



LES RAPPORTS ENTRE LES CONSTITUTIONS DE CERTAINS ÉTATS ARABES (ÉGYPTE, MAROC ET TUNISIE) ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE

*Nidhal Mekki**

Les grands bouleversements qu'a connus la société internationale au cours du XXe siècle ont été porteurs d'importants changements au niveau du droit international. Ainsi, après la deuxième guerre mondiale, de nombreux pays, horrifiés par les atrocités commises par des régimes dictatoriaux et belliqueux, ont affirmé leur attachement au droit international comme un gage contre la reproduction des abominations de la guerre¹.

Le même constat peut être fait à propos des constitutions d'Europe de l'est au début des années 1990. Ces constitutions tout en marquant leur révérence² au droit international de manière générale, reflétaient l'« air du temps » en accordant au droit international des droits de la personne (ci-après DIDP) une place de choix dans l'ordre juridique interne³. Désormais, le DIDP est doté non seulement d'un rang constitutionnel dans un nombre importants de pays, mais devient un référentiel juridique et moral incontournable pour tout le droit interne⁴.

En effet, depuis la deuxième guerre mondiale, l'édifice du DIDP s'est développé de manière vertigineuse et n'a cessé de pénétrer les droits internes. Cette

* Doctorant, Université Laval.

¹ Vladlen S. Vereshchetin écrit : « every devastating war gave rise to hopes, that due compliance with international law, both domestically and internationally, could serve as a guarantee against the repetition of the scourge of war », Vladlen S. Vereshchetin, « New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law » (1996) 7 EJIL à la page 30. Voir, par exemple, les constitutions allemande, italienne et japonaise. Durant les années 1970, il était aussi important pour les États qui voulaient rompre avec leur passé dictatorial, d'affirmer, dans leurs textes constitutionnels, leur adhésion aux valeurs humaines véhiculées par le droit international. Les constitutions de la Grèce (1975), de l'Espagne (1978) et du Portugal (1976) illustrent bien cette tendance.

² Slim Laghmani, « La Constitution tunisienne et le droit international. Rapport Introductif » dans *La Constitution tunisienne et le droit international*, Journées d'études de l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 6 et 7 avril 2001, Tunis, publication de l'Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 2005 à la page 22. Un autre auteur a pu qualifier cette révérence de « *pledge at the highest possible level, of fidelity to international legal values* », Luigi Ferrari-Bravo, « International and Municipal Law; The Complementarity of Legal Systems » dans R. St J. Macdonald et Douglas M. Johnston, dir, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1983 à la page 733, cité par Vereshchetin, *supra* note 1 à la page 30.

³ Vladlen S. Vereshchetin explique que ces dispositions « *may also be viewed as a product of the reaction by the legislature and public of these countries to their former totalitarian or authoritarian regimes, which had often defied international obligations and betrayed common human values* », *Ibid* à la page 30.

⁴ Plusieurs constitutions d'Amérique latine et d'Afrique vont par la suite s'inscrire dans la même tendance surtout au début du XXIe siècle. Quelques exemples seront présentés dans la suite de cet article.

perméabilité juridique, accompagnée de l'affirmation de la primauté du DIDP⁵ a contribué à la transformation du concept de souveraineté et à recentrer tout le droit international autour des droits de la personne⁶.

C'est dans ce contexte international que les révolutions⁷ arabes ont éclaté en ayant pour principales demandes la démocratie, le respect des droits et libertés et la justice sociale. Droits et valeurs qui étaient véhiculés depuis des décennies, déjà, par le DIDP. On comprend dès lors que l'espoir était grand que les constitutions qui allaient être adoptées par la suite adhèreraient aux principes universels de droits de la personne et se départiraient de la méfiance qui caractérisait le rapport de leurs précédentes à l'égard du DIDP⁸ afin de marquer la rupture avec l'isolationnisme du passé et, surtout, garantir sa non-reproduction.

Trois pays arabes ont adopté de nouvelles constitutions depuis 2011 à savoir l'Égypte, le Maroc et la Tunisie⁹. Vu les différents contextes dans lesquels ces trois constitutions ont vu le jour quelques éclaircissements sommaires à cet égard s'imposent.

D'abord, il faut rappeler que le Maroc n'a pas connu de révolution. Certes, il y a eu un important mouvement de contestation réclamant une ouverture politique et des réformes constitutionnelles mais qui n'a pas abouti au renversement de la monarchie¹⁰. Le Maroc a opté pour le choix d'une commission technique¹¹ (à

⁵ Vereshchetin, *Ibid* à la page 30. Un autre auteur a pu écrire : « Sur le plan politique, la place prestigieuse accordée aux traités sur les droits de l'homme dans les constitutions de certains États nouvellement démocratiques est justifiable et compréhensible. De cette manière, lesdits États manifestent qu'ils prennent de la distance envers la pratique précédente de violation généralisée des règles du droit international régissant la protection des droits de l'homme, et qu'ils attribuent au concept universel de la protection des droits de l'homme une place privilégiée dans leur propre système de valeurs entériné dans la Constitution ». Jiri Malenovsky, « Dix ans après la chute du mur : Les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des pays d'Europe centrale et orientale » (1999) 45 AFDI à la page 46.

⁶ Anne Peters, « Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty » (2009) 20:3 EJIL à la page 513.

⁷ Nous préférons cette expression à celle de « printemps arabe » qui, outre le fait qu'elle ne soit pas très scientifique contraste avec les drames qui se déroulent actuellement dans la région.

⁸ Parmi une littérature abondante sur la question des rapports des constitutions arabes d'avant les révolutions avec le DIDP, on peut se référer à la thèse de Amina Bellouchi, *Les États arabes et la protection internationale des droits de l'homme*, Thèse, tomes I et II, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat, Université Mohamed V, 2003.

⁹ Le choix d'étudier ces trois constitutions n'en est pas un en réalité. En effet, la seule nouvelle constitution adoptée à côté des trois qui seront examinées est la constitution syrienne (2012). Mais on ne peut accorder que très peu de crédit à une constitution adoptée par un régime qui a perdu toute légitimité démocratique et qui plus est en pleine guerre civile. Dans d'autres pays, il y a eu des révisions constitutionnelles, mais qui, outre le fait qu'elles n'apportent pas de nouveauté quant au rapport DIDP/constitution, sont partielles ou cosmétiques (Algérie, Jordanie).

¹⁰ Sur le mouvement du 20 février au Maroc, voir Nadia Hajji, *Mobilisation et désamorçage du mouvement du 20 février au Maroc : La théorie des cadres à l'épreuve d'un contexte autoritaire*, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en sciences politiques, Université du Québec à Montréal, février 2015, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/7331/1/M13801.pdf>>.

¹¹ Il s'agit de la Commission consultative de la révision de la constitution (CCRC). Sur sa composition et son œuvre, voir Nadia Bernoussi, « La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et rupture » (2012) 3 RDP à la page 667.

composition très diversifiée) et a écarté l'option de l'assemblée constituante¹². Ce choix ne manquera pas d'avoir ses répercussions sur le texte constitutionnel et en particulier sur la question des rapports entre le DIDP et la constitution.

La Tunisie, au contraire, a opté pour une assemblée nationale constituante élue¹³, choix jugé plus à même de fonder un nouvel ordre constitutionnel qui rompt avec l'ère de la dictature et de la constitution du 1er juin 1959 qui n'en était devenue que l'instrument. La domination de cette assemblée par le parti islamiste Ennahdha aura un impact profond sur la place du DIDP dans la constitution et ses rapports avec le droit interne.

L'Égypte, est parmi les trois pays, celui qui a connu la transition constitutionnelle la plus chaotique¹⁴. En effet, après la chute de Moubarak, l'Égypte a connu « deux déclarations constitutionnelles provisoires, et deux constitutions, la première n'étant restée en vigueur que six mois, avant d'être suspendue le 3 juillet 2013, puis remplacée en janvier 2014 »¹⁵ par l'actuelle constitution. Ce qui contraste avec les deux autres processus constitutants vécus par le Maroc et la Tunisie c'est l'extrême violence qui a jalonné le processus égyptien¹⁶ et qui a culminé avec le coup d'État militaire du général Sissi contre le président démocratiquement élu Mohamed Morsi, ce qui entraîna le pays dans un tourbillon de violence qui se poursuit encore aujourd'hui. L'éviction par la force du président islamiste Morsi et le remplacement de la constitution dite des « frères musulmans » de 2012¹⁷ par celle de 2014, n'aura pas, cependant, comme on le verra, une incidence majeure sur la nature des rapports entre le DIDP et la constitution égyptienne.

Les différences entre les trois processus sont, certes, de taille mais ne doivent pas dissimuler un élément qui leur est commun ; à savoir la montée en puissance dans la région arabe, dès avant les révolutions¹⁸ mais surtout après, des mouvements de l'islam politique qui cherchent à accéder au pouvoir afin d'imprégner leur marque

¹² Nadia Bernoussi a avancé quelques arguments juridiques pour expliquer ce choix. Nous pensons, toutefois, que ce sont des raisons essentiellement politiques qui ont été déterminantes. Voir *Ibid* à la page 669.

¹³ Élections du 23 octobre 2011, remportées par le parti islamiste *Ennahdha*. Sur le choix d'une assemblée constituante en Tunisie, voir Nidhal Mekki, « L'Assemblée nationale constituante : Perspectives démocratiques », dans Hédi Saïdi, dir, *La Tunisie réinvente l'histoire, récits d'une révolution*, Paris, L'Harmattan, 2012 à la page 181.

¹⁴ Nathalie Bernard-Maugiron, « La constitution égyptienne de 2014 : Quelle réforme constitutionnelle pour l'Égypte ? » (2015) 3 RFDC à la page 515. L'article décrit, par ailleurs, la genèse de la constitution égyptienne de 2014.

¹⁵ *Ibid* à la page 515. Comme le note l'auteur, la constitution de 2014 « ne constitue en fait juridiquement qu'une version révisée de celle de 2012 et le texte publié au journal officiel du 18 janvier 2014 s'intitule Constitution amendée de la République arabe d'Égypte ».

¹⁶ Même si la Tunisie a eu, elle aussi, son lot d'assassinats politiques perpétrés par des terroristes islamistes et qui ont visé deux dirigeants de l'opposition démocratique. Mais, malgré les interruptions, le processus constituant a été mené à terme le 27 janvier 2014.

¹⁷ Nathalie Bernard-Maugiron, *supra* note 14 à la page 515.

¹⁸ Abderrahim Lamchichi, « Malaise social, islamisme et replis identitaires dans le monde arabe » (1993) 6 Confluences Méditerranée à la page 33.

religieuse à l'État, à la constitution et au droit de manière générale¹⁹ ce qui n'est pas de nature à favoriser une ouverture à l'égard du DIDP.

Ces mouvements, qu'ils soient impliqués de manière directe dans les processus constitutants ou à travers les demandes qu'ils formulaient et la pression qu'ils exerçaient dans la rue, ont réussi, au nom de la religion et de la spécificité culturelle, à limiter l'ouverture des trois nouvelles constitutions arabes à l'égard du DIDP. Mais, il ne faut pas perdre de vue que ce réflexe isolationniste et passéiste à l'égard du DIDP n'est pas l'apanage des islamistes : la classe politique traditionnelle, notamment au Maroc et en Égypte après le coup d'Etat du général Sissi, se méfiait à son tour du DIDP et tenait à ce que l'ouverture à son égard soit bien « maîtrisée »²⁰.

Face à la conjugaison de ces deux facteurs, jusqu'à quel point les trois nouvelles constitutions arabes ont-elles réussi à s'ouvrir au DIDP ?

L'examen des trois constitutions révèle que les deux éléments mentionnés plus haut ont freiné tout véritable élan internationaliste. Ceci s'est traduit par un arrimage limité et confus des constitutions au DIDP (I) et par un rang modeste accordé au DIDP dans la hiérarchie des normes internes (II).

I. L'arrimage des trois constitutions au DIDP : arrimage limité et confus

Au lendemain des révolutions arabes, une occasion historique s'était présentée pour les États de la région pour s'ouvrir de manière résolue au DIDP. Cependant, et malgré les différences entre les trois processus constitutants en Égypte, au Maroc et en Tunisie, et en dépit de quelques concessions faites aux partisans de l'ouverture au DIDP, aucun de ces pays n'a pu se débarrasser définitivement de la « djellaba » culturaliste qui enveloppe encore leurs textes constitutionnels et jette un voile épais sur la nature des rapports entre le DIDP et le droit interne. Cette ouverture en demi-teinte

¹⁹ Cette influence ne s'est, cependant, pas exercée de la même manière dans les trois pays. Ainsi, au Maroc, où a prévalu le choix d'une commission technique, c'était cette commission qui a cherché à empêcher les islamistes de faire de la surenchère sur le plan de la fidélité à l'islam en multipliant les références à la religion dans le texte constitutionnel (n'oublions pas que le Roi reste toujours le commandeur des croyants!). En Égypte, la première constitution de 2012, rédigée par une assemblée constituante largement dominée par les frères musulmans et les *salafistes* a été trop imprégnée de religion de telle sorte qu'en dépit des « recadrages » effectués par la constitution de 2014, il en est resté quelque chose. En Tunisie, l'Assemblée nationale constituante, qui était dominée par le parti islamiste d'*Ennahdha*, a rédigé deux projets de constitution qui étaient très hostiles au DIDP et dénoncés vigoureusement par les partis de l'opposition démocratique ainsi que par la société civile. En dépit des améliorations notables constatées dans le texte adopté le 27 janvier 2014, la première inspiration, isolationniste et passéiste quant au rapport DIDP, n'a pas disparu. À côté des références citées dans le présent article, on peut voir également : Mohammad Fadel, « Islamic Law and Constitution-Making : The Authoritarian Temptation and the Arab Spring » (2016) 53 :2 Osgoode Hall LJ, disponible à l'adresse suivante : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711859>.

²⁰ Voir, par exemple, pour le cas marocain Omar Bendourou, « La nouvelle constitution marocaine du 29 juillet 2011 » (2012) 91 RFDC à la page 511.

se manifeste à un double point de vue : La rareté, quoique à des degrés différents, des références aux instruments du DIDP21 dans les trois constitutions (1) et la prégnance de la référence à la religion musulmane (2).

A. La rareté des références aux instruments du DIDP dans les trois constitutions

La constitution marocaine, la première à avoir vu le jour suite à l'onde de choc de la révolution tunisienne, est, parmi les trois textes, celle qui mentionne le plus le DIDP que ce soit de manière directe ou indirecte. Ainsi, on peut lire dans le troisième paragraphe du préambule que « le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives ; il réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus ». Dans le paragraphe 4 alinéa 7 du même préambule, le Maroc s'engage à « protéger et promouvoir les dispositifs des droits de l'homme et du droit international humanitaire et contribuer à leur développement dans leur indivisibilité et leur universalité »²². Enfin, le paragraphe premier de l'article 19 dispose que « l'Homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Maroc »²³. Ces mentions du DIDP à trois endroits de la constitution et qui pourraient présumer d'une bonne disposition à son égard, contrastent, cependant, avec le fait qu'aucun instrument de DIDP en particulier n'est mentionné²⁴.

La constitution égyptienne mentionne la *Déclaration universelle des droits de*

²¹ Il est révélateur à cet égard de noter qu'aucune des trois constitutions ne fait allusion à la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 ou à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Tout au plus les constitutions soulignent leur attachement à leur dimension arabe et africaine.

²² Notons que le paragraphe 4 alinéa 10 du préambule dispose : « accorder aux conventions internationales dûment ratifiées [...] dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays ». Mais le DIDP n'est pas spécifiquement mentionné et il semble que ce paragraphe vise les engagements internationaux de l'État de manière générale. Le fait que le paragraphe 1^{er} de l'article 19, qui est rédigé dans presque les mêmes termes, mais qui vise en particulier les instruments de droits de l'Homme milite en faveur de cette interprétation. Sinon, on serait devant un double emploi parfaitement inutile.

²³ On reviendra *infra* sur la suite de cet article qui est ainsi libellée « et ce dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes du Royaume et de ses lois » et qui met en cause de manière fondamentale l'ouverture du Maroc au DIDP.

²⁴ Sur ce plan, la constitution de 2011 n'a rien à envier à sa précédente de 1996. Celle-ci fait une unique allusion au DIDP, du reste lapidaire, dans son préambule, libellée comme suit « Conscient de la nécessité d'inscrire son action dans le cadre des organismes internationaux, dont il est un membre actif et dynamique, le Royaume du Maroc souscrit aux principes, droits et obligations découlant des chartes desdits organismes et réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus ».

l'homme dans son préambule²⁵. Son article 93, par ailleurs, dispose que l'État égyptien « est engagé par les accords, pactes et conventions internationaux de droits de l'homme ratifiés par l'Égypte ». Il est intéressant de souligner à cet égard que le seul instrument de DIDP que la constitution égyptienne mentionne nommément est la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui est de nature déclaratoire non contraignante²⁶ même si elle constitue la pierre angulaire de tout l'édifice du DIDP²⁷.

Mais la constitution qui brille le plus par le faible degré de référence au DIDP est la constitution tunisienne. En effet, non seulement on ne trouve aucune mention d'un instrument international de droits de la personne en tant que tel, mais la constitution ne mentionne même pas l'expression « DIDP » : Tout ce qu'on trouve c'est cette expression évasive dans le paragraphe 3 du préambule : « les valeurs humaines et les Hauts principes des droits de l'homme universels ». Autant dire qu'on a évité sciemment toute allusion à ce corpus juridique contraignant qu'est le DIDP. La doctrine a suffisamment démontré²⁸ qu'il ne s'agit pas d'un oubli ou d'une simple formulation maladroite mais bel et bien d'un choix de l'Assemblée constituante dominée alors par les islamistes du parti Ennahdha, farouchement opposés au DIDP²⁹.

Pour prendre la juste mesure de la rareté des références au DIDP dans les nouvelles constitutions arabes, on doit les comparer à quelques constitutions de pays qui sortaient eux aussi d'une période de dictature et qui entamaient leurs transitions démocratiques.

L'article 10 §2 de la constitution espagnole³⁰, par exemple, dispose que « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées³¹ conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ». L'article 20§1 de la constitution roumaine va plus loin en mentionnant

²⁵ « Nous rédigeons une constitution [...] en harmonie avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'élaboration de laquelle nous avons participé et que nous avons adopté » [Traduction libre].

²⁶ Même si la Déclaration de 1948 n'est pas une convention, de nombreux auteurs considèrent qu'elle a acquis au fil de l'évolution du droit international une valeur coutumière et que ces dispositions sont devenues tout aussi contraignantes que celles des deux pactes de 1966 et des autres conventions de droits de la personne. Voir à ce propos : Emmanuel Decaux, « De la promotion à la protection des droits de l'homme, droit déclaratoire et droit programmatoire », dans *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998 à la page 83. Par ailleurs, il faut reconnaître que la constitution égyptienne de 2014 a constitué un progrès significatif en ce qui concerne la référence aux DIDP par rapport à la constitution de 2012 adoptée sous le règne de Mohamed Morsi et des frères musulmans et qui ne contient aucune mention ou simple allusion au DIDH ou à l'un quelconque de ses instruments.

²⁷ La *Déclaration* forme avec les deux Pactes de 1966 ce que la doctrine internationaliste appelle la « Charte internationale des droits de l'homme ».

²⁸ Kaouther Debbeche, « Le droit international dans le projet de constitution du 1^{er} juin 2013 », dans *Études en l'honneur du Professeur Rafaâ Ben Achour, Mouvances du droit*, Tunis, Konrad Adenauer Stiftung, 2015 à la page 886.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Constitution du 27 décembre 1978.

³¹ Aucune des trois constitutions étudiées dans cet article n'évoque le DIDP ou l'un quelconque de ses instruments comme référence pour l'interprétation de la constitution ou du droit interne de manière générale.

nommément non seulement la *Déclaration universelle des droits de l'homme* mais aussi les deux Pactes de 1966 : « Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie ». Par ailleurs, l'article 13 alinéa 4 de la constitution de Bolivie dispose :

*International treaties and conventions ratified by the Pluri-National Legislative Assembly, which recognize human rights and prohibit their limitation in States of Emergency, prevail over internal law. The rights and duties consecrated in this Constitution shall be interpreted in accordance with the International Human Rights Treaties ratified by Bolivia*³².

Enfin, de nombreuses constitutions africaines font référence et mentionnent des instruments de DIDP. Nous nous limiterons à celle du Sénégal qui affirme dans son préambule l'adhésion du peuple du Sénégal

à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789³³ et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité Africaine, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981.

Ces exemples tirés de constitutions d'Europe occidentale et orientale, d'Amérique latine et d'Afrique montrent l'internationalisation des constitutions modernes³⁴ et la révérence dont elles font preuve à l'égard du droit international en général et du DIDP en particulier. Il ne s'agit pas de simples formules de style ou d'une mode, mais d'exprimer que l'État adhère au DIDP et qu'il entend lui conformer son droit interne afin de faire bénéficier tous ceux qui sont soumis à sa juridiction des droits qu'il consacre. Les constitutions d'Égypte, du Maroc et de la Tunisie accusent par

³² Constitution de 2009, disponible, ainsi que toutes les constitutions citées dans cet article (en anglais) sur le site : <www.constituteproject.org>. La constitution du Venezuela mentionne les instruments internationaux de droits de la personne à plusieurs reprises : voir les articles 19, 22 et 23. La constitution qui se distingue le plus à cet égard est la constitution argentine de 1994 qui renvoie à une liste impressionnante d'instruments internationaux de droits de la personne : Article 75 § 22 alinéa 2 : « *The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights; the International Pact on Civil and Political Rights and its empowering Protocol; the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide; the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Woman; the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatments or Punishments; the Convention on the Rights of the Child; in the full force of their provisions, they have constitutional hierarchy, do not repeal any section of the First Part of this Constitution and are to be understood as complementing the rights and guarantees recognized herein. They shall only be denounced, in such event, by the National Executive Power after the approval of two-thirds of all the members of each House* ».

³³ Cette mention de la Déclaration de 1789, qui n'est pas un texte de DIDP, doit son existence à l'influence de la constitution française de 1958.

³⁴ Hélène Tourard, *L'Internationalisation des constitutions nationales*, Paris, L.G.D.J., 2000.

conséquent un retard certain qui est d'autant plus déplorable qu'elles sont parmi les plus récentes, aujourd'hui, et qu'elles auraient dû refléter de manière claire la tendance à l'internationalisation des constitutions nationales qui a eu lieu dans le monde, notamment depuis les années 1990³⁵. Ce rendez-vous manqué³⁶ s'explique certainement par le souci de ces pays, quoique de manières différentes, d'affirmer leur spécificité culturelle traduite essentiellement par la référence à la religion musulmane.

B. La prégnance de la référence à la religion musulmane

La référence à la religion musulmane dans les constitutions des pays arabo-musulmans peut être problématique pour deux raisons intimement liées: D'abord, parce que cette invocation d'un élément de la spécificité culturelle peut être (et l'est souvent) invoquée pour se dérober au caractère universel des droits de la personne. Ensuite, parce que plusieurs aspects de la *charia'a* (loi islamique) sont contraires au DIDP et peuvent le limiter de manière significative sinon en saper les fondements même³⁷.

Il n'en reste pas moins que la référence à la religion musulmane n'est pas nouvelle dans les constitutions des pays arabo-musulmans³⁸. C'est un phénomène qui a toujours existé³⁹ et qui n'est pas appelé à disparaître bientôt vu le contexte sociologique de ces pays. Mais plus que la référence à l'islam, ce sont les effets qu'on entend lui faire produire dans l'ordre juridique interne et à l'égard des engagements internationaux de l'État qui peuvent poser problème. A cet égard, l'article 1er de la première constitution de la Tunisie indépendante⁴⁰ qui disposait que la religion de la Tunisie est l'islam a toujours été interprété par la doctrine comme un simple constat sociologique : la religion de l'écrasante majorité des Tunisiens est l'islam⁴¹. Les effets de cet article sur l'ordre juridique étaient assez limités tout en n'étant pas inexistant⁴². Après les révolutions arabes, qui n'étaient ni provoquées ni conduites par des mouvements ou partis religieux⁴³, certains ont nourri l'espoir de voir les pays qui se

³⁵ Jiri Malenovsky, *supra* note 5.

³⁶ Kaouther Debbeche, *supra* note 28 à la page 893.

³⁷ Voir Sami A. Aldeeb Abu Sahlieh, « La définition internationale des droits de l'homme et l'islam » (1985) RGDIP à la page 625; Gérard Conac et Abdelfattah Amor, dir, *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994. La question des réserves aux traités et conventions de DIDP, quoique non abordée par les trois constitutions, apparaît ici en filigrane. Les États musulmans, et au nombre desquels les États arabes, ont émis de nombreuses réserves à la plupart des instruments de DIDP tirées essentiellement de l'incompatibilité de certains droits reconnus avec l'islam ou la *charia'a*.

³⁸ Abdelfattah Amor, « Constitution et religion dans les États musulmans », dans *Constitution et religion*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 1994 à la page 25.

³⁹ C'est-à-dire depuis que ces États se sont dotés de constitutions.

⁴⁰ Constitution du 1^{er} juin 1959.

⁴¹ Abdelfattah Amor, « La place de l'islam dans les constitutions des États arabes : Modèle théorique et réalité juridique » dans Gérard Conac et Abdelfattah Amor, dir, *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994 à la page 22.

⁴² Ainsi, certaines réserves faites par la Tunisie aux instruments du DIDP réfèrent au chapitre 1^{er} de la constitution (de 1959). La doctrine a bien noté que c'est l'article 1^{er}, qui dispose que l'islam est la religion de la Tunisie, qui est visé. Kaouther Debbeche, *supra* note 28 à la page 910.

⁴³ Asef Bayat, « The Arab Spring and its Surprises » (2013) 44 : 3 *Development and change* à la page 590, Disponible à l'adresse suivante : <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/dech.12030/epdf>>.

sont engagées dans des processus constitutifs opter pour une place plus limitée de la religion dans la *res publica* afin de mieux garantir l'égalité entre les citoyens, le respect des droits des minorités et de manière plus générale une plus grande ouverture au DIDP. Force est de croire que ceux qui ont nourri ces espoirs ont rapidement déchanté. En effet, les trois constitutions étudiées contiennent de nombreuses et, à vrai dire, très variées références à l'islam qui non seulement réduisent en quelque sorte « l'espace » que le DIDP peut occuper dans le texte constitutionnel, mais surtout limitent voire compromettent ses effets en droit interne.

Ainsi, dans le préambule de la constitution tunisienne, il y a de nombreuses références à l'islam ou à l'identité musulmane de l'Etat : § 3 : « Affirmant l'attachement de notre peuple aux prescriptions de l'islam [...] notre identité arabomusulmane », § 5 : « notre appartenance culturelle et civilisationnelle à la nation arabomusulmane et la complémentarité avec les peuples islamiques »⁴⁴. Il est vrai que l'article 1er de la constitution de 2014 est le même que celui de 1959 « La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain, l'islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime »⁴⁵. Mais le contexte politique et sociologique a changé : En effet, les islamistes jouent aujourd'hui un rôle politique de premier plan et peuvent influencer la manière d'interpréter cet article et pousser vers l'abandon de l'interprétation classique, en Tunisie, consistant à reconnaître à cet article uniquement une portée sociologique pour lui conférer une teneur normative. Cette crainte était à l'origine de l'article 2 de la constitution de 2014 qui dispose que la Tunisie « est un Etat civil »⁴⁶. Bien que très important, cet article 2 n'est pas déterminant ; ce qui le sera c'est celui ou celle qui sera chargé(e) d'interpréter la constitution et qui déterminera la place qu'occupera la religion dans l'ordre juridique tunisien et l'espace et le rôle qui seront reconnus au DIDP.

Dans la constitution égyptienne de 2014⁴⁷, les références à l'islam ne sont pas nombreuses mais il a suffi de deux mentions de la *charia'a* (libellées, par ailleurs, de manière identique) pour réduire de manière significative le rôle que pourrait jouer le DIDP dans le droit égyptien. En effet, l'article 2 de la constitution dispose que « l'islam est la religion de l'Etat [...] et les principes de la *charia'a* sont la source principale de

L'auteur écrit notamment : « *Surprisingly, the Arab revolts espoused the kind of aura, idioms, culture and constitutencies that radically distinguished them from the earlier Islamist movements* ». Cela n'a pas empêché la montée des partis et mouvements islamistes par la suite dans les trois pays concernés.

⁴⁴ Les références à l'islam étaient plus nombreuses et ouvertement hostiles au DIDP dans les premiers projets du préambule. Il a fallu d'après batailles menées par les députés de l'opposition et de la société civile pour que l'Assemblée nationale constituante daigne réduire le nombre de ces références et surtout leur effet annihilateur à l'égard du DIDP.

⁴⁵ On lui a juste ajouté un deuxième alinéa libellé comme suit : « Il est interdit de réviser cet article » [Traduction personnelle].

⁴⁶ Article 2 : « La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. Il est interdit de réviser cet article ».

⁴⁷ Pour une étude de la place et de la référence à l'islam dans la constitution de 2012 promulguée sous le règne du président islamiste Mohamed Morsi voir : Clark Lombardi et Nathan J. Brown, « Islam in Egypt's new constitution » (2012) *Foreign Policy*, 13 décembre 2012.

la législation »⁴⁸. La combinaison de l'islam religion d'État et de la *charia'a* source principale de la législation peut sérieusement menacer la place du DIDP dans le droit égyptien. Conscients de ce risque, les constituants ont précisé dans le préambule que « la référence en matière d'interprétation de la *charia'a* sont les décisions de la Haute Cour constitutionnelle ». Il est vrai que depuis longtemps, cette Cour a développé une jurisprudence assez progressiste et qui a évité une interprétation de l'article 2 (le même depuis 1971) qui favoriserait un Etat théocratique⁴⁹.

La constitution qui a nourri le plus d'espairs est également celle qui est la plus décevante en ce qui concerne la référence à la religion comme frein ou limite au DIDP. En effet, si la constitution marocaine est celle qui mentionne le plus le DIDP, elle est aussi celle qui contient le plus de références à la religion (l'islam en l'occurrence). Ainsi, peut-on lire dans le préambule que « le Royaume marocain est un Etat islamique », « Son unité, forgée par la convergence de ses composantes arabo-islamiques », « la prééminence accordée à la religion musulmane dans ce référentiel va de pair avec l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture ». On peut également lire dans l'article 1er § 3 que « la Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée » et dans l'article 3 que « l'islam est la religion de l'Etat »⁵⁰. Mais, deux dispositions, en particulier, scellent le sort du DIDP en droit marocain : celle figurant dans le préambule et qui est ainsi libellée : « accorder aux conventions internationales dûment ratifiées... dans le cadre des dispositions de la constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable [...] la primauté sur le droit interne du pays » et celle de l'article 19 qui dispose que la jouissance par les citoyens des droits et libertés figurant dans les pactes et conventions internationaux ratifiés par le Royaume doit se faire « dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes du Royaume et de ses lois ». Ainsi, toute mention du DIDP est vite recadrée par un rappel de l'identité nationale immuable, des constantes du Royaume et même de ses lois ! Nous reviendrons (infra) sur la signification et les conséquences de ces termes mais il est clair qu'ils sont là pour tracer les limites assignées au DIDP, des limites d'autant plus malvenues qu'elles sont non seulement ambiguës (identité nationale, constantes du Royaume⁵¹) que juridiquement inappropriées puisqu'elles subordonnent la règle internationale à la règle interne (les lois).

Contrairement à une large tendance des constitutions modernes, les références au DIDP dans les trois nouvelles constitutions arabes sont plutôt rares. Par ailleurs, un accent particulier, voire excessif, est mis sur la spécificité culturelle dans son élément religieux. L'ouverture au DIDP est timide, ce que ne fait que confirmer le rang qui lui

⁴⁸ Ce deuxième membre de phrase relatif à la loi islamique figure aussi dans les mêmes termes dans le préambule. Il y a lieu de noter que cet article 2 est repris de la constitution de 1971.

⁴⁹ Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret, « Les principes de la Sharia sont la source principale de la législation : La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la loi islamique » (1999) 2 *Égypte/Monde arabe* à la page 107.

⁵⁰ Voir aussi l'article 7 § 4,

⁵¹ Rappelons à cet égard que l'article 1^{er} § 3 donne une indication sur ce qu'on entend par constantes : « la Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée ». Or, la « modération » est elle-même une notion vague et très relative.

est accordé en droit interne par les trois constitutions.

II. Le rang modeste accordé au DIDP par les trois constitutions

Réserver un statut à part, une condition spécifique⁵² aux traités et conventions formant le DIDP en droit interne est la meilleure façon pour une constitution d'affirmer son ouverture au droit international. Cette condition spécifique se concrétise de deux manières : l'applicabilité directe réservée aux seuls instruments de DIDP et leur rang constitutionnel. Force est de constater que les constitutions d'Égypte, du Maroc et de la Tunisie ne répondent à aucun de ces deux critères. D'abord, l'absence de l'exigence d'incorporation est valable pour toutes les normes de droit international sans distinction. Ensuite, aucune constitution ne reconnaît un rang constitutionnel au DIDP. Il n'y a donc pas de condition spécifique du DIDP dans les trois constitutions. Tout au plus, a-t-il une primauté sur la loi interne, encore que ce ne soit pas toujours le cas. Ainsi, si, en Tunisie le DIDP prime (comme tout le droit international) sur les lois internes (1), il a la même valeur que la loi en Égypte (2) alors qu'au Maroc, il bénéficie d'une primauté sur la loi interne mais de manière conditionnée (3).

A. La primauté sur la loi interne (le cas de la Tunisie)

C'est, faut-il le rappeler, une primauté sans spécificité. C'est-à-dire que ce rang supra-législatif n'est aucunement l'apanage du DIDP. Toutes les normes de droit international qui engagent la Tunisie en bénéficient. L'article 20 de la constitution tunisienne est clair à cet égard : « les traités approuvés par l'assemblée représentative et ratifiés, ont une autorité supra-législative et infra-constitutionnelle ». Les débats qui ont entouré cette disposition et les différentes versions dont elle a fait l'objet dans les projets successifs de la constitution tunisienne⁵³ suggèrent que ce qui importait aux yeux des membres islamistes majoritaires à l'assemblée nationale constituante c'était d'affirmer l'infériorité des traités à la constitution plus que leur supériorité à la loi, maigre concession face au sacrifice du DIDP sur l'autel du chauvinisme juridico-religieux.

La formulation de l'article 20, qui a beau reconnaître une valeur supra-législative aux traités, et donner l'impression qu'il s'agit d'un statut privilégié, n'en demeure pas moins à notre avis, à la fois, inutile et dangereuse. Inutile, parce que sur le plan du droit international, tout le droit tunisien, y compris la constitution, est considéré comme un simple fait et qu'un Etat ne peut opposer son droit interne pour se délier de ses engagements internationaux⁵⁴. Dangereuse, parce que sur le plan du droit

⁵² Jean-François Flauss, « La condition spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme dans les constitutions contemporaines » dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003 à la page 165.

⁵³ Kaouther Debbeche, *supra* note 28 à la page 907. L'auteure écrit : « Au vu de l'histoire tourmentée de cet article, l'affirmation du rang infra-constitutionnel des traités est riche de sens ».

⁵⁴ Article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969) : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

interne elle peut mettre en échec toute convention internationale de droits de la personne qui ne serait pas conforme à la constitution tunisienne⁵⁵. Comme la constitution tunisienne, nous n'en dirons pas plus.

B. Le rang législatif du DIDP (le cas de l'Égypte)

La constitution égyptienne précise le rang des traités et conventions internationaux en droit interne dans deux articles (93 et 151). On aurait pu s'attendre à ce qu'il y ait un régime différent selon la catégorie d'engagements internationaux visés. Il n'en est, cependant, rien. Car, tout simplement, les deux dispositions sont identiques quant au rang accordé au droit international : les traités et conventions auront force de loi après leur publication. La doctrine s'est montrée très critique à l'égard de cette disposition qui « laisse sous-entendre que le pouvoir législatif peut en toute discrétion écarter, contourner, voire contredire les engagements internationaux de l'Etat »⁵⁶. Au vu de la situation politique et sécuritaire qui prévaut actuellement en Égypte, il n'est pas totalement exclu de voir le pouvoir adopter une loi contraire à un engagement international en matière de droits de la personne qu'il a précédemment contracté. Ce sera politiquement inexcusable, mais sur le plan juridique interne, l'Égypte pourra faire valoir sa disposition constitutionnelle et le principe *lex posterior derogat priori* : puisque les deux normes (internationale et législative) sont de même rang, la norme postérieure pourra déroger à la norme antérieure⁵⁷. Ainsi, la simple existence de cette éventualité reste comme une épée de Damoclès suspendue au-dessus du DIDP et qui le fragilise.

C. La primauté conditionnée (le cas du Maroc)

La constitution marocaine aborde la question du rang des engagements internationaux en droit interne dans deux endroits. D'abord dans le préambule, §4 alinéa 9 : « accorder aux conventions internationales dûment ratifiées [...] dans le cadre des dispositions de la constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable [...] la primauté sur le droit interne du pays » et celle figurant à l'article 19 et qui dispose que

⁵⁵ À supposer évidemment que cette convention ait été approuvée et ratifiée sans que sa contrariété avec le texte constitutionnel n'ait été soulevée. Ce qui n'est pas une simple hypothèse d'école. En effet, l'article 120 de la constitution tunisienne donne une faculté au Président de la République de soumettre une convention à la Cour constitutionnelle afin qu'elle se prononce sur sa conformité avec la constitution. Il n'y est pas tenu juridiquement.

⁵⁶ Rahim Kherad, « Quelques observations sur la place des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions tunisienne et égyptienne » (2014) 6 *La Revue des droits de l'homme* à la page 4, disponible à l'adresse suivante : <<http://revdh.revues.org/937>>. Il faut dire que cette disposition n'est pas une nouveauté et qu'elle a été simplement reprise de la constitution de 1971 dans son article 151§1 (portant le même numéro que dans la constitution de 2014!).

⁵⁷ Cette hypothèse n'est pas fantaisiste : ce fut la position du Conseil d'État français jusqu'à l'arrêt Nicolò du 20 octobre 1989. Voir Patrick Rambaud, « La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois » (1989) 35 *AFDI* à la page 91.

l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans les autres dispositions de la Constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Maroc et ce dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes du Royaume et de ses lois.

Nous considérons que la première disposition (préambule) vise le droit international de manière générale alors que la deuxième (celle de l'article 19) est spécifique au DIDP. Cette distinction vise simplement à donner un sens à l'existence de deux dispositions qui se ressemblent pour ne pas dire qu'elles sont presque identiques et éviter ainsi le double-emploi. Cela dit, il ne résulte de cette distinction aucun statut spécifique du DIDP, car dans les deux cas la norme d'origine internationale aura une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative⁵⁸.

Mais même ce rang supra-législatif n'est pas acquis pour le DIDP. En effet, l'article 19 pose quelques conditions puisque la jouissance des droits reconnus dans les conventions et pactes internationaux doit se faire dans le respect de la constitution, des constantes du Royaume et de ses lois. La première condition (respect de la constitution) peut être, à la limite, comprise : la constitution est, dans l'ordre interne, la norme suprême et il est normal que toutes les autres lui soient subordonnées. Mais comment comprendre le respect des « constantes du Royaume » et surtout de « ses lois »?

L'article 1er § 3 de la Constitution apporte quelques éléments de nature à éclaircir un peu cette notion de constantes puisque il y est dit que « la Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux affluents multiples, la monarchie constitutionnelle et le choix démocratique ». Nous avons déjà souligné l'ambiguïté de l'expression « la religion musulmane » et le fait d'y accoler le qualificatif « modérée » ne l'éclaircit pas davantage. Subordonner le rang supra-législatif du DIDP à une notion-nébuleuse comme la religion musulmane modérée pose de sérieuses limites à la jouissance par les citoyens marocains des droits reconnus dans des instruments pourtant ratifiés par leur pays.

Mais là où la constitution marocaine frôle l'absurde c'est lorsqu'elle exige du DIDP qu'il respecte les lois du Maroc : autrement dit, si une convention de DIDP est contraire à une loi marocaine, c'est la loi qui prévaut. Ceci revient à vider de tout son sens la disposition de l'article 19 et confine le DIDP dans un rang infra-législatif⁵⁹. Un

⁵⁸ On ne saurait considérer que la disposition figurant dans le préambule, traduite en français par « primauté sur le droit interne du pays » viserait aussi la constitution, et ce pour deux raisons principales. D'abord, parmi les conditions de la primauté sur le droit interne que doit remplir la norme internationale, il faut qu'elle soit conforme à la constitution et ensuite parce dans la suite de la disposition, on peut lire : « harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale ». Or, dans la version arabe, officielle, les deux expressions « droit interne » et « législation » employées dans cette disposition sont identiques et visent plutôt les actes législatifs : il s'agit d'harmoniser les lois nationales avec la norme internationale en question.

⁵⁹ Une doctrine autorisée a vivement critiqué aussi bien le préambule marocain (dans son paragraphe relatif aux engagements internationaux du Maroc) que l'article 19 : « La ratification et l'effectivité des conventions internationales ne peuvent se concevoir que dans la mesure où elles respectent l'identité

passage du discours du Roi Mohamed VI⁶⁰ présentant la constitution au peuple marocain ne fait que confirmer cette interprétation. On peut y lire, en effet, que : « Ont été constitutionnalisées à cet égard, la prééminence des conventions internationales telles que ratifiées par le Maroc, par rapport aux législations nationales [...] et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution ainsi que des lois inspirées de la religion musulmane »⁶¹. La primauté annoncée par le texte constitutionnel est, donc, purement nominale.

Conclusion

Jiri Malenovsky a pu affirmer que « l'ouverture radicale au droit international est un phénomène qui est symptomatique, en général, des systèmes constitutionnels postrévolutionnaires »⁶². Les trois nouvelles constitutions arabes démentent ce constat, ou du moins le relativisent fortement. La raison en est simple : c'est que la lutte acharnée que se sont livrés les tenants d'une ouverture radicale au DIDP d'une part et ceux qui s'en méfiaient et n'y voyaient qu'une tentative de l'Occident de pervertir les sociétés arabo-musulmanes, a débouché sur une victoire de ces derniers. Victoire qui n'est, toutefois pas, décisive, puisque dans les constitutions on perçoit des tentatives de percée du DIDP mais qui ont été malheureusement noyées dans les vagues syncrétismes entre le spécifique et l'universel. Tout ce que nous espérons c'est que cette tendance isolationniste ne s'incruste pas dans les systèmes juridiques des pays de la région et que, surtout, elle ne fasse pas tâche d'huile.

nationale » qui est sujette à confusion. On peut également relever dans la nouvelle constitution (art. 19) une contradiction frappante entre la proclamation de l'égalité entre hommes et femmes dans l'exercice des droits civils et la disposition qui exige leur compatibilité avec les « constantes et [les] lois du Royaume ». Omar Bendourou, « La nouvelle constitution marocaine du 29 juillet 2011 : Le changement entre mythe et réalité » (2012) 3 RDP à la page 644.

⁶⁰ Discours du 17 juin 2011 « Annonce des réformes constitutionnelles », disponible à la page suivante : <<http://www.maroc.ma/fr/discours-royaux/annonce-des-r%C3%A9formes-constitutionnelles-texte-int%C3%A9gral-du-discours-adress%C3%A9-par-sm-le>> (en français).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Jiri Malenovsky, *supra* note 5 à la page 53.