that democratic legitimacy is now a positive law principle, well-established and enshrined in numerous international instruments, whether universally or regionally. Now, principles and rules relating to democracy, to the rule of law and to periodic, competitive and genuine elections count among the obligations of all the States. The latter must fulfil them in good faith and give them full effect in their domestic legislation.

—The second reason is that many peoples are still living under dictatorships which are sometimes bloody, or under authoritarian regimes which, at the very least, have little respect for human rights and democracy guarantees. Even in regimes regarded as democratic, it is not unusual to see governments engage in breaches of their commitments in this regard. Some countries' disregard and infringement of their democratic commitments often results in serious political and social upheavals and particularly leads to violence.

In this regard, emphasis should be laid upon the internationalization of Constitutional Law, in other words upon the principles of constitutional domestic laws common to nearly all the nations. Today, a specific normativity, consisting of general principals of the International Law or of conventional international norms which are materially constitutional, does exist. They are norms relative to the fundamental rights and freedoms of the citizens, to the democratic basics of political power and to the organisation of the political and jurisdictional power. An international constitutionality definitely exists.

⁷ *Project for the establishment of an International Constitutional Court, Ad hoc committee for the creation of an International Constitutional Court, Tunis, 2013, p. 5-17; infra, p. 293-301.*

Accordingly, the legal reasons for the creation of an ICCo would be

- a guarantee of the principle of democratic legitimacy. This principle has its foundation in international law. It is translated by the practice of the electoral assistance which can go so far as to grant the certification of the election results.
- a compliment to the architecture of the international institution entrusted to exercise control over the respect for Human Rights.

The United Nations proclaim, among their goals, the respect for Human Rights and fundamental freedoms. They were so preoccupied with it that after half-century of their existence, they came to develop a considerable corpus of protective texts that bind all the States which have accepted to abide by them. The protection of human rights goes hand in hand with the development of democracy. The Universal Declaration of Human Rights in Article 21 stipulates:

1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.
2. Everyone has the right of equal access to public service in his country.
3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

The content of this provision was enshrined in Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Concerned about the application of these texts, the United Nations set up mechanisms and institutions such as the Council of Human Rights or the United Nations Committee on Human Rights. At the regional level, Human Rights Courts and Commissions have also been or are in the process established.

However, these organizations and mechanisms do not always have the power to impose measures of a judicial nature against States that do not abide with their commitments. This results in a situation of impunity and lack of democracy that the International Constitutional Court project intends to remedy. This project is, therefore, a logical extension of the United Nations action in this field.

Therefore, the establishment of an International Constitutional Court can give effect to international commitments concerning democracy thus avoiding the resort to violence and saving people from unnecessary suffering.

The Court would apply the principles and rules relative to democracy and to universal and regional public freedoms and would be responsible for evaluation and jurisdiction.

In term of its evaluation function, the Court gives its opinions and advisory opinions on draft texts and its opinions on texts submitted to it and which are relevant to democracy and public freedoms. It can be requested for an opinion or an advisory opinion by governments, by plenary bodies of universal, regional or sub-regional international organizations, by NGOs, by political parties, national associations and professional organizations.

And in terms of its jurisdictional function, the Court rules on the serious violations of the democratic principles and the democratic conditions of the elections subject to the exhaustion of domestic remedies. Actions can be brought before the Court by individuals with support petition, by political parties, national associations and professional organizations, by plenary bodies of universal, regional or sub-regional international organizations, by NGOs accredited by the State in the context of an electoral process. The Court issues decisions of conformity or non-conformity with the act or the facts charged of infringing principles and rules relating to democracy and public freedoms. The State concerned shall give effect to the decisions of the Court. The latter can also launch a preliminary mediation stage.

The Court would be composed of 21 judges elected by the General Assembly of the United Nations on a list of persons nominated by a Board composed of the judges of the International Court of Justice, those of the International Criminal Court, and the members of the International Law Commission.

Ultimately, the project is likely to reduce the gap between the promises and the ambitions of the law on one side and the inertia of the concrete mechanisms used for the realization of these promises on the other. It realizes and directly implements the principle of good faith which is at the root of the States' internal obligations.

Thus, this Court is primarily a referral and advisory organism that serves the States. It could help them to better organize their political regimes by providing them with advisory opinions, opinions and recommendations of a legal nature. Moreover, it would be a real court with, in particular, the authority of *res judicata* with respect to decisions of a jurisdictional nature. It would be called upon to examine the constitutional actions and decisions of the State, especially in large matters of public freedoms on one side and the national political elections on the other. It would be entitled to examine petitions submitted to it by citizens in litigations relating to any matter affecting their Constitutional interests as such, as well as by political parties and associations. This Court thus contributes to better eradicate tyranny and to establish and institutionalize democracy in the world.

Chapter I — The international constitutional normativity

Since the end of World War II and along with the logic of state sovereignty which hitherto dominated the entirety of international law and gave it coherence, a second logic has developed; it is that of the Peoples' Rights and the Human Rights. It is usually believed that these rights can only be asserted against States' sovereignty.

Until the mid-eighties, Human Rights and Peoples' Rights have been able to contend with the rights of States in only two fields: the right to self-determination of peoples and the aspiration to equality between human beings, which brought about a right to decolonization and condemnation of racial discrimination. This fact is explained by the state of international society which made it possible to condemn colonization and regimes of racial discrimination. The condemnation of colonization was made possible, first, because the peoples made of their right to freedom a reality, then because

colonization as a form of domination was historically outdated and finally, because the two superpowers had no interest in maintaining it; in fact the contrary was true. The condemnation of regimes for racial discrimination was also possible because it was the subject of almost unanimous agreement of States.

Human Rights and Peoples' Rights did not, however, develop their full potential. The assertion of Human Rights and Peoples' Right to self-determination carries with it the possibility of a right to democracy through the assertion of the right of peoples to choose their rulers and the right to participate in public affairs.

The standards as such are not new, what is new is the dialectic which has tied them to state sovereignty in recent years. These rights could hitherto grow only in the shadow of the States' sovereignty and the principle of non-intervention. These rights were recognized by International Law, but could be guaranteed only by domestic law. We are now witnessing an attempt to globalize the guarantee of these rights.

It is within this legal and political context that it becomes possible, or at least thinkable to launch the idea of a Constitutional Court responsible for guaranteeing or, where appropriate, sanctioning violations of international constitutional normativity relative to democracy, to human rights and to the Rule of law.

We mean by *international constitutional normativity*, the international norms materially constitutional. In domestic law, the standards contained in the constitution are referred to as being constitutional. It goes without saying that there is no international constitution and that in this formal sense, there is no international constitutional normativity. However, constitutional normativity in domestic law also refers to norms which are materially constitutional. These are norms related to rights and freedoms of the citizens and to the basis of political power and those related to the organization of political and judicial power. In this second sense, there is undoubtedly an international constitutionality and we will limit the following analysis to conventional standards or *soft law* with a universal scope.

1. *Concerning the rights and freedoms*, there is no need to recall here the human rights norms contained in mandatory instruments whether the universal general conventions, the conventions protecting specific rights or the conventions protecting specific categories.

2. *Concerning the basis of power*, we must first quote Article 21 of the Universal Declaration of Human Rights which reads:

1. Everyone has the right to take part in the government directly or through freely chosen representatives.
2. Everyone has the right of equal access to public service in his country.
3. The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

We must also state:

—Article 1, common to the two International Covenants on Human Rights, which reads:

All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

—Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights which provides in its first paragraph:

Every citizen shall have the right and the opportunity without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

- (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
- (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;
- (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.

—Article 2(1), to which Article 25 stated above refers, provides that:

Each State Party to the Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

—Article 5 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination stipulates:

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights: ...

(c) Political rights, in particular the right to participate in elections—to vote and to stand for election—on the basis of universal and equal suffrage, to take part in the Government as well as in the conduct of public affairs at any level and to have equal access to public service.

—Moreover, Article 7 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women provides that:

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right:

- (a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies;
- (b) To participate in the formulation of government policy and the implemen-

tation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government;

(c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country.

Furthermore, we must particularly state the African Charter on Democracy, Elections and Governance adopted in Addis Ababa in 2007 and signed by Tunisia during the XXth Summit of the African Union held on January 2nd 2013 and which mainly refers to the preamble and to Article 4 of the African Union Constitutive Act.

These mandatory rules mean that the International Law recognizes the right to democracy and to periodic and genuine elections. With regard to these two issues, the normative production of the General Assembly of the United Nations as well as that of the various international conferences asserted and strengthened the conventional standards mentioned above.

On the very concept of democracy. Democracy, as a concept standing for a mode of political organization based on values generally shared by most Nations, has known a remarkable breakthrough in terms of international law since the nineties. The collapse of the communist regimes in East Europe and the aspiration of the populations there are undoubtedly parts of it. Multiple international *soft laws* instruments echo those political mutations which had drastic effects on the international order. We must mention in this regard the *Final Act of the Vienna World Conference on Human Rights* in June 1993, the *Millennium Declaration* adopted by General Assembly resolution 55/2 dated September 8th, 2000, the General Assembly resolution 60/1 of October 24th, 2005 adopting the *Outcome of the 2005 World Summit and the international Conferences* of new or Restored Democracies and the series of resolutions titled AG ; UN, “Support by the United Nations system of the efforts of Governments to promote and consolidate new or restored democracies.”

On the concept of rule of law. The concept of the rule of law emerged on the international scene at the same time as democracy. We must quote once again the Outcome of the 2005 World Summit as well as two series of resolutions at the UN General Assembly, the first one entitled *Enhancing the Rule of Law* and the second entitled *the Rule of law on) national and international scale.*

Concerning the principle of periodic and genuine elections. We must note that two series of resolutions have been concomitantly adopted for years; they are entitled respectively: “Strengthening the effectiveness of the of periodic and genuine elections” and “Respect for the principles of national sovereignty and of non-interference in internal affairs of states as far as their electoral processes are concerned.” The two series of resolutions neutralize each other, but we note that since 2007, the General Assembly has confined itself to the first series of resolutions, which clearly enhances the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections.

The emergence of the principle of democratic legitimacy. This principle has progressively been formed, on the one hand through the electoral assistance and the international control over the elections that move towards guaranteeing free, honest and

transparent elections, and on the other hand, through the condemnation of the anti-constitutional takeover of power as amply illustrated by the stance of General Assembly and the Security Council on coups d'état against governments elected democratically. No doubt, the mandatory instruments of regional organizations are more explicit at this level, but the rejection of such coups d'état could be noted even universally, which made the UN Secretary General Kofi Annan declare: "the view that coups d'état led by military juntas against democratically elected governments are unacceptable, has become the norm."⁸ In this regard, the General Assembly resolutions (following the coups d'état in Haiti and Burundi) and the Security Council resolutions (following the coup d'état in Sierra Leone) are particularly illustrative.

Chapter II – Court sanctions

The specificity of the legal rule, compared to other scientific, moral or social norms, lies in its main characteristic which is its mandatory nature. Yet, in order to be binding, the legal rule should be accompanied by a sanction that a legal jurisdiction has power to enforce against those who infringe it.

Lex constitutionis principles certainly asserted themselves as legal-value principles, but they remain crippled as long as the International Constitutional Court with power to sanction *lato sensu* is not implemented. Its role would be to record any non-conformity of a text, of a draft text or a practice with the principles identified as principles of the international constitutional law.

Thus, Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights in its second and third paragraphs provides:

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give to the rights recognized in the present Covenant.
3. Each State to the present Covenant must commit itself
 - (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;
 - (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his thereto determined by judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided/or the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;
 - (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

No legal sanctions against the infringement of international constitutional normativity have been enforced so far.

⁸ *Report of the Secretary General on the work of the Organisation*, General Assembly, 52nd session, Supplement n° 1 (A/52/1), § 37.

Sanctions do exist at regional level, but they have a political feature (suspension or exclusion from the organization) and they are limited to coups. Under the provisions of articles 2 and 7 of the European Union treaty, the EU makes an exception since on the one hand it expands the sanctions so far as to cover the sanctions against the violation of the democratic principles in general and, on the other hand, it inserts in the association agreements it signed with third countries some democratic clauses the violation of which may result in the suspension of the agreement.

On an international scale, only one quasi-jurisdictional control exists. It's the one made by the Human Rights Conventions when they provided for the establishment of a mechanism to protect and promote Human Rights. Only four of these committees (the Committee of Human Rights, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the Committee against Torture, and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women) have the jurisdiction, under certain conditions, to receive petitions from individuals who claim that the rights enshrined in the treaties have been violated by a State party.

This is where establishing an international constitutional court will face a challenge, since it will be ahead of most advanced integration experiences.

Without tackling here the constitution of the court itself, its composition, its referral, its fields of competence and its rules of evidence and procedure, etc., the simplest and the most realistic, for not saying the least utopian idea we can advance would be to recognize for the future Court the right to engage the State liability for the violation of the international constitutional normativity (liability for wrongful acts) and to require it to nullify the illegal act and / or indemnify for the damage caused by this act. It is obviously irrelevant that the Court nullifies those acts by itself and it seems actually utopian to envisage criminal penalties in the present circumstances.

In its advisory opinion on the matter of the exchange of the Greek and Turkish populations, the Permanent Court of International Justice considered as an “evident principle” the fact that “The High Contracting Parties undertake to introduce in their respective laws such modifications as may be necessary with a view to ensuring the execution of the present Convention.”⁹

In its decision in the case of certain German interests in Polish Upper Silesia, the P.C.I.J. pointed that it is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but nothing could oppose its pronouncement on the question of whether Poland, if the aforementioned law be enforced, is acting in conformity with its obligations towards Germany, imposed on her by Geneva Convention.

In the Arbitral Award of 10-08-1937, *Germany v. Lithuania*, the Court considered that in pursuance of International Law principles, a State must meet its international obligations *bona fide*. And in pursuance of the very principle, Lithuania must quash the decision rendered by one of its bodies if this decision does not comply with the dispositions of an International Convention¹⁰.

9 *Series B*, N° 10, p. 20

10 *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, p. 1751.

In its decision relative to the application of the 1902 Convention governing the custody of infants, the ICJ is in presence of a measure taken in pursuance with the Swedish Law of 06-06-1924 on Infancy and Youth Protection. It must view this measure according to what the Swedish law intends to impose, compare it with the Guardianship that 1902 Convention regulated, and determine whether the application and the maintenance of the aforementioned measure against an infant whose guardianship is within the scope of the Convention comprises the infringement of such a convention.¹¹

Chapter III — Composition, missions and applicable law

Once the idea of setting up an International Constitutional Court approved with regard to its principles, time will be convenient for the technical demarcation of its outlines, especially those concerning its composition, its missions and the corpus of rules it will need to implement.

1. Composition of the court

The ICCo would be composed of 21 judges appointed by the following procedure:

- Each UN member State nominates a candidate;
- A College composed of judges of the ICJ, the International Criminal Court (ICCo) and members of the IFA selects 42 candidates based on their integrity, competence and experience taking into account a fair representation of the main legal systems;
- The 21 members of the Court are elected by the General Assembly of the United Nations on the list of persons nominated by the College.

2. Missions of the Court

The Court is entrusted with an evaluation function and a contentious function.

1. Evaluation function

- a. The Court issues advisory opinions on draft texts and opinions on the texts submitted to it that are related to democracy and civil liberties. The views and opinions should be reasoned.
- b. The Court may receive a request for an opinion or a request for an advisory opinion by:

- Governments;
- Plenary bodies of universal international organizations, regional and sub-regional organizations;
- NGOs with an official status, as advisory or other capacity to the above mentioned international organizations;
- Political parties, national associations and professional organizations.

11

I.C.J. Reports 1958, p. 65.

c. The Court shall rule on the admissibility of requests for opinion and view (standing to act, interest to act and seriousness of the request).

d. The Court shall issue its opinion or view within six months from the decision on admissibility of the application. The proceedings before the Court shall be in writing. The Court may decide to appeal for witnesses or open an investigation.

The opinions and advisory opinions consist of a declaration of conformity or non-conformity of all or part of the text or the draft with the principles and rules relating to democracy and civil liberties. The Court has power to make proposals for reform of the text or the draft text submitted.

3. Contentious function

a. The Court rules on serious violations to democratic principles and democratic conditions for elections subject to the exhaustion of domestic recourses. These serious violations may consist in serious facts and / or legal acts.

b. The Court may receive applications from:

- Individuals with petitioner support;
- Political parties, national associations and professional organizations;
- Plenary bodies of universal international organizations, regional and sub-regional organizations;
- NGOs accredited by the State as part of an electoral process.

c. The Court may open a preliminary phase of mediation.

d. The Court renders decisions of conformity or non-conformity of the acts or facts concerned with the principles and rules relating to and civil liberties. The State concerned shall give effect to the decisions of the Court.

3 — Applicable law

The Court applies the principles and rules relating to democracy and universal and regional civil liberties, including the relevant provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political the Treaty on European Union, the European Convention on Human the Charter of the Organization of American States, the American Convention on Human Rights, the Inter-American Democratic Charter, the Constitutive Act of the African Union and the “Harare Principles” which were agreed at the Meeting of Heads of Government of Commonwealth countries on 20th October 1991.

APPENDICES

1. Doctrinal texts and speeches

Excerpt from the book: “The Arab pain: between dictatorships and fundamentalism: Democracy forbidden”. Éditions L’Hamattan, Paris, 2004, by Mohamed Moncef Marsouki (President of the Republic of Tunisia, 2011-2014).

Excerpts from the speech delivered by the President of the Republic of Tunisia at the 67th Session of the United Nations General Assembly held in New York on 7 September 2012.

Excerpts from the speech delivered by the President of the Republic of Tunisia at the 20th African Union Summit held in Addis Ababa on 28 January 2013.

Excerpts from the speech delivered by the President of the Republic of Tunisia before the European Parliament in Strasbourg on 6 February 2013.

The conclusion of the Course of International Constitutional Law Academy, 2006, by Prof. Ben Achour Yadh.

2. International Legal Instruments

Draft resolution on the implementation of an International Constitutional Court, submitted to the General Assembly of the UN.

A Proposal made by Tunisia at the XXth AU Summit on 27 January 2013 for implementing an I.C.C.

The Resolution of the XXth conference of AU States on the creation of an ICC (Addis Ababa on 28 January 2013) (Doc. Assembly/AU/12(XX) add. 1).

Excerpts from the Constitutive Act of the African Union / African Charter on Democracy, Elections and Governance / Lists & Extracts: Official reference texts.

تقديم عام حول مشروع إحداث المحكمة الدستورية الدولية

منذ أن تأسست منظمة الأمم المتحدة لم يتوقف الحراك الديمقراطي عن النتطور والتوسيع في كل أرجاء المعمورة. وقد أصبح أحد الروافد الأساسية للعولمة. وتمثل الثورة التونسية مرحلة مهمة في بناء هذه "الديمقراطية العالمية". فقد جاءت لتنكرنا بحتمية الأنسنة الديمقراطية وتفوقها على جميع النظريات السياسية القائمة على استبعاد الإنسان وحرمانه من حقوقه الطبيعية والسياسية.

وبعد محكمة دستورية دولية هي إحدى الأفكار الرئيسية لهذه الثورة الديمقراطية. وقد أطلقت تونس هذه الفكرة منذ سنة 1999. وهذا المقترن الذي قدم في عهد الدكتاتورية قد أعيد تناوله بعد الثورة من قبل رئيس الجمهورية والغاية من ذلك التعريف به وتكريسه دوليا.

وقد انطلقت فكرة إنشاء محكمة دستورية دولية من ملاحظتين هامتين :

- الأولى هي أن الشرعية الديمقراطية أصبحت الآن مبدأ ثابتاً وراسخاً في القانون الوضعي بفضل العديد من الصكوك الدولية، سواء كان ذلك على الصعيد العالمي أو الصعيد الإقليمي. وثمة مبادئ وقواعد تتعلق بالديمقراطية وبدولة القانون وبالانتخابات الدورية التنافسية والشفافية قد أصبحت اليوم من الالتزامات المحمولة على كل الدول، فيتوجب عليها الوفاء بالتزاماتها بحسن نية وتفعيل هذه الواجبات تفعيلاً كاملاً في تشريعاتها الوطنية.

- أما الملاحظة الثانية فتتمثل في أن شعوباً كثيرة ما زالت ترثح تحت أنظمة دكتاتورية دموية أحياناً أو مسلطة في أهون الأحوال، لا تحترم حقوق الإنسان والضمادات الديمقراطية. وحتى في الأنظمة المحسوبة على الديمقراطية ترتكب الحكومات في كثير من الأحيان خروقات عندما يتعلق الأمر بالتزاماتها في هذا المضمار. فتجاهل بعض الحكومات لهذه الالتزامات الديمقراطية وخرقها لها غالباً ما يتسبب في اضطرابات سياسية واجتماعية خطيرة وفي اللجوء إلى العنف.



الإنسان. أمّا على الصعيد الإقليمي فتوجد محاكم ومجالس لحقوق الإنسان تم إنشاؤها أو هي في طور التأسيس.

غير أن هذه الأجهزة وهذه الآليات لا تملك دائماً السلطة لفرض إجراءات ذات طابع قضائي ضد دول تقوم بخرق التزاماتها. وقد تسبب ذلك في حالة إفلات من العقاب وغياب الديمقراطية، وهذا ما يسعى مشروع المحكمة الدستورية الدولية إلى تداركه. فيمكن وبالتالي إدراج هذا المشروع في إطار الامتداد المنطقي لعمل منظمة الأمم المتحدة في هذا المجال.

وهكذا يمكن تركيز محكمة دستورية دولية من تعديل الالتزامات الدولية الخاصة بالديمقراطية وبالتالي تجنب اللجوء إلى العنف وتجنب الشعوب آلاماً لا لزوم لها.

وسيتمثل دور المحكمة في تطبيق المبادئ والقواعد الخاصة بالديمقراطية وبالحريات العامة الكونية والإقليمية وستُكلّف بوظيفتي التقييم والبت في النزاعات.

وفي إطار وظيفة التقييم، تعطي المحكمة آراء موضوعية حول مشاريع النصوص وآراء استشارية حول النصوص التي تحال إليها والتي لها اتصال بالديمقراطية والحربيات العامة. كما يمكن أن تتعهد بطلب في إبداء رأيها أو تقديم رأيها الاستشاري من الحكومات أو الهيئات العامة للمنظمات الدولية الكونية والإقليمية أو تحت الإقليمية وكذلك من المنظمات غير الحكومية والأحزاب والجمعيات الوطنية والمنظمات المهنية.

أما في إطار وظيفتها القضائية فهي تُثبت في قضايا الانتهاكات الخطيرة لمبادئ الديمقراطية وللظروف الديمقراطية للانتخابات بعد استنفاد طرق الطعن الداخلية. كما يمكن أن يتظلم لديها أفراد مدعومون بعربيضة موقعة من عدة أشخاص وكذلك الأحزاب السياسية والجمعيات الوطنية والمنظمات المهنية والهيئات العامة للمنظمات الدولية والإقليمية أو شبه الإقليمية والمنظمات غير الحكومية المعتمدة على التأشيرة من الدولة في إطار العملية الانتخابية. وتُصدر المحكمة حكمها بشأن الأفعال أو الأعمال المطعون فيها وما إن كانت مطابقة أو غير مطابقة للمبادئ والقواعد الخاصة بالديمقراطية والحربيات العامة. والدولة المعنية مطالبة بتنفيذ قرارات المحكمة. ويمكن لهذه الأخيرة أن تفتح مرحلة تمهيدية للوساطة.

ولا بد من التذكير في هذا الصدد بأهمية عولمة القانون الدستوري، أي عولمة المبادئ المشتركة بين القوانين الدستورية الوطنية لكل دول العالم تقريبا. فالليوم توجد دون ريب معيارية دولية خاصة، تتألف من مبادئ عامة للقانون العام أو للقواعد الدولية التقليدية وهي دستورية في جوهرها. والأمر يتعلق بالمعايير الخاصة بالقوانين والحريات الأساسية للمواطنين وبالأساس الديمقراطي للسلطة السياسية وتنظيم السلطتين السياسية والقضائية. إن الدستورية الدولية موجودة ولا جدال في ذلك.

وبالتالي فإن أهم الدوافع القانونية لإحداث محكمة دستورية دولية هي بالأساس:

- ضمان مبدأ الشرعية الديمocrاطية. وهذا المبدأ له أساسه في القانون الدولي وهو يتجسد في ممارسة المساعدة الانتخابية التي قد تصل إلى التصديق على نتائجها.
- استكمال هندسة المؤسسات الدولية التي تعنى بمراقبة احترام حقوق الإنسان.

واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية هو أحد الأهداف التي تناولها منظمة الأمم المتحدة. فهي لم تتوقف عن الاهتمام بالموضوع بحيث إنها بعد نصف قرن من وجودها تمكنت من إعداد مجموعة من النصوص الحامية لهذه الحقوق والحريات والمُلزمة لكل الدول التي قبلت بها. إلا أن حماية حقوق الإنسان تتسرى جنبا إلى جنب مع تطور النظام الديمقراطي.

فإلاعتان العالمي لحقوق الإنسان ينص في المادة 21 على ما يلي :

"(1) لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حرّاً.

(2) لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد.

(3) إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعتبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قسم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت."

وقد تم تكريس مضمون هذه المادة في المادة 25 من ميثاق الحقوق المدنية والسياسية.

وحرصا منها على تطبيق هذه النصوص، وضعت منظمة الأمم المتحدة آليات ومؤسسات مثل مجلس حقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمم المتحدة ولجنة حقوق

مصيرها والتوقف إلى المساواة بين بني البشر. وتلا ذلك، الحقُّ في التخلص من الاستعمار وإدانة التمييز العنصري. ويفسر هذا الأمر الواقع المجتمع الدولي الذي جعل إدانة الاستعمار وأنظمة التمييز العنصري ممكنة. فقد كانت إدانة الاستعمار ممكنة أولاً باعتبار أن الشعوب جسمت في الواقع حقها في الحرية وأيضاً لأن الاستعمار كأسلوب للهيمنة تجاوزه التاريخ وأخيراً لأن القوتين العظميين لتلك الفترة لم تكن لهما مصلحة في الإبقاء عليه، بل العكس. أما إدانة أنظمة التمييز العنصري فكانت ممكنة لأنها كانت محل اتفاق يكاد يكون بإجماع الدول.

ولم تستنفذ حقوق الإنسان وحقوق الشعوب كل مخزونها على النحو المأمول. ويحمل التأكيد على حقوق الإنسان وحقوق الشعوب في تقرير مصيرها في طياته إمكانية تثبيت الحق في الديمقراطية من خلال التأكيد على حق الشعوب في اختيار من يحكمها بحرية، وحق كل شخص في المشاركة في الحياة العامة.

فالمعايير في حد ذاتها ليست إذن بالجديدة وإنما الجديد هي تلك الجدلية القائمة منذ سنين في مستوى العلاقة بينها وبين سيادة الدول. وحتى هذه الساعة لم تتمكن هذه الحقوق من أن توجد خارج عباءة سيادة الدول وخارج إطار مبدأ عدم التدخل في شؤونها الداخلية. وقد اعترف القانون الدولي بهذه الحقوق ولكنها لم تكن تجد ضمانات خارج إطار القانون المحلي. فنحن نشهداليوم محاولة لعولمة ضمانات تلك الحقوق.

وفي هذا الإطار القانوني والسياسي بالذات يصبح من الممكن، أو من الممكن التفكير في إطلاق فكرة إنشاء محكمة دستورية دولية تعنى بضمان تلك الحقوق وإن اقتضى الأمر بتنسليط العقوبات ضد الانتهاكات "للمعايير الدستورية الدولية" المتصلة بالديمقراطية وحقوق الإنسان ودولة القانون.

ويقصد **بالمعيارية الدستورية الدولية**، المعايير الدولية ذات المضمون الدستوري. وتطلق صفة الدستورية في القانون الداخلي على المعايير المنصوص عليها في الدساتير. ومن البديهي أنه لا يوجد دستور دولي وأنه بالمعنى الشكلي لا توجد قواعد دستورية دولية. ولكن نقصد **بالمعيارية الدستورية** في القانون الداخلي المعايير التي تكون دستورية المضمون. ويتعلق الأمر بالمعايير التي لها علاقة بحقوق المواطنين وحرياتهم، وبالمعايير المتعلقة بأسس السلطة السياسية، وبتلك المتعلقة بتنظيم السلطة السياسية والقضائية. وبهذا المعنى الثاني، توجد دستورية دولية دون جدال. وسنقتصر في ما يلي على المعايير الاتفاقية أو القانون الرّخو ذي البعد الكوني.

ويفترض أن تتركب المحكمة من 21 قاضياً تنتخبهم الجمعية العامة للأمم المتحدة من بين قائمة أشخاص تقدمهم الهيئة الانتخابية المكونة من قضاة محكمة العدل الدولية وقضاة المحكمة الجنائية الدولية وأعضاء لجنة القانون الدولي.

ويهدف المشروع في منتهاه إلى التقليل من الفجوة القائمة بين وعود القانون وطموحاته من جهة وبين التعطيل الناتج عن غياب آليات ملموسة ضرورية لتنفيذ تلك الوعود من جهة أخرى. ويحقق هذا المشروع مبدأ حسن النية ويطبقه مباشرة، وهو المبدأ الذي يمثل أصل الالتزامات الدولية.

وهكذا ستكون هذه المحكمة قبل كل شيء جهازاً مرجعاً واستشارياً في خدمة الدول. ويمكن لهذه المحكمة أن تمد يد العون لهذه الدول بتقديم النصائح والآراء والتوصيات ذات الصبغة القانونية إليها، مما يساعدها على تحسين إدارة أنظمتها السياسية. وفضلاً عن ذلك فهي ستكون محكمة بأتم معنى الكلمة تتمتع خاصة بقوة الأمر الم قضي به المتصلة بالقرارات ذات الصبغة القضائية، وبالتالي فستكون مدعومة للنظر في التصرفات والقرارات ذات الصبغة الدستورية للدول وخاصة التصرفات والقرارات التي لها علاقة بالمواضيع الكبرى المرتبطة بالحرفيات العامة من جهة والانتخابات السياسية الوطنية من جهة أخرى. وستكون هذه المحكمة مؤهلة للنظر في الشكاوى المرفوعة من قبل المواطنين والمتعلقة بأي موضوع يمس مصالحهم كمواطنين من الناحية الدستورية، وكذلك الشكاوى المرفوعة من قبل الأحزاب السياسية والجمعيات. ومن ثمة فهي ستساهم بشكل أفضل في استئصال الطغيان وإقامة النظام الديمقراطي في العالم مع إضفاء الطابع المؤسسي عليه.

الفصل الأول

المعيارية الدستورية الدولية

منذ نهاية الحرب العالمية الثانية وبالتوالي مع منطق سيادة الدولة الذي كان يسود القانون الدولي حتى ذلك التاريخ وينحه تناقضه، تطور منذ الحرب العالمية الثانية منطق ثان، وهو منطق حق الشعوب وحقوق الإنسان. وبوجه عام، ثمة إقرار بأن هذه الحقوق لا يمكنها أن تثبت ذاتها إلا مقابل سيادة الدول.

فإلى حدود منتصف الثمانينيات من القرن العشرين، لم تتمكن حقوق الإنسان من فرض نفسها في مواجهة حقوق الدول إلا في مجالين : حق الشعوب في تقرير

(ب) أن ينتخب وينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريًا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين،

(ج) أن تناح له، على قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.

وتنص المادة 2(1) التي تحيل إليها المادة 25 المذكورة أعلاه على الآتي :

"كل إنسان حق التمتع بكلفة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء"

- المادة 5 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي تنص على ما يلي :

"وفاء للالتزامات الأساسية المقررة في المادة 2 من هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكلفة أشكاله، وبضمان حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني، في المساواة أمام القانون، لا سيما بقصد التمتع بالحقوق التالية:..."

ج) الحقوق السياسية، ولا سيما حق الاشتراك في الانتخابات - اقتراعاً وترشياً - على أساس الاقتراع العام المتساوي، والإسهام في الحكم وفي إدارة الشؤون العامة على جميع المستويات، وتولي الوظائف العامة على قدم المساواة"

- وكذلك المادة 7 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال الميول ضد المرأة التي تنص على أن :

"تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية وال العامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في :

• بخصوص الحقوق والحريات، من غير الضروري هنا التذكير بالمعايير المتعلقة بالحقوق الإنسانية المضمنة في صكوك ملزمة سواء كانت مماثلة في الاتفاقيات الكونية العامة أو الاتفاقيات الحامية للحقوق الخاصة أو الاتفاقيات التي تحمي بعض الفئات الخاصة.

• بخصوص أساس السلطة، نذكر أولاً المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينص على ما يلي :

"(1) لكل فرد الحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلي يختارون اختياراً حرّاً.

(2) لكل شخص نفس الحق الذي لا يغدره في تقلد الوظائف العامة في البلاد.

(3) إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت" ..

وعلينا أيضاً أن نذكر ر:

- المادة الأولى المشتركة بين العهدين الدوليين المتعلقين بحقوق الإنسان التي تنص في فقرتها الأولى على ما يلي :

"كل الشعوب الحق في تقرير مصيرها. وبمقتضى هذا القانون يضططون بكل حرية نظامهم السياسي ويضمنون بكل حرية تطورهم الاقتصادي، والاجتماعي والثقافي".

- المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينص على أن :

"يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة:

(أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلي يقع اختيارهم بكل حرية،

▪ بخصوص مفهوم دولة القانون. ظهر مفهوم دولة القانون على الصعيد الدولي بالتزامن مع ظهور الديمقراطية. علينا أن نذكر مرة أخرى الوثيقة النهائية للقمة العالمية لسنة 2005 وكذلك بسلسلتين من قرارات الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، الأولى تحت عنوان "تدعيم دولة القانون" والثانية بعنوان "دولة القانون على المستويين الوطني والدولي".

▪ بخصوص مبدأ الانتخابات الدورية والتزيبة، لا بد أن نسجل أنه ولسنوات عدة، تمت المصادقة بالتوازي على سلسلتين من القرارات، معنونة على النحو التالي "تدعيم فاعلية مبدأ الانتخابات الدورية والتزيبة" و"احترام مبادئ السيادة الوطنية وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول في ما يتعلق بالمسار الانتخابي". هذان السلسلتان من القرارات تبطل إدراهما مفعول الأخرى، ولكن نشير إلى أنه ومنذ سنة 2007، اقتصرت الجمعية العامة على السلسلة الأولى من القرارات وهو ما يدعم بوضوح فاعلية مبدأ الانتخابات الدورية والتزيبة.

▪ وبخصوص نشوء مبدأ الشرعية الديمقراطية، نشير إلى أن هذا المبدأ تكونَ بصفة تدريجية من خلال المساعدة الانتخابية والرقابة الدولية على الانتخابات اللتين تسعيان إلى ضمان انتخابات حرة ونزيفة وشفافة من ناحية، ومن ناحية أخرى من خلال ادانة الاستيلاء غير الديمقراطي على السلطة، ونذكر على سبيل المثال موقفي الجمعية العامة ومجلس الأمن من الانقلابات التي حدثت على الحكومات المنتخبة ديمقراطيا. ومن المؤكد أنه ولئن كانت النصوص الملزمة في هذا المضمار والصادرة عن المنظمات الإقليمية تبدو أكثر وضوحا فإننا نلاحظ نفس الرفض لمثل هذه الانقلابات حتى على المستوى الدولي، وهذا ما دفع الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة كوفي عنان إلى التصريح بما يلي: إن الرأي الذي يقول بأن الانقلابات التي تقوم بها جماعات عسكرية ضد حكومات منتخبة ديمقراطيا هو عمل غير مقبول أصبح هو القاعدة⁽¹⁾ وإن القرارات التي صدرت عن الجمعية العامة (إثر انقلابات هايتي وبوروندي) وعن مجلس الأمن (إثر انقلابات هايتي وسيراليوني) لخير شاهد على ذلك.

(1) التقرير السنوي للأمين العام حول نشاط المنظمة، الدورة 52 للجمعية العامة، فقرة 37.

(أ) التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الجهات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام،

(ب) المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفي تنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية،

(ج) المشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلاد"

كما تتجه الإشارة بصفة خاصة إلى الميثاق الأفريقي للديمقراطية والانتخابات والحكم الذي وقعت المصادقة عليه في أبيا سنة 2007 ووقع عليه تونس خلال القمة العشرين لمنظمة الإتحاد الأفريقي يوم 27 جانفي سنة 2013 استناداً على التوطئة والمادة 4 من القانون التأسيسي للإتحاد الأفريقي.

وهذه المعايير الملزمة تعني أن القانون الدولي يعترف بالحق في الديمقراطية وفي انتخابات نزيهة دورية. وبخصوص هذين المسؤولتين فإن الإنتاج المعياري للجمعية العامة للأمم المتحدة إلى جانب العديد من المؤتمرات الدولية مؤتمرات دولية قد أكدت المعايير التقليدية آنفة الذكر ودعمتها.

بخصوص مفهوم الديمقراطية في حد ذاته. عرفت الديمقراطية، كمفهوم يعني طريقة تنظيم سياسي قائم على قيم متقد عليها عادة من قبل غالبية الأمم، طفرة ملحوظة في مجال القانون الدولي بداية من تسعينيات القرن العشرين. ويقوم انهيار النظم الشيوعية وتطلعات شعوب أوروبا الشرقية شاهدا على ذلك. وقد وجدت هذه التحولات السياسية وانعكاساتها الكبيرة على النظام الدولي صداتها في مختلف الصكوك الدولية غير الملزمة. ومن المناسب أن نذكر الإعلان النهائي للمؤتمر العالمي حول حقوق الإنسان المنعقد بفينسا في شهر جوان 1993، وإعلان الألفية المصدق عليه بقرار الجمعية العامة عدد 55/2 بتاريخ 08 سبتمبر 2000 وقرار الجمعية العامة عدد 1/60 المؤرخ في 24 أكتوبر 2005 الذي صادق على الوثيقة النهائية للقمة العالمية لسنة 2005، كذلك المؤتمرات الدولية للديمقراطيات الجديدة أو المستعادة، بالإضافة إلى سلسلة قرارات الجمعية العامة التي عنوانها "الجمعية العامة/منظمة الأمم المتحدة AG/ONU : "دعم منظومة الأمم المتحدة للجهود التي تبذلها الحكومات في سبيل تعزيز وتوطيد الديمقراطيات الجديدة أو المستعادة".

جـ- بأن تكفل قيام السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لمصالح المتظلمين".

وإلى حد هذا اليوم، لم يقع إقرار أي جزاء قضائي لخرق المعيارية الدستورية الدولية.

توجد عقوبات على المستوى الإقليمي، ولكنها ذات صبغة سياسية (تعليق عضوية أو إقصاء من المنظمة)، وهي لا تهم إلا الانقلابات. وبموجب أحكام الفصلين 2 و 7 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي، يمثل الاتحاد الأوروبي الاستثناء، بما أنه من جهة أولى، تمتد العقوبة لتشمل خرق المبادئ الديمocrاطية بصفة عامة، ومن جهة أخرى يضع في اتفاقيات الشراكة التي يبرمها مع الدول الأخرى بنودا ديمocrاطية، يمنحه خرقها الحق في تعليق الاتفاقية.

وعلى المستوى الكوني، لا توجد إلا مراقبة شبه قضائية للاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان حين يتم التنصيص فيها على آلية لحماية هذه الحقوق وتطورها. ولا تختص سوى أربعة فقط من هذه الهيئات، وهي هيئة حقوق الإنسان وهيئة القضاء على التمييز العنصري وهيئة مناهضة التعذيب وهيئة القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة وحسب شروط معينة، لتلقي عرائض من أشخاص يرون أن الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات قد تم خرقها من قبل دولة عضو.

وعلى هذا المستوى بالذات يمكن جانب التحدى الذي يواجه إحداث محكمة دستورية دولية، بما أنها ستكون متقدمة على تجارب الاندماج الأكثر تطورا.

وبصرف النظر عن تأسيس المحكمة في حد ذاتها وعن تركيبتها وطرق تعهداتها واحتياطاتها ووسائل الإثبات المقبولة لديها وتراثيها وغيرها... يمكن أن نؤكد أن أبسط الأمور وأكثرها واقعية، حتى لا نقول أقلها طوباوية، هي أن نعرف لمحكمة المستقبل بسلطة إقرار مسؤولية الدولة من أجل خرق المعيارية الدستورية الدولية (المسؤولية عن فعل مخالف للقانون) ومطالبتها بإلغائه وأو جبر الأضرار الناتجة عنه. وليس من الوارد طبعا أن تلغي المحكمة بنفسها هذه الأعمال، ويبدو حقيقة من قبيل الخيال أن نفكر في عقوبات جزائية في الوضع الراهن.

فقد اعتبرت المحكمة الدولي الدائمة للعدل، في رأيها الخاص بقضية تبادل السكان الأتراك واليونانيين "مبدأ بديهيا" أن تلتزم أي دولة "أمضت على التزامات

الفصل الثاني

الجزاءات القضائية

تكمن خصوصية القاعدة القانونية مقارنة بالقواعد الأخرى العلمية منها والأخلاقية والاجتماعية في عنصر أساسي يميزها، وهي صبغتها الملزمة ومع ذلك فaki تكون القاعدة القانونية ملزمة، يجب أن يرافقها جزاء يكون بوسع القضاء توقيعه على من لا يمثل له.

لا شك أن مبادئ القانون الدستوري استطاعت أن تفرض وجودها كمبادئ ذات قيمة قانونية ولكن فاعليتها ستظل منقوصة ما دامت المحكمة الدستورية الدولية التي تتمتع بسلطة توقيع العقاب بمفهومه الواسع لم تر النور بعد. ويتعلق الأمر في الحقيقة بمعاينة مخالفة نص أو مشروع نص أو ممارسة المبادئ المعترض بها كمبادئ للقانون الدستوري.

وهكذا فإن المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ينص على ما يلي :

- تعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً اعمال الحقوق المعترض بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الاعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية.

- تعهد كل دولة طرف في هذا العهد :

أ- بأن تكفل توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترض بها في هذا العهد، حتى ولو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية،

ب- بأن تكفل لكل متظلم على هذا النحو أن تبت في الحقوق التي يدعى انتهاكه اسلطة قضائية أو ادارية أو تشريعية مختصة، أو اية سلطة مختصة أخرى ينص عليها نظام الدولة القانوني، وبأن تتمى امكانيات التظلم القضائي،

1- تركيبة المحكمة

تترَكِّب المحكمة الدستورية الدولية من 21 قاضياً يتم تعيينهم وفقاً للإجراءات التالية :

- تقترح كل دولة عضو في منظمة الأمم المتحدة مرشحاً.
- تختر هيئة مكونة من قضاة محكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية الدولية ومن أعضاء من لجنة القانون الدولي 42 مرشحاً على أساس نزاهتهم وكفاءتهم وخبرتهم، مع مراعاة تمثيلية عادلة منصفة لأهم الأنظمة القضائية.
- تنتخب الجمعية العامة للأمم المتحدة 21 عضواً في المحكمة من بين قائمة الأشخاص التي تقترحها الهيئة.

2- مهام المحكمة

تكلف المحكمة بوظيفة تقييم وبوظيفة قضائية :

أ- وظيفة التقييم :

- تصدر المحكمة آراءها في مشاريع النصوص، وتبدى آراءها الاستشارية في النصوص التي تقدم لها، والتي لها علاقة بالديمقراطية وبالحريات العامة وتكون تلك الآراء والأراء الاستشارية معللة.
- يمكن أن يقدم للمحكمة مطلب لإبداء الرأي من قبل :
 - الحكومات؛
 - أجهزة المداولة العامة للهيئات الدولية الكونية أو الإقليمية أو؛
 - المنظمات غير الحكومية التي لها صفة رسمية أو استشارية أو غير ذلك لدى الهيئات الدولية المذكورة؛
 - الأحزاب السياسية، والجمعيات الوطنية والمنظمات المهنية.
- تنظر المحكمة في مقبولية مطلب إبداء الرأي (صفة الطالب، والمصلحة في القيام، وجدية المطلب).
- تقدم المحكمة رأيها أو رأيها الاستشاري في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ قرار قبول المطلب، وتكون الإجراءات أمام المحكمة كتابية. ويمكن أن تقرر المحكمة سماع شهود أو فتح تحقيق.

دولية بإدخال التعديلات الضرورية على تشريعاتها، حتى تضمن الإيفاء بالتعهدات التي قطعتها على نفسها" (السلسة B، العدد 10، ص. 20).

وفي حكمها المتعلق بقضية بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندية ذكرت المحكمة بأنها بلا شك ليست مدعوة لتأويل القانون البولندي في حد ذاته إلا أنه لا يوجد ما يمنعها من أن تبت في مسألة معرفة ما إذا كانت بولندا -في حال تطبيق القانون آنف الذكر- تتصرف وفقاً للالتزاماتها تجاه ألمانيا بموجب اتفاقية جينيف أم لا.

وفي قرارها التحكيمي الصادر في 1937.8.10، بين ألمانيا وليتوانيا اعتبرت هيئة التحكيم أنه، "بموجب مبادئ القانون الدولي، ينبغي على الدولة أن تقضي بالتزاماتها الدولية عن طيب خاطر. وبموجب هذا المبدأ، فإن على ليتوانيا أن تتقاض قراراً اتخذته بعض أجهزتها، إن كان ذلك القرار مناقضاً لمقتضيات اتفاقية دولية" (مجموعة الأحكام التحكيمية، الجزء الثالث، ص. 1751).

وفي حكمها المتعلق بتنفيذ اتفاقية 1902 الخاصة بضبط الوصاية على القاصرين اعتبرت محكمة العدل الدولية أنها "أمام ترتيب اتخاذ بموجب القانون السويدي بتاريخ 6 جوان 1924 المتعلق بحماية الطفولة والشباب وأنه يجب عليها أن تعامل مع هذا الترتيب لما أراد المشرع السويدي إرساءه وأن تقارنه بالوصاية التي ضبطتها اتفاقية 1902 وأن تحدد ما إذا كان في الإبقاء على الترتيب آنف الذكر وتطبيقه على قاصرة شملت الاتفاقية وصايتها انتهاكاً لهذه الاتفاقية (مجموعة أحكام وآراء محكمة العدل الدولية، 1958، ص. 65).

الفصل الثالث :

المحكمة الدستورية الدولية : التركيبة والمهام والقانون المنطبق

متى تم القبول بفكرة إنشاء محكمة دستورية دولية من حيث المبدأ، يكون من المتوجه عندئذ رسم ملامحها التقنية خاصة تلك المتعلقة بتركيبتها ومهامها وترسانة القواعد التي هي مدعوة لوضعها موضع التطبيق.

الملاحق

1. النصوص الفقهية والخطب :

- ✓ مقتطف من كتاب "الآلм العربي" : بين الدكتاتوريات والتطرف. الديمقراطية المتنوعة، منشورات "هارستان"، باريس 2004، للدكتور محمد المنصف المرزوقي.
- ✓ مقتطفات من خطاب رئيس الجمهورية في الدورة السابعة والستين للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بنيويورك في 27 سبتمبر 2012.
- ✓ مقتطفات من خطاب رئيس الجمهورية في القمة العشرين للاتحاد الإفريقي بأديس أبابا في 28 جانفي 2013
- ✓ مقتطفات من خطاب رئيس الجمهورية أمام البرلمان الأوروبي بستراسبورغ في 6 فيفري 2013
- ✓ خلاصة دروس الأكاديمية الدولية للقانون الدستوري، دورة 2006، للأستاذ عياض إن عاشور.

2. الصكوك القانونية الدولية :

- ✓ مشروع قرار قدم إلى الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يتعلق بإنشاء محكمة دستورية دولية.
- ✓ مقترن بالجمهورية التونسية في القمة العشرين لمنظمة الاتحاد الإفريقي.
- ✓ قرار المؤتمر العشرين لدول الاتحاد الإفريقي (أليس أبابا في 28 جانفي 2013) المتعلقة بإنشاء محكمة دستورية دولية (Doc.Assembly/AU/12(XX)add.1).
- ✓ مقتطف من القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي.
- ✓ الميثاق الإفريقي للديمقراطية والانتخابات والحكم.
- ✓ النصوص القانونية المرجعية.

وتنتمي الآراء والآراء الاستشارية التي تبديها المحكمة في التصريح بمطابقة نص أو جزء منه أو مشروع نص أو جزء منه، أو مخالفته للمبادئ والقواعد المتعلقة بالديمقراطية والحرفيات العامة. وتنتمي المحكمة بسلطة اقتراح تعديل نص أو رفض نص أو مشروع نص قدم لنظرها.

ب) الوظيفة القضائية :

▪ تبت المحكمة في قضايا الانتهاكات الخطيرة لمبادئ الديمقراطية والشروط الديمقراطية للانتخابات عند استقرار طرق الطعن الداخلية. ويمكن أن تتمثل تلك الانتهاكات الخطيرة في أفعال وأفعال في أعمال قانونية.

▪ يمكن أن تتعهد المحكمة بموجب طلب صادر عن :

- الأفراد المدعومين بعرائض؛

- الأحزاب السياسية والجمعيات الوطنية والمنظمات المهنية؛

- أجهزة المعاشرة العامة للمنظمات الدولية الكونية أو الإقليمية؛

- المنظمات غير الحكومية المعتمدة من طرف الدولة في إطار مسار انتخابي.

▪ يمكن للمحكمة أن تفتح مرحلة تمهدية للوساطة.

▪ تصدر المحكمة قرارات بشأن مطابقة العمل أو الواقعة محل التظلم أو عدم مطابقتها للمبادئ والقواعد المتعلقة بالديمقراطية والحرفيات العامة. وينبغي على الدولة المعنية أن تتمثل لقرارات المحكمة.

3- القانون المنطبق

تطبق المحكمة المبادئ والقواعد المتعلقة بالديمقراطية والحرفيات العامة الكونية والإقليمية وخاصة منها المقضيات ذات الصلة المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية الاتحاد الأوروبي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وميثاق منظمة الدول الأمريكية، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الديمقراطي لدول أمريكا والقانون التأسيسي للاتحاد الافريقي و"مبادئ هراري"، التي تم الاتفاق بشأنها في اجتماع رؤساء حكومات بلدان الكوميونولث يوم 20 أكتوبر 1991.

تقديم عام حول مشروع إحداث المحكمة الدستورية الدولية

منذ أن تأسست منظمة الأمم المتحدة لم يتوقف الحراك الديمقراطي عن التطور والتوسيع في كل أرجاء المعمورة. وقد أصبح أحد الروافد الأساسية للعلمة. وتمثل الثورة التونسية مرحلة مهمة في بناء هذه "الديمقراطية العالمية". فقد جاءت لتنكرنا بحتمية الأنسنة الديمقراطية وتفوقها على جميع النظريات السياسية القائمة على استبعاد الإنسان وحرمانه من حقوقه الطبيعية والسياسية.

وبعد محكمة دستورية دولية هي إحدى الأفكار الرئيسية لهذه الثورة الديمقراطية. وقد أطلقت تونس هذه الفكرة منذ سنة 1999. وهذا المقترن الذي قدم في عهد الدكتاتورية قد أعيد تناوله بعد الثورة من قبل رئيس الجمهورية والغاية من ذلك التعريف به وتكريسه دوليا.

وقد انطلقت فكرة إنشاء محكمة دستورية دولية من ملاحظتين هامتين :

- الأولى هي أن الشرعية الديمقراطية أصبحت الآن مبدأ ثابتًا وراسخا في القانون الوضعي بفضل العديد من الصكوك الدولية، سواء كان ذلك على الصعيد العالمي أو الصعيد الإقليمي. وثمة مبادئ وقواعد تتعلق بالديمقراطية وبدولة القانون وبالانتخابات الدورية التنافسية والشفافة قد أصبحت اليوم من الالتزامات المحمولة على كل الدول، فيتوّجّب عليها الوفاء بالتزاماتها بحسن نية وتفعيل هذه الواجبات تفعيلاً كاملاً في تشريعاتها الوطنية.

- أما الملاحظة الثانية فتتمثل في أن شعوباً كثيرة ما زالت ترثّح تحت أنظمة دكتاتورية دموية أحياناً أو مسلطة في أهون الأحوال، لا تحترم حقوق الإنسان والضمانات الديمقراطية. وحتى في الأنظمة المحسوبة على الديمقراطية ترتكب الحكومات في كثير من الأحيان خروقات عندما يتعلّق الأمر بالتزاماتها في هذا المضمّن. فتجاهل بعض الحكومات لهذه الالتزامات الديمقراطية وخرقها لها غالباً ما يتسبّب في اضطرابات سياسية واجتماعية خطيرة وفي اللجوء إلى العنف.



