

# L'INCORPORATION ET LA POSITION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX DANS LE DROIT POSITIF INTERNE BRÉSILIEN <sup>1</sup>

Prof. dr. FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA  
*Université de Sao Paulo – Brésil*

Le Brésil n'a point connu d'expérience d'intégration comme celle des États qui participent de l'Union Européenne.

En effet le Mercosul, dont il est membre, et qu'on pourrait imaginer un exemple sud-américain de communauté d'États, n'est pas comparable à l'Union Européenne. La lenteur et les difficultés des négociations entre les États-membres du Mercosul, compte tenue des intérêts conflictuels, surtout au niveau des relations économiques et politiques, n'autorisent pas à supposer qu'il y aura, dans un horizon prochain, un progrès significatif vers le libre commerce entre les États et moins encore qu'on arrivera à un stage de législation supranationale avec une Constitution commune.

Donc, les problèmes qui se posent à présent dans l'Union Européenne, relatifs à la Constitution Européenne et les Constitutions des États-membres sont étrangères à notre vie politique et juridique. Le Brésil est une fédération classique, dont l'organisation est établie par une Constitution Fédérale qui discipline les relations entre l'Union et les États-membres, ayant chacun de ceux-ci sa propre Constitution qui, évidemment, doit être en conformité avec la Constitution Fédérale, fondement juridique de toute Fédération.

Si nous n'avons pas d'expérience brésilienne qui puisse être rapportée à propos du sujet de cette Table Ronde, il serait peut-être utile, quand même, dire un mot sur les dispositions constitutionnelles qui régissent chez nous les relations du Brésil avec la communauté internationale, du point de vue de l'incorporation des traités internationaux et de leur position dans l'ordre juridique interne brésilien. C'est à dire, un mot sur la procédure à suivre pour que les obligations assumées par le Brésil au niveau international soient accomplies dans le plan du droit interne et sur la position occupée par les traités dans l'hierarchie des normes juridiques brésiennes.

Entre les deux thèses qui plus fréquemment se posent sur l'incorporation des traités, la Constitution de 1988 a suivi la tradition constitutionnelle brésilienne, en adoptant la thèse dualiste, selon laquelle la production normative internationale et la production normative nationale sont indépendantes, n'étant pas possible considérer la première automatiquement intégrée dans l'ordre juridique interne d'un État souverain. Il faut, donc, que celui-ci, dans l'exercice de sa souveraineté, dise, de préférence dans sa Constitution, comment doit se faire la réception des traités internationaux, pour que son application soit observée par les destinataires.

La Constitution brésilienne de 1988 n'est pas prodigue en normes pertinentes, mais elle indique, quand même, les principes qui doivent orienter la conduite et le chemin à parcourir pour que les traités signés par le Brésil soient incorporés au droit interne brésilien.

Les principes, on les trouve dans l'art. 1<sup>o</sup>, I et dans l'art.4<sup>o</sup>, I et III. Ils sont la souveraineté (le premier des fondements de l'État démocratique qui constitue la République Fédérative du Brésil) et, encore, l'indépendance nationale et l'autodétermination des peuples (qui ne sont, d'ailleurs, que la face plus visible de la souveraineté, et qui sont, parmi d'autres, des principes à observer par les autorités brésiennes dans les relations internationales).

---

<sup>1</sup> Communication faite à l'occasion de la Table Ronde Internationale, ayant comme sujet "La Constitution européenne et les Constitutions des États-membres", organisée par le Centre Francophone de Droit Constitutionnel et l'Association Roumaine de Droit Constitutionnel, à l'Université Mihail Kogalniceanu, Iasi, Roumanie, le 27 mai 2005.

Quant au chemin à suivre pour l'incorporation des traités, on y arrive en identifiant dans la Constitution les protagonistes du procès, c'est à dire, le Président de la République et le Congrès National, et les rôles respectifs.

Il compète au Président, selon l'art.84, VIII, célébrer des traités, conventions et actes internationaux, qui doivent être soumis à référendum du Congrès. À celui-ci appartient la décision définitive sur les traités, accords ou actes internationaux.

Cettes dispositions sont la base pour le développement d'une procédure d'incorporation qui connaît quelques phases.

La première, dans laquelle se développent les négociations bilatérales ou multilatérales, selon le cas, finit avec la signature du traité par le Président de la République, ce que conclut les négociations et extériorise le consentement de l'État brésilien à s'obliger par le pacte.

À cette phase se suit la soumission du traité signé au Congrès National, qui décidera si l'approuve. En cas positif, il rendra officielle la concordance par un décret législatif.

L'approbation du Congrès autorise le Président à passer à la phase suivante, celle de la ratification du traité. Autorise, mais ne l'oblige pas – il faut le dire – parce que la décision de ratifier l'accord est seulement à lui, le Président, qui pourra ne pas le faire, si bon lui semble, après mieux examiner la question. La ratification signifie, dans la sphère internationale, la confirmation définitive du consentement à s'obliger, manifesté par la signature du traité. Mais elle ne suffit pas pour que se complète son incorporation, qui dépend encore d'une phase complémentaire.

En effet, il faut promulguer et publier le traité – une fois de plus compétence du Pouvoir Exécutif – pour que son incorporation à l'ordre juridique interne brésilienne soit accomplie et pour qu'il passe à produire des effets.

Mais il reste à savoir quelle position va occuper dans le droit interne le traité incorporé. Est-ce que lui est réservé le même niveau des lois ordinaires? Ou bien aura-t-il le "status" de norme constitutionnelle? Ou peut-être restera-t-il au-dessus de la propre Constitution?

La réponse à cette enquête varie selon l'État. Comme règle adoptée dans la plupart des États contemporains, la Constitution prévaut sur le droit international positif. Dans l'actuel stage des relations internationales, la souveraineté des États encore parle plus haut. Donc, aucun document de provenance internationale peut se hausser au-dessus de la Constitution, expression de la volonté souveraine du pouvoir constituant originaire.

De même, l'égalité d'hérarchie, qui nivelerait Constitution et traité international, n'est pas admise, sauf quelques exceptions, dans les textes constitutionnels.

Ce que prévaut à propos, dans la théorie et la pratique constitutionnelles c'est la position de ceux qui situent les traités incorporés dans le même plan de la législation ordinaire, au-dessous de la Constitution.

Le Brésil ne fuit pas la règle. Malgré le silence de la Constitution à ce propos, la doctrine presque unanime et la jurisprudence ferme du Suprême Tribunal Fédéral affirment la pleine soumission du traité international à la Constitution, comme n'importe quel autre acte normatif. Cela vaut dire qu'aucune valeur aura le traité incorporé au droit positif brésilien, s'il contrarie formelle ou matériellement la Constitution.

Il faut, néanmoins, commenter des dispositions particulières que la Constitution dédie aux traités internationaux de droits humains. Dans le texte constitutionnel, dit l'art.5º, §2º: "Les droits et les garanties explicités dans la Constitution n'excluent pas d'autres provenant du régime et des principes par elle adoptés, ou des traités internationaux que la République Fédérative du Brésil ait signé".

La tradition constitutionnelle brésilienne a toujours admis l'existence de droits implicites, extraits du système constitutionnel. Mais la mention aux traités de droits humains représente une innovation dans la discipline du thème. Et, comme toute nouveauté, a provoqué des interprétations différentes sur sa portée. Quelques auteurs ont soutenu que, à partir de la Constitution de 1988, les normes des traités de droits humains dont le Brésil est signataire sont incorporées

automatiquement à notre droit positif et dans la condition de normes constitutionnelles. D'autres constitutionnalistes, au contraire, affirment que rien n'a changé, que les traités de droits humains, comme les autres traités, n'ont pas la qualité de normes constitutionnelles et doivent être incorporés au domaine du droit interne en respectant la procédure normale d'incorporation.

Il n'est pas le moment d'examiner les arguments d'une et d'autre thèse. Il suffit de dire que la réception des traités de droits humains comme normes constitutionnelles poserait bien de situations incompatibles avec notre système constitutionnel. Compte tenant, par exemple, de la rigidité caractéristique de la Constitution brésilienne, cette réception représenterait une modification du texte de la Constitution, sans l'observance de la procédure plus rigoureuse qu'elle établie pour l'approbation des amendements constitutionnels.

Le fait est que le Suprême Tribunal Fédéral, qui dit le dernier mot dans les questions de nature constitutionnelle, n'a pas changé sa jurisprudence relative à la position des traités incorporés au droit interne, et, même devant le §2° de l'art.5° de la Constitution, a décidé par exemple, que la Convention Interaméricaine des Droits Humains (Pacte de San José de la Costa Rica), ratifiée par le Brésil, doit s'assujettir à notre Constitution et que les dispositions du Pacte, même si plus favorables, ne peuvent pas être appliquées sans les limitations éventuellement prévues dans la Constitution.

Plus récemment, en décembre de 2004, l'Amendement n. 45 à la Constitution a introduit un §3° dans l'art. 5°, essayant de mettre un point final à la question de l'hierarchie des traités de droits humains. Dit ce paragraphe: "Les traités et les conventions internationaux sur les droits humains qui ont été approuvés, dans chaque Chambre du Congrès National, en deux tours, par trois cinquièmes des voix des membres respectifs, seront équivalents aux amendements constitutionnels".

La solution, pourtant, ne paraît pas satisfaisante. En effet, il n'a pas été établi que les traités de droits humains doivent être obligatoirement approuvés par la nouvelle procédure, qui est exactement celle de l'approbation des amendements constitutionnels. Ce que a été dit est que les traités qui ont été approuvés selon cette procédure seront équivalents aux amendements, c'est à dire, auront nature de normes constitutionnelles. Comme conclusion possible, il y aura des traités considérés équivalents à des amendements constitutionnels, parce qu'approuvés selon la procédure d'élaboration de ces amendements, et d'autres qui n'auront pas cette qualité, parce qu'approuvés, mais sans obéir aux mêmes exigences. Il n'est pas difficile d'imaginer le problème que le §3° de l'art. 5° peut produire avec l'introduction de la possibilité d'une hiérarchie entre les traités de droits humains: traités avec stature constitutionnelle et traités sans la même stature, dépendant de la forme de son approbation.

Une dernière innovation en thème de traités a été introduite dans la Constitution par l'Amendement n. 45/2004. Maintenant le §4° de l'art. 5° détermine que "le Brésil se soumet à la juridiction de Tribunal Pénal International dont la création il a ratifié". La détermination constitutionnelle est en conformité avec la position politique adoptée par les autorités brésiliennes et la fortifie. En effet, le Brésil avait déjà manifesté son adhésion au Traité de Rome, de 1998, qui a créé le Tribunal Pénal International, et la Constitution vient confirmer la soumission des brésiliens aux jugements de la Cour.

Pour conclure, ce bref rapport n'a eu pour but que présenter la position du Brésil devant la communauté internationale, en ce que dit avec la réception des traités internationaux. Prenant en considération le fait qu'il s'agit d'un État souverain qui n'appartient pas à une communauté si développée comme l'Union Européenne et qui n'a pas à envisager les problèmes de flexibilisation de la souveraineté, qui se posent quand il faut accommoder la Constitution d'un État-membre souverain aux exigences d'une Constitution commune à tous, la position brésilienne sur l'incorporation des traités ne s'éloigne pas de la position classique. C'est à dire, la Constitution, expression du pouvoir souverain qui organise l'État, est supérieure aux traités internationaux dont le Brésil est signataire. Une unique concession est faite aujourd'hui aux normes des traités de droits

humains approuvés par la procédure d'approbation des amendements constitutionnels, normes auxquelles s'attribue l'équivalence avec ces amendements.