

Pourquoi une Cour Constitutionnelle Internationale?

Maria-Helena Carvalho dos Santos¹

Resumé: Nous devons trouver les raisons les plus fortes et les plus objectives pour la création d'une Cour Constitutionnelle Internationale – dans l'histoire constitutionnelle du Portugal comme dans le récit de l'*Utopie* de Thomas More, ayant des conséquences dans la vie quotidienne ou dans le contexte international des guerres, aujourd'hui et à l'avenir.

Mots-clés: Cour Constitutionnelle Internationale – Histoire constitutionnelle – Portugal – Utopie – Guerre – Droits de l'Homme.

Abstract: We must find the stronger and more objective reasons for the creation of an International Constitutional Court – both in the constitutional history of the Portugal, and the *Utopia* of Thomas More, having consequences in everyday life and in the scenario of international wars, in future and in our days.

Keywords: International Constitutional Court – Constitutional History – Portugal – Utopia – War – Human Rights.

1. Pour défendre la pratique des Constitutions par/ pour tous les citoyens: quelques aspects de l'Histoire constitutionnelle portugaise

Nous pouvons dire que, d'une certaine manière, la première loi constitutionnelle au Portugal est écrite dans le *Foral de la ville – une loi écrite*, donnée par la bonté ou la bonne volonté du roi au peuple qui vivait sur le territoire du Royaume délimité par le pouvoir politique du château/forteresse ou des villes importantes, comme Coimbra. Les *droits*, bien sûr, constitueront la loi donnée par le roi, et le peuple les accueille avec gratitude, parce que c'était une bonne chose d'avoir une loi qui réglait les droits des deux parties – le roi et le peuple. Cela empêchait les nobles ou même le roi de changer les taxes, les mesures, la qualité des produits que les peuples achetaient ou vendaient au marché, certaines autres « libertés » éclairantes et conquêtes économiques des gens qui demeuraient dans les villes. Ainsi, le *Foral* exclut la ville et les gens du contrôle féodal, en donnant un certain pouvoir et une autonomie considérable à la nouvelle ville. Cette stratégie de développement, exercée de façon continue depuis les années 1100 jusqu'aux années 1500, a supprimé l'étape féodale de presque tout le royaume portugais. Le *Foral* établissait les règles des terres communales, les taxes, les péages et les amendes, il réglementait même les droits de protection et des fonctions militaires au service du roi. Si les propriétaires voulaient habiter ailleurs, ils devaient donner ou vendre leur propriété familiale, à condition d'y assurer le peuplement et le respect (des droits) de l'ordre. La réciprocité s'impose: "*sit noster homo sicut unus ex vobis*".

Trois siècles plus tard, plus précisément en 1822, le roi du Portugal, bien qu'obligé par le sentiment révolutionnaire des intellectuels, *donne au pays* une Constitution. Le premier article consacre quelques droits fondamentaux: la liberté, la sécurité et la propriété des Portugais. L'article 26 souligne que «*La souveraineté appartient à la Nation*». L'article 41 limite chaque législature à deux ans; l'article 91 interdit au roi d'assister aux réunions. Et pourtant, c'était au roi de doit publier la loi (article 110). Les électeurs devaient être âgés d'au moins 25 ans, mais les universitaires, les militaires et les curés pouvaient déjà voter dès l'âge de 20 ans

¹. Présidente de la Société portugaise d'Études du XVIII^e siècle. Membre de la Direction de la Société internationale d'Études du XVIII^e siècle (SIEDS / ISEC18). Ex-Présidente du Département d'Études portugaises - Universidade Nova de Lisboa.

(article 33). La formulation de ce même article 33 (point VI) est d'ailleurs intéressante: le devoir de voter sera réservé aux hommes sachant lire et écrire. Ils auront huit ans pour l'apprendre. Sinon, ils ne pourront pas voter. Cela veut dire que la classe politique qui rédige la Constitution estime qu'il faut une période de huit ans pour en finir avec l'analphabétisme – autrement dit, huit ans plus tard, les analphabètes n'auront pas le droit de voter. Soulignons ce fait : la classe intellectuelle gagne du terrain, elle aura plus de droits civiques que le grand propriétaire, s'il ne sait pas lire ni écrire! Pourtant, il ne faudra pas attendre huit ans... La constitution suivante, la *Charte Constitutionnelle*, de 1826, donnée par D. Pedro, roi du Portugal et Empereur du Brésil, oubliera la question.

2. Pour défendre l'idée de la République : la Constitution portugaise de 1976

Cent cinquante ans plus tard, les problèmes idéologiques du constitutionalisme portugais porteront sur la légitimité constitutionnelle: qui peut «donner» ou qui peut «faire» une constitution? Mais sous une dictature (1926-1974), où est la liberté, où sont les partis politiques? Cette polémique se termine seulement avec l'Assemblée Constituante de 1975/76. Après 48 ans de dictature, une des premières idées qui attire les «révolutionnaires» est le besoin d'une nouvelle Constitution, celle de 1976. Les articles consacrés à la défense de la démocratie occupent une grande place dans une longue Constitution, avec ses 312 articles, «très longue» du moins pour certains constitutionalistes étrangers qui, à l'époque, se sont méfiés de l'ingénuité des députés portugais. Quoi qu'il en soit, elle va être si importante que lors de certaines discussions on pouvait entendre: «*ce n'est pas constitutionnel!*» pour soutenir un point de vue. Je veux dire par là que la Constitution est devenue vraiment populaire, un emblème commun de la «révolution des œillets».

Me souvenant de ces jours-là, en tant qu'ancienne constituante, je tiens à partager avec vous la meilleure de mes petites victoires, quand j'ai réussi à terminer un des articles les plus difficiles à écrire, parce que les mots qui le justifiaient ne pouvaient pas être écrits. Je vais essayer de traduire ici l'article pour ensuite expliquer le problème. C'est, bien sûr, un article qui s'inscrit dans les droits de l'homme. Article 36, n.º 4: «*Les enfants nés hors mariage ne peuvent donc pas faire l'objet de discrimination et la loi ou les organismes officiels ne peuvent pas utiliser de désignations discriminatoires concernant la filiation*».

Cela veut dire qu'avant 1976, les enfants nés hors mariage n'avaient pas droit au nom du père: sur la carte d'identité ou sur le passeport, on écrivait «fils/fille de père inconnu» pour la vie, comme une catastrophe, et cela fonctionnait comme une marque qui signalait l'individu et l'empêchait d'être inclus dans la société «normale», ou de mener une vie «normale», en possession de tous ses droits.

3. Parce que la Terre est plate... mais les hommes ne sont pas devenus égaux en droits

Oui, le monde est devenu plat parce que les nouvelles techniques s'imposent aujourd'hui dans toutes les régions du monde. Mais, en même temps, tous les enfants du monde ne peuvent pas aller à l'école. Oui, la Terre est plate parce qu'on peut communiquer de plus en plus vite et que notre interlocuteur est là, de plus en plus près. Mais peut-on pour autant oublier la pensée et la lutte de quelques personnalités qui nous proposent des utopies, taxées aujourd'hui d'«irréalisables», d'«irréalistes»?

On revient, encore une fois, à la question de l'utopie (*de optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*). Thomas More (1478-1535) a mis sa pensée dans les mots de son personnage, le portugais Rafael Hitlodeu, qui raconte l'histoire

d'un pays hypothétique, une île lointaine, mal connue, qui s'appelle *Utopia*, «sans lieu». Le titre de son livre, *Utopia*, reste, depuis le XVI^e siècle, incorporé dans le vocabulaire européen concernant le rêve de la justice et du renouveau social. More écrivait son *Utopia* par opposition à ce qu'il avait vécu lui-même, c'est-à-dire en contrariant le dégoût qu'il déclare envers la vie parasitaire et majestueuse de la Cour. Comme Platon, il imagine sa République (une île appelée *Utopia*) sur laquelle il se décrit écoutant le récit invraisemblable d'un navigateur portugais. Il écrit à son ami Erasme (de Rotterdam), peut-être pour se soulager: *Vous ne croirez pas avec quelle répugnance je me trouve mêlé à ces affaires de princes ; il n'est rien au monde de plus odieux que cette ambassade...* [il se réfère à l'ambassade politique, envoyée par le roi d'Angleterre en Flandres, afin de résoudre un désaccord survenu entre les gouvernants de ce pays et le Prince Charles de Castille]. Le texte de l'*Utopie*, édité à Bâle (Suisse), en 1516, grâce aux bons offices d'Erasme, est le meilleur signe de la complicité entre ces deux amis et ces deux intellectuels.

Au pays de l'*Utopia*, les gens travaillent seulement six heures par jour et la République a un prince qui doit être sage et juste.... Thomas More satirise les grandes institutions de l'époque, en bâtissant une société imaginaire, idéale, sans propriété privée, avec une communauté presque absolue des biens, sans antagonisme entre la ville et la campagne, sans chômage, sans dépenses superflues et sans luxe, concevant l'État en tant que directeur de production, etc. Malgré le caractère fictif de l'*Utopie*, le travail de More est, dans l'histoire du socialisme, la première tentative de conception globale d'une société fondée sur la communauté des biens. Et ce nom, utopie, s'intègre pour toujours au vocabulaire universel pour signifier un désir de renouveau social.

4. La Cour Constitutionnelle Internationale?

L'idée de l'institution d'une Cour Constitutionnelle Internationale commence à être discutée quelques mois après l'élection du président Marzouki par un groupe de juristes réunis par la Présidence de la République afin de discuter la mise au point de ce projet qui semble lui tenir à cœur. Cette idée a également été soutenue lors du dernier Congrès des Avocats Arabes, notamment au cours de la séance de fermeture des travaux.

À la question *Qu'est-ce qu'une Cour Constitutionnelle Internationale?*, on pourrait répondre: *Une idée qui fait son chemin*, comme l'a écrit Paulo Ferreira da Cunhaⁱ. Selon Ahmed Nemlaghiⁱⁱ, le rôle de cette Cour serait essentiellement d'*assurer la primauté effective de la constitution à laquelle toutes les lois doivent être conformes*. La création d'une Cour Constitutionnelle n'est pas une proposition tout à fait nouvelle. C'est au début du siècle dernier que plusieurs Étatsⁱⁱⁱ ont décidé de créer des cours constitutionnelles internes (bien qu'avec diverses nomenclatures), chargées de vérifier la constitutionnalité des lois nationales. Mais qui peut réfléchir sur le processus international?

En France, il y a un Conseil Constitutionnel chargé de se prononcer sur la constitutionnalité des lois françaises. Cet organe agit à *priori*, c'est-à-dire, préalablement à la promulgation de la loi. Au Portugal, le Tribunal Constitutionnel [1976] doit faire respecter les lois de la Constitution ou interdire des lois qui ne respectent pas la Constitution. Le Conseil Constitutionnel tunisien, créé en 1995, a longtemps joué le rôle de parade, n'ayant fait que ratifier les lois déjà promulguées par l'exécutif. Et Marzouki a promis de se charger de la promotion d'une Cour Constitutionnelle Internationale auprès de l'ONU.

Sur cette question, Ahmed Nemlaghi rappelle que le **Congrès des Avocats arabes** a notamment axé ses travaux sur la nécessité de garantir l'État de droit dans les pays arabes.

La situation de la Syrie, qui traverse actuellement des moments critiques nécessitant l'aide et l'assistance de tous les pays frères et voisins, ainsi que de tous ceux qui réclament la défense de la démocratie et des droits de l'Homme, est aujourd'hui l'argument trop éloquent d'un besoin, d'un vide: l'importance d'une Cour Constitutionnelle Internationale qui puisse coordonner les efforts inter-nationaux.

Bref, une Cour Constitutionnelle Internationale est encore une création avant-gardiste qui contribuera sûrement à la consolidation de la transition démocratique, en Tunisie comme dans tous les pays, et notamment dans ceux qui œuvrent pour les mêmes valeurs sous la même enseigne. Ce travail, d'ordre politique, a déjà des mots d'ordre, très intéressants, comme «Obliger les États à tenir parole», slogan qu'on trouve dans la réflexion de Monique Chemillier-Gendreau dans le *Monde Diplomatique* qui fait la synthèse: *L'un des fruits les plus étonnants et les plus inattendus du «printemps arabe» est sans doute le projet d'une Cour Constitutionnelle Internationale*^{iv}.

Cette idée est née de l'amertume ressentie par Moncef Marzouki lorsqu'il était Président de la République tunisienne face aux impasses du droit international. Sous la dictature de Zine El-Abidine Ben Ali, tout le monde a vécu la corruption et la terreur, et les grands textes internationaux, censés garantir les libertés publiques et la démocratie, ne semblaient pas être un recours efficace. Les États ont majoritairement adhéré à des conventions internationales disposant, par exemple, que *tout citoyen a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays*, alors les dispositions constitutionnelles ou législatives nationales doivent entériner ce droit, et non y faire obstacle. Il en va de même pour le droit de toute personne à la liberté de pensée, de conscience et de religion – des questions vraiment sensibles en ces «nouveaux» temps de «guerres religieuses» ou de terrorismes organisés.

Nous pouvons penser que, d'après diverses expériences, la question culturelle devient plus difficile que la question politique. Si, en 1826, on pouvait penser que le problème de l'analphabétisme était essentiel pour le développement du constitutionnalisme, nous devons maintenant faire le bilan de ces près de deux cents ans et réfléchir à l'obligation constitutionnelle d'apprendre aux citoyens à «lire» et à «écrire» cette Terre plate, au moins jusqu'à l'âge de 18 ans.

Leur «travail» doit être celui d'étudier! D'approfondir la connaissance et d'avoir assez de sagesse pour avoir une nouvelle voix d'ambition dans un monde de nouveautés permanentes dans le domaine de la science et de la technologie. Sans une école accessible, les jeunes deviendront de vrais analphabètes – et ce ne sera pas la possibilité de voter qui leur apportera la sagesse et la compréhension du monde. S'il faut donc que la politique ne soit plus réservée aux plus riches, il faut que la politique soit le domaine élargi de la connaissance et de la sagesse, pour une sensibilité sociale et le respect de la démocratie. Cela peut-il être une utopie? Ou la voie vers une Cour Constitutionnelle Internationale?

J'écris ces mots le jour où j'apprends que l'Accord de Schengen a été brisé et que les frontières peuvent se refermer entre les pays de l'UE/Europe. Donc, qu'a-t-on vraiment conquis dans ce monde enflammé par des guerres de toutes sortes? Si on n'avait pas une autre raison, cette fragilité serait suffisante pour donner tout le soutien possible à l'*utopie* de Moncef Marzouki.

On peut suivre la pensée de Monique Chemillier-Gendreau qui rappelle à la Cour internationale de justice de La Haye: *Seule la Cour européenne des droits de l'homme est une instance obligatoire pour les États et détient le pouvoir de les condamner pour leurs violations de la Charte européenne des droits de l'homme. Mais il s'agit d'une cour régionale, à portée géographique limitée. Ainsi un vide se dessine-t-il dans l'architecture institutionnelle du monde. Le projet tunisien vient à point pour le combler sous certains aspects.*

On doit considérer que l'originalité de la cour projetée tient à ce qu'elle est centrée sur les libertés publiques — celles-là mêmes qui sont constitutives de la démocratie — en même temps que sur les droits de l'homme, dont la garantie est, elle-même, un principe démocratique. Ainsi la défense de la démocratie est-elle au cœur de ce projet.

Il y a certainement quelques doutes sur les lois ou sur les principes internationaux à sauvegarder – nous le savons très bien dans le contexte européen, où la difficile question d'une hypothétique Constitution de l'Europe a été balayée par la présence de la cause des pauvres vs. la cause des riches...

Il y a toujours du chemin à faire. Mais on doit le faire. A l'issue de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies, le Statut de Rome prévoyant la création de la Cour Pénale Internationale a été signé le 17 juillet 1998^y. La Cour a été officiellement créée le 1^{er} juillet 2002, date à laquelle le Statut de Rome est entré en vigueur. La Cour est compétente pour statuer sur les crimes commis à partir de cette date. Le siège officiel de la Cour est situé à La Haye, aux Pays-Bas, mais les procès peuvent se dérouler n'importe où. Depuis le 2 janvier 2015, 123 des 193 États membres de l'ONU ont ratifié le Statut de Rome et accepté l'autorité de la CPI. 32 États supplémentaires, dont la Russie et les États-Unis d'Amérique, ont signé le Statut de Rome mais ne l'ont pas ratifié. Certains, dont la Chine, l'Inde et Israël, émettent des critiques au sujet de la Cour et n'ont pas signé le Statut.

N'en doutons pas, les esprits chagrins invoqueront de multiples obstacles. Pour les surmonter, au-delà de la *politique officielle*, il faut que d'autres personnes ordinaires, des professeurs, des avocats, des femmes, des jeunes gens, s'engagent encore pour défendre les droits de l'homme. Avec la Cour, on ouvrira la voie ...

*Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
Sino estelas en la mar.*

(Antonio Machado, Poète de Castille)

ⁱ Professeur de Droit, Directeur de l'Institut Juridique Interdisciplinaire, Université de Porto; Coordinateur de la revue *International Studies on Law and Education* – ISLE, que je remercie de m'avoir invitée à écrire cet article.

ⁱⁱ Cf. Ahmed Nemlaghi, *Chronique juridique: Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, «Le Temps», 11 juillet, 2012. Disponible online et consulté le 2/10/2015: <https://fr-fr.facebook.com/notes/avocat-daffaire/chronique-juridiquepour-une-cour-constitutionnelle-internationale/10150919689302016>

ⁱⁱⁱ Le Portugal l'a fait, précisément en 1976. Cf. *Constituição da República Portuguesa* (approuvée le 2 avril 1976), Article n.º 304, sur la «Comissão Constitucional». En Allemagne, il y a un tribunal de constitutionnalité des lois, la Cour Constitutionnelle Fédérale, dont les décisions peuvent annuler toute loi jugée inconstitutionnelle. *Vide Constituições Portuguesas*, Lisboa, Assembleia da Republica, 1992. Toutes les Constitutions portugaises, première éd., photocopies. Organisation de Maria Helena Carvalho dos Santos. *Actes du Congrès «Constituição da Europa, Constituições da Europa, Europeísmo e Nacionalismo na História Constitucional Europeia* », coord. M. Helena Carvalho dos Santos, Lisboa, Assembleia da República, 1992.

^{iv} Cf. Monique Chemillier-Gendreau, Professeure émérite de droit public et de science politique à l'université Paris-Diderot, *Obliger les Etats à tenir parole*, «*Le Monde Diplomatique*», septembre 2013. Disponible *online* et consulté le 2/10/15: <http://www.cairn.info/publications-de-Chemillier-Gendreau-Monique--377.htm>

^v 1989 est, il faut le souligner, l'année des commémorations du deuxième centenaire de la Révolution Française – 1789.

Recebido para publicação em 17-03-16; aceito em 20-04-16