



HAL
open science

Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale

Line Konan

► **To cite this version:**

Line Konan. Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale. Droit. Université Nancy 2, 2007. Français. NNT : 2007NAN20011 . tel-01777292

HAL Id: tel-01777292

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01777292>

Submitted on 24 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

**UNIVERSITE NANCY 2
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION**

THESE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT
(Doctorat Nouveau Régime, mention Droit public)

présentée et soutenue publiquement le 20 décembre 2007
par

Line Missibah KONAN

**LE TRANSFERT DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE A
UNE AUTORITE INTERNATIONALE**

Thèse dirigée par Auguste MAMPUYA, Professeur à l'université de Nancy II

JURY :

Monsieur Vlad CONSTANTINESCO

Professeur de Droit public à l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Rapporteur)

Monsieur Auguste MAMPUYA

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Jean-Denis MOUTON

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Stéphane PIERRE-CAPS

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Marcel SINKONDO

Maître de conférence à l'Université de Reims, Rapporteur

**UNIVERSITE NANCY 2
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION**

THESE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT
(Doctorat Nouveau Régime, mention Droit public)

présentée et soutenue publiquement le 20 décembre 2007
par

Line Missibah KONAN

**LE TRANSFERT DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE A
UNE AUTORITE INTERNATIONALE**

Thèse dirigée par Auguste MAMPUYA, Professeur à l'université de Nancy II

JURY :

Monsieur Vlad CONSTANTINESCO

Professeur de Droit public à l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Rapporteur)

Monsieur Auguste MAMPUYA

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Jean-Denis MOUTON

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Stéphane PIERRE-CAPS

Professeur de Droit Public à l'Université Nancy 2

Monsieur Marcel SINKONDO

Maître de conférence à l'Université de Reims, Rapporteur

LE CORPS ENSEIGNANT

Année universitaire 2007-2008

DOYEN**M. Olivier CACHARD****DOYENS HONORAIRES**

MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
 M. CHARPENTIER, Professeur d'Economie
 M. JAQUET, Professeur de Droit Public
 M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
 Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
 M. BORELLA, Professeur de Droit Public
 Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
 M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

| | |
|------------------------------------|-------------------------------------|
| M. RAY Jean-Claude | Professeur de Sciences Économiques |
| M. SEUROT François | Professeur de Sciences Économiques |
| M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian | Professeur d'Histoire du Droit |
| M. SEUVIC Jean-François | Professeur de Droit Privé |
| M. MOUTON Jean-Denis | Professeur de Droit Public |
| M. BUZELAY Alain | Professeur de Sciences Économiques |
| M. JACQUOT François | Professeur de Droit Privé |
| M. CRIQUI Etienne | Professeur de Science Politique |
| M. BILLORET Jean-Louis | Professeur de Sciences Économiques |
| M. PIERRÉ-CAPS Stéphane | Professeur de Droit Public |
| M. GOSSEREZ Christian | Professeur de Droit Public |
| M. GARTNER Fabrice | Professeur de Droit Public |
| M. EBOUE Chicot | Professeur de Sciences Economiques |
| M. DEFFAINS Bruno | Professeur de Sciences Economiques |
| M. MAZIAU Nicolas | Professeur de Droit Public |
| M. DEREU Yves | Professeur de Droit Privé |
| M. BISMANS Francis | Professeur de Sciences Economiques |
| M. ASTAING Antoine | Professeur d'Histoire du Droit |
| Mme DORIAT-DUBAN Myriam | Professeur de Sciences Economiques |
| M. STASIAK Frédéric | Professeur de Droit Privé |
| M. CACHARD Olivier | Professeur de Droit Privé |
| M. GRY Yves | Professeur de Droit Public |
| M. LAMBERT Thierry | Professeur de Droit Privé |
| M. HENRY Xavier | Professeur de Droit Privé |
| M. PLESSIX Benoît | Professeur de Droit Public |
| Mme LEMONNIER-LESAGE Virginie | Professeur d'Histoire du Droit |
| Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine | Professeur de Sciences Economiques |
| Mme UBAUD-BERGERON Marion | Professeur de Droit Public |
| M. TAFFOREAU Patrick | Professeur de Droit Privé |
| M. PARENT Antoine | Professeur de Sciences Economiques |
| M. PERREAU-SAUSSINE Louis | Professeur de Droit Privé |
| M. MAMPUYA Auguste | Professeur "invité" de Droit Public |

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

| | |
|---------------------------------|---|
| M. BOURGAUX Claude | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. BEAUFORT Jean-Louis | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. PELLISSIER Dominique | Maître de Conférences de Sciences Économiques |
| Mme CHARDIN France | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. GERMAIN Eric | Maître de Conférences de Droit Public |
| M. LUISIN Bernard | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mme MANSUY Francine | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. VENANDET Guy | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme TILLEMENT Geneviève | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme GANZER Annette | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. OLIVIER Laurent | Maître de Conférences de Science Politique |
| M. DIELLER Bernard | Maître de Conférences de Sciences Économiques |
| M. GUIGOU Jean-Daniel | Maître de Conférences de Sciences Économiques |
| M. GASSER Jean-Michel | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane | Maître de Conférences de Sciences Économiques |
| M. AIMAR Thierry | Maître de Conférences de Sciences Économiques |
| Mme KUHN Nicole | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme ETIENNOT Pascale | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme DANTONEL-COR Nadine | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mlle BARBIER Madeleine | Maître de Conférences d'Histoire du Droit |
| M. FOURMENT François | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. ANDOLFATTO Dominique | Maître de Conférences de Science Politique |
| Mme DEFFAINS Nathalie | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mme SIERPINSKI Batyah | Maître de Conférences de Droit Public |
| M. MOINE André | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mlle LEBEL Christine | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mlle LE GUELLAFF Florence | Maître de Conférences d'Histoire du Droit |
| M. PY Bruno | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. BERNI Daniel | Maître de Conférences d'Histoire du Droit |
| M. EVRARD Sébastien | Maître de Conférences d'Histoire du Droit |
| M. FENOGLIO Philippe | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| Mme BOURREAU-DUBOIS Cécile | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| Mlle GARDIN Alexia | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. KLOTGEN Paul | Maître de Conférences de Droit Privé |
| Mme DERDAELE Elodie | Maître de Conférences de Droit Public |
| M. DAMAS Nicolas | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. GICQUEL Jean-François | Maître de Conférences d'Histoire du Droit |
| Mme LELIEVRE Valérie | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| M. PREVOT Jean-Luc | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| M. WEBER Jean-Paul | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| M. CHOPARD Bertrand | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| Mlle PIERRE Nathalie | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. PIERRARD Didier | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mme HOUIN-BRESSAND Caroline | Maître de Conférences de Droit Privé |
| M. ZIANE Ydriss | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| M. GABUTHY Yannick | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| Mlle BLAIRON Katia | Maître de Conférences de Droit Public |
| M. FERREY Samuel | Maître de Conférences de Sciences Economiques |
| M. MULLER François | Maître de Conférences de Droit Public |
| Mlle BOSSE-PLATIERE Isabelle | Maître de Conférences de Droit Public |

M. MELLONI David
Mlle ABALLEA Armelle

Maître de Conférences de Droit Public
Maître de Conférences de Droit Public

M. FERRY Frédéric
Mme MOUKHA Stéphanie
M. GAUDEL Pierre-Jean
M. GUENOT Jacques
M. GREGOIRE Christian
M. BERNARDEAU Ludovic

Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Droit Public
Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

M. ECKERSLEY David
M. LOVAT Bruno
Mme DIEHL Christel
M. PERRIN Yves

Assistant d'Anglais
PRAG de Mathématiques
PRAG d'Anglais
PRAG d'Economie et Gestion

« La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur. »

Je tiens à remercier tous ceux qui m'ont soutenu.

TABLES DES ABREVIATIONS

I- Publications

- A.F.D.I. : Annuaire français de droit international
 E.J.I.L. : The European journal of international law
 J.C.P. : La semaine juridique
 R.C.A.D.I. : Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
 R.D.P. : Revue de droit public
 R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
 R.F.D.C. : Revue française de droit constitutionnel
 R.G.D.I.P. : Revue général de droit international public
 R.T.D.E. : Revue trimestrielle de droit européen

II- Institutions et autres

- A.C.P. : Pays d'Afrique, Caraïbe, Pacifique
 A.P.R.O.N.U.C. : Autorité provisoire des Nations unies pour le Cambodge
 A.T.N.U.T.O. : Administration transitoire des Nations unies au Timor oriental
 C.A.R.I.C.O.M. : Communauté Caraïbienne
 C.D.U. : Union chrétienne démocrate
 C.E.C.A. : Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
 C.E.E. : Communauté Economique Européenne
 C.J.C.E. : Cours de Justice des Communautés Européennes
 C.N.S. : Conseil national suprême
 C.S.U. : Union chrétienne sociale
 D.T.A. : Democratic Turnhalle Alliance
 F.D.P. : Parti démocratique libre
 F.N.L.P.K. : Front national de libération du peuple Khmer
 F.U.N.C.I.N.P.E.C. : Front uni national pour un Cambodge indépendant

G.A.N.U.P.T. : Groupe d'assistance des Nations unies pour la période transitoire en Namibie

K.P.D. : Parti communiste d'Allemagne

M.A.N.U.A. : Mission d'assistance des Nations unies en Afghanistan

M.I.N.U.K. : Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo

M.I.S.A.B. : Mission interafricaine de surveillance des accords de Bangui

M.O.N.U.C. : Mission des Nations unies en République démocratique du Congo

M.P.L.A. : Mouvement populaire pour la libération de l'Angola

O.I.T. : Organisation International du Travail

O.M.C. : Organisation Mondiale du Commerce

O.N.U. : Organisation des Nations unies

P.D.L.B. : Parti de la démocratie libérale bouddhiste

P.K.D. : Parti du Kampuchéa démocratique

P.N.U.D. : Programme des Nations unies pour le Développement

P.P.C. : Parti du peuple cambodgien

R.D.C. : République démocratique du Congo

S.D.N. : Société des Nations

S.P.D. : Parti social démocrate allemand

S.W.A.P.O. : Organisation du peuple du Sud-ouest africain

T.M.T. : Organisation de défense turque

U.N.F.I.C.Y.P. : Force des Nations unies à Chypre

U.R.S.S. : Union des Républiques Socialistes Soviétiques

SOMMAIRE

| | |
|--|------------|
| TABLES DES ABREVIATIONS..... | 9 |
| SOMMAIRE..... | 11 |
| INTRODUCTION | 12 |
| PREMIERE PARTIE : TYPOLOGIE DES FORMES D’INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE... 34 | |
| TITRE I : L’ ASSISTANCE CONSTITUTIONNELLE, FORME LIMITEE DE L’INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE | 36 |
| <i>CHAPITRE I : Les principes de l’assistance constitutionnelle.....</i> | <i>37</i> |
| <i>CHAPITRE II : L’assistance constitutionnelle renforcée : la participation onusienne à la détermination des principes pré-constituants</i> | <i>78</i> |
| TITRE II : LA SUBSTITUTION CONSTITUANTE, UNE PROCEDURE INSCRITE DANS LE FAIT111 | |
| <i>CHAPITRE I : L’inexistence des conditions d’exercice de la souveraineté</i> | <i>113</i> |
| <i>CHAPITRE II : Les modalités de la réappropriation de l’œuvre constitutionnelle hétéronome</i> | <i>177</i> |
| DEUXIEME PARTIE : LE NECESSAIRE ENCADREMENT JURIDIQUE DE L’INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE. 217 | |
| TITRE I : LES CONTRADICTIONS JURIDIQUES DE LA SUBSTITUTION CONSTITUANTE | 220 |
| <i>CHAPITRE I : La substitution constituante ou les contradictions avec la souveraineté</i> | <i>222</i> |
| <i>CHAPITRE II : La nature politique de la substitution constituante</i> | <i>269</i> |
| TITRE II : LES CONDITIONS DE L’EMERGENCE D’UN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL | 303 |
| <i>CHAPITRE I : L’émergence conditionnée d’un droit constitutionnel européen</i> | <i>305</i> |
| <i>CHAPITRE II : Le « droit constitutionnel de la paix ».....</i> | <i>343</i> |
| CONCLUSION GENERALE..... | 376 |
| INDEX | 381 |
| BIBLIOGRAPHIE | 383 |
| TABLE DES MATIERES | 443 |

INTRODUCTION

L'Etat, en tant que système juridique, s'organise autour de règles. Cet ensemble normatif est hiérarchisé. La constitution incarne la loi fondamentale dont l'élaboration relève d'une compétence spécifique : le pouvoir constituant. Ce pouvoir constituant intervient sous deux formes. Lorsqu'il s'agit d'établir une première ou une nouvelle constitution, on parle de pouvoir constituant originaire. En revanche, lorsqu'il s'agit de modifier une constitution existante, on parle de pouvoir constituant dérivé ou institué. Ainsi, dans le système étatique, le pouvoir constituant originaire représente par rapport au pouvoir constituant dérivé « le pouvoir d'édiction de la norme la plus élevée »¹. L'exercice de cette compétence soulève le problème de la détermination de la personne ou de l'organe spécifique habilité à adopter la constitution. Dès son émergence, la notion de pouvoir constituant originaire a été intrinsèquement liée à la souveraineté. Seule l'autorité détentrice de la souveraineté peut décider de la norme constitutionnelle. Pour Sieyès, le pouvoir constituant appartient à « la nation qui existe avant tout [et ...] est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale »². Selon Olivier Beaud, « les deux notions de pouvoir constituant et de souveraineté sont devenues homologues dans le droit public moderne »³. Le pouvoir constituant originaire, dans la théorie du droit est l'attribut du souverain. Ainsi qu'il s'agisse de l'ordre interne ou international, la démocratie n'a de sens juridique que si l'incarnation du souverain se confond avec celle du peuple exerçant le pouvoir suprême⁴. L'exercice du pouvoir constituant originaire c'est-à-dire la compétence d'établir une constitution est une prérogative nationale

La souveraineté, en droit international, est la capacité dont jouit l'Etat de s'engager par un acte de volonté. L'Etat peut décider librement de réduire ou d'abandonner certaines de ses compétences internes. Théoriquement, l'Etat est en mesure de transférer à une autorité internationale son pouvoir constituant originaire. Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale apparaît lorsque l'adoption d'une constitution s'inscrit dans une procédure qui déplace le centre de décision constituante vers

¹ KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, Paris, p. 2.

² SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Quadrige/ Puf, 1982, Paris, 93 p.

³ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, p. 201.

⁴ D'ailleurs, le principe des élections libres honnêtes et régulières est l'un des éléments de définition du système en droit international. Il assure au peuple sa participation à la définition du pouvoir politique.

une autorité extérieure à l'Etat. Le « souverain n'est plus [alors] le peuple ou la nation mais une entité du droit international qui dispose du pouvoir constituant »⁵. « La communauté internationale s'auto-investit des compétences souveraines d'un Etat en se substituant au peuple souverain et aux organes qui le représentent »⁶. Cette substitution constituante se caractérise par « le transfert de la souveraineté interne »⁷.

Cette définition du transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale ne comporte pas une simple altération de l'exercice de la souveraineté interne. Elle pose le problème du respect de la souveraineté interne qui ne peut être ignoré, bien que le transfert du pouvoir constituant originaire ne soit qu'une « exception aux principes de non ingérence et de l'autonomie constitutionnelle »⁸. La théorie du droit enseigne que les compétences constitutives de la souveraineté interne peuvent être réduites ou abandonnées. Toutefois, elle ne permet pas un transfert tel, que la souveraineté interne ne se réduise qu'à une notion fictive. L'Etat dispose de la compétence de restreindre le cadre et la substance de l'exercice de sa souveraineté interne, mais celle-ci est subordonnée à l'existence d'un consentement explicite et libre. Or, lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, « on peut imaginer, même dans les cas les plus extrêmes, que le consentement soit une fiction nécessaire »⁹. « Il ne suffit pas que sur le plan technique un démembrement de la souveraineté soit possible. Il faut surtout qu'il soit accepté ou *subi* »¹⁰.

S'il est accepté, il repose sur le critère juridique de la réduction du champ d'exercice de la souveraineté interne. En revanche, s'il est subi, qu'advient-il de l'existence effective du consentement à l'abandon d'une compétence. Or, si le consentement n'est pas réel, il n'y a plus, au regard du droit constitutionnel et international, de respect de la souveraineté internationale. L'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire prend la forme d'une dépossession illégitime. Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale se définit par cette confiscation du pouvoir constituant. Faute de pouvoir s'appuyer sur une légitimité juridique

⁵ MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste » », *RGDIP*, 2002, n°3, p. 550.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid, p. 552.

⁸ Ibid., p. 551.

⁹ Ibid., p. 552.

¹⁰ DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 62. Les précisions en italique sont soulignées par nous.

indiscutable, il se voit contraint de s'en créer une car il porte les germes de nombreuses autres atteintes aux principes du droit. Elle consiste à recourir aux procédures prescrites pour l'exercice du pouvoir constituant originaire sans que les conditions soient réellement réunies.

L'internationalisation du pouvoir constituant originaire permet l'intrusion d'Etats ou d'organisations internationales dans l'exercice d'un pouvoir qui n'est censé, ni se transférer, ni s'exercer en commun avec d'autres Etats souverains¹¹. Elle porte les conditions de la violation d'un principe essentiel du droit international, l'égalité souveraine des Etats et du principe de non ingérence dans les affaires intérieures. En effet, cette règle ne peut coexister avec une pratique qui correspond à « la déposition complète des compétences du souverain – peuple ou nation – pour rédiger la constitution, voire pour l'adopter »¹². Cette forme d'internationalisation par sa nature même n'a pas à se conformer aux principes du droit interne mais elle ne s'inscrit pas davantage dans le respect du droit international, tel qu'il existe aujourd'hui d'une part à cause des conditions que fixent la charte des nations unies pour sublimer l'interdiction d'ingérence dans les compétences nationales, et d'autre part en raison de la définition même de l'internationalisation.

Pour qu'un transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale soit admis en droit international, il faudrait que l'on soit dans le cadre de la clause terminale de l'article 2 paragraphe 7 de la charte des Nations unies. En effet, cette disposition autorise le Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII à intervenir dans les affaires qui relèvent en principe essentiellement de la compétence nationale ou de soumettre ces affaires à une procédure de règlement aux termes de la charte des nations unies. Or dans les cas recensés de transfert effectif du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, aucune résolution du Conseil de sécurité ne mentionne le recours à cette exception.

Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale ne répond pas non plus à la définition de l'internationalisation. Louis Delbez rappelle qu'« internationaliser un rapport juridique – ou une situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de rapports – c'est soustraire ce rapport au droit interne, qui le régissait

¹¹ Sauf s'il a pour objet de créer un nouvel Etat fédéral.

¹² MAZIAU Nicolas, *op.cit.*, p. 552.

jusqu'alors, et le placer sous l'empire du droit international qui le régira dorénavant »¹³. En ce qui concerne le pouvoir constituant originaire, le droit international ne s'oppose pas directement à cette internationalisation fonctionnelle. Néanmoins, il peut être déduit de certains principes du droit international que le pouvoir constituant originaire mérite une protection particulière car il concerne les principes d'indépendance, d'égalité souveraine et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Eu égard à ces règles fondamentales, l'exercice du pouvoir constituant originaire requiert l'autonomie et le respect des souverainetés interne et externe. Même si le droit international public et le droit constitutionnel ne régissent pas de façon identique l'existence et l'action de l'Etat, ils ne s'opposent pas dans les principes essentiels qui régissent l'exercice du pouvoir constituant originaire.

Le droit international public et le droit constitutionnel par leur objet commun, l'Etat, forment un système juridique¹⁴. Cette construction a pour objectif de préciser les règles et principes relatifs à l'existence et l'action de l'Etat, dans sa sphère de compétence interne et dans ses relations extérieures. Qu'il s'agisse des sphères interne ou internationale, la souveraineté demeure le principe fondamental qui caractérise l'Etat. Aucune procédure concernant l'Etat ne peut avoir pour dessein d'annihiler cette valeur indispensable. Dans le système juridique que composent le droit constitutionnel et le droit international public, la logique juridique consiste à mettre en œuvre et à organiser la souveraineté dans le sens de sa consécration. Les compromis nécessaires à la coexistence des Etats, au maintien de la structure étatique et à la résolution de crises graves, ne peuvent conduire dans cette logique juridique à un abandon du principe de souveraineté des Etats. Le respect de la souveraineté doit toujours exister au moins formellement.

Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale en se fondant sur la « dépossession complète de compétences du Souverain »¹⁵, ne peut *a priori* être considéré comme une méthode permettant un respect même formel de la souveraineté. Le transfert du pouvoir constituant originaire conduit alors à s'interroger sur sa validité dans le système juridique. Il est une réalité qui s'oppose à celle des normes prévalant dans l'ordre du droit public. La logique juridique, ne s'appuyant que sur la réalité normative, ne

¹³ DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *op. cit.*, p.5.

¹⁴ Ils forment un système juridique dans le sens où ils constituent l'ensemble des règles relatives au droit de l'Etat.

¹⁵ MAZIAU Nicolas, *op.cit.*, p. 552.

peut valider cette forme d'internationalisation du pouvoir constituant originaire. Le constitutionnalisme demeure un processus se fondant sur l'exercice libre et souverain du pouvoir constituant.

Toutefois, il est impossible de faire abstraction de certains éléments d'analyse. Tout d'abord, le pouvoir constituant originaire se caractérise par une nature particulière. Il naît dans le fait pour ensuite seulement créer le droit. Il est rebelle à toute théorisation juridique c'est-à-dire qu'aucune règle même juridique ne peut lui être imposée. Ensuite, la souveraineté n'est plus envisagée de façon absolue, elle peut être exercée en commun sans disparaître¹⁶. Enfin, la réalité internationale ne se limite pas aux possibilités qu'offre le droit. Ce dernier requiert un respect de la souveraineté alors que la politique internationale se fonde non sur le principe d'égalité souveraine mais sur celui d'inégalité de puissance. Le droit constitutionnel est confronté à des situations qui touchent la politique, la morale ou la philosophie. Dans la sphère internationale, face à l'affaiblissement de l'Etat dans le tiers monde et la multiplication des situations de crises graves, la communauté internationale a dû développer de nouveaux modes d'intervention dans un souci d'efficacité et de stabilité internationale.

Lorsqu'un Etat traverse une crise qui lui retire toute capacité de maîtriser son territoire et de prendre des décisions, il se trouve naturellement dépossédé de sa souveraineté soit en raison d'un conflit interne rendant tout exercice de la souveraineté impossible (Bosnie-Herzégovine), soit par l'effondrement du système juridique interne (Allemagne, Japon en 1945) soit par son inexistence (Chypre en 1960). Sa volonté est difficile à définir car il est dépourvu d'une autorité effective susceptible de s'imposer. Cet anéantissement de l'Etat nécessite une action spécifique qui ne peut tenir compte d'une souveraineté qui n'existe plus¹⁷.

Dans ces circonstances, le transfert du pouvoir constituant originaire s'impose¹⁸. Sa légitimité est morale et politique. L'inaction de la communauté internationale en raison d'un trop grand formalisme juridique peut conduire à une radicalisation du conflit (Bosnie-

¹⁶ On fait ici référence à la construction européenne.

¹⁷ C'est le cas de la Somalie.

¹⁸ Voir CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *in* Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 25.

Herzégovine). L'action internationale intervient à la suite d'un fait préalable, la disparition des conditions d'exercice de la souveraineté. L'objectif consiste alors à instaurer ou restaurer un Etat de droit. La réalité politique oblige à une action tout à fait opposée à la théorie du pouvoir constituant. La stratégie ainsi mise en œuvre, se fonde sur une nouvelle interprétation des principes juridiques.

En fait, bien que la théorie du droit consacre le lien irréductible entre le peuple et le pouvoir constituant depuis les révolutions française et américaine, l'Histoire compte de nombreux exemples de constitutionnalisme atypique. Après la Révolution française, bien que la France soit à l'origine de la nouvelle conception démocratique du constitutionnalisme, elle est paradoxalement la première à déposséder d'autres peuples de leur pouvoir constituant originaire. Les « Républiques sœurs » constituent la première expérience effective de transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité étrangère. Le décret du 19 novembre 1792 proclame que « la Convention nationale [...] accordera fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer la liberté et invite le pouvoir exécutif à donner aux généraux français les ordres nécessaires pour porter secours à ces peuples »¹⁹. L'idée des Républiques sœurs consiste, au nom des principes nés de la Révolution et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à imposer par une intervention militaire ou par une simple menace, le modèle républicain français.

De 1795 à 1799, cinq Républiques sœurs sont créées et reconnues officiellement: les Républiques batave, cisalpine, ligurienne, helvétique et romaine. La position officielle de la France, en ce qui concerne les constitutions de ces républiques, reste la non ingérence vis-à-vis de leur adoption. Cependant, dans chacun de ces territoires la constitution a été d'une façon ou d'une autre imposée par la France ou ses représentants. En République batave, le texte est rédigé à Paris puis confié à l'ambassadeur français. Pour l'imposer, il organise un coup d'Etat afin de réduire l'opposition fédéraliste au sein de l'assemblée constituante batave. La Commission chargée ensuite de rédiger la constitution se contente de traduire la constitution unitaire dictée par Paris. Avant l'adoption des articles et de l'ensemble de l'acte constituant, le consentement de l'ambassadeur français est nécessaire.

¹⁹ HAROUEL Jean-Louis, *Les Républiques sœurs*, Puf, Que sais-je ?, Paris, 1997, p. 9.

La République cisalpine naît de la volonté de Bonaparte de créer une grande république au Nord de l'Italie. Sa constitution est ainsi octroyée par Bonaparte. Après avoir recueilli les avis d'un comité de juristes et d'hommes politiques italiens qu'il a désigné, Bonaparte décide de reproduire en Cisalpine les institutions de la Constitution de l'an III. Ainsi, le texte est promulgué par une ordonnance de Bonaparte le 9 juillet 1797. A Gènes, pour éviter une intervention militaire, le Sénat génois délègue auprès de Bonaparte des sénateurs. La République ligurienne opéra ainsi sa réforme constitutionnelle sous la menace d'une intervention militaire française. Le même procédé est utilisé à Rome. Le Pape accepte une réforme constitutionnelle sous la menace d'une intervention militaire. Le Directoire nomme, le 31 janvier 1798, une commission civile pour créer une nouvelle république sœur. Elle établit un texte fortement inspiré de la Constitution de l'an III et le promulgue le 20 mars 1798.

Avec la création de la Cisalpine, la Suisse acquiert un intérêt stratégique pour la France : la route la plus directe entre Paris et Milan passe par le Valais, allié des cantons suisses. A la fin de l'année 1797, la future constitution d'un Etat unitaire helvétique est rédigée par Ochs, patriote suisse réfugié à Paris, et approuvée par le Directoire. La révolution suisse est orchestrée depuis Paris. Le texte parisien est adopté sans discussion en avril 1798²⁰.

En définitive, les Républiques sœurs sont toutes soumises à l'autorité parisienne dont elles tiennent leur existence. Aussi, cessent-elles d'exister lorsque le modèle républicain français est écartée par l'avènement de l'Empire. Le constitutionnalisme impérialiste prend alors une autre envergure avec les conquêtes napoléoniennes. En 1790, la France comptait 83 départements, sous l'Empire 130. S'y ajoutent les royaumes d'Italie, de Naples, de Westphalie, la Toscane, la Hollande, les Confédérations helvétique et du Rhin, l'Espagne et le Grand-duché de Varsovie. Autant de territoires auxquels il fallait offrir des constitutions, ou du moins, pour lesquels il convenait d'améliorer le système de gouvernement afin qu'ils intègrent le modèle issu de l'Empire.

Au début du XX^{ème} siècle, les Etats-Unis, autre Etat instigateur du constitutionnalisme démocratique, s'ingère dans l'exercice du pouvoir constituant

²⁰ Cependant, le principe unitaire est inadapté et une seconde constitution est adoptée en 1802 mais ne réduit pas les résistances.

originaire cubain. L'accession à l'indépendance de cet Etat a été progressive et soumise à une condition de nature constitutionnelle. Colonie espagnole jusqu'au traité de Paris de 1898, Cuba obtient une indépendance formelle après la guerre hispano-américaine. L'île reste sous la tutelle américaine jusqu'en 1902. C'est sous cette nouvelle occupation qu'est organisée par les Etats-Unis une procédure constituante. Une assemblée est élue en novembre 1900. Durant une année, les conventionnels élaborent une constitution républicaine, calquée sur la loi fondamentale américaine. Toutefois, les Etats-Unis exigent l'introduction par les conventionnels d'un amendement préparé par le Sénat américain. L'amendement Platt subordonne le départ des Américains à un droit permanent d'intervention dans l'île reconnu constitutionnellement²¹. Cette clause est incluse dans le texte des conventionnels cubains le 12 juin 1901²². Bien que les constituants cubains aient consenti à cette ingérence, le pouvoir constituant originaire était en fait confisqué, l'ingérence dans le pouvoir constituant originaire était davantage subie qu'acceptée²³.

Plus récemment, le droit constitutionnel a acquis une importance primordiale dans le rétablissement de la paix. Le Conseil de sécurité, dans le dessein de résoudre la crise ivoirienne, a entériné les différents accords de paix²⁴ comportant des éléments constitutionnels. Ces textes incitent la Côte d'Ivoire à modifier la Constitution notamment en abandonnant une disposition qui limite la candidature à l'élection présidentielle en se « référ[ant] à des concepts dépourvus de valeur juridique ou relevant de textes législatifs »²⁵. Cette révision constitutionnelle est au cœur de la crise ivoirienne. Dans son

²¹ Dans l'exposé des motifs : « [...] le Président, par la présente, est autorisé à laisser le gouvernement et le contrôle de cette île à son peuple, dès que sera établi dans l'île un gouvernement constitutionnel, et dans sa Constitution ou dans une ordonnance conjointe seront définies les futures relations entre Cuba et les Etats-Unis, en substance comme définies ci-après : [...] ».

Article 3 : Le gouvernement de Cuba accepte que les Etats-Unis puissent exercer le droit d'intervention pour préserver l'indépendance de Cuba et maintenir un gouvernement capable de protéger les vies, la propriété et la liberté individuelle et d'accomplir les obligations qui, concernant Cuba, ont été imposées aux Etats-Unis par le traité de Paris et qui doivent désormais être assumées et accomplies par le gouvernement de Cuba. [...] Article 7 : Pour que les Etats-Unis aient la possibilité de maintenir l'indépendance de Cuba et de protéger le peuple de celle-ci, ainsi qu'en vue de sa propre défense, le gouvernement de Cuba vend ou loue aux Etats-Unis les terres nécessaires pour l'établissement de dépôts de charbon ou de bases navales en certains points qui seront déterminés avec le président des Etats-Unis.

Voir <http://www.tlfq.ulaval.ca/AXL/amsudant/Cuba-Platt-amend.htm>

²² L'amendement Platt est aussi inséré dans le Traité permanent américano-cubain signé le 21 mai 1903.

²³ Pour les données historiques, voir FRANCOIS MANIGAT Leslie, *L'Amérique latine au XXème siècle 1889-1929*, Editions Richelieu, Québec, 1973, p. 113 à 122.

²⁴ Accords de Linas-Marcoussis (24 juin 2003), d'Accra III (30 juillet 2004) et de Prétoria (6 avril 2005).

²⁵ Accords de Linas-Marcoussis (S/2003/99 annexe I). L'article 35 de la Constitution ivoirienne relatif au « Président de la République dispose : « Il doit être ivoirien d'origine, né de père *et* de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine ». Les Accords de Linas-Marcoussis recommandent au gouvernement de réconciliation

rapport du 6 janvier 2004, le Secrétaire général des Nations unies rappelle que « les parties ivoiriennes et leurs dirigeants doivent [...] se pencher sur certaines questions fondamentales de façon à rendre le processus de paix irréversible ». « A cette fin, [...] le gouvernement doit mener à terme l'examen des réformes envisagées dans l'accord de Linas-Marcoussis, en particulier celles relatives à l'article 35 de la constitution »²⁶.

Le 17 décembre 2004 l'Assemblée nationale ivoirienne adopte la réforme de l'article 35 en ces termes : « le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Il n'est rééligible qu'une fois. Le candidat doit jouir de ses droits civils et politiques et être âgé de trente cinq ans au moins. Il doit être exclusivement de nationalité ivoirienne, né de père ou de mère ivoirien d'origine ». La promulgation de ce texte n'aura jamais lieu. En effet, l'article 126 de la constitution ivoirienne rend obligatoire le recours au référendum pour l'adoption d'une révision constitutionnelle relative à l'élection du Président de la République²⁷. L'exercice du pouvoir constituant dérivé sur ce sujet relève directement de la compétence du peuple. Mais, l'organisation d'un référendum divise l'ensemble des parties ivoiriennes. L'Assemblée nationale refuse d'ajouter un amendement au texte obtenu, qui subordonnerait la promulgation de la réforme de l'article 35 aux dispositions de l'article 126. Par ailleurs, l'article 127 proscriit toute révision constitutionnelle « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire »²⁸.

Pour sortir de cette impasse, le médiateur, le Président sud-africain, Thabo Mbeki s'appuie sur le paragraphe 14 des accords de Prétoria²⁹. Il appartient au médiateur de décider de la question de l'éligibilité à la présidence de la République après consultation du Président de l'Union africaine, Son Excellence le Président Olusegun Obasanjo, et du Secrétaire général des Nations unies, Son Excellence Kofi Annan. L'accord de Prétoria précise que « la décision issue de ces consultations sera communiquée aux leaders ivoiriens et que « le médiateur fera diligence pour régler cette question ». Le 11 avril 2005

nationale de proposer une révision du texte en ces termes : « Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Il n'est rééligible qu'une fois. Le candidat doit jouir de ses droits civils et politiques et être âgé de trente-cinq ans au moins. Il doit être exclusivement de nationalité ivoirienne né de père ou de mère Ivoirien d'origine ». Cette révision n'a pas encore eu lieu.

²⁶ *Rapport du Secrétaire général sur la mission des nations unies en Côte d'ivoire en application de la résolution 1514 du Conseil de sécurité*, S/2004/3, 6 janvier 2004.

²⁷ L'article 126 dispose : « Est obligatoirement soumis au référendum le projet ou la proposition de révision ayant pour objet l'élection du Président de la République, l'exercice du mandat présidentiel, la vacance de la Présidence de la République et la procédure de révision de la présente constitution ».

²⁸ Article 127 de la constitution ivoirienne.

²⁹ Accord de Prétoria pour la paix en Côte d'ivoire, 6 avril 2005, S/2005/279 annexe I.

Thabo Mbeki adresse une lettre au Président de la République de Côte d'Ivoire dans laquelle il fait part de l'« importance primordiale de respecter la substance de l'amendement constitutionnel à l'article 35 contenu dans l'accord de Linas-Marcoussis »³⁰ tout en prenant en considération les articles 126 et 127 de la constitution ivoirienne. Il décide ainsi « en tant que médiateur, que pour ce qui concerne les élections présidentielles de 2005, le Conseil Constitutionnel devrait accepter l'éligibilité des candidats qui seraient présentés par leurs partis politiques signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis »³¹. « Aussi, les autorités de la Côte d'Ivoire devront-elles prendre les mesures nécessaires pour donner force légale à la décision du médiateur concernant l'article 35 »³².

Afin de donner force légale à sa décision, le médiateur demande au Président de la République de recourir aux pouvoirs exceptionnels de l'article 48. En effet, « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances après consultation obligatoire du Président de l'Assemblée nationale et celui du Conseil constitutionnel ». Conformément à cet article, le 26 avril 2005, le Président de la République décide que pour l'organisation des prochaines élections présidentielles, tous les candidats nommés par les partis politiques signataires de l'accord de Linas-Marcoussis seront autorisés à se présenter à l'élection.

Par l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels, Laurent Gbagbo autorise une dérogation à l'article 35 et confirme l'impossibilité de recourir au pouvoir constituant dérivé pour satisfaire les exigences de l'accord de Linas-Marcoussis. Ce pouvoir constituant dérivé ne peut exister que dans le cadre fixé par le pouvoir constituant originaire : celui de l'organisation d'un référendum dans un contexte politique pacifié. La dérogation à l'article 35 ne pourra devenir permanente qu'après une décision du peuple. En effet, la révision de l'article 35 dépendra du résultat de élections présidentielles. Si le candidat vainqueur est de père et de mère ivoirien, la réforme de l'article 35 sera fortement

³⁰ La lettre de Thabo Mbéki aux signataires de l'Accord de Pretoria, <http://www.cndj.ci> (actualités)

³¹ Ibid. Le médiateur précise également que : « il est également important de respecter l'autorité de la loi en donnant effet à cette décision. A cet égard, il ne conviendra pas d'obliger le Conseil Constitutionnel à agir illégalement ».

³² Ibid.

compromise. En revanche, si le peuple choisit un candidat de père ou de mère ivoirien, la révision de la constitution deviendra indispensable, le peuple ayant donné son avis sur les choix de Linas-Marcoussis.

Cependant, le mandat du Président Gbagbo étant arrivé à échéance sans qu'aient pu être organisées les élections présidentielles³³, le Conseil de sécurité « agissant en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies », a décidé le 21 octobre 2005 de prolonger le mandat du Président de la République « pour une période n'excédant pas 12 mois »³⁴.

Le droit constitutionnel dans son ensemble trouve ainsi un réel écho au niveau international. Toutefois, il n'existe pas encore de droit constitutionnel international. Seule la construction européenne a failli donné naissance à un droit constitutionnel régional. Le traité établissant une constitution pour l'Europe aurait permis l'émergence d'un droit constitutionnel sans Etat. Malgré des incomplétudes, il comportait des éléments pour la création d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel. L'émergence de cette nouvelle matière exigeait l'exercice du pouvoir constituant originaire des Etats. Celui-ci aurait permis la consécration de la primauté constitutionnelle du droit communautaire sur les constitutions nationales. Cette « révolution » n'ayant pas eu lieu, le droit constitutionnel international se limite encore aujourd'hui à la stratégie internationale de (re)construction de l'Etat.

Cette stratégie se caractérise par une conjoncture déterminée qui ne peut trouver de solution par le recours à une interprétation stricte des normes de principe. Elle est une réponse adaptée à la crise que traverse l'Etat à (re)construire. Elle consiste à exercer le pouvoir constituant originaire bien que la souveraineté soit inexistante. Ainsi, le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale s'appuie sur de nombreuses contradictions théoriques. Il s'inscrit dans une situation d'altération de la souveraineté interne. Le recours à cette méthode est exceptionnel et se justifie par une situation d'urgence caractérisée, nécessitant une action politique efficace. Ces mêmes circonstances expliquent son radicalisme quant à la réduction de la portée des principes fondamentaux du droit public. Toutefois, ces arguments ne peuvent faire oublier le problème théorique que

³³ Les élections présidentielles auraient dû avoir lieu le 31 octobre 2005.

³⁴ S/RES/1633

sous-tend une telle procédure constituante : la dépossession de la souveraineté dans un système qui la consacre.

Deux types d'analyses sont possibles. Soit le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale est le vecteur d'une évolution des principes auxquels se réfèrent les droits constitutionnel et international. Soit, il n'est qu'une instrumentalisation excessive des techniques juridiques et demeure une démarche strictement politique dont les implications juridiques sont minimales.

La réponse aux problèmes juridiques que pose cette pratique dans l'ordonnement juridique se doit d'intégrer l'intérêt politique de la méthode. Cependant, il est impossible d'ignorer que le bénéfice politique d'une telle immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire reste controversé à l'instar des exemples chypriote ou de la Bosnie-Herzégovine. La pertinence du problème juridique est renforcée par le fait que dans le cadre de ce transfert du pouvoir constituant originaire, « la communauté internationale –ou spécialement les « *Puissances* »- utilise la fiction comme outil devant permettre de parvenir aux fins recherchées avec *les apparences de la légalité* »³⁵.

Tout en étant dans l'impossibilité de reconnaître l'importance essentielle de la participation du peuple ou de la nation au processus constituant, « les Puissances »³⁶ « continue[nt] de considérer comme nécessaire ou utile la référence au peuple ou la nation dans le processus d'adoption de la constitution »³⁷. Sans le maintien du lien entre le peuple et le pouvoir constituant, le débat concernant la nature du transfert du pouvoir constituant originaire n'aurait aucune raison d'être. En revanche, le recours à la fiction confirme la non appartenance de cette méthode au constitutionnalisme moderne. Il reste l'exception qui confirme la règle en matière d'exercice du pouvoir constituant originaire. Aussi lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, il est essentiel de maintenir, même dans les situations les plus délicates, l'apparente participation du peuple à la procédure constituante.

³⁵ MAZIAU Nicolas, *op.cit.*, p. 552. Les précisions en italiques sont faites par nous.

³⁶ Ce terme corrobore l'idée que le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale s'inscrit dans la rupture du principe d'égalité souveraine et s'inscrit plutôt dans celui de l'inégalité de puissance entre les États. Or, ce dernier principe n'existe pas en droit international.

³⁷ MAZIAU Nicolas, *op.cit.*, p.553.

En effet, le transfert du pouvoir constituant originaire, en tant que substitution de la communauté internationale au peuple souverain et aux organes qui le représentent³⁸, n'est pas le principal outil dans la stratégie constitutionnelle internationale. Lorsqu'il s'agit d'internationalisation du pouvoir constituant, il est plus souvent fait recours à l'assistance constitutionnelle. Dans une situation de carence caractérisée de l'Etat dans laquelle il n'y a plus de gouvernement susceptible d'établir un nouvel ordre juridique, l'ONU donne la parole constitutionnelle au peuple. L'assistance constitutionnelle consiste à maintenir la qualité nationale de la norme constitutionnelle par le recours au pouvoir constituant démocratique. Bien qu'elle représente une forme d'internationalisation du pouvoir constituant originaire, l'assistance constitutionnelle ne consiste pas en un transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale. Elle s'oppose au contraire à la substitution constituante en maintenant l'exercice national du pouvoir constituant originaire.

Cette qualité nationale qui fait défaut aux constitutions obtenues par la substitution constituante n'entraîne pas leur nullité. Certes, le pouvoir constituant originaire ne peut se dissocier de la souveraineté du peuple, mais la norme constitutionnelle ne doit pas sa validité juridique à son auteur. D'ailleurs, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Par conséquent, une constitution se juge en droit par sa qualité normative. L'internationalisation matérielle des constitutions³⁹ n'est donc nullement mise en cause.

Sur le fond, la plupart des constitutions contemporaines développent les mêmes idées en raison du consensus international existant autour des principes de l'Etat de droit et de la démocratie. Les droits de l'homme, la séparation des pouvoirs, la garantie du système constitutionnel sont des thèmes récurrents des constitutions bien qu'ils y prennent la forme de modalités diverses. Toute constitution adoptée en s'appuyant sur l'idéologie démocratique dominante est conforme à l'idée de souveraineté. Même si les matières constitutionnelles sont identiques quels que soient les Etats, les acteurs et procédures

³⁸Voir MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste » », *RGDIP*, 2002, n°3, p. 550.

³⁹ Voir MAUS Didier, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, Paris, 2001, p 87.

restent propres à chaque ordre juridique interne. Dans le cadre d'une internationalisation matérielle, le pouvoir constituant conserve son intégrité. En revanche, lorsqu'il y a hétéronomie formelle, le pouvoir constituant est directement exposé. La volonté, les acteurs et les procédures constituantes sont soumis à des choix externes. La souveraineté étatique constituante et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peuvent être vidés de leur contenu. L'objectif est alors de déterminer ce que représente aujourd'hui une telle pratique dans les ordres juridique interne et international parce qu'il ne s'agit pas de faire simplement une constitution mais d'exercer le pouvoir constituant originaire. En effet, dès lors qu'il y a élaboration d'une constitution, le pouvoir constituant originaire apparaît.

La réponse aux problèmes juridiques que pose le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale peut émerger de différentes approches. Soit, il est possible d'adopter une démarche qui consiste à faire une étude systématique des divers cas ; soit l'on peut opter pour une analyse globale axé sur le problème fondamental qui découle de cette pratique c'est-à-dire celui de la souveraineté.

La première solution conduit à distinguer trois situations conduisant au transfert du pouvoir constituant originaire : le constat de la fin d'un système politique et juridique, la décolonisation et le processus de résolution d'un conflit. Elle a l'avantage de permettre l'étude de ces contextes différents mais a surtout l'inconvénient de ne pas permettre une analyse continue de la problématique générale choisie. En effet, le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale quelles que soient les raisons qui le justifie a toujours les mêmes implications pour la souveraineté. La véritable différence ne se fait pas en raison des circonstances (décolonisation, processus de paix ou fin d'un système politique) mais elle existe au niveau des choix faits concernant l'exercice du pouvoir constituant originaire dans un contexte de désordre politique. Par conséquent, cette première démarche ne permet pas de faire la distinction essentielle entre les cas de substitution constituante et d'assistance constitutionnelle. Ainsi, bien que les cas chypriote et namibien aient pour point commun la réalisation de l'autodétermination, l'exercice internationalisé du pouvoir constituant originaire n'a pas pris la même forme : à Chypre, les autorités internationales concernées ont opté pour la substitution constituante alors qu'en Namibie, l'intervention de l'ONU a permis d'assister à assistance constitutionnelle renforcée. En Bosnie-Herzégovine et au Cambodge, le processus constituant internationalisé est lié à la résolution d'un conflit complexe. Pourtant, dans le premier cas,

il s'agit d'un cas de transfert du pouvoir constituant originaire alors que dans le second d'une assistance constitutionnelle renforcée.

La seconde approche permet tout en situant chaque exemple dans son contexte d'étudier ce que représente un tel phénomène pour le pouvoir constituant originaire et la souveraineté. Elle permet surtout de mieux répondre à la problématique choisie c'est-à-dire savoir comment le juriste doit appréhender une pratique constituante complexe qui est le fruit de la crise de la souveraineté, dont l'objet est la restauration de l'Etat mais dont le fondement s'oppose à la signification du pouvoir constituant originaire puisqu'il consiste à établir une constitution en dépossédant l'Etat de sa souveraineté constituante.

Le choix d'une telle approche nécessite malgré tout de définir préalablement les modalités de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire afin de compléter l'analyse de la problématique choisie. En effet si des paramètres politiques peuvent faire varier le niveau d'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant, l'internationalisation de cette compétence suppose toujours d'intégrer d'une part des acteurs (internationalisation formelle) et des instruments du droit international (internationalisation matérielle). Ainsi, sur le plan formel, le pouvoir constituant originaire d'un Etat est-il internationalisé lorsque le processus constituant trouve son origine dans un instrument du droit international ou une situation internationalisée. Sur le fond, l'internationalisation du pouvoir constituant originaire s'exprime par une constitution matérielle reconnaissant et intégrant les normes et valeurs fondamentales du droit international.

L'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire suppose le recours à un instrument appartenant au droit international. L'exercice du pouvoir constituant originaire ne doit plus uniquement représenter un simple enjeu national. Son internationalisation est source d'effet juridique à la fois aux niveaux interne et international, c'est-à-dire qu'il s'inscrit dans une procédure créatrice de droit international. Dans la mesure où le pouvoir constituant originaire a pour objet de créer un nouvel ordre juridique, une fois internationalisé, il doit exprimer la mise en œuvre d'un Etat de droit aux fondements négociés par conséquent, le traité est alors l'instrument le mieux adapté puisqu'il est toujours le fruit de négociations et compromis. Cependant, il arrive que les circonstances justifient que l'internationalisation du pouvoir constituant originaire se réalise par l'acte unilatéral d'une autorité internationale. Il peut arriver également que

l'internationalisation découle d'une situation internationale c'est-à-dire qu'elle ne s'appuie pas sur aucun acte juridique mais sur un fait notamment l'occupation du territoire d'un Etat par un autre.

Lorsque l'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire passe par la voie conventionnelle, il peut s'agir soit d'un accord interne internationalisé soit d'un traité international. L'accord interne internationalisé a pour principal objectif d'organiser la paix à l'issue d'un conflit. Il va participer à l'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire lorsqu'il comprendra un volet sur la réforme constitutionnelle. Ainsi, dans la résolution des conflits rwandais, afghan, congolais et centrafricain, les accords de paix envisage un processus constitutionnel. Dans chacun de ces exemples sauf en Centrafrique⁴⁰, la mise en œuvre de l'accord a conduit à l'adoption effective d'une nouvelle constitution dans le cadre d'une collaboration avec les représentants de la Communauté internationale ayant participé aux négociations. Ces accords internes internationalisés s'appuient sur l'idée que la paix a plus de chance d'être restaurée si elle n'est pas imposée. Ils reconnaissent de la même façon la nécessité de la médiation tout en admettant son insuffisance pour réussir la paix : les accords de paix doivent être la propriété des gens qui la font⁴¹. Ils excluent les représentants de la communauté internationale comme partie. Ainsi, l'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire dans ces accords internes internationalisés ne consiste pas à déposséder les Etats de leur pouvoir constituant mais à leur fournir une assistance constitutionnelle internationale.

Cependant, le rétablissement de la paix est un processus parfois complexe et « mystérieux », il n'obéit pas à aucun « code rigide »⁴². Ainsi, bien que la réconciliation exige la seule volonté des acteurs du conflit, son succès dépend dans certaines circonstances, d'une participation des autorités internationales comme parties au traité de paix. Le pouvoir constituant originaire est alors internationalisé par la nature l'acte et non

⁴⁰ Les accords de Bangui ne son pas parvenus à mettre un terme à la crise centrafricaine. Elle se poursuit encore aujourd'hui. Après l'achèvement de la mission de l'ONU (MINURCA), la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale a créé un comité *ad hoc* sur la Centrafrique qui dirige une force multinationale dans l'Etat en crise.

⁴¹ ZARTMAN William, « Fin des conflits et réconciliation : conditions pour une paix durable- Conclusion » in *Fin des conflits et réconciliation : condition pour une paix durable*, Acte du colloque du Centre mondial de la paix, *Les cahiers de la paix*, n°10- 2004, p. 233.

⁴² CONAC Gérard, « Discours de clôture », in *Fin des conflits et réconciliation : condition pour une paix durable*, Acte du colloque du Centre mondial de la paix, *Les cahiers de la paix*, n°10- 2004, p. 244 et s.

seulement par la collaboration internationale à l'élaboration et à la mise en œuvre de l'accord de paix. Lorsque le traité international est l'instrument de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire, toutes les règles qui régissent l'élaboration et l'adoption de la constitution relèvent du droit international. Le principe *pacta sunt servanda* limite l'expression du pouvoir constituant originaire. L'ensemble des parties, acteurs extérieurs et nationaux est tenu par les termes de l'accord pour la réalisation des objectifs fixés. A Chypre⁴³, au Cambodge⁴⁴ et en Bosnie-Herzégovine⁴⁵, des accords internationaux ont conduit à une telle internationalisation du pouvoir constituant originaire.

L'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire peut également dépendre d'un acte unilatéral d'une autorité internationale, plus précisément des résolutions du Conseil de sécurité, en sa qualité de principal responsable du maintien de la paix et de la sécurité internationales. En Namibie, l'internationalisation du pouvoir

⁴³ A Chypre, la complexité du processus menant à l'autodétermination est telle que l'internationalisation du pouvoir constituant originaire s'est faite en deux temps. Le 11 février 1959, la Grèce et la Turquie signent à Zurich un traité relatif à la structure de base de l'Etat chypriote indépendant. En 27 articles, les deux Etats définissent l'organisation et le fonctionnement de l'île chypriote. L'article 26 dispose : « La création du nouvel Etat prendra effet avec la signature de traités qui devront être établis aussi tôt que possible » (Traduit par nous, « The new state which is to come being with signature of the Treaties shall be established as quickly as possible [...] »). <http://www.kypros.org> (Constitution/ treaty). Le 19 février 1959, à Londres, le statut de Chypre est confirmé par le Royaume uni, la Grèce, la Turquie et les représentants des communautés chypriotes grecque et turque. Le même jour sont également consacrés les traités auxquels est subordonnée l'indépendance de Chypre. Il s'agit du traité de garantie entre la République de Chypre et la Grèce et du traité d'alliance entre les républiques chypriote, grecque et turque.

⁴⁴ Au Cambodge, les accords de Paris fixent les conditions du retour à la paix. Dans un contexte de fin de guerre froide, le rétablissement de la paix dans ce pays concerne l'ensemble de la communauté internationale. En effet, le conflit cambodgien oppose en plus des protagonistes nationaux, des acteurs externes, dont le Vietnam. Pour la description de la situation au Cambodge, voir *infra* (Partie I, Titre I, Chapitre II). A partir de la médiation des cinq membres permanents du Conseil de sécurité, la Conférence internationale organisée à Paris pour la résolution de la crise cambodgienne parvient à un accord définitif le 23 octobre 1991. Cet accord comprend trois instruments : l'accord pour un règlement global du conflit du Cambodge, l'accord relatif à la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité et l'inviolabilité territoriale, la neutralité et l'unité nationale du Cambodge et la déclaration sur le relèvement et la reconstruction du Cambodge. « Ces instruments, dont l'ensemble constitue le règlement global auquel la Conférence de Paris avait pour objectif de parvenir, sont ouverts à la signature des Etats participant à la Conférence de Paris » (A/46/608- S/23177, 30 octobre 1991- Acte final de la Conférence de Paris sur le Cambodge). « Les Etats participants à la Conférence invitent les autres Etats à adhérer aux deux accords ». Il s'agit d'accords multilatéraux ouverts. L'ensemble des Etats participants, parties au traité avec le Cambodge, sont liés par l'annexe 5 de l'accord pour un règlement global du conflit, relatif aux principes pour une nouvelle constitution du Cambodge. Les autorités cambodgiennes sont tenues de respecter les valeurs et règles constitutionnelles internationalement négociées. Les autres Etats parties s'engagent à apporter leur entière coopération pour que ce règlement global soit mené à bien et à apporter leur aide à sa mise en œuvre.

⁴⁵ Les accords de Dayton, signés le 14 décembre 1995, relatifs à la résolution du conflit en Bosnie-Herzégovine comprennent dans leur annexe 4 la constitution bosnienne. Ils sont ainsi le cadre de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Sont parties aux accords de Dayton, la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie. L'annexe 4 est signée par la République de Bosnie-Herzégovine et ses deux entités constitutives (la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la République Srpska). Cependant, l'article 5 de l'accord-cadre général dispose : « Les parties accueillent avec satisfaction et approuvent les arrangements conclus en ce qui concerne la Constitution de Bosnie-Herzégovine, tels qu'ils sont énoncés à l'annexe 4. Les parties respecteront intégralement les engagements qui y sont pris et promouvront leur exécution ».

constituant originaire est le résultat d'une mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité posant l'indépendance de la Namibie comme objectif incontournable. Ces actes unilatéraux du Conseil de sécurité ont été la condition d'un exercice internationalisé du pouvoir constituant originaire.

Dans des contextes politiques bien différents, les Etats vaincus de la seconde guerre mondiale et l'Irak ont subi une occupation qui a entraîné l'internationalisation du pouvoir constituant originaire. Suite à un conflit international et à une intervention militaire des Etats-Unis et ces Alliés, l'Allemagne, le Japon et l'Irak ont perdu la maîtrise de leur territoire et *a fortiori* l'exercice libre de leur souveraineté. Le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre définit en son article 42 l'occupation : « un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie ». Une telle situation n'implique pas forcément l'internationalisation du pouvoir constituant originaire. Cependant, l'occupation se caractérise avant tout par la nécessité de concilier divers intérêts. Elle est « une forme particulière d'expression de la violence de guerre »⁴⁶. Elle « n'est pas une question de droit mais une question de fait »⁴⁷. Bien que le droit de la guerre interdise en principe toute ingérence dans les affaires intérieures durant l'occupation, l'internationalisation de la reconstruction de l'Etat est une nécessité pour la garantie de la paix et de la sécurité internationales. En 1945, le contexte et les enjeux politiques justifient l'internationalisation du pouvoir constituant originaire allemand et japonais. L'Allemagne est à l'initiative de la seconde guerre mondiale au cours de laquelle elle a perpétré un génocide. Il est impossible de restaurer le système de Weimar qui n'a su empêcher la montée du régime nazi. En tout état de cause, les ordres constitutionnels allemand et japonais représentent un danger pour la paix et la sécurité internationales⁴⁸. En Irak, la résolution 1483 internationalise la situation d'occupation en définissant les

⁴⁶ STARITA Massimo, « L'occupation de l'Irak : le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *R.G.D.I.P.*, 2004, p. 897.

⁴⁷ TIGROUDJA Hélène, « Le régime d'occupation en Irak », *A.F.D.I.*, 2004, p. 78.

⁴⁸ L'article 64 de la convention IV de Genève relative à la protection des civiles en temps de guerre du 12 août 1949 dispose « la législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette puissance ou un obstacle à l'application de la présente Convention ». L'interprétation de cette disposition permet de définir la limite du principe du rétablissement de la situation juridique antérieure à l'occupation. Lorsque l'ordre juridique de l'Etat occupé est contraire au droit international humanitaire et qu'il met en jeu la sécurité de l'autorité occupante et plus généralement la paix internationale, le droit international de l'occupation permet qu'on abroge ou suspende l'ensemble des règles internes en cause.

pouvoirs et responsabilités des puissances occupantes⁴⁹. C'est en se référant à l'objectif fixé par le Conseil de sécurité que l'autorité a opté pour l'organisation d'un processus constituant au cours duquel a été adoptée une constitution provisoire sous la haute surveillance des puissances occupantes⁵⁰.

A l'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire, s'ajoute une internationalisation matérielle. Cette dernière conduit à l'adoption d'une constitution dans laquelle les normes et valeurs du droit international sont essentielles. Ces dernières deviennent source de droit constitutionnel. Lorsque ce phénomène est la conséquence d'une internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire, il prend différentes formes. Il peut être simple c'est-à-dire que, la constitution reprend des principes universellement admis concernant le modèle démocratique et la coexistence pacifique entre les Etats. En revanche, l'internationalisation matérielle est renforcée lorsque les règles du droit international sont directement invoquées et applicables dans le nouvel ordre établi.

Le recours à l'une ou l'autre de ces méthodes dépend de la gravité de la situation et surtout de l'utilité d'une internationalisation directe de la constitution matérielle. Ainsi, le statut de « failed » ou « collapsed states »⁵¹ n'implique pas forcément cette intrusion du droit international dans la constitution. D'ailleurs, ni les constitutions congolaise, irakienne ou afghane n'introduisent des traités internationaux dans leur ordre juridique nouvellement adopté dans le cadre d'une assistance constitutionnelle internationale. En réalité, lorsque

⁴⁹ « Conformément à la charte des Nations unies et aux dispositions pertinentes du droit international », l'autorité occupante doit « promouvoir le bien-être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique ». Sur la base du chapitre VII, un représentant spécial du Secrétaire général chargé notamment d'œuvrer « avec l'autorité (les puissances occupantes), le peuple irakien et les autres parties concernées à la création et au rétablissement d'institutions nationales et locales permettant la mise en place d'un gouvernement représentatif » (S/RES/1483, 23 mai 2003, § 4 et 8.).

⁵⁰ La constitution provisoire a été élaborée par le Conseil de gouvernement de l'Irak (il institutionnalise la participation irakienne à l'occupation) dont les membres ont été désignés par l'administration provisoire d'occupation. La loi d'administration provisoire adoptée le 8 mars 2004 a organisé l'Irak du 28 juin 2004, date officielle de la fin de l'occupation et de la restitution par l'Autorité de la souveraineté à l'Irak, au 31 janvier 2005, jour de l'élection d'une assemblée constituante. Cette constitution provisoire a été rédigée sous la supervision des autorités américaines et son adoption dépendait du consentement final de l'administrateur civil américain, Paul Bremer.

⁵¹ Il s'agit des Etats en échec ou effondrés. Un Etat en échec est « celui qui, malgré la possession des aptitudes légales, a perdu, pour la réalisation des objectifs pratiques, la capacité de les exercer ». Voir THÜRER Daniel, « The “ failed state” and International law », <http://www.globalpolicy.org> (Nations and State/ States and their future/ Failed state). L'auteur rappelle qu'un tel Etat se caractérise par l'« implosion plutôt qu'une explosion des structures du pouvoir et de l'autorité », « la désintégration et la déstructuration de l'Etat » qui s'accompagne d'un « total effondrement des structures garantissant la loi et l'ordre ».

l'établissement ou la reconstruction d'un Etat requiert une administration internationale, l'internationalisation matérielle du pouvoir constituant originaire peut dépasser le stade de l'adhésion au modèle démocratique. En Bosnie-Herzégovine, la constitution en vigueur se caractérise par une internationalisation matérielle renforcée du pouvoir constituant originaire.

Le premier niveau de l'internationalisation matérielle du pouvoir constituant originaire passe par la reconnaissance des règles et valeurs internationalement admises dans le cadre d'un Etat de droit démocratique intégré dans la communauté internationale : le rappel des textes internationaux fondant les rapports pacifiques entre les Etats, de la primauté du droit, du principe des élections régulières, libres et honnêtes, des droits de l'homme internationalement protégés. Cette internationalisation matérielle du pouvoir constituant originaire reste encore très indirecte. Elle consiste à rappeler les traités et conventions auxquels l'Etat a consenti. La Constitution de la Bosnie-Herzégovine ne se limite pas à montrer l'adhésion aux dispositions internationales : les traités sont directement source de droit. Dans le dessein de garantir «le degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'homme internationalement reconnus»⁵², l'annexe 1 des accords de Dayton énumère les 15 accords auxquels la Bosnie-Herzégovine «reste ou devient partie»⁵³, l'article 2-2 précise que les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales «priment tout autre droit». Ainsi, la suprématie de cette convention s'ajoute à l'applicabilité directe. De cette façon, la constitution se construit sur la reconnaissance de la soumission de l'ordre interne à l'ordre international. La mise en œuvre des règles de droit international n'a pas besoin par conséquent d'une procédure spécifique pour leur introduction dans le droit national. D'ailleurs l'article 3-3c dispose «les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de Bosnie-Herzégovine et de celui des entités».

La réalisation effective de l'objectif constitutionnel c'est-à-dire la garantie la plus élevée des droits et libertés internationalement reconnus réclame des mesures spécifiques. La constitution accorde un statut spécifique à cette mission : la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrées à l'article 2 sont indisponibles pour le pouvoir constituant dérivé en Bosnie-Herzégovine. A ce titre, «la convention européenne

⁵² Article 2-1 de la constitution de Bosnie-Herzégovine.

⁵³ Article 2-7 relatifs aux accords internationaux.

appartient au droit constitutionnel « fondamental » qui ne peut être révisé »⁵⁴. L'ensemble de l'annexe 1 est également soustrait de la compétence du pouvoir dérivé. Les autorités de Bosnie-Herzégovine ne peuvent exercer leur pouvoir qu'en tenant compte de ce droit constitutionnel fondamental.

Après ce rappel concernant les modalités formelles et matérielles de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire, il convient de revenir à la problématique choisie : l'étude de la nature et des enjeux de la soumission du pouvoir constituant originaire à l'internationalisation. En raison de la complexité du phénomène, on voudrait tenter d'opérer une approche critique et complète. Il s'agit de pratiques polymorphes qui s'articulent autour du concept de souveraineté. Certaines tendent à maintenir formellement la souveraineté et accordent, selon la situation politique, un rôle constituant le plus effectif possible aux acteurs internes car la souveraineté reste une valeur essentielle même pour un Etat affaibli. D'autres s'inscrivent dans le fait, c'est-à-dire qu'elles pallient l'incapacité de l'Etat d'exercer sa souveraineté. Et ce n'est que dans ce deuxième cas, qu'il y a véritablement transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale. Aussi, il s'agit avant de n'étudiez que la substitution constituante d'établir une étude des traits caractéristiques de l'ensemble des situations d'internationalisation du pouvoir constituant originaire en vue d'y déterminer des types et des systèmes de fonctionnement (**PARTIE I**). L'établissement de cette typologie nous conduit irrémédiablement à approfondir l'étude de la substitution constituante pour constater que l'internationalisation du pouvoir constituant originaire exige un encadrement juridique (**PARTIE II**).

⁵⁴ PECH Laurent, « La garantie internationale de la constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC*, 2000, p. 429.

PREMIERE PARTIE : TYPOLOGIE DES FORMES D'INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

En 1967, Delbez constate que « l'internationalisation fonctionnelle a devant elle un champ d'expansion quasi illimité »⁵⁵. En effet, dès 1923, la Cour permanente de justice internationale réduit la portée du concept de domaine réservé. Dans son avis relatif aux décrets de nationalité, la Cour observe que le domaine réservé a un contenu relatif « variable selon les vicissitudes des rapports internationaux »⁵⁶. « Tant qu'on demeure dans cette ignorance, on ne peut pas poser en principe qu'il existe un « domaine » de l'Etat interdit à toute compétence ou activité internationale »⁵⁷. Par conséquent, si théoriquement aucune fonction n'est insusceptible d'être soustraite de la compétence de l'Etat, l'exercice du pouvoir constituant originaire peut être retiré de l'empire du droit interne.

Lorsque le pouvoir constituant originaire est internationalisé, il ne dispose plus de la protection théorique offerte par le concept de domaine réservé. Il n'en demeure pas moins une compétence essentiellement nationale. Celle-ci ne peut être utilisée que dans le but d'adopter une constitution, acte de droit interne, dans un Etat. Son internationalisation peut être intégrale en raison de la disparition de sa qualité d'élément du domaine réservé, aucune règle n'empêche des autorités internationales, lorsque la situation l'exige, de se substituer à l'Etat pour l'adoption d'une constitution. La soustraction du pouvoir constituant originaire de l'autorité des règles de droit interne peut être également partielle dans la mesure où l'acteur international de la procédure constituante continue de reconnaître la valeur essentiellement nationale de cette compétence et n'opte pas pour une substitution des acteurs constituants.

En terme de compétences, l'internationalisation du pouvoir constituant originaire permet à « la communauté internationale [de] s'auto-investir des compétences souveraines »⁵⁸. Ainsi, il existe deux formes d'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire : limitée ou intégrale. Elles ont le même fondement : la perte de

⁵⁵ DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 127.

⁵⁷ *Ibid.* p.130.

⁵⁸ MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste » », *op. cit.*, p. 551.

l'effectivité de l'Etat. La communauté internationale intervient alors dans le but de restaurer ou renforcer une souveraineté. Néanmoins, ces deux expressions de l'action internationale en matière constitutionnelle s'opposent. L'une s'inscrit dans le respect de la souveraineté, qui demeure toujours l'attribut de l'Etat même affaibli. L'autre tire toutes les conclusions de la disparition des conditions d'exercice de la souveraineté pour se substituer à un Etat dans sa compétence constituante.

Aussi l'internationalisation du pouvoir constituant originaire est-elle partielle lorsqu'elle assure malgré une situation politique difficile un certain respect du principe de souveraineté. Dans ce cas, elle prend la forme d'une assistance constitutionnelle qui consiste à accompagner et encadrer, de façon plus ou moins forte, le constituant national (**TITRE I**). En revanche, elle est intégrale lorsqu'elle correspond à une dépossession du Souverain. L'Etat n'est plus en mesure d'exercer sa souveraineté. Les autorités internationales sont dans l'impossibilité de tenir compte de cet attribut qui n'existe plus. Elles doivent agir dans un objectif de restauration de la paix interne et internationale. La substitution constituante se caractérise donc par la prégnance du fait qui oblige à une action efficace (**TITRE II**).

TITRE I : L'assistance constitutionnelle, forme limitée de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire

L'assistance constitutionnelle est le premier niveau d'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire. Elle consiste à collaborer avec un Etat traversant une crise afin d'établir ou de réformer son ordre constitutionnel. Bien qu'elle s'inscrive dans un contexte politique complexe, elle tient compte de la qualité de souverain de l'Etat. En effet, il ne peut y avoir d'assistance constitutionnelle que lorsque l'Etat le sollicite. L'Etat concerné exerce son pouvoir constituant originaire assisté dans sa mission par l'expertise constitutionnelle de l'autorité internationale.

Une collaboration loyale avec l'Etat est indispensable. En effet, les acteurs de cette forme d'internationalisation sont des organisations internationales (mondiales ou régionales). En raison de leur nature, leurs actions sont limitées. Ces organisations ne peuvent agir à l'encontre de la souveraineté des Etats. De surcroît, elles interviennent dans le cadre de la démocratisation qui exige que les citoyens participent effectivement à la détermination du statut politique. Ainsi, lorsque ces autorités internationales assistent un Etat, elles prônent la participation du peuple à l'exercice du pouvoir constituant originaire.

Pour atteindre ces objectifs démocratiques, cette assistance constitutionnelle se fonde sur des principes stricts, notamment le respect de la souveraineté et du principe de participation effective à la démocratisation (**Chapitre I**). Toutefois, l'assistance constitutionnelle connaît deux formes. Lorsqu'elle est simple, elle coïncide véritablement avec un encadrement de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Quand elle est renforcée, elle est plus intrusive. Ainsi, lors de la résolution des crises cambodgiennes et namibienne, seule une assistance constitutionnelle renforcée a permis à l'ONU de mettre un terme aux conflits (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : Les principes de l'assistance constitutionnelle

Pour toute organisation internationale, assister un Etat dans sa construction constitutionnelle consiste à prendre part au processus constituant. Cette participation, *a priori*, peut porter atteinte à la valeur nationale et interne de la procédure constituante. Il convient de déterminer le rôle exact que ces organisations peuvent juridiquement jouer dans une telle procédure. Dès lors qu'il s'agit pour celles-ci d'imposer une solution aux Etats concernés, on peut considérer qu'il y a violation de l'autonomie constitutionnelle et de la souveraineté. La distinction entre assistance constitutionnelle et substitution constituante ne serait alors que formelle.

Le Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme⁵⁹ est le seul organisme onusien qui emploie explicitement le terme d'assistance constitutionnelle. C'est dans le cadre de la coopération technique, qui se traduit notamment par les assistances à la réforme législative et à la tenue d'élections, que le Haut Commissariat offre son aide. Son intervention tend à l'introduction de normes relatives aux droits de l'homme dans les constitutions nationales. Cet organisme intervient par le biais d'experts consultants qui cherchent l'obtention d'un consensus national sur les éléments indispensables que doit comporter la constitution. Cependant, les acteurs principaux demeurent les représentants nationaux disposant du pouvoir décisionnel.

En effet, s'agissant des compétences de souveraineté, l'exercice du pouvoir constituant doit respecter l'autonomie constitutionnelle. Toute aide externe ne doit nullement aboutir à l'élaboration d'une norme constitutionnelle imposée. Les valeurs et règles de la constitution doivent se fonder sur une réelle volonté politique interne. Même si la constitution matérielle se compose de normes issues de l'ordre externe, celles-ci doivent se justifier par l'exercice de la souveraineté propre de l'Etat en question. L'intervention d'un acteur externe dans la procédure constituante doit être strictement définie car elle comporte un risque pour le principe de souveraineté. Toute aide constitutionnelle, n'est légitime que si celle-ci se conforme au principe de souveraineté sans se développer à son

⁵⁹ Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, <http://www.unhchr.chr/french/>

encontre (**Section I**). Par ailleurs, elle ne doit pas aboutir à une mise à l'écart du souverain mais doit au contraire respecter le principe démocratique lors de la prise de décision constitutionnelle (**Section II**).

SECTION I : Assistance constitutionnelle et respect de la souveraineté

L'assistance constitutionnelle est réalisée en fonction des règles du droit positif. Dans les situations d'assistance constitutionnelle, le respect de la souveraineté est fondamental, contrairement aux cas de substitution constituante (**Paragraphe I**). L'organisme assistant constitutionnellement un Etat, qu'il soit de type régional ou universel, ne pourra nullement usurper les droits de souveraineté. Sa qualité juridique ne lui donne que des compétences restreintes à son objet. De surcroît, l'ONU ou les organisations régionales n'existent qu'à condition de reconnaître le principe de souveraineté (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : La notion d'assistance constitutionnelle

Depuis la chute du mur de Berlin en 1989, suivie de la disparition de l'URSS, la société internationale est marquée par une nouvelle structuration qui s'oriente vers une reconnaissance mondiale du régime démocratique. L'assistance constitutionnelle devient, pour l'organisation des nations unies, une nouvelle mission à l'occasion de cette émergence du nouvel ordre mondial. Il ne s'agissait pas directement de vulgariser un nouveau constitutionnalisme, mais plutôt d'instaurer des démocraties. Aussi l'assistance constitutionnelle ne constitue-t-elle que l'un des moyens du processus de démocratisation. Ce dernier est défini par l'ONU comme étant « le passage d'un régime autoritaire à un régime de plus en plus participatif »⁶⁰. L'assistance constitutionnelle est l'un de ces mécanismes. Elle est d'ailleurs, l'un des moyens novateurs de la démocratisation. Le contexte et les conditions qui ont prévalu à son apparition (**A**) permettent de déterminer exactement ce qu'elle implique (**B**).

⁶⁰ Rapport du Secrétaire général, *Appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/51/512**, 18 octobre 1996.

A- Contexte et conditions de mise en œuvre de l'assistance constitutionnelle

A partir de 1988, des conférences internationales, réunissant les Etats en construction démocratique, sont organisées. Elles ont pour but d'établir un débat entre Etats afin de déterminer les grands principes de la construction démocratique. Lors de la conférence de Managua en 1994, des décisions importantes sont prises. Les démocraties nouvelles et rétablies élaborent une déclaration⁶¹ qui reconnaît le système démocratique comme le seul capable d'assurer la paix. Ces Etats insistent sur les différents acteurs nécessaires au processus de démocratisation. Dans cette mission, les Etats concernés et la communauté internationale ont chacun un rôle à jouer. Au niveau interne, « les représentants librement élus ont le devoir imprescriptible de réaménager l'infrastructure institutionnelle de leur pays ». Sur le plan externe, « les organismes internationaux et les vieilles démocraties doivent fournir d'urgence [à ces pays] un soutien institutionnel conséquent, efficace et durable »⁶².

Pour les représentants nationaux élus, « le devoir imprescriptible de réaménager l'infrastructure institutionnelle » consiste à créer les conditions favorables au développement démocratique. Il s'agit d'un devoir liant l' élu aux citoyens-électeurs. Sous l'angle de l'intérêt général, ces élus ont pour mission d'assurer le maintien de l'ordre interne. Or, dès 1988, la déclaration de Manille des démocraties nouvelles et rétablies met en évidence le lien entre démocratie, paix et développement⁶³. La déclaration de Managua et son plan d'action font de la démocratie un objectif impératif. La restructuration de l'appareil étatique dans son organisation et son fonctionnement est indispensable à la réussite de l'implantation du nouveau système politique. La promotion des valeurs démocratiques et des mécanismes de participation apparaît nécessaire pour une plus grande effectivité du modèle. La démocratisation implique ainsi pour les représentants élus, des actes de réforme.

⁶¹ **A/49/73**- Déclaration de Managua adoptée par la deuxième conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies.

⁶² Ibid.

⁶³ **A/43/538** annexe- Déclaration de Manille adoptée en juin 1988 par la première conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies.

S'il existe une obligation de résultat, elle incombe seulement aux acteurs internes vis-à-vis de leurs citoyens-électeurs et non aux autorités internationales. Le processus doit se fonder sur une volonté politique interne de préserver le progrès contre un retour des dictatures. La démocratie est présentée en 1994 comme le moyen d'« assure[r] la souveraineté des peuples, la primauté du droit, le respect des droits de l'homme » et de « parvenir à la paix »⁶⁴. Cet objectif ne peut être atteint qu'en adoptant des règles de fonctionnement conformes aux principes de la démocratie et de l'Etat de droit. La constitution est la norme de référence pour un Etat démocratique. Ces réformes normatives nécessaires n'incombent cependant qu'aux autorités internes puisqu'il s'agit d'un « devoir [national] imprescriptible »⁶⁵, qui relève de l'unique et immuable compétence nationale.

Bien que dans cette construction démocratique, les acteurs externes aient un rôle important à jouer, il ne leur appartient ni, de déterminer l'objectif à atteindre ni, de se substituer à la volonté politique de l'Etat concerné. Leur mission est vaste, d'un point de vue technique, mais elle se limite fondamentalement à soutenir les efforts déployés par les démocraties nouvelles. D'une part, la communauté internationale doit apporter son aide économique et financière. D'autre part, les organisations internationales, régionales et les organisations non gouvernementales sont sollicitées afin d'assister et aider à la consolidation structurelle des démocraties nouvelles ou rétablies. Il s'agit pour les autorités internationales d'une simple obligation de moyen.

Les réformes devant être engagées sont par essence politiques. Toutefois leur mise en œuvre suppose une traduction juridique notamment constitutionnelle. La coopération réclamée par les démocraties nouvelles et rétablies, doit se faire dans le « respect le plus rigoureux de la souveraineté [et] de l'indépendance nationale »⁶⁶. Le plan d'action de Managua met en évidence les objectifs à atteindre. La coopération internationale et régionale représente le moyen principal de la consolidation démocratique. Sur le plan politique, ces démocraties ont besoin d'une assistance pluridisciplinaire afin de restructurer l'Etat. Aussi en 1994, est-il demandé au Secrétaire général des Nations unies, d'élaborer une étude sur les moyens par lesquels le système des Nations unies pourrait appuyer les

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies.

Le premier rapport du Secrétaire général expose de façon non exhaustive les diverses actions que l'organisation mondiale a déjà menées dans le cadre de la démocratisation. Néanmoins, il est rappelé que les organismes des Nations unies ne peuvent jouer un rôle dans cette construction qu'« à la demande des Etats membres, selon des modalités convenues avec le gouvernement de l'Etat concerné »⁶⁷. Seule une volonté interne des gouvernements et des citoyens peut justifier un soutien au système étatique. L'assistance constitutionnelle, ne saurait donc imposer un modèle. Elle s'exerce afin qu'un peuple puisse atteindre l'objectif démocratique qu'il aura déterminé en raison de son histoire, sa culture et sa société.

Cette action constitutionnelle est complémentaire des autres éléments du programme de coopération technique. L'assistance électorale constitue la participation la plus fréquente de l'ONU mais celle-ci n'est pas suffisante pour assurer la viabilité du processus de démocratisation. La promotion de la culture démocratique (formation des partis politiques, liberté des médias, instruction civique), le renforcement des structures gouvernementales et l'assistance constitutionnelle participent à la création d'un système démocratique pérenne. Cet appui à l'élaboration constitutionnelle varie selon les besoins de l'Etat, faisant appel à un organisme onusien ou non pour une telle assistance.

B- Les procédés de l'assistance constitutionnelle

L'assistance constitutionnelle existe sous deux formes. Elle peut être simple ou renforcée⁶⁸ et a recours à des procédés, qui par leur nature assurent le respect de la souveraineté. L'assistance constitutionnelle simple consiste, soit en l'organisation d'un débat nationale avant la procédure en tant que telle, soit en la mise à disposition d'experts dans le cadre du processus constituant. Ce soutien peut également se traduire par une évaluation du système constitutionnel ou bien même par l'assistance technique à l'élection d'une assemblée constituante. Ces solutions peuvent être apportées par différents

⁶⁷ Rapport du Secrétaire général, *Appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, A/50/332, 7 août 1995.

⁶⁸ L'étude de sa forme renforcée fera l'objet du second chapitre.

organismes relevant du système onusien⁶⁹, des organisations régionales⁷⁰, des organisations non gouvernementales⁷¹ et gouvernementales⁷².

La mission d'assistance constitutionnelle de ces différentes organisations est d'autant plus importante qu'aujourd'hui, le processus d'élaboration des constitutions a évolué. L'adoption de la norme fondamentale de l'Etat doit être issue d'un réel débat national : une procédure constituante démocratique est tout aussi importante qu'une constitution matérielle pourvue de tous les principes et valeurs de la démocratie⁷³. Pour organiser un tel dialogue, il faut une sensibilisation des populations aux idées démocratiques. Dans ce domaine, le système onusien joue un rôle majeur. Par exemple, le PNUD se charge souvent de promouvoir une réelle culture démocratique en renforçant la société civile. Le Centre des Nations unies pour les droits de l'homme organise des campagnes d'instructions civiques en faveur d'une meilleure connaissance des droits.

C'est à ces conditions que le débat constitutionnel peut être instauré. A cet égard, l'action de l'Unité pour la promotion de la démocratie, organisme principal du Secrétariat général de l'Organisation des Etats américains, constitue un exemple remarquable. Sa mission est d'apporter un appui à la consolidation démocratique des Etats membres. Cependant, ses opérations ne se limitent pas uniquement aux membres de l'Organisation. Elle peut fournir une assistance à d'autres Etats lorsqu'il s'agit de promouvoir la démocratie. En 2001, certains pays de la Communauté caraïbienne (CARICOM) ont fait appel à l'Unité pour la promotion de la démocratie afin d'être assistés dans leur réforme constitutionnelle. Soutenu par le PNUD, cet organisme a organisé une conférence réunissant divers acteurs des Etats membres de la CARICOM. Lors de cette rencontre, étaient représentés des parlementaires, des membres de la société civile, les membres des commissions constituantes et des experts juridiques. Les recommandations faites à l'issue de ce débat n'ont nullement eu valeur obligatoire. Elles ne constituaient qu'un avis

⁶⁹ Comme le Haut commissariat de droits de l'Homme, le programme des Nations unies pour le développement.

⁷⁰ Comme l'Unité pour la promotion de la démocratie qui relève de l'Organisation des Etats américains, le Nouveau partenariat pour le développement en Afrique qui relève de l'Union africaine et la Commission de Venise qui relève du Conseil de l'Europe.

⁷¹ A l'instar du Centre pour la démocratie et le développement.

⁷² Comme le United States Institute of Peace et le Commonwealth Human Rights initiative.

⁷³ HART Vivien, *Democratic Constitution Making*, juillet 2003, <http://www.usip.org> (publications/special report 107).

consultatif avant la réelle phase constituante. Elles ont l'autonomie et la liberté des constituants nationaux dans la mission qui leur était confiée.

L'assistance constitutionnelle peut également intervenir de façon plus technique tant au cours de la phase pré-constituante que constituante. Ce soutien revêt plusieurs aspects : l'intervention d'experts assistant les autorités nationales chargées d'élaborer la constitution ou l'organisation de séminaires pour une formation des futurs constituants. Le PNUD et l'Union interparlementaire ont organisé au Timor oriental un programme d'orientation et d'assistance technique à l'attention des membres de l'Assemblée chargée de rédiger la constitution. En République démocratique du Congo, l'appui du PNUD au Conseil national de transition a consisté en l'organisation de séminaires sur la réforme constitutionnelle.

En Europe, la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe, dite Commission de Venise, est un protagoniste important pour la promotion du patrimoine constitutionnel européen⁷⁴. C'est dans ce dessein qu'elle se consacre en partie à l'assistance constitutionnelle. La commission est en principe consultée sur des textes au cours de leur élaboration. A plusieurs niveaux de la procédure, elle évalue leur adéquation aux principes démocratiques afin que l'Etat concerné puisse en tenir compte. Toutefois, les avis de la Commission ne lient pas les constituants. L'aide qu'elle a apporté depuis 1990 aux Etats de l'ex-bloc soviétique se résume à de l'ingénierie constitutionnelle. Elle déploie l'ensemble des moyens techniques de la science constitutionnelle en faveur des Etats intéressés dans le but, d'établir de façon objective les structures et institutions étatiques.

A l'instar de la Commission de Venise, l'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale⁷⁵ évalue le système constitutionnel des Etats demandeurs. L'article 2 de son statut présente ses objectifs et ses activités. Cette organisation se donne notamment pour mission « d'approfondir la compréhension, la promotion, l'implantation et la vulgarisation des normes, règles et principes directeurs qui assurent le pluralisme partisan

⁷⁴ Voir le statut de la Commission: Résolution (90) 6 <http://www.venice.coe.int> (introduction, statut).

⁷⁵ Cette organisation intergouvernementale créée en 1995 a son siège à Stockholm. Elle compte des représentants de tous les continents. Sont membres 25 Etats (dont notamment l'Australie, La Belgique, le Botswana, le Chili et le Japon) Sont associés à son action d'autres organisations telles que l'institut de la presse internationale, l'institut interaméricaine pour les droits de l'homme. Voir <http://www.idea.int/>.

et les procédures démocratiques »⁷⁶. Pour atteindre ce but, l'Institut procède à des évaluations de la vie politique de l'Etat concerné par ses propres citoyens et des experts internationaux. Les rapports d'évaluation apprécient l'effectivité des valeurs et principes démocratiques. Cette approche comporte logiquement une expertise de la norme constitutionnelle.

Le rapport concernant le Nigéria⁷⁷ relève que la procédure dont est issue la Constitution de 1999 n'a pas été suffisamment démocratique. Elle a été élaborée dans le cadre d'un régime militaire de transition. Certes, un Comité de coordination du débat constitutionnel a été organisé afin de faire participer les Nigériens au processus constituant mais le débat a été d'une durée très courte (du 11 novembre au 31 décembre 1998). De surcroît, seuls le chef d'Etat, le Général Abdulsalam Abubakar, et le Conseil de Gouvernement provisoire ont défini l'acte constituant et l'ont ratifié. Ils se sont appuyés sur la constitution de 1995, issue elle-même d'un autre régime militaire. Pourtant, les débats avaient fait apparaître que les Nigériens auraient préféré adopter une autre procédure. La première étape aurait consisté à reprendre provisoirement la constitution de 1979, seule à avoir été établie démocratiquement. La seconde aurait nécessité l'organisation d'un débat national substantiel à l'issue duquel la Constitution aurait été adoptée et ratifiée par le peuple.

C'est grâce à ces observations mettant en lumière le manque de légitimité de la Constitution de 1999 et à l'action constante de la société civile nigériane⁷⁸ que l'Institut conclut en 2000 à « l'urgent besoin de réviser la Constitution pour mettre en évidence la nouvelle relation envisagée entre l'Etat et ses citoyens »⁷⁹. Cette modification doit être réelle afin d'élaborer une constitution susceptible de répondre aux attentes du peuple nigérian. Il ne s'agit pas d'envisager, dans ce cas, l'usage du pouvoir constituant dérivé mais plutôt du pouvoir constituant originaire. Au regard de l'histoire de cet Etat jalonnée de coups d'Etat et de régimes militaires, le processus de démocratisation devrait passer par la conception d'une nouvelle constitution démocratique. Malgré les recommandations

⁷⁶ Article II-1c, traduit par nous : "to broaden the understanding and promote the implementation and dissemination of the norms, rules and guidelines that apply to multi-party pluralism and democratic processes". <http://www.idea.int/> (abouts us/ statutes)

⁷⁷ <http://www.idea.int/> (publications/ Nigeria), 2000.

⁷⁸ Il s'agit notamment de l'association des intellectuels nigériens pour le dialogue, le forum des citoyens pour la réforme constitutionnelle.

⁷⁹ <http://www.idea.int/> (publications/Nigeria), traduit par nous : "There is an urgent need to review the Constitution to reflect the proposed new relationship between the state and its citizens".

faites par l'Institut pour la démocratie et l'assistance électorale, la Constitution nigériane de 1999 est toujours en vigueur sans avoir subi de révision.

Au Burkina Faso, la Constitution du 2 juin 1991 a été modifiée en son article 37, par la loi constitutionnelle du 27 janvier 1997. Cette révision avait pour objectif de mettre un terme à la limitation initiale d'un seul renouvellement du mandat présidentiel. Dans le contexte politique burkinabé, la possibilité constitutionnelle d'une prolongation indéfinie de ce mandat constituait un risque pour la démocratie. En effet, l'hégémonie du parti majoritaire et la non effectivité de la notion d'alternance politique donnaient une portée équivoque au nouvel article 37. Aussi, dans son rapport de 1998 relatif à la Constitution du Burkina Faso, l'Institut suggérait-il « d'effectuer un retour critique et d'engager une réflexion approfondie et sereine sur le mandat présidentiel et ses implications pour la consolidation de la démocratie au Burkina Faso ». Lors de la révision du 11 avril 2000, l'article 37 a été amendé en ces termes : « Le Président du Faso est élu pour cinq ans au suffrage universel direct, égal et secret. Il est rééligible une fois ».

L'assistance constitutionnelle sous ses différentes formes reste conforme au principe de souveraineté et d'autonomie constitutionnelle. L'exercice du pouvoir constituant originaire ou dérivé, dans le cadre d'une expertise internationale, demeure un acte du souverain constituant. En fait, les autorités internationales, quelles qu'elles soient, fondent généralement leur existence et leur action sur le principe de base de la société internationale : la souveraineté. Par conséquent, elles ne peuvent pas légalement se substituer à un Etat dans ses compétences. Leur action en est forcément limitée.

PARAGRAPHE II : Le respect de la souveraineté, fondement de l'assistance constitutionnelle

Les pourvoyeurs de l'assistance constitutionnelle sont tout aussi divers que les modalités de celle-ci. Cependant, quel que soit le type d'organisations régionales ou internationales, elles ne peuvent agir dans ce domaine contre la volonté du Souverain concerné. En effet, la reconnaissance de la souveraineté des Etats est au cœur de la personnalité juridique de ces organisations. Par conséquent, l'exercice du pouvoir constituant originaire ne peut être réellement transféré, il est seulement encadré. L'action

de ces structures se fonde sur le respect de la souveraineté. Les textes onusiens et les chartes constitutives des organisations régionales (A) donnent les fondements normatifs de cette assistance constitutionnelle (B).

A- Dans les instruments onusiens

Avant d'analyser les textes qui permettent à l'ONU de fournir à certains Etats une assistance constitutionnelle (2), il est important de revenir sur les compétences limitées par nature des organisations internationales (1).

1- Les compétences limitées des organisations internationales

Dans l'ordre international, l'Etat est le sujet disposant de la plénitude des compétences en raison de sa souveraineté. Ce dernier caractère n'appartient qu'à l'Etat. A l'inverse, les organisations internationales disposent de compétences limitées. Issues d'un acte de volonté de la souveraineté, la création d'une organisation internationale répond à un dessein particulier.

Les organisations internationales disposent de la personnalité juridique interne. Ne disposant pas de territoire propre, elles exercent leurs diverses missions sur le territoire de leurs Etats membres. Cette personnalité juridique interne leur permet de fonctionner. En revanche, jusqu'en 1949, la personnalité juridique internationale était un concept attaché à l'Etat. Une partie de la doctrine, pour reconnaître cette personnalité objective aux organisations internationales, les assimilait à des Etats. La Cour internationale de Justice a rendu en 1949 un avis qui reconnaît cette personnalité aux organisations internationales⁸⁰. C'est en se fondant sur le principe de l'effet utile que la Cour estime que l'organisation internationale en question dispose de la personnalité juridique. Cet avis a permis de présumer la personnalité juridique internationale pour toutes les organisations intergouvernementales.

⁸⁰Réparation des dommages subis aux services des Nations unies, Cour internationale de Justice, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec.1949, p. 178 et s. Suite à la mort de l'un de ses agents, l'Organisation des Nations unies s'est interrogée sur son droit d'engager une action internationale contre l'Etat pour obtenir réparation. Derrière ce droit d'ester en justice, attribut de toute personne juridique, se cache la question de l'existence de la personnalité juridique internationale de l'ONU.

Toutefois, cette personnalité juridique internationale accordée aux organisations internationales est distincte de celle des Etats. En raison de sa souveraineté, l'Etat dispose d'une personnalité juridique qui comprend toutes les compétences liées à la capacité juridique. A l'opposé, les organisations internationales, restreintes par le principe de spécialité, voient leur personnalité juridique limitée en fonction de l'objet et des buts assignés par leur charte constitutive. Seule « la réalisation de ces objectifs détermine l'étendue de leurs compétences »⁸¹. Elles disposent d'une personnalité juridique purement fonctionnelle. En outre, l'exercice des compétences des organisations internationales est soumis au principe de subsidiarité. « Les organisations internationales n'interviennent que lorsque les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de l'organisation »⁸². En somme, toute compétence dont dispose une organisation internationale lui est préalablement attribuée. Mais la réalisation de la mission octroyée peut impliquer l'exercice de compétences qui, sans être expressément conférées, sont indispensables pour la mise en œuvre effective des tâches confiées. En effet, la théorie des pouvoirs implicites, familière au droit des Etats fédératif, a été transposée à celui des organisations internationales, de telle sorte que lorsque les moyens indispensables à la réalisation du but prévu ne sont pas expressément stipulés dans l'acte constitutif de l'organisation, leur existence peut être implicitement déduite de celui-ci⁸³.

L'exercice du pouvoir constituant originaire ne fait pas partie *a priori* des fonctions attribuables à une telle organisation⁸⁴. Il s'agit d'une compétence de souveraineté. Elle peut en revanche bénéficier d'une seule capacité légitime en la matière : apporter une aide, une assistance pour la réalisation par le peuple de son droit à disposer de lui-même ; soutenir les efforts d'un Etat dans sa volonté de construire un système démocratique. De ce point de vue, le rôle constituant d'une organisation internationale est subsidiaire. Elle intervient non en tant qu'acteur principal, mais en tant que pourvoyeur d'une ingénierie

⁸¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Economica, Paris, 1999, p. 108.

⁸² Ibid. Voir *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I).

⁸³ Cette doctrine a été dégagée par la Cour de la Haye dans son avis du 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations unies* (*C.I.J., Rec. 1949, 174*)

⁸⁴ La compétence pour une organisation internationale ne relève pas en tant que telle du pouvoir constituant étatique subordonné au concept de souveraineté.

constitutionnelle, qui en raison d'un contexte particulier ne peut être apportée que par une institution externe à l'Etat.

L'objet des Nations unies ou de toute organisation internationale est de favoriser à la fois le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la consolidation du système démocratique. Le principe d'effet utile lui permet donc d'utiliser tous les moyens pour atteindre cet objectif légitime. Pour donner une véritable efficacité à ce dessein, les organisations internationales pourront aider à l'exercice du pouvoir constituant si l'Etat ou le peuple concerné y a consenti. C'est à ces mêmes conditions que l'ONU peut offrir une assistance constitutionnelle.

2- Les fondements juridiques de l'assistance constitutionnelle fournie par l'ONU

« L'Organisation des Nations unies est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres »⁸⁵. D'une part, cette disposition signifie pour les Etats membres que leurs relations se caractérisent par une égalité de droit. Ce principe affirmé dans la charte est ainsi devenu l'une des règles fondamentales du droit international. D'autre part, l'article 2-1 exprime la reconnaissance de la souveraineté des Etats membres par l'Organisation des Nations unies. L'ONU a élaboré différents textes confirmant ces deux volets de l'interprétation de ce principe cardinal. Chaque Etat dispose du droit de ne pas subir l'ingérence des autres Etats dans ses affaires intérieures.

La résolution 2625⁸⁶ de l'Assemblée générale des Nations unies du 24 octobre 1970, relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, réaffirme « l'importance fondamentale de l'égalité souveraine et soulign[e] que les buts des Nations Unies ne peuvent être réalisés que si les Etats jouissent d'une égalité souveraine et se conforment pleinement aux exigences de ce principe dans leurs relations internationales ». Elle rappelle également que « le respect rigoureux de l'obligation de s'abstenir d'intervenir dans les affaires de tout autre Etat est une condition essentielle à remplir pour que les nations vivent en paix les unes avec les autres ». La règle dans les relations inter-étatiques est la non-ingérence en vertu de la souveraineté de

⁸⁵ Article 2-1 de la charte des Nations unies.

⁸⁶ P.-M. DUPUY, *Les grands textes de droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, p. 32 - 41.

principe dont bénéficient les Etats. Les relations entre l'ONU et ses Etats membres se caractérisent par le but principal de l'Organisation : le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Toutefois pour atteindre cet objectif « aucune disposition de la [...] charte n'autorise les Nations unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat »⁸⁷. Dès lors, il convient de déterminer le critère de reconnaissance de ces « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale ». La souveraineté étant le caractère essentiel de l'Etat, toute compétence ayant trait à la marque étatique appartient à ce domaine réservé. Bien que celui-ci ait un contenu relatif, l'exercice du pouvoir constituant fait partie des éléments irréductibles de la souveraineté⁸⁸. En effet, depuis l'avis n° 4 de la Cour permanente de justice internationale du 7 février 1923 relatif aux décrets de nationalité une règle est définie : l'appartenance d'une matière au domaine exclusif d'un Etat dépend du développement des rapports internationaux. Or, aucun texte du droit international ne peut permettre d'affirmer que l'exercice du pouvoir constituant originaire a perdu sa nature de compétence relevant essentiellement des Etats.

Certes, depuis l'adoption et l'entrée en vigueur de la charte des Nations unies, il existe une internationalisation matérielle de la compétence constitutionnelle. Cependant, cette première atteinte reste mineure. Elle ne remet pas en cause la compétence des Etats à se doter de leur propre constitution. Elle crée une simple influence indirecte et ne touche qu'une partie de la constitution matérielle : les droits des citoyens. Elle relève du mouvement d'internationalisation des droits de l'homme. Cette internationalisation de la constitution matérielle ne crée pas d'obligations directes et immédiates pour les Etats. Il s'agit d'un phénomène volontaire, reposant sur des conventions. Ainsi, en adhérant à la déclaration universelle des droits de l'Homme ou aux pactes de 1966, les Etats s'engagent à respecter les droits proclamés. Selon leur conception de la hiérarchie entre les ordres interne et externe, ils intégreront ou pas les droits de l'Homme, tels qu'ils sont développés par les textes de l'ONU, dans leur norme fondamentale⁸⁹.

⁸⁷ Article 2-7 de la Charte des Nations unies.

⁸⁸ Voir *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I).

⁸⁹ Voir MOUELLE KOMBI Narcisse, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », *Revue juridique et politique (Indépendance et coopération)*, Janvier-Mars 2003, N° 1, Editions Juris Africa, Paris, p. 5 ; MEBIAMA Guy, « Les traités et accords internationaux dans la Constitution congolaise du 20 janvier 2002 », *Revue juridique et politique (Etats francophones)*, Juillet-Septembre 2003, N°3, Editions Juris Africa, Paris, p. 351 et s.

Dans le cadre de cette internationalisation matérielle des constitutions, il n'y a ni atteinte à l'autonomie constitutionnelle, ni à la souveraineté. En revanche, lorsque la procédure constituante voit intervenir des acteurs internationaux, il y a lieu de s'interroger sur la validité d'une telle immixtion dans les affaires intérieures d'un Etat.

L'ONU est de plus en plus confrontée à des conflits internes nécessitant qu'elle joue un rôle accru afin de satisfaire son objectif : le maintien de la paix. La déclaration universelle des droits de l'homme dispose dans son préambule, « qu'il est essentiel que les droits de l'Homme soient protégés par un régime de droit [...] ». Un tel Etat de droit suppose que tous les hommes ont droit à « une égale protection de la loi »⁹⁰, « à un recours effectif devant les juridictions nationales »⁹¹, à « prendre part à la direction des affaires publiques de [leur] pays »⁹². Il doit reposer sur « la volonté du peuple »⁹³. Aussi, le maintien de la paix est-il lié au respect de l'ensemble de ces droits.

Par conséquent, l'ONU ne peut disposer d'une compétence de substitution constituante⁹⁴. Son dessein est de participer à la mise en œuvre effective du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁹⁵. Or, l'article premier du pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) dispose que les peuples « déterminent *librement leur statut politique* ».

L'ONU n'est pas la seule organisation à pouvoir mener une assistance constitutionnelle. Les organisations régionales peuvent également proposer une telle ingénierie aux Etats. Leurs chartes constitutives complétées par celle de l'ONU en fixent les conditions.

⁹⁰ Article 7 de la déclaration universelle des droits de l'Homme.

⁹¹ Article 8 de la déclaration universelle des droits de l'Homme.

⁹² Article 21 de la déclaration universelle des droits de l'Homme.

⁹³ Article 21-3 de la déclaration universelle des droits de l'Homme.

⁹⁴ Voir *infra* (Titre II).

⁹⁵ Voir *infra* (Titre II).

B- Dans les instruments régionaux

L'article 52 de la charte des Nations unies, lie l'existence des accords régionaux à leur compatibilité aux buts et principes des Nations unies. La conformité de toute charte constitutive aux principes et buts de l'ONU est indispensable dès lors que l'assistance constitutionnelle met en jeu la souveraineté, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'égalité souveraine des Etats et les compétences exclusivement nationales. Dans les organisations régionales classiques telle l'Union africaine, l'Organisation des Etats américains ou le Conseil de l'Europe, ces règles sont reprises soit directement soit en rappelant l'attachement à la charte des Nations unies.

Réunis au sein des organisations régionales, les Etats membres tendent généralement à l'organisation d'une coopération régionale. Il existe deux types d'organisations : celles dont l'objet leur permettent de justifier une mission d'assistance constitutionnelle et celles dont la mission n'est pas directement liée à la démocratisation. Ces dernières peuvent jouer un rôle dans l'assistance constitutionnelle mais celui-ci est limité aux possibilités qu'offrent leurs statuts. Par exemple, l'organisation de l'Atlantique Nord ne saurait justifier une assistance constitutionnelle sur la base de sa charte créant avant tout une organisation de défense. En revanche, elle peut offrir un soutien aux autres structures habilitées à agir. Ainsi, celles dont le statut le permet peuvent mener une action directe d'assistance constitutionnelle. Par exemple, les chartes constitutives de l'Union africaine, l'Organisation des Etats américains et du Conseil de l'Europe aspirent à organiser une union plus étroite axée autour de la prééminence du droit et de la reconnaissance de l'impératif démocratique.

L'Union africaine qui succède à l'Organisation de l'unité africaine a pour objectif d'assurer l'approfondissement du partenariat panafricain en raison des « défis multiformes auxquels sont confrontés [le] continent et [les] peuples »⁹⁶. C'est dans ce nouveau cadre juridique que les Etats membres se fixent notamment comme objectif de : « promouvoir les principes et les institutions démocratiques, la participation populaire et la bonne gouvernance ; promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément

⁹⁶ Préambule de l'acte constitutif de l'Union africaine.

à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme »⁹⁷.

L'Organisation des Etats américains, dans son acte fondateur, met en évidence le lien entre le renforcement de la coopération inter-américaine et la consolidation « dans le cadre des institutions démocratiques [d']un régime de liberté individuelle et de justice sociale basé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme »⁹⁸. De cette façon, tout en reconnaissant que « chaque Etat a le droit de choisir, sans ingérence extérieure, son système politique [...] et le mode d'organisation qui lui convient »⁹⁹, la charte pose comme principe l'exigence « d'une organisation politique basée sur le fonctionnement effectif de la démocratie représentative »¹⁰⁰. Pour se faire, sans intervenir dans les affaires des autres Etats, « les Etats américains coopèrent largement entre eux »¹⁰¹.

Le principe pour cette organisation est donc de promouvoir et consolider la démocratie représentative, dans le respect du principe de non-intervention. Dans son préambule, la charte inter-américaine relève que l'Organisation « ne doit pas se limiter à la protection de la démocratie lorsque ses valeurs sont bafouées et que ses principes fondamentaux sont violés ». Elle doit, en revanche, « agir constamment et créativement pour consolider et déployer des efforts incessants en vue d'anticiper et de prévenir les causes des problèmes qui portent atteinte au régime démocratique de gouvernement ». Cette charte précise aussi dans quelle mesure la démocratie institutionnelle doit être renforcée et préservée. L'article 17 dispose « lorsque le gouvernement d'un Etat membre estime que son processus politique, institutionnel et démocratique ou son existence légitime du pouvoir se trouvent en péril, il peut recourir au Secrétaire général ou au Conseil permanent pour rechercher une assistance en vue du renforcement et de la préservation de la démocratie institutionnelle ».

L'assistance constitutionnelle sous toutes ses formes et quels que soient les acteurs qui la dispensent, est intrinsèquement liée à l'expansion du modèle démocratique. Ce système politique implique la participation du peuple à la prise de décision. La mise en

⁹⁷ Charte de l'Union africaine (11/07/2000) : Union africaine, <http://www.africa-union.org/>

⁹⁸ Préambule de la charte : Organisation des Etats américains, <http://www.oas.org/>

⁹⁹ Article 3-e.

¹⁰⁰ Article 3-d.

¹⁰¹ Article 3-e.

œuvre d'un tel régime a pour conséquence de démocratiser le processus constituant. L'assistance constitutionnelle ne peut se donner pour mission de participer à l'instauration de constitutions démocratiques en faisant abstraction des règles qui caractérisent la démocratie.

SECTION II : Assistance constitutionnelle et respect de la démocratie

L'assistance constitutionnelle, en tant que processus respectueuse de la souveraineté des Etats, s'inscrit dans le cadre de la démocratisation¹⁰². La démocratie correspond à la forme de gouvernement dans laquelle le sujet et l'objet du pouvoir sont identiques : le gouvernement du peuple par le peuple. Cette conception du pouvoir politique exclut totalement toute autorité qui ne procède pas du peuple. Elle ne rejette pas pour autant l'idée de pouvoir de commandement. Cependant, en vertu des principes de liberté et d'égalité, si une autorité politique doit subordonner un ensemble d'individus à son pouvoir, celle-ci doit trouver son essence dans ce même ensemble. « Est politiquement libre, celui qui est assujéti sans doute, mais seulement à sa propre volonté et non à une volonté étrangère »¹⁰³.

A fortiori, aucune assistance constitutionnelle ne peut être admise si elle ignore la volonté de ceux auxquels doit s'appliquer la norme issue d'un tel concours. L'émergence de cette assistance technique se justifie par la nécessité de plus de démocratie, modèle politique lui imposant des modalités et conditions précises. La démocratie constitue le fond et la forme de l'intervention car ce régime est reconnu aujourd'hui comme le modèle de bonne gouvernance (**Paragraphe I**). En tant que telle, sa mise en œuvre constitutionnelle se fonde sur des principes propres à l'exercice du pouvoir du peuple par le peuple. Par conséquent, l'assistance constitutionnelle est strictement limitée : une constitution démocratique doit en toute circonstance être issue d'un pouvoir constituant de type démocratique (**Paragraphe II**).

¹⁰² Voir *supra* (Section 1).

¹⁰³ KELSEN Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 59.

PARAGRAPHE I : La reconnaissance de la démocratie comme modèle de bonne gouvernance

Dans la terminologie des rapports du programme des Nations unies pour le développement, le terme de bonne gouvernance est employé comme synonyme de gouvernance démocratique¹⁰⁴. Le modèle démocratique représente le moyen d'assurer le développement humain, la transparence et la stabilité politique pour un Etat. Les valeurs fondant la démocratie sont telles, qu'elles coïncident avec l'objectif de paix et sécurité internationale (A). Aussi, justifient-elles l'émergence d'une obligation internationale d'assistance à la démocratisation, lorsque celle-ci est sollicitée (B).

A- Les valeurs du système démocratique de gouvernement

La démocratie est multiforme et s'adapte à la culture de chaque Etat qui la met en œuvre. Toutefois, il existe des principes communs à tous les systèmes démocratiques. Quelle que soit la forme prise, ce mode de gouvernement se fonde sur le peuple. La légitimité populaire est indispensable à la reconnaissance d'un régime démocratique. La démocratie, pour exister, est subordonnée au respect de deux conditions préalables. L'Etat doit être organisé en conférant au peuple la source de tout pouvoir et le système doit être protégé de tout arbitraire. La vigilance est d'autant plus nécessaire que l'exercice direct du pouvoir par le peuple est en soit impossible. Seule la démocratie représentative existe.

Dans le cadre d'une telle démocratie, le choix des représentants repose sur l'expression de la volonté du peuple par un système de votation. Le peuple ne peut exercer le pouvoir que par le truchement de représentants qu'il a lui-même élus. L'élection libre et honnête suppose alors que le peuple dispose certes du droit de vote, mais aussi des libertés d'expression et d'association. Le droit de suffrage est au cœur de l'effectivité démocratique. Ainsi de nombreuses organisations prévoient la suspension d'un Etat membre en cas d'accession au pouvoir d'un gouvernement par les armes¹⁰⁵. En 2000, l'organisation de l'unité africaine a adopté, à Lomé, une décision sur les changements

¹⁰⁴ Voir le Rapport relatif au développement humain (2002), <http://www.undp> (rapports sur le développement humain/ 2002/ chapitre 2).

¹⁰⁵ Voir Charte démocratique interaméricaine.

anticonstitutionnels de gouvernements en Afrique dans laquelle, elle « réitère sa condamnation de tout type de changement anticonstitutionnel de gouvernement comme anachronique et en contradiction avec son engagement à promouvoir les principes démocratiques et l'Etat de droit »¹⁰⁶.

La construction d'une démocratie ne se limite pas à l'obtention par le peuple du droit de vote. La reconnaissance des droits de l'homme en général est « une condition essentielle à l'existence d'une société démocratique »¹⁰⁷. La démocratie se caractérise par la participation du peuple à la prise de décision. La réalité de ce principe implique l'absence de contrainte, quelle qu'elle soit, mais plutôt la mise en œuvre de la liberté et de l'égalité. La déclaration universelle sur la démocratie affirme que la démocratie et les droits de l'homme, tels que développés dans les textes internationaux, sont « consubstantiels »¹⁰⁸, ils forment une unité. Seuls ces droits peuvent donner un sens à ce régime politique.

Le peuple exerçant le pouvoir par le biais de ses représentants élus, le système représentatif ne doit pas rendre fictive son autorité réelle. Par exemple, l'élection des gouvernants doit être périodique afin d'assurer au peuple sa participation effective au pouvoir et de créer une responsabilité des gouvernements. Dirigé par un ensemble de mandatés, le peuple ne doit pas pour autant être mis à l'écart. Il doit avoir les moyens de dénoncer certains actes des représentants et de l'administration notamment par des recours juridictionnels. L'organisation constitutionnelle du pouvoir doit permettre également d'écarter l'arbitraire en évitant la concentration du pouvoir en une seule main. La démocratie ne peut s'envisager sans un Etat de droit qui assure la primauté du droit.

L'Etat de droit requiert l'existence d'un encadrement du pouvoir politique par la norme juridique. Sa finalité est la protection du citoyen contre l'arbitraire. Son objet étant la garantie des droits et du droit, il rime aujourd'hui avec l'Etat constitutionnel. La constitution est la norme hiérarchiquement supérieure dans le système juridique interne. Elle fonde tous les pouvoirs et doit en principe être « hors de la portée d'acteurs politiques susceptibles de dévoiement »¹⁰⁹. En tant que fondement de l'Etat de droit, la constitution

¹⁰⁶ <http://www.africa-union.org/> (Documents officiels/ Lomé 2000).

¹⁰⁷ Voir le Préambule de la Charte démocratique interaméricaine.

¹⁰⁸ Voir article 6 de la Déclaration universelle sur la démocratie, Union interparlementaire, 16 septembre 1997, <http://www.ipu.org/> (domaines d'activités / Démocratie représentative).

¹⁰⁹ EMERI Claude, « L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *RFDC*, 1992, p. 31.

doit être protégée par un système de contrôle de constitutionnalité des lois. Il s'agit de limiter le pouvoir par le droit. D'ailleurs, l'Assemblée générale des Nations unies dans ses résolutions relatives au renforcement de l'Etat de droit rappelle qu' « il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit »¹¹⁰.

Cette notion renvoie à une certaine conception du pouvoir qui est mise en œuvre par une hiérarchie particulière des normes juridiques. Sa définition coïncide avec les valeurs de la démocratie. « Au cœur de l'Etat de droit, il y a [...] fondamentalement l'idée de limitation du pouvoir, par le triple jeu de la protection des libertés individuelles, de l'assujettissement à la Nation et de l'assignation d'un domaine restreint de compétences : la structuration de l'ordre juridique n'est qu'un moyen d'assurer et de garantir cette limitation, à travers les mécanismes de production du droit. L'Etat de droit recouvre ainsi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'Etat, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique »¹¹¹.

La démocratie ainsi décrite constitue une base de stabilité politique. D'ailleurs, la lecture des différents rapports du Secrétaire général, permet d'observer le lien établi entre le régime démocratique et le maintien de la paix. En 1992, l'agenda pour la paix constate que « les guerres et les conflits ont de profondes racines » et « pour les atteindre, [l'ONU devra] déployer tous [ses] efforts en vue de renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹². En 1997, l'agenda pour la démocratisation pose le principe suivant : « la culture de la démocratie est fondamentalement une culture de paix »¹¹³. Ainsi, les opérations de maintien de la paix de la seconde génération se donnent pour dessein de créer les conditions favorables à la consolidation de la paix par l'instauration d'institutions démocratiques.

De plus, les valeurs démocratiques acquièrent une portée croissante dans le cadre des relations internationales, qu'elles soient politiques ou économiques. Par exemple, la coopération économique entre l'Union européenne et les Etats d'Afrique, Caraïbes et

¹¹⁰ Voir A/48/132, A/49/194.

¹¹¹ CHEVALIER Jacques, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, p. 365.

¹¹² BOUTROS-GHALI Boutros, *Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix et maintien de la paix*, Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la Réunion au sommet du Conseil de sécurité, (A/47/277-S/24111, 17 juin 1992).

¹¹³ KOFI Annan, Rapport du Secrétaire général, *Un agenda pour la démocratisation : appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, A/51/761, 17 janvier 1997.

Pacifique (pays A.C.P.) s'articule autour de l'accord de Cotonou et repose sur un ordre démocratique scrupuleusement décrit dans son article 9, paragraphe 2. Cet article dispose : « les principes démocratiques sont des principes universellement reconnus sur lesquels se fonde l'organisation de l'Etat pour assurer la légitimité de son autorité, la légalité de ses actions qui se reflète dans son système constitutionnel, législatif et réglementaire et l'existence de mécanismes de participation ». C'est en outre « sur la base de ces principes universellement reconnus que chaque pays partie à la convention doit développer sa culture démocratique ». Celle-ci se fonde sur le respect de l'Etat de droit qui « inspire la structure de l'Etat et les compétences des divers pouvoirs, impliquant en particulier des moyens effectifs et accessibles de recours légal, un système judiciaire indépendant garantissant l'égalité devant la loi et un exécutif qui est pleinement soumis au respect de la loi »¹¹⁴. Cet accord économique décrit les conditions auxquelles les gouvernements des pays A.C.P. doivent se plier afin de maintenir leurs rapports économiques avec l'Union européenne.

La démocratie est désormais devenue, depuis la fin de la guerre froide, le modèle de bonne gouvernance politique et économique. En raison de sa nature favorable au maintien et à la consolidation de la paix, elle est le vecteur de l'émergence d'une obligation internationale d'assistance à la démocratisation.

B- L'émergence d'une obligation internationale d'assistance à la démocratisation

La démocratie est considérée aujourd'hui, comme le régime politique dont les principes forment le cadre favorable au respect des droits de l'homme et à la stabilité politique. Ce lien irréductible entre la paix et la démocratie crée une obligation pour l'ONU d'agir pour la promotion, voire l'assistance à la démocratisation lorsqu'elle est nécessaire. Reconnaisant dans son agenda pour la paix, que « l'intervention du système des Nations unies dans ce domaine se justifie dans la mesure où l'on s'accorde à reconnaître que la paix sociale est aussi importante que la paix stratégique ou politique »¹¹⁵, Boutros Boutros-Ghali conclut en l'existence d' « une nouvelle modalité d'assistance technique dont l'ONU a l'obligation d'assurer la prestation lorsqu'elle lui est demandée »¹¹⁶. « Elle consiste à

¹¹⁴ Accord de Cotonou, 23 juin 2000 <http://europa.eu.int/> (recherche/ accord de Cotonou).

¹¹⁵ BOUTROS-GHALI Boutros, *Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix et maintien de la paix*, Rapport précité.

¹¹⁶ Ibid.

soutenir la transformation des structures, à renforcer des capacités nationales déficientes et à mettre en place de nouvelles institutions démocratiques »¹¹⁷. Deux raisons justifient cette obligation d'assistance à la démocratisation.

L'article 1 de la charte des Nations unies donne pour mission à l'Organisation de maintenir la paix et la sécurité internationales. Le texte fait référence à une rupture internationale de la paix, or les conflits auxquels est confrontée l'ONU sont de nature interne. Pour maintenir la paix dans un tel contexte, elle doit réaliser « par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement des différends »¹¹⁸. La réalisation de ce but passe par la promotion du « respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ». Il octroie aussi à l'Organisation le droit de « prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde »¹¹⁹. Dans le cadre de la mission qui lui est impartie par son acte fondateur, l'ONU a une obligation de maintien de la paix. La paix et la démocratie étant interdépendantes, le rôle de l'ONU consiste également à participer à l'effort de démocratisation des Etats. Ceux-ci étant souverains et leurs peuples disposant du droit de définir leur propre statut politique, l'ONU ne peut ni leur imposer un modèle de gouvernance, ni se substituer aux peuples dans la détermination de leur choix politique. Toutefois, la charte l'obligeant à agir en faveur de la paix, elle se doit d'assister les Etats dans leur volonté de la consolider sur leur territoire.

Cette obligation ne peut être exercée que si l'intervention de l'ONU est sollicitée. La démocratisation se définit comme le « but démocratique à atteindre selon les caractéristiques propres à l'histoire de chaque société »¹²⁰. Elle constitue un mouvement général de restructuration et de réforme d'un système politique vers une forme plus participative du pouvoir. Par conséquent, elle ne peut s'établir sur l'unique volonté d'un agent externe. La démocratisation, pour être effective, doit se fonder sur un mouvement national. Imposer un modèle en la matière est en contradiction avec l'idée de démocratisation et les principes qui font l'Organisation des Nations unies : la souveraineté

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Article 1-1 de la Charte des Nations unies.

¹¹⁹ Article 1-2 de la Charte des Nations unies.

¹²⁰ Rapport du Secrétaire général, *Appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/51/512**, 18 octobre 1996.

et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures¹²¹. « Chaque société doit être libre de choisir la forme, le rythme et le caractère de son processus de démocratisation »¹²². Le rôle d'un agent extérieur se limite alors à « apporter une assistance à ceux qui la demande [expressément], [à] aider à coordonner, créer, des conditions propres à en assurer le succès »¹²³. Cette assistance ne peut en fait exister sans le consentement de l'Etat concerné. L'obligation d'assistance à la démocratisation de l'ONU, ou de toute autre organisation chargée du maintien de la paix, à l'égard de l'Etat, n'existe que lorsque ce dernier en fait la demande expresse. Vis-à-vis de l'ONU, la déclaration de Managua (1988) adoptée par la deuxième conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies, comporte une demande expresse au Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies : l'étude des moyens par lesquels le système des Nations unies pourrait apporter son assistance aux démocraties nouvelles ou rétablies¹²⁴.

L'agenda pour la démocratisation définit les deux conditions nécessaires à l'existence d'une requête réelle et sérieuse pour une assistance à la démocratisation. D'une part, « l'Etat doit pouvoir et vouloir, non seulement créer les conditions nécessaires à la tenue d'élections libres et honnêtes, mais aussi créer et maintenir les institutions qu'exige la pratique de la démocratie ». D'autre part, « il faut que la démocratisation commence par un effort visant à créer une culture de la démocratie (culture fondamentalement non violente) [c'est-à-dire] admettre que la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics »¹²⁵.

L'obligation internationale d'assistance à la démocratisation existe aussi bien dans le cadre de l'action générale de l'ONU pour le développement que pour les cas plus spécifiques où l'Organisation mène des activités de rétablissement, de maintien et de

¹²¹ Toutefois comme le rappelle Jean d'Aspremont, il n'y a pas de réel choix dans le modèle politique à appliquer. La liberté existe dans les modalités d'aménagement du régime démocratique. Ainsi il en conclut que « le principe d'autodétermination [...] pourrait plutôt se concevoir comme une *obligation* pour les Etats qui sont impliqués –le cas échéant par le biais d'une organisation internationale- dans la (re)construction d'un autre Etat de le doter d'un régime démocratique ». Aujourd'hui, « il ne saurait y avoir un Etat nouveau ou restauré qui n'est pas démocratique ». Voir « La création internationale d'Etats démocratiques », *RGDIP*, 2005-4, p. 905 et s.

¹²² Rapport du Secrétaire général, *Un agenda pour la démocratisation : appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, A/51/761, 17 janvier 1997.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Voir *supra* (Section I, Paragraphe I-A).

¹²⁵ Rapport du Secrétaire général, *Un agenda pour la démocratisation : appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, rapport précité.

consolidation de la paix. Dans le contexte des opérations de maintien de la paix de la seconde génération, l'assistance à la démocratisation est une obligation dans le sens où le dessein est la consolidation de la paix¹²⁶. En effet, ces opérations, jusqu'à la fin de la guerre froide, consistaient en une simple interposition d'un tiers neutre. Plus qu'une paix précaire, l'ONU entend construire une paix durable en renforçant son action. Il s'agit après l'obtention des premiers accords, de créer les conditions favorables au renforcement de la paix : en prenant part à la reconstruction des institutions et infrastructures notamment par l'organisation et la surveillance des élections, en soutenant les efforts de protection des droits de l'homme et de réforme des institutions gouvernementales vers plus de participation politique.

Toutefois quel que soit le contexte de l'exercice de l'assistance à la démocratisation, celle-ci demeure de nature technique. Il s'agit d'organiser des élections périodiques et d'en contrôler la transparence, de rendre effectif la responsabilité des pouvoirs publics, la liberté de la presse, l'indépendance du pouvoir judiciaire et de créer une société civile active. Il peut s'agir également d'assister un Etat dans la rédaction de sa constitution à condition que cette assistance ait été sollicitée.

Ces valeurs démocratique ont un véritable impact sur le rôle de l'ordre international dans la mise en œuvre de cet objectif. Elles impliquent que l'assistance constitutionnelle garantissent une procédure constituante participative.

¹²⁶ Voir l'Agenda pour la paix.

PARAGRAPHE II : L'encadrement démocratique de l'assistance constitutionnelle

La démocratie est un régime politique fondé sur la primauté du droit, son organisation juridique est nécessaire. C'est par le biais de la constitution, norme supérieure comportant les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Etat, que ce modèle de gouvernance se matérialise. L'élaboration de la loi fondamentale réclame l'exercice du pouvoir constituant originaire qui est propre à la souveraineté. Dans un régime participatif, le souverain s'identifie au peuple. Si cette forme de gouvernement se caractérise par la participation de ce dernier, l'assistance constitutionnelle doit se conformer à ce principe. Il s'agit pour tout organisme dont la mission est d'assister à l'élaboration d'une nouvelle constitution, d'œuvrer à ce que la méthode démocratique soit la règle pour l'expression du pouvoir constituant originaire.

En somme, toute assistance constitutionnelle doit s'insérer dans le cadre d'un constitutionnalisme participatif **(B)**. Dans la logique démocratique, le pouvoir constituant se fonde sur le droit de tout citoyen de prendre part à la procédure constituante **(A)**.

A- Le pouvoir constituant démocratique

Le constitutionnalisme participatif se fonde sur un principe, « le droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques »¹²⁷ **(1)** et a déjà été mis en œuvre par plusieurs démocraties nouvelles ou rétablies **(2)**.

1- La nécessaire participation du citoyen

Dans les textes internationaux, le droit des peuples à déterminer librement leur statut politique justifie la nature démocratique du pouvoir constituant. Concrètement, le peuple se compose de citoyens « capable d'opiner sur la chose publique »¹²⁸. La qualité de citoyen implique les droits politiques qui permettent de participer à l'exercice du pouvoir. Le droit international reconnaît à tous les citoyens « le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement

¹²⁷ Article 25-a du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

¹²⁸ BURDEAU Georges, *La démocratie*, Editions du Seuil, Paris, 1978, p. 24.

choisis »¹²⁹. C'est à partir de cette disposition que le Comité pour les droits de l'homme a mis en évidence que : « les citoyens participent à la direction des affaires publiques lorsqu'ils choisissent ou modifient la forme de leur constitution »¹³⁰. Dès lors, il convient de déterminer en quoi et dans quelle mesure, la participation à la procédure constituante représente une occasion pour le citoyen « de prendre part à la direction des affaires publiques » ?

Les affaires publiques se composent de l'ensemble des activités ayant trait à l'administration d'un Etat. Collaborer à une telle entreprise peut signifier pour le citoyen la possibilité de faire partie du corps politique conduisant la nation. En tout état de cause, l'ensemble des citoyens est représenté dans une démocratie par un corps élu formant le parlement. Toute démocratie doit se doter d'une telle institution représentative « doté[e] des pouvoirs ainsi que des moyens requis pour exprimer la volonté du peuple en légiférant et en contrôlant l'action du gouvernement »¹³¹. La participation à la direction des affaires publiques peut aussi corroborer le principe de l'article 25-b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « tout citoyen a le droit 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 ». En fait, l'objet et le fondement de l'article 25-a concernent la chose publique. Or, il est impossible de dissocier la *res publica* de l'élaboration de la norme constitutionnelle.

En effet, l'exercice du pouvoir constituant originaire consiste à établir les règles selon lesquelles l'Etat fonctionnera et sera organisé. Adopter une constitution représente la chose publique par excellence. De surcroît, le principe de participation du citoyen à la direction des affaires publiques, vient confirmer le sens du régime de la *Res publica*. Tout Etat, dans lequel l'organisation politique se fonde sur le peuple et non sur un individu ou même une oligarchie, constitue une République. En consacrant le droit de tout citoyen à prendre part à la procédure constituante, l'Etat permet à ceux-ci de collaborer à la direction des affaires publiques. Ainsi la charte démocratique interaméricaine conforte cette idée en mettant en exergue le lien entre la participation du peuple « aux divers échelons de

¹²⁹ Article 25-a du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹³⁰ Observation générale n° 25 : le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder, dans les conditions générales d'égalité aux fonctions publiques (art.25) CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12/07/1996.

¹³¹ Article 11 de la déclaration universelle sur la démocratie (Union interparlementaire).

l'activité publique »¹³² et la consolidation des valeurs de la démocratie. Son article 6 dispose : « La participation des citoyens à la prise des décisions concernant leur propre développement est un droit et une responsabilité. Elle est par ailleurs *une condition indispensable à l'exercice intégral et performant de la démocratie*. La promotion et le perfectionnement des diverses formes de participation renforcent la démocratie. »¹³³

Toutefois, « l'article 25-a du Pacte ne peut pas être interprété comme signifiant que tout groupement directement touché, quelle que soit son importance, a le droit absolu de fixer lui-même les modalités de participation à la direction des affaires publiques »¹³⁴. Telle est la conclusion rendue par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Marshall v. Canada*. Eu égard les articles 1 et 2 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁵, quelques membres du Grand Conseil de la Société tribale Micmaque (au Canada) fondent leur communication sur l'absence de représentants de la communauté Micmaque aux conférences constitutionnelles relatives à l'identification et la définition des droits des peuples autochtones. Etant entendu, qu'à l'issue de ces conférences la Constitution canadienne doit être révisée, le refus des autorités gouvernementales canadiennes d'intégrer les représentants Micmaques au débat constitutionnel, à l'instar des communautés indienne, métisse et Inuit, constitue pour les requérants une violation de leur droit de prendre part à la direction des affaires publiques. Bien que le Comité pour les droits de l'homme reconnaisse le droit des citoyens à participer à l'adoption ou à la révision de la constitution, il déboute les requérants en reconnaissant la pertinence des arguments de l'Etat canadien.

L'article 25-a du Pacte, reconnaît la possibilité de restrictions raisonnables, le Canada estime que la non-représentation Micmaque aux conférences constitutionnelles, ne constitue pas une réduction déraisonnable du droit énoncé par le Pacte. En effet, même si

¹³² Préambule de la Charte démocratique interaméricaine.

¹³³ Les précisions en italique sont soulignées par nous.

¹³⁴ Comité des droits de l'homme (43^{ème} session), Communication N° 205/1986 : Canada (03/12/1991), CCPR/C/43/D/205/1986 (jurisprudence).

¹³⁵ Article 1 : Tout Etat partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a la compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un Etat partie au Pacte qui n'est pas partie au présent Protocole.

Article 2 : Sous réserve des dispositions de l'article premier, tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine.

la Constitution prévoit par ces articles 37 et 37-1¹³⁶ l'organisation de conférences constitutionnelles relatives aux questions qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, la règle en la matière est en principe la présence des dirigeants élus du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux. En fait, le rôle accordé à la participation directe des citoyens est exceptionnel.

Les articles 37 et 37-1 de la Constitution canadienne prévoient que le Premier ministre, en plus des représentants élus, invite ceux des populations autochtones, objet de la rencontre constitutionnelle. Ainsi quatre associations nationales ont été sollicités afin de représenter les intérêts des six cents groupes autochtones. Or, l'article 25-a ne consacre pas un droit « absolu » pour les citoyens de participer directement à la direction des affaires publiques. Cette association du citoyen peut se faire soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. De surcroît, les restrictions raisonnables qu'admet le Pacte incluent la détermination libre des nécessaires modalités de la participation à la direction des affaires publiques. Si l'association des citoyens à la procédure constituante donne bien l'occasion à ceux-ci de concourir à la direction des affaires publiques, ceci « ne saurait signifier que tous les citoyens d'un pays doivent être invités à une conférence constitutionnelle »¹³⁷.

¹³⁶ Article 37 (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le Premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même. (2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le Premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions. (3) Le Premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

Article 37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982. (2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le Premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions. (3) Le Premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest. (4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35 (1).

Ces articles ont été abrogés car l'article 54 le prévoyait un an après l'entrée en vigueur de la partie VII (relative aux dispositions générales). La partie VII est entrée en vigueur le 17 avril 1982 abrogeant ainsi la partie IV (relative aux Conférences constitutionnelles) le 17 avril 1983.

¹³⁷ Comité des droits de l'homme (43^{ème} session), Communication N° 205/1986 : Canada (03/12/1991), CCPR/C/43/D/205/1986 (jurisprudence). D'ailleurs, la Charte africaine des droits de

Dans cette affaire, seul le pouvoir constituant dérivé est concerné. Cependant, cette règle démocratique ne peut être exclue dans l'exercice du pouvoir constituant originaire. Bien que la participation des citoyens ne puisse être totale, « une constitution démocratique ne peut être écrite pour une nation, ni être écrite en hâte sans rompre avec les exigences du processus démocratique »¹³⁸. Dans le cadre de l'instauration d'un gouvernement du peuple, par le peuple, le recours à un pouvoir constituant de type démocratique apparaît obligatoire. L'élaboration des constitutions en comité restreint constitue une méthode inadaptée dans le processus de démocratisation qui se fonde sur une volonté réelle d'instaurer une culture démocratique dans une véritable société civile. Aussi est-ce sans restriction déraisonnable que le droit de tout citoyen de prendre part à la procédure constituante doit être mis en œuvre, dans la mesure où une consultation des citoyens est possible.

2- La mise en œuvre du droit de tout citoyen à prendre part à la procédure constituante

La procédure constituante classique n'intègre le peuple qu'à deux moments : l'élection de l'assemblée constituante et/ou l'approbation référendaire du projet d'initiative constituante. Aujourd'hui, la tendance dans les démocraties nouvelles s'oriente vers le choix d'un « constitutionnalisme participatif »¹³⁹, c'est-à-dire une procédure constituante ouverte fondée sur la consultation du peuple. Le constitutionnalisme classique pratiqué par les Etats occidentaux s'appuie sur l'existence d'une nation. Elle est « un *donné* constitutif sur lequel [s'est édifié] le constitutionnalisme »¹⁴⁰. Dans le contexte des révolutions américaine et française, l'élaboration de la constitution parachevait l'émergence de la nation politique.

Si le constitutionnalisme occidental a pu limiter la participation constitutionnelle du peuple par le concept de nation, les démocraties des Etats en voie de développement ne peuvent appliquer un modèle qui a fait ses preuves dans un contexte historique et politique

l'homme et des peuples précise en son article 13-1 que le droit de libre participation à la direction des affaires publiques s'exerce « conformément aux règles dictées par la loi. »

¹³⁸ HART Vivien, *Democratic Constitution Making*, *op. cit.* Traduit par nous : « A democratic constitution cannot be written for a nation, nor can one be written in haste without breaching the requirements of democratic process ».

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ PIERRE-CAPS Stéphane, « Le constitutionnalisme et la nation », *op.cit.*, p. 69.

différent du leur. En effet, les nations de ces pays restent en construction. D'ailleurs, l'échec des constitutions issues de la décolonisation s'explique par leur origine. Elles ont été élaborées pour la plupart par les anciennes métropoles sur le postulat de l'existence d'une nation. Rendre effectif le droit de tout citoyen à participer à la direction des affaires publiques, en l'intégrant dans la production de la norme fondant le système étatique, concourt à créer des citoyens et à dessiner la nation.

Les modalités de mise en œuvre d'un tel droit exigent une méthode intégrant les citoyens en tant que détenteurs de droits politiques. Dans le cadre de la procédure constituante démocratique, les citoyens forment un corps politique actif : ils ont conscience de leurs droits et de leur rôle. Ils doivent prendre part à la formation d'une volonté générale concernant la constitution à élaborer. La procédure constituante participative se formalise en quatre étapes caractéristiques : créer les conditions d'une telle procédure par l'enseignement de la pédagogie démocratique ; informer les citoyens du sens et de la portée du processus constituant ; faire apparaître par diverses consultations le ou les souhaits constitutionnels ; rédiger la constitution en tenant compte des consultations et enfin faire adopter le projet final par une instance représentative ou reconnue.

Depuis 1986, plusieurs Etats ont eu recours à un tel processus constituant. La reconstruction d'une nouvelle Afrique du Sud après le régime d'*apartheid* en est le plus fameux exemple. La procédure constituante s'est étendue de 1989 à 1996. De 1990 à 1994 des négociations ont été organisées afin de déterminer un accord sur le processus constituant. En 1993, une constitution intérimaire a été adoptée comprenant les principes pré-constituants. Après les premières élections multiraciales en 1994, a commencé la procédure participative. Jusqu'en 1996, les représentants élus se sont donnés pour mission d'informer et d'éduquer les populations afin qu'elles participent activement à la procédure constituante. En deux ans, l'Assemblée constituante a reçu deux millions de contributions écrites de la part aussi bien d'individus que de groupes associatifs ou professionnels¹⁴¹.

A l'instar du modèle sud-africain, l'Erythrée, au moment de son indépendance obtenue par le référendum du 27 avril 1993¹⁴², a eu recours à une procédure constituante en plusieurs phases. Bien que le régime provisoire organisé ne soit pas de nature

¹⁴¹ HART Vivien, *Democratic Constitution Making*, *op.cit.*

¹⁴² GOY Raymond, « L'indépendance de l'Erythrée », *AFDI*, 1993, p. 337.

démocratique, l'assemblée non élue a pour mission d'adopter une constitution démocratique. Au sein de cette chambre, est formée une Commission chargée de la rédaction de la constitution. En définitive, celle-ci devra être adoptée par une assemblée élue au suffrage universel. En attendant, un texte provisoire est élaboré puis adopté en février 1994. Il contient des résolutions relatives notamment au régime constitutionnel que développera la constitution démocratique : la séparation des pouvoirs, le respect des droits de l'homme, une société libérale et le principe du multipartisme.

Quant à la procédure, conformément à son mandat, la Commission constitutionnelle érythréenne doit élaborer la constitution « au regard des besoins et désirs des Erythréens » et en se fondant sur « le contexte social et historique de l'Erythrée ». Cette commission a pour mission d'établir une constitution qui « soit plus que la réplique des autres constitutions étrangères »¹⁴³. Dans le même ordre d'idée, le Kenya, dotée d'une constitution historique rédigée en 1963 à Lancaster House par les Britanniques avec la collaboration de quelques représentants kenyans, a entrepris en 2002 d'adopter une nouvelle loi fondamentale. Par une procédure ouverte, le Kenya entend « donner au peuple l'opportunité de prendre part à l'élaboration de la constitution de sorte qu'elle reflète leurs souhaits, aspirations, espoirs et rêves pour l'avenir. Il s'agit d'un peuple prenant possession de sa constitution, en conduisant la procédure de révision de laquelle le produit final sera celui du peuple.»¹⁴⁴.

Au Rwanda, pour consolider la réconciliation après la guerre civile et le génocide, l'accord de paix d'Arusha dispose en son article 41 : « La constitution devant régir le pays après la Transition sera élaborée par la Commission juridique et constitutionnelle comprenant des experts nationaux, dont il est question à l'article 24 B du présent Protocole. Cette Commission, rattachée à l'Assemblée nationale, préparera, après une large consultation de toutes les couches de la population, un avant-projet de constitution qui sera soumis au Gouvernement pour avis, avant d'être présenté à l'Assemblée nationale qui

¹⁴³ Mc CORD Michael, "Constitution-Making in Eritrea : Hopes and Challenges" <http://www.worldlearning.org> (World Learning for International Development / Democracy and governance / Democracy Fellows Program / by fellows).

¹⁴⁴ ISSACK HASSAN Ahmed, « Constitution of Kenya review commission discussion paper on the review process », traduit par nous: "is meant to give the people of Kenya an opportunity to take part in the making of the constitution so that it reflects their wishes, aspirations, hopes and dreams for the future. It is a people – driven review process whose final product will be a people- owned Constitution", <http://www.kenyaconstitution.org> (the review process).

finalisera le projet de constitution devant être soumis au référendum pour adoption »¹⁴⁵. Jusqu'à l'adoption de ce texte, les dispositions de l'accord d'Arusha relatives aux institutions de transition sont applicables.

Pour accomplir sa mission, la commission, créée en décembre 1999, avait pour obligation de « rencontrer et sensibiliser la population sur la constitution et sa contribution dans l'adoption de la constitution ». De 1999 à 2003, les membres de la commission ont dû « consulter la population et recueillir les idées sur le type de constitution qui convient au pays ; rassembler toute la documentation nécessaire à la maîtrise de la matière constitutionnelle ; contribuer à l'analyse des résultats des enquêtes menées auprès de la population [...] ; [et établir des] rapport[s] sur les missions de formation, de recueil d'expériences d'autres pays ainsi que des voyages d'études et autres missions réalisées à l'extérieur »¹⁴⁶.

Quel que soit l'Etat, la procédure constituante a nécessité une réelle pédagogie de la démocratie et de la norme constitutionnelle. Le 23 mai 1997, une assemblée élue a sanctionné la Constitution de l'Erythrée. Quant à la Loi constitutionnelle rwandaise, elle a reçu un consentement référendaire le 25 mai 2003¹⁴⁷.

Au Kenya, cette culture démocratique inculquée au moment des consultations constitutionnelles a eu des résultats très satisfaisants. La commission de rédaction de la constitution a proposé un texte conforme à la volonté des Kenyans. Ce projet se fondait sur une réduction des pouvoirs du Président de la République par le partage du pouvoir exécutif entre le chef de l'Etat et le Premier ministre. Cette proposition a ensuite fait l'objet de modifications aboutissant à l'abandon des nouvelles dispositions concernant le pouvoir exécutif. Face à ce nouveau texte, la société civile a réagi et a exigé l'adoption de la constitution élaborée par la Commission de rédaction. Depuis juin 2004, une partie de la population demande l'organisation d'un référendum. Le 22 novembre 2005, 57% des kenyans rejettent le projet constitutionnel ignorant les consultations constitutionnelles

¹⁴⁵ Accord de paix d'Arusha entre le gouvernement de la République rwandaise et le Front patriotique rwandais, A/48/824 – S/26915, 23 décembre 1993.

¹⁴⁶ Article 9 du règlement d'ordre intérieur de la Commission juridique et constitutionnelle, voir <http://www.cjcr.gov.rw>

¹⁴⁷ Le taux de participation à ce référendum a été de 87% et le taux auquel a été adoptée la constitution est de 93.42% (Voir <http://www.cjcr.gov.rw> (actualité).

organisées en 2002. L'adoption d'une nouvelle constitution au Kenya est désormais impossible sans tenir compte de l'idée d'un pouvoir constituant démocratique.

Le Commonwealth est pour l'instant la seule organisation à avoir élaboré, en août 1999, une recommandation relative « aux meilleures pratiques de la procédure constituante participative »¹⁴⁸. Celle-ci fait suite à la déclaration d'Harare qui, en 1991, réaffirme les principes cardinaux fondant le Commonwealth : le respect des droits de l'homme, la promotion et l'enracinement des valeurs démocratiques, le droit au développement et l'Etat de droit. La légitimité d'une constitution vis-à-vis du peuple est subordonnée à une procédure constituante « transparente, participative et crédible ». Tout citoyen doit pouvoir contribuer à l'élaboration de la norme fondamentale. Pour se faire, il faut lui en donner les moyens par l'organisation de programme d'éducation civique, l'utilisation des médias ou de tout autre moyen susceptible d'éviter la marginalisation du citoyen dans la procédure constituante.

Il s'agit là d'une simple recommandation émise dans le cadre souple d'une organisation de cinquante-trois Etats indépendants qui se consultent par le biais d'un réseau largement informel de liens gouvernementaux et non gouvernementaux. Néanmoins, cette recommandation adoptée par les Etats membres du Commonwealth ne peut que conduire à reconnaître la réalité du constitutionnalisme participatif. La pratique d'une procédure constituante démocratique est de plus en plus courante. La jurisprudence du Comité pour les droits de l'homme a reconnu la participation à la procédure constituante comme étant une modalité du droit de tout citoyen de participer à la direction des affaires publiques. Parallèlement à l'émergence du droit à la démocratie, apparaît un droit pour le peuple à être étroitement associé à l'élaboration de la norme fondamentale¹⁴⁹. L'ONU, lorsqu'elle assiste constitutionnellement un Etat, tient compte de ce principe cardinal de l'établissement d'un Etat démocratique.

¹⁴⁸ Voir Commonwealthhumanrightsinitiative.org (programmes/constitutionalism/India).

¹⁴⁹ D'ailleurs, dans la résolution de la crise irakienne, malgré des conditions difficiles, la procédure constituante n'a pas ignoré le principe du constitutionnalisme participatif.

B- La mise en œuvre effective du droit de participation constitutionnelle dans les opérations de maintien de la paix

Au Timor oriental, l'ONU a participé à l'exercice du pouvoir constituant originaire donnant naissance à la constitution historique¹⁵⁰ (1). En Afghanistan, elle a soutenu l'administration provisoire dans l'élaboration d'une nouvelle constitution pour la reconstruction de l'Etat après vingt ans de guerre et le régime Taliban (2). Dans ces deux contextes différents, l'Organisation des Nations unies a contribué par son assistance constitutionnelle à l'expression du pouvoir constituant démocratique.

1- Le processus constituant au Timor oriental

Suite au retrait du Portugal de sa colonie Est-timoraise, l'indépendance de l'île est proclamée en novembre 1975. Cependant, l'Indonésie voisine, envahit l'île puis l'annexe. De 1975 à 1999, le Timor oriental est occupé militairement par l'Indonésie¹⁵¹. Le 15 mai 1999, sous l'égide de l'ONU, le Portugal et l'Indonésie parviennent à un accord prévoyant une consultation sur le statut de l'île. Le processus prévu organise une autonomie spéciale en attendant qu'il soit tranché par référendum si l'autodétermination de l'île doit s'envisager dans le cadre de la souveraineté indonésienne ou, dans le cadre d'un Etat indépendant. Le 30 août 1999, par la voie référendaire 78,5% des est-timorais votent en faveur de l'indépendance de l'île¹⁵². Et conformément à l'article 6 de ce premier accord, une administration internationale (Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, ATNUTO¹⁵³) sous l'égide de l'ONU est organisée afin de mener le Timor oriental sur la voie de l'indépendance effective¹⁵⁴.

¹⁵⁰ HUET Véronique, « La première Constitution du Timor oriental », *RFDC*, n° 56, Octobre 2003, p. 865.

¹⁵¹ Pour l'histoire de l'île voir : SOREL Jean-Marc, « Timor oriental : un résumé de l'histoire du droit international », *RGDIP*, 2000, p. 37.

¹⁵² La préparation de la consultation populaire est confiée à la Mission des Nations unies au Timor oriental conformément à l'article 2 de l'accord entre la République d'Indonésie et la République portugaise sur la question du Timor oriental (http://www.un.org/french/peace/timor_oriental/index.html) : « De demander au Secrétaire général de mettre en place, aussitôt le présent Accord signé, une mission de l'Organisation des Nations unies au Timor oriental qui lui permette de procéder comme il convient à la consultation populaire »

¹⁵³ Voir CAHIN Gérard, « L'action internationale au Timor Oriental », *AFDI*, 2000, p. 139.

¹⁵⁴ Article 6 de l'accord entre la République d'Indonésie et la République portugaise sur la question du Timor oriental : « Que, si le Secrétaire général détermine, sur la base des résultats de la consultation populaire et en conformité avec le présent Accord, que le projet de cadre constitutionnel pour l'autonomie spéciale ne rencontre pas l'agrément des Timorais, le Gouvernement indonésien prendra les mesures constitutionnelles voulues pour rompre ses liens avec le Timor oriental, rétablissant ainsi au regard de la législation indonésienne le statut du Timor oriental qui était celui du territoire avant le 17 juillet 1976, et les Gouvernements indonésien et portugais ainsi que le Secrétaire général s'entendront sur les dispositions à

L'ATNUTO dispose, en vertu de la résolution 1272 du Conseil de sécurité, de la responsabilité générale de l'administration du Timor oriental et est habilitée à exercer l'ensemble des pouvoirs législatif et exécutif, y compris l'administration de la justice. Cependant, pour la réalisation de son vaste mandat, le Conseil de sécurité « souligne qu'il faut que l'ATNUTO consulte la population du Timor oriental et coopère étroitement avec elle pour s'acquitter efficacement de son mandat en vue de créer des institutions locales démocratiques, [...], et de transférer ses fonctions administratives et de service public à ces institutions »¹⁵⁵. Cette administration internationale à en charge de construire un Etat. L'exercice du pouvoir constituant originaire est indispensable à la réalisation de cet objectif de l'ATNUTO. Toutefois, en raison de la souveraineté du jeune Etat, il appartient au seul peuple de l'île d'élaborer la constitution. Il s'agit pour l'ATNUTO de donner uniquement les moyens aux citoyens est-timorais de participer effectivement à l'établissement de leur Etat.

Dès décembre 1999, les représentants est-timorais sont associés à la prise de décision par la création d'un Conseil consultatif national doté d'un pouvoir de recommandation. Puis, il est remplacé en juillet 2000 par un Conseil national dont la mission est de proposer et d'amender les projets de règlements. Il dispose également du pouvoir d'entendre le cabinet du gouvernement transitoire, chargé de gouverner, d'administrer le territoire et de conduire l'adoption d'une constitution et l'établissement du gouvernement démocratiquement élu. Ce cabinet se compose à la fois d'Est-Timorais et de hauts responsables de l'ATNUTO¹⁵⁶ et est présidé par l'administrateur international transitoire qui adopte et promulgue les décisions. Ainsi, lorsque l'ATNUTO adopte le 16 mars 2001 le règlement relatif à l'élection de l'assemblée constituante, le Conseil national est consulté¹⁵⁷.

prendre pour assurer le transfert pacifique et en bon ordre à l'Organisation des Nations unies de l'autorité au Timor oriental. L'Organisation mettra alors en train la procédure requise pour permettre au Timor oriental de s'engager sur la voie de l'indépendance. ».

¹⁵⁵ S/RES/1272, 25 octobre 1999.

¹⁵⁶ Les membres Est-Timorais de ce Cabinet sont à partir de 2001 en majorité. D'ailleurs le Conseil de sécurité dans sa résolution 1338 « *Prie* le Représentant spécial du Secrétaire général de continuer à prendre des mesures pour déléguer progressivement, au sein de l'Administration transitoire au Timor oriental, de nouveaux pouvoirs au peuple est-timorais jusqu'à ce que tous les pouvoirs soient transférés au Gouvernement d'un Timor oriental indépendant, comme indiqué dans le rapport du Secrétaire général ».

¹⁵⁷ UNTAET/REG/2001/216, Regulation no. 2001/2, On the election of a constituent assembly. to prepare a constitution for an independent and democratic east Timor, march 2001.

Cette assemblée constituante a pour mission d'élaborer une constitution pour un Timor oriental indépendant et démocratique. Pour l'élection au suffrage égal et secret de cette assemblée monocamérale composé de 88 membres représentatifs, l'ATNUTO n' a qu'une seule mission : former et informer la population. L'instance constituante doit accomplir son mandat en quatre-vingt-dix jours en tenant compte des diverses consultations populaires. Pour se faire, l'assemblée constituante a travaillé notamment sur la base des rapports élaborés par les treize commissions constitutionnelles de district.

Chacune d'entre elles avait pour objet d'organiser des débats publics. Ceux-ci servaient d'une part, à informer les citoyens sur le concept de constitution et sur la procédure timoraise et d'autre part, à recueillir leur opinion sur le contenu de la future constitution. Ce premier travail est ensuite confié à un Comité pour la systématisation et l'harmonisation qui élabore un rapport commun remis à l'Assemblée constituante. Celle-ci est également en charge d'organiser des débats publics. Après son élection le 30 août 2001, cette assemblée commence les débats le 3 décembre 2001 et entérine la constitution à la majorité absolue le 22 mars 2002. En fin de compte, « pleinement conscients de la nécessité d'établir une culture démocratique et institutionnelle propre à un Etat de droit dont le respect de la constitution, des lois et des institutions démocratiquement élues constituent son fondement incontestable »¹⁵⁸, les constituants Est-Timorais ont permis de consacrer l'indépendance de l'Etat le 22 mai 2002¹⁵⁹.

Le processus constituant afghan a bénéficié lui aussi d'une assistance constitutionnelle fondée sur le pouvoir constituant démocratique.

¹⁵⁸ Préambule de la Constitution. Traduit par nous : « Fully conscious of the need to build a democratic and institutional culture proper of a State based on the rule of law where respect for the Constitution, for the laws and for democratically elected institutions constitute its unquestionable foundation ».

¹⁵⁹ La stabilité du Timor Leste est remise en cause depuis le départ des troupes onusiennes. En effet, le pays traverse une crise depuis avril 2006. Une rébellion divise le pays. Le gouvernement timorais a sollicité Nations unies afin qu'elle assiste à long terme les forces de polices timoraises. L'objectif est de renforcer la présence de l'ONU dans le pays après le départ en décembre 2005.

2- Le processus constituant en Afghanistan

Après les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats Unis, le gouvernement afghan taliban est condamné pour avoir permis que l'Etat « soit utilisé comme base d'exportation du terrorisme par le réseau Al-Quaeda et autres groupes terroristes et [pour] avoir accordé l'asile à Oussama Ben Laden »¹⁶⁰. Le Conseil de sécurité décide alors de soutenir l'action militaire des Etats-Unis¹⁶¹ pour appuyer « dans ce contexte les efforts que fait le peuple afghan pour remplacer le régime taliban »¹⁶². Après la chute de ce régime, le Conseil de sécurité « affirme que l'Organisation des Nations unies doit jouer un rôle central pour ce qui est d'appuyer les efforts du peuple afghan »¹⁶³ dans la stricte mesure « du droit inaliénable du peuple afghan à déterminer lui-même librement son avenir politique »¹⁶⁴.

La reconstruction de l'Etat se fonde sur l'accord de Bonn signé le 5 décembre 2001¹⁶⁵ qui prévoit trois étapes avant l'élection d'un gouvernement élu. Tout d'abord, une autorité intérimaire afghane est établie. Elle est assistée de l'ONU et sa mission est de conduire les affaires courantes de l'Etat jusqu'à la convocation de la Loya Jirga d'urgence¹⁶⁶. Celle-ci constitue une « autorité de transition, comprenant une administration de transition largement représentative, qui dirige l'Afghanistan jusqu'à l'élection d'un gouvernement pleinement représentatif par des élections libres et régulières »¹⁶⁷. La dernière phase vers le rétablissement des institutions étatiques est la convocation d'une Loya Jirga constituante. Elle est « la manifestation suprême de la volonté du peuple afghan »¹⁶⁸. Son mandat consiste en l'adoption d'une nouvelle constitution. Jusqu'à cet événement, l'accord prévoit d'appliquer une constitution intérimaire, en l'occurrence celle

¹⁶⁰ S/RES/1378, 14/11/2001.

¹⁶¹ Le 14 septembre 2001, le Congrès autorise le Président Georges Bush à recourir à la force militaire contre le terrorisme. Et le 7 octobre débutent les premiers bombardements sur les grandes villes afghanes.

¹⁶² S/RES/1378, 14/11/2001.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ S/RES/1383, 6/12/2001.

¹⁶⁵ L'accord de Bonn- Afghanistan, décembre 2001, <http://www.onu.fr> (centre d'information des Nations unies/ lettres d'information/ bulletin n°46 décembre 2001).

¹⁶⁶ Cette instance afghane est traditionnellement convoquée depuis 1747 (pour la désignation du premier Roi d'Afghanistan, Ahmad Khan Abdadi) pour prendre les grandes décisions concernant l'avenir de l'Etat et du peuple; Voir BACHARDOUST Ramazan, « Qu'est-ce que la Loya Jirga ? Composition de la loya Jirga 2002 », <http://www.cermoc.org/articles/loyajirga2002.pdf>

¹⁶⁷ L'accord de Bonn- Afghanistan, décembre 2001, <http://www.onu.fr> (centre d'information des Nations unies/ lettres d'information/ bulletin n°46 décembre 2001).

¹⁶⁸ Order of the President of Islamic Transitional State of Afghanistan on the Rules of Procedure of the Constitutional Loya Jirga, novembre 2003, <http://www.unama-afg.org> (documents, Loya Jirga rules of procedures).

de 1964¹⁶⁹. « Afin d'aider la Loya Jirga constituante à rédiger le projet de constitution, l'Administration de transition constitue une commission constituante dans les deux mois suivant sa mise en place, avec l'aide de l'Organisation des Nations Unies »¹⁷⁰.

Composée de commissaires dont le but est de « chercher à représenter les aspirations du peuple et de tenter de développer un consensus national sur des solutions précises »¹⁷¹, la Commission constitutionnelle a pour objectif d'établir un projet qu'elle présentera à la Loya Jirga constituante. L'acte d'initiative constituante doit être issu d'une procédure constituante consistant en « un pas important vers le processus de construction de la nation »¹⁷². Aussi, eu égard à l'accord de Bonn qui reconnaît « le droit au peuple afghan à déterminer librement son propre avenir politique conformément aux principes de l'islam, de la démocratie, du pluralisme et de la justice sociale »¹⁷³, l'administration afghane transitoire a opté pour une procédure constituante capable d'« engager tous les segments de la société afghane et de renforcer le sens de l'identité nationale ». Le but est d'obtenir « un document consensuel acceptable pour tous les Afghans »¹⁷⁴.

L'ONU joue un rôle important dans le processus de reconstruction de l'Afghanistan. Elle est présente par le biais de la Mission (politique) d'assistance des Nations unies en Afghanistan (MANUA)¹⁷⁵. Son mandat est vaste. Elle intègre tous les programmes des Nations Unies afin de soutenir la transition démocratique opérée par les autorités afghanes¹⁷⁶. L'unité de support à la procédure constituante se charge de l'assistance constitutionnelle aux travaux constituants. Appuyée par le PNUD, cette branche de la MANUA a participé avec la Commission constituante à l'information et la formation constitutionnelles des citoyens dans chaque province. Elle a également fourni des experts internationaux pour la réalisation des travaux de la Commission

¹⁶⁹ « La structure légale ci-après est applicable à titre intérimaire jusqu'à l'adoption de la constitution susvisée : a) La Constitution de 1964, i) dans la mesure où ses dispositions ne sont pas incompatibles avec celles du présent accord et ii) à l'exception des dispositions relatives à la monarchie et aux corps exécutif et législatif prévus dans la Constitution [...] » *in* Structure légale et système judiciaire relative à l'autorité intérimaire (Accord de Bonn).

¹⁷⁰ Point 6 des dispositions générales de l'accord de Bonn.

¹⁷¹ The Secretariat of the Constitutional Commission of Afghanistan, "The constitution-making process in Afghanistan", 10 march 2003, <http://www.constitution-afg-com/> (constitution making process).

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ L'accord de Bonn- Afghanistan, décembre 2001, <http://www.onu.fr> (centre d'information des Nations unies/ lettres d'information/ bulletin n°46 décembre 2001).

¹⁷⁴ The Secretariat of the Constitutional Commission of Afghanistan, "The constitution-making process in Afghanistan", 10 march 2003, précit.

¹⁷⁵ <http://www.unama-afg.org/>.

¹⁷⁶ Voir S/RES/1401, 28 mars 2002.

constitutionnelle de rédaction et de la Loya Jirga constituante. Ainsi, c'est dans le cadre d'une assistance constitutionnelle démocratique que l'Afghanistan s'est doté d'une nouvelle constitution le 4 janvier 2004.

CONCLUSION

L'assistance constitutionnelle ne peut organiser une altération de la souveraineté qui demeure la pierre angulaire de la société internationale. Lorsqu'un Etat traverse une crise, il peut solliciter l'assistance technique de toute organisation habilitée. Celle-ci lui fournit le soutien nécessaire tout en assurant à l'Etat demandeur l'exercice autonome du pouvoir constituant originaire. Cette méthode n'ignore pas la nature démocratique du pouvoir constituant. Tout appui constitutionnel à un Etat doit tenir compte des règles démocratiques. Le constitutionnalisme participatif consiste à mettre en œuvre de façon effective et selon des modalités diverses et raisonnables le droit de tout citoyen de participer à l'expression de la souveraineté constituante. L'assistance constitutionnelle ne doit donc jamais avoir un caractère décisionnel. Toutefois dans certaines circonstances, elle peut prendre une forme plus intrusive par la détermination pré-constitutionnelle des principes obligatoires pour les Etats en cause.

CHAPITRE II : L'assistance constitutionnelle renforcée : la participation onusienne à la détermination des principes pré-constituants

Entre la substitution constituante et l'assistance constitutionnelle simple existe une autre forme d'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire. Elle se caractérise par un rôle constituant renforcé d'une entité internationale sans pour autant annihiler la souveraineté ou l'autonomie constitutionnelle. Elle intervient très rarement et n'existe que dans le cadre de la mutation des opérations de maintien de la paix qui offrent désormais de nombreuses voies d'action.

ONU

L'article 24-1 de la charte des Nations unies dispose : « Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales [...] ». Nonobstant cette disposition, le Conseil de sécurité n'a pu agir en ce sens durant la guerre froide. Ce contexte politique particulier a engendré une paralysie de l'instance par l'utilisation excessive du droit de veto des cinq membres permanents. L'Assemblée Générale, pour faire face aux situations de rupture de la paix, a créé les opérations de maintien de la paix¹⁷⁷. Cette création *praeter legem* est née de la nécessité de surmonter l'indisponibilité du Conseil de sécurité et des dispositions de la charte que seule cette instance pouvait mettre en œuvre.

L'Assemblée générale, en se fondant sur son simple pouvoir de recommandation ne pouvait envisager d'action coercitive mais seulement conservatoire. Elle ne pouvait mandater de telle mission que sur le consentement de toutes les parties en cause. Le but étant strictement limité : l'interposition de casques bleus entre les belligérants, la surveillance du cessez-le-feu afin de « ménager le répit nécessaire à la recherche de règlements politiques durables »¹⁷⁸.

Avec la chute du mur de Berlin et l'effondrement du bloc soviétique, les opérations de maintien de la paix prennent plus d'ampleur. S'ajoutent désormais au volet militaire,

¹⁷⁷ Il s'agit de l'ONUST (organisme des Nations unies chargé de la surveillance de la trêve après la première guerre arabo-israélienne en mai 1948). Voir *Cinquante ans de maintien de la paix (1948-1998)*, Organisation des Nations unies, Département de l'information des Nations unies, Mars 1999, 89 p.

¹⁷⁸ *Cinquante ans de maintien de la paix (1948-1998)*, Organisation des Nations unies, Département de l'information des Nations unies, Mars 1999, p. 1.

des structures dont le dessein est de traiter les sources du conflit plutôt que les « symptômes »¹⁷⁹. En réalité, la fin de l'antagonisme Est/Ouest a eu pour conséquence une recrudescence des conflits internes « s'accompagn[ant], par ailleurs, d'un effondrement des institutions gouvernementales et souvent de la disparition même de l'appareil étatique »¹⁸⁰. Par conséquent, « l'ONU [a dû] repenser la nature de ses interventions »¹⁸¹ afin que son action en faveur de la paix et de la sécurité internationales soit stable et durable. Sont ainsi organisées, les opérations de maintien de la paix de la seconde génération, dont la stratégie est la construction de la paix sur le fondement du « nation-building » selon les besoins de l'Etat assisté.

L'ONU a eu la responsabilité d'intégrer dans certaines de ces missions l'assistance constitutionnelle : la supervision de l'élection du constituant au Timor oriental, l'information des citoyens à l'instar de la MANUA en Afghanistan ou encore l'offre de service d'experts en droit constitutionnel à la mission des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC). Il s'agit là de procédés de l'assistance constitutionnelle simplifiée et non de « constitution-building » à proprement dit.

Dans le cadre de la résolution de la crise cambodgienne et de l'instauration de l'indépendance de la Namibie, le contexte politique particulier a conduit l'ONU à jouer un rôle plus substantiel. Dans ces deux Etats, l'obtention d'une solution pérenne était subordonnée à l'exercice du pouvoir constituant originaire. Le dialogue entre les parties au conflit étant stérile, le Conseil de sécurité a dû collaborer à la détermination des principes pré-constituants sur lesquels devaient se fonder les constitutions. Toutefois, ni en Namibie, ni au Cambodge, l'ONU ne s'est substituée au peuple constituant en imposant la loi fondamentale.

La participation à la détermination des principes pré-constituants n'est pas une méthode courante dans le cadre des nouvelles opérations de maintien de la paix. En effet, l'action de l'ONU pour le maintien de la paix s'inscrit toujours dans le cadre du respect de la souveraineté. Bien que le Conseil de sécurité ait retrouvé sa pleine capacité à créer ces

¹⁷⁹ Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisations des Nations unies (Rapport Brahimi), A/55/305-S/2000/809, 21 août 2000, Paragraphe 17.

¹⁸⁰ BOUTROS-GHALI Boutros, Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix développement, démocratisation, Revue des cours de l'Académie de droit international de la Haye, 2000, vol. 286, p. 25.

¹⁸¹ Ibid.

opérations, celles-ci requièrent le consentement des parties pour exister. Le mandat d'une opération de la paix dépend de ce qu'a admis l'Etat. Or, toutes les crises ne sont pas identiques, leur résolution ne dépend pas toujours de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Sur les sept opérations en cours en Afrique¹⁸², seule la MONUC organise un processus de transition s'achevant par l'adoption d'une nouvelle constitution¹⁸³. Pour la plupart, il s'agit pour l'ONU de fournir notamment une assistance électorale.

La collaboration à la fixation des principes pré-constituants n'est qu'une option dans le cadre des opérations de la seconde génération. Depuis 1990, seules la résolution de la crise cambodgienne et l'accession à l'indépendance namibienne ont nécessité une telle immixtion de l'ONU. Toutefois, conformément aux principes prévalant dans l'organisation d'opérations de maintien de la paix, les parties concernées y ont consenti. Nonobstant l'existence d'un consentement, un doute peut persister puisque même dans le cadre des substitutions constituantes, ce critère est formellement respecté¹⁸⁴. La philosophie, qui fonde ces nouvelles opérations, préconise la démocratie ; régime dans lequel le peuple ne peut être ignoré. Aussi, pour satisfaire au principe démocratique et aux règles qui subordonnent l'organisation d'une opération de maintien de la paix, deux conditions sont à réunir afin de garantir la légitimité d'une opération de « peace-building » et de « nation-building » nécessitant une assistance constitutionnelle renforcée. D'une part, l'intervention internationale s'appuie un processus de résolution du conflit transparent (**Section I**) et d'autre part, les acteurs internationaux limitent leur action par la reconnaissance préalable du rôle incontournable et effectif de l'assemblée constituante nationale (**Section II**).

¹⁸² En Septembre 2006.

¹⁸³ ONUB (Burundi), ONUCI (Côte d'Ivoire), MINUL (Libéria), MONUC (République démocratique du Congo), MINUEE (Ethiopie, Erythrée), MINURSO (Sahara Occidentale), MINUS (Mission préparatoire des Nations unies au Soudan). Le processus constituant organisé par la MONUC s'est achevé par le référendum constituant des 18 et 19 décembre 2005. Les Congolais se sont prononcé massivement pour le oui.

Au Soudan, l'accord global de paix du 9 janvier 2005 a mis un terme au conflit. Les autorités soudanaises se sont données un délai de 6 ans et demi pour les mettre en œuvre. Dès la fin de la phase pré-intérimaire, une phase intérimaire de 6 ans s'ouvrira afin d'aboutir à l'organisation d'un référendum permettant au peuple soudanais de choisir entre unité et session. Quelque soit l'option choisie, d'ici 2011 il devra être organisé une procédure constituante afin d'adopter un texte scellant la nouvelle organisation de l'Etat. L'ONU entend participer au rétablissement de la paix à long terme dans cet Etat. D'ailleurs le Conseil de sécurité dans sa résolution 1590 du 25 mars 2005, « *Conscient* que l'existence d'un appui international à la mise en oeuvre de l'Accord de paix global est d'une importance décisive pour le succès de celui-ci [...] *Notant* que les parties à l'Accord de paix global ont demandé que soit créée une mission de soutien à la paix, [...] *Décide* de créer pour une période initiale de six mois la Mission des Nations unies au Soudan (MINUS) ». Son objectif est de créer les conditions favorables à l'ouverture de la période intérimaire qui obtiendra elle aussi le soutien d'une autre mission des Nations unies.

¹⁸⁴ Voir *infra* (Partie I, Titre II, Chapitre I).

SECTION I : La transparence du processus de résolution du conflit

La réalisation de l'indépendance effective de la Namibie est le fruit d'un long processus marqué par l'action de plusieurs acteurs. De 1920 à 1946, le Sud-Ouest africain est officiellement sous mandat « C » de la Société des Nations, donné à l'Afrique du Sud. Celle-ci après la révocation de son mandat en 1966, continue de maintenir son autorité effective mais illégale sur ce territoire. L'accession à l'autodétermination pour le peuple namibien est entravée par l'Afrique du sud. Dès 1976, des négociations sont menées avec cet Etat et la SWAPO (Organisation du peuple du Sud-Ouest africain) afin de définir les conditions de l'indépendance dans le cadre fixé par les résolutions du Conseil de sécurité.

Au Cambodge, l'indépendance est acquise depuis 1953. Cependant, à partir de 1970, le pays vit une grave instabilité politique. En effet, à cette date, un coup d'Etat permet l'installation d'un régime républicain. En 1975, soutenu par la Chine et le Vietnam¹⁸⁵, les Khmers rouges créent le Kampuchea démocratique, régime totalitaire. En 1979, l'armée vietnamienne envahit le pays. Dans un contexte de guérilla khmère rouge, elle aide le parti populaire révolutionnaire du Kampuchea à organiser un nouveau régime communiste. La guerre civile oppose 4 factions khmères : le Front uni national pour un Cambodge indépendant, neutre, pacifique et coopératif (FUNCINPEC), le front national de libération du peuple khmer (FNLPK), le Parti du Kampuchea démocratique (PKD, les Khmers rouges) et les autorités de Phnom Penh. Le dialogue étant stérile entre elles, le Conseil de sécurité établit le cadre du règlement politique qu'il soumet ensuite à leur approbation. Sur la base des principes posés par le Conseil, la crise cambodgienne a trouvé son dénouement dans l'accord de Paris le 23 octobre 1991.

Les résolutions et médiations du Conseil de sécurité ont permis de déterminer directement et par les négociations qu'elles ont suscitées, les conditions générales de la résolution des crises cambodgienne et namibienne (**Paragraphe I**). Pour la réalisation de l'indépendance de la Namibie, la résolution 435 a intégré les principes pré-constituants du 12 juillet 1982 incontournables pour l'Assemblée constituante élue. Au Cambodge, ce sont les accords de Paris qui les développent. Il convient d'analyser la valeur de ces principes

¹⁸⁵ Le Vietnam finit par retirer son soutien à ce régime.

pré-constituants et des instruments qui les contiennent afin de déterminer s'ils impliquent une restriction réelle et sérieuse du pouvoir constituant originaire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Les conditions de la solution constitutionnelle

En Namibie, les résolutions du Conseil de sécurité ont été déterminantes dans la réalisation des objectifs du peuple namibien (**A**). Au Cambodge, le Conseil de sécurité est parvenu à résoudre la crise en proposant sa médiation (**B**).

A- Le rôle des résolutions du Conseil de sécurité dans la réalisation de l'autodétermination namibienne

En 1968, par la résolution 245, le Conseil de sécurité se saisit pour la première fois de la question du Sud-Ouest africain. Reprenant à son compte la révocation du mandat de l'Afrique du Sud par l'Assemblée générale, le Conseil décide que le « Sud-Ouest africain relève directement de la responsabilité de l'Organisation des Nations unies ». En effet, en ce qui concerne « le droit inaliénable du peuple namibien à la liberté et à l'indépendance »¹⁸⁶, le Conseil de sécurité se reconnaît une « responsabilité spéciale à l'égard du peuple et du territoire de Namibie »¹⁸⁷ et par conséquent, « l'obligation d'appuyer et de promouvoir les droits du peuple namibien conformément à la résolution 1514 de l'Assemblée générale »¹⁸⁸.

Le Conseil de sécurité déploie de nombreux moyens afin de parvenir à faire respecter les droits et intérêts du peuple namibien. A partir, de 1970, considérant que tous les actes pris par le gouvernement sud africain au nom de la Namibie sont illégaux et invalides, il « demande à tous les Etats [...] de s'abstenir de toutes relations avec [ce] gouvernement »¹⁸⁹ et de lui communiquer leur condamnation de l'occupation illégale de la Namibie¹⁹⁰. Parallèlement à ces premières mesures, la résolution 309 « invite le Secrétaire général, en consultation et en étroite coopération avec un groupe du Conseil de sécurité[...] à se mettre en rapport dès que possible avec toutes les parties intéressées en vue d'établir

¹⁸⁶ S/RES/264- Namibie, 20 mars 1969.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ S/RES/301- Namibie, 20 octobre 1971.

¹⁸⁹ S/RES/276- Namibie, 30 janvier 1970.

¹⁹⁰ Voir S/RES/283- Namibie, 29 juillet 1970.

les conditions nécessaires pour permettre au peuple namibien d'exercer, librement et dans le respect rigoureux du principe de l'égalité des hommes, son droit à l'autodétermination et à l'indépendance conformément à la charte des Nations unies ». Pour se faire, elle « exhorte le gouvernement sud-africain à coopérer pleinement avec le Secrétaire général dans l'application de la présente résolution »¹⁹¹. Cette tentative se solde à nouveau par un échec et le Conseil de sécurité décide, en 1973, de ne plus poursuivre de nouveaux efforts sur la base de la résolution 309.

En 1976, la résolution 385 marque une étape importante dans les sollicitations faites à l'Afrique du sud afin qu'elle mette un terme à sa présence illégale en Namibie. En effet, le Conseil fixe le moyen concret par lequel le peuple namibien pourra « déterminer librement son avenir politique » : l'organisation impérative « d'élections libres sous la supervision et le contrôle de l'Organisation des Nations unies ». De surcroît, il fait poindre la possibilité du recours au chapitre VII de la charte au cas où l'Afrique du Sud persisterait dans son refus permanent depuis 1968, de mettre en œuvre les résolutions du Conseil¹⁹².

C'est dans ce contexte que les cinq membres occidentaux du Conseil de sécurité (le Groupe de contact) entament une mission de bons offices et de médiations à l'égard de la SWAPO et surtout de l'Afrique du Sud¹⁹³. Il entreprend des consultations au près des deux protagonistes sur la base des principes posés par la résolution 385. Il parvient le 10 avril 1978 à une « proposition de règlement de la situation en Namibie » fixant les conditions auxquels s'opèrerait le transfert du pouvoir au peuple namibien¹⁹⁴. Plusieurs précisions sont apportées à la résolution.

Le processus vers l'indépendance est envisagé comme une collaboration entre un représentant spécial des Nations unies, appuyé par un groupe d'assistance des Nations Unies pour une période transitoire, et l'Administrateur général nommé par l'Afrique du Sud. Cet Etat se charge de mettre en œuvre le processus et l'ONU contrôle et supervise l'opération. L'objet de l'élection, indispensable « pour permettre au peuple de Namibie de

¹⁹¹ S/RES/309- Namibie, 4 février 1972.

¹⁹² S/RES/385- Namibie, 30 janvier 1976 : Paragraphe 12 « Décide de demeurer saisis de la question et de se réunir le 31 août 1976 au plus tard afin d'examiner l'observation par l'Afrique du Sud des dispositions de la présente résolution et, en cas de non-observation par l'Afrique du Sud, d'envisager les mesures appropriées à prendre en vertu de la Charte des Nations unies. ».

¹⁹³ Il se compose du Canada, des Etats-Unis, de la France, du Royaume-Uni et de la République fédérale d'Allemagne.

¹⁹⁴ Document S/ 12636- Proposition de règlement de la situation en Namibie, 10 avril 1978.

déterminer librement son propre avenir »¹⁹⁵, « sera d'élire des représentants à une assemblée constituante namibienne qui élaborera et adoptera la constitution d'une Namibie indépendante et souveraine »¹⁹⁶. Le consentement officiel de l'Afrique du Sud et de la SWAPO est obtenu en avril 1978. Par la résolution 431, le Conseil de sécurité prend acte de la proposition de règlement et requiert l'élaboration d'un rapport par le Secrétaire général afin qu'il établisse ses recommandations pour la mise en application de la proposition de règlement de la situation en Namibie.

Le 29 septembre 1978, la résolution 435 définit le cadre juridique dans lequel la Namibie parviendra à l'indépendance par le biais d'élections libres et honnêtes. Ayant constaté depuis la résolution 310 que « l'occupation continue de la Namibie par le gouvernement sud-africain [...] cré[ait] une situation préjudiciable au maintien de la paix et de la sécurité dans la région », le Conseil de sécurité décide de créer une opération de maintien de la paix chargée de superviser le transfert du pouvoir au peuple namibien. La résolution 435 confirme, par la condamnation de « toutes les mesures unilatérales prises par l'administration illégale [...] en relation avec le processus électoral¹⁹⁷ », que l'ONU ne peut être écartée de la réalisation de l'indépendance namibienne.

En effet, depuis la résolution 385, il est évident que « la responsabilité juridique de l'Organisation à l'égard de la Namibie » implique son assistance réelle et sérieuse au processus électoral durant la période transitoire menant à l'indépendance. D'ailleurs, la proposition de règlement de la situation en Namibie précise que « le scrutin ne pourra être organisé, les élections elles-mêmes avoir lieu et leur résultat être certifié que si le représentant spécial des Nations unies a pu s'assurer à chaque étape de l'équité et de l'applicabilité de toutes les mesures pouvant affecter le processus politique à tous les niveaux de l'administration, avant même que ces mesures n'entrent en vigueur »¹⁹⁸. En somme, le dénouement de la situation en Namibie est pour l'ONU subordonné à une véritable collaboration avec l'Afrique du Sud.

¹⁹⁵ S/RES/385- Namibie, 30 janvier, 1976 (Paragraphe 7).

¹⁹⁶ Document S/ 12636- précité.

¹⁹⁷ Le projet Tunhalle consiste à organiser un processus électoral en dehors du plan des Nations unies. Il est mis en œuvre en décembre 1978 mais la SWAPO n'y participe pas or l'ethnie majoritaire en Namibie était acquise à ce parti. L'Assemblée issue de ces élections n'étaient donc pas représentative.

¹⁹⁸ Document S/ 12636- précité.

Pourtant, cet Etat se refuse toujours à mettre en œuvre cette résolution. D'un point de vue géopolitique, l'Afrique du Sud craint d'être entourée d'Etats communistes. En effet, en Angola, le MPLA (mouvement populaire pour la libération de l'Angola) est soutenu par des troupes cubaines depuis 1975. Ce mouvement apporte son appui à la SWAPO qui a, elle aussi, des convictions marxistes. C'est la raison pour laquelle, l'Afrique du Sud veut notamment conditionner l'indépendance de la Namibie au retrait des troupes cubaines de l'Angola. Dans ce contexte, la médiation du Groupe de contact, pour la mise en œuvre de la proposition de règlement de la situation en Namibie conformément à la résolution 435, aboutit le 12 juillet 1982 à la définition des « principes concernant l'Assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante »¹⁹⁹. Le rôle du Conseil de sécurité a été tout aussi important dans la résolution de la crise cambodgienne.

B- La médiation du Conseil de sécurité pour la résolution du conflit cambodgien

La crise qui frappe le Cambodge depuis le coup d'Etat perpétré contre le prince Norodom Sihanouk est complexe. Elle se caractérise par des antagonismes internes, exacerbés par la guerre froide. En 1979, après avoir soutenu puis rejeté le régime de Pol Pot, le Vietnam envahit le Cambodge et permet l'instauration d'un nouveau régime. Cette ingérence vietnamienne est le point d'opposition de toutes les factions khmères.

Le FUNCINPEC, le FNLPK et le PKD réunis au sein d'un gouvernement de coalition du Kampuchéa démocratique dirigé par le Prince Norodom Sihanouk²⁰⁰, considèrent que tout est imputable à l'agression vietnamienne. Aussi, exigent-ils le retrait immédiat de l'occupant afin de permettre la formation d'un gouvernement quadripartite, chargé d'organiser des élections générales. Le gouvernement de Phnom Penh et le Vietnam développent une toute autre idée.

La résolution de la crise est subordonnée pour eux à la reconnaissance du génocide perpétré par les Khmers rouges, justifiant l'intervention vietnamienne. Cette solution suppose l'exclusion des Khmers rouges. Or, une telle démarche aurait conduit à une pérennisation du conflit. La détermination d'une solution semble donc impossible sur

¹⁹⁹ Document S/15287- Principes concernant l'assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante, 12 juillet 1982.

²⁰⁰ C'est sous l'impulsion de l'ASEAN que tous les membres de la résistance s'unissent.

l'unique débat stérile inter-cambodgien. De surcroît la présence vietnamienne, étant au cœur des oppositions, le règlement ne peut être envisagé que de façon globale : les aspects internes ne pouvant être détachés des éléments exogènes²⁰¹.

D'un point de vue externe, le règlement global de la question cambodgienne dépend des relations sino-russes. La Chine considère que l'action du Vietnam est soutenue par l'URSS. Elle aide donc matériellement la résistance des Khmers rouges. Ainsi, elle subordonne le dialogue sino-russe, notamment, au retrait des troupes vietnamiennes du Cambodge. En avril 1989, le Vietnam annonce le repli de son armée au plus tard pour la fin du mois de septembre. Bien que le départ vietnamien soit acquis, les factions cambodgiennes n'arrivent pas à trouver une solution consensuelle dans le cadre de la Conférence internationale pour le Cambodge.

Après les échecs des rencontres bilatérales, quadripartites et multilatérales, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité décident d'intervenir afin de dessiner le cadre d'un règlement global acceptable par toutes les factions khmères. En janvier 1990, ils parviennent à déterminer les principes d'une « paix durable »²⁰² : le consentement des factions au rôle accru des Nations unies, leur égalité de traitement, la création d'un conseil national suprême dépositaire de la souveraineté cambodgienne, l'organisation d'élections libres et équitables et l'obtention préalable d'un cessez-le-feu. Sur cette base, les Cinq élaborent le cadre d'un accord politique global de règlement du conflit cambodgien²⁰³.

Le paragraphe 23 du chapitre III de cet accord, prescrit l'élection d'une assemblée constituante qui élaborera et approuvera une constitution et précise que « les principes sur lesquels la nouvelle constitution du Cambodge devra être fondée seront partie intégrante d'un règlement politique global ». Le chapitre IV ajoute que « les droits et les libertés fondamentaux devront être inclus dans les principes constitutionnels inscrits dans l'accord

²⁰¹ En octobre 1986, le Vietnam propose un plan de paix fondé sur la dissociation des aspects internes et externes. Ce plan est refusé par le gouvernement de coalition du Kampuchéa démocratique.

²⁰² S/21087- Lettre datée du 16 janvier 1990, adressée au Secrétaire général par la Chine, les Etats-Unis d'Amérique, la France, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'Union des Républiques socialistes soviétiques, transmettant un résumé des conclusions des cinq membres permanents du Conseil de sécurité sur la question du Cambodge, 18 janvier 1990.

²⁰³ A/45/472 S/21689- Lettre datée du 30 août 1990, adressée au Secrétaire général par les Représentants permanents de la France, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques auprès de l'Organisation des Nations unies., 31 août 1990.

politique global ». Conformément aux requêtes faites par les Cinq dans la déclaration introduisant l'accord, les quatre mouvements khmères adhèrent au processus proposé et forment le Conseil National Suprême (CNS)²⁰⁴. Ils autorisent la réunion de la deuxième conférence internationale pour le Cambodge à Paris. La résolution 668 du Conseil de sécurité entérine l'avancée du processus vers la paix tel qu'il est établi par l'accord obtenu par les Cinq.

Poursuivant leur médiation, les Cinq associant les co-présidents de la conférence internationale (France et Indonésie) et le Secrétaire général, élaborent un projet d'accord global soumis au CNS (le Conseil National Suprême) à la conférence internationale du 21 au 23 octobre 1991. Sont signés le 23 octobre, deux accords, l'un est relatif au « règlement politique global du conflit cambodgien » et l'autre a trait à « la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité et l'indivisibilité, la neutralité et l'unité nationale du Cambodge ». C'est dans le cadre du premier accord que s'organise la période de transition. Son article 1 dispose « Aux fins du présent accord, la période de transition commence avec l'entrée en vigueur du présent Accord et prendra fin lorsque l'Assemblée constituante élue par la voie d'élections libres et équitables, organisées et certifiées par les Nations unies, aura approuvé la constitution, se sera transformée en assemblée législative, et qu'un nouveau gouvernement aura ensuite été formé »²⁰⁵.

L'Assemblée constituante, son élection et son travail sont les éléments clés du processus de transition menée par l'Autorité provisoire des Nations unies pour le Cambodge (APRONUC) en collaboration avec le CNS. L'annexe 5 de l'accord vient compléter sa partie V consacrée aux principes pour une nouvelle constitution du Cambodge. Ces accords de paix intègrent les principes auxquels devra se conformer l'Assemblée constituante.

En Namibie comme au Cambodge, la médiation de l'ONU a abouti à la détermination de principes pré-constituants dont il faut étudier la validité.

²⁰⁴ A/45/490 S/21732- Lettre datée du 11 septembre 1990, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la France et de l'Indonésie auprès de l'Organisation des Nations unies, 17 septembre 1990.

²⁰⁵ Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, 23 octobre 1991.

Paragraphe II : La valeur des principes pré-constituants

Les principes du 12 juillet 1982²⁰⁶ concernent l'Assemblée constituante namibienne et la constitution elle-même. Ceux ayant trait à l'Assemblée constituante sont très classiques. Ils prescrivent les conditions de l'élection libre et honnête des représentants sur la base de l'égalité, de la non discrimination, du pluralisme politique et de la transparence. En revanche, les principes de la constitution, aussi bien en Namibie qu'au Cambodge, ont une portée plus équivoque sur le futur processus constituant.

« L'Assemblée constituante [namibienne] élaborera la constitution d'une Namibie indépendante, conformément aux principes énoncés dans la partie B ci-après, et adoptera l'ensemble de la constitution à la majorité des deux tiers de ses membres.»²⁰⁷. Par la signature des accords de Paris, le Cambodge s'engage à ce que son Assemblée constituante respecte les stipulations de l'annexe 5 du règlement politique global du conflit du Cambodge. Dans les deux Etats, l'organisation d'une démocratie libérale fondée sur la constitutionnalisation des droits fondamentaux et une constitution rigide, sont exigées.

En Namibie, les principes de fond auxquels est liée la future Assemblée constituante portent sur la forme de l'Etat, les modalités constitutionnelles de l'établissement de l'Etat de droit et sa protection. Ils ont été élaborés par le Groupe de contact pour tenir compte des inquiétudes et exigences de l'Afrique du sud concernant les orientations communistes de la SWAPO et les droits de la communauté sud-africaine établie sur le territoire namibien **(A)**. Au Cambodge, ces mêmes principes²⁰⁸ sont issus d'un accord signé par le CNS représentant le Cambodge et 18 autres Etats **(B)**. Il convient de déterminer si, d'une part, ces prescriptions sont totalement incompatibles avec les idéaux des peuples en présence et si, d'autre part, elles sont présentées d'une façon tellement précise qu'elles engendrent une restriction réelle du pouvoir constituant originaire.

²⁰⁶ Il s'agit des « principes concernant l'Assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante ». Ils ont été obtenus suite à la médiation du Groupe de Contact.

²⁰⁷ Document S/15287- Principes concernant l'assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante, 12 juillet 1982 (Paragraphe A-2).

²⁰⁸ Exception faite de la forme de l'Etat.

A- Les principes pré-constituants du 12 juillet 1982

Le texte du 12 juillet relatif à la constitution pour une Namibie indépendante prescrit l'organisation d'un Etat unitaire, marqué par une décentralisation administrative²⁰⁹, et dans lequel la séparation des pouvoirs tripartite est expressément réclamée. Ainsi, les relations entre « le pouvoir exécutif élu » et « le pouvoir législatif élu au suffrage universel égal » s'y caractériseront par une responsabilité du premier vis-à-vis du second. « Le pouvoir judiciaire indépendant » aura trois fonctions principales : interpréter la constitution en tant que « loi suprême de l'Etat », garantir « la primauté et l'autorité de la loi » et faire respecter les droits fondamentaux des « personnes lésées ». La constitution se caractérisera par la mise en œuvre des principes de la démocratie libérale.

Le paragraphe B-5 précise la nécessité d'« une déclaration des droits fondamentaux au nombre desquels figureront²¹⁰ » notamment le droit à la liberté de mouvement, la liberté de la presse, la garantie d'une procédure régulière en justice, à la protection contre toute privation de la propriété privée. Sur le fondement du principe d'égalité, « des dispositions seront prises pour que la fonction publique, les services de police et de défense soient constitués de façon équilibrée et que le recrutement dans ces services soit également accessible à tous ». L'Assemblée constituante a pour mission d'organiser un Etat constitutionnel dans lequel l'intégrité de la norme fondamentale sera notamment assurée par sa rigidité : « elle ne pourra être modifiée que par une procédure expressément prévue, décision du pouvoir législatif ou vote populaire exprimé lors d'un référendum ou les deux ». Tels qu'ils sont élaborés, ces principes sont-ils en contradiction avec la façon dont le peuple namibien envisage son statut constitutionnel d'Etat indépendant ?

Pendant son occupation illégitime du territoire namibien, l'Afrique du sud a tenté d'imposer des solutions allant à l'encontre de l'unité et de l'intégrité de la Namibie. Par exemple en 1968, conformément au rapport de la commission Odendaal préconisant la division du territoire en bantoustans ou homelands en fonction d'un critère ethnique, le

²⁰⁹ Paragraphe B-1 « La Namibie sera un Etat unitaire, souverain et démocratique »

Paragraphe B-8 « Des dispositions seront prises pour établir des conseils élus responsables de l'administration locale, régionale, ou les deux ».

²¹⁰ Paragraphe B-5 : « La déclaration des droits sera conforme aux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ».

Parlement sud-africain adopte une loi portant création de six « nations autochtones du Sud-Ouest africain »²¹¹. Elles doivent accéder ultérieurement et séparément à l'indépendance. La SWAPO s'oppose à ce plan qui prévoit que 60% de la superficie du territoire, comportant les terres cultivables et les ressources minérales les plus riches, soient réservés au 12% de la population de Namibie formant la communauté blanche²¹².

L'unité et l'intégrité du territoire namibien ont souvent été mises en danger par des considérations ethniques²¹³. La résolution 366 du Conseil de sécurité « condamne l'application illégale et arbitraire par l'Afrique du Sud de lois et pratiques répressives et entachées de discrimination raciale en Namibie »²¹⁴. Ainsi, le Conseil des Nations unies pour la Namibie adhère à la convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid qui entre en vigueur à l'égard de la Namibie, le 11 décembre 1982. L'article 2-c précise que constitue un « crime d'apartheid » le fait de « prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique » ; de « prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux ». Or, l'Afrique du Sud porte atteinte aux droits fondamentaux des Namibiens et pratique la politique des « foyers nationaux » (bantoustans) que rejettent les Namibiens²¹⁵.

La démocratie constitutionnelle et libérale n'est nullement en opposition avec l'action de libération nationale de la SWAPO. D'ailleurs, elle a souscrit aux principes concernant la constitution dès 1982. De surcroît, ceux-ci constituent le cadre d'expression du pouvoir constituant originaire et non sa limite. En effet, la mise en œuvre effective de la forme du régime reste libre. Bien que la responsabilité du pouvoir exécutif soit requise, la

²¹¹ MOULIER Isabelle, *Namibie, GANUPT (1989-1990)*, Editions Pédone, Paris, 2002, p. 15.

²¹² S/RES/301- Namibie, 20 octobre 1971, Paragraphes 2 et 3 : le Conseil de Sécurité « Réaffirme l'unité nationale et l'intégrité territoriale de la Namibie; Condamne toutes mesures prises par le gouvernement sud-africain en vue de détruire cette unité et cette intégrité territoriale, par exemple la création des bantoustans ».

²¹³ L'Afrique du sud tente ensuite à partir de 1975 d'obtenir une solution interne pour l'indépendance de la Namibie. Elle crée un parti, l'Alliance démocratique de la Turnhalle, qui est majoritaire à l'issue de l'élection d'une assemblée constituante en 1978. Or la SWAPO est reconnue depuis 1966 par l'Assemblée générale comme le seul représentant légitime du peuple de Namibie. Ce parti est interdit par les autorités sud-africaines bien qu'il soit soutenu par l'ethnie majoritaire, les Ovambos. Ainsi, durant toute l'occupation de l'Afrique du Sud, l'unité de la Namibie a été mise en péril. En 1972, il ressort des consultations opérées par le Secrétaire général conformément à la résolution 309 que « la majorité des opinions recueillies [se révèle] catégoriquement favorable [...] à l'intégrité territoriale » (S/RES/323- Namibie, 6 décembre 1972, Paragraphe 2).

²¹⁴ S/RES/366- Namibie, 17 décembre 1974, Paragraphe 2.

²¹⁵ Voir S/RES/323- Namibie, 6 décembre 1972, Paragraphe 2.

formulation permet un choix : une République parlementaire moniste ou dualiste, présidentielle ou semi-présidentielle. En ce qui concerne le pouvoir exécutif élu, le Président de la République pourrait être élu soit par le pouvoir législatif soit par le peuple. Par ailleurs, aucune indication n'est précisée pour la forme de cet exécutif : il pourrait être bicéphale ou non. Les principes pré-constituants exigent également que l'adoption de toutes les lois relève de la compétence du pouvoir législatif mais accorder ou pas un droit réel d'initiative législative à l'exécutif peut changer l'équilibre des pouvoirs. Ainsi, bien que l'Assemblée constituante soit tenue d'élaborer la constitution conformément à certaines règles, le pouvoir constituant originaire n'est pas sérieusement limité. En outre, une large marge de manœuvre est laissée pour le choix des modalités d'exercice du pouvoir constituant dérivé. En somme, ces principes pré-constituants ont simplement « orienté les débats de la Constituante et canalisé l'écriture de la Constitution »²¹⁶.

Le sens et la portée de ces principes pré-constituants s'adaptent à l'autonomie constitutionnelle. Toutefois, il est nécessaire d'étudier la qualité de la norme qui les contient avant de conclure à un parfait respect de la souveraineté constituante. Le document S/15287 est présenté comme suit par les membres du Groupe de contact au Secrétaire général : « le texte des principes concernant l'Assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante présenté par nos gouvernements aux parties aux négociations en vue de l'application de la proposition de règlement de la situation en Namibie [S/12636], conformément à la résolution 435 ». Il est adressé au Secrétaire général qui est chargé de tenir informé le Conseil de sécurité de l'avancée de l'application de la résolution 435.

Vis à vis de la résolution 435, le Conseil de sécurité a considéré le « couplage sans pertinence ni rapport »²¹⁷ entre l'indépendance de la Namibie et le retrait des troupes cubaines du territoire angolais²¹⁸ comme contraire au plan des Nations unies pour l'indépendance de la Namibie. En revanche, les négociations relatives au champ *ratione materiae* de la future constitution en constituent un élément raisonnable de mise en œuvre. Dans son rapport du 23 janvier 1989, le Secrétaire général observe que « le texte des

²¹⁶ CADOUX Charles « La République de Namibie. Un modèle constitutionnel pour l'Afrique Australe ? », *RDP*, 1992, p. 13.

²¹⁷ S/RES/539- Namibie, 28 octobre 1983.

²¹⁸ Le retrait des troupes cubaines obtenu est cependant au cœur des accords de New York (22 décembre 1988) qui ont permis la mise en œuvre de l'indépendance de la Namibie.

principes concernant l'assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante constitue une partie intégrante du plan des Nations unies »²¹⁹. Ce dispositif pour l'accession de la Namibie à l'indépendance comprend « les accords et arrangements auxquels sont parvenues les parties depuis l'adoption de la résolution 435 et qu'a confirmé le Secrétaire général ». Par la résolution 632, le Conseil de sécurité « approuve » le rapport du Secrétaire général qui confirme la forme définitive de la résolution 435 qui comprend les principes du 12 juillet 1982.

Or, lorsque le Conseil de sécurité agit dans le cadre de sa mission de maintien de la paix, ses décisions sont obligatoires. Ainsi, l'article 25 de la charte des Nations unies dispose : « Les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente charte ». L'accord entre la SWAPO et l'Afrique du Sud, sur lequel se fondent les principes du 12 juillet, est né de la nécessité de déterminer les modalités de mise en œuvre effective de la résolution 435. Ces règles pré-constituantes ne sont pas détachables de cette décision du Conseil de sécurité qui a été prise après le constat par le Conseil dans la résolution 310 que « l'occupation continue de la Namibie par le gouvernement sud-africain [...] créait une situation préjudiciable au maintien de la paix et de la sécurité dans la région ». De surcroît, la résolution 632 les intègre *a posteriori* au plan des Nations unies pour la Namibie défini en 1978 par le Conseil. Par ce rattachement à une décision obligatoire, les principes concernant l'Assemblée constituante et la constitution s'imposent également comme obligatoires. L'Afrique du Sud doit les faire appliquer puisqu'elle est l'autorité de mise en œuvre du plan²²⁰. A l'égard des autorités namibiennes, ils sont également incontournables. Bien que la Namibie ne soit pas encore membre de l'Organisation des Nations unies, ses représentants s'en sont remis à celle-ci pour rendre effectif leur droit à l'autodétermination. Les résolutions du Conseil de sécurité sont alors opposables à la future assemblée constituante.

Il existe une réelle obligation internationale pour les soixante douze constituants élus en novembre 1989 d'établir la constitution conformément aux principes reconnus par la résolution 435. Toutefois, celle-ci est issue de la reconnaissance préalable de l'autorité

²¹⁹ S/20412- Rapport du Secrétaire Général relatif à l'application des résolutions 435 et 439 du Conseil de Sécurité, 23 janvier 1989, Paragraphe 24.

²²⁰ La GANUPT a pour mission de contrôler et de superviser.

légitime du Conseil de sécurité par la SWAPO. Ce parti, considéré par l'ONU depuis 1966 comme le représentant légitime du peuple namibien, n'a jamais fait obstacle à l'action de l'organisation des Nations unies pour la réalisation de l'indépendance. Aussi, les principes du 12 juillet, auxquels a consenti la SWAPO, bien qu'ils aient la forme finale d'une résolution ne constituent pas une limite illégale à l'exercice du pouvoir constituant originaire. Par ailleurs, l'analyse substantielle de ces règles minimales de réflexion pour l'Assemblée constituante a permis d'observer que la liberté constituante était sauvegardée.

Accorder, une nature supra-constitutionnelle à ces principes en raison de leur intégration à la résolution 435, aboutirait comme le souligne Charles Cadoux à ce que « toute atteinte à ces principes par le pouvoir constituant namibien autoris[e] l'intervention de l'ONU puisque leur adoption [est] la condition de l'indépendance »²²¹. Une telle analyse laisse apparaître de trop nombreuses contradictions juridiques.

Tout d'abord les principes du 12 juillet comportent celui de la suprématie de la constitution, toute supra-constitutionnalité annihilerait la prépondérance inhérente à une loi fondamentale. Ensuite, durant tout le processus, le Conseil de sécurité s'est référé au « droit inaliénable du peuple namibien à la liberté et à l'indépendance reconnue par la résolution 1514 de l'Assemblée générale »²²². La déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux reconnaît « le rôle décisif de ces peuples dans leur accession à l'indépendance » et « le fait de refuser la liberté à ces peuples ou d'y faire obstacle [...] constitue une grave menace à la paix mondiale ». Ainsi, au lieu de maintenir la paix, en condamnant une hypothétique rébellion des constituants à l'égard des principes pré-constituants de la résolution 435, voire en intervenant sur la base du chapitre VII, le Conseil de sécurité contreviendrait à sa mission initiale et s'opposerait à la libre détermination par le peuple namibien de son avenir politique.

Il ne s'agit pas pour le Conseil de sécurité de faire obstacle à l'indépendance en imposant des principes à l'exercice du pouvoir constituant originaire. Au contraire, sa mission est plutôt de faciliter le processus vers l'autodétermination en assistant de façon renforcée les constituants namibiens. A compter de l'ouverture de la phase de transition le 1^{er} avril 1989, le territoire de Namibie est entré officiellement dans le processus inéluctable

²²¹ CADOUX Charles, *op.cit.*, p. 14.

²²² S/RES/276- Namibie, 30 juillet 1970.

vers l'indépendance et de fait, plus « aucune pression extérieure immédiate n'[était] susceptible de porter atteinte à la souveraineté de l'Assemblée »²²³.

Au Cambodge, les principes pré-constituants ont été conventionnellement élaborés. Contrairement au cas namibien, ils sont moins précis sur la séparation des pouvoirs. En revanche une importance toute particulière est accordée à la protection des droits de l'homme. A cet égard, il est confié au pouvoir judiciaire indépendant la garantie des droits reconnus par la constitution. « La tragédie que le Cambodge [avait] vécue »²²⁴ nécessitait l'exigence de mesures spéciales en la matière. « Par conséquent, la constitution [devait] comport[er] une déclaration des droits fondamentaux [...] en accord avec les dispositions de la déclaration universelle des droits de l'homme et les autres instruments internationaux pertinents »²²⁵. Les caractères de l'Etat cambodgien font également l'objet d'un traitement particulier. En effet, en plus d'être souverain et indépendant, l'Etat est défini comme « neutre »²²⁶. Caractère qui se justifie en raison des antagonismes régionaux et du contexte de guerre froide ayant joué un rôle important dans l'aggravation de la crise cambodgienne.

B- Les principes pré-constituants fixés par les accords de Paris

L'annexe 5 détermine le contenu minimum de la future Constitution cambodgienne : elle instaure un Etat de droit démocratique et libéral. Le paragraphe 2 consacré aux droits de l'homme est le plus important. Le droit à la vie, la liberté personnelle, la sécurité, les libertés de mouvement, de religion, d'assemblée et d'association, y compris pour les partis politiques et les syndicats sont promus. Ces valeurs occidentales n'ont jamais été celles de la culture khmère à l'instar, de toutes les sociétés asiatiques qui développent en général une méfiance à l'égard des droits de l'homme mettant en revanche, l'individu au centre de la collectivité. Cependant, cette société a été bouleversée durant les deux décennies de conflit. Les nombreux morts et multiples violations des droits de l'homme qui ont marqué l'histoire khmère de 1970 à 1990

²²³ CADOUX Charles, *op.cit.*, p. 9.

²²⁴ Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, Annexe 5, Paragraphe 2, 23 octobre 1991.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, Annexe 5, Paragraphe 3, 23 octobre 1991.

« exige[nt] que des mesures spéciales soient prises »²²⁷. L'instauration de ces principes s'analyse comme une mesure nécessaire afin d'éviter les erreurs du passé. Dans la mesure où la crise cambodgienne a débuté par un coup d'Etat en 1970, l'accession constitutionnelle au pouvoir se fondera désormais sur « la tenue d'élections périodiques et authentiques [permettant l'usage] du droit de voter et d'être élu par le suffrage universel et égal »²²⁸.

En dehors des mesures strictes relatives aux droits de l'homme et l'organisation d' « un système de démocratie libérale, fondé sur le pluralisme »²²⁹, les principes prescrits sont assez souples pour assurer un travail effectif à l'Assemblée constituante. La suprématie de la constitution est exigée sans plus de précision sur sa mise en œuvre. S'offre alors aux constituants, le choix d'instaurer ou non un système de contrôle de constitutionnalité. Si une telle option est choisie, la garantie de la constitutionnalité peut être assurée par une autorité juridictionnelle précise ou bien par tous les tribunaux ; les constituants pourront opter pour un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, concret ou abstrait, par voie d'action ou par l'exception d'inconstitutionnalité. Une constitution rigide est également exigée. Le paragraphe 1 de l'annexe 5 dispose « [la constitution] ne pourra être amendée que selon un processus déterminé impliquant l'accord du Parlement, un référendum populaire ou l'un et l'autre. »

La séparation des pouvoirs n'est pas spécifiquement mentionnée. L'Assemblée constituante détient le monopole de la détermination de la forme de cette séparation : souple ou rigide. La nature de l'Etat n'est pas prescrite. Jusqu'en 1970, le Cambodge a été organisé en régime monarchique et ce jusqu'à la résolution du conflit en république. Ce choix est primordial et il appartient à la seule autorité constituante élue par le peuple.

L'annexe 5 fait partie d'un ensemble d'accords qui organise la transition démocratique vers la paix. Cette mission est confiée au binôme formé par l'APRONUC et le CNS. Ce dernier est « l'organe légitime unique et source de l'autorité au Cambodge, dans lequel, pendant la période de transition, la souveraineté et l'unité nationale sont

²²⁷ Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, Annexe 5, Paragraphe 2, 23 octobre 1991.

²²⁸ Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, Annexe 5, Paragraphe 4, 23 octobre 1991.

²²⁹ Ibid.

incarnées et qui représente le Cambodge à l'extérieur»²³⁰. L'APRONUC détient ses compétences d'une délégation du CNS en sa faveur concernant « tous pouvoirs nécessaires pour assurer l'application de [l'] accord [pour un règlement politique global du conflit du Cambodge] ». Cependant, l'APRONUC ne dispose pas de la compétence d'élaborer et d'adopter la constitution. Cette attribution conformément aux accords est celle de l'Assemblée constituante. Cette opération de maintien de la paix dispose du pouvoir direct de contrôle et de supervision « de toutes les institutions, organismes et services administratifs qui pourraient influencer directement sur les résultats des élections »²³¹. Ce premier accord définit parfaitement le mandat complexe mais strict de l'APRONUC. La résolution 810 du Conseil de sécurité « considère que c'est aux Cambodgiens qu'il incombe, après l'élection de l'Assemblée constituante, de se mettre d'accord sur une constitution »²³².

Ces principes pré-constituants doivent leur valeur particulière à leur introduction dans un accord international. Un tel acte juridique se fonde sur la volonté des parties et un objet spécifique. Les accords de Paris tendent à mettre en œuvre un processus consensuel menant au rétablissement de l'ordre au Cambodge. Ils ont pour dessein de créer « un environnement politique neutre et dans le plein respect de la souveraineté nationale », « permettant ainsi au peuple cambodgien de déterminer son propre avenir politique par le moyen d'élections libres et équitables organisées et conduites par l'Organisation des Nations unies »²³³. Les ayant signés, le CNS et ces membres se sont engagés à respecter les accords et à « apporter leur entière coopération pour que ce règlement global soit mené à bien et apporter leur aide à sa mise en œuvre ». Les principes pré-constituants contenus dans l'annexe 5, en raison de leur nature conventionnelle, sont donc opposables au Cambodge. Il doit respecter cet engagement dans l'exercice du pouvoir constituant originaire par l'Assemblée constituante.

En tant que normes issues d'un accord international, les principes de l'annexe 5 doivent leur validité à la volonté des parties, en l'occurrence le CNS et les 18 autres Etats

²³⁰ Préambule de l'accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge *in* Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, 23 octobre 1991.

²³¹ Article 6 al.2 de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge.

²³² S/RES/810- Cambodge, Paragraphe 13, 8 mars 1993.

²³³ Acte final de la Conférence de Paris sur le Cambodge, Paragraphe 10 *in* Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, A/46/608-S/23177, 23 octobre 1993.

signataires²³⁴. L'ONU est intervenue à la demande des Cambodgiens mais cette organisation ne disposait ni de la compétence de leur imposer une solution conventionnelle, ni de se substituer à la volonté politique du représentant légitime de l'autorité du Cambodge. Le consentement à ces accords est d'autant plus réel et sérieux que le PKD ne le dénonce pas. En revanche, il se réfère à l'article 8 de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge pour freiner le processus²³⁵. De surcroît, ce consentement est issu d'un long processus de consultations entre les Cinq et les quatre factions khmères, puis avec le CNS à partir du 10 septembre 1990.

La validité sans équivoque des principes pré-constituants namibiens et cambodgiens s'appuie sur leur contenu et sur les instruments juridiques les contenant. De surcroît, contrairement à un cas de substitution constituante, le rôle déterminant de l'assemblée constituante est maintenu malgré l'existence de ces principes. Ces règles pré-constituantes sont établies effectivement avec le concours de représentants nationaux. Ils n'instaurent aucun rapport hiérarchique entre l'autorité internationale et le souverain national. L'assistance constitutionnelle renforcée se caractérise par une intrusion réelle dans le processus constituant surpassant une simple assistance technique, mais elle n'intervient nullement à la place des organes internes dans le rôle constituant qui incombe à l'assemblée constituante élue.

SECTION II : L'effectivité du rôle de l'assemblée constituante

En Namibie comme au Cambodge, le rôle attribué à l'assemblée constituante est d'élaborer et d'adopter la constitution. Cette mission, contrairement au cas de substitution constituante n'est pas fictive. Bien que son mandat soit encadré par des principes pré-constituants, cette instance garde une réelle autonomie décisionnelle. De surcroît, à ce stade, l'assistance constitutionnelle reprend sa forme simple, c'est à dire celle d'ingénierie

²³⁴ Les Cinq membres permanents du Conseil de sécurité, les six membres de l'ASEAN, les Etats voisins du Cambodge (La République démocratique populaire du Lao et le Vietnam), l'Australie, le Canada, l'Inde, le Japon, et l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie (en sa qualité de président du mouvement des pays non-alignés).

²³⁵ Cet article dispose : « Dès l'entrée en vigueur du présent Accord, toutes les catégories de forces étrangères, conseillers étrangers et personnels militaires étrangers demeurant au Cambodge, ainsi que leurs armes, munitions et équipements seront immédiatement retirés du Cambodge et n'y seront pas renvoyés. Ce retrait et ce non retour seront soumis à la vérification de l'APRONUC conformément à l'annexe 2 ».

constitutionnelle²³⁶, laissant s'exprimer de la sorte l'autonomie constitutionnelle et la souveraineté de l'Etat assisté sans aucune contrainte. L'effectivité du rôle de l'assemblée constituante se justifie par le mandat exprès reçu des électeurs (**Paragraphe I**) et se manifeste par le monopole national de la sanction constituante (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Une Assemblée constituante élue

Qu'il s'agisse de la reconstruction du Cambodge ou de l'indépendance de la Namibie, l'élection d'une assemblée constituante est présentée par l'ONU comme l'instrument de la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il convient de déterminer le fondement du lien établi entre le droit à l'autodétermination et l'élection d'une assemblée constituante. Ce droit s'exprime par l'élaboration d'un statut politique qui implique l'exercice du pouvoir constituant (**A**). Or aujourd'hui, toute constitution doit naître d'un pouvoir constituant démocratique qui passe avant tout par le choix des citoyens des membres de l'assemblée constituante (**B**).

A- L'exercice du pouvoir constituant, expression du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le concept de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sied aussi bien à la Namibie qu'au Cambodge²³⁷. Dans le premier Etat, l'enjeu est l'accession à l'indépendance. Dans le second, la résolution du conflit passe pour le peuple par la liberté de déterminer de façon autonome son avenir politique. L'expression « avenir politique » peut se définir de plusieurs façons. Dans le cadre de la colonisation et de l'occupation illégale d'un territoire, le peuple tend à l'indépendance donc à l'accession ou au recouvrement de la souveraineté. Au sein d'un Etat, le peuple peut faire preuve de sa volonté de maintenir son indépendance à l'égard du gouvernement d'un autre Etat qui tente d'y porter atteinte. Il peut également faire part de sa volonté à l'égard de son propre gouvernement. Il s'agit pour le peuple de

²³⁶ Voir *supra* (Chapitre précédent).

²³⁷ Pour une définition des différentes acceptions du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, voir DELCOURT Barbara et CORTEN Olivier, *Ex-Yougoslavie : droit international, politiques et idéologies*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 43 à 50.

protéger la souveraineté qui lui appartient. Les textes internationaux²³⁸ présentent ainsi, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme le droit de fixer librement son statut politique.

Bien que le droit à l'autodétermination soit principalement le droit de toute « communauté humaine unie par la conscience et la volonté de constituer une unité populaire capable d'agir en vue d'un avenir commun »²³⁹, il est aussi un droit fondamental de l'homme. En effet, la réalisation de ce droit collectif nécessite la reconnaissance préalable des droits politiques des individus qui constituent la communauté. L'autodétermination du peuple est subordonnée à celle des citoyens qui, elle-même dépend de l'exercice effectif du droit du peuple à disposer de lui-même. Ces deux aspects du droit à l'autodétermination sont intimement liés : seul un peuple libre comprend des citoyens disposant de droits, et seuls des citoyens libres peuvent participer à la détermination d'un statut politique pour le peuple auquel ils appartiennent.

La libre détermination d'un avenir politique commun passe par le libre exercice du droit de chaque citoyen : « de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; 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 »²⁴⁰. Le lien entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'élection se fonde ainsi sur la nécessité de mise en œuvre du premier par le second.

L'élection d'une assemblée constituante équivaut à la participation de chaque citoyen à la détermination du statut constitutionnel de l'Etat auquel il appartient ou de celui qu'il entend créer. Il s'agit de l'expression démocratique du pouvoir constituant originaire. L'exercice du pouvoir constituant originaire peut être l'une des conditions de la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Lorsque celui-ci correspond à l'accession à l'indépendance, l'élaboration d'une constitution est indispensable au nouvel Etat. Elle est tout aussi incontournable pour permettre à un peuple de faire entendre sa volonté

²³⁸ Résolution 1514, 2625, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

²³⁹ GROS ESPIELL Hector, Le droit à l'autodétermination, Applications des résolutions de l'ONU, *op. cit.* p. 9.

²⁴⁰ Article 25 al.1 et 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

constitutionnelle, seule capable de mettre un terme légitime à une guerre civile dont il est la principale victime. Seule la norme constitutionnelle est susceptible de fixer en droit les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Etat, en tant qu'assise territoriale et politique de l'avenir commun d'un peuple. L'accomplissement de l'autodétermination d'un peuple, peut aussi nécessiter l'exercice du pouvoir constituant lorsqu'il s'agit de fixer les critères de la reconstruction d'un Etat préexistant.

« L'exercice et l'application du droit à l'autodétermination supposent l'expression libre et authentique de la volonté des peuples »²⁴¹. *A fortiori*, lorsque la réalisation de ce droit prend la forme de l'exercice du pouvoir constituant originaire, celui-ci doit être pourvu de la qualité d'acte volontaire, libre et authentique. L'exercice du pouvoir constituant originaire doit être sans contrainte, avec une volonté réelle du peuple de « témoigner de lui-même »²⁴² par un nouvel acte constitutionnel. D'ailleurs, dépourvu de cet attribut dans le contexte de la substitution constituante, le pouvoir constituant originaire au moment de son exercice hétéronome est entaché d'une carence démocratique. Sa disparition nécessitera l'usage réel, mais postérieur, du droit à l'autodétermination du peuple²⁴³. La mise en œuvre d'un pouvoir constituant originaire, subordonnée à l'élection de l'assemblée constituante, est un gage du respect de la volonté constituante du souverain.

Le représentant élu pour élaborer une constitution tient son mandat du peuple qui entend s'autodéterminer constitutionnellement. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes trouve ses limites dans celles de la démocratie représentative. Une démocratie idéale serait celle où le peuple décide directement notamment en ce qui concerne la détermination de sa constitution. Or, les contingences de la vie politique obligent le peuple à déléguer par le biais de la représentation son attribut le plus sacré. L'usage du droit de scrutin pour la détermination des membres de l'assemblée constituante permet à chaque citoyen d'user librement de son droit d'autodétermination. Toute élection pour être valide doit permettre d'assurer l'expression libre de la volonté des électeurs. Elle doit respecter certains critères objectifs : le suffrage universel assurant le respect du principe d'égalité, le vote secret permettant l'expression de la liberté, le scrutin honnête interdisant toute

²⁴¹ GROS ESPIELL Hector, *Le droit à l'autodétermination, Applications des résolutions de l'ONU*, *op. cit.* p. 11.

²⁴² CHAUMONT Charles, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *op. cit.*

²⁴³ Voir *infra* (Partie I, Titre II).

pression externe. Par conséquent, le choix électoral des constituants garantit un exercice réel et sérieux du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

La corrélation entre l'exercice effectif du droit à l'autodétermination des peuples namibien et cambodgien et l'élection d'une assemblée constituante se justifie par le fait que dans chacune de ces crises, l'exercice authentique du pouvoir constituant était nécessaire à la réalisation du droit de ces peuples à disposer d'eux-mêmes. Par conséquent, l'ONU, dans sa mission au sein de la GANUPT²⁴⁴ et de l'APRONUC, disposait du droit de certifier de la validité des élections. Seules des élections reconnues libres, honnêtes et équitables par l'ONU permettaient la poursuite du processus vers l'autodétermination.

B- Des élections libres, honnêtes et équitables, expression de l'exercice authentique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

L'accord de Paris charge l'APRONUC de « l'organisation et de la conduite [des] élections »²⁴⁵. Elle est désignée responsable du contrôle et de la supervision directe de toutes les institutions cambodgiennes pouvant influencer sur le résultat des élections²⁴⁶. Les cent vingt membres de l'assemblée constituante seront élus après un processus électoral précis : l'inscription sur les listes électorales des cambodgiens (5 octobre 1992 au 31 janvier 1993), l'enregistrement des partis et des candidats (17 août 1992 à janvier 1993)²⁴⁷, la détermination d'une loi électorale par le CNS et l'APRONUC (5 août 1992) et la campagne électorale (7 avril au 19 mai 1993 inclus). Afin d'assurer un succès à l'échéance électorale, l'APRONUC, tout au long de sa mission, organise un véritable programme d'éducation civique pour les Khmers qui font l'apprentissage des principaux concepts et principes des droits de l'homme²⁴⁸. 89,56% des électeurs inscrits se sont rendus aux urnes du 23 au 28 mai 1993 pour exercer leur droit de vote en faveur d'une

²⁴⁴ Groupe d'assistance des Nations unies pour la période transitoire en Namibie.

²⁴⁵ Article 13 de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge.

²⁴⁶ Voir article 6 de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge.

²⁴⁷ Le parti du Kampuchéa démocratique (PKD) n'a pu participer aux élections car il n'a pas demandé son enregistrement conformément au Paragraphe 7 de l'annexe 3 relatif aux élections de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge.

²⁴⁸ Le plan cadre proposé par les Cinq dès août 1990 comporte la disposition suivante. Paragraphe 22-b : « Les dispositions pour la tenue d'élections libres et équitables sous les auspices des Nations unies, élément d'un règlement politique global, devront inclure entre autres : conception et mise en œuvre d'un programme d'éducation des électeurs (secret du scrutin, procédure de vote, etc.) pour accompagner le processus électoral et d'un processus d'inscription sur les listes électorales de manière à écarter toute fraude et à s'assurer que les électeurs autorisés à voter auront la possibilité de s'inscrire sur les listes électorales. ».

assemblée constituante représentative. Sur les vingt partis enregistrés, seul quatre obtiennent des sièges selon un système de représentation proportionnelle²⁴⁹ : cinquante-huit pour le FUNCINPEC, cinquante et un pour le Parti du peuple cambodgien (PPC), dix pour le Parti de la démocratie libérale bouddhiste (PDLB) et un pour Molinaka et Naktaorsou khmère pour la liberté (MOLINAKA).

En Namibie, comme au Cambodge, le processus électoral est subordonné à l'instauration d'un environnement politique neutre, seul susceptible d'assurer une participation des citoyens à la procédure. L'environnement politique neutre est conditionné par l'obtention du cessez-le-feu, le retour des réfugiés et l'information de la population. Dans le contexte namibien s'y est ajouté un autre critère : l'abrogation de l'arsenal législatif discriminatoire de l'apartheid qui était contraire à la réalisation d'élections libres et équitables. L'Administrateur général sud-africain chargé de l'organisation des élections, dispose de la compétence de rendre effectif à tous les niveaux l'abolition officielle de l'apartheid en Namibie à partir du 12 juillet 1979. En parallèle, il appartenait à la GANUPT de superviser et contrôler la survenance réelle d'un environnement politique neutre. De la même manière, la libération de tous les prisonniers politiques, et l'octroi de l'amnistie générale à tous les réfugiés et exilés namubiens était l'un des critères indispensables à l'instauration d'un climat propre à l'exercice libre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

L'inscription des 701483 électeurs débute le 3 juillet et s'achève le 23 septembre 1989. L'enregistrement des dix partis se tient du 12 septembre au 27 septembre. Tout au long de l'opération électorale, la GANUPT informe les Namubiens sur la signification de la constitution, de l'indépendance et de l'importance « de choisir eux-mêmes leur propre avenir politique »²⁵⁰. Pour garantir l'effectivité de ce rôle, le Secrétaire général exerce un contrôle *a priori* sur la législation électorale élaborée par l'Administrateur général²⁵¹. Du 7 au 11 novembre 1989, 97 % des électeurs inscrits élisent les 72 membres de l'Assemblée constituante au suffrage universel direct pour cinq ans à la représentation

²⁴⁹ Paragraphe 2 de l'annexe 3 relatif aux élections de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge.

²⁵⁰ MOULIER Isabelle, *Namibie, GANUPT (1989-1990), op. cit.*, p. 155.

²⁵¹ Le Représentant spécial eu à amender de façon substantielle les réglementations émises par l'Administrateur général. Par exemple, le représentant sud-africain avait initialement prévu que les électeurs disposeraient d'enveloppes numérotées. Portant atteinte au caractère secret du vote, le représentant de l'Onu refusa une telle mesure.

proportionnelle²⁵². La SWAPO avec 57 % des suffrages obtient quarante et un sièges et la Democratic Turnhalle Alliance (DTA) obtient 29 % des voix soit vingt et un sièges²⁵³. Aucune de ces deux formations ne dispose de la majorité des deux-tiers requise pour adopter la constitution²⁵⁴.

Dans ces deux Etats où ont été organisées les premières opérations de maintien de la paix de la seconde génération, l'ONU a permis l'ouverture des travaux des assemblées constituantes par la certification du caractère libre et régulier des élections. Chacune de ces constituantes, dont la mission est d'élaborer et d'adopter la norme fondamentale, détient son mandat de peuples ayant exprimé la volonté de se doter d'un nouveau statut politique. Fort de cette légitimité nationale, reconnue préalablement par l'ONU comme indispensable à la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ces chambres ont pu exercer sans contrainte le pouvoir constituant originaire délégué par le peuple souverain.

PARAGRAPHE II : Le monopole national de la sanction constituante

Les chambres constituantes khmère et namibienne disposent de leur souveraineté constituante. L'analyse du contenu des constitutions adoptées le confirme. L'assistance apportée n'entame nullement le pouvoir constituant autonome de celles-ci **(A)**. Les assemblées ont dû trancher des questions qui n'étaient pas prévues par les principes préalablement définis et elles ont parfois opéré des choix techniques allant au-delà de ce qui avaient été prescrit **(B)**.

²⁵² Le choix du système proportionnel fut obtenu en 1985 par des négociations. Cet accord entre les parties appartient au plan de paix intégré à la résolution 435. Voir S/20412- Rapport du Secrétaire Général relatif à l'application des résolutions 435 et 439 du Conseil de Sécurité, Paragraphe 35, 23 janvier 1989.

²⁵³ Seuls 7 partis sont représentés. S'ajoutent aux représentants de la SWAPO et de la DTA, le Front démocratique uni avec 4 sièges (soit 5.64% des voix), l'action chrétienne nationale avec 3 sièges (soit 3.53% des voix), les trois autres partis obtenant un siège chacun avec 1.59% des suffrages pour le Front patriotique de Namibie, 1.55% des voix pour la Convention nationale de Namibie et 0.79 % des suffrages pour le Front national de Namibie.

²⁵⁴ Voir Paragraphe A-2 des Principes concernant l'assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante, 12 juillet 1982, Document S/15287.

A- Une assistance constitutionnelle limitée

Dans l'un et l'autre Etat, l'assemblée constituante détient la souveraineté constituante. Pour se faire, elle dispose du pouvoir constituant décisionnel. La résolution 435 dans son plan de paix et les accords de Paris définissent les compétences exactes de la Constituante : élaborer et adopter la constitution à la majorité des deux-tiers. Toute assistance aux assemblées constituantes ne peut qu'être conforme aux dispositions acquises pour la résolution de la crise. Pour la Namibie, la résolution 643 du Conseil de sécurité « charge le Secrétaire général de faire en sorte que toutes les dispositions nécessaires soient prises conformément au plan de règlement [...] pour aider l'assemblée constituante à s'acquitter des responsabilités qui lui incombent au titre du plan de règlement »²⁵⁵. Au Cambodge, le Conseil de sécurité, dans sa résolution 810 « se déclare prêt à soutenir pleinement l'assemblée constituante et le processus d'élaboration d'une constitution et de mise en place d'un nouveau gouvernement pour l'ensemble du Cambodge »²⁵⁶.

Avant l'élection de l'Assemblée constituante, l'APRONUC procède à une formation constitutionnelle du CNS. Du 29 mars au 3 avril 1993, des séminaires sont consacrés à quatre thèmes spécifiques : constitutions et conflits, histoire constitutionnelle du Cambodge, principales questions auxquelles l'Assemblée constituante devra apporter une réponse et élaboration de procédures de discussion²⁵⁷. Puis, à la demande des partis cambodgiens, l'APRONUC a continué de fournir à l'Assemblée une assistance logistique et opérationnelle et des avis techniques. Il s'agit là d'une assistance constitutionnelle simplifiée. Elle exclut par conséquent toute prise de décision à la place du constituant souverain. D'ailleurs, le mandat de l'APRONUC ne comprend aucune attribution en matière de décisions constitutionnelles. Bien qu'elle soit l'autorité de tutelle de l'Etat, sa compétence ne s'étend nullement à ces questions. Ainsi, la Constituante khmère se compose de deux commissions permanentes, l'une est chargée de l'élaboration du règlement intérieur et l'autre de la constitution. Cette dernière se compose de vingt six membres.

²⁵⁵ S/RES/643- Namibie, Paragraphe 11, 31 octobre 1989.

²⁵⁶ S/RES/810- Cambodge, Paragraphe 14, 8 mars 1993.

²⁵⁷ Voir *Les Nations unies et le Cambodge (1991-1995)*, publié par les Nations unies, département de l'information, Séries livres bleus des Nations unies, vol. II, USA, 1995, p. 45.

En Namibie, le premier acte de l'Assemblée constituante est d'adopter les principes du 12 juillet 1982 comme base de travail pour l'élaboration de la constitution. Ces principes pré-constituants déterminés en dehors de l'instance constituante deviennent ceux de la Chambre constituante qui se les réapproprie. Cette motion constitue une preuve de la souveraineté de l'Assemblée. Celle-ci, pour aboutir à son objectif, crée un comité spécial composé de vingt et un membres assisté de trois experts sud-africains chargés de mettre en forme le projet définitif. L'Assemblée a bénéficié également de l'assistance technique de la Fondation pour la démocratie en Namibie. Cet organisme international, créé spécialement par la République fédérale d'Allemagne, avait pour dessein de prodiguer par le biais d'experts de différentes nationalités, des avis et des conseils aux constituants namubiens. Cette assistance constitutionnelle limitée permet aux constituants élus d'exercer effectivement son mandat : l'élaboration d'une constitution.

B- Des choix constituants autonomes

Le constituant cambodgien a élaboré la constitution en tenant compte des expériences antérieures, la recherche de la stabilité politique et les principes de la démocratie libérale acquis avec les accords de Paris. Rejetant tout « système hybride (ni républicain, ni monarchiste) laissant la porte ouverte aux luttes partisans pour le pouvoir présidentiel »²⁵⁸, l'Assemblée constituante opte pour une monarchie constitutionnelle : le roi règne mais ne gouverne pas²⁵⁹. Ce choix se justifie par l'attachement ancestral du peuple khmer au Roi. Toutefois, l'abdication du Roi Sihanouk en 1955 pour se lancer dans le combat partisan suivi de son élection au poste de Président a justifié l'intégration de l'article 7 al. 2 : « le Roi est le chef de l'Etat à vie ». La loi fondamentale adoptée le 21 septembre 1993, intègre l'essentiel de ce qui fonde la culture populaire khmère : l'hommage à l'histoire commune (Préambule, articles 69, 70 et 71), la confiance dans le monarque (articles 7, 8, 9, 10, 14) et l'adhésion à la religion bouddhique (articles 43 et 68 al.3).

En Namibie, l'originalité de la constitution tient aux choix techniques opérés par l'Assemblée constituante. La séparation des pouvoirs entre les pouvoirs exécutif et

²⁵⁸ GAILLARD Maurice, Démocratie cambodgienne. La constitution du 24 septembre 1993, L'Harmattan, Paris, 1994, p. 16.

²⁵⁹ Article 7 al.1.

législatif est plus complexe que celle requise en 1982. Un compromis a été opéré entre la SWAPO, partisane d'un régime présidentiel, et la DTA, favorable au système parlementaire : la constitution organise « un vrai régime semi-présidentiel »²⁶⁰. Le Président est élu au suffrage universel direct pour un mandat de 5 ans. Il est le chef de l'Etat et du gouvernement. Il nomme et révoque les membres du gouvernement. Le Premier ministre a pour fonction de s'occuper des affaires gouvernementales au Parlement, de coordonner le travail au sein du cabinet et de conseiller le Président de la République dans ses tâches gouvernementales²⁶¹. Le gouvernement est collectivement responsable à la fois, devant l'Assemblée nationale²⁶² et le Président de la République. Le chef du gouvernement est responsable devant cette assemblée dans le cadre de la procédure d'impeachment. De surcroît, l'article 32-9 autorise l'Assemblée à amender ou révoquer la plupart des actes du Président²⁶³. En contrepartie de cette responsabilité, l'Assemblée nationale peut être dissoute par le Président de la République sur le conseil du Cabinet si le gouvernement n'a plus la capacité de fonctionner (article 57). Toutefois, toute dissolution de l'Assemblée entraîne automatiquement la fin du mandat présidentiel entraînant l'organisation d'élections législative et présidentielle dans un délai de 90 jours (article 29 al.5 et 57 al.2).

Contrairement au choix namibien, le constituant khmer a opté pour un système de plus grande stabilité institutionnelle. Le principe est l'inviolabilité de l'Assemblée nationale pendant son mandat. Elle ne peut être dissoute qu'« au cas où le gouvernement royal [aurait] été renversé deux fois pendant une période de douze mois »²⁶⁴. Pour assurer un minimum d'équilibre, tout renversement du gouvernement est encadré dans une procédure unique et stricte : la motion de confiance ne peut être acquise qu'à la majorité des deux-tiers²⁶⁵. Il y a une volonté réelle de donner un rôle central à l'organe parlementaire. D'ailleurs, l'usage du pouvoir constituant dérivé relève de l'unique compétence de l'Assemblée nationale²⁶⁶ : « la révision ou l'amendement de la constitution doit être

²⁶⁰ CHANTEBOUT Bernard, « La constitution namibienne du 9 février 1990. Enfin un vrai régime présidentiel ! », *RFDC*, 1990, p. 539.

²⁶¹ Article 37.

²⁶² Devant l'Assemblée nationale, tous les ministres sont responsables individuellement.

²⁶³ Sur proposition d'un tiers des députés et vote à la majorité des deux-tiers.

²⁶⁴ Article 78 al.1.

²⁶⁵ Article 90 al.9.

²⁶⁶ Le 8 mars 1999, la constitution modifiée sur plusieurs points. Cette révision a notamment créé deux nouvelles institutions : un Sénat (articles 99 à 115) et un Congrès de l'Assemblée nationale et du sénat (article 116 : « En cas de nécessité, l'Assemblée Nationale et le Sénat peuvent se réunir en congrès pour résoudre les problèmes importants de l'État »).

effectué par une loi constitutionnelle votée par l'Assemblée Nationale à la majorité des deux tiers de ses membres »²⁶⁷. Cependant, tout usage du pouvoir constituant institué nécessite que le Roi saisisse le Conseil constitutionnel à titre consultatif (article 143).

L'article 132 de la Constitution namibienne organise une plus grande rigidité. Tout projet de loi visant à amender la constitution pour être effectif, doit être adopté à la majorité des deux-tiers aussi bien des membres de l'Assemblée nationale que du Conseil national. « Nonobstant [ces] dispositions [...], si un projet de loi proposant d'abroger ou modifier l'une quelconque des dispositions de la Constitution obtient la majorité des deux-tiers à l'Assemblée nationale mais ne l'obtient pas au Conseil national, le Président de la République peut, par décret, soumettre ce projet de loi à un référendum national ». Celui-ci ne sera valable que si la révision est approuvée à la majorité des deux-tiers des suffrages exprimés.

Bien que les constituants cambodgiens et namibiens aient subi de fortes influences, ils ont exercé le pouvoir constituant en toute souveraineté. Leurs travaux n'ont été soumis à aucun contrôle constituant de l'ONU. Ils ont ainsi fixé des règles originales (pour la Namibie) et propres à leur culture (pour le Cambodge) en se servant des exemples occidentaux.

Bien que l'action onusienne au Cambodge et en Namibie constitue une innovation, elle reste une forme assez classique de l'assistance constitutionnelle renforcée. Elle s'articule autour de principes pré-constituants obtenus par la négociation internationale. Nonobstant cette origine, ces constitutions n'ont pas une nature hétéronome, elles sont issues d'un consentement indispensable des représentants nationaux. Il s'agit d'un processus de médiation internationale se fondant sur une volonté politique nationale de se donner une constitution de façon autonome.

²⁶⁷ Article 151.

CONCLUSION

L'assistance constitutionnelle renforcée doit respecter les mêmes principes que lorsqu'elle intervient sous sa forme simple. Elle n'est apparue que dans les opérations de maintien de la paix de la seconde génération. En vertu de la souveraineté des Etats, la détermination des principes pré-constituants exige l'obtention de la participation effective et du consentement réel des Etats concernés. Cette intrusion ne doit cependant pas empêcher les citoyens de prendre part à la mise en forme de leur avenir politique par l'élection de l'Assemblée constituante. La participation du peuple, par le biais de l'élection d'un corps constituant, est en réalité indispensable. Ainsi, du fait de son origine démocratique, cette chambre réunie pour élaborer la constitution, ne doit pas être entravée par les principes pré-constituants fixés en collaboration avec l'ordre international. La réalisation du pouvoir constituant participatif reste la condition *sine qua non* de toute assistance constitutionnelle renforcée.

CONCLUSION DU TITRE

Les actes juridiques d'assistance constitutionnelle, dans leur ensemble, sont une réponse de certaines organisations internationales aux sollicitations d'Etats ayant besoin d'un soutien logistique ou d'une aide plus substantielle dans la réalisation constitutionnelle des objectifs de paix et de démocratie. Cette intervention externe se fonde sur l'existence d'une réelle volonté interne d'établir un Etat de droit. Les méthodes et précautions prises s'inscrivent dans les cadres du droit international. Le pouvoir constituant est indissociable de la souveraineté. Dès lors, les modalités d'assistance constitutionnelle ne doivent nullement consister en une dénaturation du pouvoir constituant. Au contraire, s'inscrivant généralement dans le cadre de la démocratisation, l'assistance constitutionnelle doit se conformer aux impératifs qu'implique la démocratie.

Cette assistance constitutionnelle reste le premier niveau des formes d'immixtion dans l'exercice du pouvoir constituant originaire. Les conditions dans lesquelles elle intervient lui permettent de se conformer à un respect strict de la souveraineté et du pouvoir constituant démocratique. Toutefois, dans certaines circonstances, le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale est réel et intégral. La substitution constituante devient une nécessité justifiée par la force des faits.

TITRE II : La substitution constitutive, une procédure inscrite dans le fait

Lorsque les conditions sont favorables à un exercice libre et souverain du pouvoir constituant originaire, aucune volonté extérieure à l'Etat ne peut primer sur celle des acteurs nationaux. Dès lors qu'un Etat ou un groupe d'Etats est en mesure de s'imposer dans cette procédure, les principes d'exercice du pouvoir constituant originaire ne seront plus les mêmes. Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale se construit en opposition à l'exercice classique du pouvoir constituant originaire. Il s'inscrit dans une situation d'urgence dont la résolution passe par le choix d'un exercice atypique du pouvoir constituant originaire. Ainsi, en Allemagne, au Japon, à Chypre et en Bosnie Herzégovine, les circonstances ont justifiées une substitution constitutive : en Allemagne et au Japon la défaite de 1945 consacre l'extinction d'un système politique ayant mené au conflit et qu'il faut impérativement modifier ; à Chypre, la réalisation encadrée de l'indépendance est une nécessité dans la mesure où d'une part, les communautés de l'île ne s'entendent pas sur les modalités du nouveau statut et d'autre part, la Grèce, la Turquie et la Grande Bretagne ont des intérêts à défendre dans l'île; enfin en Bosnie Herzégovine, la dislocation de l'ex-Yougoslavie a entraîné une guerre meurtrière dont la résolution a des implications constitutionnelles qui ne peuvent pas être mis en œuvre par les parties au conflit dont certains aspirent à une autonomie. Ce sont ces circonstances qui justifient le recours à une substitution constitutive donc à l'absence de l'expression de la souveraineté par l'exercice du pouvoir constituant originaire.

Au cours d'une telle procédure constitutive, contrairement à la procédure classique, le rôle accordé au constituant national est dicté par les choix de l'autorité internationale. Le constituant national est en quelque sorte limité à l'exécution d'une décision de l'autorité internationale, il est tenu par un commandement. En temps de paix, le peuple ou la nation tient une place essentielle dans le processus constituant, le pouvoir constituant originaire est une prérogative nationale. En revanche, ce critère de reconnaissance du pouvoir constituant originaire est absent lorsqu'il y a transfert de celui-ci à une autorité internationale. Le constituant naturel n'a plus qu'une fonction secondaire. L'autorité internationale, seul réel acteur constituant, décide du rôle à donner au peuple.

Cette différence dans l'exercice du pouvoir constituant originaire, due à l'absence des conditions d'exercice de la souveraineté, est la caractéristique du transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale (**Chapitre I**). Toutefois, cette carence majeure n'est pas définitive. En effet, ce qui justifie cette substitution constituante, c'est la volonté de rétablir la souveraineté. Par conséquent, la relégation du peuple est une nécessité qui ne doit pas perdurer. Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale ne doit pas se prolonger dans une confiscation perpétuelle du pouvoir politique. En principe, une fois les conditions réunies, le peuple souverain peut se réapproprier le pouvoir constituant originaire et la constitution (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : L'inexistence des conditions d'exercice de la souveraineté

Lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire, un Etat ou un groupe d'Etats supprime le souverain national et ses représentants. Ce constituant « international » ne remplit pas les conditions pour avoir le titre de représentant. En effet, la théorie du pouvoir constituant admet le principe de représentation parmi ces mécanismes. La légitimité d'une constitution n'est nullement liée à la condition *sine qua non* d'une participation directe du peuple au processus constituant. Dans son versant démocratique, le pouvoir constituant admet les modulations admises par la démocratie elle-même. Ainsi, le principe représentatif joue un rôle non négligeable dans la procédure constitutionnelle. Cette médiation institutionnalisée ne consiste pas en une mise à l'écart du peuple souverain. Bien au contraire, puisque peuvent être combinés dans une même procédure l'élection populaire des détenteurs de la mission constitutionnelle et le référendum constituant entérinant les choix opérés par l'assemblée constituante.

Toutefois, le cadre de l'élection des représentants reste interne à l'Etat. Cette condition organique de la représentation est impérative pour garder un sens réel à la norme censée refléter les idéaux politiques d'un peuple. En effet, la souveraineté du peuple constituant est circonscrite par un cadre territorial déterminé. Au-delà de celui-ci, il existe naturellement d'autres Etats disposant de leur propre souveraineté constituante. Une représentation ne respectant pas ce critère organique n'en constitue pas une. Elle ne pourrait avoir pour vocation de « vouloir pour la nation »²⁶⁸ puisqu'elle ne serait pas issue de l'Etat lui-même.

L'exercice du pouvoir constituant originaire exige l'action du peuple ou de ses représentants. L'idée que sous-tend la procédure constituante est celle d'une prise de conscience du peuple en tant qu'acteur politique existant. « Le peuple, la nation reste à l'origine de tout événement politique »²⁶⁹. Par conséquent, une procédure constituante dans laquelle le peuple est « représenté » par des personnes relevant d'une autre souveraineté met en évidence une altération du pouvoir constituant originaire.

²⁶⁸ Barnave, député de l'Assemblée nationale constituante cité in (de) VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, p. 209.

²⁶⁹ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, PUF, 1993, Paris, p. 216. Malgré les accointances de Carl Schmitt avec le régime nazi, la théorie de l'auteur sur le pouvoir constituant mérite d'être citée.

Cette altération est due à des circonstances particulières qui empêchent l'Etat de faire primer le principe d'autonomie constitutionnelle. Cette conjoncture permet une distorsion dans la procédure constituante par rapport à ce qui est légalement admis. L'Etat concerné n'ayant pas les moyens de définir sa constitution, les constituants exogènes dirigent la procédure. Normalement, en tant qu'acte de souveraineté, la décision d'initier le processus constituant constitue la preuve, pour un Etat, de sa pleine possession de la « compétence de la compétence ». Dans le cas contraire, cet Etat peut être considéré comme étant en situation de subordination à l'égard d'un autre. Le principe des rapports inter-étatiques étant celui de l'égalité souveraineté, une telle situation ne se justifie que par l'existence d'un contexte politique particulier et favorable à un tel renversement de la pratique des règles du droit (**Section I**). Ainsi les circonstances conduisent à l'adoption d'un texte obtenu par la constitutionnalisation d'un commandement (**Section II**).

SECTION I : Le cadre politique à l'origine de l'initiative constituante étrangère

Les circonstances qui ont mené à l'adoption des constitutions allemande, japonaise, chypriote et bosnienne sont particulières. Certes, comme l'observe Schmitt, « il ne peut exister de méthode réglementée à laquelle le pouvoir constituant serait tenu »²⁷⁰. Mais le droit positif prescrit que l'exercice du pouvoir constituant appartient au peuple. Dans les Etats précités, la procédure constituante intervient dans un contexte dans lequel il est difficile de faire primer le droit.

En réalité, quelles que soient les branches du droit, les principes établis peuvent être assouplis ou simplement écartés lorsque certaines situations l'exigent. Ainsi en principe, la procédure constituante s'inscrit dans l'expression de la souveraineté mais lorsqu'il y a substitution constituante la situation politique de l'Etat concerné est telle, qu'il est dans l'impossibilité d'exprimer sa souveraineté. Le fait prédomine alors sur le droit. (**Paragraphe I**). En raison d'un contexte politique spécifique, la compétence constituante n'est plus libre. Elle est subordonnée à un contrôle d'un constituant exogène. L'exercice du pouvoir constituant originaire devient une compétence liée (**Paragraphe II**).

²⁷⁰ Ibid., p. 218.

PARAGRAPHE I : La prédominance du fait

Le droit peut être défini de différentes façons²⁷¹. Mais quelle que soit l'acception choisie, il englobera les idées suivantes : un but d'ordre à atteindre par la réglementation et un moyen indispensable, la volonté. Malgré le rayonnement du concept d'Etat de droit qui rime avec une omnipotence de la norme, de nombreux éléments n'y sont pas soumis. Tout ce qui ne relève pas directement du système juridique appartient au fait. Celui-ci peut être du non-droit et comme l'explique le Doyen Carbonnier²⁷², certains de ces éléments hors droit peuvent naître de la résistance du fait au droit et constituer des violations de celui-ci. Ils peuvent donner lieu à une reconnaissance ultérieure du droit mais garderont leur nature factuelle²⁷³. Le fait est une « réalité mouvante, variée et imprévisible »²⁷⁴ à laquelle le droit, « système de normes abstraites »²⁷⁵, doit accorder ou non des effets juridiques. La détermination d'une définition des rapports entre le fait et le droit (A) est indispensable afin de mieux comprendre ce que la substitution constituante est au pouvoir constituant originaire (B).

A- Le rapport du fait au droit

Le droit saisit dans les normes tout ce qui lui est possible de transcrire dans le langage juridique. Son dessein ultime est d'assurer l'ordre dans une société en définissant les règles admises de son fonctionnement. Le fait est par conséquent tout ce qui est insaisissable par les formes du droit. Il représente ce qui n'est pas ou ne peut être soumis à une réglementation juridique. En même temps, le droit existe car il est l'outil de régulation de la société par conséquent, il doit tenir compte des faits afin de leur donner l'effet juridique qu'ils méritent.

²⁷¹ Voir TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2003, 609 p ; OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1999, 156 p ; CHEVALLIER Jacques, « Droit, Ordre, Institution », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 19. ; PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, vol. 28, 1998, p. 83.

²⁷² CARBONNIER Jean, *Flexible de droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 9 et s.

²⁷³ Il s'agit des situations de fait.

²⁷⁴ CARBONNIER Jean, *Flexible de droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 13.

²⁷⁵ Ibid. p. 16.

Le rapport du droit au fait est une réalité car l'objectif de cette science est l'organisation stricte des choses ou des situations. Le droit est né du rejet de l'état de nature dans lequel la seule loi était celle de la force. Dans les constructions juridiques, la violence est toujours une cause de nullité. Ce moment initial précède la formation de l'Etat qui naît d'un contrat social dont le but est d'assurer la pacification sociale. Le moyen d'y parvenir est l'établissement d'un ordonnancement juridique garantissant le règne du droit.

Le fait par excellence est l'état de guerre. Il est en totale contradiction avec le droit. Il se définit comme l'action de force dont le dessein est de supprimer l'ennemi afin de le supplanter dans ses droits. Pendant longtemps, le conflit armé a été considéré comme le moyen d'accéder à l'expansion territoriale. Les premiers juristes ont tenté d'y poser un minimum de règles. Certes, depuis la charte des Nations unies, la guerre d'agression est interdite. Mais une fois que cette situation de désordre est enclenchée, elle ne peut être totalement soumise à une réglementation stricte. Le chaos engendré par une guerre ne permet pas le maintien d'un contrôle juridique. Et, c'est au regard de la situation que peut entraîner une rupture dans l'ordre public, de quelque nature qu'elle soit, que les Etats inscrivent souvent dans leurs constitutions des dispositions relatives à l'attitude juridique à adopter en cas de circonstances exceptionnelles.

L'organisation de l'accession au pouvoir est aussi un des éléments majeurs de l'organisation de l'Etat. Toutefois, même si les structures de l'Etat relèvent du droit, la manière d'accéder et de conserver le pouvoir relève du politique. Et seule une partie de celui-ci est susceptible d'être saisi par le droit. Tout ce qui appartient aux intérêts politiques individuels et aux choix discrétionnaires reste insondable juridiquement. L'intérêt, en tant qu'attachement exclusif à ce qui est avantageux pour un sujet, est en soit un fait. Il s'oppose ainsi au droit qui tranche en équité et se caractérise par l'idée d'intérêt général. L'intérêt politique ou économique ne correspond pas forcément au droit en vigueur. Il s'appuie plutôt sur une vision pragmatique dans le choix d'une attitude juridique ou non. Il peut donc conduire à un usage purement formel et facultatif du droit.

Lorsque le pouvoir constituant, en raison d'une situation de fait particulière, est exercé par un ou plusieurs Etats, distincts de celui auquel l'acte constitutionnel va s'imposer, il est soumis au choc de deux types de règles différentes. D'une part, le droit constitutionnel identifie souveraineté et pouvoir constituant. D'autre part, les circonstances sont celles

d'une disparition des critères de la souveraineté et par conséquent, obligent l'action de la communauté internationale²⁷⁶. En attendant de déterminer de quelle manière, le droit constitutionnel supporte cette intrusion du fait, il convient d'identifier les manières dont les autres branches du droit s'adaptent ou se protègent du fait.

Dans certaines hypothèses, le fait peut se définir comme une violation du droit, il est en contradiction avec les prescriptions juridiques. Il s'agit de faits *contra legem*. Confronté à ces violations de l'ordre, le droit prescrit la sanction c'est-à-dire une action qui a pour but d'assurer au système juridique à la fois son effectivité, son efficacité et sa pérennité. Par exemple, en droit des contrats, tout acte ne respectant pas les règles du consensualisme sera nul ; en droit pénal, tout acte contrevenant à l'ordre public sera sanctionné. Toutefois certaines prescriptions normatives ne s'appliquent pas lorsque le fait parvient à s'imposer. Ainsi en matière de reconnaissance de gouvernement, bien que des règles claires soient posées, il relève toujours de la discrétion des Etats d'en tenir ou non compte.

Pour prémunir le système des conséquences néfastes de circonstances pouvant favoriser la violation du droit, il est possible de prévoir des dispositions spéciales. Pour limiter la submersion de l'ordre juridique, les constitutions prévoient des dispositions relatives notamment à la vacance de la présidence de la République ou à la survenance d'une rupture de l'ordre public.

Le fait peut toutefois aboutir à une reconnaissance juridique. Il s'agit des pratiques non conformes au droit mais dont l'objectif réel est d'obtenir des effets juridiques²⁷⁷. « Ce sont des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes »²⁷⁸. Ces faits peuvent être dits *praeter legem*. Le droit privé compte plusieurs situations de fait ainsi reconnues²⁷⁹. Par exemple, en droit de la famille, tout

²⁷⁶ Tout le problème reste de définir cette Communauté internationale. Soit elle représente une majorité des Etats, soit le conseil de sécurité. Ou bien comme le rappelle Nicolas Maziau, il s'agit des « Puissances » (« L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste » », *RGDIP*, 2002, n°3, p. 552). Voir DUPUY René Jean, *Dialectiques du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté internationale et droits de l'humanité*, Editions Pédone, Paris, 1999, p. 308-314 relatif à la définition de la communauté internationale.

²⁷⁷ Voir *infra* concernant le rôle de la fiction (Partie II, Titre I, Chapitre II).

²⁷⁸ IVAINIER Théodore, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, L.G.D.J, Paris, 1988, p. 4.

²⁷⁹ On peut ainsi noter la société de fait.

mariage entaché d'un vice est nul. En tant qu'acte invalidé, il ne produit aucun effet. Il est censé ne jamais avoir existé. Cependant, sous certaines conditions²⁸⁰, le juge peut reconnaître des effets à ce mariage pour la période précédant la déclaration de nullité.

Le droit public, dans certaines circonstances tient compte de la pertinence des faits. Ainsi, en droit administratif, on peut citer la théorie des circonstances exceptionnelles. Elle est une adaptation du principe de légalité aux faits qui sortent de l'ordinaire juridique. Il s'agit « d'affranchir dans certaines circonstances les autorités administratives de la stricte obligation d'observer les règles qui régissent normalement leur action »²⁸¹. En dehors de ces circonstances spécifiques, tout acte outrepassant le principe de légalité est susceptible de nullité.

Dans l'ordre juridique international, la réalité des faits conduits parfois à assouplir certains principe. Par exemple, la reconnaissance d'un gouvernement est soumise classiquement au principe de l'effectivité de son autorité sur l'ensemble du territoire. Cependant lorsqu'un gouvernement accède au pouvoir par un coup d'Etat, même s'il dispose d'une suprématie territoriale, il ne pourra pas bénéficier de la reconnaissance. Il sera qualifié de gouvernement de fait, son autorité étant issue d'une rupture de l'ordre juridique. Ainsi sera toujours reconnu comme gouvernement *de jure*, celui qui, bien qu'exilé ou territorialement limité, est issu du processus prescrit par la constitution²⁸². Il existe donc de nombreuses adaptations du droit en raison de l'existence de situations non juridiquement prévues. Reste ainsi à déterminer les rapports que peuvent entretenir la procédure constituante et le fait ?

B- L'impact de l'insertion du fait dans la procédure constituante

Le pouvoir constituant originaire a une nature telle qu'elle peut permettre une justification de son exercice par un acteur international **(1)**. Cependant, en matière d'élaboration d'une constitution, le principe directeur demeure celui de la prérogative nationale. Or certaines situations créent une distorsion entre le droit et la pratique

²⁸⁰ Article 201 al.1 du code civil dispose : « Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ».

²⁸¹ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Paris, 2001, p. 1085 et s.

²⁸² Par exemple, le maintien de la reconnaissance du gouvernement afghan écarté par le régime taliban.

permettant le recours à une procédure constituante spécifique (2). Et dans ces circonstances, l'exercice du pouvoir constituant originaire n'est pas l'expression de la souveraineté (3).

1- La nature du pouvoir constituant originaire : entre fait et droit

Pour les positivistes, seul le pouvoir constituant dérivé est pur droit, le pouvoir constituant originaire n'est que *res facti*. Néanmoins, en raison de son objectif, cette première affirmation peut être nuancée. L'acte juridique qu'est la constitution naît de l'exercice de ce premier pouvoir politique. Le pouvoir constituant dérivé tient son existence juridique du pouvoir constituant originaire. Il s'exerce dans le cadre constitutionnel que le premier a dessiné.

Pour Claude Klein, le pouvoir constituant originaire a une nature mixte. « La notion de pouvoir constituant originaire n'est pas une pure notion du droit positif. Cependant elle remplit une fonction juridique »²⁸³. Avant lui il n'existe ni droit, ni Etat²⁸⁴. Après lui, l'Etat et le droit existent à part entière. Le pouvoir constituant originaire consiste en une sorte de force adoubante pour toute société qui désire s'institutionnaliser. Son fondement lorsqu'il prend forme n'est pas le droit²⁸⁵, puisqu'il n'existe pas encore. Il apparaît plutôt au cœur d'une révolution humaine. Ce fondement révolutionnaire implique un mouvement incontrôlable sans règles préalablement définies. Le pouvoir constituant originaire naît dans et avec le fait. Dans une certaine mesure, il incarne un fait puisqu'il crée une rupture du droit. Il n'accède au droit qu'au moment et par la procédure par laquelle il s'inscrit dans un texte constitutionnel.

Dans la théorie démocratique, une constitution n'est légitime que si elle est reconnue comme telle par celui à qui elle s'impose. Le peuple est source et destinataire du pouvoir. Il lui appartient de donner son consentement à la loi fondamentale. Il donne un sens politique et juridique au fait constituant. Mais selon les conceptions du rôle du peuple dans la procédure constituante, le processus de légitimation du texte définitif peut varier.

²⁸³ KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, op. cit., p 198.

²⁸⁴ Du moins pour la constitution historique.

²⁸⁵ NEGRI Antonio dans son ouvrage intitulé *Le pouvoir constituant, essai sur les alternatives de la modernité* considère que « le concept [de pouvoir constituant] est étranger au droit. Le pouvoir constituant est rebelle à une intégration totale dans un système hiérarchisé de normes et de compétences » p. 2.

Pour Schmitt, « le peuple en tant que titulaire du pouvoir constituant n'est pas une instance fixe, organisée »²⁸⁶. Par conséquent, l'expression de sa volonté constituante ne peut être enfermée dans une procédure prédéterminée. Son assentiment au texte est tacite car finalement le peuple, en raison de sa nature, ne peut s'exprimer que par « le cri d'approbation ou le refus de la foule rassemblée »²⁸⁷. En revanche, pour Olivier Beaud, au terme de l'évolution historique de la procédure constituante, seul le peuple souverain peut donner, dans le cadre d'une procédure fixée²⁸⁸, la sanction constituante définitive à la constitution. Cependant dans une vision substantialiste des choses, le pouvoir constituant n'étant du droit que par sa destination, il ne puise sa légitimité que dans une volonté politique réelle de créer du droit. Aussi dès lors qu'émergerait une volonté constituante, quelle que soit son origine, interne ou exogène, le pouvoir constituant pourrait être exercé.

Toutefois, en tant que fondement de l'Etat, cadre institutionnel de la réalisation politique d'un peuple, la constitution ne peut être totalement désincarnée et ignorer les idéaux recherchés. Plus qu'une autre norme, dans un système démocratique, la constitution doit bénéficier d'une légitimité particulière. Cela signifie que la loi fondamentale doit « reposer sur un principe qui le justifie aux yeux [du peuple] qui [peut] se [la] représenter par la pensée et en éprouver la cohérence. Telle est la nature de la légitimité, relais pour suppléer la force du pouvoir politique et mieux, rendre la force inutile »²⁸⁹. Cette légitimité est celle qui fonde une constitution élaborée et adoptée dans un Etat pacifié. Elle ne peut par conséquent être identique lorsque les circonstances ne permettent pas l'exercice d'une souveraineté dont la restauration est nécessaire. Ce sont les différentes situations particulières dans lesquelles s'inscrit la substitution constituante qui font sa spécificité. A côté d'une procédure constituante classique, elle représente une distorsion puisqu'elle est le fruit d'une adaptation au contexte politique de l'Etat en cause : elle est une situation de fait.

²⁸⁶ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 218.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Voir *infra* (Dans la même Section, Paragraphe II).

²⁸⁹ FEVRIER Jean-Marc, « Sur l'idée de légitimité », *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 2002-1, p. 367.

2- Le fait, déclencheur de la procédure constituante internationalisée

Dans les exemples étudiés, c'est-à-dire ceux de l'Allemagne, du Japon de Chypre et de la Bosnie Herzégovine, les faits déclencheurs de la procédure constituante internationalisée sont de deux types : le premier est de nature politique et l'autre naît de la rupture de l'ordre public. Ainsi à Chypre, en 1960, la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes exige la réalisation d'une condition politique : l'accord préalable du Royaume-Uni, de la Turquie et de la Grèce. Or, **cet accord** a eu pour conséquence de déposséder les peuples chypriotes de la maîtrise du pouvoir constituant originaire **(a)**. En Allemagne, au Japon et en Bosnie-Herzégovine, c'est la guerre qui conduit à l'altération de la procédure constituante : la défaite permettant aux Alliés de supplanter les vaincus et la complexité de la résolution du conflit bosniaque obligeant la communauté internationale à une action efficace **(b)**.

a- La réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes soumis au consentement d'acteurs internationaux

Au moment de son accession à l'indépendance, l'île de Chypre est sous domination britannique. Mais en raison de sa position stratégique dans la méditerranée orientale, l'île a connu plusieurs occupations. De territoire grec sous l'antiquité, elle devient possession ottomane en 1571. Puis en 1878, elle est cédée aux Anglais en contrepartie d'un soutien militaire à Constantinople et d'une redevance²⁹⁰. La souveraineté ottomane est maintenue de façon nominale mais l'exercice de l'*imperium* est britannique²⁹¹. A la fin de la première guerre mondiale, estimant nul le Traité de 1878²⁹², le Royaume-Uni annexe Chypre. Par cet acte, il ne respecte pas la promesse faite à la communauté grecque d'assurer la réunification avec la « mère patrie ».

²⁹⁰ L'accord entre le Royaume-Uni et l'Empire ottoman était basé sur le paiement d'un tribut annuel de 87608 livres, plus 113 livres pour les droits de phare et 5000 livres à partir de 1879 pour le produit des domaines de l'Etat.

²⁹¹ La complexité du statut chypriote est même confirmée par la jurisprudence de l'époque. Dans un jugement du 27 mai 1912 relatif à la goélette turque *Taxiarchis*, immatriculée dans le port chypriote de Limassol, la Commission des prises italiennes tranche en ces termes : « L'île de Chypre présente au point de vue international une situation juridique certainement anormale, mais en tout cas de nature à ne pouvoir être confondue avec celle d'autres parties de l'Empire ottoman. Par le traité du 4 juin 1878, par lequel l'Empire ottoman a cédé Chypre au Royaume-Uni, la souveraineté de l'île a été réservée au Sultan ; mais les pouvoirs d'administration conférés aux autorités anglaises ont été compris et exposés avec une telle ampleur qu'ils épuisent à peu près complètement tout le contenu de la souveraineté turque, laquelle est devenue purement nominale. ». Voir *RGDIP* 1913 p. 510.

²⁹² L'article 20 du traité de Lausanne du 24 juillet 1923 consacre internationalement l'annexion de l'île par le Royaume-Uni.

L'autodétermination de l'île est complexe à réaliser. En effet, les communautés développent des projets politiques totalement opposés. Les Grecs, démographiquement majoritaires, rêvent d'*Enosis* : le rattachement à la Grèce²⁹³. Les Turcs sont plutôt partisans du *taksim* : la scission de l'île en deux. Les deux populations sont soutenues chacune par la Grèce et la Turquie. L'Etat hellénique tient à un rattachement de l'île : 80% de la population est grecque et elle n'oublie pas la promesse britannique de 1915. La Turquie craignant les conséquences d'un possible *Enosis* à l'encontre des 18% de Chypriotes turcs, tient à les protéger. Face à ces deux acteurs, la position britannique est beaucoup plus stratégique. Chypre est sa dernière implantation en Méditerranée orientale. Après avoir perdu l'Égypte, le Royaume-Uni veut pouvoir garder des bases militaires dans cette zone.

Ainsi, la création d'un Etat chypriote est subordonnée au compromis entre les intérêts grecque, turque et britannique. Toutefois la réalisation de cette autodétermination exige que les Britanniques la reconnaissent. A partir de 1955, une tension politique règne à Chypre, le dialogue devient impossible entre les Britanniques et les Chypriotes. Les négociations ouvertes avec Monseigneur Makarios, Ethnarque élu par le peuple²⁹⁴ et défenseur du droit d'autodétermination sont un échec. Il refuse notamment toute implication turque dans la résolution du problème chypriote. Après sa déportation le 9 mars 1956, les Chypriotes grecs interrompent les négociations. Le Gouvernement d'Athènes devient, *de facto*, leurs seuls représentants dans la perspective de la réouverture des pourparlers.

Du côté turc, la volonté de réaliser le *taksim* se renforce. En effet, le gouvernement britannique développe l'idée suivante : accorder l'autodétermination aux Grecs, conduirait inéluctablement à le faire pour les Turcs. Cette analyse du principe d'autodétermination permet aux autorités d'Ankara (auxquelles, les Chypriotes-turcs font allégeance) de consolider leur position. Face au souverain britannique qui n'aspire qu'à maintenir sa

²⁹³ En janvier 1950 l'Eglise Orthodoxe de l'île organise un référendum duquel il ressort que 96% des chypriotes grecs souhaitent l'union de Chypre à la Grèce.

²⁹⁴ Il est une sorte de chef de Nation pour l'orthodoxie. Il est une grande figure pour cette communauté. En tant qu'archevêque de l'île il a de nombreuses compétences dans le domaine séculier. En effet, dans le droit canonique de l'Eglise Orthodoxe, l'attribution d'une fonction politique à un prélat est tout à fait permise.

position stratégique dans la région, les seuls interlocuteurs ouverts au dialogue sont logiquement la Grèce et la Turquie²⁹⁵.

En octobre 1958, par le biais de l'Organisation de l'Atlantique Nord, les Anglais persuadent les gouvernements grec et turc qu'une entente entre eux est indispensable. Ankara finit par admettre que la partition de l'île n'est pas envisageable. Athènes conçoit, de plus en plus, que l'indépendance ne puisse se faire si elle s'obstine à réclamer le strict respect de la règle de la majorité²⁹⁶. Cette entente greco-turque relative à la structure de base de la République de Chypre prend forme à Zurich le 11 février 1959²⁹⁷.

En Allemagne, au Japon et en Bosnie-Herzégovine, c'est le fait de guerre qui justifie le recours à la substitution constituante.

b- Le contexte de guerre

Pour l'Allemagne et le Japon, la substitution constituante est une conséquence de la défaite de 1945. La seconde guerre mondiale s'achève avec la victoire des Alliés sur l'Allemagne et le Japon. La reconstruction des Etats vaincus s'inscrit dans ce rapport de force. En reconnaissant leur défaite, l'Allemagne et le Japon abandonnent leur droit de souveraineté sur l'organisation de l'Etat. D'ailleurs, avant même la fin du conflit, les Alliés comptaient imposer aux puissances de l'Axe une capitulation sans condition.

Le 7 mai 1945, à Reims, le Haut commandement allemand présente sa reddition militaire sans condition au Commandement Suprême des Forces Expéditionnaires Alliées et au Haut Commandement soviétique. Cette renonciation prend ensuite forme dans la déclaration signée le 8 mai 1945 dans laquelle l'Allemagne admet porter toute la responsabilité de la guerre. Il en résulte qu'elle « n'est désormais plus en état de résister à la volonté des puissances victorieuse »²⁹⁸. Cela signifie qu'elle est « *soumise à toutes les*

²⁹⁵ Depuis la conférence tripartite organisée à Londres du 29 août au 7 septembre 1955, l'affaire chypriote était présentée comme un différend entre la Grèce et la Turquie. Le Royaume-Uni ne jouant qu'un simple rôle d'arbitre entre ces deux principaux protagonistes.

²⁹⁶ En effet pour la Turquie, confier le pouvoir à la seule majorité grecque est tout simplement un *Enosis* déguisé.

²⁹⁷ Voir les accords de Zurich 11/02/1959 <http://www.cypnet.com/ncyprus/history/republic/agmt-zurich.html>

²⁹⁸ Déclaration du 8 mai 1945 in FARÇAT Isabelle, *L'Allemagne de la Conférence de Potsdam à l'unification*, Minerve, Indre, 1992, p. 19.

exigences qui peuvent [...] ou pourraient, dans l'avenir, lui être *imposées* »²⁹⁹. Et c'est dans le cadre d'une occupation par les vainqueurs que le statut de l'Allemagne est fixé. La déclaration de Berlin le 5 juin 1945 précise les conditions de la reconstruction. Elle constate que le territoire allemand est dépourvu de toute autorité nationale en état d'assumer l'exécution des exigences des puissances victorieuses. Elle en conclut que la capitulation fait des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'URSS et de la France, les autorités suprêmes.

Japon

De la même manière, la conférence de Postdam qui se tient du 7 juillet au 2 août 1945 impose les principes de la reddition japonaise : une démilitarisation complète, une limitation du territoire japonais aux îles d'Honshu, Hokkaido, Kyushu et Shikoku, la poursuite judiciaire des criminels de guerre. Le Japon oppose une autre condition afin de préserver son système politique : le maintien de l'autorité impériale. Aux termes de la Constitution de 1889, le régime politique repose sur le principe de la souveraineté du *Tennô* (l'Empereur). Cette réserve est acceptée par les Alliés tout en sachant que le gouvernement japonais doit favoriser l'émergence et l'enracinement des principes démocratiques en valorisant l'établissement des droits fondamentaux. Le maintien de l'autorité impériale ne doit pas empêcher la réalisation sous occupation américaine des objectifs fixés à Postdam.

En Allemagne, l'occupation des Alliés s'institutionnalise dans un organe commun, le Conseil de contrôle interallié dans lequel les décisions sont prises à l'unanimité. Concrètement, le pouvoir suprême est exercé dans chacune des zones par le commandant en chef de l'armée d'occupation. La souveraineté devient, *de facto*, celle des puissances victorieuses. Au Japon, les Américains réclament un gouvernement élu pour la construction du nouvel Etat. Mais le pouvoir appartient réellement à l'administration militaire d'occupation, le Commandement Suprême des Puissances Alliés³⁰⁰ dirigé par le Général Mc Arthur.

En Allemagne comme au Japon, les Alliés vont mener les opérations de reconstruction. La souveraineté des deux Etats est abolie puisque la défaite a de fait

²⁹⁹ Déclaration du 8 mai 1945 in FARÇAT Isabelle, *L'Allemagne de la Conférence de Potsdam à l'unification*, ibid.

³⁰⁰ FUKASE Tadakazu et HIGUCHI Yoichi, *Le Constitutionnalisme et ses problèmes au Japon. Une approche comparative*, PUF, Paris, 1984, p.71 et s.

entraîné la disparition des conditions d'exercice de la souveraineté. Les Alliés exercent le titre de souveraineté en lieu et place de l'Allemagne et du Japon. La procédure constituante porte alors les marques d'un exercice atypique de la souveraineté.

En Bosnie-Herzégovine, la substitution constituante est la conséquence d'un conflit complexe né au moment de la dislocation de la République socialiste fédérative de Yougoslavie. En effet, le 14 octobre 1991, le Parlement de Bosnie-Herzégovine adopte deux résolutions sur la souveraineté de cette République et son éventuel retrait de la Fédération yougoslave. Suite au succès du référendum du 29 février 1992³⁰¹, est proclamée la République Serbes de Bosnie. Cet événement conduit à l'explosion de la guerre entre les Bosniaques musulmans (44% de la population), les Croates catholiques (17% de la population) et les Serbes orthodoxes (31% de la population)³⁰².

Deux phases de négociations vont se succéder. La première s'appuie sur un instrument diplomatique créé par la Communauté européenne : la conférence internationale pour l'ex-Yougoslavie³⁰³. Par le biais de son président, elle joue le rôle de médiateur mais cette première phase est un échec. Une seconde lui succède, pendant laquelle, un instrument particulier et nouveau se charge de résoudre définitivement le conflit : le Groupe de contact³⁰⁴.

« Organe » *ad hoc* de négociations intergouvernementales, créé le 25 avril 1994 lors de la Conférence de Londres, le Groupe de contact n'est pas une institution. Il a été créé pour éviter toutes les lourdeurs procédurales qui sont le lot de toute organisation de ce type³⁰⁵. Il

³⁰¹ 63% de la population y participe et le oui l'emporte à 99%.

³⁰² Les chiffres sont ceux du dernier recensement de 1991.

³⁰³ Cette conférence se déroule aussi sous l'égide de l'ONU. D'ailleurs son vice-Président représente l'ONU (Cyrus Vance puis Thorvald Stoltenberg).

³⁰⁴ BOIDEVAIX Francine, *Une diplomatie informelle pour l'Europe : le groupe de contact*, Fondation pour les Etudes de Défense, Paris, 1997, 192 p.

³⁰⁵ Le rôle de l'Organisation des Nations unies dans cette mission va souffrir tout d'abord d'un manque de volonté politique des membres permanents du Conseil de sécurité. En effet, la Russie refuse aussi bien tout renforcement des sanctions (la première résolution du Conseil date du 25 septembre 1991 et organise un embargo sur les livraisons d'armes) que toute action militaire occidentale contre les Serbes. Le Royaume Uni et la France redoutent les frappes aériennes et les Etats-Unis privilégient le militaire sur l'humanitaire. Malgré toutes ces contradictions, le Conseil de sécurité vote le 21 février 1992 pour la création d'une force de maintien de la paix (FORPRONU) qui se déploiera en avril. Toutefois, son mandat est insuffisant pour faire face à la situation. Elle ne peut employer la force et elle ne dispose pas de moyens réels afin de s'interposer efficacement. La résolution du 9 octobre interdisant les vols militaires en Bosnie-Herzégovine n'est pas accompagnée des mesures permettant le respect de l'espace aérien de Bosnie-Herzégovine. Les troupes onusiennes sont en situation difficile face aux Serbes de Bosnie. En décembre 1992, ces derniers menacent de représailles les casques bleus, si une résolution autorisant l'usage de la force est votée. En mars

ne dépend pas non plus d'une instance internationale ou de l'Union européenne, malgré la présence permanente de la « *troika* » européenne (France, Allemagne et Royaume-Uni). Il ne relève ni de la Politique étrangère et de sécurité commune, en particulier, ni du traité de Maastricht en général. Il est d'ailleurs en parfaite contradiction avec les cadres institutionnels communautaires.

Le Groupe de contact ne dépend pas non plus du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies, nonobstant la présence de quatre des membres permanents de cette institution. Cette indépendance vis-à-vis des autorités juridiques internationalement reconnues conduit à s'interroger sur sa légitimité. Le Groupe de contact est une structure souple née de l'urgence d'adapter les moyens de négociation à la complexité de la crise en Bosnie-Herzégovine³⁰⁶. L'ensemble des acteurs internationaux tient à lier même formellement le Groupe de contact avec les instances internationales habilitées à agir. Il est associé à la Conférence internationale pour la paix en ex-Yougoslavie³⁰⁷ et ses membres sont l'Allemagne et les quatre Etats occidentaux disposant d'une représentation permanente au Conseil de sécurité³⁰⁸. Cette justification formelle est nécessaire pour ce nouvel organe sans personnalité juridique. Elle doit renforcer sa légitimité politique. Il est une méthode et un instrument de négociation indispensable. Son objectif est d'obtenir l'organisation de réels pourparlers entre les parties bosniennes³⁰⁹. La réalisation de ce dessein exige qu'il coordonne les politiques (entre Européens, entre Américains et Européens et enfin entre Occidentaux et Russes) et travaille sur l'élaboration d'une carte et

1993, le siège de l'enclave bosniaque de Srebrenica par les Serbes de Bosnie aurait dû favoriser le renforcement des sanctions. Mais le Conseil de sécurité craint de mettre en difficulté le Président Eltsine, avant le référendum d'avril, par une quelconque mesure anti-serbe qui serait interprétée par les opposants russes comme un alignement de la politique étrangère russe sur celle des occidentaux. Tous ces éléments empêchent l'ONU et ses instruments d'être efficace dans la résolution du conflit.

³⁰⁶ Le Groupe de contact représente l'un des nouveaux instruments « souple et créatif » (L'agenda pour la paix) nécessaire à la résolution des nouvelles crises. En effet, l'agenda pour la paix préconise une « division du travail » adaptée à chaque cas de crise auquel est confronté la communauté internationale.

³⁰⁷ Ce lien est matérialisé par la nomination dans le cadre de la Conférence de trois "adjoints" au co-président. Ils sont en réalité désignés par leur pays respectif, la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne. Leur mission est de suivre de près les négociations, en équipe avec un représentant russe et un représentant américain.

³⁰⁸ La présence de l'Allemagne se justifiant par son rôle actif dans les travaux précédents de la Conférence.

³⁰⁹ Ceci tout en isolant les Serbes de Bosnie des Serbes de Serbie.

de principes constitutionnels. Ce travail s'exerce à différents niveaux³¹⁰ et dans un minimum de formalisme³¹¹.

Malgré cet instrument atypique et le rapprochement croato-bosniaque favorisé par les Etats-Unis³¹², les négociations générales n'aboutissent pas immédiatement à un résultat satisfaisant. Lorsque les discussions de Dayton débutent le 31 octobre 1995, l'accord a été préparé annexe par annexe par le Groupe de contact et plus particulièrement par les Etats-Unis. Son but est d'organiser un Etat dont le principe sera la reconnaissance de l'égalité constitutionnelle des peuples et des deux entités le composant. Il lui faut de surcroît construire un Etat de compromis entre la séparation, réclamée par les Serbes, et l'unité prônée par les Bosniaques. La détermination des frontières du nouvel Etat reste pour les divers protagonistes l'enjeu réel. Le tracé définitif des limites territoriales est fixé par les Etats-Unis. L'article 2 de l'annexe 2 (« accord sur la ligne de démarcation entre les Entités et questions connexes ») pérennise le *statu quo* : « Les parties ne pourront réajuster la ligne de démarcation entre les Entités que par accord mutuel ».

Les pourparlers organisés à « Dayton » représentent la phase ultime des « proximity talks »³¹³ (entretien de proximité) entamées à partir de mai 1995. « Dayton » est une conférence où toutes les parties sont représentées par leurs dirigeants afin de négocier ouvertement en présence d'un médiateur, le Groupe de contact. Y sont représentés les Yougoslaves³¹⁴, les Serbes de Bosnie³¹⁵ qui ont remis les pleins pouvoirs à S. Milosevic pour négocier en leur nom, les délégations bosniaque³¹⁶ et croate³¹⁷. Au terme de cette

³¹⁰ Trois types de réunions existent (les experts, les directeurs politiques et les ministres des affaires étrangères).

³¹¹ Il n'y a ni secrétariat, ni président, ni procès verbal ou compte rendu. Ainsi la documentation rendant compte du travail du Groupe de Contact est-elle réduite à l'ouvrage de Francine BOIDEVAIX qui a rencontré directement les acteurs principaux de ce groupe.

³¹² Les accords de Washington signés le 1^{er} mars 1994 mettent fin aux affrontements entre Croates et Bosniaques et organisent une Fédération croato-bosniaque, elle-même confédérée à la Croatie.

³¹³ BOIDEVAIX Francine, *Une diplomatie informelle pour l'Europe : le groupe de contact*, op. cit., p. 98.

³¹⁴ La délégation yougoslave se compose du Président (RFY) Slobodan Milosevic, du président du Monténégro (Momir Bulatovic), du ministre des Affaires étrangères (Milan Milutinovic) et de Kris Spirou (Américain), ancien chef du Parti Démocrate dans le New Hampshire.

³¹⁵ Cette délégation se compose de Nicolas Koljevic (universitaire), Momcilo Krajisnik (président du Parlement de la Republika Srpska), Général Zdravko Tolimir, Aleksa Buha (ministre des Affaires étrangères, Jovan zametica (représentant de R. Karadzic).

³¹⁶ Sa composition est la suivante : le Président Izetbegovic, Haris Silajdzic (Premier ministre), Mohammed Sacirbey (ministre des Affaires étrangères) accompagné de trois conseillers étrangers (Richard Perle, ancien Secrétaire adjoint à la Défense de Caspar Weinberger, Douglas Feith, avocat à Washington et le professeur Steinberger, Allemand, expert de droit constitutionnel à l'université de Heidelberg). La délégation bosniaque compte aussi des représentants croates : Kresimir Zubak (président de la Fédération), Jadranko Prlic (vice-Premier ministre de la Fédération et ministre de la Défense qui contrôle le HVO).

rencontre, un accord est trouvé. La Bosnie-Herzégovine est reconnue comme un Etat souverain dans le cadre de ses frontières internationalement admises. Elle se compose de deux entités, la République Srpka (49% du territoire) et la Fédération croato-musulmane (51% du territoire). Cet Etat de Bosnie-Herzégovine et sa constitution résultent donc de la résolution internationale d'un conflit interne internationalisé³¹⁸.

Dans l'ensemble des situations décrites, l'impossibilité de faire primer les règles qui prévalent en droit constitutionnel crée les conditions de l'exercice atypique du pouvoir constituant originaire.

3- L'altération du pouvoir constituant originaire par la prégnance du fait

Dans les conjonctures dans lesquelles apparaissent le transfert du pouvoir constituant originaire, l'exercice du pouvoir constituant originaire est dissocié de tout exercice réel de la souveraineté. Cette altération du pouvoir constituant originaire existe dans la mesure où le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne peut prendre tout son sens constitutionnel (le) **(a)** et que la souveraineté est vidée de son contenu **(b)**.

a - L'impossible interprétation constitutionnelle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un principe essentiel du droit international au même titre que le principe de non-ingérence et de non recours à la guerre. De nombreux textes internationaux en rappellent l'existence. Il est d'abord cité dans la charte des Nations unies. L'article 1§2 en énonce le principe, qu'on retrouve également à l'article 55, tandis que l'article 76 du chapitre XII relatif au régime international de tutelle, en précise le contenu en disposant que : « [...] les fins essentielles du régime de Tutelle sont les suivantes : [...] favoriser le progrès politique, économique et social des populations des territoires sous tutelle, ainsi que le développement de leur instruction ; favoriser également leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes

³¹⁷ Y sont présents, le Président Tudjman, Mate Granic (ministre des Affaires étrangères), Gojko Susak (ministre de la Défense).

³¹⁸ Le conflit s'inscrit au départ dans l'Etat yougoslave, les déclarations d'indépendance de la Croatie et de la Bosnie Herzégovine internationalisent le rapport conflictuel.

ou à l'indépendance, compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, et des aspirations librement exprimées des populations intéressées [...] ».

La résolution 1514³¹⁹ de l'Assemblée générale du 14 décembre 1960 relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, met en évidence le dessein de l'autodétermination. Il s'agit de reconnaître aux peuples le principe de libre administration étatique: « tous les peuples ont un droit inaliénable à la pleine liberté, à l'exercice de leur souveraineté et à l'intégrité de leur territoire nationale ». Ce droit a permis aux peuples colonisés de « déterminer librement leur statut politique [...] ». La résolution 2625³²⁰ a ensuite donné la valeur de cette notion : « le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes constitue une contribution significative au droit international contemporain et que son application effective est de la plus haute importance pour promouvoir les relations amicales entre les Etats fondées sur le respect du principe de l'égalité souveraine »³²¹. Cependant, ces résolutions n'ont qu'une valeur déclaratoire, dans la mesure où elles sont émises par l'Assemblée générale. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes devient effectivement du droit positif par l'entrée en vigueur le 23 mars 1976³²² du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Toutefois, la valeur de cette règle internationale n'est pas encore fixée.

Le 30 juin 1995, la Cour internationale de Justice rend un arrêt relatif au Timor Oriental, opposant l'Australie au Portugal³²³. Le Portugal, en tant que puissance administrant le Timor oriental occupé par l'Indonésie³²⁴, attaque l'Australie ayant signé un accord avec l'Indonésie relatif à l'exploitation de richesses du territoire timorais. Pour le Portugal, l'Australie a, par ce contrat avec l'Indonésie, ignoré notamment le droit *erga omnes* du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même et les droits y attenants. La Cour reconnaît le caractère « essentiel » et opposable *erga omnes* du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sans toutefois reconnaître son appartenance au *jus cogens*. La Cour

³¹⁹ P. -M. DUPUY, *Les grands textes de droit international public*, op. cit., p. 29- 31.

³²⁰ Ibid., p. 32- 41.

³²¹ Ibid., p. 34.

³²² Ce pacte est adopté le 16 décembre 1966.

³²³ THOUVENIN Jean-Marc, « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie) », *AFDI*, 1995, p 328 et s.

³²⁴ Le Portugal ne peut attaquer directement l'Indonésie car celle-ci n'a pas souscrit à la clause de compétence obligatoire de la CIJ.

n'achève pas son argumentation³²⁵. Il faudra attendre dix-sept ans pour obtenir d'autres indices sur la nature juridique de ce droit. En effet, la Commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie précise la valeur exacte du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Bien que la portée de la position de cette Commission soit moindre, elle permet de définir le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il appartient aux règles du *jus cogens*³²⁶. Pour P. M Dupuy, il est un élément de son noyau dur puisqu'il est l'un des corollaires de la protection de la personne humaine³²⁷. Comme le rappelle la résolution 2625, ce droit donne la possibilité aux peuples de « poursuivre leur développement économique, social et culturel », « de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure [et cette première idée exige que] tout Etat [respecte] ce droit conformément aux dispositions de la charte ». En droit constitutionnel, cela s'interprète comme la reconnaissance du libre exercice du pouvoir constituant des peuples. En effet, en faisant référence à l'élaboration libre du statut politique, la résolution 2625 ne fait que traiter du pouvoir constituant. Opposable à tous, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes suppose la reconnaissance de tous les moyens juridiques dont dispose le peuple pour prouver son existence juridique au sein d'un Etat. Ce principe intangible du droit international implique la reconnaissance, par l'ordre international en général et les Etats qui le composent en particulier, du pouvoir constituant originaire en tant que compétence intrinsèquement liée à la souveraineté. Toute substitution d'une autorité internationale au

³²⁵ Dans son arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la Cour internationale de justice rappelle que « le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend. Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties ». Voir <http://www.icj-cij.org/cijwww/cijhome.htm> (décisions/ affaires contentieuses classées par pays/ République démocratique du Congo/ arrêt du 3 février 2006)

³²⁶ La Commission Badinter utilise dans son avis n° 1 (*RGDIP* 1992, p. 264) les termes suivants : « En outre, les normes impératives du droit international général et, en particulier le respect des droits fondamentaux de la personne humaine et des droits des peuples et des minorités, s'imposent à toutes les parties prenantes à la succession ». Ensuite dans son avis n° 9 du 4 juillet 1992 (*RGDIP* 1993, p. 591), elle explique que « la considération dominante en la matière est que la solution retenue doit correspondre à un résultat équitable, les Etats intéressés devant en fixer les modalités par voie d'accords sous réserve du respect des normes impératives du droit international général et en particulier, des droits fondamentaux de la personne humaine et des droits des peuples et des minorités. ».

³²⁷ LEBEN Charles, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le cours général de Pierre-Marie Dupuy [*R.C.A.D.I.*, 2002, tome 297] », *R.G.D.I.P.*, 2005-1, p. 95.

peuple dans l'exercice du pouvoir constituant originaire, correspondrait *a priori* à une altération du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Cette définition constitutionnelle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, appliquée au cas chypriote, allemand japonais et bosnien n'aurait pas permis de sortir de la crise. A Chypre, le dialogue entre les communautés était impossible dans la mesure où chacune aspirait à un avenir politique distinct. Au sortir de la guerre, le système politique allemand et japonais sont en contradiction avec l'idéal démocratique recherché. Et en Bosnie-Herzégovine, une interprétation strict du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes aurait conduit à renforcer le nettoyage ethnique et la guerre entre les communautés. La substitution constituante malgré son implication négative pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, était la moins mauvaise des solutions. D'ailleurs, elle se justifie par l'inexistence des capacités nécessaires à l'exercice de la souveraineté. Toutefois, dès lors qu'elle apparaît, elle implique *a fortiori*, une restriction de la souveraineté, en tant qu'ensemble de capacités juridiques.

b - La limitation *de facto* des compétences de souveraineté

Lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, toutes les compétences relevant de la souveraineté sont logiquement entravées tout au long du processus constituant.

Dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, le Groupe de contact envisage la solution de façon globale. Il inclut l'exercice du pouvoir constituant originaire dans sa méthode de résolution du conflit. Toutes les questions constitutionnelles font parties de l'accord cadre général de Dayton. Il ne s'agit pas de simples principes devant être repris ultérieurement par un corps constituant bosnien, mais d'une constitution prenant la forme de l'annexe 4 du traité. Comme toutes les annexes de cet acte international, la Constitution a été élaborée sur l'initiative du Groupe de contact. Elle est issue de négociations entre les protagonistes locaux et le Groupe de contact mais ces débats n'ont pas eu pour objet principal l'exercice du pouvoir constituant originaire par les Etats-Unis, la « *troika* » européenne ou la Russie. Il s'agissait plutôt d'organiser le partage territorial entre la Fédération croato-bosniaque et

la Republika Srpska, de fixer les conditions de coexistence de ces deux entités dans un même Etat et le cadre de la construction de la paix.

L'expression du pouvoir intervient dans un traité Le recours à la négociation implique un transfert obligatoire de compétences afin que des solutions puissent être proposées. Ce processus se caractérise par de nombreux rapports de force qui ont pour objectif de contraindre les acteurs concernés à consentir aux propositions. Cette méthode diplomatique développe une autre logique que celle du pouvoir constituant originaire. La compétence constitutionnelle doit exprimer la liberté alors que la négociation s'inscrit dans l'abandon de toute réelle autonomie. Les accords de Dayton en général et plus particulièrement la Constitution sont des actes négociés sur la base de l'acceptation du principe même des pourparlers : trouver une solution quelles que soient les contraintes³²⁸.

La procédure constituante internationale de type diplomatique ne donne pas naissance à une constitution comparable à celle élaborée dans un cadre classique. Compromis entre diverses parties, elle ne correspond nullement à l'exercice d'une prérogative nationale. Elle est une nécessité pour mettre un terme à une guerre à des conditions acceptables. Il y a formalisation de la coexistence de trois peuples dans un texte juridique. L'annexe 4 ne s'appuie pas sur une volonté politique populaire. Bien que les peuples aient été, dans une certaine mesure, pris en compte, les critères de cette participation restent flous. Issue d'une procédure non démocratique, elle a pour but d'instaurer les modalités d'une paix qui doit s'appliquer à des peuples qui aspiraient à un avenir dissocié. En somme, elle pose les principes de la réconciliation sans accorder un rôle plus concret aux peuples dont l'avenir démocratique est en cause. Ces défauts constitutionnels ne peuvent primer sur la qualité essentielle de cette constitution : permettre à des populations de vivre dans une structure politique garantissant leurs droits et leur sécurité. Les concepts de souveraineté et de pouvoir constituant originaire sont restreints en raison des impératifs de la réalité.

A Chypre, face à deux communautés aux aspirations politiques divergentes, la Grèce, la Turquie et le Royaume-Uni se sont accordés sur l'exercice d'un pouvoir constituant sans peuple, ni représentants élus. Les accords de Zurich et de Londres signés

³²⁸ PLANTEY Alain, *La négociation internationale au XXI^{ème} siècle*, CNRS Editions, Paris, 2002, 783 p.

le 19 février 1959 créent l'Etat chypriote et arrêtent les éléments clés de sa loi fondamentale. Deux autres traités organisent les rapports entre Chypre et les trois Etats constitutants. Le premier est relatif à la garantie du système. Il lie la Grèce, la Turquie, le Royaume uni et la République de Chypre. Le second organise une alliance entre la République de Chypre, la Grèce et la Turquie.

Dans les cas allemand et japonais, le concept de capitulation sans condition implique la reconstruction de l'Etat selon les exigences des vainqueurs. Il ne s'agit pas de la libération d'un peuple opprimé mais de la victoire sur un Etat menaçant la paix mondiale. Aucun droit de souveraineté ne peut lui être laissé sans un contrôle strict des vainqueurs. Par conséquent, l'exercice du pouvoir constituant originaire s'inscrit dans cette confiscation de la souveraineté. Il n'est pas libre, il est soumis à un encadrement des Alliés. Aucune nouvelle constitution ne pourra intervenir sans le consentement des autorités d'occupation.

La déclaration de Postdam laisse apparaître pour le Japon les premiers indices d'une réforme constitutionnelle. Elle soumet le gouvernement japonais à une obligation démocratique. Le Général Mac Arthur contraint le gouvernement Shidehara en octobre 1945 à créer un Comité d'études des problèmes constitutionnels dont il refuse le projet jugé trop conservateur. Le 1^{er} février 1946, le chef du Commandement Suprême des Puissances Alliées, craignant la dissolution de son organe, prend l'initiative d'élaborer une nouvelle constitution à la lumière de la déclaration de Postdam. Sur le fond, elle devra être suffisamment démocratique et pacifique pour qu'elle soit acceptable par la Commission de l'Extrême Orient³²⁹ et le gouvernement de Washington. Le projet est ensuite déposé à la Diète japonaise avec pour commandement d'exercer leur pouvoir constituant en acceptant les grands principes posés.

En Allemagne, le commandement d'exercer le pouvoir constituant est issu des Conférences de Londres (du 23 février au 6 mars puis du 20 avril au 2 juin 1948) réunissant le Royaume-Uni, les Etats-Unis, la France et les Etats du Benelux. Ainsi le 1^{er} juillet 1948, les gouverneurs militaires occidentaux transmettent à Francfort aux ministres-présidents des 11 *Länder* trois documents contenant les décisions de la Conférence de

³²⁹ La Commission de l'Extrême-Orient est l'organe de contrôle des Alliés sur la politique d'occupation du Japon.

Londres. Le premier exige la réunion d'une assemblée constituante dont la mission est d'établir une constitution démocratique pour un Etat fédéral et dont le travail sera soumis à l'acceptation des occupants puis du peuple (par référendum). Le second autorise les ministres présidents à présenter d'éventuels projets de rectification des frontières des *Länder*. Le troisième limite, par avance, la souveraineté du futur Etat : les occupants conservant le contrôle sur les affaires étrangères, le commerce extérieur, la reconstruction, l'industrie, la décartellisation, le désarmement et une partie de la recherche.

Formellement, le constituant national est introduit dans ces différentes procédures afin d'établir un lien avec la procédure constituante classique qui fait du pouvoir constituant originaire une prérogative nationale. En réalité, le rôle du souverain national n'est pas libre, il est réduit et encadré dans la procédure constituante internationalisé.

PARAGRAPHE II : La compétence liée du constituant national

Après une longue évolution, le droit constitutionnel est passé de la souveraineté constituante autocratique à la souveraineté constituante démocratique. Dans « La puissance de l'Etat »³³⁰, Olivier Beaud décrit la procédure constituante démocratique. Cet auteur estime que lorsque la souveraineté appartient au peuple, l'ensemble du processus constituant doit lui accorder un rôle essentiel. La légitimité de la procédure constituante démocratique est subordonnée à la reconnaissance effective de la souveraineté du peuple.

Lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, les circonstances ne sont pas favorables à la mise en œuvre du pouvoir constituant originaire comme expression de la souveraineté³³¹. L'Etat et le peuple ne sont pas en mesure d'exercer la souveraineté. La constitution à adopter relève de l'autorité d'une entité externe avec une participation encadrée du peuple. Il ne s'agit pas du rôle qui revient au peuple de droit. Son action dans le processus est limitée au cadre fixé par le constituant exogène qui par conséquent, estime nécessaire d'inscrire son action dans une procédure assurant un lien avec le souverain national. C'est-à-dire que l'autorité de fait de l'acteur international n'est pas suffisante pour légitimer la substitution dans une

³³⁰ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 263 et s.

³³¹ C'est ce que nous appellerons le sens classique de la procédure constituante.

prérogative avant tout nationale. En somme, une constitution ne peut exister sans un rapport établi avec le souverain de droit. En ayant recours à la procédure classique, telle que l'a décrite Olivier Beaud, l'autorité constituante externe évite la dénaturation totale du sens et de la portée de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Cependant une telle procédure n'exprime pas la souveraineté du peuple mais elle reconnaît le lien qui doit exister entre la constitution et le peuple. Toutefois, le Souverain national n'agit que dans le cadre d'une compétence liée. Ainsi dès l'initiative de la procédure, le constituant national voit son action limitée **(B)** contrairement à ce que décrit Olivier Beaud dans la phase pré-constituante **(A)**.

A- Le sens classique de la phase pré-constituante : encadrer le pouvoir constituant originaire sans l'entraver

Olivier Beaud caractérise la phase pré-constituante par sa nature provisoire³³². Elle n'est que le cadre de la préparation d'une décision constituante. Elle est le lieu de la détermination par des instances pré-constituantes des actes pré-constituants. Cette première étape met en évidence la volonté politique de mettre en œuvre une nouvelle constitution. Par la pré-constitution, la procédure est initiée puis le processus constituant est fixé. Elle implique deux types de décision, celles à l'origine de la procédure, et celles attribuant le pouvoir constituant à une autorité particulière devant respecter des règles préalablement déterminées.

La décision initiant la procédure peut être simple ou complexe. Lorsqu'elle est simple, qu'elle soit de type parlementaire en émanant d'une assemblée constituante ou de type autocratique comme privilège d'un groupe ou d'une personne, la décision sur l'opportunité d'élaborer une constitution se « ramène [alors] à la seule et unique décision qui tranche la question du principe de l'élaboration d'une nouvelle constitution »³³³. Elle peut également avoir une nature plus complexe, lorsqu'elle « combine deux décisions successives »³³⁴ : la première consiste à proposer l'élaboration d'une nouvelle constitution et la deuxième constitue la décision d'ouvrir une procédure constituante.

³³² BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 263 et s.

³³³ Ibid., p. 267.

³³⁴ Ibid., p. 269.

Une fois la volonté de recourir à une nouvelle constitution parfaitement affirmée, la pré-constitution précise les limites matérielles et organiques de l'adoption du texte et fixe la procédure de sanction définitive de la loi fondamentale. Par une décision attributive du pouvoir constituant, les différents organes et procédures sont définis : l'autorité de rédaction, les instances décisionnelles qui trancheront sur le projet et non la constitution, la réglementation des discussions et d'adoption de ce projet, la détermination des instances consultatives et le choix de l'instance constituante définitive qui adopte la constitution.

Cette première étape se fonde sur l'idée d'encadrement du pouvoir constituant jusqu'à la sanction définitive. Les instances constitutionnelles qui élaboreront le texte devront s'y conformer car elles tiennent leur existence de la pré-constitution qui leur donne un titre pour agir. Le projet peut cependant se départir des recommandations pré-constituantes : il n'existe pas en principe de contrôle pré-constituant. Seuls sont envisageables des organes constituants obligatoires dont les avis sont consultatifs. En effet, insérer un tel outil équivaldrait à ne pas accorder la réelle primauté constituante au Souverain. Or, la souveraineté s'exprime concrètement au moment du consentement final qui vient parfaire l'acte constituant. Il n'est donc pas possible de subordonner l'instance constituante définitive au respect scrupuleux des règles préalablement fixées pour l'organe décisionnel pré-constituant. En raison de l'inaliénabilité du pouvoir constituant, la pré-constitution trouve ses propres limites. Lorsque le pouvoir constituant s'exprime, il doit être libre de toute contrainte interne et *a fortiori* externe.

B- La phase pré-constituante au cours de la substitution constituante : la suppression de la liberté des instances constituantes nationales

La substitution constituante intègre bien la phase pré-constituante mais puisque l'Etat ne dispose pas de sa souveraineté, elle a une toute autre fin. Elle a pour but, en l'occurrence, d'encadrer et limiter substantiellement le pouvoir constituant dans son unité, de l'intervalle pré-constituant à la décision constituante définitive. Ainsi la phase pré-constituante dans son ensemble exclut toute intervention décisive du constituant national. Sa présence est formelle, les décisions pré-constituantes externes lient les instances constituantes composées de représentants nationaux. Ceux-ci sont soumis à un strict

contrôle avant la sanction constituante³³⁵. En 1945, les Alliés maîtres de la souveraineté de l'Allemagne et du Japon décident de laisser les peuples occupés exercer le pouvoir constituant. Mais ils le font à la seule condition que le résultat constituant leur convienne. La définition de toute nouvelle constitution requiert le consentement de l'autorité occupante.

Cet exercice du pouvoir constituant fait implicitement partie de la politique mondiale d'après guerre fixée dès la charte de l'Atlantique signée par Roosevelt et Churchill le 14 août 1941. La charte prévoit notamment d'assurer la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Toutefois, l'effectivité de ce principe dans le cadre de l'occupation des territoires vaincus est forcément relative. La liberté nécessaire à l'exercice du droit d'autodétermination est absente. Le droit des peuples à disposer d'eux-même s'exprimera dans les limites fixées par les autorités occupantes. La conférence de Postdam (du 17 juillet au 2 août 1945) est la dernière à annoncer, avant la fin de la guerre, le rôle du pouvoir constituant dans la politique d'occupation qui va suivre.

Pour l'Allemagne, cette rencontre entre les Alliés définit les principes d'une politique commune. Cet Etat vaincu sera démilitarisé, dénazifié, décentralisé et démocratisé. Pour concrétiser ces directives, deux organes sont mis sur pied pour prendre les décisions communes entre les quatre zones allemandes fixées définitivement à Yalta (du 4 au 11 février 1945)³³⁶. Le Conseil de contrôle composé des quatre commandants en chef des différentes zones se réunit à Berlin et les conférences des quatre ministres des Affaires étrangères travaillent à l'élaboration des futurs traités de paix. Toutefois, Russes et Occidentaux s'opposent très vite dans ces deux institutions. Le retour à la démocratie ne se fait pas de la même façon dans la trizone occidentale et dans la zone soviétique. L'analyse se limite à la procédure constituante de laquelle est issue la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne qui est aujourd'hui celle de l'Allemagne réunifiée.

Pour le Japon, la déclaration de Postdam fixe l'objectif de l'instauration d'une démocratie. Or dans cet Etat, jusqu'à cette date, le système constitutionnel est fondé sur le rejet de toute souveraineté populaire. L'unique souverain est le *Tennô*. Il est le seul

³³⁵ Cependant le cas chypriote, le contrôle et la sanction constituante se confondent. Voir *infra*.

³³⁶ La Conférence de Téhéran (28/11 au 01/12/1943) entre les Etats-Unis, le Royaume Uni et l'URSS envisage déjà le démembrement de l'Allemagne. L'idée est ensuite concrétisée par la commission consultative européenne à Londres en 1944.

compétent à accorder une constitution à ces sujets. En 1889, l'Empereur octroie une constitution moderne³³⁷ au Japon qui dispose dans son préambule : « Lorsque dans l'avenir, il sera nécessaire d'apporter des modifications à une quelconque disposition de la présente constitution, Nous et Nos seuls successeurs pourront disposer du droit d'initiative et soumettre un projet en conséquence à la Diète impériale. La Diète impériale devra la voter en respectant les conditions fixées dans la présente constitution [article 73], et en aucun cas, Nos descendants ou Nos sujets ne pourront porter atteinte à ces dispositions³³⁸ ». Le système de 1889 organise une monarchie absolue incompatible à l'instauration de la démocratie qu'exige la déclaration de Postdam. La déclaration de Postdam implique donc une réforme constitutionnelle.

En Allemagne comme au Japon, la phase pré-constituante est indispensable. D'une part, à partir de juin 1946, le fondement de l'occupation en Allemagne change, passant de l'idée de punition à celle de coopération. Les différents partenaires européens, après la création de la bizonie³³⁹ et l'organisation du plan Marshall, s'entendent sur la création d'un Etat d'Allemagne de l'Ouest. D'autre part, au Japon, la définition du rôle du pouvoir constituant originaire est tout aussi nécessaire car cet Etat n'a jamais connu de constitution démocratique de toute son histoire politique. De surcroît, le maintien de la Maison impériale est la condition *sine qua non* de la reddition japonaise. Cette réticence japonaise à considérer le *Tennô* comme un obstacle à la démocratisation du régime, entraîne une phase pré-constituante excluant tout rôle pertinent aux autorités japonaises. Le Général Mac-Arthur est le maître de la procédure (1). En revanche, la volonté de coopération des Alliés va induire en Allemagne une collaboration hiérarchisée dès le stade de la pré-constitution (2).

³³⁷ Pour l'histoire constitutionnelle japonaise, voir LAVELLE Pierre, *La pensée politique du Japon contemporain*, PUF, Que sais-je ? , Paris, 1990, 128 p ; MOITRY Jean-Hubert, *Le droit japonais*, PUF, Que sais-je ? , Paris, 1988, 125 p.

³³⁸ Traduit par nous, « When in the future it may become necessary to amend any of the provisions of the present constitution, We or Our successors shall assume the initiative right, and submit a project for the same to the Imperial Diet. The Imperial Diet shall pass its vote upon it, according to the conditions imposed by the present constitution, and in no otherwise shall Our descendants or Our subject be permitted to attempt any alteration thereof ».

³³⁹ Comme l'administration quadripartite ne fonctionne pas, les Etats-Unis et la Grande-Bretagne vont fusionner leurs territoires d'occupation en 1947 pour donner naissance à la Bizonie.

1- L'exclusion des autorités japonaises de la procédure pré-constituante

Avant que ne puisse être publié le projet de révision constitutionnelle, le 6 mars 1946, il fallait déterminer les implications exactes des exigences constitutionnelles de la déclaration de Postdam associées au maintien de principe de l'Empereur. En effet, au sein de la Commission de l'Extrême-Orient, organe suprême de contrôle de la politique d'occupation japonaise, les avis sont divergents. L'U.R.S.S, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les Philippines sont favorables à l'abolition du régime *Tennô* et à la désignation de celui-ci comme criminel de guerre. En revanche, les Etats-Unis et le Royaume-Uni ne sont pas opposés au maintien d'un empereur une fois celui-ci dépourvu de tout pouvoir politique.

En ce qui concerne les Japonais, même après la défaite, le fait monarchique est un sentiment national réel : 90% des Japonais sont pour la conservation du régime organisé autour du *Tennô*³⁴⁰. En effet, le constitutionnalisme japonais prenait jusqu'alors sa source dans la personne impériale. L'Empereur se caractérisait par sa filiation divine, il personnifiait la loi et l'Etat. Son investiture étant divine, il n'avait aucun mandat populaire. Les membres de la Diète impériale étaient pour la plupart nommés et les rares membres élus de la Chambre des représentants étaient issus d'un suffrage censitaire extrêmement restreint. Toutefois, le *Tennô* dont le maintien était la condition de la capitulation a renoncé à son caractère divin dès le 1^{er} janvier 1946³⁴¹. En vérité, seuls les conservateurs sont attachés à la restauration du strict régime impérial.

Sur le sol japonais, le pouvoir appartient au Commandement Suprême des Puissances Alliées. Son chef, le Général Mac Arthur, demande, en octobre 1945, au Premier ministre Shidehara d'entamer une procédure pour l'adoption d'une nouvelle constitution. C'est au sein de ce gouvernement qu'est créé un Comité d'étude des problèmes constitutionnels. Le projet qui en ressort, est très conservateur. Il conserve les grandes lignes de la constitution de 1889. Il est rejeté par le Commandement Suprême des Puissances Alliées qui joue en l'occurrence le rôle d'organe de contrôle constituant incontournable. Celui-ci se transforme

³⁴⁰ FUKASE Tadakkazu, HIGUCHI Yoichi, *Le Constitutionnalisme et ses problèmes au Japon. Une approche comparative*, PUF, Paris, 1984, p. 72.

³⁴¹ Il déclare : « Les liens qui existent entre notre peuple et nous n'ont plus rien à voir avec les mythes et les légendes. Cette confiance et cette affection sont étrangères aux croyances erronées suivant lesquelles l'Empereur est de nature divine ou qui prétendent que le peuple japonais est supérieur à toutes les autres races et destiné à régner sur le monde entier. ».

alors en organe de pré-constitution. Il pose les quatre principes de base de la future constitution : l'Empereur symbole, la souveraineté populaire, l'interdiction du recours à la guerre et la promotion des droits individuels corollaire de l'abandon des privilèges nobiliaires. C'est en se fondant sur ces règles, que le Grand quartier Général de Mac Arthur rédige en tant qu'organe pré-constituant décisionnel, un projet qui sera imposé au gouvernement japonais.

Face à la circonspection du gouvernement japonais devant le projet Allié ultra libéral, l'administration occidentale adopte une attitude radicale. Elle utilise le seul moyen de pression susceptible de décider les conservateurs : la menace de présenter directement au peuple japonais le choix entre un texte ultra-traditionaliste et une constitution démocratique. Le gouvernement finit par céder et apporte des retouches minimales au projet de Mac-Arthur³⁴². Finalement, c'est en tant que projet gouvernemental de révision constitutionnelle, qu'il est publié le 6 mars 1946.

Le choix du terme de révision est à débattre. En effet, si l'on se réfère à l'alinéa 5 du préambule de la constitution de 1889³⁴³, la procédure n'est pas respectée. Seul l'Empereur dispose du droit d'initier une révision et de proposer un projet de réforme. Or après la défaite, il est dépossédé de ses droits. C'est le Commandement Suprême des Puissances Alliées par l'intermédiaire du gouvernement qui a initié puis élaboré le projet. De ce simple point de vue, ce texte ne peut être considéré comme une simple révision. Nous ne sommes nullement en présence de l'exercice du pouvoir constituant dérivé mais de celui du pouvoir constituant originaire. De surcroît, le texte publié se fonde sur un principe totalement inverse à celui de la constitution qu'il est censé amender. En instaurant un principe de souveraineté populaire, le projet est anticonstitutionnel. Cette révolution correspond à la phase « dé-constituante »³⁴⁴ de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Certes, le projet de révision n'est pas conforme à l'ordre ancien. Mais, en raison de la nature duale du pouvoir constituant, ce projet acquiert sa légalité dans sa destination juridique: la création d'un ordre juridique japonais nouveau.

³⁴² Voir HELLEGERS Dale M., *We, the Japanese people, World war II the origins of the Japanese constitution*, Volume two, Tokyo, Stanford University Press, Stanford, California, 2001, p. 673 et s.

³⁴³ « Lorsque dans l'avenir, il sera nécessaire d'apporter des modifications à une quelconque disposition de la présente constitution, Nous et Nos seuls successeurs pourront disposer du droit d'initiative et soumettre un projet en conséquence à la Diète impériale. La Diète impériale devra la voter en respectant les conditions fixées dans la présente constitution [article 73], et en aucun cas, Nos descendants ou Nos sujets ne pourront porter atteinte à ces dispositions ».

³⁴⁴ Terme utilisé par BEAUD Olivier in *La puissance de l'Etat*, op. cit.

En Allemagne, la phase pré-constituante est également sous le contrôle des Alliés. Mais elle se fonde sur une plus grande collaboration. La pré-constitution est déterminée par les autorités occupantes qui la soumettent à un avis consultatif des ministres-présidents des *Länder*.

2 - La pré-constitution alliée soumise à un avis consultatif des ministres présidents de *Länder*

C'est en tant qu'instance pré-constituante que la conférence des six (les trois alliés occidentaux et les Etats du Benelux) prend la décision d'initiative constituante. Elle reconnaît « qu'il [est] indispensable de donner au peuple allemand la possibilité de parvenir, dans le cadre d'une forme de gouvernement libre et démocratique, au rétablissement ultime de son unité aujourd'hui déchirée. La constitution [doit] contenir les dispositions qui [donneront] aux Allemands la faculté de mettre fin à la division actuelle de leur pays, non pas en réédifiant un *Reich* centralisé mais en adoptant une forme fédérale de gouvernement susceptible de sauvegarder de manière suffisante les droits des différents états tout en prévoyant une autorité centrale suffisante »³⁴⁵. Finalement la pré-constitution allemande prend la forme de trois documents³⁴⁶ remis à Francfort par les gouverneurs militaires occidentaux aux ministres-présidents des 11 *Länder* le 01/07/1948.

Le document n° 1³⁴⁷, en « autoris[ant] les ministres-présidents [...] à réunir au plus tard le 1^{er} septembre 1948 une assemblée constituante », exprime la volonté des Alliés de consacrer à une nouvelle constitution. Cette volonté étrangère abroge définitivement l'ordre constitutionnel précédent. Ce document comporte également la décision attributive du pouvoir constituant. Il détermine tout d'abord les critères de nomination au sein de l'Assemblée constituante : « les délégués à cette assemblée seront choisis dans chaque Etat existant *selon la procédure et les règles adoptées par le Corps législatif de chacun de ces Etats*. Le nombre total des délégués à l'Assemblée constituante sera obtenu en divisant le total de la population [...] par 750000 ou *par tout autre nombre analogue qui pourra être*

³⁴⁵ Cité in PIETRI Nicole, *L'Allemagne de l'Ouest (1945-1969), Naissance et développement d'une démocratie*, SEDES, Paris, 1987, p. 58.

³⁴⁶ Voir *supra* pour le document n°2.

³⁴⁷ ROTSCCHILD Claude, *Le rôle du SPD dans l'élaboration de la Loi fondamentale*, Mémoire, Sciences politiques, Paris, 1970, p. 132.

recommandé par les ministres-présidents et approuvé par les Commandants en chef. Le nombre des délégués de chaque Etat par rapport au nombre total des membres de l'Assemblée constituante sera en proportion égale au chiffre de sa population par rapport à la population totale des Etats participants ».

Puis, l'acte attributif du pouvoir constituant fixe les principes indispensables que devra comporter le projet de constitution : « un projet démocratique », « une structure gouvernementale de type fédéral », « la garantie des droits des Etats participants », « une autorité centrale suffisante » et « la garantie pour les libertés et les droits individuels ». Ce document donne aux Commandants en chef un pouvoir de contrôle. En effet, l'acte d'initiative constituante ne sera soumis à ratification que si les Commandants en chef l'y autorisent. Et ils ne pourront le faire que « si la constitution, telle qu'elle est préparée par l'Assemblée constituante n'est pas en opposition avec [les] principes généraux [préalablement fixés]»³⁴⁸.

Cette pré-constitution s'achève en déterminant « les autorités dotées du pouvoir ultime de décision »³⁴⁹. Une fois l'Assemblée constituante dissoute, l'acte d'initiative constituante sera soumis à une double ratification. « Les Etats participants ratifieront la constitution après que, dans chacun d'entre eux, la majorité simple des votants se sera prononcée par voie de référendum, *selon les règles et la procédure qu'il aura adoptées*. Lorsque la constitution aura été ratifiée par deux tiers des Etats, elle entrera en vigueur et sera obligatoire pour tous les Etats »³⁵⁰.

Le document n° 3 complète la décision attributive du pouvoir constituant dans la mesure où il pose les limites de l'action de l'Assemblée constituante. En effet, cette procédure est marquée par l'occupation qui suppose que l'Allemagne ne dispose plus de sa pleine souveraineté. Ainsi, ce dernier document prévoit d'édicter un statut d'occupation relatif aux rapports du futur gouvernement allemand avec l'occupant. Il précise l'étendue des droits réservés qui restent soumis au contrôle des Alliés. Ainsi, l'Assemblée constituante ne pourra pas débattre des affaires étrangères et de la politique économique.

³⁴⁸ Document n°1 In ROTSCCHILD Claude, *Le rôle du SPD dans l'élaboration de la Loi fondamentale*, ibid.

³⁴⁹ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 272.

³⁵⁰ Document n° 1 in ROTSCCHILD Claude, *Le rôle du SPD dans l'élaboration de la Loi fondamentale*, ibid.

En fait, la décision d'initiative pré-constituante, nécessite l'intervention des ministres-présidents puisque certains éléments de la procédure doivent être précisés par les *Länder* : la procédure et les règles de nomination des délégués à l'Assemblée constituante, la modification du nombre par lequel la population des *Länder* doit être divisée pour obtenir le quotient de délégués par *Land*, les règles et procédures pour l'organisation du référendum constituant. Ainsi, lorsque ces documents sont remis aux ministres-présidents, ils se réunissent à Coblenz du 8 au 10 juillet 1948 pour adopter une position commune.

Pour les ministres-présidents, la pré-constitution n'a pas lieu d'être pour trois raisons principales : l'Allemagne est divisée, elle a perdu sa souveraineté et il n'y a pas de peuple ouest-allemand. De surcroît, les conditions fixées par l'instance pré-constituante occidentale limitent la souveraineté constituante. Aussi, le SPD estime-t-il qu'il est impossible de créer un véritable Etat. Or s'il n'y a pas d'Etat, on ne peut parler de constitution, ni d'Assemblée constituante. Les ministres-présidents choisissent donc l'alternative suivante, pour un fragment d'Etat allemand provisoire, les terminologies adéquates à adopter sont celles d'un Conseil parlementaire (en tant qu'appareil administratif) élu par les *Landtage* (parlements des *Länder*) et une *Grundgesetz* (Loi fondamentale). Ils refusent en réalité de donner un caractère définitif à la future constitution. Pour eux, seul le peuple allemand dans son ensemble peut donner une constitution définitive à l'Allemagne. Par conséquent, ils refusent l'idée d'une ratification référendaire qui accorderait au texte une réelle sanction constituante. Ils préconisent plutôt une adoption du texte par une instance constituante moins solennelle, les *Landtage* .

Ainsi la pré-constitution sera modifiée en ces termes: la Loi fondamentale valant constitution provisoire sera élaborée par un Conseil parlementaire formant une Assemblée constituante et leur projet sera soumis à la simple ratification des *Landtage*. Toutefois, les instances alliées n'étaient nullement liées par les propositions de Coblenz. D'ailleurs, lors de la rencontre de Francfort, réunissant le 26 juillet 1948 les ministres-présidents et les Gouverneurs militaires après les débats de Coblenz, les représentants allemands admettent qu'ils sont prêts à accepter le référendum populaire au cas où les gouvernements Alliés rejetteraient leurs objections.

Avant la phase constituante, un comité de rédaction *ad hoc* (non prévu par la pré-constitution) s'organise lors de la convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee (du 10 au

23 août 1948). Les délégués des *Länder* et des experts y élaborent un projet de 149 articles qui sera la base de travail du Conseil parlementaire.

En Allemagne comme au Japon, au cours de cette première phase d'initiative constituante, le constituant exogène a joué un rôle prépondérant. Celui-ci poursuit son adaptation de la procédure constitutionnelle en s'assurant que la pré-constitution dessinée par lui soit strictement respectée par le constituant national. La phase constituante, à proprement dit, perdra elle aussi son sens propre.

SECTION II : La constitutionnalisation d'un commandement

Au moment de la phase constituante, la primauté du constituant exogène se pérennise. Après la définition de la pré-constitution obligatoire pour l'instance constituante, le constituant exogène joue un rôle tout aussi prépondérant dans la décision constituante définitive. Or, « Seul est souverain, titulaire du pouvoir constituant, celui qui détient le pouvoir de sanction constituante »³⁵¹. Le souverain doit disposer d'une réelle liberté pour trancher sur l'avenir du projet constituant dans l'ordre juridique.

La substitution du souverain par le constituant exogène fait de ce dernier le réel acteur de la sanction constituante définitive. Il a recours à différentes formes pour faire primer sa volonté (**Paragraphe I**). Mais quelle que soit la méthode choisie, le constituant exogène requiert un consentement du souverain à l'acte constituant. Or, celui-ci n'est pas dans les conditions d'une réelle autonomie. Son consentement est dépourvu de réelle portée constituante. Lorsqu'il y a substitution constituante la sanction constituante par le Souverain reste formelle (**Paragraphe II**).

³⁵¹ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 277.

PARAGRAPHE I : Les méthodes de substitution constituante

Le constituant exogène peut inscrire son action dans un respect des instruments classiques de la procédure constituante. La constitution est alors adoptée par une instance constituante nationale. L'accomplissement de sa mission est soumis au contrôle du constituant exogène. Cette autorité externe par le rôle essentiel qu'elle joue dans la sanction constituante constitue à part entière un autre organe constituant. La phase constituante se caractérise par un dédoublement des instances constituantes **(A)**.

La substitution constituante peut aussi recourir à un instrument particulier dans une procédure constituante : le traité. Cet acte de droit international devient la norme contenant la constitution ou bien il définit les principes constitutionnels fondamentaux et limite la norme fondamentale à un simple acte de transposition. **(B)**.

A- Le dédoublement des instances constituantes

Malgré des circonstances empêchant l'expression de la souveraineté de l'Etat, la substitution constituante s'organise autour du principe de la souveraineté du constituant national. Elle s'inscrit dans le cadre classique de la phase constituante **(1)**. Toutefois, le rôle accordé au peuple dans un transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale ne peut avoir la même portée. La procédure constituante est dénaturée lorsque le souverain est supplanté dans ses droits de constituant. Bien que les instances constituantes décisionnelles soient composées de nationaux, elles sont soumises à une tutelle du constituant exogène **(2)**. La phase constituante, lieu d'expression de la souveraineté perd son importance démocratique, puisque y intervient de façon ultime l'initiateur externe de la procédure **(3)**.

1- Les caractères classiques de la phase constituante³⁵²

La phase pré-constituante, en entérinant la volonté d'élaborer une nouvelle constitution touche à la nature « dé-constituante » du pouvoir constituant originaire. C'est-à-dire qu'elle consacre l'abolition de l'ancien ordre juridique en décidant d'initier une nouvelle procédure constituante. En revanche, le stade constituant aborde la construction d'une nouvelle légalité. Il s'agit du moment « re-constituant »³⁵³. Les autorités compétentes, par le recours au pouvoir constituant originaire, se donnent les moyens d'établir une nouvelle constitution. Ce moment de rétablissement constituant s'appuie sur trois types de décisions.

Ces différents actes se distinguent les uns des autres selon leur caractère définitif ou provisoire. Les actes d'initiative constituante sont pris à chaque avancée du projet constituant. Les actes d'adoption constituante statuent de manière non définitive sur le texte et sont soumis à une décision définitive de ratification, la sanction constituante. Ces divers actes sont pris par des instances constituantes dont la nature varie selon leur pouvoir effectif sur l'entrée en vigueur de la constitution. Les instances constituantes décisionnelles définissent la forme et le contenu du projet constituant. Leurs décisions ne sont pas irrévocables. Les instances constituantes consultatives émettent des avis obligatoires qui ne lient nullement leurs destinataires. Seule l'instance constituante peut prendre une décision mettant un terme à la procédure. Elle est l'expression intrinsèque à la fois du pouvoir constituant et de la souveraineté.

Toutes ces opérations menant à l'émergence de la norme constitutionnelle expriment la souveraineté. D'ailleurs, pour Olivier Beaud, toutes les instances constituantes se distinguent en fonction de leur capacité à entériner effectivement l'acte juridique fondateur du nouvel ordre. Le cœur de la procédure est celui de la ratification. C'est le moment où le souverain exerce son pouvoir de statuer sur ce que sera la base de l'ordonnement juridique interne. Deux choix s'offrent dans la conception démocratique de la phase constituante : la sanction parlementaire ou la sanction populaire. La sanction par l'intermédiaire de représentants se fonde sur la présomption d'identité entre le peuple et ses mandataires. Elle consiste à reléguer la souveraineté du peuple à une simple fonction

³⁵² Ibid., p. 263 et s.

³⁵³ Ibid., 512 p.

de légitimation. La constitution ainsi obtenue au nom du peuple est valide sans être un acte parfait car s'il ne devait exister qu'un seul moment pour le peuple d'exprimer sa souveraineté constituante ce serait la sanction constituante. En tant que corps non organisé³⁵⁴, « le peuple souverain est à la merci de ses représentants »³⁵⁵. Or, « la souveraineté constituante du peuple réside dans la détention et l'exercice [...] de la prérogative d'accorder sa sanction à l'acte constitutionnel proposé à sa ratification ».³⁵⁶

Lorsqu'il y a transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale, substituer la sanction populaire à une ratification parlementaire permet de mieux contrôler le résultat constituant à obtenir³⁵⁷.

2- La compétence réduite des instances constituantes décisionnelles légitimes

Le choix d'un comité d'experts nommés est tout aussi possible dans la procédure constituante classique. Tel fut l'option choisie pour l'élaboration de la constitution de la V^{ème} République. Dans le cadre de la substitution constituante, les constitutions chypriote (1960) et bosnienne sont l'œuvre d'experts et non d'une assemblée constituante en tant que telle. En conséquence, les cas allemand et japonais se distinguent par la volonté des Alliés d'assurer une légitimité plus substantielle aux constitutions malgré l'occupation. Puisque l'objectif est de construire la paix, les autorités occupantes mettent tout en œuvre pour garantir la pérennité de l'œuvre constituante et pour renforcer sa légitimité. Or, celle-ci requiert la participation et l'adhésion des citoyens. L'intégration de ces derniers dans la procédure constituante par l'élection de l'Assemblée constituante implique la délégation du pouvoir constituant du peuple à ses représentants. Le choix d'un Conseil parlementaire ou d'une diète élu(e) consiste à créer une assemblée constituante issue du suffrage libre, universel et égal donc liée à la souveraineté populaire. Ainsi malgré l'absence d'un référendum en guise de sanction constituante, le principe démocratique est en apparence respecté. Outre la simple participation, les règles démocratiques requièrent au moment de l'élaboration de la Loi fondamentale, la liberté et l'autonomie.

³⁵⁴ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 218.

³⁵⁵ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 284.

³⁵⁶ Ibid., p. 290.

³⁵⁷ Il plus facile de contrôler un organe défini qu'un peuple qui est par sa nature désorganisé et imprévisible.

Le Conseil parlementaire allemand se compose de soixante cinq députés³⁵⁸ élus par les *Landtage* sur la base d'un délégué pour 750000 habitants. Il siège à Bonn du 1^{er} septembre 1948 au 8 mai 1949. Il comprend sept commissions. Les trois commissions techniques préparent des textes sur des points précis. Les comités de coordination ont en charge de faciliter les compromis entre groupes politiques. Les questions fondamentales sont soumises à débat dans le cadre d'une commission principale qui adopte les décisions préliminaires. Il s'agit pour elle de regrouper les propositions des commissions techniques sous forme de projets qu'elle soumet ensuite aux réunions plénières.

Quant à la Diète Constituante japonaise, elle se réunit du 25 juin 1946 au 6 octobre 1946. Elle se compose d'une Chambre des Députés élue et d'une Chambre des pairs composée de membres de la famille impériale, de la noblesse et d'individus nommés par l'Empereur³⁵⁹. Dans chacune des chambres est mis en place une commission de révision dont le travail est ensuite soumis à l'assemblée plénière. Et entre ces deux chambres s'organise une navette. La conformité de la procédure constituante à l'article 73³⁶⁰ de la Constitution de 1889 se limite au choix de la Diète impériale comme instance constituante décisionnelle dont les décisions ne sont valides qu'à une double condition. Les chambres ne peuvent délibérer que si au moins deux-tiers de la totalité de leurs membres sont présents et leurs actes ne peuvent passer dans le droit positif que s'ils sont pris à la majorité des deux tiers des membres présents.

Certes, la Diète impériale dispose d'une légitimité par sa désignation. Mais son action est soumise à un contrôle strict de la puissance constituante de l'autorité occupante. En agissant de la sorte, l'autorité occupante se fait constituante et affaiblit la portée de l'acquis démocratique de l'élection de la Diète. En effet, celle-ci doit soumettre ses actes d'initiative constituante à un avis conforme de l'organe consultatif que forme le constituant exogène.

³⁵⁸ Dont 27 du CDU/CSU, 27 du SPD, 5 du FDP, 2 du Zentrum, 2 du Deutsche Partei et 2 du KPD.

³⁵⁹ Article 34 de la constitution de 1889.

³⁶⁰ Traduit par nous, « when it has become necessary in the future to amend the provisions of the present constitution, a project to the effect shall be submitted to the Imperial Diet by Imperial Order. (2) In the above case, neither House can open the debate, unless not less two-thirds of the whole number of Members are present, and no amendment can be passed, unless a majority of not less than two-thirds of the Members present is obtained ».

Ainsi tout le long de la procédure constituante au Japon, le Commandement Suprême des Puissances Alliées et la Commission de l'Extrême-Orient veillent à l'action constituante de la Diète. Le projet élaboré par leur soin ne doit pas subir de modifications substantielles. La Diète impériale est limitée dans sa fonction constituante. C'est dans ce contexte de surveillance que le 6 octobre 1946, la Chambre des députés et la Chambre des pairs adoptent le projet à une majorité écrasante dans chacune des assemblées³⁶¹. En Allemagne, l'action de contrôle constituant est plus probante qu'au Japon. Les Gouverneurs militaires agissent directement alors que le Commandement Suprême des Puissances Alliées agit globalement par l'intermédiaire du gouvernement japonais, de l'Empereur et de son Conseil privé.

En Allemagne, les Gouverneurs militaires disposent d'un pouvoir d'intervention directe dans les travaux du Conseil parlementaire. Ils ont également la compétence pour mettre un terme au travail constituant. S'ils refusent les propositions du Conseil parlementaire, celui-ci doit poursuivre la procédure. Les actes d'initiatives constituantes n'acquièrent leur valeur qu'après le consentement des Gouverneurs militaires³⁶². Le 22 novembre 1948, les Gouverneurs militaires s'immiscent une première fois dans la procédure. Ils émettent des réserves en ce qui concerne la constitution financière, le système bicaméral et la juridiction constitutionnelle. S'en est suivie une crise politique au sein du Conseil parlementaire. En effet, le Président de la Chambre constituante, Konrad Adenauer, prend l'initiative de demander aux Gouverneurs militaires leurs préférences au sujet de la seconde chambre. Les représentants du SPD, du FDP et du *Zentrum* lui reprochent de tenter d'anéantir totalement la seule marge de manœuvre qu'il restait encore aux représentants allemands. Cependant, cette part de liberté politique était factice puisque toute idée devait *in fine* être soumise avec l'ensemble de l'initiative constituante à l'approbation incontournable des Alliés³⁶³.

Les partis politiques aboutissent malgré tout, le 11 février 1949, à une conciliation et transmettent aux Gouverneurs militaires l'exposé des motifs résultant des divers compromis. Le projet du Conseil parlementaire est rejeté par le mémorandum allié du 2 mars 1949. En se fondant sur les prescriptions du document n°1, les Gouverneurs estiment

³⁶¹ La Chambre basse adopte le projet avec 424 voix sur 429 votes. A la Chambre haute, le texte est accepté presque unanimement (avec seulement 4 voix contre).

³⁶² Voir *supra* en ce qui concerne l'analyse du Document n°1 de la pré-constitution.

³⁶³ Voir *supra* en ce qui concerne l'analyse du Document n°1 de la pré-constitution.

que la participation des Etats à la structure fédérale n'est pas suffisante. Ils réclament une meilleure répartition des compétences législatives entre *Bund* et *Länder* et l'accroissement des pouvoirs financiers des *Länder*. En agissant de la sorte, les Alliés atténuent la fonction de l'Assemblée constituante en ce qui concerne la décision définitive et précisent leur propre rôle dans la procédure constituante. Les Alliés exercent le pouvoir constituant originaire au même titre (certes usurpé) que le Conseil parlementaire élu. Ils forment ensemble un « binôme » constituant.

3- L'atténuation de la sanction démocratique

Une fois fixé, le projet définitif de l'instance constituante décisionnelle ne devient acte constitutionnel qu'avec la sanction du souverain. La dernière phase est essentielle pour la détermination du souverain dans un ordre constitutionnel. Au Japon, la proposition de la Diète constituante est soumise à l'approbation du Conseil privé avant la promulgation par l'Empereur. La Constitution de 1889 le décrit comme un organe auquel l'Empereur fait appel lorsqu'il y a lieu de débattre de questions importantes pour l'Etat³⁶⁴. Le Conseil privé présidé par le *Tennô* semble être le détenteur de la souveraineté.

Les Alliés tentent de maintenir un respect formel des procédures de révision instituées par la constitution précédente. Dans cet ordre, le Souverain demeure le *Tennô*. Il est donc légitime que ce soit lui qui dispose du dernier mot au terme de la procédure constituante. Cependant, l'Empereur a vu sa souveraineté disparaître avec la proclamation de sa nature humaine. Or jusque là, sa souveraineté incontestable était fondée sur son caractère céleste. L'ayant perdu, il n'est plus le souverain, il n'est plus qu'un citoyen comme les autres. L'Empereur s'est soumis aux exigences des occupants. Il est devenu, par la force des choses, le porte-parole du Général Mac-Arthur. Il a d'ailleurs été le premier à désirer la capitulation du Japon et sans aucune condition. Lorsque le Conseil privé approuve le projet à l'unanimité le 19 octobre 1946, il s'agit d'un acte de souveraineté fictive. En somme, la procédure constituante a été marquée par une pré-constitution élaborée par le Général Mac-Arthur, un débat parlementaire sous le contrôle du Commandement Suprême des Puissances Alliées et de la Commission de l'Extrême-Orient

³⁶⁴ Article 56: « The privy Councillors shall, in accordance with the provisions for the provisions for the organization of the Privy Council, deliberate upon important matters of State when they have been consulted by the Emperor ».

et par une sanction constituante émise par un Conseil privé dont le président, symbole d'une souveraineté perdue, était acquis aux objectifs alliés. Toute la procédure a été parfaitement maîtrisée par le constituant exogène.

En Allemagne, le rôle des Alliés est plus nuancé même s'il est réel. Après le premier rejet, le Conseil parlementaire présente un autre projet comprenant certains compromis. Par le biais du mémorandum du 22 avril 1949, les Alliés consentent à la poursuite des débats. Le Conseil parlementaire aboutit à un texte qui doit être approuvé par les Gouverneurs militaires avant d'être soumis à la ratification des *Länder*. Cet agrément préalable des Alliés est-il un simple contrôle constituant ou constitue t-il la véritable sanction constituante ?

Après l'intervention des Alliés, le texte n'a toujours pas le titre de Loi fondamentale. Il n'acquiert cette qualité qu'après le consentement des *Länder* par le biais des *Landtage*. En donnant leur agrément, les Gouverneurs militaires font du texte un acte d'initiative constituante recommandable à la ratification régionale. Sans cela, les travaux du Conseil parlementaire n'ont pas de qualité constitutionnelle. Cette assemblée a élaboré un texte soumis à l'appréciation des Gouverneurs militaires, seuls habilités à déterminer si le projet disposait des qualités suffisantes pour acquérir le titre d'acte d'initiative constituante. En somme, le Conseil parlementaire est l'organe de rédaction et de débat. De leur côté, les Gouverneurs militaires constituent, en tranchant sur la qualité de la proposition, la véritable instance constituante décisionnelle. En tant que telle, les Gouverneurs militaires exercent une partie de la souveraineté constituante allemande.

Au moyen de la ratification des *Länder*, l'Allemagne exerce la part de souveraineté qui lui reste. Il convient de rappeler que l'Etat est divisé, et qu'une grande part des compétences de souveraineté est encore aux mains des Alliés malgré la fin du statut militaire au moment de l'entrée en vigueur de la constitution. En effet, les Alliés se réservaient le droit de reprendre la pleine souveraineté si cela paraissait nécessaire pour la sécurité et le maintien d'un gouvernement démocratique en Allemagne ou encore en raison de leurs obligations internationales. De surcroît, le refus volontaire de soumettre la sanction constituante au peuple avait pour seul but, de souligner le fait que l'Allemagne n'était pas en possession de sa souveraineté. Seule une partie du peuple statuait, par ses représentants, sur une constitution provisoire.

Dans ce mode de substitution constituante l'*instrumentum* constitutionnel reste un acte interne. Or, à Chypre et en Bosnie-Herzégovine, l'internationalisation se formalise par le recours à un acte externe.

B- La spécificité d'un traité international constituant

Le droit se subdivise en branches et en ordres qui n'utilisent pas forcément les mêmes instruments. Le terme de constitution est intrinsèquement lié à l'Etat³⁶⁵. Même si certaines organisations, tel l'Organisation internationale du travail, disposent d'acte fondateur comportant de nombreux points assimilables aux caractéristiques de la loi fondamentale étatique, l'instrument constitutionnel est propre à l'organisation étatique³⁶⁶. Il s'agit d'un acte juridique interne issu de la volonté souveraine d'un peuple et établissant l'essence du droit dans l'Etat. La constitution est pour l'Etat, le fondement normatif de son existence, de son organisation et de son fonctionnement. Par cette norme, le souverain exerce son pouvoir constituant originaire et constitue un Etat. Elle crée les institutions et les autorités au sein de l'Etat. Elle prescrit les principes que devront respecter les gouvernants et définit les droits et devoirs de chacun au sein de cette organisation étatique.

Dans l'ordre international, le concept de constitution, en tant que source de droit par l'expression d'une volonté capable d'institutionnaliser le pouvoir politique, est absent. Classiquement seuls sont reconnus comme source du droit international la coutume, les principes généraux du droit et le traité. Pourtant, la substitution constituante peut s'exprimer par l'exercice du pouvoir constituant originaire dans le cadre d'un traité. Cet instrument du droit international se définit comme « l'expression de volontés concordantes émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international »³⁶⁷.

Cet outil du droit international a une portée totalement différente de celle d'une constitution. En tant qu'acte de l'ordre international, il suit une procédure qui ne comprend aucun point commun avec le processus constituant. Néanmoins, les constitutions chypriote

³⁶⁵ Voir *infra* (Partie II, Titre II, Chapitre I).

³⁶⁶ Par exemple, la charte constitutive de l'OIT porte le nom de constitution.

³⁶⁷ DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002, p. 255.

et bosnienne sont issues indirectement ou directement de traités internationaux. En effet, si dans le cas chypriote, la Grèce, la Turquie et le Royaume-Uni ont tenté de maintenir l'apparence d'une procédure constituante classique (1), les accords constitutifs de Dayton se caractérisent par leur origine diplomatique (2).

1- Le rôle constituant des accords de Zurich-Londres

En 27 articles, les accords de Zurich développent les points fondamentaux que doivent reprendre la constitution du nouvel Etat indépendant³⁶⁸. Ils ne forment pas la constitution en tant que telle. En signant cet acte, la Grèce et la Turquie apparaissent comme étant à l'origine de l'initiative constituante. Les principes dégagés sont les éléments fondamentaux de l'organisation de l'Etat chypriote. Les accords de Zurich constituent également la décision attributive du pouvoir constituant. Au moment de la phase constituante, l'organe constituant devra respecter les principes posés à Zurich.

Ces accords en tant qu'acte international prescrivant le cadre juridique de la future constitution, se limitent strictement à citer les règles incontournables de la constitution. Ils ne préconisent aucune instance constituante ou la procédure constituante en général. En fait, la lecture des articles 21 et 26³⁶⁹ précise la portée de cette pré-constitution. L'instance constituante ne sera qu'un organe de rédaction lié par la signature des traités pré-constituants de Zurich et de Londres le 19 février 1959.

L'apparente phase constituante se déroule dans le cadre d'une administration transitoire de l'île chypriote, dans l'attente de la proclamation de l'indépendance. Le Conseil provisoire d'administration, présidé par un gouverneur britannique, met en place la commission de rédaction de la constitution. Il s'agit d'un comité d'experts nommés³⁷⁰. Une fois la rédaction achevée, cette instance d'écriture ne la soumet pas directement au

³⁶⁸ L'article 27 dispose: « All the above Points shall be considered to be basic articles of the Constitution of Cyprus. ».

³⁶⁹ Article 21: "A Treaty guaranteeing the independence, territorial integrity and constitution of the new State of Cyprus shall be concluded between the Republic of Cyprus, Greece, the United Kingdom, and Turkey. A Treaty of military alliance shall also be concluded between the Republic of Cyprus, Greece, and Turkey. These two instruments shall have constitutional force. (This last paragraph shall be inserted in the Constitution as a basic article.)".
Article 26: "The new State which is to come into being with the signature of the Treaties shall be established as quickly as possible and within a period of not more than 3 months from the signature of the Treaties."

³⁷⁰ Il se compose de juristes turcs et grecs, de hautes personnalités chypriotes, d'un observateur britannique et d'un conseiller neutre de nationalité suisse.

peuple chypriote. Le texte doit obtenir le consentement de la Grèce, de la Turquie et des chefs des communautés chypriotes. Après une première présentation le 6 avril, il subit des modifications et est définitivement signé le 6 juillet 1960 par les représentants de la Grèce, de la Turquie et des différentes communautés de l'île.

Le rôle accru de ces deux Etats dans la réalisation de l'indépendance de Chypre a un impact sur le consentement des chefs chypriotes au texte élaboré à partir des accords de Zurich et de Londres. Certes, des élections présidentielles ont été organisées en décembre 1959 afin d'assurer une représentation légitime des communautés au sein de l'instance constituante. Mais, à l'instar de leur consentement à Londres, leur consentement au texte constituant n'était pas libre et réel. Pourtant, Chrysostomides Kypros³⁷¹, considèrent que les élections législatives du 31 juillet 1960, « *peuvent être considérées comme l'exercice du pouvoir constituant originaire du peuple [...]* ».

Cette élection a lieu après la rédaction définitive du texte constituant et surtout postérieurement à l'intervention de l'instance constituante. On ne peut pas considérer l'élection législative comme étant une forme d'exercice du pouvoir constituant. Puisque les deux actions ont un objet différent. En élisant, leurs députés, les Chypriotes n'ont pas entendu donner force constituante au texte du comité de rédaction. Leur mission était plutôt de désigner les hommes capables de les représenter dans le cadre des institutions fixées par la constitution adoptée le 6 juillet 1960. La seule déduction possible est dès lors l'acceptation par le peuple du nouveau système déjà instauré. Il consent à cet ordre établi sans avoir exercé son pouvoir constituant originaire.

La procédure constituante choisie, pour l'élaboration de la constitution du 16 août 1960, ne peut être réellement subdivisée en phases pré-constituante et constituante. La constitution est pensée et conçue dès l'accord de Zurich confirmé à Londres. Il n'y a pas de phase constituante en tant que tel, le comité de rédaction n'est nullement une instance décisionnelle. Il voit son rôle réduit à une mission technique de rigoureuse retranscription des accords de Zurich. La Grèce et la Turquie ont élaboré une pré-constitution dotée d'une force constituante autonome dont la forme de traité donne une sorte de mission

³⁷¹ CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law*, Martinus Nijhoff publishers, Hollande, 2000, p. 59. Traduit par nous: "[...] can be considered as the exercise of primary constituent power of the people [...]".

contractuelle au comité de rédaction. Sa seule obligation est d'assurer la transposition des dispositions internationalement fixées dans un acte interne.

La constitution élaborée, sur les bases des accords de Zurich, se caractérise par sa grande complexité. Elle organise un équilibre constitutionnel précaire entre les deux communautés de l'île. D'une part, elle opère un partage rigoureux de toutes les compétences et d'autre part, elle réalise une division communautaire des institutions. Le principe d'organisation et de fonctionnement de l'Etat s'appuie sur la reconnaissance de deux communautés³⁷². L'article premier donne la nature exacte de cet Etat indépendant de compromis : « L'Etat de Chypre est une république indépendante et souveraine avec un régime présidentiel, *le Président étant grec et le vice-Président turc, élus respectivement par les communautés grecque et turque de Chypre [...]* »³⁷³.

L'Etat créé n'est caractérisé ni par l'existence d'un peuple uni dans la construction d'un Etat, ni par deux communautés réunies au sein d'une organisation étatique développant le même projet politique. Il s'agit plutôt d'un Etat dans lequel deux communautés coexistent avec un système de « *checks and balances* ». Ce système a deux objectifs. Les deux communautés doivent être en mesure de se protéger l'une de l'autre et l'intérêt communautaire doit être maintenu au même rang que l'intérêt général³⁷⁴. Intérêt communautaire et intérêt général sont liés : le respect du premier garantit l'existence du second et *a fortiori* la survie de l'Etat. Ce dernier n'a d'ailleurs pu être établi qu'en reconnaissant aux Chypriotes l'existence de deux communautés dissociées, réunies au sein d'un Etat voulu par la Grande-Bretagne, la Grèce et la Turquie. La constitution organise ainsi tous les pouvoirs en tentant de supprimer toutes les actions nuisibles et inhérentes à la nature communautaire de l'Etat³⁷⁵.

³⁷² Article 2: “(1) the Greek Community comprises all citizens of the Republic who are of Greek origin and whose mother tongue is Greek or who share the Greek cultural traditions or who are members of the Greek Orthodox Church; (2) the Turkish Community comprises all citizens of the Republic who are of Turkish origin and whose mother tongue is Turkish or who share the Turkish cultural traditions or who are Moslems [...]”.

³⁷³ Traduit par nous: « The state of Cyprus is an independent and sovereign Republic with a presidential regime, the President being Greek and Vice President being Turk elected by the Greek and the Turkish Communities of the Cyprus respectively [...] ». L'article 1 des accords de Zurich prévoit la même chose.

³⁷⁴ L'article 141 prévoit la possibilité d'un recours au près de la Cour suprême constitutionnelle par le Président ou le vice-Président, lorsqu'un texte par les procédures et conditions qu'ils posent à l'exercice du droit de libre choix des activités professionnelles (article 25), s'oppose à l'intérêt public ou à l'intérêt de la communauté de l'autorité de saisine.

³⁷⁵ La dissociation communautaire atteint ainsi son paroxysme avec le principe constitutionnel des municipalités séparées (article 173). Les cinq plus grandes villes (Nicosie, Limassol, Famagouste, Larnaka et Paphos) sont gérées communautairement c'est-à-dire que dans chacune de ces villes deux conseils

Après trois ans, cette constitution éprouve ces limites. Les pouvoirs étant impraticables dans ce système communautaire étriqué, Monseigneur Makarios, président grec élu en décembre 1959, élabore un projet de révision. Son but est d'unifier le fondement des institutions. Il propose, le 23 novembre 1963, une révision du texte fondateur aux trois Etats garants de l'ordre constitutionnel. Toute révision touchant aux principes posés à Zurich et confirmés à Londres nécessite le consentement du Royaume-Uni, de la Grèce et de la Turquie. Ces accords de Zurich Londres ont pour conséquence, outre l'absence d'un exercice véritable du pouvoir constituant originaire par les chypriotes, d'entraver le recours au pouvoir constituant institué.

L'utilisation du traité dans le contexte bosnien est différente. La constitution est annexée aux accords de Dayton obtenus après un long processus diplomatique.

2- La constitution de Bosnie-Herzégovine, fruit d'une procédure constituante diplomatique

Dans tous les cas précédents, en dépit de la prépondérance du constituant exogène, le souverain naturel a tenu un rôle dans la procédure constituante adaptée aux circonstances. En Allemagne et au Japon, la substitution se réalise par un acte interne promulgué par les autorités nationales. A Chypre, le transfert du pouvoir constituant prend la forme d'un traité retranscrit dans un texte interne afin d'en assurer la transposition dans l'île. La méthode constituante adoptée en Bosnie-Herzégovine n'a rien de commun avec celle utilisée en Allemagne, au Japon et à Chypre. Le traité de Dayton comprend déjà un texte élaboré par le Groupe de contact qui n'a nullement besoin d'acte de transposition. L'annexe 4 des accords de Dayton vaut constitution et n'a pas besoin de promulgation pour être exécutoire. Son article 12-1 dispose : « La constitution entre en vigueur au moment de la signature de l'accord-cadre général, en tant qu'acte constitutionnel amendement et remplaçant la constitution de la République de Bosnie-Herzégovine ».

municipaux sont élus : un grec et un turc. Chaque conseil municipal ne s'occupe que de sa communauté dans la ville : impôts municipaux et autorisations administrative de faire sont payés et délivrés par appartenance communautaire. Il appartient au Président et au Vice-Président de la République de décider dans les quatre ans de la poursuite ou non de l'expérience.

Cet accord est l'acte final de la longue procédure diplomatique de résolution du conflit bosnien. L'enjeu de cet affrontement est principalement territorial. La configuration du conflit est complexe : la Bosnie-Herzégovine, Etat reconnu, ne constitue, pendant le conflit qu'une part infime du territoire (10 à 15%). La République serbe de Bosnie en occupe 70% jusqu'en 1995 et l'Herceg-Bosna 20 à 25 %³⁷⁶. Pendant cette guerre, la Bosnie-Herzégovine n'est qu'un ensemble nébuleux de régions autonomes. Selon leur origine, les populations se sont regroupées sur diverses parties du territoire. Dans le même temps, elles en ont expulsé celles qui n'appartenaient pas à leur propre ethnie par le biais d'une politique de purification ethnique. Il y a ainsi une multitude de points d'affrontement entre les trois peuples constitutifs mais selon des combinaisons différentes³⁷⁷.

Le fondement du conflit est politique, le but de part et d'autre est de modifier l'état du droit existant, c'est-à-dire aboutir à l'extinction de l'Etat de Bosnie-Herzégovine reconnu dès avril 1992. Les protagonistes locaux avaient pour but le démembrement du territoire selon l'origine communautaire. Une telle démarche supposait d'envisager au terme de cette guerre, trois Etats disposant chacun de leur constitution. Cette option ne peut cependant, entrer dans le cadre de la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En effet, le conflit a éclaté alors que la République de Bosnie-Herzégovine accède à l'indépendance. A l'intérieur de ce nouvel Etat indépendant reconnu, le droit à l'autodétermination ne peut être interprété comme le droit pour les communautés ethniques le composant à s'émanciper totalement.

Au sein d'un Etat existant, ce droit doit plutôt s'entendre à l'égard du peuple comme la possibilité pour celui-ci d'exprimer sa volonté. Il signifie également pour les communautés, le principe du respect par le gouvernement du droit des minorités, droit qui ne peut être compris comme la possibilité d'une libre formation d'un Etat communautaire. Juridiquement, la pérennisation des choix des diverses communautés n'était pas possible en raison du sens donné par le droit international au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Plus matériellement, concrétiser les vœux politiques communautaires aurait abouti

³⁷⁶ L'Herceg-Bosna constitue pendant le conflit la structure étatique des nationalistes croates en Bosnie Herzégovine.

³⁷⁷ A partir de septembre 1992, les heurts se multiplient entre l'armée bosniaque et le HVO en Bosnie centrale. A Mostar, capitale historique de l'Herzégovine, il y a eu deux guerres. La première en 1992 entre Bosniaques et Croates contre les Serbes et la seconde à partir de 1993 jusqu'en février 1994 entre Bosniaques et Croates.

à accréditer le déplacement des populations et *a fortiori* à donner une caution juridique au nettoyage ethnique.

La solution au conflit présente donc un aspect constitutionnel incontestable. Pour maintenir un Etat de Bosnie-Herzégovine, il fallait aboutir à des principes constitutionnels satisfaisant à la fois les Serbes, les Bosniaques et les Croates. Le choix d'un mode diplomatique de résolution du différend, a des incidences sur la procédure constituante dans la mesure où la recherche de ce compromis constitutionnel est assujetti aux réalités des victoires et défaites territoriales des différents acteurs bosniens.

En effet, les mécanismes diplomatiques se caractérisent par leur difficile encadrement par le droit. En tant qu'ensemble de « stratégies d'utilisation des voies de droit »³⁷⁸, ce mode de résolution des conflits peut utiliser les formes fournies par le droit sans pour autant être lié substantiellement au respect des règles et principes du droit. Les solutions qui en résultent n'auront de valeur juridique qu'à la seule condition que les parties au conflit y consentent. Ainsi toute la phase qui précède la signature des accords cadre de Dayton relève du fait : elle a une nature purement politique. Or, toute la phase pré-constituante se déroule au cours de ces premières négociations **(a)**. Par ailleurs, la phase constituante coïncide avec le consentement définitif aux propositions des médiateurs **(b)**.

³⁷⁸ COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international Public*, Montchrestien, Paris, 1995, p. 563.

a- La nature politique de la phase pré-constituante

La phase pré-constituante s'entend comme celle au cours de laquelle le pouvoir constituant originaire prend sa forme juridique. Elle est le cadre de l'initiative constituante et l'expression de la volonté d'instaurer une nouvelle constitution dans l'Etat. Elle n'existe pas dans le contexte bosnien. L'acte juridique de pré-constitution est réduit à un moyen de négociations. Pour réaliser sa mission de médiateur qui vise à proposer aux parties des modes de règlement du conflit, la conférence internationale pour l'ex-Yougoslavie puis le Groupe de contact vont élaborer des principes constitutionnels de base notamment l'égalité des communautés dans une structure étatique souple.

Par conséquent, la recherche d'un dénouement au conflit s'étend sur une longue période. Dans une première étape, d'août 1992 à mai 1994³⁷⁹, la conférence permanente internationale de la paix pour l'ex-Yougoslavie³⁸⁰ a joué le rôle de médiateur. De ce premier cycle de médiation deux plans naissent : le plan Vance-Owen et le plan Owen-Stoltenberg. Ils sont fondés sur l'idée qu'une Bosnie-Herzégovine n'est pas viable. Ils proposent un partage du territoire entre les divers belligérants³⁸¹.

Le plan Vance-Owen, proposé le 2 janvier 1993, subdivise la République en dix provinces largement autonomes : trois serbes (soit 43% du territoire), trois croates, trois bosniaques et une province neutre, Sarajevo. Bien que les Croates et les Bosniaques adhèrent à ce projet³⁸², les Etats-Unis ne donnent pas leur aval. Cette position américaine entraîne un durcissement des exigences bosniaques. Il s'agit d'une négociation politique qui ne recherche pas le strict respect des règles de droit qui auraient exigé que seul le consentement des parties compte pour l'obtention d'un accord définitif. Mais politiquement, toute solution nécessitait le soutien d'autorités internationales garantes. De surcroît, la position américaine, ne s'appuie pas sur la violation d'un quelconque droit,

³⁷⁹ La première réunion du groupe de contact a lieu le 12 mai à l'ambassade américaine de Vienne.

³⁸⁰ Cette instance est parrainée par l'ONU et la CEE. Elle est ainsi présidée par deux hommes, l'un représentant l'ONU (Cyrus Vance puis Thorvald Stoltenberg) et l'autre la CEE (Lord Owen).

³⁸¹ Cette première approche semblait juste puisque aujourd'hui on peut concrètement constater la fragilité extrême de l'Etat de Bosnie-Herzégovine (Voir *infra*). Cependant, cette issue implique d'avaliser *a posteriori* le nettoyage ethnique.

³⁸² Ils signent un accord dans ce sens le 25 mars 1993 à Washington.

mais sur une appréciation strictement politique du plan proposé³⁸³. Outre les positions politiques qui empêchent la réalisation de ce premier plan, celui-ci n'est plus en adéquation avec la réalité du conflit. En effet les Serbes, depuis l'élaboration de ce plan, ont élargi leurs conquêtes territoriales notamment sur la partie orientale de la Bosnie. Il n'est plus en adéquation avec la réalité de l'expansion serbe sur le terrain. Aussi, le projet est-il définitivement rejeté par les Serbes en mai 1993.

Suite à ce premier échec, les présidents serbe et croate, MM. Tudjman et Milosevic, annoncent à Genève le 16 juin 1993, leur intention de procéder à une partition de la Bosnie-Herzégovine, ne laissant aux Bosniaques que trois zones dites de sécurité : Tuzla, Sarajevo et Bihac. Cette proposition se fonde sur les accords de Washington du 23 mai, entre acteurs externes³⁸⁴, qui décident d'un démantèlement de la Bosnie³⁸⁵. Sans réelles surprises, les Bosniaques s'opposent à une telle solution qui correspond ni plus ni moins à l'organisation de réserves « musulmanes » en Bosnie-Herzégovine.

C'est dans cette logique qu'est préparé et proposé le 20 août 1993, le Plan Owen-Stoltenberg³⁸⁶. Il prévoit l'éclatement de la Bosnie-Herzégovine en trois zones ethniques. Les espaces musulmans ne s'inscrivent pas dans continuité territoriale. En revanche, les zones croates et serbes sont conçues de telle sorte qu'un rattachement à la Serbie et à la Croatie soit possible. La Bosnie-Herzégovine serait alors composée de trois républiques³⁸⁷ disposant de leur propre constitution mais sans être pour autant des Etats reconnus internationalement. Elles formeraient l'Union des républiques de Bosnie-Herzégovine démilitarisée et dotée d'institutions centrales aux compétences réduites. Mais, ce plan organise un Etat sans pérennité puisqu'il entérine *de facto* la création des futures Grande Serbie et Grande Croatie. Le 29 septembre le Parlement bosnien rejette ce plan³⁸⁸.

³⁸³ En effet, pour les Etats-Unis, il est impossible de cautionner un choix politique qui récompenserait les Serbes, considérés par eux comme les agresseurs.

³⁸⁴ Il s'agit des responsables des Affaires étrangères des Etats-Unis, de la France, et du Royaume-Uni (MM Warren Christopher, Alain Juppé et Douglas Hurd) associés à ceux de la Russie (M. Andreï Kzyrev)³⁸⁴ et de l'Espagne (M. Javier Solana). La présence de l'Espagne est purement symbolique car la légion espagnole constitue un bataillon de casques bleus à Mostar depuis le début du mois de mai 1993.

³⁸⁵ Ce programme consiste en la création de six zones de sécurité pour les Musulmans qui subsistent encore en Bosnie-Herzégovine : Bihac, Tuzla, Sarajevo, Gorazde, Zepa, Srebrenica. Paradoxalement, Mostar ne fait pas partie des zones de sécurité alors même que les Musulmans y sont en plein conflit avec les Croates.

³⁸⁶ Cyprus Vance est remplacé par le diplomate norvégien Thorwald Stoltenberg.

³⁸⁷ République serbe : 51%, République bosniaque : 30%, République croate : 16%, Sarajevo et Mostar constituant 3% du territoire seraient sous administration internationale.

³⁸⁸ Ce plan a de nombreux points communs avec le choix final de Dayton.

Les plans Vance-Owen et Owen-Stoltenberg, n'ayant pas permis d'obtenir une solution, les ministres des affaires étrangères de l'Union décident de s'impliquer directement. Une nouvelle politique européenne est recherchée sur la base d'un rapprochement franco-allemand. Le 22 novembre 1993, le plan Juppé-Kinkel est entériné. Il consiste en la création de trois républiques autonomes (croate 17.5%, bosniaque 33.3% et serbe 49.2%) liés par des liens extrêmement souples dans un cadre confédéral. Ce plan exige une participation de la Russie et des Etats-Unis. Mais ces derniers s'y opposent³⁸⁹. Il est donc demeuré à l'état de simple ébauche.

L'échec de ces premières médiations conduit à créer un nouvel instrument de négociations capable d'unir les acteurs internationaux afin qu'ils puissent proposer un dénouement acceptable aux belligérants. Les objectifs de la médiation consistent d'une part à faire front commun face aux Bosniens et d'autre part de leur présenter un plan de paix unique et crédible. Les tentatives européennes, onusiennes et euro-onusiennes ayant échoué, une nouvelle voie s'ouvre avec la création consensuelle, le 25 avril 1994 lors de la Conférence de Londres, d'un « organe » *ad hoc* de négociations intergouvernementales³⁹⁰.

Les experts du Groupe de contact décident de traiter simultanément les problèmes territoriaux et constitutionnels. Le premier plan du Groupe de contact, tout en respectant l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine, organise un Etat composé de deux provinces autonomes dotées chacune d'une constitution et d'une force armée propre³⁹¹. Ce projet est néanmoins limité à une carte car les négociateurs entendent obtenir un consentement préalable sur les découpages territoriaux avant toute négociation sur les principes constitutionnels. Pour lui donner toutes les chances d'être accepté, le Groupe de contact établit une liste de représailles en cas de refus. Or, y consentir consiste pour les Serbes à abandonner tous leurs acquis territoriaux sans la garantie d'obtenir des fondements constitutionnels leur accordant une large autonomie. Ainsi, même si Belgrade le soutient, le 29 juillet 1994, les Serbes de Pale le refusent.

³⁸⁹ Or « l'Europe est incapable de faire aboutir un plan que les Etats-Unis ne soutiennent pas ». Alain Juppé admet début 1994 qu'aucun plan même très cohérent n'est viable si « les Russes pouss[ent] les Serbes à l'intransigeance et les Américains ne dissuad[ent] pas les musulmans de continuer la guerre » *in* BOIDEVAIX Francine, *Une diplomatie informelle pour l'Europe : le groupe de contact, op. cit.*, p. 52.

³⁹⁰ Voir *supra* (Dans le même Chapitre, Section I, Paragraphe I-A.2).

³⁹¹ La clé de répartition étant de 51% du territoire pour la Fédération croato-musulmane et 49% pour les Serbes.

Finally, the action of the Contact Group does not become really effective when the spirit of negotiations changes. In fact, up to the election of Jacques Chirac, the members of the Contact Group do not cultivate the same conception of the role of threats of sanction in mediation. The Russians favored a very moderate application, the Americans were favorable to their reinforcement leading to the consolidation of exclusion zones (Sarajevo, Gorazde) to the suppression of the arms embargo. As for the British and the French, they estimated that repression was necessary but without for as much leading to the abandonment of the principle of negotiation. Under the impulse of the French President, the rapid reaction forces are created. From August 1995, the force is officially attached to the negotiation. The goal was to play directly on the dynamics of the relations between the belligerents on the ground³⁹². These have also evolved, the territories occupied by the Serbs are limited from September 1995 to less than 50% of Bosnia-Herzegovina. At this stage, the Contact Group proposes to the Bosnians a plan that will lead to the signature of agreements including the Constitution in their annex 4.

Outside of any real legal framework, the principle of negotiation consists in the development of political strategies in order to convince the Croats, Bosnians and Serbs of Bosnia-Herzegovina to finally accept a peace plan. In the framework of negotiations, the law is reduced to an exclusively instrumental form. The propositions correspond to legal notions but the legal procedures, which they would imply, are not used. The mediators draft a democratic constitution which has no popular legitimacy. Finally, the political and constitutional solution which is found through the means and ways proper to negotiation, takes the form of an act which is not supposed to obtain its legal force through the consent of the three peoples of Bosnia-Herzegovina.

³⁹² Ainsi, les Etats-Unis ont contribué officieusement aux attaques d'octobre 1994. En revanche, leur appui aux offensives bosniaques autour de Sarajevo du 15 juin et celles des forces croates et croato-musulmanes de fin juillet à septembre 1995, sont plus officielles.

b- La phase constituante réduite à la signature des accords de paix

La phase constituante, peut se définir comme le moment de la procédure constituante consacré au débat constitutionnel d'instances nommées ou élus. Elles ont pour mission d'élaborer un texte qui n'acquiert valeur constitutionnelle qu'avec le consentement du peuple ou de ses représentants. En Bosnie-Herzégovine, l'élaboration de la Constitution se déroule dans le contexte d'une recherche de solution de paix par un organe de médiation. L'exercice du pouvoir constituant originaire ne peut être observé comme un élément isolé du processus de négociations. Il est un instrument majeur pour les médiateurs. Leur dessein étant d'aboutir à une solution globale, l'usage du pouvoir constituant originaire n'est pas exclu de leur marge de manœuvre. Toutefois, cet exercice du pouvoir constituant originaire ne sera validé en définitive que par le consentement des Bosniens. Dès lors, les projets de constitution n'accéderont pas à la validité juridique par la simple volonté des médiateurs. Ils n'ont effectivement pas la capacité de transformer leur initiative constituante en acte constitutionnel définitif. Les seuls à disposer de ce pouvoir demeurent les représentants de la Bosnie-Herzégovine.

Le Groupe de contact prend la forme d'une instance constituante décisionnelle lors de la phase constituante organisée à Dayton. Ces actes d'initiative constituante n'ont qu'une valeur de propositions non définitives. Les parties bosniennes en consentant ou en refusant le texte constitutionnel jouent le rôle d'instance constituante dont la décision est définitive. Ainsi malgré la forme de négociations prise par la procédure constituante, on peut conclure au respect, au fond, du rôle essentiel que devaient jouer les Bosniens. Pourtant, les principes de la négociation ont créé une distorsion dans la procédure.

En effet, la définition de la phase constituante, réclame une indépendance entre les choix de l'instance constituante décisionnelle et celui définitif de l'instance constituante. La première ne fait que des propositions et ne les rédige pas en qualité d'organe disposant de la souveraineté. Elle débat et élabore un texte en tant que mandataire du souverain. Ces principes valant aussi bien pour un simple comité d'experts que pour une assemblée élue. En ce qui concerne l'assemblée constituante, même s'il lui revient de trancher sur la valeur définitive à donner à une proposition, elle jouera à ce moment un rôle distinct de celui qu'elle accomplit en rédigeant le texte. Sa décision ne peut être soumise à une quelconque obligation au risque qu'elle perde son rôle constituant. Dans la procédure constituante, un

organe se distingue d'un autre selon l'influence directe qu'il joue sur la nature définitive du texte constituant. L'instance constituante ne peut donc être soumise à l'autorité d'une autre structure. Elle représente l'autorité constituante qui doit trancher en souveraineté.

On peut comparer le Groupe de contact à un organe constituant décisionnel mais il reste surtout le médiateur. Dans les négociations, contrairement à une simple mission de bons offices, le Groupe de contact joue le rôle d'un médiateur actif et ne se contente pas de suggérer un mode de règlement du différend. Il le détermine et le présente ensuite aux parties directement concernées. Il peut aussi exercer des pressions politiques afin d'en assurer le succès. Ainsi, toute procédure constituante entamée dans le cadre d'une médiation subit des altérations certaines. L'acte d'adoption constituante émis par le Groupe de contact ne laisse aucune véritable liberté de consentement aux représentants de la Bosnie-Herzégovine réunis à Dayton. Les conditions ne sont pas réunies pour que l'Etat décide de façon autonome de sa constitution. La réalisation de sa souveraineté dépend du succès des négociations.

Cependant, sans le consentement des parties au conflit, la solution trouvée par les biais de la médiation n'a aucune valeur juridique. En Bosnie-Herzégovine, la solution prend la forme d'un traité. Seule la signature de l'accord cadre général permet l'entrée en vigueur de l'annexe 4 valant constitution. Cet accord est signé par la Bosnie-Herzégovine, la Croatie et la République de Yougoslavie³⁹³. Tout traité, en tant que manifestation de volontés concordantes, doit sa conclusion à la résolution tangible et définitive de s'engager. Cette volonté réelle et définitive s'appuie sur le consentement exprimé par la signature de l'acte international. La constitution contenue dans le traité peut donc entrer en vigueur puisqu'elle a été ratifiée dans le cadre de l'annexe 4 et dans celui de l'accord cadre général. Cependant, substantiellement, cette constitution comporte une défaillance non pas parce qu'elle est inscrite dans un acte international, mais parce qu'elle est issue d'une forte médiation qui a concrètement entravé la liberté du consentement.

La légitimité de l'annexe 4 s'explique par une validité formelle réduite à une signature. Dans un environnement pacifié, la force d'un référendum constituant est

³⁹³ Signent en tant que témoins, la présidence de l'Union européenne, la Fédération de Russie, la République française, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la République fédérale d'Allemagne et les États-Unis.

préférable à une ratification parlementaire sans pour autant faire de cette dernière un procédé illégitime. Le contexte particulier en Bosnie-Herzégovine, ne permettait pas d'organiser un référendum, mais les représentants n'ont pu jouer leur rôle en toute liberté. Avec le recul, on constate qu'en raison du rejet toujours vivace de la République de Bosnie-Herzégovine organisée à Dayton, un référendum organisé aux termes des négociations de Dayton aurait été un échec. Finalement, la constitution de Dayton ne constitue pas un choix libre des peuples de Bosnie-Herzégovine, mais un commandement de la médiation.

PARAGRAPHE II : Un consentement national sous influence

Le pouvoir constituant représente la puissance autonome de création constitutionnelle. La constitution résulte de la volonté créatrice du souverain. Lorsque le pouvoir constituant originaire intervient, il exprime la résolution de mettre un terme à l'ordre ancien et de fixer un nouvel ordonnancement juridique. Bien que la nature de ce pouvoir soit complexe, la volonté qui le met en œuvre peut être définie par le droit. Sa libre et réelle expression crée des effets de droit. Les enjeux juridiques qu'implique l'exercice du pouvoir constituant originaire, exigent que la décision du souverain s'exprime en toute liberté pour assurer une validité réelle au projet constitutionnel.

Dès que la constitution voulue par le souverain, entre en application, elle ne tient plus sa pérennité de cette volonté initiale. Elle ne forme pas un ensemble de normes imperméables, immuables et intangibles. Le pouvoir constituant dérivé ne constitue pas un rempart absolu au service d'une constitution rigide. « Car il y a lieu de redouter qu'une fois apaisés les engouements passagers, le souverain ne reconnaisse plus ses besoins ou ses aspirations durables dans l'œuvre adoptée à la faveur de circonstances exceptionnelles »³⁹⁴. Or, dans les cas de substitution constituante observée un système de garantie est organisé par le constituant exogène **(B)**. Cette garantie vient confirmer davantage les suspicions légitimes quant à l'existence d'une réelle volonté nationale d'adhérer aux choix du constituant exogène **(A)**.

³⁹⁴ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Tome IV, LGDJ, Paris, 1984, 648 p.

A- Les indices de défaut du consentement

La volonté que le consentement met en œuvre doit clairement être définie dans la mesure où il est l'unique critère pour juger de la validité d'un transfert de compétence de nature étatique. En droit, la volonté a un rôle important. La théorie et la philosophie du droit permettent de définir exactement ce qu'elle représente (1). Le contexte de rupture du droit dans lequel intervient la substitution constituante exige une interrogation sur la validité juridique des consentements obtenus (2).

1- Droit et volonté

Avec la sécularisation de la doctrine juridique, les juristes ont introduit la volonté dans les différentes constructions juridiques. A l'origine, le droit est considéré comme une science révélée par la nature, la raison ou Dieu³⁹⁵. Pour les philosophes grecs, plus que le droit, c'est la justice qui fait l'objet d'études dans le cadre des rapports de l'homme à la morale et à l'injustice³⁹⁶. Pour la philosophie chrétienne, il existe tout d'abord avec Saint Augustin deux mondes : la société civile et la Cité de Dieu. Dans le premier, des lois existent mais elles sont injustes, la vérité relevant de Dieu, seules les règles dictées par lui sont authentiques. Cette première vision est ensuite nuancée par Saint-Thomas d'Aquin qui opère un constat plus objectif sur le droit. Pour lui, le droit existe sous deux formes distinctes. La première est antérieure à l'individu et à l'Etat. Elle est indépendante de la volonté humaine. La seconde est plus matérielle puisqu'elle met en évidence le contenu du droit en fonction de la nature des choses.

Cette première phase du courant idéaliste est suivie par un mouvement de substitution de l'homme à Dieu. Avec le volontarisme, la volonté humaine est le critère de la formation de l'Etat souverain. Le contrat originaire qui crée l'Etat est avant tout individualiste. Chez Hobbes, l'individu consent librement à s'associer aux autres et à se soumettre à l'autorité du Léviathan. Le souverain se trouve, par la volonté de tous, doté du droit de légiférer afin de maintenir l'ordre. L'injustice se limite alors au fait de ne pas

³⁹⁵ Pour la philosophie du droit voir : OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit, op. cit.*, PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, vol.28, PUF, p. 83 ; GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1986, 323 p.

³⁹⁶ Voir par exemple ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*.

respecter le contrat initial. Le droit naturel a également contribué à la sécularisation de la philosophie du droit. En effet, avec le droit naturel moderne, certes la volonté en tant que telle n'est pas promue mais il met en exergue un seul acteur : l'homme. Celui-ci par sa raison découvre des préceptes de droit.

Le droit est donc passé d'une nature révélée à une forme de construction. Dans le courant positiviste qu'il soit formaliste ou factualiste, le droit se fonde sur les données extérieures à la raison. La question ne porte plus sur la nature du droit mais sur son critère d'émergence. La réalité du droit est sa nature positive et non plus morale. Ainsi qu'il s'agisse des légalistes ou des normativistes, l'étude se fait sur la norme positive. Or celle-ci, à l'image de tout droit est issue de la volonté humaine déclarée.

En effet à partir du moment où est abandonnée la nature divine du droit pour une version temporel du droit, toute règle nécessitera une intervention constructive. La création de l'Etat, quelles que soient les conceptions, implique le consentement à un pacte initial ou la volonté d'institutionnaliser le pouvoir en élaborant une constitution. Au cœur de cette société, le droit accordera des prérogatives aux individus qui pourront les utiliser en faisant notamment acte de volonté.

Toutefois, cette notion est d'origine psychologique, elle comprend des éléments internes à la raison et insaisissables par le droit. Par conséquent, la volonté en droit utilise des formes simplifiées. Le consentement est le moyen d'expression de la volonté. Mais comment juger de la réalité de la volonté, faut-il prendre en compte, son aspect interne ou externe ? Dans son versant intériorisé, le consentement ne peut être reconnu par le droit puisqu'il ne s'exprime pas. En revanche, le droit prendra en principe compte de la volonté « socialisée par son extériorisation, telle qu'elle [se manifeste] objectivement aux tiers »³⁹⁷. La théorie du consentement se fonde sur la réalité du consentement. Celui-ci disposera de cette qualité s'il n'est pas empreint de vice. Sont considérés comme constitutifs d'une dénaturation de la volonté de créer des effets de droits : l'erreur, la violence et le dol.

³⁹⁷ BIENVENU Jean-Jacques, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, vol. 28, PUF, Paris, p. 3.

Ces caractères du consentement vicié sont généralement reconnus pour les rapports entre les personnes privées. Lorsqu'il s'agit des rapports entre un Etat et une personne privée, ces critères ne peuvent être utilisés puisque ni l'un ni l'autre ne partage le même statut. La substitution constituante met en rapport des protagonistes étatiques donc également souverains. La qualité de leur consentement s'analyse alors dans le cadre de l'égalité des partenaires. La convention de Vienne, relatives aux droit des traités entre Etats, fixe les conditions de la validité du consentement d'un Etat. Un traité est nul dans la mesure où le consentement d'un Etat est vicié par l'erreur (article 48), le dol (article 49), la corruption du représentant de l'Etat (article 50)³⁹⁸, la contrainte exercée sur le représentant d'un Etat (article 51) ou encore la contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force (article 52).

Seul son consentement peut restreindre les compétences d'un Etat souverain. Concernant la procédure constituante, la souveraineté s'exprime au moment de la sanction constituante qui prend la forme d'un consentement au projet constitutionnel. Ayant relevé le contexte particulier qui entoure les divers cas de substitution constituante étudiés, il est légitime de s'interroger sur la réalité des consentements au transfert du pouvoir constituant puis à la constitution hétéronome.

2- La réalité de la volonté constituante

Seule la volonté clairement déclarée peut être juridiquement prise en compte. Il est donc nécessaire de déterminer si la volonté constituante nationale s'exprime malgré la substitution constituante. Qu'il s'agisse d'une défaite, de la solution d'un conflit soumise à négociation ou de la réalisation atypique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, les Etats concernés ne sont pas à l'origine de la nouvelle norme constitutionnelle mais ils y ont consenti. L'Allemagne et le Japon ont signé leur reddition sans condition, la Bosnie-Herzégovine a accepté le principe de négociations et Chypre a ratifié les accords de

³⁹⁸ Aucun élément matériel ne permet de supposer qu'il y a eu corruption des représentants des Etats ayant bénéficiés d'une constitution hétéronome. Il ne sera donc analyser que les vices de l'erreur, le dol et la violence.

Zurich-Londres. La volonté de ces Etats est exprimée, il convient alors de déterminer si elle est viciée ou non³⁹⁹.

L'erreur constitue un vice dès lors que le consentement est fondé sur une fausse représentation de la réalité et que celle-ci constitue une base essentielle de l'engagement. Dans le cadre des défaites allemande et japonaise, l'acte de reddition est très explicite. Pour l'Allemagne la souveraineté est abolie et pour le Japon la construction d'un nouvel ordre démocratique est réclamée. La réalisation de ces acquis de la victoire implique la substitution dans les droits de souveraineté pour l'un et une modification substantielle de l'ordonnement juridique pour l'autre. L'erreur ne peut donc être relevée. De la même façon, on ne peut concevoir l'erreur dans l'acceptation du principe de négociations avec un médiateur. Les Croates, Bosniaques et Serbes de Bosnie-Herzégovine, en confiant à diverses instances internationales la mission de trouver une solution au conflit, ne pouvaient ignorer la grande marge de manœuvre que laisse cette procédure diplomatique au médiateur. Pour les Chypriotes, la ratification à Londres des accords de Zurich prescrivant de façon impérative la structure de base de l'Etat ne peut pas permettre d'affirmer qu'il y a eu erreur.

De la même manière, un dol pourrait être invoqué. Il s'agit d'une erreur provoquée par des manœuvres sans lesquelles aucun des Etats n'aurait consenti à la substitution constituante. Les Alliés, le Groupe de contact et la *Troika* constituante à Chypre auraient fait preuve de déloyauté en usant de manœuvres conduisant les Etats concernés à l'erreur. Il est impossible de relever de tels actes chez les constituants exogènes. C'est le rapport de force objectif en faveur des Alliés qui les a conduit à la victoire sur les puissances de l'Axe. Le principe des pressions est tout à fait légitime pour le Groupe de contact en tant que méthode de négociations. L'introduction officielle des traités de garantie et d'alliance dans l'ensemble des accords de Zurich exclut toute possible assimilation à une manœuvre dolosive.

L'erreur et le dol exclus, reste à étudier si le consentement des Etats n'a pas été soumis à une violence. La violence affecte la liberté qu'implique toute manifestation de

³⁹⁹ Nous nous référons à la théorie du consentement du droit privé car elle régit les rapports entre des parties égaux. Les Etats contractant entre eux sont égaux, donc cette théorie peut leur être appliquée pour comprendre la valeur de leur consentement.

volonté. L'Allemagne, le Japon, Chypre et la Bosnie-Herzégovine ont-ils vu l'obtention de leur consentement soumis à une contrainte caractérisée?

En ce qui concerne la Bosnie-Herzégovine, les pressions exercées par le Groupe de contact sont légitimes puisqu'elles font partie de l'arsenal de tout médiateur. Cependant même si leur usage est permis dans le fait de négociations, celles mises en œuvre par le Groupe de contact dépassaient-elles le cadre des techniques de négociations ? La force est adjointe officiellement aux négociations en août 1995. Le but était de changer le rapport de force sur le terrain. Cet objectif atteint n'a toutefois pas directement joué sur le consentement des Serbes aux accords de Dayton. La conséquence immédiate de cet usage de la force n'est pas la signature du traité de paix mais plutôt la reprise des négociations. Le consentement final obtenu est valide même s'il n'est pas parfait. De surcroît, les pleins pouvoirs octroyés à S. Milosevic pour assurer la négociation en lieu et place des Serbes de Bosnie à Dayton, confirment cette idée.

Pour Chypre, les accords de Zurich sont signés par les représentants chypriotes-turcs sans pression particulière puisqu'ils ont librement accepté leur représentation par la Turquie. En revanche, le consentement chypriotes-grecs a été obtenu sans discussion préalable. La *Troïka* ne leur octroie pas la possibilité d'amender le texte défini à Zurich. Le rôle des Chypriotes-grecs se limite à la signature des accords. Monseigneur Makarios considère cet acte international comme le premier pas vers un *Enosis*. On peut donc conclure que même s'il y a eu pression, on ne peut relever une violence caractérisée. L'acte est signé en tant que compromis en attendant le rattachement à la Grèce.

Pour l'Allemagne et le Japon, la défaite et la volonté de mettre fin aux violences sont les raisons du consentement. Le Japon a même pu négocier le maintien de la maison impériale. Tout le long de la procédure de reconstruction, malgré une mainmise des Alliés, les représentants japonais et allemands ont quand même joué un rôle. En définitive, le fondement de ces substitutions constituantes demeure le consentement obtenu. Cependant, le contexte particulier permet d'affirmer qu'il s'agit d'un constitutionnalisme exceptionnel. Il tire sa validité d'une situation de crise qui réclame une solution de conciliation. En effet, seule une conjoncture spécifique permet la compréhension d'une telle immixtion dans la compétence constituante. Il ne s'agit nullement de justifier l'essor d'un constitutionnalisme d'usurpation. En Allemagne, au Japon, à Chypre et en Bosnie-Herzégovine, les autorités

externes ont opté pour des solutions politiques échappant de la sorte à une totale compréhension du droit. Afin d'assurer le maintien du *statu quo*, ces choix politiques sont soumis à une garantie externe.

B- Le constituant exogène, garant du système instauré

« Une constitution dure à raison de son adéquation aux besoins et aux convenances du milieu qu'elle est appelée à régir »⁴⁰⁰. Le contexte qui prévaut en cas de substitution constituante conduit à une ignorance de ce principe. Les constituants exogènes s'assurent dans les différents Etats concernés une pérennité de leur œuvre constitutionnelle. L'exemple chypriote illustre parfaitement cette volonté de garantir le système instauré⁴⁰¹.

La Constitution chypriote du 16 août 1960 est « la loi suprême de la République »⁴⁰². Cette affirmation de l'article 179-1 suppose l'organisation de la protection de la norme constitutionnelle. Le traité de garantie de l'indépendance, de l'intégrité territoriale et constitutionnelle, annexé au texte et disposant de la même force obligatoire appartient au système de garantie du *statu quo*⁴⁰³.

L'article 179-2 dispose qu'« aucune loi ou décision de la Chambre des Représentants ou des Chambres Communales et aucun acte ou décision de tout organe, autorité ou personne exerçant le pouvoir exécutif ou la fonction administrative dans la République, ne devra être en aucun cas incompatible avec toutes les dispositions de cette Constitution »⁴⁰⁴. L'article 182-1 pose trois règles pour l'exercice du pouvoir constituant dérivé. En premier lieu, tous les articles, issues des négociations de Zurich, publiés dans l'annexe III en totalité ou en partie, constituant la base de la constitution, ne sont susceptibles d'aucune révision. Cette annexe III constitue une liste de quatre-vingt une dispositions constitutionnelles fondamentales. Sur ces points aucune « variation, addition ou annulation »⁴⁰⁵ n'est possible.

Ensuite, l'article 182-2 opère une généralisation de l'interdiction : « soumis à l'alinéa 1 de cet article, aucune disposition de cette constitution ne peut être amendée, soit

⁴⁰⁰ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat, op. cit.*, p. 42.

⁴⁰¹ Pour le système de garantie instauré en Bosnie Herzégovine, voir dans le même Titre le Chapitre II, Section I, Paragraphe 2.

⁴⁰² Traduit par nous. Article 179-1: « This Constitution shall be the supreme law of the Republic ».

⁴⁰³ Le Traité d'alliance militaire est lui aussi annexé à la Constitution et dispose de la même valeur constitutionnelle.

⁴⁰⁴ Traduit par nous. Article 179-2: "No law or decision of the House of Representatives or of any of the Communal Chambers and no act or decision of any organ, authority or person in the Republic exercising executive power or any of the provisions of this Constitution."

⁴⁰⁵ Traduit par nous. Article 182-1: "[...] the basic articles of this Constitution [...] cannot, in any way, be amended, whether by way of variation, addition or repeal."

par variation, adjonction ou annulation »⁴⁰⁶. La clause finale de l'article 182 pose une réserve à l'impossibilité de réviser la constitution. Cette nuance ne concerne pas l'impossibilité absolue de réviser les éléments de l'annexe III. Seuls « certains amendements peuvent être élaborés par une loi votée à la majorité d'au moins 2/3 du nombre total de représentants grecs et d'au moins 2/3 du nombre total des élus turcs⁴⁰⁷ ».

Par le biais de cette dernière disposition, les Chypriotes semblent pouvoir recourir au pouvoir constituant dérivé. Cependant par le traité de garantie, Chypre s'engage auprès du Royaume Uni, de la Turquie et de la Grèce à maintenir le *statu quo* constitutionnel. Réciproquement, les trois Etats « reconnaissent et garantissent l'indépendance, l'intégrité territoriale, et la sécurité de la République et également *le statut interne de l'Etat établi par les articles fondamentaux de sa constitution*⁴⁰⁸ ».

En somme, *de jure*, deux types de révision sont envisagés dans le texte : les modifications normales et celles sur les points fondamentaux. Les premières sont encadrées par la procédure stricte de l'article 182-3. De surcroît, elles ont une portée limitée dans la mesure où tout ce qui concerne la forme et l'organisation de l'Etat appartient aux points fondamentaux des accords signés, inscrits dans l'annexe III. L'article 182-1 prohibe toute modification de ces points. *De facto*, Chypre ne dispose pas du pouvoir constituant dérivé. « Ayant défini l'organisation interne de la République chypriote, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie ont voulu, en instaurant une garantie internationale, assurer la pérennité de leur œuvre »⁴⁰⁹.

Le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie en tant qu'autorités garantes des articles essentiels de cette constitution, sont les seules susceptibles à autoriser l'exercice du pouvoir constituant dérivé⁴¹⁰. Si le *statu quo* constitutionnel est violé par les autorités

⁴⁰⁶ Traduit par nous. Article 182-2: "Subject to paragraph 1 of this article any provisions of this Constitution may be amended, whether by way of variation, addition or repeal [...]".

⁴⁰⁷ Traduit par nous. Article 182-3: "Such amendment shall be made by a law passed by a majority vote comprising at least two-thirds of the total number of the Representatives belonging to the Greek Community and at least two-thirds of the total number of the Representatives belonging to the Turkish Community."

⁴⁰⁸ Traduit par nous. Article 2 du Traité de garantie: "Greece, Turkey, and United Kingdom, taking note of the undertakings of the Republic of Cyprus set out in Article I of the present Treaty, recognise and guarantee the independence, territorial integrity, and security of the Republic of Cyprus, and also the state of affairs established by the Basic Articles of this Constitution."

⁴⁰⁹ LAVROFF D.G., « Le statut de Chypre », *RGDIP*, 1961, p. 527.

⁴¹⁰ D'ailleurs, Monseigneur Makarios soumet le 23 novembre 1963 aux trois puissances garantes un projet de réforme du texte fondateur.

chypriotes sans leur accord préalable, ces trois Etats peuvent légalement intervenir en vertu de l'article 2 du traité de garantie. Deux hypothèses existent : la modification par les autorités chypriotes de la constitution et le risque ou la mauvaise application des dispositions constitutionnelles. Cette intervention peut être concertée ou même simplement individuelle. La seule limite à cette intervention est son objectif : le rétablissement de l'ordre établi par la constitution.

Pour l'Allemagne et le Japon, l'occupation concrétise le rôle de garant des Alliés. Ainsi, elle a perduré au Japon jusqu'au traité de San Francisco qui restaure en 1951 la souveraineté japonaise. Pour l'Allemagne son statut d'occupation est modifié en 1951 pour qu'elle puisse intégrer la Communauté économique du charbon et de l'acier. Mais cet Etat ne recouvre son entière souveraineté qu'en septembre 1990 avec la signature du Traité de Moscou, constituant une des étapes de la réunification.

CONCLUSION

La défaillance initiale qui caractérise les constitutions hétéronomes sans leur faire perdre leur totale validité juridique, influe sur leur réelle légitimité démocratique. Elles constituent des normes fondamentales imparfaites car elles doivent leur naissance à un contexte consacrant une suprématie du fait sur le droit. Cet état de fait joue non pas sur la validité de la constitution mais plutôt sur sa qualité. Les rapports entre les constituants exogène et interne se caractérisent par une sorte de contractualisation de la procédure. L'obligation de l'un étant de suivre strictement les prescriptions du constituant exogène. L'action de ce dernier se limite à assurer soit le retour à la souveraineté, soit l'accession à l'autodétermination, soit le retour à la paix à la condition que le constituant national se tienne au strict respect de son obligation.

Ce détournement de la procédure dû à un contexte particulier, constitue la carence démocratique initiale. Celle-ci, doit disparaître, si possible, pour permettre à la norme constitutionnelle hétéronome d'accéder à la pleine qualité démocratique. « [...] Pour que la loi suprême repose sur sa véritable assiette, il faut qu'elle soit établie sur l'assentiment exprès du corps électoral. Tant que cet assentiment n'a pas été donné, une voie de recours reste ouverte pour elle ». « Elle demeure provisoire [...] »⁴¹¹ jusqu'à ce que cette carence initiale soit sublimée par le peuple souverain.

⁴¹¹ BORGÉAUD, Cité in BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 152.

CHAPITRE II : Les modalités de la réappropriation de l'œuvre constitutionnelle hétéronome

La substitution constituante se fonde sur une contradiction. Malgré un contexte défavorable à l'exercice libre du pouvoir constituant originaire par le souverain, une autorité externe disposant de la légitimité politique pour impose une procédure constituante reconnaissant le rôle formel du souverain national. La mission constituante du souverain s'exerce sous le contrôle du constituant exogène. La véritable autorité constituante est l'autorité externe. Le bénéfice recherché, en ayant recours au constituant national, demeure subsidiaire. Cette défaillance constituante n'est pas irréversible.

« Tant qu'un peuple a la volonté d'exister politiquement, il est au-dessus de toute institutionnalisation et de toute normation. En tant que puissance non organisée, il ne peut être dissout. Tant qu'il existe simplement et veut continuer à exister, sa force vitale et son énergie sont inépuisables et toujours capables de trouver de nouvelles formes d'existence politique »⁴¹². Tel est pour Schmitt ce qui caractérise le peuple en tant que socle de toute société politique. En référence à cette conception, nous devons chercher à mettre en évidence dans quelle mesure cette « force vitale » du peuple peut jouer sur la pérennisation d'un système constitutionnel entériné par un acteur externe?

La contradiction interne qui entache la qualité de ces constitutions hétéronomes constitue une entrave à leur application effective. Par conséquent, une mise en œuvre d'une telle oeuvre constitutionnelle reste le seul moyen pour le peuple de se déterminer sur le système instauré. En décidant d'appliquer le texte, le souverain permet l'annihilation de la carence démocratique qu'elle portait au moment de sa promulgation. En assurant le fonctionnement des institutions créées et en reconnaissant les valeurs et principes développés par le texte, le peuple peut restaurer sa souveraineté et son droit à l'autodétermination. C'est en quelque sorte par un mécanisme de réappropriation ou de rejet de la loi fondamentale que le peuple se détermine à nouveau en tant que titulaire de la souveraineté. Toute constitution hétéronome perd ou gagne en qualité démocratique en raison de son fonctionnement effectif (**Section I**) et selon que le peuple réalise son droit d'autodétermination (**Section II**).

⁴¹² SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 218.

SECTION I : La réappropriation constitutionnelle par le fonctionnement effectif de la constitution

L'effectivité constitutionnelle peut classiquement être entendue comme le respect rigoureux de l'empire de la constitution. Sa garantie institutionnalisée fait partie intégrante de l'organisation d'un Etat de droit. Les constitutions hétéronomes comportent divers mécanismes de protection de l'ordre constitutionnel. Mais la pérennité constitutionnelle ne peut s'appuyer uniquement sur de simples mécanismes juridiques. La nature complexe de la norme constitutionnelle requiert une réelle adhésion des sujets dont elle est censée régir l'existence (**Paragraphe I**). Si cette légitimité démocratique ne se construit pas peu à peu, la norme constitutionnelle demeure caractérisée par son origine externe et ne se pérennise pas (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : La pérennité constitutionnelle

En Allemagne et au Japon, la constitution élaborée par les Alliés est toujours en vigueur. Un véritable attachement constitutionnel existe à l'égard de ces textes. En Allemagne, ce rapport privilégié entre le peuple et la Loi fondamentale a été théorisé par une partie de la doctrine sous le titre de patriotisme constitutionnel (**A**). Au Japon, cette adhésion profonde au nouvel ordre constitutionnel se caractérise par l'échec systématique de tout nouvel exercice du pouvoir constituant originaire (**B**).

A- Le patriotisme constitutionnel allemand

Le concept de patriotisme constitutionnel fait partie des réponses à la quête de l'identité nationale allemande. L'histoire de cet Etat a été marquée par différents événements qui ont donné une connotation péjorative au concept de nation allemande. Bismarck la fondait sur un expansionnisme pangermaniste et Hitler sur l'unique conservation de la race aryenne. L'Allemagne divisée d'après guerre, ne pouvait donc se référer à une idéologie nationale pour fonder sa nouvelle existence. Dépourvue d'un passé permettant d'assurer une continuité dans la détermination de l'identité allemande, la doctrine a tenté de trouver un fondement rénové au lien inter-allemand.

Dès 1979, Dolf Sternberger énonce le concept de patriotisme constitutionnel. Partant du constat que la demande d'identité ne dispose plus de référent dans la mesure où la notion de patrie est devenue équivoque. Il propose de recourir à une conception politico-juridique de la nation. De cette façon, le besoin d'appartenance à l'ordre politique institué par la Loi fondamentale est comblé. Ce concept est ensuite repris par Jürgen Habermas dans le contexte ouest-allemand du *Historikerstreit*⁴¹³. Ainsi nomme-t-on la querelle qui, pendant deux ans (1986-88), opposa en République Fédérale d'Allemagne les intellectuels allemands au sujet de la définition de l'identité collective. Cet auteur reproche aux historiens de vouloir construire une continuité dans l'identité allemande après le passé nazi.

Pour Habermas, le patriotisme constitutionnel se justifie proprement au regard d'une responsabilité morale et politique à l'égard du passé. La Loi fondamentale, en surmontant le passé, a créé pour le peuple allemand une identité post-nationale. La conception habermassienne ne se fonde pas sur la norme juridique dans sa vocation organisationnelle. Ce patriotisme constitutionnel se distingue d'un patriotisme juridique car la constitution n'est que le moyen pour le peuple allemand d'opérer son auto-critique historique. Il s'agit de trouver par le biais de la Loi fondamentale une essence non nationaliste à la nouvelle identité allemande. Le patriotisme constitutionnel se définit comme le fait que « les citoyens d'une république s'identifient avec l'esprit et avec les principes de leur constitution, parce qu'ils ont appris, à partir du contexte historique de leur pays, à considérer cette constitution comme une conquête »⁴¹⁴.

A cette conception particulière du patriotisme constitutionnel, on peut ajouter une définition plus juridique. Il incarne l'attachement porté aux règles de droit⁴¹⁵. La nation n'acquiert ainsi sa personnalité juridique que par les dispositions de la constitution politique. Claude Nicolet dans sa recherche sur l'idée républicaine, observe que le droit est l'un des fondements du lien social. « Si l'homme a des droits en tant qu'être social, c'est justement parce qu'il est -en puissance ou en fait- aussi un citoyen ». « Ce lien social n'est

⁴¹³ Voir DUFOUR Frédéric-Guillaume, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, Liber, Québec, 2001, 230 p.

⁴¹⁴ DUFOUR Frédéric-Guillaume, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, op. cit., p. 55.

⁴¹⁵ Voir NICOLET Claude, *L'idée républicaine en France*, Gallimard, Paris, 1982, p. 325 et s.

concevable que par et dans la liberté, une liberté qui doit donc être garantie par un lien ou un « contrat » politique »⁴¹⁶.

La Loi fondamentale allemande, en tant que contrat politique, dispose dans son article 20 : « (1) La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral *démocratique et social*. (2) *Tout pouvoir d'Etat émane du peuple*. Le peuple *l'exerce* au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. (3) Le pouvoir législatif est *lié par l'ordre constitutionnel*, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont *liés par la loi et le droit*. (4) Tous les Allemands ont *le droit de résister* à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible ».

La Constitution allemande développe des valeurs propres à l'Etat de droit avec une protection substantielle des droits fondamentaux. Au moment de l'élaboration de la Loi fondamentale, le choix des valeurs propres du nouvel Etat fait l'objet de débat. Les constituants dans leur recherche d'une formule constitutionnelle doivent tenir compte du poids du passé en assurant le principe démocratique. Par ailleurs, l'Eglise catholique tente de jouer sur les nouvelles règles de la République. Plusieurs constitutions de *Länder* se réfèrent à une conception chrétienne du monde⁴¹⁷. En revanche, la loi fondamentale opte pour la culture plus juridique des droits fondamentaux. Ils sont d'application directe et De surcroît l'article 1^{er} consacre l'intangibilité de la dignité humaine, l'imprescriptibilité et l'inviolabilité des droits de l'homme⁴¹⁸.

En raison des valeurs essentielles qu'elle comporte, cette constitution représente « le point de cristallisation et le cadre de l'intégration politique, fondant la communauté et l'unité politique »⁴¹⁹. Par le biais de cette loi fondamentale, le peuple allemand malgré le rejet idéologique de la notion de nation allemande, s'est construit une identité dans le

⁴¹⁶ Ibid., p. 331.

⁴¹⁷ Ainsi, dans son article 131 § 2, la Constitution bavaroise fait-elle de la crainte de Dieu (Ehrfurcht vor Gott) l'un des objectifs suprêmes de toute éducation et la Constitution du Bade-Wurtemberg énonce, dans son article 1 Paragraphe 1, la nécessité pour l'être humain de respecter la loi morale chrétienne (christliches Sittengesetz).

⁴¹⁸ L'article 1 dispose : (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable.

⁴¹⁹ OBERNDORFER Dieter, « Intégration ou repli sur soi: la République post-nationale », <http://www.leforum.de/fr/fr-revue-culture26.htm>

nouvel ordre juridique. Le concept de patriotisme constitutionnel est l'une des idées développées pour donner un sens à l'identité allemande. Néanmoins, elle reste contestée par une partie de la doctrine en raison de son caractère excessivement abstrait, détaché de toute référence territoriale ou historique. Elle ne permettrait pas « d'expliquer ni de fonder le sentiment d'attachement national envers une structure politico-historique déterminée »⁴²⁰.

D'autres concepts ont ainsi été mis en avant pour fonder le lien de la communauté allemande autour du concept de «*Kulturnation*» (nation culturelle). Elle se fonde « sur l'héritage culturel d'une langue, d'une littérature, d'une tradition religieuse, alors que la *Staatsnation* est fondée sur une histoire politique »⁴²¹. L'identité allemande par cette construction est totalement détachée de l'organisation étatique. Celle-ci se caractérise principalement par un socle strictement culturel.

En réalité, comme il s'agit de préciser la nouvelle substance de l'identité allemande, ces deux conceptions sociologico-juridique et culturelle ne sont pas concurrentes mais complémentaires. Il s'agit de deux niveaux d'analyse différents. Le patriotisme constitutionnel, s'appuyant sur les valeurs de l'Etat de droit, dessine l'organisation et le fonctionnement d'une République, se composant d'un peuple culturellement existant. La constitution élaborée sous l'occupation est le premier élément incontestable de dissociation des crimes commis par l'Etat allemand pendant la seconde guerre mondiale.

En se reconnaissant dans le texte de la loi fondamentale⁴²², en admettant qu'elle témoigne de son identité politique, le peuple allemand retire à cette constitution sa défaillance démocratique initiale. Au Japon, c'est l'échec du mouvement réformiste qui a joué ce rôle.

⁴²⁰ WOEHLING Jean-Marie, « Le concept de citoyenneté à la lumière d'une comparaison franco-allemande », http://www.themis.umontreal.ca/consultation_gratuite/droits_fondamentaux/7_woehrling.pdf.

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Voir OBERNDORFER Dieter, « Intégration ou repli sur soi: la République post-nationale », art. précit.

B- L'absence du recours au pouvoir constituant

Par la procédure prescrite à l'article 96⁴²³, la constitution japonaise est rigide. Toute révision nécessite une initiative de la Diète, validée par deux-tiers au moins des membres de chaque Chambre et une ratification populaire sous la forme d'un référendum. En 1956, le Parti libéral-démocrate tente sans succès d'initier une réforme du texte. Jusque dans les années 90 ce parti se positionne contre la constitution « made in occupied Japan ». La Constitution a ainsi été l'un des principaux points d'opposition entre la gauche constitutionnelle et la droite anticonstitutionnelle.

Ce rejet de la constitution apparaît dès sa promulgation dans le camp des conservateurs. Réunis sous la bannière du Parti libéral-démocrate, la révision est introduite dans le programme politique dès 1954. Cette constitution « a toujours été considérée, au moins officiellement, comme objet de révision par la droite au pouvoir en raison de sa naissance particulière mais aussi de son contenu »⁴²⁴. En revanche, les partis socialiste et communiste japonais considèrent cette norme fondamentale comme immuable. Elle est le « symbole et [l'] instrument indispensable de la démocratisation radicale de la société japonaise d'après-guerre »⁴²⁵.

Le Parti libéral-démocrate, au pouvoir jusqu'en 1993, n'a jamais pu mettre en œuvre une des clés idéologiques de son programme politique. Plusieurs raisons l'expliquent. Tout d'abord, en dépit d'une procédure constituante marquée par la substitution constituante, la Constitution contient une essence démocratique, libérale et pacifiste qui a été bien accueillie par l'opinion publique. Ensuite, il existe un véritable soutien populaire à la « Fédération pour la sauvegarde de la constitution » (*Goken rengô*) organisé par le Parti socialiste. A ce premier mouvement, s'ajoute la mouvance intellectuelle de la « Démocratie d'après guerre » (*Sengo minnshushugi*) qui soutient, également, la constitution du nouvel ordre japonais. En tant que réel mouvement social et politique, la

⁴²³ Article 96: "(1) Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all members of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify. (2) Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of this Constitution."

⁴²⁴ YAMAMOTO Hajimé, « Révision de la constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon », art. précit., p. 823.

⁴²⁵ Ibid., p. 825 et s.

mobilisation en faveur de la constitution joue un rôle important dans l'assouplissement des vues réformistes du Parti libéral-démocrate. Bien qu'ayant maintenu dans son programme la révision de la Constitution, le parti au pouvoir va officiellement y renoncer.

Ce schéma politique a perduré jusqu'à la fin des années 80. A partir des années 90, la distinction partisane fondée sur le soutien ou le rejet de la constitution n'est plus valable. D'ailleurs, les élections de la Chambre basse en 1996 ont été suivies d'une quasi-disparition du Parti socialiste ancien parti de la constitution. Dès 1993, une alternance politique s'opère au pouvoir suivi d'une crise politique. C'est dans ce contexte que le tabou de la révision de la constitution s'amenuise. Quelles que soient les coalitions, la révision est présentée comme un moyen « de rendre plus effectif les principes de la constitution japonaise (souveraineté nationale, pacifisme, droits fondamentaux) dans le nouvel environnement international »⁴²⁶. En fait, les débats ont totalement changé de nature à partir de 1990. Il ne s'agit plus de réformer la constitution dans son intégralité. Il est plutôt question d'user du pouvoir constituant dérivé afin d'abandonner le principe du pacifisme constitutionnel. Sur le plan international, ceci aurait pour conséquence d'une part de permettre au Japon de participer aux contingents militaires onusiens et d'autre part de devenir « un pays normal doté d'un siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU »⁴²⁷.

Pour l'instant, aucune réforme constitutionnelle n'a été enregistrée dans l'Archipel. Cependant, Hajimé Yamamoto constate que « l'augmentation du soutien à une réforme constitutionnelle est évidente »⁴²⁸. L'opinion semble favorable à une réforme sans pour autant renier les acquis de la constitution de 1946. En effet, en ce qui concerne le principe de souveraineté nationale, le peuple japonais semble s'y reconnaître puisqu'il n'a apporté aucun réel soutien à la volonté des dirigeants politiques de transformer l'Empereur simple symbole en chef d'Etat doté de pouvoirs de direction politique⁴²⁹.

⁴²⁶ Ibid., p. 831.

⁴²⁷ YAMAMOTO Hajimé, « Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, *op. cit.*, p. 320.

⁴²⁸ Ibid., p. 321.

⁴²⁹ HOOK Glenn D., McCormack Gavan, *Japan's Contested Constitution, Documents and analysis*, The Sheffield centre for Japans studies, Routledge series, London and New-York, 2001, p. 9 et 21; Voir aussi HIGUCHI Yoichi, « Difficultés actuelles et avenir des institutions politiques japonaises (quelques remarques sur la vie constitutionnelle du Japon) » in *Etudes de droit japonais*, Centre français de droit comparé société de législation comparée, Cahors, 1989, p. 140 et s.

Ainsi, tout usage du pouvoir constituant qu'il soit originaire ou dérivé, ne peut faire ignorer les règles de l'Etat de droit développées par la Constitution de 1946. Cette norme a permis l'émergence d'une société civile dont les membres bénéficient de plus grandes libertés politiques et individuelles par rapport à d'autres Etats asiatiques. Cependant, la Constitution n'est pas parvenue à mettre sur le même pied d'égalité l'individu et la communauté. Malgré l'emprise encore importante du communautarisme, « la loi fondamentale de 1946 a réussi à former une identité nationale pacifiste, voire anti-nucléaire, libérale et démocratique, tout à fait étrangère à celle d'avant-guerre »⁴³⁰. Même si le débat de la révision constitutionnelle est moins tabou aujourd'hui, il n'en demeure pas moins qu'aucune révision n'a encore eu lieu. Néanmoins, si elle était finalement entreprise, elle ne pourrait écarter l'acquis constitutionnel de 1946. Il existe un réel « attachement » constitutionnel. D'ailleurs, le droit constitutionnel japonais du XXI^{ème} siècle se donne pour mission de « rénover les idées et les mouvements de la "Démocratie d'après-guerre" [...] en sauvegardant la loi fondamentale de 1946 »⁴³¹. Hajimé Yamamoto va jusqu'à s'interroger sur l'engagement japonais dans le patriotisme constitutionnel universaliste formulé par Jurgen Habermas.

En Allemagne comme au Japon, la constitution imposée par l'autorité occupante a acquis une qualité nationale avec la construction d'une identité autour de la norme fondamentale. Dans l'un et l'autre cas, la ré-appropriation constitutionnelle s'est opérée par la mise en évidence d'un réel attachement aux valeurs développées par le nouvel ordre juridique instauré par la constitution. Toutefois, ce phénomène sociologique ne s'opère pas de façon automatique. Un mouvement volontaire de reconnaissance de la constitution hétéronome reste nécessaire pour qu'elle puisse perdre ce caractère défaillant originaire.

⁴³⁰ YAMAMOTO Hajimé, « Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon », *op. cit.*, p. 325.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 326.

PARAGRAPHE II : L'absence de pérennité constitutionnelle

Contrairement aux cas allemand et japonais, dans lesquels les peuples se sont réappropriés la constitution, en Bosnie-Herzégovine et à Chypre, la constitution hétéronome n'a pu se disjoindre de son caractère imposé. A Chypre, la ré-appropriation constitutionnelle n'a tout simplement pas eu lieu. La constitution élaborée par la "troïka" n'a pas résisté au communautarisme (B). En Bosnie-Herzégovine, le système fonctionne non en raison d'une identification des peuples constitutifs aux valeurs constitutionnelles, mais parce que cet Etat est encore sous tutelle internationale (A).

A- La tutelle, condition de survie du système bosnien

La volonté dont procède la Constitution de Bosnie-Herzégovine est celle des membres du Groupe de contact. Ce texte, sans assise nationale, s'applique puisqu'il fait partie de l'ensemble d'un accord. Son succès repose sur une hypothèse : la réappropriation progressive du texte par les peuples de Bosnie à l'instar des exemples allemand et japonais⁴³². Seul ce mouvement de réappropriation donnerait une légitimité nationale à la constitution obtenue grâce aux accords de Dayton.

Depuis 1995, la communauté internationale met tout en œuvre pour assurer l'application des accords de Dayton. Le Groupe de contact, garant du système internationalement défini, prend la direction politique du processus de mise en œuvre des accords. Le Haut représentant⁴³³ est le chef de l'administration internationale en Bosnie-Herzégovine. Selon l'annexe 10, sa principale mission est de « *faciliter* » les efforts des parties dans la mise en œuvre des accords et de « *mobiliser* ». Son rôle secondaire est soumis à une condition : « *si nécessaire* [il coordonnera] les activités des organisations et des institutions impliquées dans les aspects civils du règlement de paix »⁴³⁴. En réalité, après dix ans d'administration internationale, le mouvement de réappropriation du texte constitutionnel n'a pas commencé. La coopération des peuples constitutifs, nécessaire à la réalisation de la nouvelle Bosnie-Herzégovine, n'est obtenue que sous la pression politique

⁴³² Voir *supra* (Dans la même Section, Paragraphe I).

⁴³³ Le Haut représentant est nommé par le Conseil sur les aspects civils de la mise en œuvre du règlement de paix avec le consentement du Conseil sécurité.

⁴³⁴ Annexe 10 des accords de Dayton, article 1.

du Groupe de contact (1). De surcroît, le Haut représentant a vu sa fonction s'étendre. Il est le seul acteur permettant le fonctionnement du système constitutionnel bosnien. Il se substitue à tous les instants aux institutions nationales constitutionnellement compétentes (2).

1- Le groupe de contact, garant² de l'exécution des accords de paix

Après la résolution formelle du conflit, le Groupe de contact prend plusieurs formes afin d'intervenir à tous les niveaux. Le Conseil sur les aspects civils de la mise en œuvre du règlement de paix prend la suite de la conférence internationale pour l'ex-Yougoslavie. Il réunit les mêmes membres que la conférence internationale pour l'ex-Yougoslavie. Y sont représentés notamment les pays membres du Groupe de contact. Ce conseil forme le bureau directeur, assistant le Haut représentant. Quant au G7-G8, comptant toujours parmi ces membres les cinq Etats du Groupe de contact, il est également associé au bureau directeur du conseil de mise en œuvre de la paix.

Le Groupe de contact organise par ailleurs le financement de la reconstruction estimée en 1995 à 5.1 milliards de dollars répartis sur cinq ans⁴³⁵. La Conférence des donateurs dirigée conjointement par la Banque mondiale et la Commission européenne est créée. Elle compte notamment parmi ses membres actifs les pays de la Conférence islamique, le Japon, les Etats-Unis, les Etats de l'Union européenne, le Canada et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.

Le Groupe de contact est un instrument de pression et de contrôle pour le suivi des accords de Dayton. Il s'est délocalisé à Sarajevo pour une gestion quotidienne des obstacles posés à la réalisation du règlement de paix. A partir de septembre 1996, un Groupe de contact-Sarajevo est créé. Son but est de soutenir le Haut représentant à tous les instants. A cette fin, il tente de réduire toute résistance locale aux accords⁴³⁶. Ces oppositions reflètent une réalité qui est déniée alors même que le concept d'Etat de droit suppose la reconnaissance de la liberté d'expression. Les impératifs de la paix obligent à

⁴³⁵ GIANILY Jean-Antoine, *L'Union européenne et la crise yougoslave. Illusions et réalités*, Denoël, Paris, 1999, p. 73.

⁴³⁶ Ces résistances à la mise œuvre des accords de Dayton était l'un des premiers signes que la réalisation de ce traité devrait se faire sans une partie des Bosniens.

empêcher l'expression de tout obstacle à un accord susceptible de mettre un terme à la guerre. Pour le Groupe de contact « la priorité [est] de tenir les élections, de façon peu démocratique [...] afin d'attaquer un autre problème tout aussi difficile, la mise en place des institutions dans cette Bosnie artificielle coupée en deux sinon trois »⁴³⁷.

Cette pression exercée sur les parties aux accords est le fondement même des rapports avec le Groupe de contact pris sous toutes ses formes. Les efforts financiers internationaux sont soumis à un principe de stricte conditionnalité. Sans une coopération loyale des autorités de Bosnie-Herzégovine pour l'exécution des objectifs fixés par les accords de Dayton, aucune aide ne sera versée mais des sanctions sévères seront prises. Le choix de cette diplomatie agressive résulte d'une volonté d'ignorer les obstacles afin de ne pas remettre en cause les conditions d'adoption de la constitution. Bien que cette position soit nécessaire, elle va avoir un impact sur la mise en place des institutions de la Bosnie.

Que l'on soit en droit interne ou international, la violence est un vice du consentement⁴³⁸. Dans le droit des contrats⁴³⁹ ou des traités⁴⁴⁰, la violence est source de nullité. Elle soustrait à ces actes tout effet de droit. En Bosnie-Herzégovine, ce vice est postérieur au consentement favorable aux accords de Dayton. Toutefois, cette pression s'exerce pour rendre effective des dispositions juridiques : la présidence collégiale après les élections de septembre 1996 (article V de l'annexe 4), le choix des symboles de la République (article I-6 de l'annexe 4) ou le droit à la libre circulation (article II-3m de l'annexe 4). La volonté de construire la Bosnie-Herzégovine est avant tout internationale. Cela implique une présence prolongée de la communauté internationale, en tant qu'acteur interne, pour s'assurer de l'existence de l'Etat. La souveraineté proclamée dans la constitution n'est pas effective. C'est la raison pour laquelle la réappropriation des lois constitutionnelles par les peuples de Bosnie semble compromise ou du moins soumise à un très long processus.

Le fait que le Groupe de contact se porte garant politique du système de Dayton n'est pas codifié juridiquement. En revanche, dans le cas chypriote, le Royaume-Uni, la Turquie et la Grèce organisent une garantie juridique par le biais d'un traité annexé à la

⁴³⁷ BOIDEVAIX Francine, *Une diplomatie informelle pour l'Europe : le groupe de contact*, op. cit., p. 115.

⁴³⁸ Voir *supra* (Voir Chapitre I, Section II, Paragraphe II).

⁴³⁹ Article 1109 du code civil français.

⁴⁴⁰ Article 51 et 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

constitution⁴⁴¹. Toutefois, même si les moyens sont différents, le but est le même : faire appliquer le *statu quo* constitutionnel obtenu par un traité, sous une contrainte de fait ou de droit. Dans les deux cas, la souveraineté n'est que simulée. C'est ainsi qu'en Bosnie-Herzégovine, les autorités locales appliquent un texte sous influence et sous le strict contrôle du Haut représentant.

2- Le Haut représentant, seul acteur actif de la mise en œuvre de la constitution

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de Dayton, six Hauts représentants se sont succédés⁴⁴². Leur but initial était de superviser la mise en oeuvre du volet civil des accords. La mission de ce représentant international exige une implication volontaire et réelle des Bosniens, quelle qu'elle soit, dans la construction de la Bosnie-Herzégovine pacifiée. Elle n'inclut pas une substitution de ce représentant international aux autorités locales. Même s'il est le seul habilité à interpréter l'accord dans son ensemble⁴⁴³, cela ne lui donne pas le droit d'agir à la place des institutions bosniennes compétentes pour la réalisation des objectifs des accords de Dayton.

Au terme du mandat de Carl Bildt, le bilan de l'administration internationale n'est pas positif. Les difficultés se sont succédées à partir de l'accession des partis nationalistes au pouvoir : du refus des membres de la Présidence collégiale de se réunir, à la désignation tardive d'ambassadeurs ou tout simplement la non-adoption des emblèmes. Pendant ces premières années postérieures à la guerre, il n'y a pas eu de volonté politique, dans l'une ou l'autre entité, de travailler ensemble. Cette situation est à la fois contradictoire et problématique. D'ailleurs dès 1997, l'obstacle et la contradiction sont déjà majeurs : le Haut représentant et la communauté internationale sont toujours « contraints en quelque sorte de reconstruire la Bosnie-Herzégovine malgré ou au moins sans, les représentants de ses peuples »⁴⁴⁴. Lorsque se réunit le Conseil de mise en œuvre de la paix le 10 décembre

⁴⁴¹ Voir *supra* (Chapitre I).

⁴⁴² Carl Bildt de décembre 1995 à juin 1997 ; Carlos Westendorp de juin 1997 à juillet 1999 ; Wolfgang Péttrish d'août 1999 à mai 2002, Paddy Ashdown du 27 mai 2002 au 14 décembre 2005, Christian Schwarz-Schilling du 31 janvier 2006 au 1^{er} juillet 2007 et depuis cette date, Miroslav Lajčák.

⁴⁴³ Article 5 de l'annexe 10.

⁴⁴⁴ GIANILY Jean-Antoine, *L'Union européenne et la crise yougoslave. Illusions et réalités*, op. cit., p. 48.

1997 à Bonn, il étend les pouvoirs du Haut représentant. Le Conseil l'autorise à utiliser désormais l'ensemble de ses pouvoirs pour faciliter la suppression des entraves⁴⁴⁵.

Avec l'extension des missions du Haut représentant, le paradoxe initial s'enracine. En effet, à Bonn, le Conseil autorise le responsable du volet civil, en cas de difficulté, à prendre des mesures liant les autorités locales lorsqu'il le juge nécessaire. Ces compétences exorbitantes ne peuvent s'exercer que dans des cas bien précis. Le Haut représentant ne peut user de ses pouvoirs élargis que si les autorités bosniennes s'avèrent incapables de décider. Ces interventions ne devraient être que des exceptions n'apparaissant qu'en cas de refus de statuer des autorités locales. Or l'exception devient le principe de construction de la Bosnie-Herzégovine de Dayton⁴⁴⁶.

De nombreuses et importantes décisions ont été prises par le Haut représentant après la conférence de Bonn. Les symboles de l'Etat de Bosnie-Herzégovine ont été choisis par cette autorité internationale car l'assemblée parlementaire n'y était pas parvenue⁴⁴⁷. Il rend effectif le principe constitutionnel de libre circulation des personnes⁴⁴⁸ en imposant un système unique de plaque d'immatriculation pour les véhicules terrestres à moteurs ainsi qu'un permis de conduire n'indiquant pas l'entité d'origine⁴⁴⁹. Ces premières mesures sont symboliques d'un manque de volonté politique de rendre effectif les accords de Dayton. Carl Bildt résume la situation comme suit : « la paix comme continuation de la guerre par d'autres moyens l'emporte toujours sur la paix comme réconciliation véritable après les horribles années de guerre⁴⁵⁰ ».

L'action omnipotente du Haut représentant ne cesse de s'accroître. L'incapacité des institutions locales de se décider sur l'intérêt de la Bosnie-Herzégovine devient la règle. Par conséquent le Haut représentant doit, de plus en plus, faire usage de ses pouvoirs exorbitants. Or, plus il se substitue aux autorités bosniennes, plus il révèle les failles des choix opérés par les accords de Dayton et de ce fait rend impossible une réappropriation de la constitution par les peuples de Bosnie.

⁴⁴⁵ Voir le site internet du Haut représentant : <http://www.ohr.int>.

⁴⁴⁶ PECH Laurent, « La garantie internationale de la constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC*, 2000, p. 431 et s.

⁴⁴⁷ Article I-6 relatif aux emblèmes : « Les emblèmes de la Bosnie-Herzégovine sont choisis par son Assemblée Parlementaire et approuvée par la Présidence. ».

⁴⁴⁸ Article II-3m.

⁴⁴⁹ Ces premières mesures sont prises dans lors du mandat de Carlos Westendorp.

⁴⁵⁰ GIANSELY Jean-Antoine, *L'Union européenne et la crise yougoslave. Illusions et réalités*, op. cit., p. 40.

Peu à peu, le Haut représentant est devenu le maître d'œuvre de la réalisation des objectifs des accords de Dayton. Il est l'initiateur de toutes les décisions politiques. La communauté internationale lui a confié la mission de rendre effectif le caractère multiethnique de la Bosnie-Herzégovine. Le 27 mars 2002, l'accord de Mrakovica-Sarajevo⁴⁵¹, relatif aux peuples constitutifs de Bosnie-Herzégovine, est signé sur son initiative. Par cet accord, les peuples de Bosnie-Herzégovine décident de vivre, « de leur propre chef », selon les valeurs de la démocratie. Ils reconnaissent le caractère multiethnique de leur Etat. Pourtant, le Haut représentant a dû jouer sur sa mise en œuvre effective par les parlements de chaque entité⁴⁵². Il a imposé des amendements aux constitutions de la Fédération croato-musulmane et de la République Srpska, sur la base d'une décision de la Cour constitutionnelle⁴⁵³ relative au statut des peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine rendu en février 2000⁴⁵⁴.

Les résultats des élections générales de mars 2003 ont confirmé le rôle de pilier du Haut représentant dans la reconstruction de la Bosnie-Herzégovine. Les partis nationalistes en sont sortis vainqueurs. Ils se sont avérés incapables d'opérer les modifications nécessaires pour l'avenir de la Bosnie-Herzégovine. La Constitution de Dayton donne la compétence de principe aux entités constitutives, mais elle envisage implicitement le renforcement des institutions centrales. L'article III-5 envisage des responsabilités supplémentaires pour la Bosnie-Herzégovine avec l'accord de ses entités constitutives. Le Haut représentant Paddy Ashdown militait pour un renforcement de l'Etat central depuis sa nomination. Or aucune des deux entités ne veut y consentir.

Le 3 décembre 2002, le Haut représentant impose sa décision qui vaut réforme du conseil des ministres. Cette nouvelle loi renforce les institutions centrales en posant de nouvelles règles. Dorénavant, la présidence du Conseil des ministres ne sera plus tournante afin de favoriser une stabilité politique plus adéquate à un programme à long terme. Le

⁴⁵¹ Agreement on the Implementation of the Constituent Peoples' Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina : <http://www.ohr.int/> puis cliquer sur "constitutions".

⁴⁵² Cette disposition est le troisième point de la dernière partie de l'accord (V- Final/ transitional provisions).

⁴⁵³ Cette Cour se compose de neuf membres dont trois sont nommés par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme et ne sont pas citoyens de Bosnie-Herzégovine ni d'aucun Etat voisin (Voir article 6 de la Constitution).

⁴⁵⁴ Voir Commentaire de cette décision in MAZIAU Nicolas, « Le contrôle de constitutionnalité des constitutions de Bosnie-Herzégovine. Commentaire de décisions de la Cour constitutionnelle », *Affaire n° 5/98 Alija Izetbegovic*, *RFDC*, 2001, p. 194.

président du Conseil des ministres ne sera plus un des ministres à portefeuille afin de lui assurer un plus grand poids politique. Le Haut représentant crée également par sa réforme deux nouveaux ministères : celui de la justice et celui de la sécurité⁴⁵⁵. Ces modifications sont bénéfiques pour la Bosnie-Herzégovine mais elles ne sont pas le fruit des décisions des autorités bosniennes. Elles ont été prises par le Haut représentant qui n'a nullement pour mission de diriger l'Etat.

Le but du Haut représentant est de construire un Etat prospère, indépendant près à s'intégrer dans l'Union européenne. Cependant pour atteindre cet objectif il s'appuie sur ces compétences démesurées. Plus il se substituera aux autorités locales moins celles-ci seront en mesure de prendre en main cet avenir qu'elles n'ont pas voulu. D'ailleurs, l'« international crisis group⁴⁵⁶ » dans son rapport de juillet 2003 doute du désengagement international. Pour cette organisation non gouvernementale, « les leaders politiques locaux [...] ont perdu à la fois toute crédibilité et l'habitude de prendre leur responsabilité en ce qui concerne l'avenir de leur pays⁴⁵⁷ ».

Après l'organisation des premières élections générales sans l'aide de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe, la Bosnie-Herzégovine a traversé une crise politique. Le gouvernement nationaliste à la tête des institutions centrales ne fonctionnait pas. Il n'y avait plus de coopération entre la coalition nationaliste des cinq partis au pouvoir au niveau de l'Etat⁴⁵⁸. Cependant, le rapport de la commission européenne sur les conditions nécessaires à l'ouverture des négociations pour une entrée de la Bosnie-Herzégovine dans l'Union européenne et le partenariat pour la paix de l'OTAN a permis une évolution de la situation.

L'idée qui sous-tend ce rapport est la nécessité pour les autorités bosniennes de consentir à de nombreuses réformes notamment en ce qui concerne le transfert des compétences essentielles des entités constitutives à l'Etat. L'enjeu consiste à consolider l'Etat central sans que les entités y fassent obstacle. En novembre 2005, à l'occasion de la

⁴⁵⁵ Deux postes qui demeurent coquille vide.

⁴⁵⁶ Voir le site internet : <http://www.crisisweb.org>.

⁴⁵⁷ "Bosnia's nationalist governments: Paddy Ashdown and the paradoxes of state building", International Crisis Group, Balkans Report n°146, 22 juillet 2003, <http://www.intl-crisis-group.org>
Traduit par nous: " [...] local political leaderships that have lost both credibility and the habit of taking responsibility for their country's fate" (p. 2).

⁴⁵⁸ Parti pour la Bosnie-Herzégovine, Parti du progrès démocratique, SDA, HDZ, SDS.

commémoration des dix ans des accords de Dayton, les dirigeants des principaux partis politiques bosniens se sont engagés à entamer un processus de réforme constitutionnelle afin de renforcer l'autorité du gouvernement et rationaliser le Parlement et la Présidence. Le début du processus de désengagement de la communauté internationale dépend de cette réforme. Les négociations pour cette réformes ont commencé en mars 2006 entre les principaux partis du pays et sous la coordination de l'ambassade américaine à Sarajevo.

Le projet consiste à opter pour une élection indirecte du Président et des deux vice-Présidents avec une rotation tous les seize mois en lieu et place d'une élection au suffrage direct de la Présidence collective avec une rotation tous les huit mois. La révision constitutionnelle envisage également de renforcer le Conseil des ministres en lui conférant un véritable Premier ministre, d'augmenter le nombre de membres des deux chambres législatives sans toutefois accroître leur compétences et enfin d'opérer une distinction claires des responsabilités entre l'Etat et les Entités constitutives⁴⁵⁹. Bien que les différentes parties se soient entendues sur la nécessité d'une telle réforme, celle-ci demeure incertaine. En effet, les Serbes et les Bosniaques continuent d'avoir une vision opposée de l'avenir de la Bosnie Herzégovine : les premiers militent pour un Etat clairement fédéral et les seconds pour le maintien de la forme actuel de l'Etat. Aussi, la réappropriation de la constitution de Dayton demeure un objectif qui n'est pas encore atteint. Bien que les élections générales de 2006 et 2007 aient permis de constater le recul des partis nationaliste, elles ne permettent pas d'affirmer la fin de l'internationalisation du statut de l'Etat. En effet, le Haut représentant conserver son rôle prépondérant⁴⁶⁰ dans la mise en œuvre de l'action des autorités nationales⁴⁶¹.

Pendant dix ans, la Constitution de Dayton a donné naissance à un « Etat » dans l'incapacité d'assurer de façon autonome ses compétences de souveraineté. La Constitution de Dayton a instauré la paix mais n'a pas construit d'Etat : si la paix était désirée par toutes les parties, son implantation par l'organisation d'un Etat multinational se fondait sur une volonté politique internationale. D'ailleurs aujourd'hui encore, cette réalité se fait sentir

⁴⁵⁹ Voir le Rapport du Haut Représentant de février à juin 2006, <http://www.ohr.int/>

⁴⁶⁰ Après la période d'échec de la coalition organisée après les élections en 2003, la Bosnie-Herzégovine s'est retrouvée dans une impasse parlementaire. Aucune initiative politique ne pouvant être prise par les autorités nationales de l'Etat, les responsabilités politiques sont transférées au Haut représentant.

⁴⁶¹ En effet, le 23 mars 2007, Miroslav Lajčak, le Haut représentant en exercice a dû prendre une décision afin de rappeler les obligations des autorités de Bosnie-herzégovine en matière de coopération le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

dans les projets politiques opposés des communautés en présence qui justifient le maintien de la présence internationale pour assurer la pérennité de l'Etat. A Chypre, à aucun moment, la constitution hétéronome n'a pas permis de créer le consensus nécessaire pour assurer un fonctionnement réel de l'Etat. Au contraire, la volonté exogène des trois Etats constituants a mené à la mort de l'Etat chypriote tel qu'il était préétabli par les accords de Zurich.

B- L'impraticable constitution chypriote : la mort annoncée d'un Etat

La Constitution du 16 août 1960 organise un Etat bicommunautaire là où n'existe aucun projet commun. Elle aménage une vie dissociée dans l'Etat selon l'appartenance communautaire. Elle institutionnalise une vie politique inexistante. Cette constitution internationalisée est censée créer un Etat indépendant et souverain. Mais, en raison du contexte dans lequel elle a été élaborée, elle met sur pied une organisation étatique de compromis dépourvue de souveraineté (1) qui n'a pu surmonter la première crise politique majeure (2). Chypre

1- L'inexistence de la souveraineté de l'Etat chypriote.

La première disposition de cette constitution affirme que « [L]'Etat de Chypre est une République indépendante et souveraine [...]. Toute « République indépendante » se définit avant tout comme un Etat autonome. La Cour Permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'union douanière austro-allemande (1931) définissait cette notion comme suit : « Un Etat ne serait pas indépendant au sens légal du terme s'il était placé dans une situation de dépendance vis-à-vis d'un autre pouvoir, s'il cessait lui-même d'exercer sur son propre territoire la *summa potestas* ou la souveraineté, c'est-à-dire s'il perdait le droit d'exercer son propre jugement sur une décision prise par son gouvernement »⁴⁶².

La convention de Montevideo relatif aux droits et devoirs des Etats du 26 décembre 1933, met en évidence dans son article 1 les éléments constitutionnels indispensables pour qu'un Etat soit : une population permanente, un territoire et une administration définie et finalement la capacité de contracter avec d'autres Etats. L'article 3 de cette même convention dispose : « même avant sa reconnaissance, l'Etat a le droit de définir son intégrité et son indépendance »⁴⁶³. La charte des Nations unies dans son article 2-1 affirme l'égalité souveraineté de tous les Etats membres, principe qui implique une interdiction pour tout Etat de porter atteinte de quelque manière que se soit à l'indépendance politique des autres Etats⁴⁶⁴.

Au regard de ces divers éléments, l'acception du premier article de la Constitution chypriote n'est qu'une simple affirmation théorique dans la mesure où, il existe une dépendance chypriote évidente vis-à-vis des trois autorités garantes. Le texte fondateur, tel qu'il organise l'Etat, restreint l'exercice de la souveraineté reconnue comme indispensable. Avant même l'existence juridique de l'Etat, les Chypriotes se voient confisquer la réalisation de leur indépendance par l'exercice libre du pouvoir constituant originaire. Or, l'autonomie constitutionnelle est une compétence qui permet de donner tout son sens à

⁴⁶² CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law, op. cit.*, p. 68 et s. Traduit par nous: « A state would not be independent in the legal sense if it was placed in a condition of dependence on another Power, if it ceased itself to exercise within its own territory the *summa potestas* or sovereignty, i.e. if it lost the right to exercise its own judgement in coming to decision which the government of its territory entails ».

⁴⁶³ CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law, op. cit.*, p. 68. Traduit par nous: « Even before recognition, the state has the right to define its integrity and independence [...] ».

⁴⁶⁴ Article 2-4 de la Charte des Nations unies.

l'article 3 de la convention de Montevideo et à la résolution 1514. La déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux reconnaît « le rôle décisif que doivent jouer les peuples coloniaux dans leur accession à l'indépendance ». De plus conformément à la charte des Nations unies, « les Nations ne peuvent pas revendiquer le droit de se dicter mutuellement les principes suivant lesquels elles entendent organiser à l'intérieur leur gouvernement. Il appartient à chaque pays de choisir pour lui-même le système qu'il préfère à cet égard »⁴⁶⁵. Pourtant, la rigidité extrême de la Constitution chypriote empêche l'Etat de disposer du pouvoir constituant dérivé⁴⁶⁶.

Il existe également une restriction des compétences externes. La constitution est une véritable oeuvre de dépendance de l'Etat chypriote vis-à-vis de la *troïka* constituante. Les articles 1 al. 2⁴⁶⁷ et 2 al.2⁴⁶⁸ du traité de garantie et 185-2⁴⁶⁹ de la Constitution s'opposent totalement à l'article 1 de la convention de Montevideo confirmé en 1966 par le Pacte relatif aux droits civils et politiques⁴⁷⁰. Ils lui retirent le droit de traiter. L'article 1 al. 2 du Traité de garantie interdit toute alliance politique et économique. La première prohibition se justifie, l'accord entend empêcher tout rapprochement de la majorité grecque avec la Grèce. En revanche refuser à Chypre toute union économique renforce la dépendance à l'égard des trois Etats garants.

En 1931, la Cour Permanente de Justice Internationale a statué sur la notion d'indépendance. Elle estimait que l'Autriche en tant qu'Etat indépendant, conformément à l'article 88 du Traité de Saint Germain, bénéficiait du droit de décider dans les matières économiques, politiques et financières. Son indépendance étant violée dès qu'une atteinte

⁴⁶⁵ LAVROFF D.G., « Le statut de Chypre », *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶⁶ Voir *supra* (Chapitre I, Section II, Paragraphe II-B).

⁴⁶⁷ "It undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island."

⁴⁶⁸ "Greece, Turkey, and the United Kingdom likewise undertake to prohibit, so far as concern them, any activity aimed at promoting, directly or indirectly, either union of Cyprus with any other State or partition of the Island."

⁴⁶⁹ "The integral or partial union of Cyprus with any other State or the separatist independence is excluded". De surcroît cet article fait parti des dispositions insusceptibles de modifications. Il fait parti des points fondamentaux de l'annexe 3.

⁴⁷⁰ Article 1-1: « 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. » Article 1-2 : « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. »

était portée à cette liberté de décisions dans ces domaines⁴⁷¹. Si l'on se réfère à cette analyse de la Cour, l'Etat chypriote créé en 1960 n'est pas un Etat indépendant. Il est dans une réelle « situation de dépendance vis-à-vis d'un autre pouvoir »⁴⁷². De surcroît l'article 170-1⁴⁷³ de la constitution accorde au Royaume-Uni, à la Turquie et à la Grèce, la clause de la nation la plus favorisée pour tous les accords quelle que soit leur nature.

D'autres compétences Chypriotes relevant de sa souveraineté sont réduites. L'armée chypriote se limite ainsi à 2000 hommes⁴⁷⁴. En vertu du Traité d'alliance⁴⁷⁵ (Chypre, Grèce et Turquie) un Etat-major tripartite s'établit sur le territoire chypriote⁴⁷⁶. Enfin, le gouvernement britannique subordonne l'indépendance à l'octroi par la République de Chypre de deux bases et des droits nécessaires pour ces zones relevant de sa souveraineté⁴⁷⁷.

Malgré tous ces éléments, Chrysostomides Kypros estime que la République de Chypre est souveraine et indépendante. D'après lui, les divers traités internationaux aliénant ne sont pas la preuve d'une restriction totale de la souveraineté. La reconnaissance formelle de la souveraineté chypriote par ces mêmes traités en serait la preuve. Tous leurs éléments incompatibles avec l'indépendance de l'Etat chypriote, en font même des accords caducs. En définitive, l'accession de Chypre à l'Organisation des Nations unies serait la meilleure preuve de l'existence d'un Etat chypriote indépendant et souverain. Certes, ses arguments sont recevables mais on ne peut ignorer que ces divers accords internationaux appartiennent à l'ordonnement juridique chypriote. Ils font partie intégrante du droit positif de cet Etat jusqu'à ce jour⁴⁷⁸. N'ayant pas été légalement dénoncés, mais plutôt appliqués, ils sont effectifs et valides. Ils retirent tout réel contenu à la souveraineté

⁴⁷¹ CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law, op. cit.*, p. 68.

⁴⁷² Ibid.

⁴⁷³ "The Republic shall, by agreement on appropriate terms, accord most-favoured-nation treatment to the Kingdom of Greece, the Republic of Turkey and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for all agreements whatever their nature might be". Correspond à l'article 23 des accords de Zurich.

⁴⁷⁴ Article 129.

⁴⁷⁵ Article 2 du traité d'alliance.

⁴⁷⁶ Article 3 du Traité d'alliance. Il se compose de 950 officiers, sous-officiers, et soldats grecs et 650 officiers, sous-officiers et soldats turcs.

⁴⁷⁷ Le 19 février 1960 Chypre signe le Traité relatif aux bases militaires britanniques à Chypre. Les bases d'Akrotiri et Dhekelia sont alors dévolus au Royaume Uni.

⁴⁷⁸ Puisque le référendum sur le plan de l'ONU organisant la réunification chypriote a été un échec. Voir *infra* (Dans la même Section, Paragraphe II-B).

chypriote affirmée : « [...] *c'est une indépendance théorique qui est plus grande que celle qui découle de la pratique ou des dispositions de sa Constitution* »⁴⁷⁹.

Cet Etat, à la souveraineté fictive, n'a d'ailleurs pas su faire face à la crise de 1963 qui a mis fin au *statu quo* organisé par la Constitution.

2- Crise et fin de l'Etat bicommunautaire.

Fruit d'un extraordinaire compromis entre les autorités garantes, la Constitution n'est pas exactement ce qu'escomptaient les deux communautés de l'île. Pour les Grecs, l'*Enosis* est rendu totalement impossible⁴⁸⁰ ainsi qu'une partition de l'île pour les Turcs⁴⁸¹. Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des communautés, aucune de leur aspiration politique n'est réalisée. C'est dans ce climat que les autorités chypriotes doivent mettre en œuvre ce texte controversé. La constitution avec son organisation communautaire des pouvoirs s'avère impraticable.

Monseigneur Makarios, Président chypriote grec, propose le 23 novembre 1963 une révision du texte fondateur aux trois Etats garants de l'ordre constitutionnel⁴⁸². Son projet a pour but d'unifier le fondement des institutions. Il prévoit 13 modifications notamment la suppression du droit de veto du Président et du Vice-Président, l'élection du Président grec et du Vice-Président turc de la Chambre des Représentants par l'ensemble des membres de l'assemblée sans distinction d'appartenance communautaire et l'établissement de municipalités uniques. Il s'agit en fait d'abandonner tous les fondements de la constitution ou plus simplement d'une remise en cause des accords de Zurich portant structure de base de la République. Les 13 propositions sont jugées par les Chypriotes turcs comme étant le point de départ de l'union avec la Grèce. Elles attisent les discordes intercommunautaires. Les milices réapparaissent et les affrontements se développent. En août 1964, des casques

⁴⁷⁹ Traduit par nous. CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law, op. cit.*, p. 73: "[...] *As has been seen, its theoretical independence is rather greater than it is in practice or according to its Constitution...*".

⁴⁸⁰ Voir *supra* : article 1 al. 2 du traité de garantie, et l'article 185-2 (interdit à toute révision car situé dans l'annexe 3).

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² Voir *Supra*. Le Royaume Uni, la Turquie et la Grèce garantissent cet ordre en vertu de l'article 2 al. 1 du Traité de garantie (Dans le même titre, Chapitre I, Section II, Paragraphe II-B).

bleus interviennent⁴⁸³. L'Etat bicommunautaire prend fin lorsque les Chypriotes turcs quittent leurs postes et abandonnent ainsi toute responsabilité dans les institutions.

Une double scission s'organise : une sécession politique par la désertion turque des instances de la République et une séparation physique des deux communautés. De 1963 à 1964 le TMT (*Türk Mukavent Teskilâti* : organisation de défense turque) se charge de transférer les populations turques dans des enclaves. En juin 1964, l'ONU recense 25000 Turcs déplacés. Seuls 9000 musulmans vivent sous le contrôle de la République de Chypre. Environ 100000 habitants regroupés dans 45 enclaves vivent sous le contrôle d'une administration non reconnue par la République de Chypre. Elle se donne le nom d'administration provisoire chypriote turque.

En définitive, l'Etat chypriote, tel qu'il a été défini par le Royaume-Uni, la Turquie et la Grèce, n'a perduré que trois ans. Cette République n'a fait que masquer provisoirement l'incompatibilité des projets politiques des deux communautés. Pierre Blanc traduit bien cette idée en caractérisant la construction internationale de la République chypriote de « compromis dilatoire »⁴⁸⁴.

Lorsqu'une constitution est de nature hétéronome, sa réelle effectivité permet de déterminer si elle a été acceptée en tant que norme nationale valable. L'application des principales valeurs d'une telle constitution permet de rendre légitime l'atteinte originaire portée à l'autonomie constitutionnelle d'un Etat. En ce qui concerne, l'altération initiale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, elle aussi peut être expurgée par la réalisation de ce même droit.

⁴⁸³ L'UNFICYP.

⁴⁸⁴ BLANC Pierre, *La déchirure chypriote*, Géopolitique d'une île divisée, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 25.

SECTION II : Par la réalisation du droit d'autodétermination

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est caractérisé notamment par sa « virtualité permanente »⁴⁸⁵. C'est-à-dire qu'il ne s'éteint pas lors de son utilisation initiale. Il ne s'agit pas d'un droit de nature consommable. En se substituant au titulaire naturel du pouvoir constituant originaire, les Etats, constituants exogènes, ont porté atteinte au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Même si l'Allemagne, le Japon et la Bosnie-Herzégovine constituaient déjà des Etats, en vertu de la nature du droit d'autodétermination, les peuples de ces Etats en bénéficiaient toujours. En tant qu'Etat, leur souveraineté a été altérée et en tant que cadre territorial de peuples, c'est le droit de déterminer librement le statut politique qui a été atteint.

En Bosnie-Herzégovine, le refus de rendre effective la constitution de Dayton constitue en quelque sorte une expression négative du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. On pourrait conclure que les peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine refusent que l'annexe 4 témoigne d'eux-mêmes⁴⁸⁶.

En Allemagne, le Conseil parlementaire entendait l'œuvre constitutionnelle comme provisoire. Il inscrit dans la Loi fondamentale une disposition subordonnant la restauration du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la réunification allemande. Le Préambule de la constitution disposait dans sa formulation de 1949 : « Le peuple allemand, [...] désireux de donner à la vie politique un ordre nouveau pour une période de transition, a adopté en vertu de son pouvoir constituant, la présente Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. Il a agi aussi pour ceux qui étaient privés de la possibilité d'y coopérer : *le peuple allemand dans son entier demeure inviter à achever, en disposant librement de lui-même, de l'unité et de la liberté de l'Allemagne* »⁴⁸⁷. Les constituants de l'époque, dépossédés de leur pleine et entière souveraineté constituante, ont fondé la légitimité de cette Loi fondamentale provisoire sur le parachèvement de l'unité allemande

⁴⁸⁵ GROS ESPIELL Hector, *Le droit à l'autodétermination, Applications des résolutions de l'ONU*, Nations unies, New York, 1979, p. 8 (E/ CN.4/ Sub.2/405/Rev.1).

⁴⁸⁶ CHAUMONT Charles, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *Annuaire du tiers monde*, 1976, p. 15.

⁴⁸⁷ Traduit in ZIMMER Willy, *La réunification allemande contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille II, 1994, p. 464.

par une réalisation ultérieure du droit des Allemands à disposer d'eux-mêmes (**Paragraphe I**).

A Chypre, la maîtrise par la *troïka* du processus d'autodétermination l'a dénaturée. La Turquie, la Grèce et le Royaume-Uni n'ont pas simplement aidé à la réalisation de ce droit. Ils se sont substitués dans les droits des communautés chypriotes en conditionnant l'indépendance à la détermination d'un statut politique choisis par eux. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'a pas été pleinement réalisé. Aujourd'hui, dans la recherche d'une solution au problème chypriote, le leitmotiv est le respect effectif des droits. La possible unité de l'île ne peut se construire que dans la stricte observation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (**Paragraphe II**).

PARAGRAPH I : La réunification, expression de la libre autodétermination du peuple allemand

La constitution, dans ses termes originaires, consacre une réelle ouverture à la possibilité d'une réunification des deux Allemagnes. Elle en fixe les moyens par plusieurs dispositions constitutionnelles (**A**). En définitive, la réalisation de l'unité allemande n'est nullement passée par l'usage du pouvoir constituant originaire. Néanmoins, elle se caractérise par la concrétisation objective du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (**B**).

A- Les méthodes constitutionnelles possibles pour la réunification

Le Conseil parlementaire a veillé à une distinction juridique primordiale. La constitution identifiait d'une part, le principe classique des amendements à la constitution par le recours au pouvoir constituant dérivé⁴⁸⁸. D'autre part, elle fixait certaines méthodes

⁴⁸⁸ Il s'agit de l'article 79 : « (1) La loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte. En ce qui concerne les traités internationaux ayant pour objet un règlement de paix, la préparation d'un règlement de paix ou l'abolition d'un régime d'occupation ou qui sont destinés à servir la défense de la République fédérale, il suffit, pour mettre au clair que les dispositions de la Loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités, d'un supplément au texte de la Loi fondamentale qui se limite à cette clarification. (2) Une telle loi doit être approuvée par les deux tiers des membres du Bundestag et les deux-tiers des voix du Bundesrat. (3) Toute modification de la

pour assurer l'unification allemande. L'article 23 a trait au champ d'application territoriale de la constitution qui peut être élargie⁴⁸⁹. L'article 146 en affirmant la caducité de la Loi fondamentale « *le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple en pleine liberté de décision* », constitue l'arme explicite pour reconstruire l'unité allemande.

Cette différenciation, entre le pouvoir constituant institué et le pouvoir de réunification, met en évidence l'importance de la potentielle unité allemande pour l'équilibre de la Loi fondamentale, élaborée sous l'occupation. La réunification en tant qu'objectif politique se distingue fondamentalement d'une simple révision. Elle comporte l'idée d'une réalisation du peuple allemand. La Loi fondamentale donne en fait les moyens juridiques de l'unification. C'est-à-dire que le pouvoir constituant devient le moyen d'accéder au but d'unité.

Si la réunification s'opérait par le biais de l'article 23, le pouvoir constituant dérivé permettrait d'établir une loi qui complète la constitution en respectant les dispositions de l'article 79. La Loi fondamentale ne serait pas remise en question dans son intégralité. Elle serait adaptée à l'extension de son champ d'application territoriale. De la sorte, la Loi fondamentale demeurerait applicable et la République Fédérale allemande unifiée s'inscrirait dans une réelle continuité constitutionnelle.

En revanche, l'article 146 fondait la réunification sur la base de l'usage du pouvoir constituant originaire. Son exercice aurait supposé la fin de l'ordre établi par la Loi fondamentale de 1949. Le but de cette abolition était la détermination libre d'un nouveau statut politique par le peuple lui-même. La réunification se serait opérée sur la base de la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes via le recouvrement d'une pleine souveraineté constituante. Une telle option aurait assuré l'anéantissement total de la carence démocratique de la Loi fondamentale et de son caractère provisoire.

Toutefois, dans cette réalisation totale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, un minimum de règles semble s'imposer. En effet, l'article 146 suppose une « pleine liberté de décision » pour l'adoption d'une nouvelle constitution. Cette liberté ne peut être réelle

présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation, de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite.».

⁴⁸⁹ Il a été utilisé en 1956 lors du rattachement de la Sarre à la République fédérale d'Allemagne.

que dans un système démocratique assurant le respect des droits de l'Homme. Pour Thomas Würtenberger, « l'article 79 al.3 contient un noyau jusnaturaliste qui s'impose au pouvoir constituant »⁴⁹⁰. Les principes qui sont soustraits de façon absolue à la modification de la constitution forment le fonds commun de tout Etat de droit, notamment : le respect des droits fondamentaux, les principes de la démocratie, la séparation des pouvoirs. Le principe fédératif, ne constituant nullement une entrave à la liberté et à la participation au pouvoir, fait partie intégrante des principes constitutifs de l'Etat de droit allemand. Toute mise en œuvre de l'article 146 supposerait malgré une volonté de rupture, le maintien de certaines règles incontournables.

L'unité allemande s'est finalement établie sur la base de l'article 23 : les *Länder* de la République démocratique allemande ont intégré la République fédérale d'Allemagne. Comment faut-il interpréter la non-utilisation de l'article 146 ?

Cette disposition impliquait une rupture voulue de l'ordre constitutionnel. Or, la Loi fondamentale constitue un des éléments de définition de la nouvelle identité allemande. La révolution, qui a mis fin à la République démocratique allemande, s'est faite autour des valeurs proclamées par la Loi fondamentale. De surcroît, la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe a estimé que dans ce processus le but recherché prévalait sur la méthode utilisée. Elle affirme en septembre 1990 puis en avril 1991 que la réunification est un objectif de valeur constitutionnelle⁴⁹¹.

Le gouvernement fédéral a pu choisir discrétionnairement la meilleure méthode pour y parvenir. La Loi fondamentale ayant, acquis sa légitimité populaire à l'ouest et à l'est, la réunification ne nécessitait pas un rallongement de la procédure par l'utilisation du pouvoir constituant originaire. L'article 23 par son application rapide et son avantage de maintenir l'ordre constitutionnel l'a emporté sur l'article 146. La Loi fondamentale au moment de la réunification est parfaitement acceptée. Il n'existait pas une volonté allemande d'abolir

⁴⁹⁰ WÜRTEMBERGER Thomas, « L'article 146 nouvelle version de la Loi fondamentale : continuité ou discontinuité du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 605.

⁴⁹¹ Voir FROMONT Michel, « Les techniques juridiques utilisées pour l'unification de l'Allemagne », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 579.

l'ordre ancien, pour construire celui de la nouvelle Allemagne, dans un nouveau cadre constitutionnel⁴⁹².

B- La réunification, processus d'autodétermination libre du peuple

La procédure a suivi deux phases, interne et externe. La première concerne les deux Etats allemands et la réalisation de leur unité. La seconde fait intervenir les quatre puissances victorieuses qui doivent abandonner tous leurs droits afin de permettre l'accession de l'Allemagne réunifiée à la souveraineté. Au cours de ce processus le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est apparu sous ces deux aspects. D'un point de vue interne, ce droit correspond au libre choix d'un statut politique, social, économique et culturel. Et sous un angle externe, il concerne la détermination territoriale de l'Etat et également la reconnaissance de son indépendance.

L'unification allemande a d'abord eu lieu sur le plan économique et monétaire. Un traité entérine l'union entre les deux Etats allemands le 18 mai 1990. Entré en vigueur le 1^{er} juillet, il permet le passage de la République démocratique allemande à l'économie de marché. Dès ce stade, elle doit intégrer une part du droit de la République fédérale allemande et déclarer obsolète une partie du sien. C'est dépourvue d'une partie de ces compétences que la République Démocratique Allemande va négocier son union à la République fédérale d'Allemagne.

Les négociations se font dans le cadre de l'article 23 et vont prendre la forme d'un traité international entre deux Etats. Ce traité d'union politique va avoir pour conséquence la disparition de la République démocratique allemande. Conclu le 31 août 1990, il entre en vigueur le 3 octobre 1990. A l'est, il est ratifié par la résolution d'adhésion adoptée par la chambre du peuple le 28 août selon la procédure requise pour la révision constitutionnelle. Le peuple de la République démocratique allemande, par le biais de ses représentants, exerce son droit d'autodétermination par le biais d'une « libre intégration avec un Etat indépendant »⁴⁹³.

⁴⁹² WÜRTENBERGER Thomas, « L'article 146 nouvelle version de la Loi fondamentale : continuité ou discontinuité du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 597.

⁴⁹³ Résolution 2625.

Ce traité a également valeur constitutionnelle pour la République fédérale allemande. En raison de son objet, il permet la réalisation de la réunification. La recherche de cette unité est inscrite dans la constitution comme moyen de réaliser le droit de libre autodétermination. Ce traité constitue, en outre, un exercice particulier du pouvoir constituant dérivé. En effet, son article 4 procède à divers amendements constitutionnels. Dans le préambule, les articles 51 et 146 sont modifiés, deux nouveaux articles (135a et 143) sont introduits et l'article 23 est abrogé. L'unité achevée, certaines dispositions n'avaient plus lieu d'être pour la cohérence du texte et d'autres étaient nécessaires à l'organisation de la transition. Les deux Etats, dans leurs négociations intergouvernementales ont travaillé sur le statut politique préexistant. Le *Bundestag* et le *Bundesrat* ont approuvé l'ensemble de ce traité par la procédure de ratification sans distinguer les éléments qui auraient mérité un vote conformément aux dispositions de l'article 79.

Certes, la réunification est une démarche profondément allemande mais elle contient un volet externe qui concerne principalement les quatre puissances victorieuses et les Etats voisins notamment la Pologne pour la délimitation de la frontière. La réalisation de l'unité réclamant la liberté, les droits de réserve dont disposaient les Alliés devaient être levés. Le protocole statuant sur le statut de Berlin disposait en son article 7-2 : « En attendant, le règlement de paix, les Etats signataires coopéreront en vue d'atteindre par des moyens pacifiques leur but commun : une Allemagne réunifiée, dotée d'une constitution libérale et démocratique, telle que celle de la République Fédérale et intégrée dans la Communauté européenne »⁴⁹⁴.

La prescription de ce standard minimum constitutionnel constitue une entrave à la réunification en tant qu'expression du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cependant, il n'entraîne pas une extinction du droit en tant que tel. Si l'on se réfère, à la réalité du processus de négociations externes, il n'a pas porté sur le statut politique de la future Allemagne. Les Quatre puissances renoncèrent facilement à leurs droits. En revanche, le réel débat eut lieu avec l'Union soviétique concernant l'appartenance de l'Allemagne unifiée à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord. Finalement, le traité

⁴⁹⁴ ZIMMER Willy, *La réunification allemande contribution à la théorie du pouvoir constituant*, op. cit., p. 94.

de Moscou signé le 12 septembre 1990 proclame la pleine souveraineté de l'Allemagne unie qui a déjà statué librement sur sa norme constitutionnelle.

En somme, le peuple allemand en étant à l'origine du parachèvement de son unité a témoigné de lui-même. Bien que la méthode prescrite par l'article 146, affirmant le lien entre la réunification et le droit d'autodétermination, n'aie pas été choisie, le peuple a pris une décision libre en optant pour une procédure courte. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, même s'il peut s'exprimer par l'exercice du pouvoir constituant originaire, n'y est nullement astreint d'une manière absolue. La réunification a constitué en elle-même, le moyen pour le peuple allemand de se déterminer librement dans la mesure où elle s'est fondée sur une réelle volonté nationale de mettre fin à l'ordre d'après guerre.

De la même manière, dans le cas chypriote la volonté du peuple de l'île est prise en considération. Bien que le dernier plan de l'ONU respecte le droit du peuple chypriote à disposer de lui-même, celui-ci n'y a pas consenti. Prouvant ainsi, que la paix dans un nouvel ordre unifié ne pouvait plus se faire à l'encontre de la volonté du souverain national.

PARAGRAPHE II : L'organisation d'une réunification avec les chypriotes

Depuis l'annexion de 38% de l'île par la Turquie en 1974, Chypre est divisée en deux. Au Sud, la République de Chypre (grecque), seule reconnue internationalement, fonctionne encore avec de la constitution de 1960. Toutefois, toutes les dispositions concernant la participation turque aux institutions sont depuis 1963 demeurées lettres mortes. Au Nord, malgré l'auto-proclamation d'une République chypriote turque du Nord et la promulgation d'une constitution en 1983, seule la Turquie lui reconnaît une existence juridique.

En trente ans de négociations pour la résolution de la crise chypriote, le processus s'est fondé sur la volonté réelle des deux communautés d'entreprendre une action de réunification. Dès 1977, l'ONU a obtenu un premier accord inter-chypriote concernant la

structure d'un Etat réunifié : un Etat fédéral bicommunautaire, bizonal et non aligné⁴⁹⁵. Cette méthode exigeant le consentement réel des représentants chypriotes, s'oppose radicalement aux conditions de création de l'Etat chypriote en 1960. Si au départ, l'Etat indépendant chypriote bicommunautaire a été imposé aux Chypriotes, tout est désormais mis en œuvre par l'ONU pour que la réunification se fasse avec les Chypriotes et dans le respect de leurs droits **(B)**. C'est dans ce dessein, que l'ONU a joué son rôle en se cantonnant à une mission de bons offices **(A)**.

A- La mission de bons offices de l'ONU

Depuis la crise de 1963, l'ONU est présente à Chypre. En 1964, la Force des Nations unies à Chypre (UNFICYP) est créée. Elle est chargée initialement de mettre tout en œuvre afin de prévenir toute reprise des combats, de maintenir et rétablir l'ordre public. Par la suite, elle aura également pour mission de faire observer le cessez-le-feu et d'assurer l'assistance humanitaire. Mise en place dans un cadre provisoire, c'est-à-dire, en attendant qu'une solution soit trouvée, l'action de l'ONU se prolonge sur le plan diplomatique. De l'organisation d'enclaves turques à l'invasion de la Turquie, les négociations sont organisées avec l'ONU comme médiateur de bons offices.

En 1965, le médiateur onusien rend un premier rapport qui met en évidence deux éléments clés malgré le rejet du plan proposé⁴⁹⁶. Aucune solution n'est envisageable dans le cadre de la Constitution de 1960 et des traités qu'elle comprend. Ces textes sont contraires à toute réelle indépendance. L'idée de scission communautaire n'a aucune légitimité juridique. Une telle solution supposerait un déplacement de populations car la distinction communautaire n'a aucun fondement territorial préexistant. De la sorte, cette solution est contraire au droit international. Jusqu'à 1974, les pourparlers entre Chypriotes sous l'égide de l'ONU, se font sur la base du principe d'une réunification dans le cadre d'un Etat unitaire.

⁴⁹⁵ C'est sous l'égide de l'ONU, que Rauf Denktash et Mgr Makarios signent à Vienne cet accord le 12 février 1977.

⁴⁹⁶ Le médiateur propose une démilitarisation de l'île et la protection de la minorité turque par l'ONU dans le cadre d'un statut spécial.

Avec l'occupation turque organisant la partition de l'île fondée sur le déplacement des populations chypriotes grecques et turques, il n'est plus possible de négocier dans le dessein de construire un nouvel Etat unitaire. De surcroît, en février 1975, est proclamé au Nord, l'Etat autonome et fédéré de Chypre. Désormais, la distinction territoriale existe véritablement entre les deux communautés. Une nouvelle phase des négociations commence. Après, l'action unilatéralement entreprise par la Turquie, le Conseil de sécurité « prie [...] le Secrétaire général d'entreprendre une nouvelle mission de bons offices ». Ceci dans le but que les parties chypriotes parviennent « *librement* à une solution prévoyant un règlement politique et l'instauration d'un arrangement constitutionnel *mutuellement acceptable* »⁴⁹⁷.

Pour l'organisation des Nations unies, il s'agit de se positionner en tiers neutre dont le but est de faciliter le dialogue entre Chypriotes. Son action se limite à un pouvoir de proposition. Elle n'a nullement la capacité de trancher en lieu et place des parties opposées. Les bons offices de l'ONU doivent mener à l'obtention d'un accord entre Chypriotes. Cette voie diplomatique, par ses caractéristiques, permet une parfaite conciliation avec l'impératif du respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de la souveraineté de la République de Chypre.

Ainsi des premières rencontres en 1977 jusqu'aux dernières en avril 2004, la quête pour une solution au problème chypriote s'est fondée principalement sur les représentants des deux communautés. Aucun plan n'a été trouvé par le biais de cette méthode de négociations intergouvernementales. L'adhésion de la République de Chypre à l'Union européenne, le 1^{er} mai 2004, a permis au Secrétaire général de l'ONU de relancer les pourparlers fondés sur une nouvelle procédure.

C'est dans ce cadre que le 13 février 2004, les représentants chypriotes grecs et turcs ont consenti à ce que soit soumis à l'avis direct du peuple le projet du Secrétaire général, même s'ils venaient à le refuser. Le recours au référendum est conçu comme une solution ultime. Ce procédé de démocratie directe ne sera utilisé qu'à deux conditions. Premièrement, il faudra que les autorités chypriotes ne parviennent pas à s'entendre sur les changements à apporter au projet onusien. En cas d'échec de cette première phase, une

⁴⁹⁷ Résolution 367 du 12 mars 1975.

deuxième rencontre sera organisée avec la participation de la Grèce et de la Turquie. Ce n'est qu'après le nouvel échec de cette seconde tentative que le Secrétaire général de l'ONU sera en droit de soumettre son projet finalisé à un référendum séparé et simultané dans les deux parties de l'île. Quoiqu'il en soit, le consentement au plan, ne peut être que celui des représentants chypriotes. Ni l'ONU, limitée à sa mission de bons offices, ni la Grèce et la Turquie, en tant qu'Etats garants, ne peuvent se substituer aux représentants chypriotes.

Kofi Annan présente le plan de l'ONU comme s'efforçant « de tenir compte des préoccupations des deux parties » en créant « une situation où chacun trouve son intérêt »⁴⁹⁸. La question essentielle pour le Secrétaire général est la suivante : le plan onusien constitue-t-il « un cadre sûr pour un avenir commun »⁴⁹⁹ ? A cette question, les représentants chypriotes ont répondu négativement par deux fois. Dès lors, conformément à la procédure préalablement définie, le Secrétaire général a pu présenter directement son texte au peuple. Au nord et au sud de l'île, le peuple a dû répondre à cette question : « Consentez-vous à l'accord de fondation avec tous ces annexes, aussi bien les constitutions des Etats chypriotes grec/ turc et que l'accord en tant que lois valables, afin de rendre effectif le nouvel ordre étatique dans lequel Chypre adhèrera, unie, à l'Union européenne? »⁵⁰⁰.

B- Le plan du 31 mars 2004, conforme au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Ce plan soumis à l'approbation populaire est issu des modifications du plan de février 2003 proposé un an avant l'adhésion à Chypre dans l'Union. Il a ensuite été amélioré lors des rencontres avec les autorités chypriotes durant le processus de négociations. Il contient des éléments constitutionnels comme base d'une potentielle République Chypre réunifiée. Dans le dessein d'organiser la réunification chypriote, il ne se limite pas à développer les principes généraux de la future unité. Il donne les moyens précis selon lesquels devra s'organiser une République unifiée. L'Etat indépendant s'organisera autour d'un

⁴⁹⁸ Communiqué de presse SG/SM/9239, <http://un.org/News/fr-press/docs/2004/SGSM9239.doc.htm>

⁴⁹⁹ Ibid.

⁵⁰⁰ Traduit par nous : "Do you approve the Foundation Agreement with all its Annexes, as well as the constitution of the Greek Cypriot/ Turkish Cypriot State and the provisions as to the laws to be in force, to bring into being a new state of affairs in which Cyprus joins the European Union united?" in Plan onusien définitive pour Chypre (31/03/2004), p.137, http://www.cyprus-un-plan.org/Annan_plan_april2004.pdf

partenariat constitutionnel entre un gouvernement fédéral et deux Etats constitutifs égaux, l'Etat chypriote Grec et l'Etat chypriote Turc⁵⁰¹. Pour ce faire, il comporte les constitutions intégralement rédigées de la République unifiée, et de ces deux Etats constitutifs. Il ne s'agit pas pour autant d'un exercice du pouvoir constituant originaire de la République et des deux Etats constitutifs dans le cadre fédéral.

En effet, ce plan n'a pas de valeur juridique en tant que tel. Il n'est qu'une proposition dans le cadre de la mission de bons offices de l'ONU. Le pouvoir constituant originaire ne s'exerce pas dans le cadre du plan. Les textes constitutionnels qu'il comporte, ne sont devenus des actes pré-constituants qu'avec le consentement des autorités chypriotes de participer au processus de négociations. En approuvant l'accord cadre de la réunification, les Chypriotes auraient exercé de façon pleine et entière leur pouvoir constituant originaire. Les trois constitutions n'entrant en vigueur comme norme constitutionnelle qu'après l'accord référendaire. Dans le cadre de la mission de bons offices de l'ONU, ils n'auraient pu acquérir valeur juridique que par une sanction constituante nationale. Or, celle-ci n'aurait pu être donnée que par les Chypriotes soit indirectement via la représentation, soit directement par la voie du référendum du 24 avril 2004. Ainsi il est précisé que « l'accord ne rentrera en vigueur qu'avec l'approbation de chaque partie de l'île dans le cadre d'un référendum simultané [...] »⁵⁰²

Il s'agit d'organiser un nouvel ordre étatique à Chypre en respect des droits propres à l'Etat et au peuple. D'ailleurs, le préambule de l'accord de fondation prévoit une réelle réappropriation de la création de l'Etat en ces termes : « Affirmant que Chypre est notre maison commune et rappelant que nous étions co-fondateurs de la République établie en 1960 »⁵⁰³. La République de Chypre et la République turque de Chypre Nord, en tant que fondateurs associés de l'Etat, décident de construire un avenir commun dans le cadre d'un Etat indépendant.

⁵⁰¹ L'article 2.a des principaux articles http://www.cyprus-un-plan.org/Annan_plan_april2004.pdf

"The United Cyprus Republic is an independent state, in the form of an indissoluble partnership, with a federal government and two equal constituent states, the Greek Cypriot State and the Turkish Cypriot State".

⁵⁰² Traduit par nous, article 13 des principaux articles (partie A) : "This agreement shall enter into force upon approval by each side at separate simultaneous referenda [...]".

⁵⁰³ Traduit par nous : "Affirming that Cyprus is our common home and recalling that we were co-founders of the Republic established in 1960".

L'indépendance est un principe plusieurs fois affirmé dans la nouvelle République. En opposition à la situation de dépendance qu'organisait l'ancien ordre chypriote, l'accord tente d'organiser la réalité de la souveraineté. L'article 1-2 dispose : « l'indépendance, l'intégrité territoriale, la sécurité et l'ordre constitutionnel de la République unie de Chypre devront être sauvegardés et respectés par tous »⁵⁰⁴. Faisant référence aux traités de 1960 constituant une entrave à la souveraineté de l'Etat, cette disposition ne peut faire l'objet de modification. De la même façon et pour les mêmes raisons historiques, « l'union de Chypre entière ou partielle à un autre pays par quelque forme de partition ou de sécession et par tout autre changement unilatéral de l'ordre étatique établi par l'accord de fondation et cette Constitution, est interdit (article 1-3) »⁵⁰⁵. Cette disposition intangible n'entend pas pour autant empêcher les Chypriotes d'exercer à nouveau leur droit d'autodétermination. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en tant que droit non éphémère, persiste malgré une solution déjà entérinée. Cependant, il devra être exercé de façon débattue et consentie par les Etats constitutifs de cette nouvelle République Unie de Chypre. L'un de ces Etats ou tout autre Etat n'aurait pu imposer une modification unilatérale de l'ordre ainsi construit par le consentement mutuel.

Malgré l'affirmation constitutionnelle de la souveraineté et de l'indépendance du nouvel Etat, l'article 13 de l'accord de fondation accorde un rôle aux autorités garantes instituées par le traité de garantie de 1960. En effet, la Constitution de 1960 est toujours appliquée au Sud de l'île. Elle comprend des accords qui donnent un rôle incontournable à la Grèce, le Royaume-Uni et la Turquie dans l'avenir de l'île. Ce traité étant valable, on ne pouvait ignorer la *troika* garante du système de Zurich. La ratification du plan de l'ONU implique donc l'abandon du système instauré en 1960. Bien qu'intégrés à la Constitution, les traités de garantie et d'alliance ont une existence autonome. C'est la raison pour laquelle, l'accord relatif à la question chypriote tient compte de ce paramètre.

Ces deux traités organisent une réelle subordination de Chypre vis-à-vis de la *troika* constituante. Mais ils sont intégrés à l'annexe V comme « liste des traités internationaux et

⁵⁰⁴ Traduit par nous : "The independence, territorial integrity, security, and constitutional order of the United Cyprus Republic shall be safeguarded and be respected by all".

⁵⁰⁵ Traduit par nous : "Union of Cyprus in whole or in part with any other country, any form of partition or secession, and any other unilateral changed to the state of affairs established by the Foundation Agreement and its Constitution is prohibited".

instruments liant la République unie de Chypre »⁵⁰⁶. Cependant, l'accord dans sa partie C relative aux matières de traités relatifs au nouvel ordre étatique à Chypre, comporte un autre traité entre Chypre et la *Troïka* relatif au nouvel ordre établi. Dans son article 6A, la Grèce et la Turquie renoncent à la possibilité offerte par l'article 48-6 de la Constitution de la nouvelle République. Celui-ci permet à l'un des Etats constitutifs de demander, dans les deux ans de l'entrée en vigueur de l'accord de réunification, la modification d'un traité listé dans l'annexe V. Cette requête n'est cependant recevable que si d'une part, l'objet du traité relève d'une compétence exclusive des Etats constitutifs et d'autre part si le traité est de nature à permettre son application dans seulement un seul des Etats constitutifs. Les hautes parties contractantes peuvent opposer un refus à cette demande de modification du traité. Toutefois, lorsqu'il s'agira de la Turquie ou de la Grèce, l'application du traité sera suspendue sur le territoire de l'Etat constitutif concerné. Enfin, l'article 7 organise la véritable indépendance de Chypre quant à son avenir en disposant que les pays de la *troïka* « devront retirer et rectifier toute déclaration ou réserve qu'ils avaient faite dans des traités internationaux dans la mesure où ces déclarations et réserves concernaient leur position à l'égard du problème chypriote »⁵⁰⁷.

Outre ces dispositions qui ont le propre d'assurer une souveraineté concrète à Chypre, ce traité comporte des protocoles additionnels au traité d'établissement de 1960 (article 3), au traité de garantie (article 4) et au traité d'alliance (article 5). Dans le premier protocole, le Royaume-Uni renonce à ces droits de souveraineté sur les bases militaires d'Akrotiri et de Dhekelia. En somme dès la ratification populaire du plan, le Royaume Uni s'engageait à abandonner toutes ses obligations et responsabilités internationales à l'égard de ces zones afin que la souveraineté y soit assumée par la République Unie de Chypre.

L'annexe III au traité entre la *troïka* et Chypre unifiée comporte des modifications au Traité de garantie sur lequel, la Turquie s'était fondée en 1974 pour annexer une partie de l'île. « Le traité de garantie devra s'appliquer *mutatis mutandis* au nouvel ordre étatique établi dans l'accord de fondation et la Constitution de la République Unie de Chypre

⁵⁰⁶ Annexe V de l'accord: http://www.cyprus-un-plan.org/Annex_V_List_Treaties_and_Instruments.pdf

⁵⁰⁷ Traduit par nous : "The parties to this Treaty shall withdraw or rectify any declarations or reservations which they have made to international treaties in so far as such declarations or reservations arose out of their position regarding the Cyprus problem".

[...]»⁵⁰⁸. L'expression latine, exprime la nécessité de changer et conserver ce qui doit l'être, et ce en fonction des principes développés par l'accord de base. Il s'agit des règles auxquelles ont consentis les pays de la *troïka* dans le traité liant à l'Etat de Chypre rénové. Les aménagements nécessaires au traité éliminent toute contrariété à l'accord de base. Il s'agit notamment de respecter les articles 1-2 et 1-3 de la Constitution de la nouvelle Chypre⁵⁰⁹. En raison de ces dispositions intangibles, le Traité de garantie devra respecter la souveraineté interne et externe de Chypre, et s'abstiendra de porter atteinte à l'organisation chypriote.

L'annexe IV, valant protocole additionnel au Traité d'alliance entre la Grèce, la Turquie et Chypre, préconise lui aussi une application *mutatis mutandis* du traité de 1960. La démilitarisation de l'île étant posée comme une condition de la reconstruction chypriote, le traité en tiendra compte. De cette façon, l'article 3 du Traité d'alliance est annulé puisque désormais l'Etat-major triparti n'existera plus. Les présences militaires grecque et turque devront respecter le codicille, ajouté au traité d'alliance, relatif à la composition, l'équipement, les localisations et les activités des contingents turcs et grecs. Ces dispositions sont complétées par l'annexe V qui organise le départ progressif des troupes turques et grecques.

Telles sont les bases posées par le plan définitif du 31 mars 2004. Il tente de réhabiliter la souveraineté et le droit à disposer d'eux-mêmes du peuple chypriote en développant une logique prenant en compte la complexité du problème chypriote. Ces principes n'ont nullement été respectés en 1960 lors de la création initiale de l'Etat. Contrairement à ces premiers actes fondateurs organisant une indépendance formelle, ce plan tente de donner de la substance à la souveraineté et au droit d'autodétermination. L'ONU redonne à celui-ci sa capacité et sa force constituante en préconisant dans la procédure un recours ultime au peuple.

⁵⁰⁸ Traduit par nous, article 1: "The Treaty of Guarantee shall apply *mutatis mutandis* to the new state of affairs established in the Foundation Agreement and the Constitution.

⁵⁰⁹ Voir *supra*.

Le peuple malgré sa réponse négative à la réunification s'est réapproprié son destin politique⁵¹⁰. Le préambule de l'accord de fondation comportait une véritable déclaration d'exercice de la souveraineté constituante: « Nous, Chypriotes grecs et Chypriotes turcs, exerçant notre pouvoir constituant inhérent, par notre libre et démocratique commune volonté, exprimé séparément adoptons cet accord de fondation »⁵¹¹.

Bien que ce plan ait été refusé par les représentants puis par les Chypriotes grecs, il était conforme au droit des peuples et à la souveraineté de l'hypothétique République unie de Chypre. Il a permis aux Chypriotes grecs et turcs d'exprimer librement leur volonté sur le statut de leur potentielle union. Seule la volonté chypriote a primé malgré l'adhésion des pays de la *troïka* aux dispositions de l'accord de fondation. Dorénavant, aucune solution ne pourra être envisagée sans le consentement réel des Chypriotes grecs et turcs.

⁵¹⁰ Ce refus ne s'est pas fondé sur le maintien du *statu quo* de dépendance organisée par la Constitution de 1960. Il s'explique plutôt par une impression des Chypriotes grecs d'être lésés dans leur droit par rapport aux Chypriotes turcs.

⁵¹¹ Traduit par nous : "We, the Greek Cypriots and the Turkish Cypriots, exercising our inherent constitutive power, by our free democratic, separately expressed common will adopt this Foundation Agreement".

CONCLUSION

La substitution constituante entraîne des conséquences sur la nature de la constitution qu'elle produit. Celle-ci est entachée d'une carence démocratique initiale. Bien qu'il s'agisse d'une norme juridique, la constitution se caractérise par ses implications sociologiques et historiques. Mises à part les techniques juridiques, telle la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou la consécration de l'autonomie constitutionnelle, une constitution hétéronome peut trouver une nouvelle légitimité si le souverain décide de se la réapproprier.

CONCLUSION DU TITRE

La substitution constituante suppose qu'un Etat abandonne à un autre sa qualité de constituant. Bien que le juriste ait du mal à appréhender cette pratique, il ne peut l'ignorer. Aussi, faut-il la décrire au travers des principes que le droit positif lui fournit. La substitution constituante en tant que pratique s'inscrit dans le fait. Un Etat est dans une situation politique ne lui permettant pas d'exercer librement son pouvoir constituant originaire. Il se retrouve soumis aux exigences fixées par un autre Etat afin d'établir ou restaurer sa souveraineté.

Cette défaillance originelle due à l'incapacité de l'Etat d'exercer sa souveraineté n'est pas irréversible et influe sur le concept même de pouvoir constituant originaire. Le pouvoir constituant originaire, malgré une atteinte avérée à son essence, reste une force en puissance (au sens aristotélicien). Il est toujours présent. Une fois utilisé, il existe toujours. Malgré une aliénation, il ne peut disparaître. Il est d'une nature inépuisable dans son fondement. Il est lui aussi une « virtualité permanente »⁵¹². Son détenteur a toujours la possibilité de recourir à son pouvoir constituant. La substitution constituante n'implique pas la fin du concept du pouvoir constituant originaire comme compétence interne. Bien au contraire, elle confirme la nature substantiellement inaltérable de cette notion.

⁵¹² GROS ESPIELL Hector, *Le droit à l'autodétermination, Applications des résolutions de l'ONU*, op. cit, p. 8.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Face aux différentes crises que traversent les Etats, la communauté internationale ou les Etats les plus puissants développent différentes méthodes pour fournir l'aide la plus efficace possible. En principe cette intervention se fait dans le respect des règles du droit positif : la souveraineté, l'autonomie constitutionnelle, l'égalité souveraine et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cependant, en raison du contexte, l'action internationale se limitera à respect simplement formel du concept de pouvoir constituant originaire. Comme le rappelle Chaumont, « l'existence de questions « interdites » est le fruit des circonstances et des possibilités politiques de l'Etat, des moyens de puissance dont il dispose dans la société internationale »⁵¹³.

Dès lors que le pouvoir constituant originaire peut être soustrait des règles du droit constitutionnel, l'exercice qui va en être fait dépend des règles que se fixe l'autorité internationale afin de rétablir la souveraineté de l'Etat en cause. Quand il s'agit d'une organisation internationale, l'assistance constitutionnelle reste limitée. Lorsque cette internationalisation relève d'un ou plusieurs autre(s) Etat, la dépossession du pouvoir constituant originaire est généralement intégrale. Elle répond à un choix politique d'efficacité. Cette forme extrême de l'internationalisation fonctionnelle conduit à s'interroger sur les distorsions qu'elle crée dans la théorie du droit et par conséquent sur le nécessaire encadrement d'une procédure qui soustrait du droit interne la compétence constituante pour la soumettre à un acteur externe.

⁵¹³ CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 130.

DEUXIEME PARTIE : LE NECESSAIRE ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

« Internationaliser un rapport juridique – ou une situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de rapports-, c'est soustraire ce rapport au droit interne, qui le régissait jusqu'alors, et le placer sous l'empire du droit international, qui le régira dorénavant »⁵¹⁴.

Le droit constitutionnel inscrit l'exercice du pouvoir constituant originaire dans un cadre précis. Il concerne l'adoption de la norme fondamentale de l'Etat et l'expression de la souveraineté. Dans un système démocratique, la souveraineté appartient au peuple. Aussi c'est à lui, qu'il revient d'être l'acteur principal du processus constituant. Internationaliser le pouvoir constituant originaire consiste alors à soustraire cette aptitude constitutionnelle aux règles du droit constitutionnel pour la soumettre au droit international.

Dans cette matière, aucune règle spécifique ne concerne le pouvoir constituant originaire. Cette compétence n'existe pas dans l'ordre international. Toutefois, le droit international reconnaît les principes suivants : la souveraineté, l'égalité souveraine entre les Etats, les affaires intérieures et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ces valeurs sont difficilement conciliables avec l'idée de dépossession du peuple constituant. Il a déjà été constaté que l'immixtion de l'ordre international dans la compétence constitutionnel exige une condition préalable : une crise caractérisée qui empêche l'Etat de disposer de son pouvoir constituant originaire. La carence aggravée de l'Etat autorise l'intervention internationale.

Cette internationalisation se justifie initialement par l'inexistence des conditions juridiques d'exercice de la souveraineté. Son objectif n'est pas de pérenniser une telle situation de fait mais d'aboutir au rétablissement de la souveraineté. L'internationalisation du pouvoir constituant originaire représente le moyen pour l'Etat de retourner dans les cadres du droit constitutionnel. Aussi, même si les critères de l'autonomie constitutionnelle sont absents, la logique juridique de la souveraineté des Etats doit être prise en compte. En

⁵¹⁴ DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 1.

droit international public, les normes vont dans le sens d'une consécration de la souveraineté.

En somme, lorsque l'internationalisation concerne le pouvoir constituant originaire, elle ne doit pas atteindre sa forme la plus parfaite c'est-à-dire correspondre à celle qui crée « un pouvoir de domination d'une nouvelle autorité internationale, à qui sont dévolues de véritables prérogatives d'ordre étatique »⁵¹⁵. En revanche, il faut qu'elle demeure une « collaboration étroite »⁵¹⁶ et permettre au pouvoir constituant originaire de conserver sa nature initiale : l'expression de la souveraineté du peuple. L'internationalisation du pouvoir constituant originaire doit essayer de se conformer le plus possible au principe du droit des peuples à déterminer librement leur statut.

Le lien irréductible entre le pouvoir constituant originaire et la souveraineté mérite que l'internationalisation en tienne compte lorsque l'adoption d'une constitution est soumise au droit international. L'internationalisation du pouvoir constituant originaire doit être limitée. En effet, comme le remarque Verdross « le droit international présuppose l'existence de communautés juridiques indépendantes et [...] si le droit des gens interv[ient] si profondément dans la vie des Etats que leur indépendance en [est] abolie, il détr[uit] par là-même ses propres conditions d'existence et consomme sa propre disparition »⁵¹⁷.

De ces remarques préalables, on peut conclure que lorsque l'internationalisation du pouvoir constituant originaire se confond avec la substitution constituante, il n'existe plus de « collaboration étroite »⁵¹⁸ mais bel et bien une « domination d'une nouvelle autorité internationale »⁵¹⁹. La substitution constituante se développe en opposition aux nécessaires limites de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire ; elle comporte des contradictions qui aboutissent à la remise en cause du principe de souveraineté et de ses corollaires (**Titre I**). Elle prouve la nécessité d'un encadrement juridique de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire. Elle est une solution radicale à la

⁵¹⁵ Ibid. p.15.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid. p. 1.

⁵¹⁸ Ibid. p.15

⁵¹⁹ Ibid.

crise de certains Etats, et pousse à s'interroger sur les conditions de l'émergence d'un droit constitutionnel international (**Titre II**).

TITRE I : Les contradictions juridiques de la substitution constituante

La substitution constituante a pour finalité l'adoption internationalisée d'une constitution⁵²⁰. Elle consiste pour un Etat ou un groupe d'Etats à supplanter, par différentes méthodes, un autre Etat dans son droit élémentaire et autonome d'élaborer puis d'adopter sa norme constitutionnelle. Cette intervention internationale est justifiée par la situation de l'Etat subordonné. En effet, lorsqu'un Etat traverse une crise particulièrement grave, la communauté internationale peut intervenir même dans les matières relevant des affaires intérieures.

Toutefois, l'internationalisation⁵²¹ doit s'inscrire dans le respect des règles du droit international afin que l'exercice du pouvoir constituant originaire conserve le plus possible son intégrité⁵²². En droit international comme en droit constitutionnel, la souveraineté est le degré le plus haut de la puissance et de la liberté légale. Dans la première matière, il n'existe aucun lien de subordination entre l'Etat et les autres sujets de cet ordre à l'égard du droit international. Dans la seconde, l'Etat dispose du monopole normatif c'est-à-dire qu'il est seul habilité à établir les règles de droit. La substitution constituante met directement en cause à la fois le rapport d'indépendance de principe entre les Etats et l'autonomie de principe qui doit prévaloir dans l'appareil décisionnel de l'Etat constituant. Cette pratique s'oppose totalement au principe de souveraineté et à tous ces corollaires : l'égalité, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la souveraineté démocratique, l'autonomie constitutionnelle.

La substitution constituante n'est pas une méthode optimale afin de réaliser la restauration de l'Etat. En effet, au lieu de procéder par l'exercice du pouvoir constituant originaire à la restauration de la souveraineté, elle conforte son absence, et devient incapable d'atteindre l'objectif de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire qui est de restaurer la souveraineté et l'Etat constitutionnel. Par là, elle entre en

⁵²⁰ L'internationalisation, dans ce chapitre, lorsqu'elle qualifie la substitution constituante a le sens de « qui a lieu entre plusieurs Etats ».

⁵²¹ Dans son sens donné par DELBEZ Louis voir l'introduction de la seconde partie.

⁵²² C'est-à-dire le sens du pouvoir constituant originaire dans le droit constitutionnel. L'internationalisation n'a pas dans ce cas l'objectif de changer la nature de cette compétence.

contradiction avec cet objectif dans la mesure où pour restaurer l'Etat, elle nie la souveraineté et ce qu'elle implique (**Chapitre I**). . En réalité, ces contradictions avec la souveraineté se justifient en réalité par la nature politique de la substitution constituante. Bien qu'elle ait recours aux techniques juridiques, elle reste avant tout une réponse strictement politique à la crise d'un Etat (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : La substitution constituante ou les contradictions avec la souveraineté

La substitution constituante implique la subordination d'un Etat à un autre ou à un groupe d'Etats. Elle porte donc atteinte à la souveraineté. Pourtant, la souveraineté reste, le principe cardinal de la science juridique. Les premiers juristes qui, la théorisent, lui donnent un sens absolu. Par conséquent, la substitution constituante est totalement incompatible avec une conception de la souveraineté entérinant l'idée de suprématie absolue. Au cours des siècles, le concept a connu certaines évolutions dans sa définition, tout en restant le caractère premier de l'Etat.

En droit constitutionnel, cette notion s'est adaptée à l'insertion de l'Etat dans la société internationale. La souveraineté n'a pas pour objectif d'empêcher les relations des Etats entre eux. Ainsi, confrontée au phénomène d'internationalisation, la souveraineté ne disparaît pas mais, développe de nouvelles acceptions. Malgré les diverses modulations théoriquement admises dans l'expression de la souveraineté, la substitution constituante demeure contraire au droit constitutionnel.

En droit international, la souveraineté garantit à l'Etat son indépendance et elle empêche toute intervention dans les affaires intérieures. Toutefois, elle n'écarte pas toute intrusion qui serait justifiée par la signature d'une convention, par le manquement aggravé d'un Etat à ses obligations découlant de la charte des Nations unies ou à cause d'une situation créant les conditions de rupture de la paix et de la sécurité internationales. Ainsi, le droit international prévoit des conditions strictes au principe d'internationalisation. Pourtant, la substitution constituante, ne s'intègre nullement dans ce cadre.

Les contradictions de la substitution constituante avec la souveraineté demeurent, malgré les assouplissements de ce principe cardinal du droit public (**Section I**). Face à ces contradictions inhérentes, la substitution constituante a recours à la fiction pour se garantir les effets d'une procédure respectant le principe de souveraineté (**Section II**).

SECTION I : La souveraineté, principe cardinal du droit public

L'Etat est un corps politique particulier qui se définit par le triptyque suivant : « une substance humaine, un territoire [qui] permet à la nation de réaliser son unité et une puissance publique s'exerçant supérieurement sur tous les individus qui font partie du groupe national ou qui résident seulement sur le sol national »⁵²³. De ces trois critères, seule « la puissance dont est doué l'Etat »⁵²⁴ le distingue de tous les autres groupements. « Cette puissance dont lui seul est capable »⁵²⁵ constitue « la qualité essentielle de l'Etat »⁵²⁶.

La souveraineté « forme le fondement même du droit public »⁵²⁷. « Le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'Etat entre directement en jeu »⁵²⁸ se fonde sur l'existence de ce caractère propre de cette « personne collective et [...] souveraine »⁵²⁹. En droit constitutionnel (**Paragraphe I**) comme en droit international public (**Paragraphe II**) la souveraineté constitue l'élément essentiel du statut de l'Etat. Dans chacune de ces matières, elle correspond à une définition précise et fait l'objet de diverses controverses, interprétations et évolutions.

PARAGRAPHE I : La souveraineté en droit constitutionnel

Principe essentiel du droit constitutionnel, la souveraineté se définit de façon immuable comme le caractère propre de l'Etat. La souveraineté est ici entendue de façon absolue depuis son émergence théorique (**A**). L'idée de substitution constituante est alors incompatible avec une telle définition. Cependant, confronté à la réalité étatique, ce principe a subi de nombreuses interprétations afin de permettre à l'Etat de partager ces compétences, tout en conservant son statut spécifique (**B**). Ces définitions moins absolues

⁵²³ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 2 et s.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ EISMEIN cité in CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. V (Avant-propos).

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 1.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 10.

de la souveraineté permettent de s'interroger sur leur compatibilité avec la substitution constituante⁵³⁰.

A- Le principe stricto sensu

Wolxheim, dans l'avant-propos de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, (Tome I), considère que « la science juridique a pour spécificité propre de définir et de caractériser les diverses sortes de droits par le maximum de la faculté que chacun de ces droits comporte au profit de son titulaire »⁵³¹. La souveraineté est le pouvoir suprême de commandement dans un Etat car « pour le juriste la question n'est point tant de savoir si l'Etat a ou non besoin de collaboration, mais bien plutôt de rechercher le point extrême jusqu'où s'étend le pouvoir de l'Etat à l'égard de ceux de ses membres qui se refuseraient à collaborer »⁵³². La souveraineté est une nécessité pour l'Etat, elle représente la puissance dominatrice suprême. Cette puissance est indépendante car, n'« est souverain [que] celui qui décide de la situation exceptionnelle »⁵³³. Elle est une puissance au sens aristotélicien du terme. L'Etat qui est potentiellement capable de recourir, lorsqu'il est nécessaire, à sa force de contrainte et de commandement, est souverain.

A juste titre, Bodin envisage la souveraineté comme une puissance perpétuelle. Elle ne se limite pas à un simple ensemble de compétences ou à la détermination de l'organe supérieur dans l'Etat. Elle sublime ces divers aspects pour se perpétuer dans la continuité de principe de l'Etat. « La souveraineté a une existence intemporelle par opposition à la variabilité de l'unité politique dans laquelle elle s'exerce »⁵³⁴. Elle ne se confond nullement ni avec son titulaire, ni avec celui qui l'exerce et ni avec certaines compétences. De ce point de vue, l'Etat aurait perdu sa souveraineté dans le passage de la légitimité monarchique à la légitimité démocratique⁵³⁵ : le souverain n'est pas une personne

⁵³⁰ Voir *infra* dans le même chapitre, Section II.

⁵³¹ Ibid., p. XII.

⁵³² Ibid., p. XIV.

⁵³³ SCHMITT Carl, *Théologie politique*, Editions Gallimard, Paris, 1988, p. 15. L'auteur précise également à la page 23 du même ouvrage que : « L'exception [...] échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision dans son absolue pureté ».

⁵³⁴ CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ, Paris, 2000, p. 32.

⁵³⁵ Dans son acception originelle, seul le prince est souverain car « il n'est tenu que par Dieu » (BODIN Jean, *Les six livres de la République*, Scientia Aalen, Paris., 1961, p. 124). Toute élection lui retirerait sa souveraineté que seul l'hérédité lui donne. Bien que le pouvoir absolu découle du peuple, celui-ci n'est pas

physique, il est « le représentant de la personne publique qu'est l'Etat »⁵³⁶. La restriction même volontaire de certaines compétences annihilerait la souveraineté. Aussi, l'Etat dont le pouvoir constituant originaire est exercé par une autre autorité que lui, n'est pas seulement dans une situation dans laquelle les conditions d'exercice de la souveraineté sont absentes, il n'est pas souverain.

La souveraineté exige l'existence d'un certain type de compétences, la plus substantielle consiste à disposer du pouvoir d'élaborer la loi. « Que le souverain déclare la guerre ou conclue la paix, qu'il institue les officiers, qu'il tranche les litiges en dernier ressort ou gracie un condamné [...] ce sont là autant de décisions qui relèvent du droit fondamental du souverain de faire la loi »⁵³⁷. En tant qu'ordre juridique, l'Etat se fonde sur des normes. La prérogative pour l'établissement de ce système normatif relève en toute logique de la souveraineté. Schmitt défend également cette idée, puisque selon lui, la souveraineté de l'Etat s'exprime par son pouvoir de décision notamment celui de créer le droit positif⁵³⁸. Par conséquent, l'Etat qui n'est pas en mesure d'établir la norme des normes, n'en est pas un.

Au regard de ces aspects concrets du fonctionnement et de l'organisation de l'Etat, il est « impossible de construire la théorie juridique de l'Etat, sans y faire intervenir un élément de puissance »⁵³⁹. Toute exclusion du principe de souveraineté dans l'Etat, serait en totale contradiction avec le pouvoir effectif ou potentiel de commandement et de contrainte dont dispose l'Etat à l'égard de ses sujets. Sans cette souveraineté, l'Etat ne serait pas en mesure de réclamer le respect de son statut dans l'ordre international et son champ territorial de compétences ne serait plus protégé des ingérences extérieures. La nécessaire coexistence des sujets du droit international n'autorise pas l'extension du pouvoir de commandement sur le territoire et la collectivité humaine d'un pair. L'égalité

souverain. En effet, le monarque est souverain « car le peuple s'est dessaisi et dépouillé de la puissance souveraine pour l'ensaisiner et l'investir : et à lui et en lui transporté tout son pouvoir, autorité, prérogatives, et souverainetés ». Il s'agit d'un « don » du peuple sans « forme de précaire ». Il n'organise aucun droit de regard sur l'exercice de cette « puissance absolue » par un « magistrat » ou un « commissaire ». Par conséquent, en octroyant « la puissance à quelqu'un tant qu'il vivra, en qualité d'officier ou lieutenant », le peuple n'est nullement titulaire de la souveraineté » (BODIN Jean, *Les six livres de la République*, op. cit., p. 127).

⁵³⁶ GOYARD-FABRE Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, Paris, 1989, p. 94.

⁵³⁷ Ibid., p. 98.

⁵³⁸ Voir SCHMITT Carl, *Théologie politique*, op. cit., p. 18 et s.

⁵³⁹ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, op. cit. p. XV.

souveraine n'est nullement liée à la puissance économique ou financière des Etats mais découle de la qualité même de souverain⁵⁴⁰.

De façon immuable, la souveraineté demeure « le vrai fondement et le pivot sur lequel tourne l'état d'une Cité »⁵⁴¹. Bodin résume cette nécessité absolue pour l'Etat d'être souverain dans la métaphore suivante : « tout ainsi que le navire n'est plus que bois, sans forme de vaisseau, quand la quille, qui soutient les côtes, la proue, la poupe et le tillac sont ôtés : aussi la République sans puissance souveraine, qui unit tous les membres [...] en un corps, n'est plus République »⁵⁴². Pour être, l'Etat doit être souverain.

Cette définition de la souveraineté ne peut permettre l'existence de la substitution. En effet, celle-ci autorise le retrait de la capacité constituante alors même que, la souveraineté est inaliénable, suprême, indivisible et absolue⁵⁴³.

Cette conception de la souveraineté est totalement absolue : l'Etat souverain ne peut-être limité « ni en puissance, ni en charge, ni à certains temps » même s'il le fait en exprimant sa propre et libre volonté⁵⁴⁴. Le souverain « ne peut lier les mains quand ores il le voudrait »⁵⁴⁵. La souveraineté ne peut-être que si elle est suprême, pleine et entière : « rien ne peut la borner »⁵⁴⁶. Ce caractère absolu de la souveraineté est en totale contradiction avec l'existence du droit des gens. Aussi avec le développement de ce droit international, un assouplissement théorique est indispensable. La souveraineté persiste

⁵⁴⁰ Il est par conséquent contestable de considérer la possession de l'arme nucléaire comme une vraie marque de souveraineté (Voir CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, op. cit., p. 106). Cette prérogative n'est nullement nécessaire à l'existence et au fonctionnement de l'Etat. Certes, elle octroie à celui qui la possède une force de dissuasion internationale mais elle ne relève ni directement ni indirectement de la nécessité pour l'Etat de construire un ordre juridique. Accorder la qualité de vraie marque de souveraineté à une telle compétence militaire est symptomatique de la politisation de la souveraineté et de la relativisation de la souveraineté juridique. En effet, bien que le droit doive tenir compte des réalités sociales, si la souveraineté doit rester le principe cardinal des droits interne et international, la science juridique doit continuer à sublimer les inégalités économiques, politiques et militaires. « Les pays sont inégalement puissants mais les facteurs de fait sont dépourvus de pertinence en droit » (COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international Public*, op. cit., p. 23) : « un petit Roi est autant souverain, que le plus grand Monarque de la terre » (BODIN Jean, *Les six livres de la République*, op. cit., p. 13).

⁵⁴¹ BODIN Jean, *Les six livres de la République*, op. cit., p. 14.

⁵⁴² Ibid., p. 12.

⁵⁴³ Ce sont les caractères de la souveraineté pour Bodin.

⁵⁴⁴ BODIN Jean, *Les six livres de la République*, op. cit., p. 124.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 132.

⁵⁴⁶ GOYARD-FABRE Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, op. cit., p. 96.

même s'il est désormais reconnu que la condition de la souveraineté est de pouvoir s'obliger en vertu de sa propre et libre volonté.

Hier comme aujourd'hui, la souveraineté se définit toujours, en droit constitutionnel, comme « le caractère d'un pouvoir originaire et suprême. *Pouvoir originaire* : d'où procèdent tous les autres. *Pouvoir suprême* : au-dessus duquel il n'y en pas d'autre »⁵⁴⁷. La conception de la souveraineté interne demeure absolue. Dans ce contexte théorique, la substitution constituante n'a aucun fondement juridique. Elle est une contradiction de ce principe cardinal du droit public. En effet, même si un Etat ne dispose plus des conditions d'exercice de sa souveraineté, il est considéré, dans le cadre de la substitution constituante comme source de souveraineté.

Cette définition historique de la souveraineté, n'est pas en adéquation avec les réalités et « exigences de la vie internationale contemporaine [...] qui ne sauraient s'accommoder de « l'exercice » exclusif de la souveraineté par le peuple/nation »⁵⁴⁸. Ainsi, le fait que le même sens soit continuellement attribué à un concept dont la réalité évolue, est une entrave à une réelle préhension d'une conception moderne par la théorie du droit. Or, « quand des théories et des notions de droit public se transforment sous la pression d'événements et de changement politiques, le débat s'inscrit dans les perspectives pratiques du moment et modifie les représentations reçues selon quelque raison obvie de l'heure »⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ DE VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Armand Colin, Paris, 4^e édition, 2003, p. 224 et s.

⁵⁴⁸ PELLET Alain, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°4, p. 116.

⁵⁴⁹ SCHMITT Carl, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 27.

B- L'évolution du concept

« Une construction juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle est la synthèse des faits réels ; ou si l'on veut, une formule juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle exprime en langage abstrait une réalité sociale »⁵⁵⁰.

Dans la conception stricte et absolue de la souveraineté, la substitution constituante ne peut être envisagée. L'idée d'une souveraineté puissance suprême, inaliénable, indivisible et absolue « exclut toute possibilité de partage » : « la souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir »⁵⁵¹. Cette acception de la souveraineté ne correspond pas à la réalité sociale. En effet, cette dernière est celle d'un possible encadrement de la souveraineté. Il est donc nécessaire de présenter les différentes acceptions modérée de la souveraineté avant de déterminer, si elles permettent d'annihiler toutes les contradictions qui existent entre ce principe cardinal du droit public et la substitution constituante⁵⁵².

Le premier assouplissement de la souveraineté répond à la nécessité d'assurer l'intégration de l'Etat dans la structure internationale (1). S'ajoutent à ces premières analyses autorisant la limitation de la souveraineté, celles du juge constitutionnel français. En effet, confronté aux transferts de compétences de la France vers les institutions européennes, le Conseil constitutionnel ne se réfère pas au concept de souveraineté, qui empêche toute limitation, mais aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁵³. Cette notion est née de la nécessité pour le juge constitutionnel de concilier deux principes. Le premier, l'alinéa 15 du préambule de 1946 : « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix »⁵⁵⁴. Le second, l'article 3 de la Constitution qui dispose : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » (2).

⁵⁵⁰ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome I : Théorie générale de l'Etat*, Fontemoing et Compagnie, Paris, 1911, p. 47.

⁵⁵¹ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵² Voir *infra* dans le même chapitre, Section II, Paragraphe 1.

⁵⁵³ Cette notion apparaît pour la première fois dans la Décision du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg du 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes*.

⁵⁵⁴ Alinéa 15 du Préambule de 1945.

1- La souveraineté en tant que puissance

La souveraineté, confrontée au phénomène d'internationalisation « est soumis[e] à la grande loi de l'évolution »⁵⁵⁵. Toutefois son adaptation au contexte international ne peut être que limitée. Elle est un principe cardinal car elle représente une conception particulière de l'Etat. Grâce à la souveraineté, l'Etat se distingue de toute autre entité juridique. Ce qui justifie qu'il dispose des moyens nécessaires à la conservation de son autorité. L'évolution de la souveraineté ne peut donc aboutir à réduire substantiellement la nature de l'autorité de l'Etat. Si la souveraineté perdait sa force protectrice, l'Etat ne disposerait plus d'aucune spécificité dans l'ordre externe. Il n'aurait plus la compétence suffisante pour s'imposer dans son ordre interne. Par conséquent, la souveraineté ne peut changer de nature au risque d'enclencher une révolution dans l'ensemble du système juridique.

En revanche, un effort de clarification du contenu conceptuel peut aider à mieux définir son évolution. Carré de Malberg le rappelle, la souveraineté est un ensemble conceptuel. En tant que telle, sa compréhension exige une distinction entre la souveraineté et la puissance étatique. La souveraineté n'est que négation de la dépendance. Or la puissance étatique consiste essentiellement en « des pouvoirs effectifs, en des droits actifs de domination : elle a nécessairement un contenu positif ; dans la pure idée de souveraineté il n'entre au contraire qu'un élément négatif »⁵⁵⁶. Il existe ainsi deux acceptions de la souveraineté. La première ne peut être susceptible d'aucune restriction, sémantiquement parlant car, elle positionne l'Etat comme acteur interne et externe indépendant. La seconde prend la forme de la puissance qui se compose de « la somme de tout ce que l'Etat peut faire »⁵⁵⁷.

Selon Michel Troper⁵⁵⁸, la conciliation de toutes les acceptions de la souveraineté est possible dès lors que l'on définit clairement les fonctions de l'Etat souverain. Tout d'abord, la souveraineté est indivisible mais seulement lorsqu'il s'agit de « la qualité de l'organe, qui est au-dessus de tous les autres »⁵⁵⁹ : le Parlement ou le peuple par exemple.

⁵⁵⁵ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome I : Théorie générale de l'Etat, op. cit.*, p. 687.

⁵⁵⁶ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I, op. cit.*, p. 76.

⁵⁵⁷ TROPER Michel, « La souveraineté de l'Etat et la hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 95.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Ibid.

Ensuite, elle est parfaitement divisible et limitable quand il s'agit de la puissance de l'Etat entendue comme un ensemble de compétences. Enfin, aucune interprétation ne peut entériner une conciliation entre la souveraineté et une quelconque dépendance à l'égard d'une autre autorité étatique.

Ainsi la puissance étatique peut être limitée sans que la souveraineté autorise la subordination. La sujétion n'est nullement synonyme de limitation des compétences. « Dans son acception propre et historiquement originaire, la souveraineté n'est donc qu'un caractère de la puissance d'Etat : elle ne se confond point avec elle »⁵⁶⁰. En conséquence, le phénomène d'internationalisation n'est compréhensible que s'il n'y a aucune confusion entre la souveraineté inaliénable et la puissance étatique. En effet, toute assimilation conduit à octroyer injustement à la puissance étatique les caractéristiques intangibles de la souveraineté.

Bien que la puissance étatique puisse se limiter, aucune mesure dans ce sens ne peut être effective sans le consentement de l'Etat. Dans le cas contraire, la souveraineté est directement atteinte dans ses deux acceptions : l'indépendance (la souveraineté externe) et la qualité de volonté supérieure dans l'Etat.

L'internationalisation des compétences relève de la puissance étatique et non directement de la souveraineté. Le terme de puissance étatique représente mieux les adaptations nécessaires à l'insertion de l'Etat souverain dans le mouvement de l'internationalisation. En effet, bien qu'il rime avec le pouvoir de commander, il comporte aussi l'idée d'une possibilité, d'une virtualité. Sa définition peut comprendre le niveau minimum comme le plus élevée du pouvoir de dominer. Toutefois, la référence à la puissance étatique n'épuise pas toutes les interrogations concernant le seuil au-delà duquel la réduction de cette puissance étatique aboutit à une négation de la souveraineté.

Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel français a élaboré une théorie spécifique dans le but de définir cette limite. Les conditions essentielles à l'exercice de la souveraineté nationale peuvent servir de grille d'analyse pour une meilleure compréhension du concept de souveraineté en droit constitutionnel et *a fortiori* sur ses

⁵⁶⁰ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 76.

rappports avec l'internationalisation du pouvoir constituant originaire. En effet, dans les cas d'immixtion exogène dans l'exercice du pouvoir constituant originaire, on est confronté à la nécessaire conciliation entre la puissance étatique qui peut être limitée et le principe de la souveraineté démocratique qui veut que : quels que soient les Etats, le droit constitutionnel moderne considère que la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce au moins par *ses* représentants.

2- Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

Le juge constitutionnel français, en préférant se référer, à partir de 1970, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, à la place du concept de souveraineté, construit un système dans lequel « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que [...] la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de *transferts de compétences* consentis par les Etats membres »⁵⁶¹. La définition exacte de cette nouvelle notion est très empirique. Certes dans les décisions du 22 mai 1985 et du 25 juillet 1991, le Conseil constitutionnel l'assimile au « devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ». Mais cette assimilation ne perdure pas.

Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale s'analysent au cas par cas. Tout transfert de compétence, pour être conforme aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, est jugé selon qu'il s'agit de « compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁶², et selon les modalités de celui-ci. Lorsqu'il y a internationalisation formelle des constitutions, la compétence en cause est celle de l'initiative et de l'exercice du pouvoir constituant originaire. Il convient alors de déterminer dans quelle mesure, les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale peuvent fonder l'internationalisation du pouvoir constituant, tout en assurant la pérennité du concept de souveraineté.

⁵⁶¹ Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, 92-308 DC, Traité sur l'Union européenne, Considérant 13.

⁵⁶² Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Considérant 27.

Le postulat de base en droit constitutionnel est l'indivisibilité de la souveraineté interne. En faisant apparaître la notion de conditions essentielles à l'exercice de la souveraineté nationale, le juge occulte ce caractère pour ne se préoccuper que des modalités d'exercice de la souveraineté dans le contexte d'une européanisation des compétences de souveraineté.

Les « transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit »⁵⁶³, pour être autorisés, ne doivent « porter atteinte, ni par [leur] nature ni par [leur] importance aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁶⁴.

La norme fondamentale de référence pour le juge constitutionnel est l'article 3 de la constitution française. Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sont directement mises en cause lorsqu'il existe un risque pour le peuple souverain de ne plus exercer sa souveraineté par le biais de *ses* représentants nationaux et par la voie du référendum. Ce risque consiste en fait à perdre le monopole de l'exercice de la souveraineté nationale, puisque « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement, que dans son exercice, *ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardé comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français* élus dans le cadre des institutions de la République »⁵⁶⁵.

Dans toutes les décisions relatives aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, l'objectif est d'encadrer les situations où la construction européenne entraîne un partage de la souveraineté nationale par la force conventionnelle. Le principe étant le monopole, le transfert d'une compétence aux institutions européennes

⁵⁶³ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1976, 76-71 DC, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, Considérant 2, les précisions en italiques sont faites par nous.

⁵⁶⁴ Conseil constitutionnel, 19 juin 1970, 70-39 DC, Traité de Luxembourg du 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes, Considérant 9.

⁵⁶⁵ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1976, 76-71 DC, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, Considérant 6.

ne doit pas empêcher l'Etat de contrôler les domaines et les modalités de ces limitations d'exercice de compétences nationales.

En ce qui concerne la construction européenne, le juge constitutionnel a ainsi considéré que constituaient des matières qui « intéressent l'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁶⁶ : les politiques monétaires et de change (Maastricht I), le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (Maastricht I), les domaines de l'asile, de l'immigration et du franchissement des frontières intérieures (traité d'Amsterdam). Pour l'établissement d'une juridiction pénale internationale, le Conseil constitutionnel a considéré comme essentiel à l'exercice de la souveraineté nationale : le fait d'« arrêter et remettre à la Cour [pénale internationale] une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription » d'autoriser le procureur de la CPI à mener des instructions sur le territoire français sans la présence des autorités nationales⁵⁶⁷.

Cette liste n'est pas exhaustive. En effet, dans la décision du 19 novembre 2004, relative au traité établissant une constitution pour l'Europe, ces domaines pour lesquels il existe un risque, sont qualifiés de « compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale ». Lorsque le Conseil considère que, n'appelle aucune remarque de constitutionnalité, l'existence d'un parlement européen « qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁶⁸ et un traité établissant une constitution pour l'Europe qui « conserve le caractère d'un traité international »⁵⁶⁹. Cela signifie *a contrario* que constitueraient des atteintes à l'exercice de la souveraineté nationale : un parlement européen souverain, « doté d'une compétence générale »⁵⁷⁰ et ayant « vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale »⁵⁷¹, ou une réelle constitution pour l'Europe,

⁵⁶⁶ Conseil constitutionnel, 31 décembre 1997, 97-394 DC, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, Considérant 10.

⁵⁶⁷ Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.

⁵⁶⁸ Conseil constitutionnel, 30 décembre 1976, 76-71 DC, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, Considérant 7.

⁵⁶⁹ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁵⁷⁰ Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, 92-308 DC, Traité sur l'Union européenne, Considérant 34.

⁵⁷¹ Ibid.

ayant une « incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁵⁷².

Les matières inhérentes à la souveraineté nationale ne sont cependant en cause que si le transfert atteint une certaine « ampleur » et se déroule selon certaines « modalités ». Ce degré de dessaisissement national participe à la logique du monopole normatif qu'implique la souveraineté nationale. En effet, l'impossibilité pour l'Etat de s'opposer à la prise de décision par le principe de l'unanimité est une violation des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. La faculté d'empêcher les institutions européennes, dans leur choix concernant l'exercice d'une compétence propre de l'Etat, est en soit une condition minimum d'exercice de la souveraineté nationale. Tout vote à la majorité qualifiée dans un « domaine dans lequel intervient un transfert des compétences qui n'est pas essentiel »⁵⁷³ porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. En dehors des relations avec l'Union européenne, constitue également une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci »⁵⁷⁴. L'Etat doit toujours être en mesure de dénoncer effectivement une situation ou un acte afin d'assurer sa souveraineté.

Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ont un double objectif : permettre le transfert de certaines compétences de l'Etat, tout en préservant la souveraineté. En droit constitutionnel, la souveraineté demeure un principe intangible même s'il autorise aujourd'hui les Etats à restreindre leurs compétences effectives. Dans le cadre de la substitution constituante, la souveraineté est aussi atteinte dans son versant externe. Il est alors nécessaire de définir la souveraineté en droit international avant de pouvoir constater la place dont elle dispose dans les cas de substitution constituante⁵⁷⁵.

⁵⁷² Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Considérant 9.

⁵⁷³ PELLET Alain, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », art. précit., p. 118.

⁵⁷⁴ Conseil constitutionnel, 13 octobre 2005, 2005-524/525 DC, *Engagements internationaux relatifs à l'évolution de la peine de mort*, Considérant 5 et suivants.

⁵⁷⁵ Voir *infra*, dans le même chapitre Section II, Paragraphe 1.

PARAGRAPHE II : La souveraineté en droit international public

L'Etat est au coeur du droit international public. Comme le rappelle Rousseau, en tant que phénomène politico-social et juridique, la définition de l'Etat peut être de plusieurs ordres⁵⁷⁶. Toutefois, en tant que structure juridique, le critère propre de l'Etat en droit international public reste la souveraineté. Ce concept est unanimement reconnu comme un principe essentiel du droit international public positif (A). D'ailleurs sa remise en question dans cette matière est excessivement difficile (B).

A- La souveraineté, pierre angulaire du droit international public positif

La souveraineté fait de l'Etat la personne morale de droit public dont la qualité lui permet d'être supérieure. Ce statut étatique spécifique est reconnu par le droit international, lequel se construit eut égard à cette spécificité. Le droit international public n'ignore nullement la définition que donne le droit constitutionnel du concept. Toutefois, contrairement au droit interne, le droit international ne peut retenir d'aucune façon, une acception absolue de la souveraineté.

En effet, dans la société interétatique contemporaine, « la souveraineté de chaque Etat se heurte à celles, concurrentes et égales de tous les autres Etats ». Par conséquent, « la limitation de la souveraineté ne découle pas de la volonté de l'Etat mais des nécessités de la coexistence des sujets du droit international »⁵⁷⁷. Une conception absolutiste est impossible. Elle conduirait à une négation du droit international. En effet, comme la vocation du droit international est d'encadrer par des normes les rapports des Etats, il pourrait être interprété comme un droit supérieur à celui des Etats. Or, comme le rappelle Duguit : « ou bien l'Etat est souverain et alors ne se déterminant jamais que par sa propre volonté et il ne peut être soumis à une règle impérative qui le limite ; ou bien l'Etat est soumis à une règle impérative qui le limite, et alors il n'est pas souverain ».

⁵⁷⁶ ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *RCADI*, 1948, T. II, p. 173 à 180.

⁵⁷⁷ DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, p. 424.

La souveraineté en droit international doit se définir tout d'abord comme un statut exclusif et spécifique à l'Etat. L'Etat est la seule entité à disposer de ses qualités organiques et fonctionnelles qui font de lui l'autorité la plus haute dans l'ordre juridique international actuel. Cela implique qu'il n'existe aucune autorité centrale en droit international qui pourrait se prévaloir d'une autorité supérieure ; « aucune autorité humaine n'existe qui soit investie du pouvoir juridique d'enlever à l'Etat les compétences [lui] appartenant »⁵⁷⁸. Ainsi aucun Etat ou groupe d'Etats ne peut se fonder sur le droit international pour exercer la compétence constituante d'une autre structure étatique. L'Etat qui traverse une crise qui crée les conditions de la perte des conditions d'exercice de la souveraineté, reste juridiquement souverain en droit international.

La souveraineté se définit également pour l'Etat comme la soumission au droit international. En effet, « en parlant de la souveraineté de l'Etat on n'entend pas dire que l'Etat échappe à l'autorité de toute règle, mais seulement qu'au-dessus de l'Etat il n'y a aucune autorité humaine établie »⁵⁷⁹. Il n'existe aucune antinomie entre la souveraineté de l'Etat et son obéissance à l'autorité du droit international. D'ailleurs, « l'Etat n'est souverain que s'il est soumis directement au droit international »⁵⁸⁰. Cette soumission au droit international ne réduit pas l'autorité de l'Etat souverain puisqu'elle est la condition de son statut exclusif et spécifique.

Le droit international se doit alors de reconnaître non seulement la souveraineté mais également le principe d'égalité entre les Etats. Il doit leur assurer un traitement uniforme. Le principe d'égalité exclut la prise en compte des inégalités de situations et de puissances lesquelles, n'ont aucune pertinence légale. Elles relèvent du fait alors que l'interprétation juridique de l'égalité s'attache uniquement à la souveraineté en tant que principe juridique. L'égalité souveraine des Etats implique en premier lieu l'égalité juridique. Les Etats ont les mêmes capacités et en tirent les mêmes pouvoirs légaux. En second lieu, face au droit international, ils sont également tenus de se conformer aux règles de droit et également fondés à s'en prévaloir. Chaque Etat a le devoir de respecter la personnalité des autres Etats.

⁵⁷⁸ BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 580.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 578.

⁵⁸⁰ DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public*, LGDJ, *op. cit.*, p. 424.

La résolution 2625, dans ses dispositions relatives au principe d'égalité, ajoute deux propositions qui permettent une meilleure compréhension de la souveraineté. La première dispose : « l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat sont inviolables ». Et la seconde précise que « chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel ». La résolution 2625, affirme l'indifférence que le droit international doit cultiver à l'égard des formes politiques ou constitutionnelles des gouvernements. Les choix concernant le statut politique des Etats relèvent de l'exercice libre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cette résolution rappelle également qu'en vertu du principe de souveraineté : « Aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international ». Ce principe ne peut pleinement s'appliquer qu'en temps de paix. Toutefois, dans le cadre de la résolution constitutionnelle d'un conflit, cette règle ne peut être réduite à néant : cette disposition doit impliquer alors la participation la plus réelle possible des peuples concernés.

D'ailleurs, deux raisons justifient que le droit international rejette et sanctionne toute ingérence ayant pour dessein d'imposer un système politique particulier à un Etat et à un peuple. En premier lieu, le droit international ne reconnaît dans ces textes qu'un seul acteur pour la détermination du statut politique : le peuple. Dans son exercice libre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le souverain peut simplement collaborer avec un ou plusieurs Etats. Cette intervention est strictement encadrée : « tout Etat a le devoir de *favoriser*, conjointement avec d'autres ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la charte [...] »⁵⁸¹. En second lieu, le rôle de la communauté internationale dans la détermination du statut politique est substantiellement limité en droit : aucune norme de droit international n'entérine un modèle particulier de légitimité politique.

L'autonomie constitutionnelle des Etats est le résultat immédiat du principe de l'indifférence du droit international à l'égard des formes politiques internes. Le droit

⁵⁸¹ Résolution 2625, les précisions en italiques sont ajoutées par nous.

international ne dispose d'aucune compétence pour décider des statuts politiques internes et par conséquent, ne dispose d'aucune compétence quant à l'exercice du pouvoir constituant des peuples souverains. Dans le cadre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'exercice du pouvoir constituant doit rester libre et ne subir aucune ingérence extérieure.

La souveraineté est un principe cardinal du droit international public parce qu'elle est une réalité juridique du système. Les interventions internationales dans la compétence constituante ne peuvent l'ignorer dans la mesure où la souveraineté reste en droit international difficilement critiquable. La remise en cause de cette notion reste très marginale⁵⁸², les détracteurs de la souveraineté considèrent qu'elle relève⁵⁸³ davantage de la fiction juridique plutôt qu'à la réalité des situations étatiques et des rapports inter-étatiques. Il s'agit donc d'une remise en question de la place légale que l'on devrait accorder aux faits dans la définition de la souveraineté.

B- La difficile remise en cause du concept de souveraineté et de ses corollaires

Bien que certaines critiques reprochent à la souveraineté d'être un critère fictif de l'Etat dans le droit international **(1)**, il est impossible d'ignorer la positivité de la souveraineté. Elle est le critère de l'Etat. Et par conséquent, son évolution reste très limitée **(2)**.

⁵⁸² Voir POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, T.1, p. 1 ; ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *op. cit.*

⁵⁸³ Voir POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, T.1, p. 1 ; ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *op. cit.*

1- La souveraineté, un principe fictif⁵⁸⁴

Dans l'hypothèse où la souveraineté n'est qu'une fiction, la substitution constituante ne pose plus aucun problème juridique. Or, il est impossible de considérer ce principe fondamental comme n'étant qu'un « postulat pur et simple »⁵⁸⁵. Pour les détracteurs de la souveraineté, celle-ci est en parfaite antinomie avec la réalité internationale. Elle se caractérise par la réduction continue de la valeur matérielle de la souveraineté. La question qui se pose alors est la suivante. Comment pourrait-on maintenir un principe qui prescrit la suprématie des pouvoirs alors qu'il n'existe pas d'« absolutisme étatique »⁵⁸⁶ effectif ? Selon Charles Rousseau, « la souveraineté est foncièrement anti-juridique »⁵⁸⁷ notamment parce que « la souveraineté signifierait placer (à raison de sa qualité particulière de son pouvoir) en dehors ou au-dessus du droit ».

Cette première critique se fonde sur une définition strictement formelle de la notion. La souveraineté pour exister, doit manifester sa supériorité. Dès lors, si elle se soumet au droit international, elle ne dispose plus d'aucune suprématie. Or, la souveraineté externe n'a jamais exclu la soumission de l'Etat au droit international.

A l'instar de Politis, l'on pourrait considérer que, « ce qui assurera le triomphe final [d'une] nouvelle conception du droit international, c'est l'irréversible ruine à laquelle est voué [...] le principe fondamental de la souveraineté »⁵⁸⁸. La souveraineté serait un « obstacle »⁵⁸⁹, et appartiendrait à des « idées périmées dont il conviendrait de se libérer pour arriver plus facilement aux solutions réclamées par la vie internationale moderne »⁵⁹⁰. En effet, la définition que donne le droit international de la souveraineté, ne correspond pas exactement aux réalités internationales. Bien que l'égalité soit le principe, les rapports entre les Etats sont déséquilibrés. De surcroît, la parité qui lie les Etats n'est pas réelle puisqu'il existe des inégalités de puissances et de situations qui conduisent à un dédoublement des statuts : la souveraineté substantielle et la souveraineté formelle. Eu

⁵⁸⁴ Voir POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, T.1, p. 1.

⁵⁸⁵ ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 187.

⁵⁸⁶ POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸⁷ ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *op. cit.*, p. 187 et s.

⁵⁸⁸ POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 14.

égard à cette présentation, dans le cadre d'une substitution constituante, le constituant exogène bénéficie d'une souveraineté internationale effective et l'Etat pour qui est adoptée la norme constitutionnelle, n'est souverain que formellement. Or, la théorie du droit, nous enseigne au contraire que les deux acteurs justifient de la même souveraineté internationale.

D'un point de vue politique, cette dissociation des réalités de la souveraineté, est exacte. Mais, en droit, la définition de la souveraineté se fonde sur de nombreuses fictions. La fiction ne conduit pas à une critique négative. Dans son objectif de formaliser les rapports entre les Etats et le droit international en général, « le droit est en soi une forme ». Il est un artifice, « il est un certain traitement de la réalité naturelle et sociale à travers des formes qui sont les qualifications et les normes »⁵⁹¹. Aussi, lorsque le droit théorise le statut étatique au niveau international, il a recours à la fiction afin de créer les critères de l'Etat. Comme le rappelle Madame Chemiller-Gendreau, l'égalité souveraineté des Etats est une fiction juridique⁵⁹². Elle est nécessaire voire fondamentale : l'élaboration d'un statut homogène pour l'Etat serait impossible si le droit devait intégrer l'hétérogénéité qui existe entre les Etats. Les contradictions entre les principes affirmés et la réalité sociale sont donc inhérentes à la méthodologie juridique.

En revanche, les contradictions existant entre le droit, tel qu'il est affirmé, et la pratique qui en est faite, rendent plus difficile la compréhension du concept de souveraineté. Le principe d'indifférence du droit international à l'égard de la forme politique des Etats s'oppose à l'affirmation de plus en plus croissante du caractère obligatoire de la protection des droits de l'homme. En effet, si les Etats sont contraints de mettre en œuvre les droits de l'homme, cela signifie que le droit international requiert l'organisation d'un certain type de rapports entre gouvernants et gouvernés. Par conséquent, la souveraineté impliquerait l'autonomie dans la détermination de la forme de gouvernement si et seulement si ce choix se porte sur un système démocratique. La souveraineté est en réalité, confrontée aux évolutions de la société internationale. Aussi, les contradictions qui en découlent ne doivent-elles pas être interprétées comme faisant de la souveraineté un principe fictif et statique. Si la souveraineté était matériellement

⁵⁹¹ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t.32, Droit international, Sirey, 1987, p. 156.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 155.

immuable, elle serait réellement une « fausseté »⁵⁹³ vouée à la disparition. Or si la souveraineté disparaît, c'est l'ensemble du droit qu'il faudrait rénover. La souveraineté n'est donc pas un *statu quo* mais un concept qui, dans une certaine mesure, est susceptible d'évoluer.

2- La souveraineté, un concept en évolution limitée

L'évolution de la souveraineté reste limitée. En effet, la souveraineté demeure le critère objectif et juridique de l'Etat. Elle ne change pas de nature en raison des faits. En revanche, l'interprétation que l'on en fait peut se préciser selon les nouvelles références normatives.

En 1925, lorsque Politis s'exprime sur la construction scientifique du droit international, il considère que deux idées le fondent : l'ignorance des individus car le droit international est « essentiellement et exclusivement le droit des Etats »⁵⁹⁴ et la souveraineté qui « [soumet] les Etats à l'empire du droit que dans la mesure où, par leur libre et incontrôlable assentiment, ils consentent à le reconnaître comme obligatoire »⁵⁹⁵.

Aujourd'hui, le droit international est loin de traiter les individus dans leur seule qualité de sujets d'un Etat. Ils sont également les sujets du droit international car ils disposent de droits internationalement reconnus et protégés. En 1925, aucun texte de droit ne met en avant les droits de l'homme. Or, depuis la fin de la seconde mondiale, ces droits sont promus tant au niveau international que régional. Par conséquent, la souveraineté des Etats se trouve limitée dans la mesure où ils sont amenés à mettre tout en œuvre pour respecter les engagements concernant les droits de l'homme. De surcroît, pour tous les Etats parties à la convention de Vienne relative au droit des traités, le *jus cogens* est obligatoire. Les droits de l'homme appartiennent à cette catégorie juridique hiérarchiquement supérieure. La souveraineté n'empêche plus le droit international de se préoccuper des droits des sujets de l'Etat. La violation manifeste des droits de l'homme

⁵⁹³ POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *op. cit.*, p. 10.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 5.

dans un Etat, peut légitimer la mise en œuvre de la clause terminale de l'article 2-7 de la charte des Nations unies.

En revanche, de 1925 à nos jours, le consentement libre de l'Etat demeure indispensable à l'existence du droit international. Un Etat ne peut être engagé que s'il y consent. Dès lors qu'il acquiesce à un acte international, celui-ci lui est opposable. La règle *pacta sunt servanda* reste toujours une réalité juridique.

L'Etat en tant que phénomène politico-social est particulièrement sensible à l'évolution de l'environnement politique. Par exemple, le principe juridique de l'indifférence du droit international à l'égard des régimes politiques internes était nécessaire « au droit de la coexistence pacifique »⁵⁹⁶. Toutefois, avec l'avènement de l'ère démocratique, ce principe perd de sa pertinence. Il n'existe aucune norme faisant de la démocratie le modèle de gouvernement. Cependant, de nombreuses règles exigent le respect des droits civiques et politiques dans les Etats. Or, aujourd'hui, le seul modèle reconnu, favorable aux droits des citoyens est la démocratie. Dans le cadre de l'assistance constitutionnelle⁵⁹⁷, l'Etat est censé faire un choix alors même que seule la démocratie lui est concrètement proposée. Le principe d'indifférence à l'égard des formes politiques internes devient alors purement formel.

Dans le cadre d'une substitution constituante, l'objectif est à chaque fois d'organiser un système démocratique. En fait, la règle en matière de gouvernement se décline en deux acceptions. Juridiquement, les Etats restent libres de leur forme de gouvernement, mais politiquement, la légitimité démocratique est aujourd'hui la condition réelle de la reconnaissance de gouvernement.

La souveraineté est un concept indispensable au droit international comme au droit interne. Elle répond à une définition précise dont le respect est essentiel pour les Etats. Cependant, la souveraineté n'est absolue ni en droit constitutionnel, ni en droit international. Le développement du droit international limite réellement l'étendue de l'expression de la liberté des Etats. Malgré l'assouplissement de la notion, elle doit toujours respecter des critères irréductibles : l'Etat peut limiter ses compétences mais il

⁵⁹⁶ DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public, op. cit.*, p. 433.

⁵⁹⁷ Voir *infra* (Partie II, Titre I).

doit toujours être en mesure de représenter par ses décisions l'expression réelle de la volonté nationale souveraine, l'Etat peut consentir à des engagements internationaux mais les principes juridiques d'égalité et d'indépendance doivent toujours être effectifs. Cette logique d'assouplissement dans le cadre du maintien du concept de souveraineté n'est qu'en apparence respectée par le phénomène de substitution constituante. En effet, bien que la souveraineté reste au cœur de ce processus constituant atypique, les principes qui le fondent sont en totale opposition avec un respect réel de la souveraineté quelle qu'en soit la définition. Les différentes acceptions de la souveraineté rappelées dans cette section seront utilisés pour démontrer cette incompatibilité.

SECTION II : Le nécessaire recours à la fiction dans la substitution constituante

La substitution constituante représente une pratique qui ne permet pas, au moment où elle se déroule, la restauration de la souveraineté. En effet, lorsqu'un Etat ou un groupe d'Etats jouent effectivement le rôle de constituant exogène auprès d'une autre entité étatique, la souveraineté n'existe plus comme critère de l'Etat (**Paragraphe I**). Cependant, par la technique de la fiction, la souveraineté et ses implications théoriques sont maintenues virtuellement (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Les fondements de la substitution constituante

A travers les cas étudiés, deux caractères propres à la substitution constituante apparaissent et contredisent le principe de souveraineté. D'une part, alors que la souveraineté « postule la pleine maîtrise du droit applicable à l'intérieur de ses frontières par l'Etat »⁵⁹⁸, la substitution constituante autorise qu'une autre autorité puisse être productrice de droit pour l'Etat (**A**). C'est-à-dire que malgré la qualité de souverain de l'Etat concerné, celui-ci ne sera pas en mesure de participer de façon effective à la prise de décision. La substitution constituante lui retire sa qualité de souverain. D'autre part, la souveraineté de l'Etat a pour corollaire essentiel l'indépendance, qui fait de l'Etat le maître de ses affaires intérieures, dans les limites admises par le droit international public en

⁵⁹⁸ CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, op. cit., p. 21.

vigueur. Par conséquent, l'Etat indépendant ne peut être subordonné à une quelconque autorité. Pourtant, dans le cadre de la substitution constituante, il existe une sujétion réelle d'un Etat vis-à-vis d'un autre **(B)**.

A- L'inexistence du monopole de la création normative

L'idée de monopole implique en principe celle d'exclusivité. Toutefois, elle ne peut empêcher l'Etat de restreindre ces compétences en vertu de sa propre et libre volonté. L'Etat demeure maître de son ordre juridique puisqu'il demeure avant tout « un pouvoir de volonté »⁵⁹⁹. Le monopole exprime l'exclusivité du consentement de l'Etat lorsqu'il doit décider de limiter ses compétences. Le principe de « la monopolisation du droit positif par l'Etat »⁶⁰⁰ n'empêche pas celui-ci de mettre en application, sur le territoire national, des normes internationales auxquelles, il aurait consenti seul mais, qu'il n'aurait pas directement élaborées ou édictées.

Dans les cas de substitution constituante, la norme en cause est interne. L'élaboration de la constitution, en tant que loi fondamentale, participe directement à l'expression de la souveraineté. Le processus menant à son édicition permet de déterminer le détenteur réel du pouvoir dans l'Etat. L'internationalisation formelle du pouvoir constituant originaire crée un risque pour le souverain, en tant que détenteur ultime du pouvoir à l'intérieur de l'Etat. En effet, le transfert intégral d'une compétence essentielle à l'exercice de la souveraineté nationale est en cause **(1)**. De surcroît, lorsque la constitution issue de la substitution constituante est intégrée dans un traité, elle devient indisponible au pouvoir constituant qu'il soit originaire ou dérivé **(2)**.

⁵⁹⁹ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I : Théorie générale de l'Etat, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁰⁰ CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, *op. cit.*, p. 25.

1- Les implications constitutionnelles du transfert intégral du pouvoir constituant

Selon la jurisprudence constitutionnelle française, les compétences de l'Etat peuvent être transférées lorsque cela n'a pas de conséquence négative sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁶⁰¹. Pour déterminer, si la substitution constituante y porte atteinte, il convient de déterminer la nature de la compétence en cause ainsi que les modalités et l'ampleur du transfert.

Que représente le pouvoir constituant originaire pour un Etat souverain ? Son objectif est l'établissement d'une constitution. La norme constitutionnelle participe à la définition du pouvoir constituant, bien que les deux notions ne se confondent pas. « La constitution est [...] l'expression d'une volonté créatrice du souverain »⁶⁰² ; elle est « la règle par laquelle le souverain légitime le pouvoir en adhérant à l'idée de droit qu'il représente et détermine en conséquence les conditions de son exercice »⁶⁰³. Le pouvoir constituant représente alors la puissance par laquelle la norme créatrice de l'ordre juridique s'établit dans un Etat. Il incarne « la volonté créatrice du souverain »⁶⁰⁴ et représente le vecteur par lequel le souverain assoit juridiquement les fondements de l'Etat. Il est en quelque sorte la première expression de la souveraineté. Malgré une « nature hybride »⁶⁰⁵, le pouvoir constituant reste lié à la souveraineté nationale⁶⁰⁶.

Hauriou qualifie cette puissance créatrice de « pouvoir législatif fondateur »⁶⁰⁷. Ceci signifie que le pouvoir constituant partage les mêmes caractères que le pouvoir législatif notamment celui de l'expression de la volonté générale et plus spécifiquement de la souveraineté nationale. Or, la souveraineté nationale est « essentiellement la propriété des institutions de gouvernement passée au côté de la nation »⁶⁰⁸. Ce qui distingue le pouvoir constituant originaire du pouvoir législatif ordinaire, c'est sa puissance créatrice de l'ordre juridique. Le pouvoir constituant précède le pouvoir législatif, il est l'instrument par lequel la constitution parvient à déterminer le pouvoir législatif et son exercice.

⁶⁰¹ Voir *supra* (Partie II, Titre I, Chapitre I).

⁶⁰² BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat, op. cit.*, p. 43.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 49.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 181.

⁶⁰⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 248 et s.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ *Ibid.*

L'expression du pouvoir constituant doit toujours refléter la souveraineté nationale dans la mesure où elle réclame un recours aux techniques d'une gestion représentative de l'Etat.

Pour être à l'image de la souveraineté nationale, le pouvoir constituant doit produire la norme constitutionnelle par des institutions étatiques nationales. En effet, seules celles-ci représentent la souveraineté nationale. Il faut en déduire à l'instar du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1976, que la souveraineté « ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple [...] élus dans le cadre des institutions de la République ». Cette définition, bien qu'elle découle de la jurisprudence française peut être généralisée. D'ailleurs, dans le cadre de l'assistance constitutionnelle⁶⁰⁹, cette idée de la souveraineté est retenue puisque seuls participent effectivement au processus constituant, les représentants élus du peuple. L'idée d'exercice démocratique du pouvoir constituant se fonde sur la reconnaissance des limites que pose la souveraineté nationale dans la phase constitutionnelle de la résolution des conflits. Dès lors, l'organisation des élections apparaît comme un élément fondamental dans les processus d'assistance constitutionnelle simple et renforcée⁶¹⁰. Le pouvoir constituant est donc une compétence inhérente à la souveraineté nationale parce qu'il est l'un des moyens pour le peuple, par la voie de ses représentants, d'exprimer sa volonté.

Les rapports entre l'ordre interne et l'ordre international sont régis dans un Etat par la constitution, l'exercice plein et entier du pouvoir constituant est *a priori* nécessaire pour garantir la souveraineté d'un Etat. La constitution est la norme qui détermine et définit l'Etat, son identité en tant que souverain. Le transfert du pouvoir constituant originaire n'est alors pas sans danger. Ce risque constitutionnel réel justifie le recours à la théorie des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Cette théorie exige que l'atteinte à une compétence inhérente à la souveraineté nationale s'inscrive dans des critères précis. Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont pas respectées lorsque le transfert de compétence atteint une certaine ampleur.

⁶⁰⁹ Voir *supra* (Partie I, titre I).

⁶¹⁰ Voir *supra* (Partie I, titre I).

Dans les cas de substitution constituante, le pouvoir constituant originaire est directement exercé par l'autorité internationale. L'Etat ou le groupe d'Etats, constituant exogène, devient l'acteur principal du processus constituant. Cette autorité constituante externe, par son action, annihile l'idée d'une constitution, expression de la souveraineté nationale. Le peuple est supplanté dans son pouvoir constituant puisque au-dessus de ses représentants, une autre autorité s'exprime. Elle encadre strictement les représentants nationaux et opère un contrôle strict du travail constituant. Un transfert intégral du pouvoir constituant se produit puisque la sanction constituante définitive appartient à l'autorité constituante non nationale

Bien que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes assure au peuple constituant la permanence de sa puissance constitutionnelle, il n'a pas la possibilité d'offrir effectivement un pouvoir de contrôle sur l'activité constituante exogène. Au lieu de participer au processus constituant, la souveraineté nationale en devient la spectatrice. Ainsi, lorsqu'il y a une substitution constituante, les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont pas respectées. Tout transfert global de l'exercice du pouvoir constituant originaire s'assimile à une atteinte à la souveraineté par annihilation.

L'assistance constitutionnelle, au cours de laquelle le respect effectif de la souveraineté est au cœur du processus⁶¹¹, s'oppose à cette déconstruction de la souveraineté. L'Etat assisté consent à l'encadrement de l'exercice du pouvoir constituant. L'intrusion reste limitée à la phase pré-constituante. La participation à la détermination de principes pré-constitutionnels est le niveau le plus intrusif de l'assistance constitutionnelle. Celle-ci n'exclut, à aucun moment, l'autonomie des représentants nationaux élus par le peuple pour élaborer la norme constitutionnelle. Le transfert est ici inexistant : l'autorité internationale n'y exerce pas le pouvoir constituant, elle y collabore uniquement. L'ampleur de l'intervention constitutionnelle n'est pas attentatoire aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La monopolisation du droit positif, qui caractérise l'Etat, est davantage remise en cause lorsque, la constitution est rendue indisponible par son insertion dans un traité international.

⁶¹¹ Voir *supra* (Partie I, Titre I).

2- L'implication constitutionnelle de l'intégration de la constitution à un traité

« Un traité est un accord international, imputable à deux ou plusieurs sujets de droit international, par lequel les parties sont liées, et qui doit être exécuté de bonne foi »⁶¹². Il se caractérise par la maîtrise des parties sur sa mise en œuvre. Pour les parties, le traité crée une obligation irréductible. En vertu de la règle, *pacta sunt servanda*, tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi.

Rien n'empêche en droit, d'établir une constitution par la voie du traité⁶¹³. Cependant, d'une telle constitution découle de nombreuses conséquences. Elle appartient à part entière à l'unité juridique des accords et s'interprète en tenant compte de l'ensemble des annexes composant le traité. Son élaboration est issue de la négociation entre les parties au traité, au lieu de se présenter sous la forme d'un débat entre les acteurs nationaux. En tant qu'élément d'un traité, la révision ou l'abrogation de la constitution nécessitent en principe l'accord de toutes les parties concernées. Une telle constitution n'est pas nulle mais elle n'exprime plus l'autonomie constitutionnelle. Enfin, sa nature suprême n'est pas réellement effective.

Elle ne répond à aucune des alternatives proposées par le droit constitutionnel: l'élaboration par une assemblée élue doublée d'une adoption parlementaire ou référendaire. Elle est une constitution qui n'exprime pas la souveraineté nationale, telle qu'elle est reconnue par les règles constitutionnelles⁶¹⁴. De surcroît, son entrée en vigueur dépend de la ratification d'acteurs étrangers à la représentation nationale. Elle se plie principalement au droit des traités.

Par exemple, au regard du droit constitutionnel, l'article 10 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine conduit à la conclusion suivante : toute révision concernant les droits et libertés mentionnés à l'article 2 est proscrite ainsi que toute modification de cette disposition. Toute révision en dehors de ces restrictions, requiert la majorité des deux-tiers

⁶¹² COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international Public, op. cit.*, p. 76.

⁶¹³ La seule restriction concerne les conventions en violation du *jus cogens*. L'article 53 de la Convention de Vienne dispose : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général ».

⁶¹⁴ Voir *supra* notamment en Introduction.

des membres présents et votants de l'Assemblée parlementaire. Toutefois, cet article 10 fait partie intégrante des accords de Dayton et ne peut être interprété sans tenir compte des autres annexes. De surcroît, l'accord est complété par les mesures prises à Bonn pour l'élargissement des pouvoirs du Haut représentant. Ces pouvoirs exorbitants font de cette autorité internationale, un acteur incontournable pour la prise des décisions dans l'Etat.

Le Conseil de mise en œuvre de la paix, garant des accords de Dayton, supervise les actions du Haut représentant. En juin 2003, certains membres de la présidence tripartite, le Bosnien Suljeman Tihic et son collègue croate Dragan Covic, avaient souhaité modifier la constitution établie par les accords de Dayton. Dépourvue du soutien des dirigeants occidentaux, cette proposition n'a pu être exécutée. Le Conseil de mise en œuvre de la paix demeure incontournable dans toute modification de l'architecture de ces accords.

D'ailleurs lors d'une rencontre en février 2005, le Haut représentant s'est inquiété d'un risque « d'effondrement de la construction de l'Etat » par quatre interrogations : « A quels niveaux de l'Etat doivent être situées ses principales fonctions ? Un Etat décentralisé est-il la forme la plus appropriée pour la Bosnie ? La seule réduction des coûts pourra-t-elle résoudre le problème [fiscal et financier] sans un changement de l'architecture de Dayton ? Est-ce que la communauté internationale a d'autres choix que d'appuyer une révision des constitutions des deux entités ? »⁶¹⁵.

Pour le Royaume Uni, « il ne faut pas toucher aux entités », pour la Russie, « un Etat décentralisé est la seule piste de travail possible »⁶¹⁶ et pour la France « la communauté internationale ne devrait pas ouvrir un aussi large débat sur la réforme constitutionnelle ; le bureau du Haut représentant devrait plutôt se concentrer sur une résolution administrative du problème »⁶¹⁷. Les autorités garantes des accords de Dayton jouent un rôle prépondérant dans l'évolution de la structure constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine. Leur consentement est nécessaire à une quelconque révision du système entériné par les accords de Dayton.

Les garants politiques du traité sont maîtres de sa mise en œuvre et de ses modifications. Les seules dispositions ayant fait l'objet de précision sont celles relatives

⁶¹⁵ VAULERIN Arnaud, « Chaos constitutionnel en Bosnie », *Libération*, 05 février 2005.

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ Ibid.

aux pouvoirs du Haut représentant. La Cour constitutionnelle, par sa décision du 3 novembre 2000⁶¹⁸, se déclare apte à juger de la constitutionnalité des lois imposées par le Haut représentant. Cependant, elle reconnaît par ailleurs qu'elle n'est pas compétente pour juger de la constitutionnalité des pouvoirs dont il dispose. Il n'existe pas de mécanismes juridiques par lesquels les autorités bosniennes puissent remettre en question les pouvoirs dont dispose le Haut représentant. D'une part, ses pouvoirs ne sont pas inscrits dans la constitution et d'autre part, celui-ci détient ses pouvoirs exorbitants du Conseil de mise en œuvre des accords de Dayton. La Bosnie-Herzégovine n'a aucun moyen juridique pour remettre en question les décisions de ce Conseil.

Sont ainsi, un obstacle à la révision des accords de Dayton et de la constitution en particulier, le Haut représentant et le Conseil de mise en œuvre de la paix. L'introduction d'une constitution dans un traité a donc pour effet d'anéantir le monopole qu'est censé avoir un Etat sur sa constitution. Plus généralement, la garantie internationale d'un Etat ou d'un territoire, instaurée par un accord, a toujours eu pour impact l'abandon du principe de monopole normatif.

A la fin de la seconde guerre mondiale, la ville libre de Dantzig est mise sous la protection de la Société des Nations par le traité de Versailles. Elle n'est pas un Etat mais on lui octroie la possibilité d'adopter une constitution. Cependant, l'élaboration et la révision de ce texte sont soumises à l'avis obligatoire et conforme du Conseil de la société⁶¹⁹. En 1935, dans le cadre de cette administration internationale, le Conseil, par le biais d'une requête du Secrétaire général, saisit la Cour permanente de justice internationale, afin d'obtenir un avis consultatif concernant la conformité de deux décrets-lois, portant amendement au code pénal et au code de procédure pénale, à la Constitution dantzikoise⁶²⁰. Ainsi, la simple liaison de la constitution à un traité a une influence sur la capacité d'un Etat ou d'une entité d'élaborer ces normes de façon autonome.

⁶¹⁸ MAZIAU Nicolas, Présentation de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11 mars- septembre 2001, p. 39.

⁶¹⁹ Voir MAKOWSKI Julien, « La situation juridique du territoire de la ville libre de Dantzig », *RGDIP* 1923, p. 169 ; PICCIONI Camille, « Le statut international de Dantzig », *RGDIP*, 1921, p. 86.

⁶²⁰ KOPELMANAS Lazare, « Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la Constitution de la ville libre », *RGDIP*, 1936, p. 437 ; Avis consultatif du 4 décembre 1935, XXXV^{ème} session, CPJI, série A/B, fascicule n°65.

A Chypre, la signature des traités de garantie impliquait le consentement de la *troïka* pour toute révision des principes fondamentaux de la constitution⁶²¹.

L'introduction d'une constitution dans un traité implique une dépossession de l'Etat de sa capacité à faire évoluer sa norme fondamentale. Toute nouvelle action constituante de sa part exige le consentement des autorités garantes du traité comprenant la constitution ou ses principes essentiels. L'Etat se trouve dans une situation dans laquelle, il ne peut dénoncer effectivement l'engagement pris. Or, « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci » constitue pour le juge constitutionnel français, une atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale.

L'inexistence effective du monopole normatif dans le cadre de la substitution constituante signifie, qu'il y a dans tous les cas concernés, absence de souveraineté interne. Cet aspect de la souveraineté n'existant pas, il est légitime de s'interroger sur l'éventuel maintien de l'indépendance que requiert ce principe dans son acception internationale. En effet, il existe une réciprocité entre les deux versants de la souveraineté : « la souveraineté interne n'est possible sans la souveraineté extérieure : un Etat qui serait tenu de quelque sujétion envers un Etat étranger, ne posséderait pas non plus une puissance souveraine à l'intérieur »⁶²².

⁶²¹ Voir *supra*, (Partie I, Titre II, Chapitre I)

⁶²² CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 71.

B- La subordination

Dans les cas de substitution constituante, l'Etat qui bénéficie d'une constitution hétéronome est concrètement privé de son indépendance. Il se trouve dans une situation dans laquelle il est sous l'autorité d'un ou plusieurs autres Etats. Il est dépendant au lieu d'être indépendant (1). Cette sujétion n'est pas constituée par une simple limitation d'indépendance mais par une rupture de l'égalité entre les Etats (2).

1- La notion d'indépendance

L'indépendance est unanimement reconnue comme le synonyme de la souveraineté internationale. L'indépendance de l'Etat implique le respect de sa souveraineté et la non ingérence dans les affaires intérieures. L'existence d'obligation internationale pour un Etat ne compromet nullement son indépendance⁶²³. En vertu de son statut, aucune dépendance juridique n'existe entre lui et une quelconque autorité centrale. L'Etat est indépendant parce qu'il n'est le sujet de personne. L'indépendance n'est ainsi que la souveraineté définie négativement, elle est la négation de la subordination⁶²⁴.

Cette première définition est insuffisante car elle n'envisage qu'une partie de la notion. Certes, l'indépendance se définit en référence à la souveraineté et en négation de toutes entraves, mais elle a aussi une portée positive. Un Etat indépendant « doit être en mesure de pouvoir prendre des décisions et de [les] adopter en toute souveraineté »⁶²⁵. En effet, le principe d'indépendance implique que lorsqu'« une fonction rentre dans la compétence d'un Etat, en principe cet Etat [doit mettre en œuvre] lui-même les actes que comporte l'exercice de cette fonction, il [doit] les [faire] sans la collaboration d'un autre Etat »⁶²⁶. Trois éléments participent à la définition de l'indépendance : le cadre des compétences étatiques, la capacité de mettre en œuvre le processus qui mène à une décision et à sa concrétisation et enfin l'autonomie réelle dans la prise de décision.

⁶²³ Voir *supra*, Section I, Paragraphe 2.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 72 et 75.

⁶²⁵ CARREAU Dominique, *Droit international public, op. cit.*, p. 25.

⁶²⁶ BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, p. 583

Le champ matériel de l'exercice de l'indépendance est celui des affaires intérieures des Etats, ce qui signifie que l'Etat dispose d'une compétence de principe sur ces matières dites domestiques. Par conséquent, dans la mesure où le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures relève du droit positif, seul un consentement de l'Etat peut justifier, en principe, une internationalisation de ces matières. D'ailleurs, dans l'affaire dite du Lotus, la Cour permanente de justice internationale affirme que « les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument [...] pas »⁶²⁷ ; l'indépendance ne peut être restreinte que dans certaines conditions : la mise en péril des droits de l'homme et l'existence de règles conventionnelles spécifiques et dérogoires.

Pour mettre en œuvre ses compétences, l'Etat indépendant doit être autonome dans l'expression de sa volonté et de sa mise en œuvre ; s'il dispose de cette autonomie dans l'action c'est parce qu'aucun autre Etat n'a de titre justifiant que ses décisions l'emportent en droit sur les siennes. Ainsi, l'égalité des Etats est-elle une condition et un critère de l'indépendance et en principe, l'indépendance ne devient pas dépendance lorsque l'Etat consent à sa limitation. Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la réalité de la limitation d'indépendance lorsque l'engagement volontaire d'un Etat a pour effet d'octroyer un titre entraînant une rupture d'égalité entre les Etats. En fait lorsque les circonstances conduisent à une substitution constituante, on atteint le seuil à partir duquel l'indépendance devient fictive et la subordination réelle : l'indépendance est anéantie par la rupture d'égalité entre Etats.

2- La rupture de l'égalité entre les Etats

L'article 2-1 de la charte des Nations unies dispose : « L'organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ». Cette égalité découle d'une identité de statut : en tant que souverain, tout Etat dispose, également, de la plénitude des compétences. Les Etats sont « égaux les uns aux autres, sans qu'aucun d'eux puisse prétendre juridiquement à une supériorité ou autorité quelconque sur aucun autre »⁶²⁸. Toutes les inégalités de fait n'ont aucune effectivité en droit.

⁶²⁷ C.P.J.I. série A n° 10, p. 18.

⁶²⁸ CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 71.

Dans les situations de substitution constituante⁶²⁹, l'inégalité n'est pas de fait. Le consentement obtenu a pour effet d'opérer, non pas une limitation, mais un transfert du pouvoir constituant à un autre acteur étatique. La limitation concerne l'exercice d'une aptitude alors que le transfert a pour effet de réduire directement le champ de compétences. Par le transfert, un Etat réduit sa charge de compétence pour en donner à un autre. Il peut se faire à l'égard d'une organisation internationale ou d'un Etat.

La construction européenne s'est fondée et se développe sur ce principe : les institutions européennes doivent toutes leurs compétences à des transferts opérés par les Etats membres. Toutefois, le bénéficiaire des compétences est une entité européenne distincte des Etats membres. Aucun Etat membre de l'Union européenne ne peut exercer seul une des compétences transférées. Les Etats membres demeurent ainsi égaux entre eux et l'Union européenne n'entretient aucun rapport hiérarchique avec ceux-ci.

Dans l'hypothèse d'un transfert de compétence à un autre Etat, la rupture de l'égalité est réelle. Le fédéralisme se fonde d'ailleurs sur cette idée. Les Etats membres transfèrent à la structure fédérale leurs compétences et ne disposent plus que de simples attributs de la souveraineté. Les Etats fédérés n'ont plus la souveraineté internationale et deviennent hiérarchiquement inférieurs à l'Etat fédéral, qui seul bénéficie du principe d'égalité souveraine dans l'ordre international : aucun rapport d'égalité n'existe entre le niveau fédéré et le niveau fédéral. Lorsque le fédéralisme est dissout, chacun des Etats membres retrouve sa personnalité d'Etat souverain et l'égalité redevient le principe à l'égard du droit international.

Lorsqu'il y a substitution constituante, un Etat ou plusieurs Etats dispose[nt], à la place d'un autre, du pouvoir constituant originaire. Au moment de la procédure constituante, il n'y a plus de rapport d'égalité entre le constituant exogène et le bénéficiaire de la constitution. De l'initiative constituante à la sanction définitive, l'Etat ayant transféré sa compétence est soumis au pouvoir de l'Etat ou du groupe d'Etat, maître de la procédure. La souveraineté, en tant que « possession de soi »⁶³⁰, n'existe pas pour l'Etat soumis. Lors du processus constituant, seul l'Etat ou le groupe d'Etats dominant prend réellement les

⁶²⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

⁶³⁰ HAURIUO Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 159.

décisions et met tout en œuvre pour les rendre effectives. Les instances constituantes nationales ne constituent que le moyen nécessaire pour réaliser le projet constituant exogène. Le rôle de l'Etat bénéficiant de la constitution exogène n'est que formel.

La rupture d'égalité crée la subordination malgré le consentement de l'Etat bénéficiant de la constitution. Celle-ci est contraire au droit car on ne se trouve pas dans une situation de fédéralisme. La substitution constituante est la limite au principe d'autolimitation de l'Etat par la voie conventionnelle. Un Etat peut par sa propre et libre volonté s'engager à l'égard des autres Etats. Mais cette technique ne peut empêcher l'apparition d'une inégalité entre Etats lorsque l'objet de la convention est d'accepter un exercice exogène du pouvoir constituant ou d'entériner un acte qui fait d'un acteur extra étatique le réel constituant.

Certes, on ne peut en conclure que le droit positif proscrie toute convention qui opère un transfert de compétences intégral d'un Etat vers un autre. Toutefois, le fait qu'une telle situation puisse exister est bien la preuve que le droit international public est au cœur de contradictions. La théorie de la souveraineté comprend ses propres apories. Elle assure aux Etats l'égalité, mais elle leur permet de s'engager librement sur toutes leurs compétences, même si certains de ces actes peuvent conduire à une dépossession de la souveraineté en dehors des situations de fédéralisme. Ainsi, quels que soient les cas de substitution constituante, les Etats auxquels ont été octroyés une constitution hétéronome n'ont à aucun moment perdu leur statut d'Etat. Cette contradiction particulière qui est le fondement de la substitution constituante n'est cependant pas apparente lors du processus constituant. Le recours à la fiction permet de maintenir formellement le principe de souveraineté.

PARAGRAPHE II : Le rôle de la fiction dans le maintien virtuel de la souveraineté

En tant que processus *contra legem*, la substitution constituante ne s'intègre dans le système juridique qu'au prix du recours à la fiction. Celle-ci est l'instrument habituel en droit pour transfigurer la réalité (A). La substitution constituante introduit cet outil juridique dans son processus afin de légitimer son existence (B).

A- La fiction en droit

La matière juridique, quelles qu'en soient les branches, a quelque fois recours à la fiction. Cette dernière est « la légitimation du faux »⁶³¹, la contradiction de la vérité, « le refus délibéré de la réalité »⁶³². Elle se distingue de la présomption qui représente l'incertitude de la vérité. La fiction est la certitude de l'absence de vérité. En fait, la fiction « met consciemment, à la base de la démarche du juriste, une affirmation dont il sait qu'elle ne correspond pas à la réalité »⁶³³ alors même qu'il existe « un lien indissociable entre le droit et le réel »⁶³⁴. « Le droit [...] est un procédé stabilisateur régulateur de la vie sociale »⁶³⁵, mais il ne se confond pas avec elle. La régulation qu'il opère, s'appuie sur « un certain traitement de la réalité naturelle et sociale à travers des formes qui sont les qualifications et les normes »⁶³⁶. En raison du formalisme juridique, il existe une « distance entre la réalité et la norme d'une manière qui donnera forcément naissance à des tensions sociales »⁶³⁷. La fiction ne se confond donc pas avec le formalisme juridique. Aussi faut-il distinguer, à l'instar de Jean Salmon, la fiction soit comme violation du « réel pris dans le sens d'usage scientifique conventionnel »⁶³⁸ soit, comme altération de la réalité « qui résulte des conventions juridiques »⁶³⁹. Cette distinction exige une autre précision. En effet, bien souvent la fiction est nécessaire pour faire exister une abstraction

⁶³¹ FORIERS P., « Présomptions et fictions » in PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 7.

⁶³² RIVERO J., « Fictions et présomptions en droit public français » in PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, *op. cit.*, p. 102.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *op. cit.*, p. 155

⁶³⁶ Ibid.

⁶³⁷ Ibid.

⁶³⁸ SALMON Jean, « La construction juridique du fait en droit international », *Archives de philosophie de droit*, t.32, 1987, p. 139.

⁶³⁹ Ibid.

par exemple celle de la personnalité morale. Cette fiction est une abstraction mais elle n'en demeure pas moins une contradiction de la réalité sociale : dans la réalité non juridique, il n'existe que des personnes physiques. C'est en cela que la personnalité morale est une fiction, qui demeure nécessaire pour la régulation juridique de la réalité sociale.

Quoiqu'il en soit, les fictions n'ont pas toutes la même nature. En tant que technique, la fiction procède à l'« assimilation des rapports sociaux différents afin d'aboutir à la même solution pratique »⁶⁴⁰. Plus précisément, elle est « un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie sciemment impropre pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique propre à cette catégorie »⁶⁴¹.

La fiction représente également un fondement nécessaire à la construction juridique : « vouloir, sur quelques points essentiels s'attacher à la réalité des choses, [...] serait rendre impossible la mise en ordre de la société par la règle de la sanction »⁶⁴². Certaines fictions sont ainsi fondamentales. Elles « se substitu[ent], de façon définitive ou provisoire, à une réalité dont la constatation ou même la simple recherche seraient incompatible avec l'ordre juridique. Leur fonction est d'éliminer, ou d'atténuer des réalités dont le droit tel du moins que nous le concevons ne peut s'accommoder »⁶⁴³. Ainsi, en droit constitutionnel, le principe de représentation a pour conséquence une assimilation de la volonté des élus à celles des électeurs. La loi, votée par les élus du peuple, est considérée comme l'expression du peuple lui-même. Ce principe est une fiction sur laquelle repose l'ensemble du droit puisque concrètement le peuple et les élus sont distincts et de surcroît la réalité juridique est celle du rejet du mandat impératif⁶⁴⁴. Pour Rivéro, « la représentation est [ainsi] une hérésie nécessaire »⁶⁴⁵ pour l'ordre juridique.

La fiction se définit aussi quant à sa finalité. Elle est tout d'abord au service de la personne en droit privé comme en droit public, par exemple le mariage putatif en droit de la famille, le fonctionnaire de fait en droit administratif. Elle est ensuite au service de la

⁶⁴⁰ BAYART A., « Peut-on éliminer les fictions du discours juridiques ? » in PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 78.

⁶⁴¹ DEKKERS René, cité par FORIERS P., « Présomptions et fictions » in PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, op. cit., p. 16.

⁶⁴² RIVERO J., « Fictions et présomptions en droit public français », op. cit., p. 111.

⁶⁴³ Ibid., p. 112.

⁶⁴⁴ Voir JAUME Lucien, « Autour de Hobbes : Représentation et fiction », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 95.

⁶⁴⁵ RIVERO J., « Fictions et présomptions en droit public français », op. cit., p. 105.

construction juridique elle-même. Monique Chemiller-Gendreau relève d'ailleurs que « la règle de droit correspond à une contradiction sociale dépassée, c'est-à-dire un rapport de force accepté » et que « la fiction contribue à obtenir cette acceptation »⁶⁴⁶. En quelque sorte, la fiction est « un moyen opératoire de faire progresser le droit sans heurter ses habitudes reçues »⁶⁴⁷.

D'un point de vue positif, la fiction a pour objectif « d'assurer la continuité dans l'évolution du droit, afin que la transition entre l'ancienne et la nouvelle formule n'apparaisse pas comme la violation des principes consacrés ou comme l'abandon des théories périmées »⁶⁴⁸. Sous un angle beaucoup plus négatif, la fiction est au service du raisonnement juridique, dans une sorte d'économie de moyens. En effet, si le droit a recours à des assimilations inexactes mais nécessaires, l'objectif est d'« aboutir, sans rien changer au droit, à des résultats qu'il ne saurait autrement obtenir qu'en se changeant lui-même ». « Plutôt que d'affronter des ruptures de normes abandonnant des notions surannées et en forgeant des institutions franchement neuves, le droit adapterait l'ancien au neuf, prêtant au neuf les apparences fallacieuses de l'ancien ». La fiction, serait alors « l'art de la cautèle [...], où l'on préférerait aux métamorphoses flagrantes les détours et les équivoques du « comme si », et où le mode de l'irréel apparaîtrait comme le plus propre à concilier innovation et préservation »⁶⁴⁹.

Au regard de tous ces éléments d'analyse, la fiction est une technique nécessaire car commode pour le droit. Cependant, tout excès conduit à amplifier l'écart existant naturellement entre la réalité des choses et le droit. Le droit étant fait pour ordonner le réel, « comment l'ordonnerait-il si la règle qu'il pose procède d'une analyse inexacte des situations qu'il veut régir ? »⁶⁵⁰. D'autre part, la fiction, utilisée excessivement, exige le retour à l'effectivité pour « démasquer ce que l'on avait tenté de masquer par un procédé fictif »⁶⁵¹. En effet, dans un tel cas de figure, ce retour est essentiel en raison de la

⁶⁴⁶ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *op. cit.*, p. 162.

⁶⁴⁷ FORIERS P., « Présomptions et fictions », *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴⁸ DELGADO-OCANDO J.M., « La fiction juridique dans le code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée » in PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁴⁹ THOMAS Yan, « Fictio legis, L'Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 19.

⁶⁵⁰ RIVERO J., « Fictions et présomptions en droit public français », *op. cit.*, p. 113.

⁶⁵¹ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *op. cit.*, p. 162.

dichotomie existant, cette fois, entre le patrimoine juridique admis et la réalité juridique en évolution.

Cette présentation de la fiction permet de s'interroger sur son utilisation dans les situations de substitution constituante.

B- L'introduction de la fiction dans le processus de substitution constituante

La réalité juridique en matière constitutionnelle est la suivante : « la théorie moderne postule que la constitution est adoptée, soit par une assemblée constituante au nom du peuple souverain, soit par le peuple se prononçant par référendum sur un texte adopté par les représentants réunis en assemblée constituante »⁶⁵². Pour le droit constitutionnel et en vertu du principe de souveraineté, la constitution est une norme nationale, issue d'un processus formel national avec des acteurs nationaux représentant la volonté du peuple souverain. D'ailleurs, pour Sieyès, père de la théorie du pouvoir constituant, « dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, [...]. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit »⁶⁵³.

La réalisation constitutionnelle telle qu'elle est admise par les règles du droit constitutionnel suppose que le peuple soit en mesure d'exprimer sa souveraineté. Cette condition indispensable est absente des situations dans lesquelles il existe un recours à la substitution constituante. Cette forme d'exercice du pouvoir constituant accentue cette indisponibilité de la souveraineté puisqu'elle choisit la substitution au lieu de l'association. Le défaut d'une réelle collaboration avec le constituant national est la véritable justification du nécessaire recours à la fiction. Dans les cas de substitution constituante, la définition de la fiction n'est pas celle que l'on retrouve dans l'abstraction que représente la personnalité morale ou celle qui fonde les fictions fondamentales. Il s'agit en réalité de recourir à la technique indispensable pour légitimer le faux (1). En effet, lorsqu'il y a substitution constituante, il existe une assimilation à la procédure classique qui consacre le principe de

⁶⁵² MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du "constitutionnaliste" », *RGDIP*, 2002, n°3, p 552.

⁶⁵³ SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, *op. cit.*, p. 64.

prérogative nationale dans l'exercice du pouvoir constituant originaire, alors même que la substitution constituante consiste en une mise à l'écart du constituant national. La fiction permet donc de considérer que la souveraineté est maintenue bien qu'elle n'existe pas (2).

1- La fiction comme instrument dans la substitution constituante

Dans les cas de substitution constituante, le principal acteur constituant n'est pas national, il est extra-étatique. L'intervention du peuple, si elle existe, n'a pas la portée intégrale qu'elle devrait avoir : le représentant, choisi par lui, est sous l'autorité d'un autre « souverain ». Le maître de la procédure n'est pas la volonté nationale mais celle du constituant exogène. La substitution constituante, en soit, est une négation de la souveraineté. Or, l'élaboration de la constitution est une des formes essentielles de l'expression de la souveraineté. Malgré ce constat, la constitution hétéronome obtenue est réputée valable même si l'Etat n'a pas exercé, de façon souveraine, son pouvoir constituant originaire.

Entre les mécanismes et fondements de la substitution constituante, et les principes reconnus en droit pour l'exercice du pouvoir constituant, il existe une dichotomie réelle. La substitution constituante contredit le principe de souveraineté or le droit public n'existe pas sans ce principe. Celle-là octroie un rôle supplétif au constituant national et celui-ci lui accorde l'unique rôle dans le processus constituant. La substitution constituante dédouble les instances alors que le droit public n'a qu'un seul acteur effectif. Malgré ces différences notoires, l'une comme l'autre ont les mêmes effets : l'exercice souverain du pouvoir constituant, l'établissement d'une constitution valant droit positif et attestant de la qualité d'Etat souverain.

Il s'agit donc de deux phénomènes radicalement opposés qui sont unis dans leurs effets. Pour qu'une telle conclusion soit possible, cela revient à dire qu'il faut faire comme si dès l'origine, la substitution constituante et l'exercice classique du pouvoir constituant se valaient. Ainsi, l'Allemagne, le Japon, Chypre et la Bosnie-Herzégovine ont, dans le cadre de la substitution constituante, exercé de façon souveraine leur pouvoir constituant originaire. Une telle affirmation est fautive et qualifie improprement la situation. D'une part, juridiquement, la substitution constituante s'oppose à la réalité constitutionnelle

admise par le droit. D'autre part, elle contredit les faits tels qu'ils se sont déroulés : ni l'Allemagne, ni le Japon, ni Chypre, ni la Bosnie-Herzégovine n'ont exercé souverainement leur pouvoir constituant originaire. Personne ne peut douter de l'existence d'« un procédé falsificateur »⁶⁵⁴.

Cette technique permet de « *faire comme si bien que cela ne soit pas* »⁶⁵⁵. La substitution constituante doit s'interpréter comme si l'Etat soumis avait exercé de façon autonome et libre son pouvoir constituant originaire. Par conséquent, l'Etat maître de la procédure constituante, doit être traité comme s'il n'avait jamais existé ou du moins comme s'il avait eu un rôle de simple conseiller constitutionnel. Par cette interprétation biaisée de la réalité, on parvient à réduire à néant toutes les conséquences logiques qu'auraient dû avoir la substitution constituante dans les ordres juridiques interne et international.

Sans le recours à la fiction, la constitution hétéronome ne représente pas l'expression de la souveraineté nationale. L'Etat, au sein de son propre ordre juridique, n'est plus l'autorité suprême, et le peuple n'est plus le souverain. Par conséquent, la constitution n'est plus l'expression de la souveraineté nationale, mais celle d'une autorité externe supérieure à l'Etat et à son peuple. De surcroît, d'un point de vue externe, l'Etat n'est plus indépendant. La substitution constituante, interprétée de façon stricte, a pour effet de créer une subordination. Or en droit international, un Etat ne peut être assujéti à un autre car il bénéficie de « l'égalité souveraine »⁶⁵⁶.

Sans le recours à la fiction, le phénomène de substitution constituante conduit à une déconstruction de l'ensemble du droit tel qu'il a toujours été conçu. La seule façon d'interpréter la substitution constituante est celle qu'offre la fiction : « une application sciemment inexacte d'une catégorie juridique à un fait »⁶⁵⁷ afin de lui offrir les effets de droit logiquement attachés à cette même catégorie. Si la fiction est nécessaire au niveau de l'interprétation de ce phénomène, elle est aussi introduite dans les mécanismes de la substitution constituante. En effet, l'objectif pour le constituant exogène est d'adopter une

⁶⁵⁴ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *op. cit.*, p. 154.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ Article 2-1 de la Charte des Nations unies.

⁶⁵⁷ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *op. cit.*, p. 154.

constitution sans que sa valeur constitutionnelle soit remise en question. Pour se faire, le constituant exogène se conforme le plus possible à la réalité juridique admise : l'exercice national du pouvoir constituant originaire, les acteurs internes conservent un rôle, les trois phases de la procédure, répertoriées par Olivier Beaud, sont respectées (les phases pré-constituante, constituante et la sanction définitive⁶⁵⁸). Au fond, la constitution matérielle respecte les principes de l'Etat de droit : les droits de l'homme, le droit de participation des citoyens à la vie publique, le droit au recours effectif au juge. De la même façon, la substitution constituante respecte formellement la procédure qui doit aboutir normalement à l'adoption d'une constitution nationale. Les principes juridiques sont en apparence respectés : l'Etat soumis a exercé son pouvoir constituant mais, la réalité politique est celle de l'exercice exogène du pouvoir constituant originaire.

Lorsqu'il y a substitution constituante, le processus doit être mis en œuvre comme si l'on était dans le cadre d'une procédure classique. Il doit y avoir une place pour les représentants nationaux, qui peuvent proposer des solutions constitutionnelles. Le texte constitutionnel doit établir le fonctionnement d'un Etat autonome et souverain. Ainsi, la fiction est un rouage fondamental pour la mise en œuvre d'une substitution constituante et pour sa compréhension dans l'ensemble du droit. Sans elle, la souveraineté nécessaire dans l'exercice du pouvoir constituant originaire n'existe pas.

2- Le maintien fictif de la souveraineté dans la substitution constituante

Le maintien du concept de souveraineté dans cette procédure constituante s'appuie sur la construction juridique de cette même notion. Conçue à l'origine comme absolue, elle demeure un des éléments constitutifs de l'Etat qui, toutefois a dû s'adapter aux réalités internationales. Selon Chaumont, « l'expérience montre que l'Etat n'est pas toujours un « pouvoir »⁶⁵⁹ et par conséquent, « que devient la compétence des compétences lorsque celles-ci sont tracées par le Droit international général ou un engagement conventionnel ? »⁶⁶⁰. La souveraineté comme « propriété abstraite et *ne varietur* de

⁶⁵⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

⁶⁵⁹ CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 117.

⁶⁶⁰ Ibid. p. 120.

l'Etat »⁶⁶¹ est une « affirmation conceptuelle pure et simple »⁶⁶² qui ne permet pas de saisir ce que représente réellement la notion. D'ailleurs, pour Dominique Carreau « la souveraineté apparaît de plus en plus comme un mythe »⁶⁶³.

Afin de permettre une meilleure intelligence du concept, celui-ci est présenté sous différents angles. La souveraineté est externe et interne. Elle est *dominium et imperium*⁶⁶⁴. Elle est possession et exercice de compétences. Cette présentation plurielle de la souveraineté est abstraite et théoriquement utile à la compréhension du caractère de l'Etat. Néanmoins, elle n'est pas une réalité puisque la souveraineté est une unité, il ne peut y avoir de souveraineté extérieure sans souveraineté interne et vice versa. La souveraineté territoriale n'est rien sans le pouvoir de commander sur le territoire et à la population⁶⁶⁵. Et enfin, disposer d'une compétence est vain si son exercice est indisponible pour celui qui est censé la posséder. L'ensemble de ces éléments font la souveraineté.

En réalité, ces présentations différenciées au sein du concept de souveraineté permet de faire intervenir la notion de volonté. Seule cette dernière est susceptible, en droit, de créer une réduction de compétence. « Quelle que soit la restriction apportée à la souveraineté d'un Etat, cette souveraineté subsiste dès lors que la restriction est volontaire de sa part »⁶⁶⁶. Ce principe du consentement à la réduction de compétences est une fiction fondamentale en droit public⁶⁶⁷. En effet, une restriction à la souveraineté, sans cette règle, entraîne une disparition de l'attribut étatique. Appliquée à la substitution constituante, cette

⁶⁶¹ Ibid. p. 117.

⁶⁶² Ibid. p. 124.

⁶⁶³ CARREAU Dominique, *Droit international public*, Pédone, Paris, 2001, p. 24.

⁶⁶⁴ Aujourd'hui, *Dominum* et *Imperium* désignent le pouvoir. A l'origine, seul l'*Imperium* relève du vocabulaire politique, il représente un pouvoir de commandement auquel les sujets sont tenus d'obéir. Le *Dominium* est un terme de droit privé dans la mesure où il désigne le droit de propriété sur les choses. C'est l'Empereur Antonin qui va opérer le glissement du *Dominium* dans le langage politique en faisant de ce terme l'expression de la maîtrise du monde terrestre. Avant la naissance de l'Etat moderne, la vision patrimoniale du pouvoir va entraîner une confusion des deux termes *Imperium* et *Dominium*. Mais dès l'apparition de l'Etat moderne avec l'abandon de toute vision patrimoniale du pouvoir, le *Dominium* représente la maîtrise du territoire par l'autorité étatique. Voir Gaudemet Jean, « *Dominium-Imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne* », *Droits*, 1995, n°22, p. 3 ; LEYTE Guillaume, « *Imperium et Dominium chez les glossateurs* », *Droits*, 1995, n° 22, P. 19.

⁶⁶⁵ Aujourd'hui, l'exemple du Kosovo le prouve. En effet, bien que ce territoire relève de la souveraineté territoriale de la Serbie, celle-ci ne dispose pas de l'*Imperium* sur ce territoire qui est sous administration internationale. Aussi, cette souveraineté territoriale nominale de la Serbie sur le Kosovo n'est pas effective.

⁶⁶⁶ CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », *op. cit.*, p.122.

⁶⁶⁷ Pour la notion de fiction fondamentale voir *supra* (Dans le même paragraphe, A).

fiction permet de maintenir la souveraineté puisqu'il est impossible de remettre en cause juridiquement la valeur des consentements des Etats concernés⁶⁶⁸.

Ce maintien fictif de la souveraineté malgré une situation de subordination avérée, d'un Etat à l'égard d'un autre, est l'un des caractères du protectorat. Cet instrument permet à un Etat, par le biais d'un traité, de prendre en charge la souveraineté extérieure d'un autre. L'Etat protégé est réputé conserver sa souveraineté interne. Par le biais du traité de protectorat qui reconnaît l'indépendance de l'acteur protégé, celui-ci conserve son statut d'Etat. Toutefois, afin d'assurer sa fonction, l'Etat protecteur peut s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat protégé.

Ainsi le traité du 11 août 1863 établissant le protectorat de la France sur le Cambodge dispose en son article 16 : « Sa Majesté l'Empereur des français reconnaissant la souveraineté du Roi du Cambodge, s'engage à maintenir dans ses Etats l'ordre et l'autorité, à le protéger contre toute attaque extérieure [...] »⁶⁶⁹. Cependant, la convention de 1884 qui complète ce premier traité dispose en son article premier « le Roi accepte toutes les réformes administratives, judiciaires, financières et commerciales que nous lui proposons pour faciliter l'exercice du protectorat »⁶⁷⁰. Par ces deux traités, le droit d'intervention que se réserve la France est complet. Le Cambodge conserve toutefois sa qualité d'Etat car il a consenti au statut du protectorat.

L'Etat protecteur n'intervient dans les compétences internes de l'Etat protégé que dans la mesure où le traité assure la conservation de la possession de la souveraineté interne. Aussi, toutes les compétences internes exercées directement ou indirectement par l'Etat protecteur le sont-elles, au nom de l'Etat protégé. Elles gardent fictivement leur nature nationale. En réalité, les souverainetés interne et externe sont fictives. Seule la convention de protectorat permet le maintien de la souveraineté interne. Cette réalité transfigurée n'est qu'une phase transitoire avant l'évolution du statut de l'Etat protégé vers celui de colonie. La fiction permet d'assurer une transition. Au moment de la ratification du protectorat l'Etat protégé représente un Etat étranger mais sa mise en œuvre le transforme en une partie du territoire de l'ancien Etat protecteur.

⁶⁶⁸ Voir *supra*.

⁶⁶⁹ JACOBÉ de NAUROIS Etienne, *Le protectorat, Théorie générale et applications aux protectorats français*, Thèse, Université de Toulouse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1910, p. 105.

⁶⁷⁰ *Ibid.* p. 104.

Appliquée à la substitution constituante, la technique du protectorat permet d'opérer une dissociation au sein du pouvoir constituant originaire. Il est reconnu comme appartenant à l'Etat subordonné. Par cette reconnaissance de la compétence nationale, la souveraineté est maintenue. L'exercice de la compétence constituante dépend d'une autorité externe. Mais ce pouvoir constituant originaire est exercé au nom du souverain national. La constitution obtenue exalte la souveraineté interne. Il n'existe pas de subordination dans la mesure où le constituant exogène agit dans l'objectif de restaurer l'Etat et dans la reconnaissance de la qualité étatique de celui pour qui la constitution est élaborée puis adoptée.

La substitution constituante s'appuie donc sur une autre fiction fondamentale pour le droit international : l'intangibilité de la souveraineté internationale. Un Etat conserve sa qualité malgré les altérations de la souveraineté interne. Un Etat existe toujours bien qu'il soit dans une relation de dépendance à l'égard de la communauté internationale ou d'un autre Etat. Cette pérennité du statut d'Etat, comme le rappelle Chaumont, dépend de la « reconnaissance par la communauté intéressée, ou tout ou moins par ceux des membres de cette communauté qui sont bien placés pour accomplir cette reconnaissance et lui donner son efficacité »⁶⁷¹.

Cette légitimation de la substitution constituante par la fiction permet de mettre en évidence une autre fiction fondamentale. Si la substitution est susceptible d'être reconnue comme conforme à la souveraineté malgré la façon dont elle s'ingère dans l'exercice du pouvoir constituant originaire, cela signifie que le concept de domaine réservé représente également une fiction. « Le « domaine réservé » est une « aptitude » de l'Etat dont l'« exercice » dépend de facteurs variables et non déterminés à l'avance ». « On ne sait pas, en fait, en quoi pourrait bien consister le pouvoir « essentiel » de l'Etat dans certaines matières « réservées ». *Tant qu'on demeure dans cette ignorance, on ne peut pas poser en principe qu'il existe un « domaine » de l'Etat interdit à toute compétence ou activité internationale* »⁶⁷².

⁶⁷¹ CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁷² *Ibid.* p. 130. Les précisions en italique sont soulignées par nous.

Le domaine réservé est une fiction parce que la substitution constituante, en tant que pratique, permet d'affirmer qu'il n'existe aucune matière qui ne puisse faire l'objet d'intervention. Cette fiction est fondamentale : sans le maintien de la notion de domaine réservé, la souveraineté est affaiblie. Un Etat qui ne maîtrise pas son territoire et qui ne dispose pas du pouvoir propre de s'organiser n'est plus un Etat. Sa souveraineté interne est vulnérable et par conséquent son indépendance fragile. Le domaine réservé est le rempart conceptuel pour le maintien de la structure inter-étatique fondée sur le principe de non ingérence.

Forte de ces fictions fondamentales, la substitution constituante permet d'affirmer formellement l'existence de la souveraineté de l'Etat subordonné. L'absence de contenu de la souveraineté est corroborée par le nécessaire recours à la garantie internationale du système constitutionnel instauré⁶⁷³. La souveraineté ne retrouve sa réalité que lorsque l'Etat, qui a bénéficié de la constitution hétéronome, met un terme à la dissociation entre possession et exercice du pouvoir constituant originaire et rétablit le lien irréductible entre souveraineté interne et externe⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Pour l'idée de réappropriation de la constitution et du pouvoir constituant *voir supra* (Partie I, Titre II, Chapitre II).

⁶⁷⁴ *Voir supra* (Partie I, Titre II, Chapitre I).

CONCLUSION

La substitution constituante prend la forme d'une procédure constitutionnelle qui s'articule autour d'un Etat maître de la procédure et d'une entité subordonnée. Or, un tel rapport interétatique est impossible en droit. Il ne peut correspondre à l'encadrement juridique nécessaire lorsque le pouvoir constituant originaire est internationalisé. Le droit en vigueur se fonde plutôt sur la souveraineté effective, excluant toute sujétion de quelque nature qu'elle soit. La substitution constituante ne peut pas aller à l'encontre de ce principe dans la mesure où elle a pour objectif de restaurer la souveraineté de l'Etat. Certes, elle ne saurait correspondre exactement à l'autonomie constitutionnelle effective, mais elle ne peut pas s'opposer totalement aux objectifs du droit constitutionnel et du droit international : le pouvoir constituant comme expression de la souveraineté nationale et le refus de toute subordination entre les Etats.

Face à ces règles strictes, la substitution constituante se légitime en ayant à la fiction. Elle l'utilise comme technique permettant son assimilation à l'exercice libre du pouvoir constituant originaire. Elle s'appuie également sur les fictions érigées par le droit en matière de souveraineté. Toutefois, le recours à la fiction ne peut effacer cette conflictualité inhérente entre la substitution constituante et la souveraineté. Celle-ci conduit à s'interroger sur la nature réelle de cette pratique.

CHAPITRE II : La nature politique de la substitution constituante

« [...] Soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation » du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes⁶⁷⁵. Or celui-ci a pour objet d'une part, d'accorder à tous les peuples le droit de déterminer leur statut politique, « en toute liberté et sans ingérence extérieure »⁶⁷⁶ et d'autre part, de créer le devoir pour « tout Etat de respecter ce droit conformément aux dispositions de la charte »⁶⁷⁷. Toutefois la réalisation effective de ce droit n'exclut pas l'intervention d'un autre Etat.

La résolution 2625 dispose : « Tout Etat a le devoir de *favoriser*, conjointement avec d'autres Etats ou séparément, la réalisation du principe d'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la charte, et d'aider l'Organisation des Nations unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la charte en ce qui concerne l'application de ce principe »⁶⁷⁸.

La substitution constituante n'est pas en adéquation avec ces principes posés par le droit international pour garantir les relations amicales et la coopération entre les Etats. Le processus qui la fonde est en soit contraire à toutes les prescriptions juridiques. La fiction en lui octroyant une légitimité met en évidence le fait que cette méthode constituante n'appartient pas à la méthodologie juridique. Elle lui permet de cacher sa véritable nature. La substitution constituante n'est pas juridique. D'ailleurs, quelle que soit la méthode d'analyse choisie, il est impossible de conclure à l'appartenance de la substitution constituante à la méthodologie juridique (**Section I**). En réalité, la substitution constituante appartient aux procédures politiques. Cette juste qualification a des effets sur la matière juridique. Dans un contexte d'internationalisation du droit constitutionnel, elle permet de préciser le sens de certaines notions et elle conduit surtout à répondre à la question de la réalité juridique de la souveraineté dans le droit public en vigueur (**Section II**).

⁶⁷⁵ Résolution 2625.

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ La précision en italique est faite par nous.

SECTION I : Les limites d'une approche pragmatique de la substitution constituante

Le droit prescrit un ensemble de procédures à suivre et d'acteurs spécifiques à faire agir pour parvenir à l'élaboration puis à l'adoption de tout acte juridique. La validité d'un acte se juge à la compétence effective de son auteur pour l'établir et au respect par celui-ci de la procédure établie. En matière constitutionnelle, le droit international reconnaît le principe de liberté et d'autonomie lorsqu'un peuple doit exercer son droit d'autodétermination par le choix d'un statut politique. Il reconnaît de la même manière le droit des citoyens de participer à la vie politique soit directement soit par le biais de ses représentants⁶⁷⁹. En droit constitutionnel, la constitution doit être l'expression de la souveraineté. Par conséquent, elle doit être le fruit d'une procédure constituante permettant au peuple souverain de participer indirectement à l'élaboration du texte et d'adopter le texte définitif par la voie de ses représentants ou par le biais du référendum.

Toutefois, le juriste peut parfois adopter une approche pragmatique afin de donner une valeur juridique à une procédure qui n'en dispose pas dans le cadre d'une interprétation stricte. En effet, la substitution constituante a une nature fonctionnelle : elle a pour tâche d'instaurer une norme constitutionnelle dans un contexte politique particulier. Il s'agit pour elle, dans des situations exceptionnelles, d'entériner ou de donner une solution à un conflit, d'orienter une société vers des buts nouveaux. Le constitutionnaliste peut-il défendre une telle acception de la substitution constituante qui, en dépassant les contradictions qu'elle comporte à l'égard du droit positif, la reconnaît comme une méthode juridique. S'il le fait, il adopte une démarche qui consiste à nier les principes fondamentaux qui font le pouvoir constituant originaire (**Paragraphe I**). L'approche pragmatique reste en réalité insuffisante en droit constitutionnel. Substantiellement, accorder un statut juridique à la procédure de substitution constituante aboutit à une transfiguration totale de la conception du droit (**Paragraphe II**).

⁶⁷⁹ Voir *supra* Partie I, Titre I.

PARAGRAPHE I : L'approche pragmatique

Dans une telle approche, il est fait abstraction des problèmes méthodologiques que pose la substitution constituante. Les enjeux politiques qu'elle comporte nécessitent qu'il soit accordé une valeur juridique à ces constitutions hétéronomes bien qu'elles contreviennent à la souveraineté et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (A). Le principal argument favorable à une telle conception se fonde légitimement sur la nature même d'un pouvoir constituant dissocié de la souveraineté et donc rebelle à toute théorisation. En effet, l'abandon du lien entre ces deux notions permet de faire des analyses justifiant le recours à la substitution constituante pour l'exercice d'une compétence en principe nationale (B).

A- La nécessité de valider le résultat constitutionnel de la substitution constituante

Concrètement, refuser la qualité de constitution à un texte élaboré sous la contrainte correspondrait à considérer que le pouvoir constituant n'a pas été effectivement exercé. Par conséquent, soit un vide constitutionnel existe dans ces Etats, soit la constitution précédente doit être considérée comme toujours valide. Pour Chypre, la promulgation de la constitution a été associée en 1960 à la proclamation de l'indépendance. Si, la constitution n'était pas valide, l'indépendance ne serait pas effective puisque ne demeurerait que les traités consacrant l'absence de souveraineté de Chypre : le traité de Zurich-Londres, le traité d'alliance et le traité de garantie. Pour l'Allemagne et le Japon, la démocratie ne serait pas valablement consacrée puisqu'il y aurait une réelle fraude aux constitutions de Weimar et de l'Empire du Japon. Pour la Bosnie-Herzégovine, son statut d'Etat indépendant serait alors contestable puisque son ancienne constitution était celle d'un Etat fédéré de l'ex-Yougoslavie. Plus encore, réfuter cette constitution inscrite dans les accords de Dayton remettrait en cause la situation géopolitique de l'ensemble de la région et créerait un environnement favorable à une possible reprise des conflits entre les communautés en présence.

Pour éviter cette remise en cause générale, il serait possible de recourir à la technique de la fiction. Les constitutions hétéronomes seraient putatives. Bien qu'elles ne remplissent pas toutes conditions nécessaires à la validité juridique d'une constitution, il

leur serait accordé tous les effets classiques d'une constitution : « exprimer la souveraineté du peuple et limiter la puissance des pouvoirs publics »⁶⁸⁰. Cependant accorder le caractère putatif à un acte nécessite que les constituants exogènes soient de bonne foi. Bien que la bonne foi se présume, il est indéniable que les constituants exogènes n'ignorent pas ce que doit être une constitution. Cette bonne foi pourrait être considérée comme existante dans la mesure où les circonstances rendent impossible un exercice autonome du pouvoir constituant originaire. Mais il ne peut être fait abstraction du fait que la substitution constituante reste une forme radicale de l'internationalisation. Les constituants exogènes ont recours à la fiction pour légitimer leur action. La réalité de la substitution constituante s'oppose véritablement à l'idée d'une constitution adoptée par un Etat libre.

En droit constitutionnel, plusieurs possibilités s'offrent pour la définition de la constitution. Il est possible de la définir comme « l'acte exprimant la souveraineté de l'Etat et du peuple »⁶⁸¹. Mais elle incarne aussi formellement, la norme suprême sur laquelle se fonde tout l'ordonnement juridique et matériellement « la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique existant »⁶⁸². Si la première définition est retenue, les constitutions hétéronomes ne remplissent pas la condition de la souveraineté. En revanche, avec la définition strictement positive, ces constitutions établissent un ordonnancement juridique.

L'approche pragmatique se réfère ainsi au dessein de la substitution constituante : organiser un Etat. Il apparaît donc nécessaire de trouver un fondement à ces constitutions hétéronomes. En effet, il est impossible de conclure à l'inexistence en droit constitutionnel de ces normes organisant malgré tout, une communauté humaine.

Certes, ces constitutions souffrent d'une carence de légitimité mais une analyse plus souple reste toujours possible en se référant à la source de toute constitution : le pouvoir constituant. Quels que soient les auteurs⁶⁸³, le pouvoir constituant est décrit comme rebelle à toute catégorisation et à toute formalisation. Il est libre et révolutionnaire. Bien qu'il soit

⁶⁸⁰ BEAUD Olivier, La notion d'Etat, Archives de philosophie du droit, T. 35, 1990, p. 126.

⁶⁸¹ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁸² STARCK Christian, HAMON Léo, Ben ACHOUR Yadh, COLOMER VIADEL Antonio, TOPORNIN Boris (Académie internationale de droit constitutionnel), *La suprématie de la constitution*, Les éditions Toubkal, Tunis, 1987, p. 88.

⁶⁸³ EL SHAWI Mudir, Contribution à l'étude du pouvoir constituant, Thèse, 1961, Toulouse, 219 p ; KLEIN Claude, Théorie et pratique du pouvoir constituant, *op. cit.* ; NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, 1997, 447 p ; SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*

créateur du droit, sa survenance résulte d'une opposition au droit. *Res facta contra legem* indomptable et spontané tels sont les caractères intrinsèques du pouvoir constituant. Par conséquent, « la légitimité d'une constitution n'implique pas que celle-ci ait été instaurée conformément aux lois constitutionnelles précédemment en vigueur », « une constitution tire du présent la justification de son existence [...et] sa validité repose sur la volonté existentielle »⁶⁸⁴ de celui qui décide d'en adopter une.

B- L'impossible encadrement théorique et juridique du pouvoir constituant

La remise en question du lien indispensable entre souveraineté et pouvoir constituant crée une impossibilité de donner une définition non discutable de la compétence constituante. Ainsi, sans le corollaire de la souveraineté, il est impossible d'envisager le pouvoir constituant dans une perspective uniquement juridique. Antonio Negri tente d'en donner une définition juridique : le pouvoir constituant « est la source qui produit les normes constitutionnelles, ou le pouvoir de faire une constitution et donc d'édicter les normes fondamentales qui organisent les pouvoirs de l'Etat. En d'autres termes, c'est le pouvoir d'instaurer un nouvel ordre juridique et aussi de régler les rapports au sein d'une nouvelle communauté »⁶⁸⁵. Cette définition réduit le pouvoir constituant à sa destination juridique : l'élaboration de la norme constitutionnelle. Pourtant, au sens strict le pouvoir constituant n'est ni le droit, ni la constitution, ni la démocratie.

Le pouvoir constituant en tant que tel, est une notion politique. Schmitt rappelle que « la constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité » et que « le pouvoir constituant est une volonté politique, un être politique concret »⁶⁸⁶. En tant que tel, il est une ignorance du droit, il ne se fonde sur aucune valeur juridique. En revanche, il s'inscrit dans une rupture du droit : « il surgit du néant et organise la hiérarchie des pouvoirs ». Il est le paradoxe juridique par excellence : « il est un pouvoir surgi de rien et qui organise tout du droit »⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 226 et 227.

⁶⁸⁵ NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, op. cit., p. 2.

⁶⁸⁶ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 212.

⁶⁸⁷ NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, ibid.

Face à cette contradiction, le droit tente d'inclure le pouvoir constituant dans le dispositif juridique en opérant une neutralisation de sa nature a-juridique. Le pouvoir constituant n'est ainsi envisagé que dans sa seule finalité : la procédure constituante sanctionnée par l'adoption d'une constitution. Par ce recours formel, « l'idée de pouvoir constituant est soumise à une préformation juridique alors qu'elle se prétendait formatrice du droit, elle se trouve absorbée dans l'idée de représentation politique »⁶⁸⁸. Par conséquent, partant de l'hypothèse que le pouvoir constituant appartient au peuple, celui-ci est éternellement inscrit dans une procédure constituante de type démocratique : l'élection d'une assemblée constituante dont le travail final est soumis à une sanction directe (par la voie du référendum) ou indirecte (par le biais des représentants élus).

Cependant, la nature intrinsèque du pouvoir constituant ne saurait justifier que celui-ci soit limité dans son expression à une procédure déterminée. En réalité, la règle primordiale pour l'exercice du pouvoir constituant est celle de la liberté. Comme l'observe Schmitt, « il ne peut exister de méthode réglementée à laquelle l'exercice du pouvoir constituant serait tenu »⁶⁸⁹. De surcroît, aucune règle du droit constitutionnel ne justifie de tenir la procédure représentative comme la forme définitive et absolue de l'exercice du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant est libre d'apparaître comme il le veut. Ne tirant son origine d'aucun principe juridique, il n'est nullement soumis au formalisme que requiert la matière juridique. En outre, si la nature indéterminée du pouvoir constituant nécessite la liberté, elle conduit à une impossibilité logique de déterminer, de façon absolue et définitive, son détenteur.

Depuis les révolutions américaine et française, il est admis que le pouvoir constituant appartient au peuple ou à la nation. Son exercice est attaché au phénomène démocratique. Selon Antonio Négri, le pouvoir constituant est « le moteur et l'expression cardinale de la révolution démocratique »⁶⁹⁰. Jefferson Davis estime que le pouvoir constituant représente « la réappropriation du pouvoir par le peuple en armes »⁶⁹¹. « La nation existe avant tout ; elle est à l'origine de tout »⁶⁹², elle est aussi la seule compétente pour se donner une constitution. Pour l'ensemble de la doctrine, le pouvoir constituant est

⁶⁸⁸ Ibid., p. 5.

⁶⁸⁹ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 218.

⁶⁹⁰ NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, op. cit., p. 16.

⁶⁹¹ Ibid., p. 205.

⁶⁹² SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, op. cit., p. 67.

un concept démocratique car, le peuple en l'exerçant exprime sa souveraineté. Ainsi, si le Conseil constitutionnel français refuse de contrôler la constitutionnalité des révisions référendaires c'est certes, en raison de son incompétence, mais surtout parce que ces révisions correspondent à « l'expression directe de la souveraineté nationale »⁶⁹³.

En réalité, dans l'approche pragmatique, il est impossible de définir juridiquement le sujet du pouvoir constituant. Dans la mesure où le lien avec la souveraineté est rompu, seul les circonstances de l'émergence du pouvoir constituant sont mis en exergue. Comme le rappelle Schmitt, le sujet du pouvoir constituant évolue selon les époques. Au Moyen âge, « seul Dieu a un *potestas constituens* »⁶⁹⁴ et sous la monarchie, l'exercice du pouvoir constituant appartient au monarque. Ce sont la déclaration d'indépendance américaine en 1776 et la révolution française de 1789 qui marquent en ce domaine le début d'une nouvelle époque : « un peuple prend son destin en mains avec une pleine conscience et décide librement du genre et de la forme de son existence politique »⁶⁹⁵. La détermination du sujet du pouvoir constituant est alors considérée comme strictement circonstancielle. Dans ces deux révolutions, si les circonstances avaient été autres, le pouvoir constituant serait demeuré aux mains du roi en France et le peuple américain serait demeuré sous la domination de la Couronne britannique.

Par conséquent, la théorie du pouvoir constituant du peuple ou de la nation devient historique, politique mais pas juridique. En la tenant comme relevant du droit, on enferme le pouvoir constituant et son exercice dans la matière juridique c'est-à-dire que l'on limite la définition du pouvoir constituant à l'expression de la souveraineté. Or une telle lecture juridique rendrait invalide toute analyse justifiant la substitution constituante. Ainsi, dans l'approche pragmatique, le pouvoir constituant s'oppose à une telle fixation dans le temps et dans les procédures. Il ne peut être encadré dans une quelconque théorie. Même s'il crée la révolution, il ne se limite pas à l'expression démocratique de celle-ci. Il est impossible de fixer le pouvoir constituant dans ce seul cadre. « Le pouvoir constituant est la détermination ponctuelle qui ouvre un horizon, le dispositif radical de quelque chose qui n'existe pas encore »⁶⁹⁶. Ses conditions même d'existence ne sont pas prévisibles. En tant

⁶⁹³ Décision du 23 septembre 1992, *Maastricht III*, considérant 2.

⁶⁹⁴ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit, p. 213.

⁶⁹⁵ Ibid. p. 214.

⁶⁹⁶ Ibid., p. 31.

que décision politique, il appartient à l'acteur le plus fort dans un environnement politique déterminé : il peut s'agir d'un roi, d'une oligarchie ou d'un peuple.

Ces analyses sur le principe d'une absolue liberté dans l'expression du pouvoir constituant, qui fondent l'approche pragmatique, conduisent irrévocablement à s'interroger sur son détenteur. Le pouvoir constituant dissocié de l'idée de souveraineté pourrait-il admettre que son détenteur se limite aux seuls acteurs internes ?

La théorie démocratique du pouvoir constituant n'envisage l'exercice du pouvoir constituant que dans le cadre strictement interne. Quand il s'agit de procédure constituante, le principe dualiste l'emporte dans le rapport entre l'ordre interne et l'ordre juridique international. La logique se tient sauf à ignorer que dans l'approche pragmatique l'absence de règles caractérise le pouvoir constituant. Le seul réel critère pour le pouvoir constituant devient alors la réalisation d'une rupture dans un certain ordre des choses ou du droit. En tant que phénomène a-juridique, il n'aspire à respecter ni la légalité, ni la légitimité. C'est d'ailleurs ce caractère absolu, ni juste, ni équitable, qui expliquerait finalement que le pouvoir constituant ne s'épuise pas dans son exercice. Si effectivement le système organisé est considéré comme illégitime, le pouvoir constituant peut réapparaître et créer une nouvelle rupture.

Dans ce cas, même la théorie démocratique du pouvoir constituant ne pourrait empêcher que la rupture puisse être décidée par un acteur externe à l'Etat. Le manque de légitimité de l'acteur n'aurait aucune portée sur la réalité du pouvoir constituant dans la mesure où l'on considère qu'il vient du vide et constitue toute chose. Le pouvoir constituant pourrait en toute légitimité être exercé par une entité externe à l'Etat et à son peuple. Ceci, sans qu'apparaisse une contradiction avec une quelconque règle puisqu'il ne peut en exister aucune. Cette position s'appuie sur la dissociation inadmissible entre souveraineté et pouvoir constituant. En effet, si le pouvoir constituant implique initialement une rupture, c'est pour assurer, quoi qu'il advienne, l'expression de la souveraineté. Dans la mesure où, la souveraineté est reconnue comme appartenant au peuple, le pouvoir constituant doit s'exercer dans le dessein d'exprimer la volonté de ce détenteur du pouvoir. Cette compétence est donc par nature une prérogative nationale. C'est d'ailleurs pour cette raison que le pouvoir constituant est inépuisable, de cette façon, le peuple peut toujours faire part de sa volonté même si le pouvoir lui a été confisqué.

En somme, dans cette approche pragmatique, comme l'exercice démocratique du pouvoir constituant, la substitution constituante se justifie avant tout par des circonstances particulières⁶⁹⁷. Elle intervient principalement parce que les acteurs internes n'ont pas les moyens politiques de s'opposer à une volonté constituante plus forte. En effet, comme le pouvoir constituant est uniquement une décision politique, il s'impose non par le droit mais par la force. Qu'il s'agisse de l'Allemagne ou du Japon, aucune règle de droit n'autorise la suspension de la souveraineté. L'hégémonie politique et les exigences nécessaires à la stabilité de l'ordre international permettent aux Alliés de décider pour ces deux Etats de recourir au pouvoir constituant. A Chypre et en Bosnie-Herzégovine, l'inexistence d'une conscience nationale des communautés en présence oblige ces dernières à admettre une décision politique entérinant un système consociatif⁶⁹⁸.

Dans une telle configuration, la substitution constituante est une exception dans la pratique du pouvoir constituant. Elle demeure toutefois, une procédure parfaitement admissible dans la création constitutionnelle. L'approche pragmatique permet ainsi d'accorder, en droit constitutionnel, une légitimité à cette méthode constituante atypique. Cependant, il existe des critiques que l'on peut lui opposer.

PARAGRAPHE II : Les critiques opposables à l'approche pragmatique

L'approche pragmatique conduit à cette conclusion : la substitution constituante est en droit constitutionnel une forme légitime d'expression du pouvoir constituant. En vertu de la nature indéterminée du pouvoir constituant, tout Etat peut se voir substituer dans ses attributions constituantes à partir du moment où il est dans l'impossibilité politique d'imposer sa volonté. Un tel principe est en totale contradiction avec le système juridique

⁶⁹⁷ En réalité, il n'existe pas de conditions normales de l'intervention du pouvoir constituant. Mais au regard de la pratique politique admise la substitution constituante répond à des circonstances spécifiques.

⁶⁹⁸ Le mot consociation a été forgé dans les années 60 pour caractériser des sociétés qui connaissent une configuration commune : une forte segmentation de la société selon des critères ethniques, linguistique (Suisse, Belgique), idéologique (Autriche) ou religieux (Pays-Bas) et une institutionnalisation aboutie de la négociation entre les élites représentant ces différents segments. Une démocratie consociative repose sur la représentation proportionnelle et la formation de gouvernements de coalition. Son objectif est de permettre à chaque pilier ou segment de la société de réaliser son propre projet sans porter atteinte à l'unité nationale, en privilégiant notamment une résolution consensuelle des problèmes.

tel qu'il est reconnu aujourd'hui⁶⁹⁹. L'admission de la substitution constituante comme une méthode juridique d'adoption constitutionnelle, a pour conséquence immédiate de frapper de vacuité les principes essentiels du droit international (A) et du droit constitutionnel (B).

A- La transfiguration du droit international

La question constitutionnelle n'est pas directement une matière du droit international. Le droit international reconnaît le principe de l'autonomie constitutionnelle⁷⁰⁰ car, le pouvoir constituant est considéré comme appartenant au noyau dur du domaine réservé. Le droit international admet aussi que son développement puisse conduire à une réduction matérielle du domaine réservé. Toutefois, seul un engagement volontaire peut justifier valablement qu'un Etat restreigne ou annihile son autonomie constitutionnelle. La souveraineté est le principe dont le rôle est de garantir l'autonomie constitutionnelle et les conditions de sa limitation.

L'ordre juridique international est un système dans lequel le statut étatique est reconnu et protégé. Il organise les rapports entre les Etats afin que ceux-ci se fondent sur la reconnaissance mutuelle de ce statut d'égaux : le droit est donc l'élément stabilisateur des relations inter-étatiques. Cette proposition est un acquis des traités de Westphalie. En effet, avant la paix de Westphalie, « par définition, la « souveraineté » ne reconnaît plus de « supérieur sur terre »⁷⁰¹. Seul le droit du plus fort régit les rapports entre les royaumes et empires. 1648 est le point de départ d'une révolution : la substitution de principe du droit à la force dans les rapports interétatiques⁷⁰².

Si l'on reconnaît la substitution constituante comme méthode juridique, la souveraineté ne joue plus le rôle de protecteur qu'elle est censée tenir. Ni la souveraineté, ni le droit en général ne sauraient être un obstacle à la substitution constituante. La nature du pouvoir constituant invaliderait l'appartenance de la compétence constituante au

⁶⁹⁹ C'est-à-dire le droit positif.

⁷⁰⁰ La reconnaissance de l'autonomie constitutionnelle n'est valable que jusqu'à un certain point. Elle ne représente plus un obstacle efficient lorsque l'Etat traverse une crise qui le dépossède de l'exercice de la souveraineté.

⁷⁰¹ RUYSEN Théodore, *Les sources doctrinales de l'internationalisme, Des origines à la paix de Westphalie*, Tome I, PUF, Paris, 1958, p. 207.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 487 et s. Cette substitution prend forme concrètement dans un acte juridique avec le pacte Brian Kellogs le 27 août 1928. La prohibition de la guerre prend sa véritable ampleur avec la charte des nations unies.

domaine réservé. Par conséquent, l'idée d'un transfert du pouvoir constituant ne serait plus pertinente. En effet, le pouvoir constituant originaire n'appartenant à personne, son exercice n'aurait nullement besoin d'un recours à l'exercice de la souveraineté pour justifier une quelconque délégation.

Le pouvoir constituant ne serait plus non plus une matière pouvant assurer une distinction absolue entre ordre interne et ordre international. Plusieurs conséquences découlent du fait que toute autorité, étatique ou internationale, puisse organiser une rupture constitutionnelle. D'une part, il n'existerait plus de principe réel de non-ingérence dans les affaires intérieures. D'autre part, la conception dualiste des ordres juridiques interne et international perdrait définitivement toute réalité. La matière constitutionnelle n'étant plus une spécificité étatique dans sa mise en oeuvre, l'ordre interne et l'ordre international ne seraient plus dissociés. Mais la disparition des frontières n'assurerait pas l'émergence d'un seul et unique ordre juridique puisque, seules les contingences politiques expliqueraient la primauté d'un Etat sur l'autre. Soit, l'ordre interne prévaut car il dispose des moyens politiques pour s'imposer en tant que constituant légitime. Soit les autorités extérieures, quelles qu'elles soient, s'imposent et soumettent l'Etat à leur solution constitutionnelle. Dans un tel système de rapports de forces pour l'exercice du pouvoir constituant, il n'existe pas de sécurité juridique, ni pour les Etats, ni pour les peuples.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est directement contredit par cette méthode constituante. En effet, le droit international prescrit la libre détermination par les peuples indépendants de leur statut politique. Le droit international reconnaît par cette règle que la souveraineté constitue également l'attribut du peuple dans un Etat. Par conséquent, il doit être le seul à décider de son avenir politique dans un Etat de droit. Il lui appartient d'exercer les compétences nécessaires afin d'obtenir un statut politique. Par la substitution constituante, le rôle essentiel que doit jouer le peuple en matière constitutionnelle est nié. De surcroît, cette technique implique un asservissement d'un peuple à une volonté constituante fondamentalement distincte de la sienne.

A Chypre, le constituant exogène impose la coexistence de deux communautés alors même que l'une aspire à l'*Enosis*, c'est-à-dire au rattachement de l'île à la Grèce, et l'autre à l'indépendance. Dès 1963, la constitution hétéronome n'est plus en adéquation avec la réalité puisque, les deux communautés de l'île se séparent de fait. En Bosnie-

Herzégovine, bien que la constitution de Dayton organise un Etat multiethnique, les élections consacrent toujours la victoire des partis nationalistes. Pour l'Allemagne et le Japon, la constitution octroyée ne devient nationale qu'avec un exercice *a posteriori* du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁷⁰³.

La substitution constituante nie ainsi le lien direct qui existe entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'exercice du pouvoir constituant. Dans la logique qui fonde la substitution constituante, le peuple ne dispose nullement du monopole de l'exercice du pouvoir constituant. Il n'est en mesure de l'exercer de façon exclusive que, lorsqu'il dispose de moyens politiques et d'un contexte favorable à une révolution démocratique dans le fond et la forme.

Cette méthode constitue une remise en cause de nombreuses règles du droit international. Les Etats, dans leurs rapports mutuels, ne sont plus égaux. La souveraineté n'est que contingente. Elle n'est plus juridique mais factuelle. Si la supériorité économique et politique peut justifier l'immixtion dans les affaires constitutionnelles d'un Etat, l'Etat faible, qui traverse une crise, ne peut se réfugier derrière la souveraineté pour exiger que soit respectée son autonomie constitutionnelle. La souveraineté ne « garantit [plus, même] formellement, l'indépendance de chacun, pauvre ou riche, faible ou puissant »⁷⁰⁴.

La substitution constituante, vis-à-vis du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, réduit la portée de l'évolution opérée au moment de la décolonisation. En effet, cette méthode constitutionnelle implique, qu'aucun peuple ne dispose du droit inaliénable de déterminer librement son statut politique. Elle suppose de surcroît que, contrairement aux dispositions de la résolution 1514 « le manque de préparation dans les domaines politique, économique ou social » peut être pris comme prétexte pour déterminer le statut politique d'un peuple et de son Etat.

L'approche pragmatique de cet exercice atypique du pouvoir constituant, en assurant son intégration dans le système juridique, détruit l'équilibre que le droit international tente d'instaurer entre ces différents sujets étatiques et le transfigure. Or la

⁷⁰³ Voir *supra* (Voir Partie I, Titre II, Chapitre II).

⁷⁰⁴ DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public, op. cit.*, p. 30.

société internationale, depuis les traités de Westphalie, s'est fondée sur la reconnaissance de la prévalence du droit sur la force. Pour le droit constitutionnel, l'approche pragmatique de la substitution constituante a pour effet d'invalider le principe de souveraineté même dans son acception la moins traditionaliste.

B- La transfiguration du droit constitutionnel

S'il faut considérer la substitution constituante comme une forme légitime d'expression du pouvoir constituant, la souveraineté, en droit constitutionnel, doit alors être redéfinie. En effet, ce concept cardinal est contredit dans une telle procédure constituante. La substitution constituante ne peut coexister avec le principe de souveraineté. Quel que soit le sens que l'on donne à ce critère de l'Etat, la substitution constituante l'annihile. Dans son acception la plus traditionaliste, la souveraineté « représente un pouvoir indépendant et suprême qui, induit une totale liberté juridique de son titulaire », et l'inaliénabilité absolue des compétences est « une donnée essentielle de la définition du concept »⁷⁰⁵. Lorsqu'il y a substitution constituante, la souveraineté dans sa conception indépendantiste ne peut exister. Elle a pour objectif d'empêcher l'internationalisation des compétences alors que la substitution constituante consiste en l'internationalisation la plus absolue de la compétence constitutionnelle.

Michel Troper, à partir de la définition de Carré de Malberg⁷⁰⁶, décortique la signification de la notion de souveraineté, dans le droit constitutionnel contemporain⁷⁰⁷. Celle-ci a notamment pour objectif de mettre en évidence les éléments intangibles du concept et ceux qui sont susceptibles de limitation. Quelles que soient ces acceptions, la substitution constituante a pour effet de vider la souveraineté de son sens. Quand elle est utilisée comme technique d'exercice légitime du pouvoir constituant, elle retire toute pertinence à la souveraineté donc au droit constitutionnel tel qu'il existe aujourd'hui.

⁷⁰⁵ HAQUET Arnaud, « La (re)définition du principe de souveraineté », « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », *op.cit.*, p. 144.

⁷⁰⁶ « Dans son sens originnaire, il (le concept de souveraineté) désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe » in CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁰⁷ TROPER Michel, « La souveraineté de l'Etat et la hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *op. cit.*, p. 93.

La souveraineté représente « l'indépendance vis-à-vis de toute puissance extérieure ou souveraineté internationale »⁷⁰⁸. Cette première acception est intangible, la souveraineté doit toujours correspondre à une négation de la subordination. L'Etat doit être l'autorité supérieure dans sa structure interne. Aucune entité externe ne doit pouvoir s'imposer à lui légitimement. Ce principe ne peut être qu'absolu. Pourtant dans l'approche pragmatique, la substitution constituante est légitime. Toute puissance extérieure peut intervenir dans l'ordre interne afin d'exercer le pouvoir constituant. Dans une telle hypothèse, la substitution constituante prime sur le concept de souveraineté extérieure. Et par conséquent, celui-ci perd son caractère absolu or, une indépendance relative n'en est plus une.

La souveraineté est « la puissance d'Etat, c'est-à-dire la somme de tout ce que l'Etat peut faire »⁷⁰⁹. Cette seconde acception n'est pas intangible, la souveraineté n'est pas matériellement absolue. Le souverain peut être limité dans l'exercice de ces compétences. Comme le rappelle Charles Chaumont, il faut distinguer la possession d'un droit et son exercice⁷¹⁰. En effet, lorsqu'un Etat consent à une limitation ou à l'abandon de l'exercice d'une compétence, cela ne signifie nullement qu'il renonce à la possession de la compétence. Pourtant, la substitution constituante se fonde, dans cette approche pragmatique, sur l'absence d'une compétence constituante, propriété de l'Etat⁷¹¹. Lorsque cette méthode est choisie, il n'existe plus de pouvoir constituant objectif. La substitution constituante rejette ainsi l'idée de puissance d'Etat car, la souveraineté n'est en l'espèce qu'une contingence. Or, une puissance dont l'effectivité varie selon les aléas politiques sans garantie juridique d'une existence minimum, n'en est pas une en droit.

La souveraineté caractérise « la qualité de l'organe qui n'a pas de supérieur, parce qu'il exerce la puissance la plus élevée, [...] ou qu'il participe à cet exercice »⁷¹². Dans un Etat, la souveraineté ne se réfère pas uniquement à des types de pouvoirs, elle s'identifie

⁷⁰⁸ Ibid., p. 95.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », *op.cit.*, p. 122 et s.

⁷¹¹ Etant entendu que par le pouvoir de la fiction, l'autorité externe reconnaît exercer le pouvoir constituant originaire au nom de l'Etat concerné. Voir *supra*, dans le même titre, Chapitre I, Section II, Paragraphe II-B.

⁷¹² TROPER Michel, « La souveraineté de l'Etat et la hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *op.cit.*, p. 95.

aussi à des titulaires. Font partie de cette dernière catégorie, les détenteurs de la « puissance la plus élevée ». Lorsque l'Etat est établi, il s'agit de la puissance législative, et également du pouvoir constituant dérivé. Lorsque l'Etat est en phase de construction, l'assemblée constituante dispose d'une supériorité hiérarchique parce qu'elle exerce la compétence la plus élevée en créant la norme suprême de l'ordonnement juridique. Si son action, se limite à l'élaboration du texte, elle participe à l'exercice du pouvoir constituant avec le peuple. Cette association effective à l'exercice du pouvoir constituant, fait de l'organe constituant, une chambre souveraine. Avec la substitution constituante, l'organe constituant est confronté à un supérieur : le constituant exogène ; il perd ainsi sa qualité spécifique⁷¹³. Il exerce une compétence liée et matériellement réduite : la retranscription de principes pré-constituants définis strictement, la ratification d'une constitution internationalisée.

Pour finir, la souveraineté est avant tout « la qualité de l'être au nom duquel l'organe souverain exerce sa puissance »⁷¹⁴. Depuis les révolutions américaine et française, « l'être au nom duquel l'organe exerce sa puissance » reste le peuple. Dans un Etat, l'origine de toute puissance est populaire. Le principe de la substitution constituante repose sur le recours supplétif et facultatif au peuple. En effet, le pouvoir constituant n'est nullement entendu comme appartenant à « l'être au nom duquel l'organe exerce sa puissance ». L'intervention effective de cet être n'est pas essentielle puisqu'elle ne conditionne nullement la légitimité de l'exercice du pouvoir constituant et de la constitution obtenue. Par conséquent au cours de la procédure, cet être n'a qu'un rôle formel si ce n'est inexistant. Si l'organe constituant national existe, il ne reçoit point son mandat du peuple mais de l'initiateur réel de la procédure. S'il reçoit un mandat indirect du peuple, seul le commandement extérieur prime puisque, l'organe constituant est soumis au contrôle strict du constituant exogène. Par ailleurs, si la constitution prend la forme d'un

⁷¹³ Par ailleurs, lorsque la substitution constituante s'appuie sur un système de garantie, plus aucune structure nationale ne dispose de l'autorité suffisante pour dépasser les contraintes fixées par les traités de garantie. A Chypre, l'action constituante des organes nationaux est ainsi limitée. En Bosnie-Herzégovine, le Haut représentant, demeure l'unique « organe au-dessus de tous les autres ». Certes, la Cour constitutionnelle dispose des compétences pour contrôler ses actes mais celle-ci est aussi internationalisée. Elle se compose de 9 membres dont 3 « qui ne sont pas citoyens de Bosnie-Herzégovine ni d'aucun Etat voisin » (Article -b de la Constitution de Bosnie-Herzégovine) et qui « sont choisis par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme » (Article 6-a de la Constitution de Bosnie-Herzégovine). En somme l'internationalisation structurelle, à laquelle peut conduire la substitution constituante, est un réel obstacle à la souveraineté effective des organes de l'Etat.

⁷¹⁴ TROPER Michel, « La souveraineté de l'Etat et la hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *op. cit.*, p. 95.

traité, les représentants, en le signant, permettent l'entrée en vigueur de l'accord sans, qu'il puisse y avoir un processus de ratification réelle soit par le peuple, soit par un organe souverain. Par conséquent, la substitution constituante fait de la souveraineté du peuple une donnée fictive remettant en cause le système étatique dans son intégralité.

Est de la sorte remis en question l'ensemble des définitions classiques de la souveraineté et par voie de conséquence le droit constitutionnel. Cette matière soumise au défi de la construction européenne a dû adopter une autre définition beaucoup moins théorique du concept. Celle-ci a l'avantage de permettre le transfert des compétences étatiques aux structures européennes sans transfigurer le droit constitutionnel⁷¹⁵. Les transferts de compétences ne s'assimilent nullement à des abandons de souveraineté mais à un réel partage des compétences qui assure une effectivité à la souveraineté. Cette dernière est désormais une réalité dans la mesure où, existe un « exercice commun des compétences étatiques »⁷¹⁶.

Cette nouvelle conception fondée sur l'effectivité ne saurait pourtant empêcher que la substitution constituante n'évince le principe de souveraineté en droit constitutionnel. En effet, il y a effectivement l'apparence⁷¹⁷ d'un transfert de compétence mais, le pouvoir constituant n'est pas finalement exercé en commun. Avec la subordination qu'elle implique, l'Etat soumis ne dispose d'aucun moyen politique pour s'opposer à la substitution constituante. Le constituant exogène et l'Etat en cause ne forment pas, ensemble, une entité sublimant leur personnalité juridique respective. Les deux protagonistes sont en opposition et la souveraineté ne protège pas les Etats soumis. En Allemagne et au Japon, la souveraineté est concrètement suspendue. Par ailleurs, en Bosnie-Herzégovine et à Chypre, l'acquisition de la souveraineté reste un enjeu.

En somme, l'approche pragmatique aboutit à une déconstruction complète de la structure juridique dans un Etat et dans les relations inter-étatiques. En écartant le principe de souveraineté, elle retire toute sécurité juridique pour l'Etat dans ses relations externes et pour le peuple dans ses rapports avec le pouvoir politique. Il faut alors admettre

⁷¹⁵ Voir HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, PUF, Paris, 2004, 333 p.

⁷¹⁶ HAQUET Arnaud, « La (re)définition du principe de souveraineté », *op.cit.*, p. 143.

⁷¹⁷ Une simple apparence puisqu'au fond l'approche pragmatique permet de considérer que le pouvoir constituant n'appartient à personne en particulier.

l'incompatibilité entre la substitution constituante et le droit positif. Elle peut-être décrite selon une analyse juridique mais elle ne peut avoir de définition juridique. Si elle ne relève pas du droit, elle est un fait et plus particulièrement une méthode politique.

SECTION II : La substitution constituante, un phénomène politique

Bien que le politique et le droit soient liés, ils sont de nature différente. L'action politique a recours au droit pour s'assurer une légitimité. Toutefois, elle dispose de moyens qui dépassent largement les cadres du droit. La substitution constituante, analysée au regard des critères juridiques, fait apparaître de nombreuses contradictions⁷¹⁸. En revanche, elle acquiert une réelle pertinence dans un raisonnement politique. Cette substitution constituante permet de mettre en évidence deux rapports différents à la réalité.

Les sciences politiques naissent de l'observation de la réalité telle qu'elle est. Les relations internationales ont ainsi pour objet scientifique, la description de l'« être » alors que, le droit envisage la réalité dans une philosophie du « devoir être ». L'approche juridique qualifie, classifie alors que l'approche politique décrit sans rechercher de règles ni de cohérence dans les relations inter-étatiques.

La substitution constituante est une méthode qui relève de l'être et non du devoir être des relations internationales. Elle est fonctionnelle, pragmatique et dépasse les contingences procédurales et conceptuelles des droits international et constitutionnel. Elle dessine une stratégie politique dont l'objectif légitime est d'imposer un choix constitutionnel. Certes, elle se sert des procédures du droit mais, sans en rechercher les fins et la cohérence. Elle est indépendante des critères juridiques, son fondement et son cadre sont politiques. Seule cette matière intègre légitimement et effectivement les rapports de forces dans les relations inter-étatiques (**Paragraphe I**). Si la substitution constituante est reconnue comme appartenant aux méthodes politiques, la science juridique retrouve une parfaite intégrité car, une telle qualification a pour effet définitif de classer cette méthode constituante atypique dans la catégorie des faits (**Paragraphe II**).

⁷¹⁸ Voir *supra*, dans le même titre, Chapitre I et la section précédente.

PARAGRAPHE I : Fondement et cadre politique de la méthode

Lorsqu'un Etat ou un groupe d'Etats a recours à la substitution constituante, il y a matériellement abandon des critères du droit. Tenter d'appréhender un tel phénomène par l'unique référence à la matière juridique aboutit au constat de multiples contradictions⁷¹⁹. En effet, la substitution constituante ne peut trouver une explication juridique notamment à cause des insuffisances intrinsèques de la matière juridique **(A)**. Le droit ne saurait expliquer qu'il existe en dehors de la souveraineté des relations de puissances qui rejettent l'idée même d'une égalité souveraine. Aussi, dans les relations internationales, la substitution constituante est-elle l'un des moyens politiques et légitimes dont disposent un Etat ou un groupe d'Etats « contrôleur » pour infléchir la volonté d'un Etat « contrôlé » **(B)**⁷²⁰.

A- Les raisons de l'insuffisance de la méthode juridique

Quels que soient les cas, la substitution constituante naît de l'échec d'une partie dans un rapport de force inter-étatique. Cette méthode est conditionnée par une situation de fait particulière qui permet au constituant exogène de s'imposer comme l'initiateur de la rupture. Dans la description juridique, elle est présentée notamment comme une procédure caractérisée par des distorsions créées par l'absence des conditions d'exercice de la souveraineté. La force est au cœur de la substitution constituante. Or en droit public, ce concept n'existe pas en dehors de la souveraineté. Celle-ci est l'unique source et expression de la puissance étatique. Tous les Etats, souverains, sont égaux en droit. Il n'existe pas, en droit, de hiérarchie entre les Etats. Comme le rappelle la résolution 2625, « nonobstant les différences d'ordre économique, sociale, politique ou de tout autre nature », le principe de l'égalité souveraine des Etats domine.

Ce principe essentiel du droit international public, est largement contestable dans les relations internationales. L'égalité souveraine est une représentation du monde qui se

⁷¹⁹ Voir *supra*, dans le même titre, Chapitre I.

⁷²⁰ Voir BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements*, Artel, Louvain-la-Neuve, 1994, p. 58.

fonde sur la méthode qu'emprunte le droit : celle de l'imaginaire juridique. « Le droit se situe par nature au croisement entre le monde de l'action et celui des représentations. Le paraître et le faire ou du moins le devoir être, se mêlent plus dans le discours normatif que dans tout autre discours. C'est à travers le droit que se manifeste le plus pleinement le caractère téléologique de toute construction imaginaire : le droit est une façon de parler du réel pour agir sur lui ; il est une vision agissante du réel [...]. La lecture juridique du réel crée du « réel », mais également la finalisation du discours juridique infléchit plus que pour d'autres discours la lecture du réel lui-même »⁷²¹.

Ainsi, lorsque le droit exclut de son discours la réalité des rapports de puissances, il crée une réalité qui ne peut envisager la substitution constituante. Dans la réalité juridique, la substitution constituante ne peut avoir ni critère, ni définition puisqu'elle ne s'appuie ni ne se justifie par la souveraineté. Elle met en jeu une force qui n'est pas celle de la souveraineté et qui en revanche, s'y oppose. Par conséquent, dans une telle configuration, le droit ne sera qu'une fiction lorsqu'un Etat sera soumis à un autre par la substitution constituante⁷²². Si le droit fait abstraction d'une partie de la réalité, d'autres sciences reconnaissent que les rapports inter-étatiques ne se limitent pas au cadre de la souveraineté.

Les relations internationales relèvent avant tout du politique. Burdeau considère que « le caractère politique est celui qui s'attache à tout fait, acte ou situation en tant qu'ils traduisent l'existence dans un groupe humain, de relations d'autorité et d'obéissance établies en vue d'une certaine fin »⁷²³. Le droit ne peut intégrer une telle réalité. Elle s'oppose à la souveraineté qui exclut toute subordination. Dans les conditions où le droit prescrit une volonté libre et autonome à toute action étatique, le politique n'exige aucune condition « pour obtenir d'un autre le comportement qu'il n'eût pas spontanément adopté »⁷²⁴. En somme, le droit agit sur le réel par l'existence même de ces prescriptions alors que, les relations internationales se limitent à l'observation objective de la réalité internationale⁷²⁵.

⁷²¹ Définition de l'imaginaire juridique in ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, p. 286.

⁷²² Pour la fiction, voir *supra*. Dans le même titre, Chapitre I, Section II.

⁷²³ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Présentation de l'univers politique, Tome I, Société, politique et droit*, Volume I, LGDJ, Paris, 1980, p. 140.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 141.

⁷²⁵ Voir BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 5 et s. (introduction).

Cette méthode d'observation stricte aboutit à reconnaître l'existence à côté de la souveraineté, de rapports de force indépendants. D'ailleurs la société inter-étatique se compose d'Etats souverains qui participent à « un processus où s'établissent les hiérarchies de pouvoirs, la répartition des moyens, les modalités du jeu »⁷²⁶. L'analyse des politologues relative à l'ordre international est très réaliste. Certes, il existe un ordre minimum assuré par le droit mais celui-ci « dépend à la fois de la configuration de la puissance et des pratiques des Etats »⁷²⁷. En somme, il existe une hiérarchie inter-étatique qui se fonde sur la réalité hétérogène du principe d'égalité souveraineté⁷²⁸.

Cette dimension verticale de la société inter-étatique légitime les interrogations de plusieurs auteurs sur les puissances hégémoniques dans le monde désormais unipolaire⁷²⁹. Pourtant, en droit ces questions n'ont aucune portée : tous les Etats sont souverains de la même façon. Pour le politologue, il n'y a qu'au sein de l'Etat que « la force est soumise au droit [...] ». Dans la société inter-étatique, « c'est la force qui régit les rapports entre pays, tempérée seulement par les contrats qu'ils établissent entre eux par leur volonté, mais qu'ils peuvent aussi rompre à tout instant »⁷³⁰.

Dans cette structure pyramidale de la société inter-étatique, tous les courants des relations internationales reconnaissent que les rapports de puissances sont réels. Dans l'approche réaliste, la société internationale se fonde sur le risque permanent de conflits. Par conséquent, la stabilité naît de la dissuasion. A l'inverse, dans le courant idéaliste, la paix ne peut naître que de la coopération. Les relations de puissances consistent, toutes doctrines confondues, pour un Etat à user des moyens nécessaires dont il dispose afin de s'assurer un contrôle réel des actions d'un autre dont la politique étrangère est contraire à son intérêt national. Dans cette approche, l'intérêt national peut se définir « en termes de

⁷²⁶ BADIE Bertrand, SMOUTS Marie-Claude, *Le retournement du monde, Sociologie de la scène internationale*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris, 1992, p. 113.

⁷²⁷ HOFFMANN Stanley, « L'ordre international » in GRAWITZ Madeleine, LECA Jean, *Traité de sciences politiques, I- La science politique, science sociale, l'ordre politique*, Puf, Paris, 1985, p. 673.

⁷²⁸ HOFFMANN Stanley, « L'ordre international », *op. cit.*, p. 683 et p. 688.

⁷²⁹ Voir BAECHLER Jean, KAMRANE Ramine (sous la direction de), *Aspects de la mondialisation politique*, « Rapport du groupe de travail de l'Académie des Sciences morales et politiques », Puf, Paris, 2003, p. 116; (de) MONTBRIAL Thierry (sous la direction), *Observation et théorie des relations internationales II*, Institut français des relations internationales, Paris, 2001, p. 79 et s. ; RUANO-BORBALAN Jean Claude, CHOC Bruno (sous la direction de), *Le pouvoir, Des rapports individuels aux relations internationales*, Sciences Humaines Editions, Auxerre, 2002, p. 181 et s. et p 191 et s. ; HOFFMANN Stanley, *L'Amérique vraiment impérialiste?*, *Entretiens sur le vif avec Frédéric Bozo*, Louis Audibert, Paris, 2003, 174 p.

⁷³⁰ TZETAN Todorov, *Le nouveau désordre mondial, Les réflexions d'un européen*, Robert Laffont, Paris, 2003, 111 p. 65 et 66.

puissance, de sécurité, de prospérité et de sauvegarde ou de promotion de certaines valeurs »⁷³¹. D'un point de vue subjectif, l'intérêt national, « est tout ce que les décideurs ont tenu comme tel »⁷³² ; et d'un point de vue objectif, il coïncide avec la recherche de la puissance. La substitution constituante relève donc de ces moyens de puissance : elle aboutit à une « décision forcée, contrainte de l'extérieur, par les pressions ou les manœuvres d'un gouvernement-contrôleur »⁷³³.

B- La substitution constituante, une stratégie extrême dans les relations de puissance

Les relations internationales se caractérisent par la prise de décisions de politique étrangères par les acteurs étatiques⁷³⁴. Deux grands courants existent dans l'étude de la décision de politique étrangère : les réalistes et les scientifiques. Pour les premiers, comprendre une décision consiste à déterminer l'intérêt national qui a inspiré ladite décision. Pour les seconds, il s'agit de découvrir les causes qui la fondent : la personnalité du décideur, l'appareil institutionnel de décision, les acteurs sociaux ou les pressions internationales. Les deux analyses ne sont pas mutuellement exclusives. Néanmoins qu'il s'agisse des causes ou de la finalité (l'intérêt national), le trait commun consiste en la reconnaissance, dans ces relations de puissances, du recours effectif à des moyens pour modifier la volonté d'un acteur étatique. L'idée même de pression est de nature à mettre la souveraineté étatique en question.

Dans les relations internationales, toute décision de politique étrangère a pour effet de mettre en exergue ces relations de puissance. Dans la théorie réaliste, la puissance est « une relation psychologique ; elle met en rapport des volontés qui cherchent, par l'exercice de pression, à infléchir leur cours normal, sans toutefois recourir à la violence physique »⁷³⁵. Elle est une relation de « contrôle intentionnel »⁷³⁶. Pour ce courant de pensées, les relations de puissance ordinaires consistent en l'usage de pression sur l'intérêt national d'un gouvernement cible. « Le but est d'obtenir tantôt le changement, tantôt le

⁷³¹ BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 24.

⁷³² Ibid., p. 21.

⁷³³ Ibid., p. 58.

⁷³⁴ Pour l'approche transnationale, les relations internationales ont aussi pour acteurs les organisations internationales.

⁷³⁵ BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 59.

⁷³⁶ ROSENAU J., *The scientific study of foreign policy*, cité in BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 59.

renforcement du comportement du gouvernement cible »⁷³⁷. Les moyens de pression sont multiples, il peut s'agir d'une punition, d'une récompense, d'une menace ou d'une promesse.

Dans la théorie scientifique, l'approche des relations de puissance a pour objectif de répondre à deux interrogations. D'une part, « comment les décideurs perçoivent les situations qui requièrent leurs décisions ? ». Et d'autre part, « qui, derrière le décideur formel, décide réellement ? »⁷³⁸. Cette seconde question est au cœur du décryptage de la substitution constituante. Dans ce processus, le constituant national n'a qu'un pouvoir formel. En réalité, sa décision est strictement contrôlée par un acteur extérieur.

L'approche scientifique relève ainsi, un type extrême de l'exercice de la puissance qui correspond à cet exercice internationalisé du pouvoir constituant originaire. Dans les relations de puissance classiques, le contrôleur cherche à provoquer une décision contrainte en se fondant sur les acteurs internes et leurs réactions⁷³⁹. La définition de la pression n'est pas la même que dans l'approche réaliste. Elle prend la forme d'un signal dont l'effet peut n'être que symbolique dans la mesure où son objectif n'est pas de modifier directement une situation de fait. Plusieurs moyens s'offrent : « manipuler l'image du contrôlé, en vue de lui faire prendre la décision souhaitée par le contrôleur », « infléchir la volonté d'un gouvernement étranger par le relais d'une influence exercée sur les attitudes mentales d'une fraction de la base populaire de ce gouvernement »⁷⁴⁰.

Si aucune de ces méthodes indirectes n'a de réel impact sur la décision du contrôlé, la théorie scientifique observe que le contrôleur peut opter pour des solutions dont l'efficacité est plus certaine. Il pourra s'en prendre « soit directement au décideur lui-même, soit aux instances de décision qui l'entourent »⁷⁴¹. Par l'intervention, le contrôleur

⁷³⁷ BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 59 et 60.

⁷³⁸ Ibid., p. 68.

⁷³⁹ On peut donner comme exemple celui de la réforme constitutionnelle libanaise en 2004 obtenue sous la pression du gouvernement syrien. La révision avait pour objet de permettre à Emile Lahoud de déroger au principe du non renouvellement du mandat présidentiel. A propos de cette révision constitutionnelle contrainte le Conseil de sécurité par sa résolution 1559 « se déclare favorable à ce que les prochaines élections présidentielles au Liban se déroulent selon un processus électoral libre et régulier, conformément à des règles constitutionnelles libanaises élaborées en dehors de toute interférence ou influence étrangère ». Le Conseil de sécurité distingue donc les révisions constitutionnelles volontaires et celles qui naissent de pressions politiques inacceptables en droit.

⁷⁴⁰ BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements, op. cit.*, p. 73 et 75.

⁷⁴¹ Ibid., p. 81.

remplace le décideur en place par un autre. Et par la pénétration, le contrôleur « impose sa participation directe au processus décisionnel du contrôlé »⁷⁴². Dans ces deux situations, l'action du contrôleur touche directement au mécanisme décisionnel et à la personne du décideur.

Lorsqu'il y a substitution constituante, le processus classique de la décision constituante est transfiguré ainsi que ses acteurs. Contrairement à une intervention, l'action du contrôleur n'a pas pour dessein d'utiliser directement les moyens militaires pour remplacer les dirigeants en place par une équipe nationale plus malléable. La finalité pour le constituant exogène consiste à participer directement et personnellement au processus politique et décisionnel. L'infléchissement de la volonté nationale se double d'un « contrôle en amont de la prise de décision ». L'exercice du pouvoir constituant par les autorités nationales existe mais il est fictif. En effet, la pénétration dans le processus constituant prend la forme d'une « substitution pure et simple de la volonté du contrôlé par celle du contrôleur »⁷⁴³.

La substitution constituante représente une des formes d'expression de la pénétration. En tant que telle, elle nie tout principe juridique. Elle ne saurait être limitée dans son expression par la souveraineté et ces corollaires qui, n'appartiennent pas à la même réalité cognitive. Elle est une stratégie efficace et ultime dans les relations de puissance. Son objet est d'imposer une décision constitutionnelle à une structure étatique qui, bien que souveraine, en droit, est sous contrôle politique. Sa finalité est d'obtenir une décision constitutionnelle contrainte mais acceptée formellement.

La place réelle du droit dans ce mécanisme de pénétration n'est pas conceptuelle, elle est simplement fonctionnelle. Le droit ne sert que d'instrument pour l'opération de substitution constituante dans la mesure où le dessein reste l'adoption d'une norme. La compénétration des techniques des réalités internationale et juridique conduit à cette interrogation : que représente la souveraineté dans un environnement international qui autorise la pénétration ? La réponse à cette question nécessite de distinguer les deux réalités internationales : la politique et la juridique. Le fait de pouvoir déterminer la nature

⁷⁴² Ibid.

⁷⁴³ Ibid.

exacte de la substitution constituante relativise le débat sur la pertinence contemporaine du principe de souveraineté. Cette procédure constituante atypique est loin d'être un principe.

De façon très exceptionnelle, la résolution de crises politiques internes exige la pénétration d'un ou plusieurs acteurs externes dans la procédure constituante. Le recours à la force pour imposer un nouvel ordre juridique ne peut s'expliquer en droit. Mais il représente une nécessité d'une part pour la restauration de la paix nationale et d'autre part pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La réalisation de ces objectifs est prioritaire. Elle implique le sacrifice temporaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans ses aspects internes et externes. En effet, la crise que traverse l'Etat en cause ne lui permet plus d'exercer librement sa souveraineté. La souveraineté, telle qu'elle est définie en droit international et constitutionnel n'existe plus. La résorption d'une telle situation de fait et le choix d'une stratégie de pénétration constitutionnelle créent les conditions d'un « télescopage » violent entre deux réalités : celle du droit qui obéit à des règles strictes et celle des relations internationales qui exige une capacité d'adaptation aux situations et autorise à ne pas tenir compte des règles du droit.

Ainsi, lorsqu'il y a substitution constituante, les constituants exogènes s'appuient sur l'ensemble des fictions qui existent dans le concept de souveraineté et ces corollaires. Bien que la situation autorise une action atypique, dans aucun des cas étudiés la référence aux règles du droit n'est abandonnée. Ces dernières restent toujours essentielles pour légitimer l'action internationale. Elles sont toutefois adaptées à la situation à résoudre pour donner lieu à une pratique légitime en raison de son objectif mais critiquable quand aux manipulations qu'elle implique. L'interférence entre le politique et le juridique ne fait naître des contradictions que dans cette dernière matière. Par conséquent la dissociation méthodologique est nécessaire. Les pratiques des relations internationales ne sauraient pertinemment remettre en question les principes du droit et inversement.

Cette qualification politique de la substitution constituante ne saurait toutefois empêcher que cette méthode constitutionnelle exceptionnelle n'ait des effets juridiques.

PARAGRAPHE II : Les effets juridiques de la substitution constituante

Dans la science du droit, la constitution est la seule norme qui ne doit pas son origine à une norme supérieure et à une procédure spécifique. La constitution doit sa validité non à la légalité mais à la légitimité. En raison de cette logique, le premier effet juridique de la substitution constituante se manifeste par l'enregistrement par le droit des constitutions obtenues. Il convient donc de dresser une définition juridique de la constitution qui justifie ce paradoxe apparent : la validation des constitutions hétéronomes par le système juridique **(A)**⁷⁴⁴. Et d'un point de vue méthodologique, il convient également de déterminer, de façon définitive, les effets réels de la substitution constituante sur la notion de souveraineté **(B)**.

A- De la définition juridique de la constitution

Fixer une définition stricte de la norme constitutionnelle constitue une difficulté méthodologique en soi. En effet, pour le droit une partie essentielle de ce qui fait une constitution est en dehors de son champ de réflexion. La création du droit commence avec la constitution et non au moment de la décision politique que représente l'exercice du pouvoir constituant. Cette insuffisance de l'approche juridique pousse la doctrine à chercher dans d'autres matières les éléments qui caractérisent cette norme. Elle est « une représentation de l'ordre social désirable »⁷⁴⁵ ; « le récit qui raconte l'histoire des hommes » ; « la mythologie des sociétés modernes »⁷⁴⁶ ; « le lieu où se structure l'identité des hommes des temps désenchantés »⁷⁴⁷. Toutes ces références à la sociologie, à l'histoire et à la philosophie sont exactes, elles permettent une meilleure compréhension de l'idée de constitution. Cependant, elles ne donnent pas les moyens de déterminer les critères juridiques d'une constitution.

Avec l'internationalisation des constitutions, deux interprétations sont possibles. Soit l'on considère qu'une constitution ne peut exister en droit sans « cette dimension

⁷⁴⁴ Au-delà du recours à la fiction étudiée dans le chapitre précédent, Section II.

⁷⁴⁵ ROUSSEAU Dominique, « Question de constitution », *op. cit.*, p. 5.

⁷⁴⁶ *Ibid*, p. 6.

⁷⁴⁷ *Ibid*, p. 17.

symbolique contenue dans la mythologie constituante »⁷⁴⁸, soit l'on estime que la constitution est avant tout, une norme du droit positif.

La première approche suscite quelques observations. D'un point de vue pratique, si la constitution est avant tout l'acte créé par la nation, de nombreuses constitutions et pas seulement celles issues de la substitution constituante n'en sont pas⁷⁴⁹. De surcroît, fonder l'existence de la constitution sur « le substrat humain » pose juridiquement des difficultés. Quelle définition faut-il donner à ce corpus humain ? Si sociologiquement, l'idée de conscience politique pour un peuple est parfaitement compréhensible, pour le juriste ces notions sont métajuridiques. D'ailleurs Schmitt, explique parfaitement ce désarroi du juriste face au peuple qui « n'est pas une instance fixe et organisée », qui n'est pas non plus « une magistrature [et] jamais non plus une autorité constituée dotée d'une compétence »⁷⁵⁰. Cette non-définition de l'élément essentiel dans l'approche nationale de la constitution se justifie par le fait que « la forme naturelle de la manifestation de la volonté d'un peuple est le cri d'approbation ou le refus de la foule rassemblée »⁷⁵¹. La puissance populaire qui fait le caractère essentiel de la constitution étant rebelle à toute définition juridique, la définition de la constitution demeure incertaine. Ainsi, faut-il chercher la définition de cette norme, au-delà de la légitimité que confère la volonté populaire à l'acte constituant.

S'il existe des doutes sur la juridicité de l'origine de la norme constitutionnelle, il n'en existe aucun sur sa fonction. En effet, la norme fondamentale d'un Etat se définit avant tout par son objectif normatif. Elle est une norme dont l'objet est de fonder le pouvoir politique et de l'organiser dans le cadre étatique. Sa nature est la suprématie dans l'ordonnement juridique⁷⁵². Son contenu matériel ne peut être déterminé mais il n'a qu'un seul impératif : mettre en œuvre « une certaine organisation de l'Etat »⁷⁵³. Ainsi, dans le droit positif, la constitution peut être considérée comme une notion fonctionnelle.

⁷⁴⁸ PIERRE-CAPS Stéphane, « Le constitutionnalisme et la nation », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁴⁹ Peuvent être citées les constitutions africaines adoptées par les Etats qui ont obtenu leur indépendance dans les années 60.

⁷⁵⁰ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 218.

⁷⁵¹ Ibid.

⁷⁵² Voir LIMBACH Jutta, "The concept of the supremacy of the Constitution", *The modern law review*, vol. 64, n°1, janvier 2001, p. 1.

⁷⁵³ STARCK Christian, HAMON Léo, Ben ACHOUR Yadh, COLOMER VIADEL Antonio, TOPORNIN Boris (Académie internationale de droit constitutionnel), *La suprématie de la constitution*, *op. cit.*, p. 88.

Pour Vedel, les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »⁷⁵⁴. Elles ne sont « jamais achevées »⁷⁵⁵, elles « constituent des notions « ouvertes », prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur »⁷⁵⁶. Conformément à cette définition, la constitution ne peut être définie de façon absolue sur son contenu. Mais elle procède directement d'une fonction qui est juridiquement fixée.

Cette définition fonctionnelle a plusieurs effets essentiels. Elle permet d'accorder une existence juridique à toutes les constitutions qui ne sont pas issues d'une procédure démocratique. Elle assure la distinction objective entre les éléments juridiques et ceux de nature métajuridique caractérisant la norme fondamentale d'un Etat. Elle permet par ailleurs de fixer le dénominateur commun entre toutes les constitutions : la qualité organisationnelle est l'élément essentiel pour une constitution. L'acte, qui organise une communauté étatique, est une norme constitutionnelle. Par conséquent, les constitutions hétéronomes sont des constitutions. Elles remplissent ce critère commun : l'organisation du pouvoir politique dans l'Etat.

Reste à déterminer, la place que peut jouer la qualité nationale pour la définition de cette norme. L'analyse des constitutions hétéronomes conduit à conclure que la qualité nationale n'est pas nécessaire à l'existence juridique d'une constitution mais qu'elle est nécessaire à sa pérennité. En effet, seules les constitutions allemande et japonaise, qui ont acquis *a posteriori* une légitimité populaire, existent encore sans qu'elles soient remises en cause. Il faut en conclure qu'une constitution, une fois adoptée, évolue, acquiert des qualités supplémentaires, et peut élargir ses fonctions. L'expression de la volonté populaire constitue une fonction supplétive pour la constitution. Elle ne fait que compléter la fonction essentielle, elle ne peut ni l'exclure, ni la supplanter.

Par conséquent, la constitution ne représente pas une notion conceptuelle. Une telle notion « reçoit une définition complète selon les critères logiques habituels et [son] contenu est abstraitement déterminé une fois pour toute »⁷⁵⁷. Le contenu d'un concept

⁷⁵⁴ VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, n°11.

⁷⁵⁵ Ibid.

⁷⁵⁶ VEDEL Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, 682, n° 4.

⁷⁵⁷ VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *op. cit.*

demeure immuable. Or la réalité constitutionnelle est diverse, elle ne reste nullement figée dans le temps et dans l'espace. Aujourd'hui, les constitutions sont confrontées à l'internationalisation. Ce phénomène n'existerait juridiquement pas si la constitution se définissait fondamentalement comme la norme nationale élaborée par des acteurs nationaux faisant référence à des normes nationales. L'internationalisation consiste à soumettre des rapports juridiques de droit interne à des règles internationales. La constitution revêt donc une fonction normative dans un système juridique. Elle demeure ainsi susceptible d'évolution en raison d'impératifs internes ou d'obligations internationales. La constitution incarne la norme qui régit les rapports dans l'Etat et avec l'Etat.

Pour le droit constitutionnel, il faut en conclure que la constitution peut être analysée aux confluent du droit, de la philosophie et de la sociologie. La conformité des constitutions aux critères fixés par ces diverses matières leur donne une plus grande légitimité. Toutefois, le juriste doit distinguer les critères juridiques des autres. Le droit reconnaît une constitution dans sa qualité normative : elle doit s'inscrire dans le cadre étatique, prendre la forme d'une norme supérieure aux autres et enfin, organiser une communauté humaine. Si elle respecte ces conditions juridiques, la constitution est valide car elle existe⁷⁵⁸.

Pour les constitutions hétéronomes, cette définition stricte confirme l'idée que le droit reste indifférent aux considérations de fait. Bien qu'issues de procédure atypique, ces constitutions créent le droit.

La qualification exacte de la substitution constituante en rendant nécessaire la définition juridique de la norme constitutionnelle, permet de répondre de façon définitive au problème fondamentale qui sous-tend l'existence de cette pratique constitutionnelle : la souveraineté représente t-elle encore une réalité juridique ?

⁷⁵⁸ Voir KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, Paris, p. 3.

B- La place réelle de la souveraineté dans le droit positif

Sans une qualification exacte de la substitution constituante, la notion de souveraineté devient contingente, liée dans son expression à la force et à la puissance des Etats. Mal qualifiée, la substitution constituante conduit à une déconstruction de la théorie du droit telle qu'elle est admise. La souveraineté ne serait plus une donnée du droit positif. Il faudrait donc trouver un nouvel attribut capable de définir l'Etat en le distinguant des autres acteurs. Or concrètement, la souveraineté reste un principe de ce droit positif⁷⁵⁹. Bien que son acception se fonde sur l'imaginaire juridique, il n'a pas épuisé sa réalité : « un énoncé juridique change rarement avant d'avoir épuisé toutes ses virtualités sémantiques »⁷⁶⁰. Pour créer une nouvelle notion caractérisant l'Etat, il faudrait qu'il existe effectivement de nouveaux besoins juridiques⁷⁶¹.

L'existence de la substitution constituante est-elle symptomatique de ces nouveaux besoins juridiques? Cette pratique relève du fait politique. Elle n'a donc aucune conséquence sur le droit. Mais a-t-elle atteint une telle ampleur qu'elle rend la référence à la souveraineté fictive? Politiquement, cette procédure demeure une exception. L'école scientifique des relations internationales, présente la technique de pénétration comme un moyen extrême et rare⁷⁶². Dès lors, la pertinence de ce fait ne peut atteindre le seuil suffisant qui peut déclencher une réelle remise en question des principes du droit. En somme, la pénétration constitutionnelle fait encore partie des données que le droit ignore et qui ne peuvent entraîner méthodologiquement une rénovation des valeurs juridiques. Nonobstant la substitution constituante, la souveraineté demeure une notion effective en droit. En réalité, seule la mise en œuvre de la souveraineté est remise en cause par cette pratique. La substitution constituante, en tant que phénomène politique, conduit ainsi à s'interroger sur le sens et la portée de la souveraineté dans la science juridique.

Contrairement à la constitution, qui est une notion fonctionnelle, la souveraineté reste conceptuelle. Elle ne doit pas son unité à la fonction qu'on lui accorde. Quels que soient les cas, la souveraineté représente l'autonomie propre d'un Etat. A l'instar de tous

⁷⁵⁹ Voir aussi, CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », *op. cit.*

⁷⁶⁰ Définition de l'imaginaire juridique in ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁶¹ Ibid.

⁷⁶² Voir *supra*, dans le même chapitre, Section I, Paragraphe II.

les concepts, « les enrichissements ou les retranchements qu' [elle] a pu subir [et qu'elle subit] sont imputables à l'évolution des données auxquelles on l'applique, et non à leur nature même »⁷⁶³. La souveraineté subit des mutations en raison de l'existence des progrès opérés par la société inter-étatique, mais ignore la nature de cet ensemble. En effet, cette société se caractérise par l'anarchie, par la possibilité pour un Etat puissant d'avoir recours à la pénétration. Elle s'appuie sur un désordre inhérent or la souveraineté relève au contraire de l'idée d'ordre juridique.

La souveraineté incarne également un concept juridique qui ne peut être réduit à une simple fonctionnalité dans la mesure où il n'est soumis à aucune contingence politique. Elle demeure essentielle et non supplétive. Ainsi, dans la discipline constitutionnelle, la souveraineté se suffit à elle-même. A son égard, la constitution est supplétive. Un Etat ne voit pas l'existence de sa souveraineté subordonnée à l'adoption d'une constitution. La souveraineté reste indépendante de l'existence d'une norme constitutionnelle. Une constitution hétéronome ne remet donc pas en cause l'existence de la souveraineté d'un Etat. Certes, elle limite la mise en œuvre de la souveraineté mais, elle ne l'annihile pas. Le Doyen Vedel rappelle ainsi, qu'en droit, les concepts « *sont* indépendamment de ce à quoi [ils] *servent* »⁷⁶⁴.

La pénétration constitutionnelle permet par ailleurs de définir les rapports exacts qu'entretiennent en droit, la souveraineté et le pouvoir constituant. Du fait de sa nature, le pouvoir constituant ne peut empêcher la substitution constituante mais au contraire, il la justifie. La souveraineté s'oppose intrinsèquement à un tel exercice du pouvoir constituant, elle est incompatible avec cette expression du pouvoir constituant. L'enjeu juridique consiste alors à déterminer laquelle de ces deux valeurs doit primer.

La conciliation nécessaire entre ces deux idées peut se lire dans le processus de substitution constituante. Bien qu'appartenant à une matière distincte du droit, et que la pénétration soit substantiellement une négation de la souveraineté, la substitution constituante s'exerce en tenant compte des impératifs du droit. Plus précisément, la substitution constituante va tenir rigoureusement compte d'une règle fondamentale de la

⁷⁶³ VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *op. cit.*

⁷⁶⁴ Ibid. Les précisions en italique sont celles de l'auteur.

souveraineté : le consentement. D'un point de vue politique, ce consentement apparaît comme une formalité mais d'un point de vue juridique, elle reste fondamentale puisque le consentement va permettre de s'appuyer sur les fictions fondamentales qu'implique le concept de souveraineté⁷⁶⁵.

En ayant recours à la fiction, la substitution constituante fait de l'expression de la souveraineté de l'Etat un élément nécessaire non à sa légalité mais à sa légitimité. Par cette technique, la substitution constituante repose sur le même principe que l'exercice ordinaire du pouvoir constituant. D'une part, on observe la confirmation de la nature factuelle de la substitution constituante et de sa fonction normative à l'instar du pouvoir constituant. D'autre part, cette formalité permet de fixer le cadre de la conciliation entre la souveraineté et le pouvoir constituant. Bien que la notion de pouvoir constituant soit rebelle à toute théorisation, elle admet que sa mise en œuvre s'insère dans le cadre de la souveraineté. Que ce cadre soit réel ou formel, il doit exister pour assurer une légitimité à l'exercice du pouvoir constituant. L'expression de la souveraineté est réelle lorsqu'il y a exercice autonome ou assisté du pouvoir constituant. En revanche, elle est simplement formelle lorsqu'il y a pénétration constitutionnelle.

⁷⁶⁵ Voir *supra* (Chapitre précédent).

CONCLUSION

La substitution constituante constitue elle-même un paradoxe pour le juriste. En effet, le droit public fonde toutes ces analyses sur le principe de souveraineté. Or lorsqu'un Etat ou un groupe d'Etats substitue sa volonté constitutionnelle à celle d'un autre, il y a une réelle contradiction entre la réalité juridique et la réalité politique. Cette opposition peut-être supprimée de diverses façons. Soit, on se limite à l'analyse du pouvoir constituant, source de toute constitution. Dans ce cas, la substitution est justifiée mais crée de nouvelles contradictions pour l'ensemble du droit public. Soit, l'on tente de définir la substitution constituante afin d'en déterminer les véritables origines. Cette dernière approche permet d'expliquer les raisons de l'incompréhension de cette méthode constituante pour le juriste. En effet, la substitution constituante trouve son essence dans les relations internationales et s'exprime par les canaux du droit. Son objectif est d'élaborer une norme organisant un Etat. Par conséquent, la substitution constituante ne peut être parfaitement décrite par le juriste sans qu'il n'ait recours à la grille de lecture de la science des relations internationales.

CONCLUSION DU TITRE

La substitution constituante, en tant que pratique, pousse à s'interroger sur la pertinence des principes auxquelles ils se réfèrent. Elle conduit aussi, à définir les notions et à démultiplier les approches d'analyse. Au travers de cette méthodologie, il est loisible de constater qu'en tant que telle, la substitution constituante est une négation de la souveraineté, en tant que concept. Par la fiction, elle s'en assure un respect formel. Ainsi en droit, science du formalisme, la souveraineté demeure un principe intangible. Même dans la substitution constituante, pratique politique, la souveraineté reste le cadre formel de l'expression du pouvoir constituant.

Ce phénomène politique après sa légitimation conduit à une forme d'internationalisation du droit constitutionnel. Le principe en ce domaine n'est pas la substitution mais la collaboration. D'ailleurs, en mars 2005, le Secrétaire général de l'ONU, à l'occasion de l'inauguration de l'Assemblée nationale irakienne chargée de la rédaction d'une constitution, a fait savoir qu'il « souhaite assurer le peuple irakien et ses représentants que les Nations unies poursuivront leurs efforts en faveur de la reconstruction politique et économique du pays, y compris en fournissant toute assistance nécessaire au processus d'élaboration d'une constitution *souveraine et indépendante* »⁷⁶⁶. Il convient donc de s'interroger sur le cadre et les conditions réels de l'émergence d'un véritable droit constitutionnel international.

⁷⁶⁶ Point de presse quotidien du bureau du porte-parole du Secrétaire général, 16 mars 2005. Les précisions en italique sont soulignées par nous. Cette remarque du Secrétaire général est d'autant plus importante que la constitution transitoire, qui a gouverné l'Irak du transfert de souveraineté à l'adoption d'un texte définitif par l'Assemblée élue, relève de la substitution constituante. En effet, cette constitution transitoire a été rédigée sous la supervision des autorités américaines, par un comité choisi par les Etats-Unis et il a été soumis à l'approbation finale de l'administrateur civil américain en Irak, Paul Bremer. La constitution définitive irakienne a été adoptée définitivement après le référendum du 15 octobre 2005. Le texte proposé est issu de négociations difficiles entre sunnites, chiites et kurdes. La Constitution transitoire prévoyait qu'en cas d'échec, l'Assemblée serait dissoute et de nouvelles élections organisées afin de permettre à une nouvelle chambre d'adopter un projet à soumettre au référendum. Ce principe posé dans la Constitution transitoire garantit une participation effective des irakiens au processus constituant. Il permet ainsi d'éviter tout recours à la fiction.

TITRE II : Les conditions de l'émergence d'un droit constitutionnel international

Depuis la fin de la conception absolue de la souveraineté, les Etats tiennent de plus en plus compte des règles et principes du droit international. Après les grandes guerres, les constitutions ont subi une forte influence du droit international. Elles reconnaissent les droits de l'Homme dans leur dimension internationale, admettent les limitations de compétences et intègrent les acquis obtenus par des conventions internationales. Le phénomène de l'internationalisation des constitutions s'appuie sur l'existence d'un réseau de normes reconnues par les Etats comme étant essentiels à l'existence d'un Etat de droit. Cependant, cette internationalisation des constitutions n'est pas en soi un droit constitutionnel international.

L'expression peut recouvrir deux acceptions qui n'ont aucune réalité aujourd'hui. La première est celle qui suppose qu'existe un pouvoir constituant international. Cette condition est impossible à réaliser dans la mesure où il n'existe pas de super Etat international. Le droit constitutionnel est l'ensemble des règles qui régit l'organisation et le fonctionnement d'un Etat. Eu égard cette définition, il n'y a pas de droit constitutionnel international. La seconde approche que l'on pourrait faire est celle qui ferait du droit constitutionnel international la matière relative aux règles internationales concernant le droit constitutionnel. Un tel cadre normatif n'existe pas. Le droit constitutionnel constitue le corpus commun à l'ensemble des constitutions et il n'est pas international. Dans quelle mesure est-il possible d'envisager l'émergence d'un droit constitutionnel international ?

Si à l'échelle internationale, il n'existe pas de norme de type constitutionnelle, au niveau européen, un débat est né concernant l'adoption d'une constitution européenne. Malgré les grandes innovations qu'ont permis de réaliser la construction européenne, le pas n'a pu être franchi pour la réalisation d'un projet constitutionnel commun. En effet, pour qu'un droit constitutionnel européen existe réellement, il est impératif de remplir certaines conditions (**Chapitre I**). Or ces dernières n'ont pas été réunies.

En réalité, l'utilisation de l'expression droit constitutionnel international ne peut être faite en ignorant le principe de souveraineté propre à chaque Etat. Ainsi le recours à cette formulation a pour but d'envisager la simple conjonction entre deux matières : le droit constitutionnel, science de la norme fondamentale de l'Etat souverain et le droit international qui concerne la sphère inter-étatique et reconnaît à la fois la valeur fondamentale de la souveraineté et celle des droits de l'homme. Ainsi, le seul droit constitutionnel international envisageable aujourd'hui est l'ensemble des pratiques et stratégies qui émergent lorsque l'intervention de l'ordre international pour la résolution d'un conflit interne ne peut s'entendre sans participer à la reconstruction constitutionnelle de l'Etat en crise.

Le droit constitutionnel international se présente alors comme la matière dont l'objet est de rétablir la paix dans un Etat par la stratégie constitutionnelle. Dans un tel cas de figure, la souplesse du système politique international ne peut empêcher l'existence d'un minimum de règles. Le « droit constitutionnel de la paix »⁷⁶⁷ serait l'ensemble de ces règles minimales, nécessaire à la réalisation d'un juste équilibre entre les principes du droit et la réalité politique. Confrontés à des situations nouvelles, les acteurs internationaux se trouvent contraints d'intervenir dans une matière reconnue comme « essentiellement nationale ». Aussi, le « droit constitutionnel de la paix » doit-il éviter toute assimilation à la substitution constituante (**Chapitre II**).

⁷⁶⁷ Cette expression sera toujours utilisée avec des guillemets car en tant que matière juridique, « le droit constitutionnel de la paix » n'existe pas.

CHAPITRE I : L'émergence conditionnée d'un droit constitutionnel européen

Le droit constitutionnel peut se définir comme « l'ensemble des règles qui régissent le comportement des plus hautes autorités de l'Etat »⁷⁶⁸. Cette matière se construit autour de la constitution, le document formel dans lequel est consigné l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'Etat. Le droit constitutionnel a classiquement deux impératifs : un cadre, l'Etat et une norme, la constitution.

Eu égard à sa norme de référence, le droit constitutionnel est nécessaire à la théorie du droit : elle justifie la hiérarchie des normes dans un ordre juridique interne. « Il s'agit d'un droit fondamental en ceci qu'il constitue le droit des droits, celui qui porte sur la matrice de l'ordre juridique étatique [...] sans lui, l'ordre juridique s'écroulerait ou n'existerait même pas car toutes les normes qui tissent la toile de cet ordre puisent leur validité dans la constitution »⁷⁶⁹. Le cadre d'existence du droit constitutionnel est le droit interne. Burdeau en tire le syllogisme suivant : « sans statut du pouvoir pas d'Etat, car pas d'Etat sans définition du pouvoir qui est institutionnalisé, et sans Etat pas de constitution »⁷⁷⁰.

Pour le droit constitutionnel classique, le phénomène constitutionnel est strictement étatique. Cependant, comme l'observent Dominique Rousseau et Alexandre Viala, « le champ d'application d'une constitution [n'est pas] condamné à demeurer irréversiblement l'Etat »⁷⁷¹. En effet, nombreux sont les auteurs qui considèrent que le droit communautaire s'assimile à un droit constitutionnel. Aujourd'hui, les voies juridiques empruntées pour l'approfondissement de l'intégration européenne, permettent de dépasser la simple assimilation. Bien que l'adoption de la « constitution européenne » soit remise en question par les réponses négatives aux référendums français et néerlandais⁷⁷², le débat reste toujours ouvert sur les conditions à remplir pour assurer l'existence d'une telle norme supranationale.

⁷⁶⁸ ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 9.

⁷⁶⁹ Ibid.

⁷⁷⁰ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 108.

⁷⁷¹ ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 10.

⁷⁷² Le référendum français a eu lieu le 29 mai 2005 et au Pays-Bas le 1^{er} juin 2005.

En effet, la question d'une constitution européenne n'est pas sans poser certaines difficultés théoriques qui sont insurmontables pour les eurosceptiques du droit constitutionnel⁷⁷³. Jusqu'à preuve du contraire, l'Union européenne qu'elle soit entendue comme une organisation internationale ou une forme atypique et efficace de coopération inter-étatique, n'est pas un Etat. Dans la conception classique européenne du droit constitutionnel, seule une telle organisation politique peut se doter d'une constitution. Pourtant, une partie de la doctrine est parvenue à surmonter les contradictions existantes *a priori* afin de construire une idée positive d'une loi fondamentale européenne bien que l'Union ne soit toujours pas un Etat. Toutefois, si la nature non étatique n'empêche pas l'existence d'une constitution, il faudrait que les Etats membres acceptent toutes les concessions juridiques nécessaires à l'existence réelle d'une constitution européenne supérieure aux constitutions nationales. Deux éléments conditionnent alors l'émergence d'un droit constitutionnel européen : que les Etats accordent à l'Union une nature telle qu'elle puisse être régie par une norme constitutionnelle (**Section I**) et que ces mêmes Etats consentent à entamer leur pouvoir constituant (**Section II**).

SECTION I : La nécessaire détermination de la nature de l'Union

Pour qu'elle puisse être à l'origine et la destinatrice d'un réel droit constitutionnel, l'Union doit préciser sa nature. Aujourd'hui, elle ne dispose pas de la personnalité juridique. Avec le traité établissant une constitution pour l'Europe, elle serait devenue une personne juridique sans que pour autant sa nature soit précisée. Cette absence de précision sur sa nature a conduit le Conseil constitutionnel à conclure que les dispositions de l'article I-6 ne changeaient nullement la portée antérieure du principe de primauté du droit de l'Union européenne. « Considérant que, si l'article I-1 du traité substitue aux organisations établies par les traités antérieurs une organisation unique, l'Union européenne, dotée en vertu de l'article I-7 de la personnalité juridique, il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la

⁷⁷³ FAVOREU Louis, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel » in GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Colloque de la Rochelle 6 et 7 mai 1999, Economica, Paris, 2001, p. 379.

nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions »⁷⁷⁴.

La construction européenne demeure une organisation *sui generis* au travers de laquelle, il est possible de discerner un contenu constitutionnel sans que l'on puisse conclure à l'existence d'une catégorie juridique formelle, correspondant à un droit constitutionnel européen. De nombreux auteurs, considèrent que ce contenu constitutionnel vaut droit constitutionnel⁷⁷⁵. En revanche, les spécialistes du droit constitutionnel classique considèrent qu'il est toujours impossible d'envisager une constitution sans Etat (**Paragraphe I**). Cette approche classique, peut être nuancée par d'autres analyses se fondant sur la nécessaire dissociation entre l'Etat fédéral et la fédération. En effet, la fédération n'est pas un Etat mais elle ne peut exister sans une constitution (**Paragraphe II**).

PARAGRAPH I : L'impossibilité d'une constitution sans Etat

« Sans statut du pouvoir pas d'Etat, car pas d'Etat sans définition du pouvoir qui est institutionnalisé, et *sans Etat pas de constitution* »⁷⁷⁶. Une définition stricte de la constitution découle de ce syllogisme. Au sens formel, elle englobe « l'ensemble des textes qui se voient reconnaître une autorité constitutionnelle c'est-à-dire qui forme la norme fondamentale *de l'Etat* et qui ne peuvent être modifiés que selon une procédure distincte (et plus contraignante que) de celle de l'adoption de lois ordinaires ». Au sens matériel, elle est une « norme d'un type particulier par son objet qui est d'établir les institutions *de l'Etat* et d'organiser leur fonctionnement »⁷⁷⁷. L'Etat se définit alors par la constitution (**A**) et la constitution par l'Etat (**B**).

⁷⁷⁴ Décision du 19 novembre 2004, *traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Considérant 13.

⁷⁷⁵ Voir PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pédone, Paris, 2004, 93 p ; GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, modes de formations et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union Européennes*, thèse, éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p.

⁷⁷⁶ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, *op. cit.*, p. 108 (précision en italique faite par nous).

⁷⁷⁷ CONSTANTINESCO Vlad, « Contenu et structure de la Constitution », in BIEBER Roland, Widmer (dir), *L'espace constitutionnel européen*, Actes du colloque organisé à Lausanne du 10 au 12 avril 1995, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1995, p.98 et 99. Les précisions en italique sont soulignées par nous.

A – La définition de l'Etat par la constitution

« De toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'Etat est la plus éminente »⁷⁷⁸. Elle est la structure de régulation du pouvoir se fondant d'un point de vue externe sur un territoire, un peuple et une autorité gouvernementale effective et sur un plan interne sur « une nation, un gouvernement central ; l'idée et l'entreprise de la chose publique »⁷⁷⁹. Elle consiste en l'émergence d'une collectivité au moment où sa structure se stabilise. Cet équilibre prend forme dès lors qu'un but commun se dessine et s'enracine afin de faire du peuple une nation. C'est-à-dire que le substrat humain de tout Etat partage une idée commune des voies et méthodes de régulation des rapports sociaux horizontaux et verticaux. L'ordre établi afin de permettre la réalisation de l'intérêt général réclame une définition précise des règles et principes organisant la société. De même, le bon fonctionnement de cette entité nécessite l'élaboration d'un statut du pouvoir.

Le pouvoir préexiste avant toute organisation sociale. Quelles que soient les théories du contrat social, le pacte établissant l'Etat institutionnalise le pouvoir de telle sorte que les individus composant le corps social puissent réaliser leur liberté⁷⁸⁰, parvenir à une égalité réelle⁷⁸¹ et vivre dans un environnement pacifié⁷⁸². L'établissement de l'Etat se justifie par la nécessité de créer des structures claires personnifiant et limitant le pouvoir. Elles doivent être au service de la *res publica* et respecter les droits de chaque membre de la collectivité publique. Le principe juridique de la personnalité morale permet de dissocier les institutions de l'Etat des personnes physiques les servant. Le droit est l'un des moyens indiscutables de la rationalisation.

Par ailleurs, l'union autour d'une idée particulière du système juridique à entériner, participe à l'unité du corps social. « La constitution fonde le pouvoir sur un principe de légitimité qui réside dans son union avec une idée de droit définie »⁷⁸³. Ainsi, l'Etat en tant que forme d'institutionnalisation du pouvoir ne peut se dérober à l'instauration d'un statut juridique l'organisant et auquel il doit se tenir afin d'assurer la pérennité de l'Etat. Certes,

⁷⁷⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p.78.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 79.

⁷⁸⁰ Voir Locke.

⁷⁸¹ Voir Rousseau.

⁷⁸² Voir Hobbes.

⁷⁸³ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 107.

l'entropie est un phénomène inhérent à tout système juridique. Mais, les nouvelles crises intra-étatiques confirment le lien irréductible qui existe entre le statut du pouvoir et l'existence réelle de l'Etat.

L'organisation d'un coup d'Etat constitue une infraction aux dispositions constitutionnelles relatives à l'accession rationnelle au pouvoir. Elle a pour conséquence d'altérer l'un des critères qui constitue l'Etat : une autorité gouvernementale indépendante et effective. L'entité étatique existe toujours mais son gouvernement de fait n'est pas reconnu. D'un point de vue interne, l'ordre juridique établi n'est plus en mesure de fonctionner et le peuple se retrouve soumis à la violence et à la force qu'il avait entendu institutionnaliser dans le cadre d'un Etat de droit. Il n'existe plus sur ce territoire et au sein de cette population de consensus autour de l'idée de droit devant sous-tendre l'équilibre du pouvoir dans l'Etat. Dans ce genre de crise, l'ONU, dans le cadre d'une opération de maintien de la paix, peut avoir pour mission de construire l'Etat afin de consolider la paix⁷⁸⁴. En effet de la simple altération⁷⁸⁵, on peut passer au démantèlement de l'Etat⁷⁸⁶.

L'exemple chypriote permet d'illustrer d'une autre façon la proposition de Burdeau : « sans statut du pouvoir pas d'Etat ». La création de la République turque de Chypre du Nord est liée à l'invasion turque de l'île en parfaite contradiction avec la Constitution consociative établie en 1960. Cette République n'est pas considérée aujourd'hui comme un Etat à part entière. Seule dispose de cette qualité la partie grecque de l'île. Bien qu'une partie de sa constitution soit inapplicable en raison du retrait de la communauté turque, elle est la seule loi fondamentale qui soit reconnue pour l'ensemble du territoire. *A fortiori*, la partie nord de l'île s'étant *de facto* soustraite de l'autorité de ce texte ne constitue pas un Etat puisqu'elle ne dispose pas juridiquement d'un statut définissant le pouvoir. Ce n'est que le 15 novembre 1983, que la République turque de Chypre du Nord se dote d'une constitution. En application de la proposition de Burdeau, jusqu'à la détermination du « statut du pouvoir »⁷⁸⁷, il n'y avait pas, d'un point de vue

⁷⁸⁴ Voir *supra* (Partie I, Titre I).

⁷⁸⁵ De nombreux cas peuvent être cités : Centrafrique, Sierra Léone, République démocratique du Congo, Côte d'Ivoire, Libéria (etc.).

⁷⁸⁶ L'exemple de la Somalie entre 1991 et 1992.

⁷⁸⁷ Le terme de « statut du pouvoir » est plus large que celui de constitution. Il permet d'inclure l'exemple britannique. En effet, si le Royaume uni n'a pas de constitution, il dispose toutefois d'un statut coutumier du pouvoir.

constitutionnel, d'Etat⁷⁸⁸. Le rapport formel entre l'Etat et la constitution étant établi, il reste à analyser celui qui lie de façon matérielle les deux notions.

Selon Burdeau, si l'Etat ne peut s'envisager sans réglementation c'est en raison de la nécessité de définir le pouvoir. La constitution a une double fonction, l'établissement du statut des institutions étatiques et celui des gouvernants. Elle « édicte les règles d'après lesquelles l'autorité publique s'impose, se transmet et s'exerce »⁷⁸⁹. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose en son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Ces deux critères forment le « socle des premiers linéaments de la pensée constitutionnaliste »⁷⁹⁰. Comme le relève Vlad Constantinesco, la constitution matérielle minimum contient aujourd'hui les rubriques suivantes : « la *suprématie de la constitution* [...], *l'idée de droit* qui inspire la constitution ; la *liberté du suffrage* et ses conséquences sur la formation de la volonté politique de la société ; *l'absence de confusion des pouvoirs*, définissant notamment la forme du régime politique, les pouvoirs publics et leurs rapports ; *l'Etat de droit* par la reconnaissance des droits et libertés publiques[...] et par *l'indépendance du pouvoir judiciaire* ; la *nature et la structure de l'Etat* : fédéral, unitaire, régional, etc.... ; *l'insertion de l'Etat* dans les relations internationales ; le *statut de certains groupes, communautés ou minorités...* »⁷⁹¹.

Pris séparément, ces différents éléments ne sont pas les attributs exclusifs du statut du pouvoir étatique. Certains d'entre eux se retrouvent dans les actes constitutifs de certaines organisations internationales. La charte des Nations unies est la norme suprême de l'entité qu'elle a créée ; le Parlement européen est issu de l'expression de la liberté du suffrage des citoyens européens et le Conseil de l'Europe par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît et fait appliquer les droits et libertés. Toutefois, aucune d'entre elles ne cumule tous ces critères et surtout ne comporte de dispositions relatives directement à la détermination d'un régime politique, la nature et la structure unitaire,

⁷⁸⁸ Dans l'ordre international, l'adoption de cette constitution ne change rien à l'absence de reconnaissance par l'ensemble de la communauté étatique de cette République turque de Chypre Nord. En droit international, seule l'Etat créé en 1960 a bénéficié d'une reconnaissance.

⁷⁸⁹ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 105.

⁷⁹⁰ CONSTANTINESCO Vlad, « Contenu et structure de la Constitution », op. cit., p. 99. Les précisions en italique sont celles de l'auteur.

⁷⁹¹ Ibid., p. 101 et s.

fédérale ou régionale. Le pouvoir, tel qu'il est envisagé par Hauriou et Burdeau, se limite à la reconnaissance de celui qui émane de la structure étatique. L'Etat constitue le niveau optimum et effectif du pouvoir. Lorsqu'il s'agit d'organiser une collectivité, celle-ci ne peut s'envisager que dans la finalité d'assurer pour une nation ou un peuple, sur un territoire donné, un gouvernement central capable de concevoir et de mettre en œuvre l'idée et l'entreprise de puissance publique. Par conséquent, il est impossible d'envisager une constitution sans qu'il y ait institutionnalisation du pouvoir dans un cadre étatique.

B- La définition de la constitution par l'Etat

Il est difficile aujourd'hui de trouver une définition de la norme constitutionnelle sans faire directement référence à l'Etat. Elle est son «fondement juridique»⁷⁹², sa « traduction juridique »⁷⁹³ : « la constitution comme norme suprême présuppose l'Etat »⁷⁹⁴. Ce constat conduit à appréhender la notion de constitution comme étant conditionnelle⁷⁹⁵. L'Etat ne se réduit pas à une constitution mais celle-ci ne s'envisage que dans le cadre étatique. Ce lien irréductible établit entre ces deux concepts pourrait être considéré comme un postulat. Cependant, cette position se justifie historiquement. Jamais une réelle loi fondamentale n'a existé sans Etat⁷⁹⁶. Certes, tout groupement politique dispose d'une « constitution naturelle » « qui exprime sa manière d'être »⁷⁹⁷, mais seul l'Etat peut se doter d'un statut relevant d'une « conception institutionnelle et juridique »⁷⁹⁸ de la constitution. Cette norme se conçoit « originairement » comme « l'expression d'une volonté créatrice du souverain »⁷⁹⁹.

Il est alors impératif de déterminer le souverain et de définir la souveraineté afin de comprendre pourquoi et comment une constitution est toujours étatique. Pour Burdeau, le souverain « c'est, abstraitement, la force politique dont dépend la substance de l'idée de

⁷⁹² AUBERT Jean-François, « Nécessité et fonctions de la constitution », in BIEBER Roland, Widmer (dir), *L'espace constitutionnel européen*, op. cit., p. 15 et s.

⁷⁹³ GOUAUD Christiane, « Le projet de constitution européenne », *RFDC*, 1995, n° 22, p. 288.

⁷⁹⁴ BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht ; Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1049.

⁷⁹⁵ GOUAUD Christiane, « Le projet de constitution européenne », op. cit.

⁷⁹⁶ Une telle vision des modèles politiques dans l'histoire se fonde sur l'identification de la Fédération à la forme étatique.

⁷⁹⁷ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, op. cit., p. 22.

⁷⁹⁸ Ibid., p. 23.

⁷⁹⁹ Ibid., p. 43 (précision en italique faites par nous).

droit, pratiquement c'est le peuple »⁸⁰⁰. Schmitt justifie l'émergence de la nation par cette mutation du peuple désorganisé en moteur de restructuration du pouvoir par la prise de conscience de son existence politique. Le peuple est le souverain parce qu'il est la source de tout pouvoir. Son inaction peut permettre l'instauration d'un régime autoritaire et sa révolte exprimer une volonté de réformer et de créer une nouvelle assise politique. Il lui faut instaurer son existence dans une structure capable d'assurer son autorité à l'égard des autres. Seul l'Etat dispose de la souveraineté externe. Olivier Beaud en conclut que « *la souveraineté de l'Etat est la condition de la souveraineté nationale* »⁸⁰¹. *A fortiori*, la constitution est le premier acte de la souveraineté constituante du peuple. « La matière constitutionnelle se présente alors comme une marque [...] de souveraineté »⁸⁰².

Pour Hauriou, le pouvoir constituant « est un pouvoir législatif fondateur agissant au nom de la nation souveraine ». Il « est lié à la souveraineté nationale »⁸⁰³. Il consiste en une réappropriation des institutions du gouvernement par le peuple. « La souveraineté nationale serait donc le droit d'*autodétermination constitutionnelle* attribué au peuple et exercé par lui, car l'on sait que le peuple manifeste sa souveraineté en se donnant sa propre constitution »⁸⁰⁴. Tous ces concepts appartiennent au champ lexical de la théorie de l'Etat. Tout ce qui fait une constitution trouve son origine dans l'Etat. Elle est la « consécration de la puissance du souverain, [...] politiquement [elle est] un aboutissement, la volonté du souverain est juridiquement un point de départ, le fondement, la totalité juridique du pouvoir dans l'Etat »⁸⁰⁵.

Burdeau définit la constitution comme « l'acte volontaire et réfléchi par lequel le souverain définit le pouvoir qui s'inscrit dans l'institution étatique »⁸⁰⁶. En revanche, « le phénomène constitutionnel apparaît comme extrêmement général puisqu'il s'extériorise dans les normes qui régissent une collectivité dès que sa structure est stabilisée par la

⁸⁰⁰ Ibid., p. 205.

⁸⁰¹ BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht ; Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *op.cit.*, p. 1049. Les précisions en italique ont été faites par l'auteur lui-même.

⁸⁰² CHALTIEL Florence, « Le pouvoir constituant marque contemporaine de souveraineté, A propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *Dalloz*, Chronique, 2000, p. 225.

⁸⁰³ HAURIUO Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 248.

⁸⁰⁴ BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht ; Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *op.cit.*, p. 1048. Les précisions en italique ont été faites par l'auteur lui-même.

⁸⁰⁵ STARCK Christian, HAMON Léo, Ben ACHOUR Yadh, COLOMER VIADEL Antonio, TOPORNIN Boris (Académie internationale de droit constitutionnel), *La suprématie de la constitution*, *op. cit.*, p. 143.

⁸⁰⁶ BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, *op. cit.*, p. 41.

recherche d'un certain but »⁸⁰⁷. Une distinction fondamentale apparaît. Il y a d'une part la constitution *stricto sensu* qui se rapporte à l'Etat. Schmitt pousse même le rapport entre ces deux notions à l'extrême : « l'Etat *est* constitution [... il] cesserait d'exister si cette constitution cessait. La constitution est son « âme », sa vie concrète et son existence individuelle »⁸⁰⁸. D'autre part, il existe une interprétation beaucoup plus souple du constitutionnalisme. Burdeau cite comme exemple la constitution de la famille, de l'entreprise, de la cité ou de l'Eglise. Constance Chevallier-Govers, dans son analyse des actes constitutifs des organisations internationale les assimile à des constitutions⁸⁰⁹. Il s'agit en fait d'une approche *lato sensu* du concept de constitution.

En vertu de cette position doctrinale faisant de la constitution la condition de l'Etat et inversement, il est impossible d'envisager que l'Union européenne, dans sa configuration actuelle se dote d'une constitution au sens noble du terme. Elle n'a ni souveraineté, ni peuple souverain. Elle n'est point parvenue à supplanter les Etats afin de faire remonter à son niveau le socle du contrat social. La citoyenneté qu'elle a créée, n'est pas encore la référence de l'identité des peuples, elle ne représente pas non plus l'union autour d'une idée de droit européen. L'Etat membre demeure pour l'instant le lieu de l'expression de la souveraineté constituante : l'Europe n'est pas un Etat, elle ne peut avoir de constitution.

En revanche, « les institutions de l'Union européenne ont sur de nombreux points une « couleur » constitutionnelle »⁸¹⁰. Ces traités fondateurs relèvent du phénomène constitutionnel, tel que l'envisageait Burdeau. Si elle a une constitution, celle-ci n'est que *lato sensu*. Et si l'Europe finit par se doter d'une constitution *stricto sensu*, cela voudra dire qu'elle est devenue un Etat. Or, pour certains auteurs dont Elisabeth Zoller⁸¹¹, une telle conception rigide du rapport entre Etat et constitution est plus que dogmatique et purement européenne. En droit constitutionnel, seule la fédération est une entité politique disposant d'une constitution sans être un Etat.

⁸⁰⁷ Ibid., p. 12.

⁸⁰⁸ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁰⁹ CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP*, 2001, p. 373.

⁸¹⁰ AUBERT Jean-François, « Nécessité et fonctions de la constitution », *op. cit.*, p. 21.

⁸¹¹ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *RCADI*, 2002, T.294, p. 60 et s.

PARAGRAPHE II : La fédération, unique issue pour un droit constitutionnel européen sans Etat

Le rejet de toute forme de statocentrisme permet de surpasser les obstacles posés par une approche classique du droit constitutionnel. Deux idées peuvent permettre d'envisager une constitution sans Etat. La première est largement contestable : « toute institution a sa constitution et son droit constitutionnel ; il y a autant de constitutions et de droits constitutionnels que d'institutions »⁸¹² ; « toute société, quel qu'en soit le type, quel qu'en soit le degré d'intégration, même si la conscience sociale y est à l'état le plus diffus, même s'il s'agit d'une de ces nébuleuses aux contours imprécis et à durée indéterminée qui se forment et se déforment dans l'univers social, engendre fatalement un système juridique linéaire, constitutif et constitutionnel »⁸¹³. Cette première position conduit à neutraliser la constitution en tant que norme positive et opère sa transfiguration en une notion de droit naturel.

Une seconde approche développe des idées nouvelles en droit constitutionnel qui peuvent permettre de surmonter les contradictions que la doctrine classique relève dans le concept de constitution européenne. En effet, à côté de l'Etat unitaire et de l'Etat fédéral, existe une autre organisation du pouvoir : la fédération. Elle n'est pas étatique mais elle dispose d'un texte fondamental opérant la distribution rationnelle des pouvoirs, protégeant les droits fondamentaux, et construisant les institutions d'un réel Etat de droit **(A)**. Fort de la définition de cette entité politique, il est loisible de constater que le traité établissant une constitution pour l'Europe se caractérise par son incomplétude **(B)**.

⁸¹² RENARD Georges, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 491. Les précisions en italiques sont faites par nous.

⁸¹³ SCELLE Georges, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil *op. cit.*, p. 506.

A- De la définition de la fédération

Les pères fondateurs de l'Europe envisageaient « la mise en commun des productions de charbon et d'acier [à la fois comme] l'établissement de bases communes de développement économique [et la] première étape de la Fédération européenne [...] indispensable à la préservation de la paix »⁸¹⁴. Mais la doctrine européenne dans sa grande majorité développe une conception étriquée du fédéralisme dans laquelle Fédération et Etat fédéral sont synonymes⁸¹⁵. L'Etat fédéral se fonde sur la dissolution des souverainetés de ses Etats membres. Bien que le processus européen semble s'avancer irréversiblement vers plus d'intégration, ces principes demeurent ceux du respect de l'identité nationale des Etats membres⁸¹⁶, de l'action des Communautés limitée à des compétences d'attribution⁸¹⁷ et du principe de subsidiarité⁸¹⁸. Les Etats membres demeurent souverains dans le cadre de cette « association d'Etats »⁸¹⁹, ils sont les maîtres des traités. Et par conséquent, même si l'Union européenne se caractérise par son pouvoir d'édiction du droit, elle n'est pas un Etat.

Dépourvue de la souveraineté, du pouvoir constituant et d'un peuple, elle ne peut disposer d'une constitution. Cependant, la construction européenne « consiste [...] à « dématérialiser » l'Etat souverain, c'est-à-dire le priver de sa substance étatique. On assiste à un mouvement de « désétatisation » des Etats membres et d'« étatisation » de l'Union européenne »⁸²⁰. Selon Olivier Beaud, l'impasse relative à la nature politique de l'Europe n'en est pas vraiment une. L'histoire a déjà connu des expériences fédérales qui n'ont pas eu pour fin de construire des Etats fédéraux. Sous la forme d'une fédération existent ou ont existé les Etats-Unis avec la Constitution 1787, la Confédération germanique de 1815, la

⁸¹⁴ SCHUMAN Robert, « La déclaration du 9 mai 1950 », <http://www.monde-diplomatique.fr> (Cahiers/ Europe/ textes fondamentaux).

⁸¹⁵ Voir REUTER Paul, « Confédération et fédération : "vetera et nova" », in *La communauté internationale*, Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU, Edition Pédone, Paris, 1974, p. 199 ; HOFFMANN-MARTINOT V., UTERWEDDE H., « Le fédéralisme à l'épreuve », *Pouvoirs*, n° 66, 1993, p. 51.

⁸¹⁶ Article 6-4 du Traité sur l'Union européenne.

⁸¹⁷ Article 5 du Traité de Rome.

⁸¹⁸ Article 5 du Traité de Rome et le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁸¹⁹ Jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande du 18 octobre 1993 cité in QUARITSCH Helmut, « La souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 101.

⁸²⁰ BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht ; Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 1067.

Confédération d'Allemagne du Nord de 1867 et même le Reich allemand de 1871⁸²¹. Schmitt définit la fédération comme « une union durable, reposant sur une libre convention servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération ; elle modifie le *status* politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun »⁸²². Cette forme d'organisation n'est pas assimilable à l'Etat, ces « deux notions [sont] d'égale nature juridique, représentant deux formes politiques différentes »⁸²³.

Dans la Fédération subsistent les Etats membres en tant qu'entités politiques bien que l'appartenance à ce plus grand ensemble implique automatiquement une diminution de leurs pouvoirs. Par conséquent, l'équilibre entre les deux niveaux doit être garanti afin qu'une « telle union n'implique ni fusion ni absorption des Etats-parties dans l'union fédérative ». « La Fédération se caractérise par l'union d'entités politiques afin de former une autre union politique »⁸²⁴. Elle s'établit sur un pacte constitutionnel qui « présuppose qu'au moins deux parties de ce pacte lui préexistent et continuent à exister après lui, que chacune d'elles contient un sujet d'un pouvoir constituant (autrement dit est une unité politique) »⁸²⁵. La conclusion du pacte relève d'« un acte de volonté des parties intéressées »⁸²⁶. Cette convention crée une nouvelle constitution fédérative qui est un acte du pouvoir constituant : il « émane de plusieurs sujets du pouvoir constituant, c'est-à-dire de différents peuples constituants »⁸²⁷.

D'après Olivier Beaud, la fédération se caractérise aussi par « une mise en parenthèse de la souveraineté »⁸²⁸. Tout conflit, qui surviendrait entre la Fédération et les Etats membres concernant leurs rapports, aurait pour conséquence l'anéantissement de l'union. Que la souveraineté s'entende comme puissance publique, « pouvoir suprême et absolu de commandement exercé par une seule personne » ou identifiée au peuple, elle est

⁸²¹ Voir SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*

⁸²² *Ibid.*, p. 512.

⁸²³ BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération », *RDP*, 1998, p 88 et s.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁸²⁵ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 197.

⁸²⁶ BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel » in AUER Andreas, FLAUSS Jean-François (éd.), *Le référendum européen*, Actes du colloque international de Strasbourg 21-22 février 1997, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 169.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 171.

⁸²⁸ BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 253.

« incompatible »⁸²⁹ avec la Fédération. Cette question, chez Schmitt, n'est pas à résoudre puisque l'essence de la fédération exige que « la question de la souveraineté reste toujours pendante entre fédération et Etats membres tant que la fédération en tant que telle coexiste avec les Etats membres en tant que tels »⁸³⁰. Finalement pour ces deux auteurs ce qui distinguent un Etat d'une fédération, c'est la mise en exergue ou pas de la souveraineté.

Elisabeth Zoller développe une toute autre idée. « Une fédération d'Etats n'est pas un Etat, mais une société d'Etats. Il s'agit d'une structure composée d'Etats qui n'est pas elle-même un Etat au sens habituellement donné au terme par le droit constitutionnel européen. En revanche, une fédération d'Etats est un Etat au sens du droit international dans la mesure où, elle est reconnue comme tel par les autres membres de la société internationale »⁸³¹. Se référant au modèle de la fédération américaine⁸³², elle observe que la souveraineté dans une telle organisation est partagée. D'un point de vue externe, elle est une mais vu de l'intérieure, elle est plurielle. La fédération ne doit pas avoir pour objectif de tout régir. Son action se fonde sur une « incomplétude recherchée »⁸³³ afin que la fédération ne devienne jamais un Etat. Elle est un processus permanent de rééquilibrage des actions des deux composantes. Aux Etats-Unis, les citoyens, parce qu'ils disposent de droits fédéraux qu'ils peuvent faire respecter par leurs Etats membres, et le juge, parce qu'il tranche les conflits entre Fédération et Etats membres, sont les garants de cet équilibre fédératif.

La fédération contrairement à l'Etat fédéral a l'avantage d'assurer aux Etats membres le respect effectif de leur souveraineté, tout en leur assurant que l'union politique créée pourra entreprendre les actions nécessaires à la réalisation d'un dessein politique commun. Tel est en définitive la forme envisagée pour la construction européenne dès 1950 dans la déclaration Schuman. Toutefois comme le souligne Elisabeth Zoller, « l'acte constitutif d'une fédération d'Etats [...] ne peut être qu'une constitution et non un traité »⁸³⁴. Par conséquent, même si se dessine un faisceau d'indices permettant de décrypter l'émergence d'une fédération européenne, celle-ci n'existe toujours pas. En

⁸²⁹ BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération », *op. cit.*, p. 110 et 104.

⁸³⁰ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 519.

⁸³¹ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 63.

⁸³² Pour Carl SCHMITT et Olivier BEAUD, la fédération américaine a perdu cette nature pour devenir un Etat fédéral à partir notamment de l'adoption du XIII^{ème} amendement.

⁸³³ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 65.

⁸³⁴ Ibid.

revanche, le projet de constitution européenne signé par les Etats membres aurait-il pu être le fondement juridique de cette nouvelle entité européenne ?

B- La substance constitutionnelle incomplète du traité établissant une constitution pour l'Europe

Le traité établissant une constitution pour l'Europe se compose de quatre parties dont la première n'a pas d'intitulé bien qu'elle constitue l'essence même de l'acte. La seconde consacre la charte des droits fondamentaux de l'Union qui abandonne la forme déclaratoire pour accéder enfin à la pleine valeur juridique. Avant les dernières dispositions générales et finales, plus de 70% du texte est affecté aux articles relatifs aux politiques et au fonctionnement de l'Union. Schématiquement cette troisième partie est une sorte de compilation des traités. Constitutionnellement parlant, les six titres qu'elle comporte peuvent être comparés à des lois organiques. Ils complètent et précisent la première partie qui finalement, comme le rappelle Jacques Ziller, est la constitution à proprement dit⁸³⁵. Toutefois, même si cette première partie développe de nombreux points communs avec une réelle loi fondamentale (1), elle s'en distingue en raison de son approche évanescence de l'Union européenne (2).

1- Les éléments constitutionnels

Dans la volonté des Etats membres de créer une Union de plus en plus étroite, une limite existe : établir un Etat. S'il y a constitution, elle ne peut être celle d'un Etat fédéral, mais plutôt celle d'une fédération. En tant qu'union d'entités politiques, le texte fondateur d'une telle structure nécessite un effort de clarté dans la répartition des compétences : une fédération ne peut se construire sans de réels Etats. L'article I-5 explicite les rapports entre l'Union et les Etats membres. « L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Dans une fédération, le gouvernement fédéral a des limites dans son action, « il ne touche pas les Etats, qu'il laisse intacts et souverains »⁸³⁶. L'Union respecte « les fonctions essentielles de l'Etat notamment celles qui ont pour objet

⁸³⁵ ZILLER Jacques, *La nouvelle Constitution européenne*, La découverte, Paris, 121 p.

⁸³⁶ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 134.

d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale »⁸³⁷. L'équilibre entre les deux entités politiques de l'Union est ainsi garanti. Par ailleurs, « en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant de la Constitution »⁸³⁸.

Les compétences de l'Union sont précisées dans le titre III. Les principes en sont l'attribution, la subsidiarité et la proportionnalité. Dans cette organisation la compétence de principe appartient aux Etats membres, l'Union ne peut agir librement que dans le cadre de ses compétences exclusives⁸³⁹. En matière d'attributions partagées⁸⁴⁰, l'Union « intervient si, et seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints, de manière suffisante par les Etats membres »⁸⁴¹. Et « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la constitution »⁸⁴². Les règles qui régissent cette répartition des compétences sont les plus adéquates au maintien de la coexistence de deux ordres politiques et juridiques dans la structure d'une fédération.

Les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune permettent une meilleure perception de l'équilibre délicat que forme une fédération. En effet, Schmitt avait déjà mis l'accent sur l'impact dévastateur d'un conflit politique entre la fédération et ses membres. L'entité supranationale dispose du *jus belli*. « Vers l'extérieur, la fédération protège ses membres contre le risque de guerre et contre toute agression ». Et « vers l'intérieur, la fédération implique nécessairement une pacification durable [...], la renonciation durable à l'autodéfense au sein de la fédération »⁸⁴³. Aussi l'article I-16.1 dispose : « La compétence de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union ». L'article I-16.2 en tire la conclusion suivante : « Les Etats membres appuient activement et sans réserve la politique étrangère et

⁸³⁷ Article I-5.1.

⁸³⁸ Article I-5.2.

⁸³⁹ Article I-13.

⁸⁴⁰ Article I-14.

⁸⁴¹ Article I-11.3.

⁸⁴² Article I-11.4.

⁸⁴³ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 515 et 516.

de sécurité commune de l'Union. [...] Ils s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union susceptible de nuire à son efficacité ».

Si le gouvernement fédéral, ne peut toucher directement aux Etats, il doit atteindre les individus. « Dans sa dimension constitutionnelle, le fédéralisme se définit comme un gouvernement composé de plusieurs Etats qui s'accordent pour lui donner le pouvoir de toucher directement les individus placés sous leur autorité respective. Toute la difficulté ou mieux, tout l'art du gouvernement fédéral, consiste à atteindre directement l'individu, mais sans l'atteindre trop, et certainement pas de façon complète, faute de quoi le gouvernement fédéral prend la place des Etats qui deviennent alors inutiles »⁸⁴⁴. Le rapport entre le niveau fédéral et les individus doit se fonder sur l'existence d'une citoyenneté distincte de celle due à l'appartenance aux Etats membres. L'acquis du traité de Maastricht est pérennisé à l'article I-10 qui précise que « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». L'Union européenne reconnaît la double citoyenneté aux européens et elle leur reconnaît des droits.

« Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par la constitution »⁸⁴⁵. Il s'agit notamment « du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres ; le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen [...] ». De surcroît, l'Union « reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II »⁸⁴⁶ et « adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »⁸⁴⁷. Or l'article I-6 dispose « la constitution [...] prime le droit des Etats membres ». Les droits reconnus pour les citoyens européens dans cette constitution bénéficient de la primauté sur les droits nationaux. Les juges nationaux étant les juges du droit commun de l'ordre juridique communautaire doivent donc entendre les arguments des requérants se fondant sur la constitution européenne⁸⁴⁸. D'ailleurs, l'article II-107 consacre le droit à un recours effectif à un tribunal impartial⁸⁴⁹. Lorsqu'il s'agira d'une violation des droits reconnus par la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des

⁸⁴⁴ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 117.

⁸⁴⁵ Article I-10.2.

⁸⁴⁶ Article I-9.1.

⁸⁴⁷ Article I-9.2.

⁸⁴⁸ La question préjudicielle peut être envisagée si l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne est nécessaire à la résolution du contentieux auquel le juge interne est confronté.

⁸⁴⁹ Cet article appartient à la deuxième partie relative à la charte des droits fondamentaux.

libertés fondamentales, les citoyens européens pourront faire valoir leur droits auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, si et seulement si, toutes les voies de recours sont toutes épuisées au niveau interne. Cette condition préserve l'autorité de principe des Etats sur leurs citoyens.

Par la reconnaissance de ces droits, l'Union européenne, en tant que processus fédéral « suscite en la personne de [ses] citoyens un désir de réunion et d'appartenance à une autre communauté politique que leur Etat d'origine. Le sentiment d'allégeance de l'individu à une fédération, le lien affectif qu'il entretient avec elle, la somme des espoirs qu'il peut placer en elle sont essentiels dans le développement et la consolidation de tout processus fédératif. Ce *pathos* est le terreau de la citoyenneté fédérale »⁸⁵⁰. L'Union fédérative va plus loin dans son objectif d'atteindre les citoyens. Elle personnalise certaines de ces institutions et apporte une clarté dans la présentation de leurs missions.

Le Parlement européen conjointement avec le Conseil élabore des lois et lois-cadres au lieu des règlements et des directives⁸⁵¹. « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales. Il n'exerce pas de fonction législative »⁸⁵². Cette instance dispose désormais d'un président. Elu pour un mandat de deux ans et demi, renouvelable une fois, il assure la « continuité du Conseil européen en coopération avec le président de la Commission », « présente au Parlement européen un rapport à la suite de chacune des réunions du Conseil européen ». Et surtout, il « assure, à son niveau et en sa qualité, la représentation extérieure de l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune ». Par conséquent, il « ne peut pas exercer de mandat national »⁸⁵³.

Le Conseil des ministres « exerce conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législatives et budgétaires. Il exerce des fonctions de définition des politiques et de coordination ». Et il ne tranche ni à l'unanimité, ni selon un consensus, mais plutôt à la majorité qualifiée⁸⁵⁴. Cette méthode de prise de décision est adéquate à l'existence

⁸⁵⁰ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 151.

⁸⁵¹ Voir les articles I-20 et I-34.

⁸⁵² Article I-21.

⁸⁵³ Voir article I-21.

⁸⁵⁴ Article I-25 : « 1- la majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 55% des membres du Conseil comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des Etats membres réunissant au moins 65% de la population de l'Union ».

effective de la fédération à côté des entités politiques que demeurent les Etats membres. La Commission européenne « promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin ». Elle est ainsi le seul organe de l'Union à être titulaire de l'initiative législative⁸⁵⁵. « Elle veille à l'application de la constitution ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de celle-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Elle exécute le budget et gère les programmes. [...] A l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune [...], elle assure la représentation extérieure de l'Union. ». La Commission est en quelque sorte l'instance gouvernementale de l'Union. Son président est élu par le Parlement européen sur proposition du Conseil européen. En raison de ses compétences relatives à l'intérêt général européen, « la Commission, en tant que collège [de fonctionnaires nommés par les Etats membres] est responsable devant le Parlement européen »⁸⁵⁶, représentant démocratique des citoyens européens.

Est associé à la Commission, le ministre des affaires étrangères (l'un des vices présidents de la Commission) qui est nommé par le Conseil européen « avec l'accord du président de la Commission »⁸⁵⁷. Il « conduit la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union. Il contribue par ses propositions à l'élaboration de cette politique et l'exécute en tant que mandataire du Conseil. Il agit de même pour la politique de sécurité et de défense commune »⁸⁵⁸. Il agit donc au nom du Conseil européen qui peut mettre fin à son mandat. Le traité établissant une constitution pour l'Europe, en opérant une structuration des compétences à des organes distincts, remplit plusieurs des conditions indispensables posées par Schmitt. En effet, « la fédération en tant qu'unité politique est nécessairement représentée » ; « la décision de la fédération se passe de ratification spéciale par les Etats membres ou plutôt chaque Etat membre est lié immédiatement et en droit interne par la décision de la fédération, d'après la constitution (puisque la constitution fédérative est un élément de sa propre constitution) »⁸⁵⁹. Ainsi, le projet de la convention contient des éléments constitutionnels indispensables à une réelle fédération. Toutefois, la présence de ces caractéristiques n'est pas suffisante pour sublimer les carences réelles que comporte ce texte.

⁸⁵⁵ Article I-26.2.

⁸⁵⁶ Article I-26.8.

⁸⁵⁷ Article I-28.1.

⁸⁵⁸ Article I-28.2.

⁸⁵⁹ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 532 et 533.

2- Les carences constitutionnelles

Sur le fond, le traité établissant une constitution pour l'Europe comporte des incomplétudes. D'une part, en raison de sa vocation qui n'est que symboliquement constitutionnelle. Et d'autre part, parce que les dispositions essentielles à la formation d'une réelle fédération sont absentes. Dès le préambule, la force solennelle de cet acte est perceptible. Il a pour principal dessein de créer une émulation de la citoyenneté européenne. Les conventionnels tentent de donner une double légitimité à leur œuvre et à l'ensemble de la construction européenne.

Depuis l'origine, l'Europe s'est construite par le haut. Elle n'est point une initiative des peuples d'Europe. Elle est issue de la volonté des gouvernements européens. Aussi, par un stratagème rhétorique qui consiste en une gradation sémantique dans sa définition de l'Europe, le préambule tente d'atteindre l'un de ces objectifs : « souligner la dimension politique de l'Union aux yeux des citoyens et les associer davantage au débat européen »⁸⁶⁰.

D'un point de vue géographique, le continent « désormais réuni au terme d'expériences douloureuses, entend avancer sur la voie de la civilisation, du progrès et de la prospérité, *pour le bien de tous ses habitants*⁸⁶¹ ». L'Europe étant avant tout un ensemble d'Etats souverains sans la volonté desquels la CECA, la CEE et l'Union européenne n'auraient jamais pu être créées, les conventionnels sont « persuadés que *les peuples d'Europe*, tout en restant fiers de leur identité et de leur histoire nationale, sont résolus à dépasser leurs anciennes divisions et, unis d'une manière sans cesse plus étroite, à forger leur destin commun ». La destinée européenne, exigeant d'adopter un nouveau texte lui donnant une nouvelle impulsion que l'on espère plus politique, ne peut se construire sans les citoyens européens. De la sorte, la dernière phrase du préambule a uniquement pour dessein de donner une légitimité populaire *a posteriori* à la convention : « Reconnaisants aux

⁸⁶⁰ HAENEL Hubert, Rapport d'information (session ordinaire 2000-2001) - *Délégation du Sénat pour l'Union, Une Constitution pour l'Union européenne*, p. 14.

⁸⁶¹ Les précisions en italique sont soulignées par nous.

membres de la Convention européenne d'avoir élaboré le projet de cette constitution *au nom des citoyens et des Etats membres* »⁸⁶².

Cette première remarque permet de mieux comprendre l'intention générale qui a été à l'origine du texte. Il semble que pour surmonter les réticences des Etats membres à établir une constitution, les conventionnels aient semé dans le texte, les germes de l'esprit constitutionnel. Ceux-ci sont pourtant neutralisés, pour ne demeurer que formels.

L'étude de l'ensemble de la doctrine permet d'observer deux hypothèses où l'élaboration d'un acte constitutionnel *stricto sensu* est indispensable : l'Etat et la fédération. L'établissement d'un Etat souverain européen n'est pas politiquement envisageable pour les Etats membres. Cette constitution serait donc celle d'une fédération. Le débat sur la nature de la construction européenne a été si abondant et controversé⁸⁶³ que, l'adoption de ce nouveau texte aurait dû avoir pour premier objectif de trancher la question. Certes, l'article I-7 accorde la personnalité juridique à l'Union. Toutefois, il ne précise pas ce qu'est l'Union, le titre I relatif à la définition et aux objectifs de l'Union, n'offre pas plus de réponse. D'ailleurs aucun des huit articles de cette première subdivision ne donne de réelle définition du cadre européen. Elle est une institution établie par les Etats membres afin que ceux-ci puissent atteindre leurs objectifs communs et dont les compétences sont limitées à celles qui lui sont attribuées. Elle est une Union fondée sur le respect de l'Etat de droit appartenant au patrimoine constitutionnel européen. Elle est une personne juridique dont la qualité demeure au mieux *sui generis* et devient au pire évanescence⁸⁶⁴.

⁸⁶² Les précisions en italiques sont faites par nous.

⁸⁶³ Voir notamment LEBEN Charles, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14, p. 61 ; PAPAUX Alain, « L'Union européenne : entre société (Gesellschaft) et communauté (Gemeinschaft), entre Platon et Aristote », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2003-51, p. 247 ; ROSSI Serena Lucia, « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, 2002, p. 27.

⁸⁶⁴ Les projets de constitution élaborée par le Parlement européen en 1994 puis de la Commission dans le cadre de sa collaboration à la convention avaient pourtant tenté d'établir une définition. « L'Union européenne est constituée par les Etats membres et leurs citoyens ; tout pouvoir de l'Union émane de ces derniers » (Article 1-1). « L'Union européenne est constituée par les États et les peuples européens qui partagent de façon solidaire une même communauté de valeurs et s'engagent à promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe et dans le monde » (Article 1-1). Ces tentatives ont pour avantage de qualifier explicitement la structure européenne d'Union d'Etats. Par ailleurs, le projet de la Commission brisait en son article 1-3 un tabou en employant le terme fédéral : « A partir de l'acquis communautaire, l'Union « *coordonne étroitement les politiques des États membres et gère, sur le mode fédéral, certaines compétences communes* (ces précisions en italique et en gras sont celles du texte originaire) » ».

Par conséquent, sa qualité à recourir à une constitution est de moins en moins justifiable. En tant qu'association d'Etats dans laquelle les entités constitutives prévalent sur la personne juridique formée, son acte fondateur, ne peut être une constitution mais un traité. Sa qualité de fédération est ainsi de plus en plus discutable. Carl Schmitt perçoit toute fédération comme une « union durable »⁸⁶⁵ et « perpétuelle »⁸⁶⁶. « Une réglementation particulière purement transitoire, révocable et déterminable ne peut fonder un *status*. [...] Toute fédération [...] est conçue pour durer »⁸⁶⁷. Ces remarques doivent être nuancées, il ne s'agit pas pour la fédération d'astreindre les Etats au point d'annihiler leur droit à l'autodétermination. Il s'agit plutôt de garantir l'existence politique de la fédération tout comme celle des Etats doit être sauvegardée dans les dispositions du pacte fédératif. A cet égard, l'article I-60 du projet constitutionnel constitue un risque pour une fédération. « Tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ». Ce retrait n'est pas conditionné. Tout Etat décidant que la constitution ne lui convient plus pourrait décider de se déprendre de l'Union⁸⁶⁸. Or la constitution fédérative « n'est pas un libre pacte au sens d'un contrat librement révocable à volonté, ne réglementant que des relations particulières délimitables dans leur contenu. L'appartenance à une fédération incorpore au contraire un Etat à un système politique global »⁸⁶⁹.

Cette constitution pour l'Europe n'organise pas l'Union conformément à un équilibre à atteindre entre les Etats membres et l'entité européenne. Il n'y a pas de fédération, l'article I-60, permet aux Etats-membres, même de façon ultime, d'interpréter le pacte. Or une telle aptitude conforte la qualité de traité de cette « constitution formelle »⁸⁷⁰. Dans une fédération, le pacte fondateur est une constitution, il est le fruit d'un acte constituant qui interdit tout « droit d'interprétation authentique sur chacune de ses clauses »⁸⁷¹. Dès lors, si la constitution est un traité, le caractère contractuel de la construction européenne est

⁸⁶⁵ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 514.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ Le projet de la Commission prévoyait un retrait uniquement lorsqu'un Etat n'aurait pu adopter une révision de la Constitution. Article 103-1 : « Lorsqu'une révision de la Constitution est entrée en vigueur et qu'un Etat membre n'a pas pu adopter cette révision conformément à ses règles constitutionnelles, cet Etat a le droit de demander, à l'issue d'un délai de deux ans après l'entrée en vigueur de cette révision, son retrait de l'Union. [...] ».

⁸⁶⁹ SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 513.

⁸⁷⁰ HAENEL Hubert, Rapport d'information (session ordinaire 2000-2001) - *Délégation du Sénat pour l'Union, Une Constitution pour l'Union européenne*, précité, p. 6.

⁸⁷¹ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 75.

maintenu. Les Etats n'entendent point créer formellement une catégorie constitutionnelle nouvelle. En effet, si le traité établissant une constitution pour l'Europe ne remplit pas les conditions pour la création d'une fédération européenne c'est en raison d'une absence manifeste de volonté politique de la part des Etats de créer un ordre juridique européen supérieur, fonder sur une constitution subordonnant les normes fondamentales étatiques.

SECTION II : La nécessaire volonté constituante étatique de participer à un ordre juridique supérieur

L'existence d'un droit constitutionnel européen nécessite avant tout une constitution européenne. Si une telle norme organise le fonctionnement de la construction européenne, elle remet en cause l'existence des constitutions nationales et leur place au sommet de la hiérarchie des différents ordres juridiques internes. Une telle novation des rapports entre ordre juridique interne et ordre juridique communautaire ne peut naître que d'une volonté constituante expresse et spécifique des Etats membres. En effet, la Communauté européenne ne dispose pas, en tant que telle, du pouvoir constituant.

Aussi, l'établissement pour l'Europe d'un acte constitutionnel ne peut-il se fonder que sur l'exercice effectif du pouvoir constituant des Etats membres (**Paragraphe I**). Cependant, une telle décision aurait pour conséquence immédiate de limiter le pouvoir constituant national voire de l'extraire du niveau national pour en faire un attribut de l'ordre juridique communautaire. Dans un tel cas de figure, les constitutions nationales perdraient leur caractère suprême pour se subordonner à la Constitution européenne (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Les modalités d'existence d'un éventuel pouvoir constituant européen

Pour adopter une norme fondamentale de type constitutionnel, la préexistence d'une réelle décision politique est essentielle c'est-à-dire, l'exercice du pouvoir constituant. La constitution européenne est subordonnée à l'exercice par les Etats membres de leur pouvoir constituant. Or, en l'état actuel de la construction européenne, il n'existe pas d'intention constituante des Etats membres **(A)**. La simple adoption d'un texte pourvu d'une simple matérialité et fonctionnalité constitutionnelle ne vaut pas constitution, toute création constitutionnelle exige le recours exprès au pouvoir constituant **(B)**.

A- Exercer le pouvoir constituant étatique pour établir une constitution européenne

Dans une fédération ou dans une autre forme classique d'organisation politique interne, les détenteurs du pouvoir constituant sont les Etats. Cette aptitude normative suprême leur assure la réalité de la souveraineté⁸⁷². En revanche, le pouvoir constituant dérivé dans le cadre d'une fédération ne peut être absolu pour les Etats membres. « Il n'y aura de constitution européenne que lorsque les parties qui composent l'Union, dépouillant les actes fondateurs de leur caractère contractuel, accepteront qu'ils soient modifiés contre leur volonté [...] »⁸⁷³. L'élaboration d'une constitution ne peut donc se fonder sur l'unique droit de traiter des Etats. La « constitution européenne » envisagée, pérennise le caractère contractuel de la construction européenne. La volonté constituante des Etats membres de l'Union européenne n'existe pas **(1)**. Au vu du texte proposé comme traité constitutionnel, l'avenir constitutionnel de l'Europe reste hypothétique **(2)**.

⁸⁷² Voir JACQUE Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°463, Décembre 2002, p. 665 ; CHALTIEL Florence, « Le pouvoir constituant marque contemporaine de souveraineté, A propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 225.

⁸⁷³ AUBERT Jean-François, « Nécessité et fonctions de la constitution », *op. cit.*, p. 23.

1- L'absence d'intention constituante

De la déclaration de Laeken ne découle qu'un seul mandat pour la Convention : « examiner les questions essentielles que soulève le développement de l'Union et de rechercher les différentes réponses possibles »⁸⁷⁴. Quatre interrogations principales sont ainsi à résoudre : Comment augmenter la légitimité démocratique et la transparence des institutions actuelles ? Comment peut-on renforcer l'autorité et l'efficacité de la Commission européenne ? Quels sont les moyens pour l'amélioration de l'efficacité du processus décisionnel et du fonctionnement des institutions dans une Union s'agrandissant ? Et comment opérer la simplification des quatre traités originaires ? L'adoption d'une constitution est envisagée comme une conséquence à terme de cette simplification et de ce réaménagement. En réponse à ce questionnement, la Convention « établira un document final qui pourra comprendre soit différentes options, en précisant le soutien qu'elles ont accueilli, soit des recommandations en cas de consensus ». Il « servira de point de départ pour les discussions de la Conférence intergouvernementale, qui prendra les décisions définitives ».

La Convention n'est au mieux qu'une instance de réflexion. Elle n'a ni la qualité, ni le titre pour élaborer une constitution pour un Etat européen ou un pacte fédératif à la teneur d'un acte constituant. La Conférence intergouvernementale en adoptant finalement la terminologie de la Convention dans son document final, développe une acception particulière du terme de constitution. Dès la déclaration de Laeken, le Conseil européen envisage « la voie vers une constitution » comme destinée aux citoyens européens. Un texte constitutionnel pour une meilleure visibilité de l'Union pour les citoyens. Elle n'est point pensée comme le *status* global impliquant une modification des constitutions nationales notamment sur l'idée d'une souveraineté partagée. Pour l'instant, aucun des Etats membres ne renonce à la conception classique de la souveraineté : « le critère même de l'Etat, la souveraineté [...] ne saurait ni se limiter, ni se partager, ni être

⁸⁷⁴ Déclaration de Laeken, http://www.europa.eu.int/index_fr.htm (Une constitution pour l'Europe / Futurum / Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne).

décomposée »⁸⁷⁵. Aussi, l'intention n'est pas d'adopter une constitution au sens propre, mais plutôt d'élaborer un traité qui en aurait la clarté.

Bien que « la Convention de Philadelphie de 1787 [ait] hanté les Conventionnels européens du XXI^{ème} siècle »⁸⁷⁶, l'instance européenne n'a pas pris les mêmes précautions afin d'assurer la solennité de l'adoption de son projet. Quoique sachant « avoir élaboré un acte de nature contractuelle »⁸⁷⁷, la Convention américaine « décida de faire approuver le texte non par les législatures, mais par les peuples respectifs de chaque Etat »⁸⁷⁸. De surcroît, en rupture avec le pacte de la Confédération de 1777, qui prévoyait l'adoption de toute révision à l'unanimité, la constitution de Philadelphie en son article 7 dispose : « La ratification des conventions de neuf Etats [sur treize] sera suffisante pour l'établissement de la présente Constitution »⁸⁷⁹. Ces deux précautions fondamentales ont permis par la suite au juge Marshall, dans la décision *Marbury v. Madison*, de faire évoluer le pacte définitivement vers l'abandon de la conception contractuelle.

Le traité établissant une constitution pour l'Europe n'était censé entrer en vigueur qu'après sa ratification par l'ensemble des « Hautes parties contractantes conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »⁸⁸⁰. Le Conseil européen n'a donc pas entendu donner une solennité particulière à ce texte par une adoption homogène dans l'ensemble des Etats membres. Certains Etats ont le choix entre une ratification par le biais d'un référendum ou par le vote parlementaire (France). D'autres en revanche n'ont pas le choix soit en raison de l'inexistence du recours au référendum (Allemagne), soit parce que l'impact de ce traité sur leur ordre constitutionnel est tel que leur constitution oblige à faire appel au peuple (Danemark). Outre cet éparpillement dans la forme de ratification, celle-ci doit être unanime. L'Union reste « la chose des Etats-membres », elle n'a pas d'existence

⁸⁷⁵ PELLET Alain, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *op. cit.*, p. 115.

⁸⁷⁶ PONCINS Etienne, *Vers une Constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitutionnel établi par la Convention européenne*, 10/18, Paris, 2003, 527 p. 11.

⁸⁷⁷ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 81.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 99. Pour Carl Schmitt, l'adoption du texte par les peuples et non par les Etats membres étaient un signe avant-coureur de l'évolution des Etats-Unis vers l'Etat fédéral. Pour Elisabeth Zoller, la volonté d'établir un acte de nature contractuelle est tellement réelle que cette méthode de ratification ne peut être envisagée comme modifiant le caractère de la fédération. « Cette innovation était destinée à renforcer la force obligatoire du texte ».

⁸⁷⁹ Voir les développements sur la constitution illégale de ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, traduit de l'anglais par SPITZ Jean-Fabien, Calmann-lévy, Paris, 1998, p. 72 et s.

⁸⁸⁰ Article IV-447.1.

politique propre. Cette idée est confirmée par les dispositions de l'article IV-443, toute révision du traité ne serait entrée en vigueur qu' « après avoir été ratifiées par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

La ratification de ce traité à l'unanimité se justifie par le fait que cette « Constitution pour l'Europe » aurait pu opérer d'importantes altérations dans les constitutions des Etats-membres. Toutefois, « le passage d'un acte international à un acte de droit interne [ne peut se produire] selon Eisenmann, que « dès lors que le traité prévoit que ses clauses sur l'organisation de la collectivité qu'il crée pourront être révisées selon une procédure de législation interne, de révision constitutionnelle, c'est-à-dire selon une règle de majorité et non plus d'unanimité »⁸⁸¹. A cet effet, d'une part le projet de la Commission prévoyait une adoption de la « constitution européenne » par « une déclaration solennelle qui [aurait] confirm[é] la résolution de son peuple de continuer à faire partie de l'Union européenne. Un Etat membre qui n' [aurait pas été] en mesure de faire cette Déclaration solennelle [aurait quitté] l'Union européenne à la date d'entrée en vigueur du traité sur la constitution »⁸⁸². Et d'autre part, la révision du texte aurait nécessité le consentement de cinq sixièmes des Etats-membres⁸⁸³. Ces dispositions ayant été rejetées, l'Union demeure malgré son degré d'intégration une institution dans laquelle le rapport intergouvernemental prévaut. Pour autant, l'avenir constitutionnel de l'Europe est-il envisageable sur la base d'un traité établissant une constitution pour l'Europe?

2- L'hypothétique avenir constitutionnel de l'Europe

Droit constitutionnel européen

Si l'on se réfère à l'exemple américain dans lequel les Conventionnels ont entendu fonder la fédération sur un acte contractuel qui a cependant changé de nature pour devenir constitutionnel, l'Europe pourrait finir par obtenir une constitution. Deux hypothèses existent. Soit selon la théorie d'Elisabeth Zoller, la mutation se produit par novation du

⁸⁸¹ LEBEN Charles, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 71.

⁸⁸² Article 3 de l'accord relatif à l'entrée en vigueur du traité sur la Constitution de l'Union européenne. Cet accord est dissocié du projet de constitution lui-même. Le projet de Constitution européenne du Parlement européen en 1994, prévoyait une entrée en vigueur avec la ratification de la majorité des Etats membres représentant les quatre cinquièmes de la population de l'Union (article 47).

Les choix de la Commission pèchent par leur trop grand pragmatisme dans la construction européenne. Ils peuvent même être interprétés comme une sorte de contrainte pour les Etats membres qui verrait en quelque sorte leur qualité d'Etat bafouée.

⁸⁸³ Article 101-1b.

pacte, soit en vertu de la conception de Le Fur, il y a évolution du rapport juridique institué par le contrat.

« De la formation contractuelle d'un rapport de droit ne résulte nullement la nature contractuelle de ce rapport »⁸⁸⁴. Pour Le Fur, en raison de la souveraineté de l'Etat, il serait tout à fait contradictoire qu'il lui soit interdit de « créer en s'unissant à d'autres Etats une nouvelle personne juridique »⁸⁸⁵. Comment alors le traité établissant une constitution pour l'Europe une fois ratifié aurait pu « continuer à subsister d'une manière complètement indépendante du contrat qui lui a donné naissance »⁸⁸⁶ ? La réponse à cette première question supposait la réalisation de l'hypothèse suivante : l'adoption du texte dans le délai imparti et d'une façon suffisamment solennelle pour le distinguer de tout autre traité.

En effet, de l'avis de Le Fur, cette évolution du rapport juridique créé contractuellement, se produit au moment de la ratification nationale permettant la mise en œuvre de la personnalité juridique créée au-dessus des Etats. L'hypothèse qui sous-tendait la sublimation du caractère contractuel était quasiment impossible à réaliser en raison d'une part du délai de deux ans imposé pour la ratification du traité et d'autre part, il aurait fallu qu'apparaisse soudainement la volonté véritable de faire de l'Union une fédération. Or celle-ci faisait défaut depuis la déclaration de Laeken.

Reste alors la théorie d'Elizabeth Zoller qui répond à l'interrogation suivante concernant le phénomène fédératif : « à partir de quel moment un pacte fédéral devient une constitution et pourquoi ? » et ce, étant donné « qu'une fois qu'il l'est devenu, il ne peut plus, voire ne doit plus contenir des éléments du régime international du traité »⁸⁸⁷. Aux Etats-unis, la novation de la Convention est issue d'un processus factuel et juridique. *De facto*, « la théorie de la Constitution comme pacte entre Etats a été [...] anéantie avec la défaite des Confédérés par les troupes de l'Union en 1865 ». Et *de jure*, elle « avait été

⁸⁸⁴ LE FUR Louis, *Etat fédéral et confédération d'Etat*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, thèse, Paris, 1896, p. 580. Certes, cet auteur traite du passage de la confédération à l'Etat fédéral, mais sa remarque peut correspondre à tout acte constitutif à la base du regroupement d'Etats aspirant à une plus forte intégration.

⁸⁸⁵ LE FUR Louis, *Etat fédéral et confédération d'Etat*, *op. cit.*, p. 581.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 580.

⁸⁸⁷ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 75.

réfutée, dès le début du XIX^{ème} siècle, par la Cour suprême des Etats-Unis » dans l'arrêt *Marbury v. Madison* en 1803⁸⁸⁸.

De jure, il aurait fallu expurger le traité établissant une constitution pour l'Europe, de tous ces traits contractuels d'une part, avec l'établissement *contra legem* d'une révision à la majorité même qualifiée et d'autre part, grâce à une intervention de la Cour de justice des Communautés permettant de limiter strictement la possibilité de retrait au cas de non-respect par l'Union « des fonctions essentielles de l'Etat notamment celle qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et sauvegarder la sécurité nationale »⁸⁸⁹. A l'instar de la Cour suprême, la Cour de justice aurait dû jouer un rôle dans l'élaboration continue d'une nouvelle conception du pacte originaire⁸⁹⁰. Il aurait s'agit pour elle de réussir tout comme le juge Marshall à transposer la théorie du pouvoir constituant du domaine interne au domaine international en prouvant qu'il n'existe pas de différence entre « une constitution qui [est] en fait l'acte de plusieurs volontés, celles des peuples de plusieurs Etats dirigés vers un but commun »⁸⁹¹ et une quelconque autre constitution d'Etat.

Pour l'émergence d'une fédération, le traité établissant une constitution pour l'Europe aurait pu sublimer sa nature initiale. Toutefois, cette évolution aurait reposé sur l'exercice du pouvoir constituant. Et en tout état de cause, l'Union ne peut acquérir la souveraineté constituante sans que les Etats n'entament leur propre pouvoir constituant.

B- L'impossible émergence d'une souveraineté constituante européenne sans le recours au pouvoir constituant national

Une constitution est la norme positive qui organise le fonctionnement d'une entité politique souveraine. Elle peut de cette façon être incluse dans un traité, comme en Bosnie-Herzégovine et à Chypre, dès lors que le pouvoir constituant est exercé.

⁸⁸⁸ Ibid., p. 94.

⁸⁸⁹ Article I-5.1.

⁸⁹⁰ Elle a d'ailleurs joué cette même mission à l'instar des traités originaires en les qualifiant dès 1986 de Charte constitutionnelle.

⁸⁹¹ ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 99.

Pour la majorité de la doctrine, l'Europe est une entité politique *sui generis*. Elle développe des points communs avec une organisation internationale, une confédération, un Etat fédéral sans en avoir tous les caractères. Elle est une structure qui se fonde sur la souveraineté de ses Etats membres. Ceux-ci lui transfèrent des compétences sans qu'elle ne soit dotée de cet attribut étatique. Et par conséquent, elle ne peut se doter d'une constitution puisqu'elle n'est pas souveraine. Pourtant, dans le cadre d'une approche substantielle, Florence Chaltiel estime qu'il existe déjà une souveraineté européenne⁸⁹².

En effet, la répartition des compétences entre les Etats membres et la construction européenne fait montre d'une réelle souveraineté partagée. Les compétences transférées appartiennent au champ de la souveraineté : la politique monétaire, la politique commerciale, les règles générales de concurrence, l'immigration, la politique étrangère et de sécurité commune. Dans le cadre des compétences concurrentes, qui sont les plus nombreuses, le principe est le suivant : les autorités étatiques ne sont habilitées à intervenir tant que et dans la mesure où, les institutions n'ont pas exercé leurs compétences pour remplir les objectifs qui leur sont assignés par les traités⁸⁹³.

Ces transferts ont un impact direct sur la souveraineté des Etats membres qui n'a plus la même nature qu'avant 1957. En effet, toutes les constitutions nationales ont acceptées le principe de transfert de compétences en faveur des institutions européennes. La souveraineté est concrètement partagée entre l'Union et les Etats membres. D'ailleurs Arnaud Haquet met l'accent sur cette redéfinition nécessaire de la souveraineté du fait de l'appartenance des Etats aux institutions européennes : la nouvelle souveraineté des Etats est effective en raison de cet exercice en commun des compétences de souveraineté⁸⁹⁴.

Pour Florence Chaltiel, la conciliation entre la souveraineté et l'Union européenne aboutit irrémédiablement à un renouveau de la théorie de la souveraineté⁸⁹⁵. A côté de la souveraineté des Etats, la construction européenne a entraîné l'émergence d'une

⁸⁹² Voir CHALTIEL Florence, « Propos sur l'idée de constitution européenne », *op. cit.*, p. 650 ; « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *Les petites affiches*, 22 janvier 2003, p. 6.

⁸⁹³ Ce principe est pondéré par ceux de la proportionnalité et la subsidiarité.

⁸⁹⁴ Voir HAQUET Arnaud, « La (re)définition du principe de souveraineté », *op. cit.*, p. 141 ; *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, PUF, Paris, 2004, 333 p.

⁸⁹⁵ CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 6.

souveraineté européenne. Ces deux souverainetés sont « coordonnées et hiérarchisées »⁸⁹⁶. La coordination est nécessaire en raison de l'existence même d'une répartition des compétences. La hiérarchie entre les deux souverainetés est « double et à visage inversé »⁸⁹⁷. D'une part, il existe une hiérarchie dans la « souveraineté législative » qui est en faveur de l'ordre communautaire. Le droit communautaire bénéficie du principe de primauté qui fait du juge national, le juge communautaire de droit commun. D'autre part, la souveraineté constituante appartient aux Etats membres qui seuls sont maîtres de leurs constitutions. Ainsi « la souveraineté abstraite conçue comme la puissance suprême revient encore à l'Etat, maître de sa constitution. La souveraineté concrète, conçue comme une liste de compétences est partagée entre les Etats et l'Union, avec prééminence de la seconde sur les premiers »⁸⁹⁸.

La souveraineté constituante reste donc, dans cette théorie, l'attribut qui manque à l'Union pour qu'elle puisse s'assurer une primauté absolue sur les droits nationaux. Par conséquent, l'adoption d'une constitution pour l'Europe aurait deux conséquences. La première étant d'« opérer la mutation de l'Union juridique international à une entité juridique interne »⁸⁹⁹ et la seconde, « une transmutation des relations entre la souveraineté et l'Union européenne conduisant à une inversion des souverainetés nationales et européenne »⁹⁰⁰. Une constitution pour l'Europe rendrait les souverainetés nationales « dérogatoires par rapport à la souveraineté européenne de principe »⁹⁰¹.

L'émergence d'un droit constitutionnel est ainsi essentielle au parachèvement d'une Union européenne souveraine. Cependant, une telle décision repose sur la volonté des Etats membres d'adopter une constitution positive et *a fortiori* d'exercer leur pouvoir constituant originaire en faveur de l'Union.

Plusieurs auteurs, semblent considérer que le traité établissant une constitution pour l'Europe vaut réelle constitution. Pour Philippe Moreau-Defarges, « le mot « constitution » ne doit pas être figé dans une définition a-historique. Chaque expérience constitutionnelle

⁸⁹⁶ Ibid., p. 8.

⁸⁹⁷ Ibid.

⁸⁹⁸ Ibid., p. 9.

⁸⁹⁹ CHALTIEL Florence, « Une Constitution pour l'Europe, An I de la République européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 471, Septembre 2003, p. 499.

⁹⁰⁰ CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 9.

⁹⁰¹ Ibid., p. 10.

est particulière, chaque constitution unique. Ce qui importe, c'est l'établissement d'un contrat social, par lequel les hommes et les femmes concernés fixent les règles du jeu de leur cité »⁹⁰². Aussi, le traité établissant une constitution pour l'Europe vaudrait constitution formelle en tant que « document fondateur, par lequel un peuple se dote de principes et de règles du jeu dans le champ politique »⁹⁰³. Pour Florence Chaltiel, « l'Union est sur le point de passer du statut international régi par des traités [...] au statut interne régi par une constitution »⁹⁰⁴.

Or, le traité établissant une constitution pour l'Europe demeure un acte du droit international et non du droit interne⁹⁰⁵. Il développe des points communs matériels avec une constitution sans en être une. Il organise le fonctionnement de l'Union qui n'est pas une entité souveraine car elle n'est ni un Etat, ni une fédération. La transmutation des souverainetés nécessite un acte politique solennelle et fort : l'exercice du pouvoir constituant originaire des Etats membres. Du fait, de la nature conventionnelle du traité constitutionnel, son adoption n'exige nullement l'exercice du pouvoir constituant. Les Etats en ayant recours au parlement ou au référendum pour son adoption, n'appellent pas à l'exercice du pouvoir constituant pour l'émergence d'une souveraineté constituante européenne. Ils se limitent à respecter les exigences constitutionnelles nationales concernant la ratification d'un traité d'une telle ampleur.

Plus que le champ lexical constitutionnel, il faut pour octroyer une constitution à l'Europe, une intention du pouvoir constituant. La ratification parlementaire ou référendaire d'un traité constitutionnel ne vaut pas exercice du pouvoir constituant. L'exercice du pouvoir constituant dans les Etats membres, n'a trait qu'à la constitutionnalisation nationale de l'Europe. Les révisions constitutionnelles entérinant les transferts de compétences ne valent pas un blanc-seing constituant en faveur du développement constitutionnel autonome de l'Union européenne.

⁹⁰² MOREAU DEFARGES Philippe, *La « Constitution » européenne en question*, Editions d'organisation, Paris, 2004, p. 19.

⁹⁰³ Ibid.

⁹⁰⁴ CHALTIEL Florence, « Propos sur l'idée de constitution européenne », *op. cit.*, p. 650.

⁹⁰⁵ Voir la décision du Conseil constitutionnel 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Une « constitution est l'expression de la *maîtrise* de l'ordre juridique par le peuple souverain »⁹⁰⁶. En ce qui concerne, le peuple européen, l'obstacle n'est pas insurmontable. Avant tout, il s'agit d'une légitimité qui peut s'exprimer par le truchement de l'ensemble des peuples européens dont chacun des membres est citoyen européen⁹⁰⁷. L'idée majeure est la maîtrise du processus par le pouvoir constituant. Il ne peut être déduit de la simple adoption d'un traité constitutionnel l'existence d'une constitution. Pour qu'un tel acte existe pour et dans l'ordre communautaire, il faut nécessairement l'exercice explicite d'un pouvoir constituant européen exprimé par les 25 pouvoirs constituants des Etats membres.

L'intention du pouvoir constituant ne s'interprète pas. La constitution européenne ne peut exister sans un exercice effectif et exprès du pouvoir constituant originaire. Malgré le recours au champ lexical constitutionnel, « le Rubicon constitutionnel de l'Europe »⁹⁰⁸ n'est pas franchi dans la mesure où, les Etats membres n'ont pas l'intention d'octroyer à l'Union une souveraineté constituante. Toute souveraineté constitutionnelle européenne aurait pour conséquence de limiter le pouvoir constituant des Etats membres et de subordonner leurs constitutions à la norme fondamentale européenne.

PARAGRAPHE II : De la limitation du pouvoir constituant originaire des Etats membres

Certes, la création d'un droit constitutionnel européen est conditionnée par un exercice initial du pouvoir constituant originaire des Etats membres mais, elle a surtout pour conséquence de limiter la portée de ce pouvoir pour les Etats. Un droit constitutionnel européen aura une incidence indéniable sur la hiérarchie des normes et la source de celle-ci. Si la constitution est la norme suprême les constitutions nationales seront subordonnées à la constitution européenne (**A**). *A fortiori*, les Etats perdront au mieux leur souveraineté externe dans une fédération, et au pire dans une structure fédérale classique, ils ne disposeront plus que de simples attributs de la souveraineté (**B**).

⁹⁰⁶ KOVAR Jean-Philippe, « Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004 : rapport entre droit communautaire et droit national » *Revue trimestrielle de droit européen*, juillet-septembre 2004, p. 594. Les précisions en italique sont soulignées par nous.

⁹⁰⁷ CHALTIEL Florence, « Propos sur l'idée de constitution européenne », *op. cit.*, p. 651.

⁹⁰⁸ *Ibid.* p. 653.

A- Le principe de primauté du droit communautaire

Dans l'ordre international, une constitution n'a pas de portée. Un Etat ne saurait utilement invoquer vis-à-vis d'un autre, sa propre constitution pour se soustraire à ses engagements internationaux. Fort de ce principe, la Cour de justice des Communautés européennes estime que la primauté du droit communautaire est absolue sur l'ensemble du droit national, y compris constitutionnel. « A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions (...) 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 »⁹⁰⁹.

Dans l'ordre interne, la constitution nationale est entendue comme primant tout autre norme puisqu'elle est la source normative qui fixe la place du droit international et du droit communautaire. Elle est le fondement de la hiérarchie des normes dans un Etat. Aussi « toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au dessus d'elle-même ». « D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelle que norme que ce soit hors de leur portée ? »⁹¹⁰. Le principe de primauté, telle qu'il est construit par la Cour de justice des Communautés européennes, n'est alors que relatif : il ne peut supplanter la supériorité logique de la constitution.

En France, le préambule de 1946 dispose « la République se conforme aux règles du droit public international ». L'article 55 de la Constitution de 1958 dispose « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieures à celles des lois ». L'article 54 consacre la supériorité de la Constitution, en exigeant une révision constitutionnelle lorsque le Conseil constitutionnel estime qu'un traité comprend des dispositions inconstitutionnelles ou contraires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Cette protection formalisée et expresse de la constitution n'existe pas dans tous les Etats. Cependant, dans tous les Etats européens, la suprématie constitutionnelle est au moins garantie par des procédures simplifiées.

⁹⁰⁹ CJCE 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa c/ Enel*, p.1149 et s.

⁹¹⁰ ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe, la primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094.

Au Portugal, « quand le Tribunal constitutionnel se prononcera pour l'inconstitutionnalité d'une norme d'un traité, celui-ci ne pourra être ratifié que si l'Assemblée de la République l'approuve à la majorité des deux tiers des députés présents, pourvu qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction »⁹¹¹. Au Pays-bas, il semble impossible de conclure à la primauté absolue du droit international sur le droit national⁹¹² puisque l'article 191-3 dispose : « Lorsqu'un traité comporte des dispositions qui dérogent à la Constitution ou contraignent à y déroger, les Chambres ne peuvent donner leur approbation qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées. ». En réalité, au Portugal comme au Pays-Bas, la sublimation d'une disposition conventionnelle inconstitutionnelle nécessite une sorte d'exercice du pouvoir constituant par le corps législatif.

En Europe, les rapports entre le droit international et le droit national se caractérisent par un monisme avec prévalence du droit interne. Les droits interne et international ne forment qu'un seul corps de règles conjointement applicables dans l'Etat. Toutefois, en cas de conflit, la primauté doit être exclusivement reconnue aux règles internes. En effet, différentes procédures spécifiques sont introduites comme garantie de la supériorité constitutionnelle.

La CJCE, en développant le principe de primauté absolue du droit communautaire, applique un monisme avec prévalence du droit international. En effet, en cas de conflit entre les droits nationaux et le droit communautaire, ni une loi, ni une constitution ne sont en mesure de s'opposer aux traités communautaires ou au droit dérivé. D'un point de vue communautaire, les Etats membres doivent mettre en œuvre la supériorité de l'ordre juridique communautaire dans leurs réglementations constitutionnelles. Or, aucune des constitutions des Etats membres ne consacre un tel principe. Bien au contraire, les juridictions nationales, ont en charge de faire respecter la primauté constitutionnelle⁹¹³.

⁹¹¹ Article 279 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976.

⁹¹² Voir CHALTIEL Florence, « Une Constitution pour l'Europe, An I de la République européenne », *op. cit.*, p. 494.

⁹¹³ Voir CASSIA Paul, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, n°12, décembre 2004, p. 6.

Le juge constitutionnel espagnol estime ainsi que « l'affirmation par le droit communautaire de sa propre primauté ne porte pas atteinte à la suprématie de la Constitution, laquelle est compatible avec un régime d'application des normes qui accorde une primauté à l'application de normes issues d'un régime différent du régime national dès lors que la Constitution le prévoit »⁹¹⁴. Le pouvoir constituant des Etats membres est l'instrument juridique de garantie de la supériorité hiérarchique des constitutions nationales.

Aujourd'hui, la primauté du droit communautaire dans l'ordre interne se fonde sur les constitutions nationales. Toute transfiguration du principe de primauté tel qu'il est admis par les Etats membres dépend de leur pouvoir constituant. Une primauté absolue du droit communautaire dépend de l'émergence d'un droit constitutionnel européen à part entière. Or, « si dans un ordre juridique considéré, la norme la plus élevée dans la hiérarchie est la constitution, alors l'adoption d'une constitution européenne devrait soumettre les constitutions nationales à son respect »⁹¹⁵. Et *a fortiori*, les Etats membres en perdraient leur statut d'Etats souverains.

B- L'abandon du statut d'Etat souverain

L'émergence d'un droit constitutionnel européen aura pour conséquence de créer un ordre juridique supérieur. L'exercice du pouvoir constituant originaire en faveur de l'Union coïncidera avec son encadrement strict en raison de la structure créée *de jure*. En effet, avant ce premier usage du pouvoir constituant originaire, l'entité supérieure n'existe pas encore, les Etats disposent d'un réel monopole de création. Toutefois, dès l'émergence d'un droit constitutionnel européen, l'entité européenne dispose d'une personnalité juridique réelle qui réduit la marge de manœuvre des Etats membres.

Par la création d'un droit constitutionnel européen, il est également fait place à un pouvoir constituant européen propre. Aux Etats-Unis, le pouvoir constituant institué est mixte puisqu'il repose sur la participation du Congrès et des trois-quarts des Etats. La participation des états est essentiel car, comme le rappelle la Cour suprême, ils demeurent

⁹¹⁴ CASSIA Paul, « La Constitution européenne porte atteinte... pardon, ne porte pas atteinte à la Constitution espagnole ! », *Europe*, n°2, février 2005, p. 3.

⁹¹⁵ CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 9.

des entités internes souveraines : « Lorsque le Congrès légifère dans des matières concernant les Etats, il ne peut traiter ces entités souveraines comme de simples préfectures ou groupements corporatifs [...]. Le Congrès dispose de moyens suffisants pour faire respecter les lois fédérales valides cependant, il ne peut ignorer la souveraineté des Etats »⁹¹⁶. Dans le cadre de cette fédération, la souveraineté interne des Etats membres est essentielle à l'équilibre fédéral. Dans les matières qui relèvent de la compétence de la Fédération, la souveraineté des Etats membres s'exprime par leur participation et leur contrôle strict de l'action du gouvernement central.

La souveraineté dispose dans un tel cadre d'une tout autre portée que dans la doctrine classique. Elle n'est pas absolutiste puisqu'elle se limite, se partage sans qu'il soit besoin de justifier la pertinence d'une souveraineté interne mixte. La souveraineté « est limitée et ne se retrouve entière que dans l'action commune du gouvernement national et des Etats »⁹¹⁷. Cependant dans l'ordre international, la souveraineté externe n'est reconnue qu'à la Fédération. Seule cette dernière peut se prévaloir des droits que le droit international reconnaît aux Etats. Malgré le contrôle strict des Etats membres sur cet exercice de la souveraineté internationale, ceux-ci n'ont aucune existence en droit international en tant qu'Etats souverains.

Dans un Etat fédéral, les états fédérés ne disposent ni de la souveraineté interne, ni de la souveraineté internationale. Ils exercent des compétences sans que la souveraineté interne soit entendue comme partagée entre niveau fédéral et le niveau fédéré. La souveraineté, dans ces deux expressions appartient à l'Etat fédéral. Le pouvoir constituant n'appartient pas aux états membres mais à l'Etat fédéral. Mais qu'il s'agisse de la Fédération ou de l'Etat fédéral, le pouvoir constituant des états, concernant leur constitution, n'est plus libre puisqu'il ne peut passer outre la constitution de l'entité fédérale. Le pouvoir constituant y est matériellement limité en raison de l'attribution des compétences opérée par le texte constitutionnel supérieur. De surcroît, il est encadré par la souveraineté extérieure de l'entité fédérale car, il ne peut en toute liberté proclamer l'indépendance d'une entité infra-étatique.

⁹¹⁶ Traduit par nous : « When Congress legislates in matters affecting the States, it may not treat these sovereign entities as mere prefectures or corporations. [...] Congress has ample means to ensure compliance with valid federal laws, but it must respect the sovereignty of the states » in JACQUE Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *op. cit.*, p. 665.

⁹¹⁷ JACQUE Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *op. cit.*, p. 664.

Quelle que soit l'option choisie par les Etats membres pour le droit constitutionnel européen, leur qualité de souverain sera mise en cause. L'exercice de leur pouvoir constituant originaire pour l'adoption d'un texte supérieure à leurs constitutions nationales sera le point de départ de cette déchéance par le transfert du pouvoir constituant originaire à une entité supérieure.

CONCLUSION

L'émergence d'un droit constitutionnel européen est soumise à deux conditions préalables. D'une part, elle nécessite que les Etats membres fixent la nature exacte de l'Union européenne. Si l'on opte pour la forme de l'Etat fédéral, la souveraineté des Etats est totalement brisée par l'émergence de l'entité européen. En revanche, le choix de la fédération assure aux Etats la persistance de leur souveraineté interne. D'autre part, la naissance d'un droit constitutionnel européen exige l'adoption d'une norme constitutionnelle. Or, tout exercice du pouvoir constituant originaire en faveur de la construction européenne implique que cette nouvelle loi fondamentale, fonde la compétence des Etats membres et subordonne les constitutions nationales.

Dans le cadre de la construction européenne, la sauvegarde de la souveraineté semble toujours essentielle pour les Etats membres. Ceux-ci ont pertinemment conscience des effets d'un tel exercice du pouvoir constituant originaire : le transfert de la souveraineté et du pouvoir constituant originaire à la nouvelle entité européenne. Aussi, le traité établissant une constitution pour l'Europe n'est pas un acte constitutionnel. Pourtant, le niveau d'intégration de la construction européenne aurait pu laisser croire en l'imminence d'un nouveau droit constitutionnel.

Ainsi concrètement, ce droit constitutionnel international n'existe aujourd'hui que lorsque la communauté internationale intervient dans la résolution d'un conflit. Cependant, pour qu'il y ait réellement un « droit constitutionnel de la paix », il convient de fixer les principes et critères qui excluent toute substitution afin d'assurer une réelle chance à la paix.

CHAPITRE II : Le « droit constitutionnel de la paix »

Le droit constitutionnel international ne saurait être une simple exportation du phénomène constitutionnel vers l'ordre juridique international. Bien qu'il se caractérise par une interdépendance de plus en plus croissante, l'ordre international ne connaît aucun pouvoir central nécessitant pour son organisation, l'élaboration *stricto sensu* d'une constitution. Un tel acte supposerait en outre que les Etats consentent à reconnaître le droit international comme étant à l'origine de leur pouvoir. Le phénomène constitutionnel est ainsi étranger à l'ordre juridique international⁹¹⁸, il ne relève que du système étatique⁹¹⁹. L'internationalisation de cette matière concerne uniquement les constitutions nationales.

Le droit constitutionnel est l'une des traductions matérielles de la souveraineté des Etats. En tant que catégorie juridique formelle, ce droit a pour dessein de créer puis d'expliquer le fonctionnement normatif d'un Etat. La matière constitutionnelle est la transcription du principe international de la libre détermination du statut politique. Elle formalise en droit, le fondement de l'équilibre de l'ordre international décentralisé. L'ordre international n'a pas de constitution mais chacun des Etats qui le composent dispose de cette norme qui fonde son existence, son action interne et externe. Le droit constitutionnel est, en quelque sorte, l'une des marques distinctives entre ordre juridique interne et externe. Reconnu par le droit international, il a seul l'autorité pour organiser le fonctionnement d'un Etat et construire les mécanismes internes assurant le respect de la souveraineté.

Cependant, le droit constitutionnel n'ignore pas l'existence de cet ordre externe. La Constitution est la norme qui reconnaît dans l'ordre interne le droit international et organise les rapports entre les deux systèmes juridiques. Cette reconnaissance est l'expression de la souveraineté des Etats. La doctrine relève ainsi un droit constitutionnel internationalisé, fruit de l'influence du droit international sur le droit constitutionnel. L'expression de cette internationalisation passe par l'insertion des droits de l'Homme dans les constitutions nationales. En effet, depuis la seconde guerre mondiale, les droits de

⁹¹⁸ Voir MAUS Didier, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », *op. cit.*, p. 87.

⁹¹⁹ Ce constat tient aussi compte de l'évolution encore limitée de la construction européenne.

l'homme occupent « l'une des toutes premières places dans la hiérarchie des valeurs »⁹²⁰. L'évolution des droits de l'homme est allée jusqu'à réduire la portée d'une souveraineté qu'on entendait jusque là de façon absolue⁹²¹. Avec la déclaration universelle des droits de l'Homme, Cassin estime que l'on a voulu « dépouiller l'individu de sa carapace de sujet exclusivement étatique et promouvoir son statut de sujet universel »⁹²². Le droit constitutionnel en s'attachant à la protection des droits de l'Homme met en avant l'interdépendance que peuvent développer les deux ordres juridiques. La doctrine et les juridictions constitutionnelles s'entendent pour reconnaître, non une concurrence entre la protection internationale et constitutionnelle des droits de l'Homme, mais une complémentarité⁹²³. Les valeurs constitutionnelles se trouvent alors mondialisées.

Sous cette forme, l'internationalisation reste très classique. Il s'agit de la reconnaissance et de la mise en œuvre volontaire de droits ayant une portée juridique internationale. Au fond, le droit constitutionnel reste national. Seul le souverain décide d'organiser les droits de l'homme comme il l'entend et avec les mécanismes choisis par lui. L'appartenance au réseau constitutionnel n'est pas équivoque et relève du partage d'une philosophie commune. Le droit constitutionnel international classique est conforme au principe des droits interne et international : respect de la souveraineté, de l'indépendance politique et *a fortiori* de l'autonomie constitutionnelle. La constitution garde alors son seul intérêt national.

Il faut en conclure que dans un environnement pacifié, la constitution ne peut absolument pas faire l'objet d'une ingérence internationale. Elle symbolise la souveraineté et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cependant dans certaines circonstances, l'intervention internationale dans une telle matière est nécessaire à « la refondation étatique »⁹²⁴. La souveraineté, dans de telles situations, n'existe plus, elle est l'objectif de la construction de la paix. Le droit d'élaborer librement son statut n'est plus réellement

⁹²⁰ URIBE VARGAS Diego, *La troisième génération des droits de l'homme et la paix*, Coopérative d'informations et Editions Mutualiste, Paris, 1985, p. 13.

⁹²¹ Voir notamment BETTATI Mario, *Le droit d'ingérence, mutation de l'ordre international*, Editions Odile Jacob, 1996, 384 p.

⁹²² BETTATI Mario, *Le droit d'ingérence, mutation de l'ordre international*, *op. cit.*, p. 37.

⁹²³ Voir Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?, IX^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris- mai 1993, Vol.1 et 2, 1080 p.

⁹²⁴ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *in* Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 58.

envisageable car, le peuple est la victime du conflit. Le constitutionnalisme a alors pour mission de « contribuer à aider des peuples désunis à maîtriser leurs antagonismes »⁹²⁵. Le droit constitutionnel appartient à la stratégie de la paix élaborée en collaboration avec des acteurs internationaux : « au nom même du devoir humanitaire, l'internationalisation s'impose moralement et politiquement »⁹²⁶. Le droit constitutionnel est alors international parce que son objectif est d'établir la paix, laquelle est l'une des valeurs essentielles de la charte des Nations unies.

Cette matière doit être le cadre de référence lorsque, la résolution de la crise d'un Etat exige l'adoption d'une nouvelle constitution. Son objectif est alors la réglementation claire d'une pratique qui comporte des risques pour la souveraineté⁹²⁷. Ainsi, malgré l'internationalisation qui lui est inhérente, le « droit constitutionnel de la paix » doit être le reflet d'un droit international qui reconnaît la souveraineté des peuples et des Etats. Cette nouvelle matière nécessaire à la réalisation d'intervention plus conformes à la logique du droit public doit par conséquent tenir compte de la nature initiale du droit constitutionnel classique qui prône l'autonomie comme preuve de la souveraineté.

Ce « droit constitutionnel de la paix » est un outil indispensable à l'aboutissement juridique de l'idéologie qui prévaut lorsqu'un Etat, un groupe d'Etats ou l'ONU intervient dans le dessein de restaurer l'ordre dans un Etat. En effet, si le recours à des règles précises est utile c'est en raison d'une part, d'une communauté internationale qui prône le droit à la paix, la paix démocratique et la solidarité internationale (**Section I**) ; et d'autre part, parce qu'une constitution qui acquiert un intérêt international, demeure avant tout la norme d'un peuple indépendant. La stratégie constitutionnel de la paix exige donc une méthode pacifique dont l'objectif est l'émergence de la souveraineté là où elle n'existe plus (**Section II**).

⁹²⁵ Ibid., p. 25.

⁹²⁶ Ibid., p. 27.

⁹²⁷ Voir *supra* (Partie II, Titre I).

SECTION I : Le contexte idéologique de l'émergence du « droit constitutionnel de la paix »

Le « droit constitutionnel de la paix » n'est pas encore une réalité juridique. Les interventions dans la matière constitutionnelle se font en dehors de tout véritable cadre juridique. Pendant la guerre froide, ce désordre se justifiait par un contexte politique particulier, lequel conduisait à des interventions fondées sur l'expansion ou l'endiguement du modèle communiste. Aujourd'hui, les motivations ne sont plus les mêmes : l'ingérence juridique est admise lorsqu'une crise atteint des proportions telles, qu'elle est une entrave voire une violation du droit à la paix des peuples et des hommes et à la consolidation de la paix démocratique (**Paragraphe I**). Ces deux notions peuvent être le fondement du « droit constitutionnel de la paix » car, leur juste interprétation implique forcément une action effective de la communauté internationale lorsqu'un Etat se trouve dans une situation dramatique (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Droit à la paix et paix démocratique

Le droit à la paix et la paix démocratique n'ont pas valeur de droit positif. Toutefois, ces deux notions ont une importance réelle dans l'émergence du « droit constitutionnel de la paix ». Leur impact est pour l'instant d'ordre idéologique. Le droit à la paix représente avant tout une évidence logique. Il est la cause qui pousse à une action spécifique (**A**). La paix démocratique est l'objectif sociologique qui justifie l'émergence de la solidarité internationale à l'égard d'un Etat (**B**). Or, le « droit constitutionnel de la paix » constitue cette réponse particulière de la communauté internationale à une crise étatique.

A- Une cause, le droit à la paix

Le « droit constitutionnel de la paix » suppose la reconnaissance des éléments politiques et juridiques qui prévalent lors d'une internationalisation du pouvoir constituant originaire. Il représente l'ensemble des règles qui encadre l'action de la communauté internationale, lorsqu'elle participe au rétablissement structurel de la paix dans un Etat. Cette paix est un idéal pour l'ensemble de l'humanité. Cette notion complexe englobe de multiples définitions mais dans le cadre de la reconstruction étatique son intégration dans

la science juridique est essentielle (1) afin de comprendre ce que représente le droit à la paix (2).

1- Paix, droit et constitution

La première définition que l'on puisse donner à la notion de paix est négative : l'état de non-guerre. La paix ne peut coexister à la guerre. Les deux notions sont exclusives.

D'un point de vue positif, la paix est un état dans lequel l'ordre et la sécurité sont garanties aux individus : « l'ordre dans la tranquillité » pour Saint-Augustin. Elle est nécessaire à la sauvegarde de l'intégrité physique car elle est indissociable de l'instinct de conservation. L'existence de la paix exige le respect du droit à la vie. Pour Gaston Bouthoul, « la paix est l'état d'un groupe humain, souverain, c'est-à-dire doté d'autonomie politique, dont la mortalité ne comporte pas une part d'homicides collectifs organisés et dirigés »⁹²⁸. Cette protection du droit à la vie s'insère dans le cadre social c'est-à-dire dans des rapports institutionnels nécessitant la régulation des conflits.

La paix est par ailleurs une fonction. Elle permet la régulation d'un système social. En tant que telle, la paix doit être l'objectif dans l'organisation sociale. Dans le dessein d'assurer le droit à la vie, la paix exige le respect des droits assurant aux individus de conserver leur liberté. La paix est en fait obtenue lorsque l'ensemble des droits de l'homme est respecté. Réciproquement, la paix, en tant que mode de régulation institutionnelle des conflits, est une condition pour le respect des droits de l'homme. La paix et les droits de l'homme sont interdépendants.

La paix est avant tout social car historiquement, l'Etat est « le fondateur de la paix nationale grâce à son monopole de la violence légitime »⁹²⁹. L'Assemblée générale des Nations unies reconnaît ainsi que « constitue une obligation fondamentale pour chaque Etat » de « préserver le droit des peuples à la paix et promouvoir la réalisation de ce droit ». Il revient à chaque Etat « d'adopter les mesures appropriées au niveau

⁹²⁸ BOUTHOU L Gaston, *La paix*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1974, p. 30.

⁹²⁹ DUPUY René Jean, « L'illusion juridique, réflexions sur le mythe de la paix par le droit », *Dialectiques du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté internationale et droits de l'humanité*, Editions Pédone, Paris, 1999, p. 283.

national »⁹³⁰. En effet, c'est à l'Etat qu'appartient le monopole légitime de la force et le pouvoir de fixer le cadre des droits et libertés. Jusqu'à la chute du mur de Berlin, deux idéologies s'opposaient : la paix, soit par la démocratie libérale, soit par la démocratie populaire.

Ces deux conceptions ont eu un fort impact sur la paix internationale. Au cœur de la guerre froide, la paix était un équilibre précaire fondé sur la dissuasion nucléaire. L'arme nucléaire, autrefois essentielle à la paix mondiale effective, est aujourd'hui l'ennemi de la paix démocratique. La grande majorité des Etats reconnaissent l'interdépendance intrinsèque entre la paix, les droits de l'homme et la démocratie libérale. La paix effective s'appuie le respect des règles qui fixent les conditions du maintien de la paix. La paix normative est dans la société interne ou interétatique, un mécanisme particulier de régulation. Le droit crée des obligations qui doivent être respectées. Le droit et la paix sont intrinsèquement liés à partir du moment où, la primauté du droit est reconnue et acceptée⁹³¹. Cependant, il faut reconnaître que le droit ne fait pas la paix, il ne peut en être qu'un instrument⁹³².

La constitution est un instrument de la paix. La prescription constitutionnelle permet « de faire que l'ambition et les passions légitimes qui nourrissent le goût du pouvoir soient contenues et tournent au service de la société et de ses valeurs »⁹³³. Le texte juridique doit assurer l'existence et la régulation du système étatique. Or la paix, dans la société étatique, repose sur la constitution qui, en sa qualité de norme juridique, exclut la violence comme instrument légitime de règlement des conflits. En tant que norme à portée sociologique et idéologique, la constitution est le creuset du vouloir vivre ensemble. Elle va asseoir la paix dans la mesure où, elle est l'un des facteurs de la cohésion sociale. Le formalisme juridique est ici essentiel. Il fait de la constitution, la norme supérieure. Pour qu'elle soit effective en tant que « règle du jeu »⁹³⁴, il faut une reconnaissance de la primauté du droit.

⁹³⁰ Déclaration sur le droit des peuples à la paix, 39/11, 12 novembre 1984.

⁹³¹ Voir La Déclaration du Millénaire, A/55/ RES/2, 8 septembre 2000.

⁹³² Voir DUPUY René Jean, « L'illusion juridique, réflexions sur le mythe de la paix par le droit », *op. cit.*, p. 283 et s.

⁹³³ VEDEL Georges (préface) in CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, Editions du Seuil, Paris, 2002, p. 12.

⁹³⁴ CALVES G., PERRON C., « Militant de la démocratie », *op. cit.*, p. 182.

Dans cette approche, l'Etat est le seul maître de la construction de sa paix par la constitution. Cependant, l'idée d'un droit à la paix permet de réduire cette exclusivité de l'Etat dans l'organisation de sa paix constitutionnelle. En effet, le droit à la paix repose sur le principe de la solidarité de la communauté internationale. Celle-ci peut participer à la réalisation de cette paix constitutionnelle lorsque l'Etat n'est plus en mesure de le faire seul.

2- Droit à la paix, droit et communauté internationale

Les droits de l'homme de la troisième génération s'opposent idéologiquement à ceux qui les précèdent. Pour Karel Vasak, la déclaration universelle des droits de l'Homme a permis d'assurer des droits à caractère individualiste. En revanche, les droits de la troisième génération expriment des aspirations nouvelles : « faire pénétrer la dimension humaine dans des domaines dont elle était jusqu'ici absente, abandonnés à l'Etat, aux Etats »⁹³⁵. Qu'il s'agisse, du droit au développement, à l'environnement ou à la paix, ces droits se caractérisent principalement par les acteurs de leur réalisation. « *Ils ne peuvent être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les acteurs du jeu social : l'individu, l'Etat, les entités publiques et privées, la communauté internationale* ». « Leur réalisation suppose qu'il existe un minimum de consensus social au niveau national et international pour qu'une action solidaire, fondée sur la reconnaissance d'une responsabilité solidaire, puisse être entreprise en vue de leur réalisation »⁹³⁶.

Le fondement de ce droit à la paix ne peut être contesté. Comme le rappelle Cassin, « la paix, est un état où les droits de l'homme sont d'abord connus et ensuite respectés, mais réciproquement, c'est une chimère que de croire qu'on peut respecter les droits de l'homme dans un monde où la guerre, c'est-à-dire la négation même de l'existence de l'homme, est affirmée tous les jours »⁹³⁷. En revanche, il n'est pas encore un droit positif. Les droits de l'homme nécessaires à sa réalisation ont cette valeur positive. Le droit à la vie qui en est l'essence relève directement du *jus cogens*. Il est en principe impossible d'y

⁹³⁵ VASAK Karel, « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Mélanges en l'honneur de Jean PICTE, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, p. 839.

⁹³⁶ Ibid., p. 839. Les précisions en italique sont celles de l'auteur.

⁹³⁷ LAVIEILLE Jean-Marc, « Les rapports entre les droits de l'homme, le développement et la paix », *RTDH*, Juillet 1990, p. 212.

déroger. L'interdiction du recours à la force consacrée depuis la charte des Nations unies en est une confirmation. Mais le droit à la paix en tant que tel reste un droit inachevé relevant de la soft law.

La charte des Nations unies comprend un faisceau d'indices relatif à ce droit à la paix. Elle constitue « une sorte d'hymne à la paix »⁹³⁸ en développant, de son préambule au dispositif, l'idée de préservation de la paix entre les nations. Le but premier de l'organisation est le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La paix y est consacrée comme un objectif politique sans en faire un droit comportant une définition, un titulaire, l'identification de celui ou ceux auxquels il est opposable et la sanction propre à en assurer le respect. L'Assemblée générale a adopté de nombreuses résolutions relatives au droit à la paix. Les plus importantes sont la déclaration sur la préparation des sociétés à vivre dans la paix⁹³⁹ et la déclaration sur le droit des peuples à la paix⁹⁴⁰. A ces différents textes, s'ajoute un projet de pacte des droits de l'homme de la troisième génération. L'agenda pour la paix participe à la préoccupation internationale sur ce droit à la paix. Aucun de ces textes ne consacre pour autant un droit positif à la paix. Ils se limitent à mettre en exergue l'importance politique de cette notion dans le système international.

Le droit à la paix dans son objectif, est l'instrument théorique de la transformation de la réalité internationale. L'aspiration du droit à la paix implique la protection des individus, des peuples et des Etats dans le cadre d'une sécurité collective efficace et non aléatoire. Par le droit à la paix, le dessein est de mettre un terme à « la tension dialectique »⁹⁴¹ entre l'ordre de la primauté de la souveraineté de l'Etat et celui de la limitation du pouvoir étatique. En tant que droit qui aspire à ce que « tout homme et tous les hommes considérés collectivement ont droit à ce que règne au niveau national et international un ordre où soient garantis pleinement les droits et libertés fondamentales énoncés dans la charte internationale des droits de l'homme »⁹⁴², le droit à la paix est l'instrument normatif de l'établissement d'une réelle société internationale. Contrairement

⁹³⁸ ABDELFATTAH Amor, « Les droits de l'homme de la troisième génération » in *Le nouveau droit constitutionnel*, Association internationale de droit constitutionnel, II^{ème} congrès mondial, Editions Universitaire, Fribourg, 1991, p. 56.

⁹³⁹ A/33/73 du 15 décembre 1978.

⁹⁴⁰ A/39/11 du 12 novembre 1984.

⁹⁴¹ DUPUY René Jean « Communauté internationale » in DUPUY René Jean, *Dialectiques du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté internationale et droits de l'humanité*, op. cit., p. 312.

⁹⁴² Article 6 du Projet de pacte des droits de l'homme de la troisième génération. Voir ABDELFATTAH Amor, « Les droits de l'homme de la troisième génération », op. cit., p. 59.

à la communauté internationale qui, est « l'expression d'un vouloir naturel, inhérent à l'être », la société « n'est plus un phénomène spontané, elle est le fruit de la volonté ». Elle est « une création délibérée rationnelle, déterminant elle-même un ordre juridique »⁹⁴³.

L'émergence du droit à la paix est altérée par l'inexistence de cette société. Il s'insère dans une communauté internationale, dans laquelle la solidarité existe, mais à des degrés d'intensité inégale en fonction d'intérêts variables. Le droit à la paix est ainsi au cœur des contradictions du système international, son évolution repose à la fois sur des sources juridiques, des impératifs éthiques et des choix politiques.

Le droit à la paix, reposant sur une action réciproque des Etats, de la société civile et de la communauté internationale, réclame pour dépasser le stade idéologique, une émergence de la communauté internationale face à un problème particulier. Ainsi, les applications du droit à la paix sont aléatoires: selon que, face à une situation donnée, la solidarité internationale émerge ou pas, de façon effective ou fictive. Le droit à la paix voit sa mise en œuvre conditionnée par l'existence d'une volonté politique d'agir de la communauté internationale. Cependant, lorsque sa prise en compte est effective, il a des implications juridiques pour les Etats et la communauté internationale.

Les déclarations de l'Assemblée générale relatives au droit à la paix mettent l'accent sur l'idée de coopération. La déclaration de 1978 précise que « l'application intégrale des principes [qu'elle développe] nécessite une action concertée de la part des gouvernements, de l'Organisation des Nations unies et des institutions spécialisées [...] ainsi que de la part des autres organisations internationales et nationales intéressées, tant gouvernementales que non gouvernementales ». L'Assemblée générale en 1984 « lance un appel à tous les Etats et à toutes les organisations internationales pour qu'ils contribuent par tous les moyens à assurer l'exercice du droit des peuples à la paix en adoptant des mesures appropriées au niveau tant national qu'international ».

Ainsi dans le cadre d'une crise étatique grave, la communauté internationale en raison même de la solidarité qu'implique le droit à la paix, ne peut se limiter au principe de la non ingérence qui prime lorsque la souveraineté de l'Etat est pérenne. Etant entendu, que

⁹⁴³ DUPUY René Jean « Communauté internationale », *op. cit.*, p. 312.

la norme constitutionnelle est le fondement normatif de la paix dans un Etat, l'action de la communauté internationale peut porter sur l'élaboration de cette règle. Le droit à la paix, dans une telle configuration suppose que la communauté internationale ne limite pas son action à un respect formel de la souveraineté. Ce caractère de l'Etat doit être reconstruit par l'action commune de tous les acteurs : les individus, les autorités nationales représentatives et la communauté internationale. Le respect de la souveraineté implique une intervention réelle de reconstruction. Le « droit constitutionnel de la paix » trouve ainsi son premier fondement dans la volonté de la communauté internationale de rendre effectif le droit interne à la paix lequel a une incidence sur la paix international. En effet, si le droit à la paix est la cause d'une action, en vertu du droit constitutionnel de la refondation étatique, la paix démocratique en est l'objectif.

B- La paix démocratique comme objectif

Le droit à la paix se fonde sur l'idée essentielle d'offrir aux individus, un cadre de vie nationale et internationale leur assurant le droit à la vie. La démocratie incarne le régime politique susceptible de s'établir sur un mode de régulation sociale pacifique. Elle est « un type de régime politique où le pouvoir dont dispose l'Etat lui est imparti légalement par l'ensemble des membres d'une communauté de citoyens »⁹⁴⁴. Il implique constitutionnellement, que le citoyen jouisse d'un certain nombre de droits fondamentaux. Le seuil minimal du modèle démocratique est celui d'un système qui par son respect des droits de l'homme, « garantit à ses ressortissants le droit de choisir un gouvernement à travers des élections ayant lieu régulièrement par le suffrage universel, à bulletin secret avec une compétition ouverte impliquant plusieurs candidats (ou parti) en concurrence pour gagner le vote populaire »⁹⁴⁵.

Le lien entre les notions de paix et de démocratie, se justifie par le mode de régulation qu'offre ce régime politique. Au niveau interne, il assure le respect des droits de l'homme et dans l'ordre international, il est le fondement d'un nouvel équilibre. Depuis la fin de la guerre froide, la démocratie s'est universalisée en mettant un terme à une opposition idéologique. Politiquement, le système international se caractérise par une

⁹⁴⁴ BLIN Arnaud, *Géopolitique de la paix démocratique*, Editions Charles Léopold Mayer, Paris, 2001, p. 26.

⁹⁴⁵ Ibid., p. 34.

homogénéité des régimes politiques, fondement de la paix démocratique. Le postulat de cette doctrine est le suivant : les démocraties ne se font pas la guerre entre elles. En d'autres termes, il ne peut y avoir de paix durable sans démocratie.

Cette doctrine opère une combinaison des différentes réalités des relations internationales. La paix mondiale ne peut s'établir en ignorant les Etats et leurs attributs. La sécurité démocratique s'appuie sur une « communauté d'Etats semblables qui juge les actions de ses membres sur leur caractère autant que sur leurs conséquences politiques et qui est capable d'exercer une certaine pression sur chacun d'entre eux »⁹⁴⁶.

La paix démocratique se fonde sur le partage des mêmes valeurs : la démocratie pluraliste, la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme. Aussi, l'existence de normes communes entérinant juridiquement ces règles et principes est-elle essentielle à l'enracinement de la sécurité démocratique. La démocratie s'inscrit dans un Etat par sa constitution. Bien qu'il n'existe pas un modèle démocratique, les critères de la démocratie sont universels. Ils sont développés au niveau du droit international général et dans les ensembles régionaux juridiquement organisés. En vertu même de la nature du droit, les Etats, une fois engagés par les conventions relatives aux droits de l'homme, doivent les mettre en œuvre. Marie-Françoise Rigaux considère que, cette normativité réticulaire oblige les Etats même dans leur compétence de souveraineté⁹⁴⁷. La sécurité démocratique requiert alors comme critère préalable la reconnaissance de la primauté du droit.

En effet, d'un point de vue constitutionnel, le pouvoir constituant est l'un des modes d'expression de la souveraineté d'un peuple. Par l'exercice de la fonction constituante, il traduit les aspirations juridiques d'un peuple concernant la réalisation de la démocratie. Or, « certains des éléments qui contribuent à l'édification de la démocratie font l'objet d'une protection juridique émanant d'un autre ordre juridique que celui de l'Etat »⁹⁴⁸. La participation réelle de l'Etat à un « réseau global de normativité »⁹⁴⁹ représente dès lors le fondement de la paix démocratique effective. Et réciproquement,

⁹⁴⁶ Ibid., p. 23.

⁹⁴⁷ RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Maison F.Larcier, Bruxelles, 1985, p.273 et s.

⁹⁴⁸ Ibid., p. 306.

⁹⁴⁹ Ibid.

l'existence de cette sécurité démocratique exige que les Etats s'engagent dans la construction normative des règles de la démocratie.

Lors d'une crise grave dans un Etat, l'enjeu est de faire respecter par les instances nationales, les principes et valeurs reconnus dans l'ordre international comme essentielle à la démocratie. Il est essentiel, en quelque sorte, que l'Etat concerné intègre le réseau normatif, fondement d'une réelle paix démocratique. La reconnaissance, l'application de ces règles et leur intégration de normes devient essentielle à la consécration de la paix constitutionnelle et démocratique. L'enracinement de la démocratie au niveau interne est l'un des premiers facteurs de réussite de la paix démocratique internationale. Ainsi, si les démocraties ne se font pas la guerre entre elles, elles doivent participer à l'action positive susceptible d'assurer la consolidation de la paix et de la démocratie . Les démocraties établies doivent collaborer à l'établissement de ce modèle là ou il n'existe pas.

Cette marge de manœuvre qu'autorisent le droit à la paix et la paix démocratique pour l'intervention dans les affaires intérieures d'un Etat en crise, n'est pas en contradiction avec les principes de souveraineté et de non ingérence. En réalité, ces nouvelles valeurs en permettent une autre lecture.

PARAGRAPH II : Les implications du droit à la paix et de la paix démocratique

Le droit à la paix et la paix démocratique n'ont nullement l'objectif de porter atteinte au principe de souveraineté et à ses corollaires. Elles permettent seulement une adaptation des actions de la communauté internationale aux réalités des Etats en crise. La notion d'ingérence ne peut plus avoir la même portée qu'auparavant **(A)** et la communauté internationale doit agir, son abstention serait moralement et idéologiquement inacceptable **(B)**.

A- La notion d'ingérence

Depuis l'adoption de la charte de San Francisco, la non ingérence « dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats » est un principe en droit international. La résolution 2625 met en exergue le fait que « le respect rigoureux, par les Etats, de l'obligation de s'abstenir d'intervenir dans les affaires de tout autre Etat est une condition essentielle à remplir pour que les nations vivent en paix les unes avec les autres, puisque la pratique de l'intervention, sous quelque forme que ce soit, non seulement constitue une violation de l'esprit et de la lettre de la charte, mais encore tend à créer des situations qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales ». Le respect du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures est l'une des conditions du maintien de la paix internationale.

Une compétence essentiellement nationale est un domaine dans lequel l'Etat peut agir discrétionnairement. En matière constitutionnelle, l'adhésion à l'Organisation des Nations unies et à ses instruments normatifs, conduit à justifier les prises de positions internationales sur le respect des droits de l'homme. Toutefois, cette interférence dans le champ d'action de l'Etat, ne peut prendre la forme d'une intervention matérielle sans le consentement de l'Etat concerné (sauf à atteindre un niveau de violation telle du droit international, que le Conseil de sécurité autorise une intervention). Le droit constitutionnel, ne se limite pas à la déclaration des droits. Il a pour mission d'organiser le statut du pouvoir dans l'Etat. Or, il n'existe aucune convention ou coutume, dans l'état actuel du droit, qui oblige un Etat, de quelque façon que ce soit, sur le régime de dévolution du pouvoir. Le principe même du droit constitutionnel reste en dehors de toute intervention possible de l'ordre international.

Néanmoins, le droit d'ingérence émerge, « au nom de l'universalisation de la personne humaine, la souveraineté s'expose à l'ingérence extérieure au nom du lien qui unit désormais droits de l'homme et maintien de la paix »⁹⁵⁰. Après les diverses résolutions de l'Assemblée générale⁹⁵¹, le principe de libre accès aux victimes s'est imposé par la coutume. En vertu du devoir de solidarité qui sous-tend le droit à la paix, la non-ingérence

⁹⁵⁰ BETTATI Mario, *Le droit d'ingérence, mutation de l'ordre international*, op. cit., p. 46.

⁹⁵¹ A/43/131, A/45/100.

peut être exclue en fonction de l'objectif à atteindre. Les nouveaux conflits internes obligent à penser l'intervention dans une orientation humanitaire.

Le droit à la paix, en tant que valeur morale, sublime les obstacles juridiques posés par un droit international créé avant l'explosion des crises intra-étatiques et l'universalisation des droits de l'homme. Toute intervention au nom du droit à la paix n'est pas la cause de la limitation de la souveraineté mais sa conséquence. En effet, lorsque le droit à la paix conduit à une réaction matérielle de la communauté internationale, la souveraineté interne de l'Etat est disloquée. L'ingérence n'en est plus une car, ce qui la crée, c'est « la finalité subjectivement poursuivie »⁹⁵². L'ingérence est un « acte illicite non pas parce qu'il est en soi interdit mais parce que l'objectif qui l'inspire est incompatible avec le respect dû à la souveraineté »⁹⁵³. Or, toute « ingérence » ayant pour conséquence une assistance constitutionnelle simple ou renforcée se justifie par le but à atteindre, la création ou la reconstruction d'un Etat, donc d'un souverain⁹⁵⁴. Elle a pour dessein de rétablir le droit de vivre en paix, « qui n'est autre que le droit à la « souveraineté personnelle » »⁹⁵⁵ des individus et des peuples. Le fondement de l'action de solidarité exclut une interprétation de l'assistance constitutionnelle en tant qu'ingérence. Elle est un acte de reconstruction d'une souveraineté effective qui tient compte d'une souveraineté virtuelle. En effet, un Etat, même anéanti, reste toujours souverain. La prise en compte de cette souveraineté en puissance est utile pour la restauration d'un Etat souverain en acte⁹⁵⁶.

Ainsi, l'action spécifique de la communauté internationale devient nécessaire dans la mesure où la paix nationale est indispensable à la paix démocratique. En somme, le rétablissement de l'ordre dans un Etat acquiert une portée internationale. Il satisfait l'exigence de la réalisation de l'intérêt général commun.

⁹⁵² VERHOEVEN Joe, « Non-intervention : "affaires intérieures" ou "vie privée" ? » in *Le droit international au service de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Editions Pédone, Paris, 1991, p. 496.

⁹⁵³ VERHOEVEN Joe, « Non-intervention : "affaires intérieures" ou "vie privée" ? » *op. cit.*, p. 496.

⁹⁵⁴ Voir *supra* (Partie II, Titre I).

⁹⁵⁵ MAYOR Federico, « Le droit de l'être humain à la paix », in *Paix, développement, démocratie*, Boutros BOUTROS-GHALI Boutros Amicorum Discipulorumque Liber, Bruylant, Bruxelles, 1998, Vol. 2, p. 1238.

⁹⁵⁶ Aptitude en puissance ou en acte, au sens aristotélicien des termes.

B- La nécessaire action de la communauté internationale pour la réalisation de l'intérêt général commun

La paix démocratique et le droit à la paix sont en contradiction avec la vision réaliste des relations internationales selon laquelle l'anarchie internationale avec primauté de l'intérêt national est le principe de la société interétatique. *A fortiori*, elle n'est pas propice à la notion de communauté internationale puisque celle-ci exige la sublimation du strict intérêt national. Elle est contraire à l'existence d'une action de la communauté internationale en faveur d'un de leur membre. En effet, dans le processus de rétablissement de la paix, le fondement de l'intervention n'est pas le seul intérêt national d'un Etat. Aujourd'hui, l'objet des réactions internationales est l'intérêt national de l'Etat en détresse et l'intérêt général commun, la paix démocratique. Une telle évolution dans l'action internationale et dans sa forme se justifie par trois idées : la solidarité, la responsabilité et la coopération.

La solidarité, dépendance mutuelle entre les hommes, les pousse à s'accorder une aide mutuelle. Ce sentiment naît du partage d'un statut identique qui va entraîner une action positive dans certaines situations. Dans un régime parlementaire, le gouvernement se compose de ministres solidaires devant la chambre basse. Cette solidarité empêche toute individualisation de l'action gouvernementale devant le Parlement. L'échec d'un ministre engage tout le gouvernement. En droit privé, la solidarité existe sur la base d'un engagement contractuel qui va lier deux ou plusieurs parties dans la construction positive ou négative d'une entreprise. Elle peut être aussi légale dans la mesure où elle existe elle n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat.

Dans le cadre d'une intervention de la communauté internationale dans un Etat en crise, la solidarité est un « prérequis à la réalisation de l'idéologie de paix mondiale »⁹⁵⁷. L'action est solidaire parce qu'il s'agit de l'aide de plusieurs Etats envers un autre. Elle l'est aussi en vertu de la nécessité reconnue de sauvegarder l'humanité « lorsque la radicalisation est telle que la guerre civile n'a plus rien ni de civile ni de militaire, n'étant plus qu'un massacre collectif »⁹⁵⁸. Cette solidarité se fonde juridiquement sur la valeur

⁹⁵⁷ DAVID Charles-Philippe, *La consolidation de la paix, L'intervention internationale et le concept des casques blancs*, L'harmattan, Paris, 1997, p. 23.

⁹⁵⁸ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *op. cit.*, p. 27.

fondamentale du droit à la vie. Reconnue par toutes les conventions, il est indispensable à la réalisation de l'ensemble des droits de l'homme. Ils sont à l'origine de la solidarité qui anime la communauté internationale. La reconnaissance de l'universalité des droits de l'homme depuis 1948 a eu pour conséquence de consacrer l'appartenance de l'individu au genre humain. Juridiquement, les droits de l'homme ont pour conséquence d'unir le droit naturel, fondé sur la morale, et le droit positif, fondé sur la norme.

Cette solidarité est issue directement de l'appartenance de tous les citoyens au genre humain au-delà de toute considération politique et juridique. Elle implique une responsabilité dans l'anéantissement et la sauvegarde de l'humanité. La responsabilité en tant que notion pénale est confortée par la création de la Cour pénale internationale. La responsabilité nécessite des actions positives pour la protection de l'être humain. La communauté internationale doit dépasser la frontière étatique pour porter secours aux peuples en ayant besoin. Ces peuples étant composés de citoyens, l'aide qui leur est accordée doit également concerner les Etats, premières structures de mise en œuvre des droits de l'homme.

La sécurité démocratique atteinte dans certaines régions doit être construite dans les zones dépourvues de cette paix. La paix démocratique pour la communauté internationale est une idéologie politique dominante dans les relations internationales⁹⁵⁹. « La nouvelle stratégie de la Paix dans une Société mondiale en voie de multipolarité se définit par « 3D » : Développement, Démocratisation, Droits de l'homme »⁹⁶⁰. La démocratisation étant une « politique publique internationale »⁹⁶¹ fondée sur la solidarité et la responsabilité, la coopération est nécessaire afin de respecter la souveraineté des Etats.

La dynamique de paix démocratique ne peut se faire sans une action réelle en faveur des Etats à démocratiser. En effet, droit à la paix et sécurité démocratique se fondent sur la reconnaissance d'une action collective entre Etats, individus et communauté internationale. La coopération ne doit point se confondre avec une quelconque subordination : la souveraineté requiert le consentement. L'action de la communauté

⁹⁵⁹ Voir GOUNELLE Max, « La démocratisation, politique publique internationale », in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert Thierry, Editions Pédone, Paris, 1998, p. 201.

⁹⁶⁰ COLARD Daniel, « De l'universalité des droits de l'homme au droit à la sécurité démocratique », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}*, Karel VASAK amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 142.

⁹⁶¹ Voir GOUNELLE Max, « La démocratisation, politique publique internationale », *op. cit.*, p. 201.

internationale ne doit nullement aboutir à une dépendance. La démocratie n'est pas une tradition. Elle ne peut s'enraciner que dans une société civile convaincue et autonome chantre d' « une culture qui donne son sens à l'unité nationale »⁹⁶². En s'appuyant sur ce principe, Boutros Boutros-Ghali définit dans son Agenda pour la paix ce que doit être l'action de la communauté internationale.

« L'ONU rassemble des Etats souverains : ce qu'elle peut faire dépend par conséquent du degré d'entente auquel ils parviennent entre eux ». « La pierre angulaire de l'édifice est et doit demeurer l'Etat, dont le respect de la souveraineté et de l'intégrité constitue des conditions de tout progrès international ». La construction de la paix « requiert l'attention et les efforts concertés des Etats, des organisations régionales et non gouvernementales et du système des Nations unies dans son ensemble ». Le maintien de la paix et sa consolidation par des moyens pacifiques et concertés sont ainsi la condition du nouvel équilibre mondial. « Dans la communauté des nations, grandes ou petites, le sentiment prévaut désormais qu'une occasion nouvelle se présente, et que nous pouvons aujourd'hui espérer atteindre les objectifs premiers de la charte : une Organisation des Nations unies capable de maintenir la paix et la sécurité internationales, d'assurer la justice et le respect des droits de l'homme ». Avec la fin de la guerre froide, le droit à la paix et la paix démocratique sont les fondements idéologiques de l'action de la communauté internationale.

Solidarité, responsabilité et coopération sont les raisons qui expliquent la nécessité d'un « droit constitutionnel de la paix » lorsque la souveraineté est à rétablir dans un Etat. Cependant, cet aspect idéologique ne saurait empêcher un respect des principes du droit. En effet, un « droit constitutionnel de la paix » ne saurait être légitimé sans un respect de la souveraineté des Etats. Le « droit constitutionnel de la paix » est une stratégie de la paix qui doit concilier les impératifs idéologiques et juridiques.

⁹⁶² PRERA FLORES Anaisabel, « La démocratie à l'aube du XXIe siècle : une fin ou un moyen ? Un modèle ou une culture ? Principes universels ou simples règles de conduite ? », in *Paix, développement, démocratie*, BOUTROS-GHALI Boutros Amicorum Discipulorumque Liber, *op. cit.*, p. 1282.

SECTION II : Les règles de la stratégie constitutionnelle de la paix

Le « droit constitutionnel de la paix » résulte de l'internationalisation nécessaire du droit constitutionnel. Il est une stratégie pragmatique et non dogmatique. Il tient compte de la souveraineté sans être entravé par elle. Les règles qui sont classiquement admises en droit constitutionnel ne peuvent avoir la même portée. La souveraineté, en tant que condition et cause de l'élaboration d'une constitution, est concrètement inexistante. Le peuple qui est à l'origine de tout pouvoir, subit les conséquences d'un pouvoir déstructuré. Il est souvent divisé puisque le pouvoir qui est naturellement le sien n'est plus en mesure de s'exprimer. Le pouvoir institutionnalisé n'existe plus, l'Etat de droit a fait place à l'état de nature.

En raison de l'œuvre délicate à accomplir, le « droit constitutionnel de la paix » doit respecter un ensemble de règles. Ainsi, les acteurs internationaux aptes à agir dans cette matière, doivent bénéficier d'une réelle légitimité. L'objectif étant de reconstruire un Etat souverain, la solidarité internationale doit être réelle. La déstructuration qui caractérise l'Etat à consolider, nécessite une véritable institutionnalisation du pouvoir international en charge de la reconstruction. Le « droit constitutionnel de la paix » est un droit du compromis et de la modération. Il doit prendre la forme d'une méthode pacifique pour ne jamais se confondre à une ingérence (**Paragraphe I**). Ces conditions préalables à l'émergence de la souveraineté sont nécessaires à la construction de la paix par la technique constitutionnelle. Le retour au droit constitutionnel classique constitue un objectif (**Paragraphe II**).

PARAGRAPH I : Les conditions préalables à l'émergence de la souveraineté

L'internationalisation du pouvoir constituant pose fondamentalement la question de la légitimité. Gérard Conac observe ainsi que le droit international « accepte bien en effet qu'il puisse y avoir une internationalisation de certains processus constitutionnels dans la mesure où le maintien de la paix l'exige »⁹⁶³. Et quels que soient les cas observés, l'objectif revient à construire la paix et assurer le droit des peuples à disposer d'eux-

⁹⁶³ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *op. cit.*, p. 60.

mêmes. Cette intervention internationale reste toutefois très délicate. Le « droit constitutionnel de la paix », en raison du but qu'il s'assigne, doit fixer un certain nombre de règles. Il faut que les acteurs internationaux qui jouent un rôle essentiel dans cette stratégie dispose d'une réelle légitimité **(A)**. Par ailleurs, il ne peut exister un « droit constitutionnel de la paix » sans reconnaissance du principe de subsidiarité afin d'assurer le respect de la souveraineté virtuelle de l'Etat à reconstruire **(B)**.

A- Des acteurs internationaux légitimes

Le droit se caractérise par les règles et principes essentiels à sa construction et à sa compréhension. En droit public, le principe de souveraineté incarne le fondement de tout le système. Le processus constitutionnel constitue un domaine relevant très nettement de ce principe immuable du droit public général. Toute internationalisation intégrale de cette matière crée une contradiction théorique dans le système juridique⁹⁶⁴. Cependant, la réalité des situations oblige à une relativisation des dogmes. L'assouplissement des principes par la force des choses, ne rend pas pour autant caduques les valeurs du droit. Les faits « virtualisent » les règles sans les faire disparaître totalement. Aussi, peut-on observer que « dans les situations de crise grave le droit international relativise clairement la notion d'autonomie constitutionnelle »⁹⁶⁵.

Le droit est une matière inscrite dans la réalité sociale. Le droit international coexiste avec les relations internationales qui ne sont pas une matière juridique mais politique. Cependant, dans l'assouplissement qu'il autorise en raison des réalités, le respect de ces principes même « virtualisés » reste essentiel. Le principe d'une internationalisation pragmatique du pouvoir constituant n'est pas le plus difficile à concevoir. Une fois l'idée acceptée, la question théorique pour ce droit constitutionnel *ad hoc* consiste à déterminer comment l'organiser afin d'assurer un juste équilibre entre la « virtualisation » des principes et les impératifs de paix?

Les impératifs politiques autorisent un assouplissement des règles du droit. Cependant, la réalité internationale est source de nombreuses contradictions pour le juriste.

⁹⁶⁴ Voir *supra* (Partie II, Titre I).

⁹⁶⁵ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *op. cit.*, p. 60.

Là où le droit n'envisage que des acteurs étatiques égaux, les relations internationales opposent des Etats plus ou moins puissants dans l'expression de leur souveraineté. La réalité internationale est celle de multiples polarités. Fondamentalement, il est admis pour la doctrine originaire des relations internationales, que les rapports entre Etats sont régis par des rapports de puissance avec une forte prégnance de l'intérêt national. L'émergence d'un intérêt général commun au niveau international exige un effort particulier des volontés politiques. Le « droit constitutionnel de la paix » pose principalement le problème des acteurs internationaux les plus légitimes à intervenir dans une matière aussi délicate.

L'Etat serait-il l'acteur le plus légitime pour assurer l'équilibre entre les impératifs de la paix et ceux du respect des règles de droit assouplies? Dans les relations internationales, cet acteur se caractérise par la recherche et la réalisation d'un intérêt national. D'un point de vue juridique, il est le pair de celui à qui il doit apporter une aide plus ou moins approfondie. L'action d'un Etat dans le droit constitutionnel de crise porte en lui une présomption d'illégitimité. Par ailleurs, un Etat ne peut représenter seul la communauté internationale. Dans les cas observés, l'intervention des Etats dans la matière constitutionnelle s'inscrit strictement dans le fait et l'instrumentalisation du droit. Plus les Etats sont nombreux, plus l'intérêt national peut s'estomper, mais moins l'efficacité est réelle. La démultiplication des acteurs étatiques conduit à une opposition sur les moyens pour réaliser l'objectif⁹⁶⁶. En revanche, l'action d'un Etat se révèle essentielle pour établir une négociation entre les parties en conflit afin de fixer les principes constitutionnels de la future paix.

Toute intervention, pour être légitime et conforme aux principes fondamentaux du droit, nécessite que l'acteur soit de nature, dans son entreprise, à respecter « le plus possible les techniques de la démocratie et de l'Etat de droit »⁹⁶⁷ qui sont inhérentes à l'exercice du pouvoir constituant. Il doit représenter une réelle autorité dans la communauté internationale et pour les Etats à reconstruire. En somme, l'intervention constitutionnelle doit être une opération transparente. L'ONU incarne l'instance la plus légitime pour accomplir cette mission de maintien et de consolidation de la paix. Cependant, la résolution de la crise bosnienne a montré les faiblesses de l'institution qui

⁹⁶⁶ Voir l'action du Groupe de Contact en Bosnie-Herzégovine.

⁹⁶⁷ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *op. cit.*, p. 61.

peut être entravée en raison des antagonismes entre les membres du Conseil de sécurité. Dans la réforme envisagée de l'institution, il est par conséquent nécessaire de fixer les conditions applicables à tout acteur prenant part à la résolution complexe des conflits internes. L'ONU doit être une instance impartiale, capable de fixer les critères et modalités objectifs d'intervention constitutionnelle.

L'ONU, en raison de sa nature et de ses fondements, voit son action limitée par le respect des principes qui sous-tendent le système juridique international. Certaines dispositions de la charte relative à l'aide que l'organisation peut apporter à « des territoires non autonomes » (chapitre XI) ou « sous tutelle », (chapitre XII) prouvent cette légitimité. L'article 73 dans son premier alinéa dispose : « Les Membres des Nations Unies qui assument la responsabilité d'administrer les territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes, reconnaissent le principe de primauté des intérêts des habitants de ces territoires[...] ». L'article 76 expose les fins essentielles du régime de tutelle : « Affermir la paix et la sécurité internationales; favoriser le progrès politique, économique et social [...] ; favoriser également leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes ou l'indépendance, compte tenu [...] des aspirations librement exprimées des populations intéressées ».

Dans le cadre d'une intervention constitutionnelle, les modalités de mise en œuvre certifiées par l'ONU, ne pourraient être inférieures aux dispositions des chapitres XI et XII. L'enjeu étant la restauration de la souveraineté d'un Etat, l'esprit de la charte permet d'affirmer que les entorses nécessaires à la souveraineté de l'Etat ne devront point empêcher l'expression libre de la volonté constituante des peuples concernés. Si les conditions font obstacle à cette expression constituante populaire, la solution constitutionnelle choisie par une autorité internationale doit l'être dans une tentative de concertation la plus réelle possible avec les représentants de l'Etat concerné. Un tel choix doit être provisoire afin de rendre effectif le principe juridique de l'autonomie constitutionnelle. Tout acteur de la refondation étatique, imposé par la réalité internationale, doit respecter ces principes qui assurent la légitimité en empêchant toute substitution constituante.

L'acteur de prédilection de la refondation étatique doit être l'Organisation des Nations unies qui, par ces différentes instances permet l'émergence d'une solidarité

internationale objective. Cependant, les réalités internationales peuvent obliger à plus de pragmatisme dans le choix des maîtres d'œuvre des reconstructions constitutionnelles. Ceux-ci ne doivent pas pour autant se départir des règles minimales assurant la survivance des principes juridiques. En effet, cette virtualité de la souveraineté nécessite pour devenir effective la reconnaissance de la subsidiarité de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire.

B- Le nécessaire respect du principe de subsidiarité

Le « droit constitutionnel de la paix » se caractérise par la nécessité de concilier deux principes contradictoires : assurer le respect de la souveraineté virtuelle et l'émergence de la souveraineté réelle d'un Etat et de son peuple, et à la fois permettre une intervention dans le processus constitutionnel, en tant que moyen d'établir la paix. Le premier objectif s'appuie sur la reconnaissance de la nature essentiellement nationale de la compétence constitutionnelle. Le second reflète l'importance en droit international public du maintien de la paix.

Le principe de subsidiarité se fonde sur le même paradoxe : le respect de l'autonomie, de la liberté et l'ingérence d'une autorité pour atteindre un objectif particulier. L'idée de subsidiarité trouve sa définition dans trois acceptions. Dans les rapports entre l'Etat et la société civile, elle implique une limitation du pouvoir politique « dont l'intervention n'est légitime que pour pallier les carences de la société civile »⁹⁶⁸. Dans le cadre de la séparation verticale des pouvoirs, l'application du principe de subsidiarité entraîne une rupture de toute centralisation. « Les collectivités dont le ressort est le plus large n'interviennent que pour compléter l'action de celles dont le ressort est le plus étroit, et pour remplir les missions que ces dernières ne peuvent remplir »⁹⁶⁹. La subsidiarité protège la compétence d'une collectivité publique, de la société civile ou des individus. Elle empêche une intrusion injustifiée d'une autorité supérieure⁹⁷⁰. Ce premier aspect implique pourtant qu'il existe une obligation pour cette autorité d'intervenir lorsque l'acteur, en principe compétent, n'est pas en mesure de réaliser un objectif particulier. Il

⁹⁶⁸ BRAULT Philippe, RENAUDINEAU Guillaume, SICARD François, *Le principe de subsidiarité*, La documentation française, Paris, 2005, p. 7.

⁹⁶⁹ HAENEL Hubert, SICARD François, *Enraciner l'Europe*, Le Seuil, Paris, 2003, p. 145.

⁹⁷⁰ L'adjectif supérieur ne fait pas référence à la valeur mais à l'étendue et la puissance.

existe un « devoir d'ingérence »⁹⁷¹ lorsque l'acteur normalement compétent est dans l'incapacité de réaliser les actions nécessaires. « Si cette insuffisance est avérée [l'autorité supplétive] a non seulement le droit, mais le devoir de s'exercer »⁹⁷².

Le principe de subsidiarité pour un Etat se fonde sur la reconnaissance de son identité de souverain qui dispose de la compétence d'agir dans les domaines qui lui sont propres. Il permet en même temps à une autorité légitime d'intervenir lorsque l'Etat n'est plus en mesure d'accomplir efficacement ses missions. Le droit humanitaire s'articule autour de cette idée. Les droits de l'homme concernent l'ensemble des individus au-delà du lien qui les lie à un Etat. Même si l'Etat dispose de la compétence de principe dans la réalisation de ces droits, « les droits de l'homme, par leur nature intéressent la communauté internationale toute entière et échappent à la compétence exclusive de l'Etat » lorsque celui-ci n'est plus en mesure d'assurer leur respect. De la sorte, la communauté internationale est dans l'obligation, en vertu du principe de subsidiarité, d'intervenir afin de rétablir les individus dans leurs droits.

La subsidiarité est un mécanisme qui vise un double dessein : l'efficacité d'une action dans la réalisation d'un objectif commun. Pour qu'une intervention internationale soit nécessaire, l'insuffisance ou l'inexistence d'une action nationale au maintien de la paix doit être constatée. « Le secours [doit venir] combler un manque. Il ne s'exerce pas sans l'appel d'un besoin »⁹⁷³. Aussi, le recours au « droit constitutionnel de la paix » est subordonné à l'existence d'une crise étatique corrompant intégralement la structure étatique : « ce n'est pas secourir que de venir proposer une aide superflue. On ne secourt que ce qui ne suffit pas »⁹⁷⁴. Le droit constitutionnel des refondations étatiques doit être pensé comme un moyen de réaliser les objectifs communs, le droit à la paix et la paix démocratique, et l'intérêt national c'est-à-dire l'émergence de la souveraineté. Le degré d'intervention dans le processus constitutionnel doit être proportionné afin d'assurer le respect de la souveraineté virtuelle et la réalisation de la paix. Le respect de l'identité étatique exige une action internationale qui n'excède pas ce qui est nécessaire à la consolidation de la paix.

⁹⁷¹ Voir MILLON-DELSOL Chantal, *Le principe de subsidiarité*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1993, p.72 et s. ; MILLON-DELSOL Chantal, *L'Etat subsidiaire*, PUF, Paris, 1992, p. 119 à 150.

⁹⁷² MILLON-DELSOL Chantal, *L'Etat subsidiaire*, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 6.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

Une immixtion excessive dans la procédure constituante conduit à une substitution contraire à l'idée de subsidiarité. En effet, l'intervention internationale doit tenir « rang de moyen »⁹⁷⁵. La seule finalité de ce droit constitutionnel est de pallier l'insuffisance d'un Etat en crise, sans œuvrer contre les aspirations du peuple en présence. L'action internationale dans ce domaine doit s'exprimer dans la mesure de sa nature c'est-à-dire « secondaire », supplétive dans l'exercice de la compétence constitutionnelle. Toutefois, tout en étant respectueux du statut de l'Etat et de son peuple, le « droit constitutionnel de la paix » doit avoir un impact réel. L'objectif à atteindre, l'établissement de la paix par la structuration constitutionnelle de l'Etat, exige une action forte. La communauté internationale, en recourant au « droit constitutionnel de la paix », « se préoccupe non seulement de garantir le bien-être de chacun, mais travaille à la plénitude de la société entendue comme communauté ». Elle « peut aller au-delà des strictes insuffisances »⁹⁷⁶, dans la mesure où l'objectif n'est pas la substitution.

Le paradoxe, qui unit l'internationalisation du pouvoir constituant originaire et la subsidiarité, met en exergue le délicat équilibre sur lequel doit se développer le « droit constitutionnel de la paix ». Le principe de la subsidiarité est le seul qui lie à la fois le respect des attributs de l'Etat et le devoir d'ingérence. En le reconnaissant comme règle de la refondation étatique, les acteurs internationaux s'engagent à agir dans la mesure du respect de la souveraineté constituante, limitée par une carence substantielle à exercer l'autonomie constitutionnelle. Le « droit constitutionnel de la paix » s'établit entre l'obligation de respecter la nature de l'Etat et le devoir d'ingérence. Il se limite à représenter un moyen au service d'un Etat en reconstruction. Le principe de souveraineté est à la base du droit public. Par conséquent, toute action ayant pour objectif un exercice atypique du pouvoir constituant originaire doit rester déterminée par la logique globale qui gouverne le statut juridique de l'Etat.

Ainsi dans la crise irakienne, le Conseil de sécurité a précisé les conséquences de la subsidiarité dans la restauration de l'Etat et la construction de la démocratie. La résolution 1483 demande aux « puissances occupantes agissant sous un commandement unifié

⁹⁷⁵ Ibid., p. 1.

⁹⁷⁶ Ibid., p. 7.

(l'Autorité)⁹⁷⁷ de « promouvoir le bien être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple irakien de déterminer librement son avenir politique ». La résolution 1511, réaffirme la souveraineté de l'Etat irakien et « prie le Représentant spécial du Secrétaire général de prêter les compétences uniques de l'organisation des Nations unies au peuple irakien, au moment de la tenue de la conférence [constitutionnelle]».

La maîtrise de la technique constitutionnelle est donc au cœur du « droit constitutionnel de la paix ». Une fois les consensus politiques obtenus, l'exercice du pouvoir constituant exige l'élaboration d'une constitution susceptible d'organiser et de pondérer le pouvoir.

PARAGRAPHE II : La technique constitutionnelle au service de la paix

Droit constitutionnel de la paix

Si la paix est un état dans lequel la sécurité doit être garantie, le droit constitutionnel est l'un des outils essentiels pour l'instauration de la sécurité juridique. Guy Carcassonne observe que, quels que soient les Etats et les cultures, tous les hommes et les femmes, aspirent à vivre en paix dans un système légitime. Pour lui, « il n'est pas nécessaire de disposer d'une expérience démocratique préalable ». « Le seul préalable est de renoncer à la violence comme instrument de règlement des conflits »⁹⁷⁸. Dès lors une constitution peut stabiliser un Etat. Si la résolution d'un conflit nécessite l'exercice du pouvoir constituant, cela signifie que l'ensemble du pouvoir est à redéfinir et à organiser afin qu'il soit à nouveau reconnu et accepté par son intégration dans une norme légitime. Une fois le principe accepté dans un compromis politique, la technique juridique joue un rôle essentiel pour construire la paix **(A)**. Cet état pacifié permet ensuite au droit constitutionnel de s'enraciner et d'assurer l'émergence effective de la souveraineté **(B)**.

⁹⁷⁷ Il s'agit des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

⁹⁷⁸ CALVES G., PERRON C., « Militant de la démocratie », *op. cit.*, p. 182 et s.

A- La constitutionnalisation de la paix

La constitution représente en droit, la norme hiérarchiquement supérieure qui crée l'ensemble des compétences dans un Etat. Elle est la marque de la primauté du droit dans une société. La sociologie des conflits permet de constater qu'une société est faite d'ordre et de désordre. Le conflit est inhérent à la vie sociale. Cependant, l'Etat de droit implique de « vivre le conflit dans la transparence »⁹⁷⁹. Il n'exclut pas le conflit, il l'intègre et le régule. Le recours au droit pour la résolution des conflits est une condition de la régulation de la société. L'état de guerre se caractérise par l'abandon de la régulation pour le recours à la force. La constitution représente pour un Etat à reconstruire, une norme essentielle pour consacrer le retour à la régulation juridique. La constitution pour marquer ce retour à une société pacifiée doit être légitime : reconnue par tous, avec un contenu source de régulation.

D'un point de vue formel, la constitution permet d'asseoir efficacement la sécurité et la pérennité du système. Aussi l'organisation du pouvoir est-elle source de régulation. Les conflits institutionnels doivent pouvoir être résolus par des techniques constitutionnelles. La rigidité de la norme constitutionnelle est de la sorte essentielle pour protéger le système, mais la révision reste toujours possible pour éviter tout recours à la force pour réformer le système.

En ce qui concerne la définition et l'organisation des pouvoirs, la technique constitutionnelle ne peut se départir de certaines règles élémentaires : « ceux qui sont au pouvoir ont envie d'y rester; ceux qui n'y sont pas ont envie d'y accéder; ceux qui ont été élus ont envie d'être réélus »⁹⁸⁰. Il faut tenir compte de ces éléments, tout en empêchant toute personnalisation du pouvoir. Si le principe est celui de la souveraineté du peuple, celui-ci doit être en mesure de choisir ses représentants. Malgré un mandat représentatif, les citoyens doivent être en mesure de participer directement à la prise de décision et d'agir sur leur représentant, soit par des procédés de démocratie directe, soit par le principe de mandats à durée raisonnable.

⁹⁷⁹ MAÏLA Joseph, Sociologie des conflits, Cours à l'université d'été, Sortie des conflits et construction de la paix, Verdun, 30 août 2004.

⁹⁸⁰ CALVES G., PERRON C., « Militant de la démocratie », *op. cit.*, p. 188.

Selon les traditions, il faut choisir la forme de régime, présidentiel ou parlementaire. Pour Guy Carcassonne, « le système présidentiel est le pire produit d'exportation qui existe » et « le système parlementaire est largement préférable ». Le régime parlementaire est par excellence, le modèle de l'équilibre puisqu'il se caractérise par l'existence de moyens d'action réciproques sur l'existence des organes législatif et exécutif. Un président fort peut pourtant, représenter pour un Etat à reconstruire, l'unité nationale. Il peut également, si sa fonction n'est pas strictement encadrée et définie, aboutir à une inutilité de toutes les autres instances du pouvoir. Le président doit être inséré dans un champ institutionnel qui assure une action réelle au gouvernement et au parlement. Si l'on veut faire du président l'incarnation de l'unité nationale, sa désignation doit être issue de l'élection au suffrage universel. En revanche, si l'on veut un président limité dans ses fonctions, il doit être désigné par les chambres. Il sera encore plus encadré s'il n'est pas le chef du gouvernement et que ce dernier n'est responsable que devant la chambre basse.

Selon l'objectif à atteindre, il existe diverses possibilités. La définition des instances du pouvoir est indispensable afin que la constitution joue son rôle. Quelle que soit la culture ou les traditions, la technique constitutionnelle est universelle. Pour instaurer une démocratie, la séparation des pouvoirs est nécessaire afin d'éviter le totalitarisme; la fixation des limites du pouvoir reste indispensable afin de protéger les individus des excès de l'Etat. L'Etat de droit exige ainsi, qu'il existe un contrôle du système par des autorités indépendantes.

Tout individu doit pouvoir recourir au juge pour contrôler l'action de l'Etat. L'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie. La constitution, elle aussi, est protégée des lois inconstitutionnelles que le législateur pourrait vouloir adopter. Le contrôle de constitutionnalité est une nécessité dans un Etat de droit. Pour autant, selon les situations, différentes solutions sont possibles : contrôle diffus ou concret, par voie d'action ou/et par voie d'exception.

Une fois ces règles élémentaires de fonctionnement de l'Etat adoptées, la constitution peut être un moyen efficace de protéger les droits fondamentaux car, « la plus

parfaite des Déclarations des droits sans un Etat qui marche ne sert absolument à rien »⁹⁸¹. L'ensemble du système constitutionnel est le meilleur garant de l'effectivité de la constitution sociale. Un accent peut être mis sur ces questions en organisant un contrôle spécifique du respect des droits fondamentaux par une cour constitutionnelle. La technique constitutionnelle représente l'un des instruments de l'instauration de la paix. A partir du moment où, les membres d'une société s'entendent pour vivre en paix, « une bonne constitution ne fera jamais le bonheur d'un peuple, mais une mauvaise peut faire son malheur »⁹⁸².

Le « droit constitutionnel de la paix » est une matière strictement technique. Il est nécessaire que les objectifs politiques soient issus d'un dialogue avec les peuples concernés afin que les experts internationaux se limitent à mettre en œuvre ce dessein politique. La consultation permet d'assurer le respect de la souveraineté virtuelle et la technique donne les bases nécessaires pour que la souveraineté effective puisse émerger. La souveraineté ne peut se réaliser que lorsqu'un Etat est organisé et par conséquent, lorsque la souveraineté est protégée de la force comme mode de prise de décisions.

Cette protection de la souveraineté par l'acte constitutionnel s'explique par la nécessaire reconnaissance de la force du droit. En effet, la constitution représente la primauté du droit dans une société. Si celle-ci est acceptée, la constitutionnalisation de la paix est le meilleur moyen juridique de créer et consolider la paix. Ce formalisme initial pour asseoir la paix est impératif pour dépasser la technique et faire de la constitution adoptée dans le cadre d'une stratégie internationale, le fondement d'un droit constitutionnel propre à l'Etat.

⁹⁸¹ Ibid., p. 184.

⁹⁸² Ibid., p. 189.

B- La paix, fondement d'un droit constitutionnel autonome

Le « droit constitutionnel de la paix » se caractérise par un contexte particulier qui est peu propice à la référence aux règles classiques du droit constitutionnel. Il intervient lorsqu'un Etat est dans l'impossibilité de se reconstruire seul. Le « droit constitutionnel de la paix » ne peut exprimer la même souveraineté que celle qui apparaît dans un contexte pacifié. Il est le fondement de l'instauration de la paix.

La souveraineté ne pouvant s'exprimer qu'en temps de paix, le « droit constitutionnel de la paix » est une étape vers l'émergence d'un Etat. Le droit constitutionnel se caractérise par l'autonomie qu'il donne à l'Etat. Or, celui qui bénéficie du droit constitutionnel de la paix, à des degrés divers, n'a pas une autonomie intégrale. Son système est garanti par une autorité externe au lieu de l'être par les seuls acteurs internes. La paix en se consolidant crée une volonté interne de pérenniser un système. Si la constitution obtenue est beaucoup trop en décalage avec les aspirations nationales, la paix reste factice et le droit constitutionnel ne peut véritablement émerger.

Le droit constitutionnel ne se limite pas à un texte et aux mécanismes qu'il met en œuvre. Il exprime une technique au service d'une souveraineté. Si celle-ci demeure virtuelle, le droit constitutionnel ne peut assurer le retour de la paix et de la souveraineté. Dès lors, le « droit constitutionnel de la paix » ne peut jamais se confondre avec une sorte d'impérialisme. Son objet tend à établir les conditions de l'indépendance.

La condition première de cette indépendance est la paix. La paix est nécessaire à l'existence et à l'exercice des droits de l'homme. Ceux-ci nécessitent pour être effectivement respectés, un ordre constitutionnel effectif. La paix est la condition de l'émergence d'un droit constitutionnel. L'intervention externe dans l'exercice du pouvoir constituant, se justifie par une rupture de la paix entraînant une violation massive des droits de l'homme. C'est la rupture de la régulation juridique qui justifie que le pouvoir constituant sorte du champ du domaine réservé. L'objectif n'étant nullement un constitutionnalisme autoritaire ou impérialiste, le droit constitutionnel ne peut redevenir strictement national qu'une fois la paix enracinée.

En vertu du principe de subsidiarité, dès que l'insuffisance est résorbée, le droit constitutionnel regagne sa nature intégrale de compétence essentiellement nationale. La maîtrise des mécanismes constitutionnels permet son évolution indépendamment de toute contrainte externe. La constitution, en tant que norme de la souveraineté, ne peut être modifiée que par l'expression de cette même souveraineté. Toute limite redevient modifiable si le souverain le décide. Lorsque la paix est retrouvée et installée, l'autorité internationale ne peut empêcher, sous peine d'illégitimité, le pouvoir constituant originaire ou institué d'intervenir librement⁹⁸³. Le « droit constitutionnel de la paix » a pour dessein ultime de permettre l'expression libre du pouvoir constituant.

⁹⁸³ Le plan de paix proposé par les Nations unies à Chypre se fonde sur la reconnaissance de ce principe. En effet, toutes les limites à l'exercice du pouvoir constituant, imposées par la Turquie et la Grèce, avaient été supprimées.

CONCLUSION

Le pouvoir constituant est l'instrument de la souveraineté par excellence. Or lorsque la communauté internationale est contrainte d'intervenir constitutionnellement, la souveraineté est en soi mise en péril. Aussi, est-il nécessaire de poser les règles régissant toute internationalisation du pouvoir constituant originaire.

Lorsqu'une crise étatique aboutit à la déstructuration totale du système juridique, le droit constitutionnel intervient sur deux fondements idéologiques : le droit à la paix et la paix démocratique. Ce « droit constitutionnel de la paix » est une matière pragmatique mais pour autant, elle doit reconnaître les principes du droit. Un Etat même en crise est un souverain en puissance. La stratégie constitutionnelle repose avant tout sur la légitimité des acteurs internationaux. Cette légitimité repose sur la reconnaissance de la compétence de principe des Nations unies et par conséquent, du respect incontournable des valeurs et principes de la charte des Nations unies. Elle exige par ailleurs, que le principe de subsidiarité soit reconnu afin d'assurer un retour à la souveraineté effective une fois la paix enracinée. L'Etat, lorsqu'il a recours au « droit constitutionnel de la paix », se trouve dans une situation dans laquelle l'indépendance ne peut plus exister totalement. En revanche le droit constitutionnel classique aspire à exprimer la souveraineté. Par conséquent, le « droit constitutionnel de la paix », n'est qu'une technique provisoire dont l'objectif est la restauration de l'autonomie constitutionnelle.

CONCLUSION DU TITRE

L'observation de toutes les formes d'internationalisation du pouvoir constituant originaire pousse à s'interroger sur l'émergence éventuelle d'un droit constitutionnel international. Au niveau international, l'interdépendance n'est pas telle qu'elle puisse donner naissance à une société internationale dotée d'un pouvoir central. Les Etats sont beaucoup trop attachés à leur souveraineté pour engager un processus constitutionnel international. Cependant, au niveau régional, le développement de la construction européenne a donné lieu à un débat sur l'apparition d'un réel droit constitutionnel européen. Il impliquerait pour exister, que les Etats exercent leur pouvoir constituant afin d'octroyer à l'avenir une telle compétence à l'Union. Cette européanisation du pouvoir constituant national reste soumise à de nombreuses conditions qui ne sont pas encore remplies.

Dès lors, le seul droit constitutionnel international qui existe réellement aujourd'hui, est celui qui apparaît lorsque la communauté internationale doit intervenir dans la résolution d'une crise aggravée dans un Etat. Il est un droit technique et avant tout transitoire. Il représente un droit de compromis entre, l'impératif de paix et l'obligation de restaurer la souveraineté.

CONCLUSION DE LA PARTIE

En raison de sa nature, le pouvoir constituant peut être soumis au phénomène de l'internationalisation. Néanmoins, son lien irréductible avec la souveraineté conduit à un nécessaire encadrement de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire. En effet, sans limite dans son intervention, la substitution constituante comporte de nombreuses contradictions à l'égard des règles du droit positif. Elle remet en question le principe même de souveraineté. Aussi la fiction lui permet-elle de rester dans les cadres du droit.

Ce nécessaire encadrement par le droit est d'autant plus nécessaire que la substitution constituante trouve ses fondements dans la matière politique. En effet, seul le politique permet l'émergence de situations dans lesquelles l'égalité souveraine des Etats disparaît pour laisser place à des rapports de subordination entre Etats.

Ce rôle d'encadrement que doit jouer la science juridique est tout aussi pertinent lorsque l'internationalisation du pouvoir constituant originaire conduit à s'interroger sur l'émergence d'un droit constitutionnel international. Le droit constitutionnel européen n'existe pas encore puisque les conditions juridiques ne sont nullement réunies. Aussi le seul droit constitutionnel international existant est celui qui apparaît lorsque la communauté internationale adopte une stratégie constitutionnelle pour restaurer un Etat. Ce « droit constitutionnel de la paix » doit obéir à des règles strictes dans le but de demeurer en conformité avec les règles du droit positif. Il n'existe réellement que lorsque son objectif est la restauration de la souveraineté dans le cadre d'une collaboration loyale.

CONCLUSION GENERALE

Pouvoir constituant et souveraineté sont au coeur du droit constitutionnel. Ils distinguent l'Etat de tout autre entité en droit interne. Le principe de souveraineté fait la spécificité de l'Etat dans l'ordre international. La norme constitutionnelle qui organise l'Etat se caractérise par son origine : le pouvoir constituant. Cette compétence ne se manifeste nullement dans l'ordre international. Depuis son émergence dans la pratique étatique et dans la théorie de l'Etat, le pouvoir constituant se définit comme un mode d'expression de la liberté voire de libération du peuple détenteur du pouvoir légitime dans la structure étatique.

Le pouvoir constituant s'associe ainsi parfaitement avec l'idée de souveraineté. L'Etat, en tant que souverain, est reconnu comme un acteur autonome. Les affaires qui relèvent de sa sphère de compétences, notamment sa constitution, ne peuvent faire l'objet d'une ingérence. *A priori*, l'exercice du pouvoir constituant par le peuple ne peut faire l'objet d'aucune internationalisation. L'idée d'un pouvoir constituant internationalisé demeure un paradoxe. Comment le peuple pourrait-il être libre, exprimer sa souveraineté, si des règles lui sont imposées par un autre que lui-même ?

L'internationalisation du pouvoir constituant originaire comporte un risque. Aucune règle du droit international ne saurait imposer une entrave à l'exercice nécessairement libre du pouvoir constituant. En effet, en droit international, la reconnaissance du pouvoir constituant se manifeste par le biais du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Dans le cadre d'un Etat, le principe de l'autodétermination implique que le peuple *décide librement* de son statut politique. L'internationalisation du pouvoir constituant dans ce cadre strict ne consiste pas à intégrer des règles internationales. Il n'en existe aucune dont le dessein est d'imposer des contraintes procédurales aux Etats souverains. En revanche, reste envisageable l'immixtion d'acteurs internationaux dans la procédure constituante.

Cette internationalisation formelle du pouvoir constituant crée des interrogations relatives aux règles de référence de ces constituants exogènes. Les principes observés devraient être ceux du droit puisqu'il s'agit d'adopter une règle de droit. Depuis la première constitution écrite élaborée aux Etats Unis, l'exercice du pouvoir constituant

originnaire implique une procédure mettant en exergue le pouvoir du peuple. Conformément à cette convention du droit, l'immixtion des acteurs internationaux dans une telle procédure devrait aboutir à l'expression de la volonté du peuple, à l'origine de tout pouvoir dans l'Etat. Eu égard aux valeurs qui prévalent dans l'ordre international, cette intervention devrait s'inscrire dans une vision démocratique du pouvoir. Néanmoins, l'internationalisation du pouvoir constituant originnaire n'est pas le principe. Elle n'apparaît que lorsqu'un contexte politique particulier le justifie.

Or, en matière politique, les règles concernant le respect de la souveraineté ne sont pas aussi fondamentales qu'en droit⁹⁸⁴. C'est dans ce cadre que s'inscrit le paradoxe inhérent à l'idée de transfert du pouvoir constituant originnaire à une autorité internationale. En effet, si le pouvoir constituant originnaire est une force libératrice c'est parce qu'il ne peut ni se déléguer, ni se partager. Le pouvoir constituant originnaire peut devenir l'arme d'un objectif contraire à son dessein initial lorsqu'il y a exercice formel du pouvoir constituant par une autorité exogène. Le transfert intégral consiste à confier la détermination de son statut politique à une autre entité que le peuple. Le principe même du transfert du pouvoir constituant est une contradiction.

L'idée de transfert du pouvoir constituant originnaire comporte celle de la remise en question de la souveraineté. La problématique revient alors à déterminer si le lien originel entre pouvoir constituant et la souveraineté est désormais rompu ou si en revanche, il demeure toujours essentiel non seulement en droit constitutionnel mais aussi en droit international.

La description des cas d'internationalisations du pouvoir constituant originnaire puis leur analyse juridique dans une approche distinguant le fait de substitution constituante de l'assistance constitutionnelle permet de fournir une réponse à cette interrogation. Plusieurs conclusions émergent de cette approche.

En ce qui concerne la matière juridique, sa nature instrumentale est la première raison qui justifie l'existence d'un exercice atypique du pouvoir constituant originnaire. En tant qu'ensemble de procédures, le politique s'en sert pour rendre légitime ce qui ne l'est

⁹⁸⁴ Voir *supra* (Partie II, Titre II, Chapitre I).

pas forcément. Par ailleurs, le recours classique à la fiction en droit permet à la substitution constituante d'y recourir sans avoir besoin de se justifier. Le pouvoir constituant originaire ne peut être exercé de façon autoritaire dans un Etat par un autre sans que la fiction ne fasse écran à cette réalité. La souplesse du droit et l'imaginaire sur lequel il repose, sont ainsi les premiers atouts en faveur de la substitution constituante.

Cependant, cette carence juridique initiale peut être sublimée en raison de la nature même du pouvoir constituant originaire. Le pouvoir constituant est l'illustration dans l'ordre interne du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Jamais, il ne peut être épuisé. Jamais, il ne peut être figé dans une procédure. Il est une virtualité permanente⁹⁸⁵. Ce caractère qui justifie son possible exercice atypique, permet aussi de sublimer tout paradoxe initial dans la procédure constituante. Le pouvoir constituant existe toujours dans la mesure où le peuple reste en permanence libre de témoigner de lui-même dans une constitution existante ou à adopter.

Le recours à l'assistance constitutionnelle permet de rendre définitivement juridique ce qui relevait jusque là de l'idéologie du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant doit toujours s'exercer dans le cadre d'une participation réelle et effective des citoyens. Ce principe qui semble une évidence pour les pays occidentaux ne l'est pas pour les Etats en développement. Leurs constitutions historiques n'ont jamais été élaborées dans une procédure démocratique. Elles n'ont jamais été qu'« hâtivement préfabriquées par quelques juristes »⁹⁸⁶ et marquées par un mimétisme les classant dans le constitutionnalisme illusoire.

Aussi, lorsque la crise de la souveraineté dépasse l'entropie et aboutit à son anéantissement, la résolution constitutionnelle de cette situation doit respecter un minimum de règles. L'adoption d'une constitution, lorsqu'elle est nécessaire, doit permettre l'exercice réel du pouvoir constituant qui libère et fait naître une nation ou du moins lui donne les moyens de son émergence. Aujourd'hui, l'exercice du pouvoir constituant originaire dans un Etat en crise doit représenter le moyen d'assurer l'éducation des peuples constituants à la démocratie et à l'Etat de droit. Les nouvelles constitutions subliment de la

⁹⁸⁵ Voir *supra* (Partie I, Titre II, Chapitre II).

⁹⁸⁶ CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », *op. cit.*, p. 27.

sorte les symboles de la représentation pour être à l'image réelle de la liberté de peuples qui adoptent un texte en toute connaissance de cause. Toute internationalisation du pouvoir constituant originaire qui se matérialise par une substitution constituante n'équivaut donc qu'à un constitutionnalisme illusoire. Et ce, tant que le peuple ne se réapproprie pas l'acte constituant obtenu.

Dans sa mission d'organiser la paix et la démocratie dans un Etat, la constitution ne peut être effective que si elle est le fruit d'une volonté libre juridiquement et politiquement. Ce principe est intangible, y compris dans l'hypothèse d'un exercice atypique du pouvoir constituant originaire car en réalité, il n'y a pas d'opposition entre les objectifs juridiques et politiques dans la résolution constitutionnelle d'un conflit : il s'agit, dans les deux cas, d'asseoir efficacement un Etat pérenne. Seule subsiste l'opposition des méthodes, conformes ou pas au lien irréductible entre souveraineté et pouvoir constituant.

Seule la liberté et l'autonomie sont les vecteurs de l'exercice du pouvoir constituant originaire en tant que mise en œuvre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Toute contrainte extérieure exercée pour la prise de la décision constituante crée des difficultés non seulement politiques mais aussi juridiques. L'exercice libre du pouvoir constituant originaire par un peuple est le premier signe de la souveraineté d'un Etat. La nécessité de mettre fin à un conflit par toutes les méthodes possibles ne peut assurer l'efficacité d'une constitution si, le peuple ne considère pas avoir exercé librement son pouvoir constituant originaire. Le temps gagné en imposant une constitution n'est pas le gage d'une constitution respectée parce qu'elle fixe les règles d'un Etat pacifié. Une constitution n'est pérenne que si le pouvoir qui l'a instauré se superpose parfaitement au droit des peuples à témoigner constitutionnellement d'eux-mêmes.

Il devient nécessaire d'établir explicitement les principes devant prévaloir dans la résolution constitutionnelle des crises étatiques. Au même titre qu'un droit de l'ingérence humanitaire a émergé afin d'assurer la conciliation entre la souveraineté des Etats et le respect des droits de leurs citoyens, un « droit constitutionnel de la paix » est essentiel. Son objectif est d'empêcher que les impératifs politiques ne réduisent excessivement le sens et la portée des règles de droit. En effet, lorsqu'un Etat traverse une crise aggravée, le droit constitutionnel classique ne peut lui être appliqué. Toutefois, les peuples en présence ne doivent pas subir une internationalisation de la procédure constituante sans être en mesure

de participer effectivement à la restauration de l'Etat et de la souveraineté par un acte constituant à l'image de leurs aspirations politiques.

INDEX

- A-**
- accord interne internationalisé..... 27
accord de Bonn 72
actes unilatéraux
résolution 435 82, 89
Afghanistan 72
accord de Bonn 72
Loya Jirga 72
Allemagne..... 120, 134, 167, 274
Conférences de Londres 130
patriotisme constitutionnel 173
réunification..... 195, 198
assemblée constituante 95, 98, 102
Allemagne..... 145, 148, 194
Cambodge..... 95, 102
Japon..... 145
Namibie 95, 102
assistance constitutionnelle 24, 35, 42,
242
assistance constitutionnelle renforcée .. 76
autonomie constitutionnelle 36, 44
- B-**
- Bodin 219
Bosnie- Herzégovine
accords de Dayton 28
Bosnie-Herzegovine 153
Bosnie-Herzégovine .. 122, 128, 156, 160,
166, 194, 243, 274
accords de Dayton 129, 153, 167
Haut représentant.... 180, 181, 183, 245
Burkina Faso 44
- C-**
- Cambodge..... 28, 79, 83, 259
accords de Paris 28, 92
Accords de Paris 85
Chypre .28, 118, 129, 151, 168, 189, 246,
273
accords de Zurich 150, 167, 192
plan du 31 mars 2004 203
conférences internationales des Etats
en construction démocratique 38
déclaration de Managua..... 38, 58
déclaration de Manille 38
- consentement..... 13, 163, 166
constitution 12, 24, 266, 287, 288, 304
Côte d’ivoire..... 19, 21
Cuba 19
- D-**
- Dantzig, ville libre de..... 245
démocratie 39, 52, 56
démocratisation 37, 40, 56, 59
élection 53
élections libres..... 99
démocraties
élections..... 101
domaine réservé..... 33, 48, 261
droit 112, 354
méthodologie juridique 264, 280
droit constitutionnel de la paix .. 336, 353,
357, 364
droit à la paix..... 339, 349
intérêt général commun 349
paix démocratique 345
droit constitutionnel européen 298, 306
Convention 321
déclaration de Laeken..... 321
fédération..... 308, 318, 320, 323
pouvoir constituant européen . 320, 332
primauté, principe de..... 329
souveraineté européenne 326
traité établissant une constitution pour
l’Europe..... 299, 311, 316, 322, 327
droit des peuples à disposer d’eux-mêmes
..... 96, 99, 125, 127, 194, 273
droits de l’homme..... 337
- E-**
- égalité souveraine**, principe d'.... 47, 231,
248
Etat 301
Etat de droit 54
- F-**
- Failed states 30
fait..... 113
fiction ... 23, 234, 251, 254, 257, 260, 265

-G-
 garantie, système de..... 168, 181, 244
 Groupe de contact..... 122, 158, 160, 167,
 181

-I-
 internationalisation . 14, 16, 212, 215, 225
 internationalisation matérielle 48
 matérielle 31
 Irak..... 29

-J-
 Japon..... 121, 136, 167, 177, 274
 déclaration de Postdam..... 130, 134
 Tennô..... 134, 147

-N-
Namibie..... 79
 principes préconstituants du 12 juillet
 1982 86
 résolution 435 82, 89
Nigéria 43
 non ingérence, principe de..... 348
non-ingérence, principe de..... 47

-O-
 occupation..... 29
ONU 47, 49, 57, 73, 355
 bons offices..... 201
opérations de maintien de la paix..... 76
 opérations de maitien de la paix
 APRONUC 99
 ATNUTO..... 70
 GANUPT 99
 MANUA 73, 77
 MONUC 77
 organisations internationales 45
 organisations régionales 50
 principe d'effet utile 47
 principe de spécialité 46
 principe de subsidiarité..... 46

-P-
 phase constituante..... 143, 150, 160
 pouvoir constituant 241, 266, 267, 270

pouvoir constituant démocratique 60
 pouvoir constituant originaire 116
 pré-constitution..... 132, 137, 138, 156
 principe de subsidiarité..... 357

procédure constituante démocratique
 41, 64, 131
 Afrique du Sud 65
 Commonwealth 68
 Erythrée 65
 Kenya 66
 Rwanda..... 66

-R-
 reconstruction de l'Etat..... 22 *Voir* Droit
 constitutionnel de la paix
 Républiques sœurs..... 17, 18

-S-
 sciences politiques..... 279
 relations internationales.. 281, 283, 355
 souveraineté. 15, 217, 223, 234, 275, 278,
 291
 conditions d'exercice de la..... 17
 conditions essentielles d'exercice de la
 souveraineté..... 226, 229
 droit constitutionnel..... 218, 275
 droit international 260, 272
 droit international public 230
 indépendance 190, 247
 subsidiarité
 principe de 46
 substitution constituante.... 133, 142, 172,
 215, 217, 238, 240, 242, 246, 255, 258,
 260, 263, 271, 272, 274, 278, 285, 291

-T-
Timor Leste 69
 traités 243, 245
 accords de Dayton 28, 129, 153, 167
 accords de Paris 28, 92
 Accords de Paris..... 85
 accords de Zurich 150, 167, 192
 transfert de compétences 12, 13

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages, monographies, manuels

ACHILLEAS Philippe, *Chypre, L' UNFICYP*, Montchrestien, Paris, 2000, 196 p.

ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, traduit de l'anglais par SPITZ Jean-Fabien, Calmann-lévy, Paris, 1998, 434 p.

ANALIS T. Dimitri, *Chypre, opération Attila*, Editions anthropos, Paris, 1978, 205 p.

ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 758 p.

BADIE Bertrand, *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999, 304 p.

BADIE Bertrand, SMOUTS Marie-Claude, *Le retournement du monde, Sociologie de la scène internationale*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris, 1992, 248 p.

BAGUENARD Jacques, *L'Etat, une aventure incertaine*, Ellipses, Paris, 1998, 157 p.

BARREA Jean, *Théories des relations internationales, La grammaire des événements*, Artel, Louvain-la-Neuve, 1994, 335 p.

BATTISTELLA Dario, *Théories des relations internationales*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Mayenne, 2003, 511 p.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, 512 p.

BECKER Jean-Jacques, *Le traité de Versailles*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 2002, 127 p.

BELAOUANE-GHERARI Sylvie, GHERARI Habib, *Les organisations régionales africaine*, La documentation française, Paris, 1988, 471 p.

BENNOUNA Mohamed, *Le consentement à l'ingérence militaire dans les conflits internes*, LGDJ, Paris, 235 p.

BERNARDI Bruno, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 2003, 128 p.

BETTATI Mario, *Le droit d'ingérence, mutation de l'ordre international*, Editions Odile Jacob, 1996, 384 p.

BLANC Pierre, *La déchirure chypriote*, Géopolitique d'une île divisée, L'Harmattan, Paris, 2000, 287 p.

BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Editions apogée, Rennes, 2001, 476 p.

BLIN Arnaud, *Géopolitique de la paix démocratique*, Editions Charles Léopold Mayer, Paris, 2001, 233 p.

BLONDY Alain, *Chypre*, PUF, Que sais-je ?, N° 1009, Paris, 1998, 127 p.

BODIN Jean, *Les six livres de la République*, Scientia Aalen, Paris, 1961, 1060 p.

BOIDEVAIX Francine, *Une diplomatie informelle pour l'Europe. Le groupe de contact*, Fondation pour les Etudes de défense, Paris, 1997, 192 p.

BOISSEAU DU ROCHER Sophie, *L'ASEAN et la construction régionale en Asie du Sud-Est*, L'Harmattan, Paris, 1998, 306 p.

BOUGAREL Xavier, *Bosnie anatomie d'un conflit*, La découverte, Paris, 1996, 175 p.

BOULAD-AYOUB Josiane, BONNEVILLE Luc (sous la direction), *Souverainetés en crise*, L'Harmattan, Paris, 2003, 569 p.

BOUTHOU L Gaston, *La paix*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1974, 128 p.

BRAULT Philippe, RENAUDINEAU Guillaume, SICARD François, *Le principe de subsidiarité*, La documentation française, Paris, 2005, 111 p.

BURDEAU Georges, *La démocratie*, Editions du Seuil, Paris, 1978, 185 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Présentation de l'univers politique*, Tome I, *Société, politique et droit*, Volume I, LGDJ, Paris, 1980, 483 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique, L'Etat*, Tome III, LGDJ, Paris, 1980, 733 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Tome IV, LGDJ, Paris, 1984, 648 p.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, THIERRY (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2002, Paris, p. 59-82.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, Paris, 2001, 490 p.

CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, Editions du Seuil, Paris, 2002, 407 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, Recueil Sirey, Paris, 1920, 837 p.

CARREAU Dominique, *Droit international public*, Pédone, Paris, 2001, 688 p.

CASSIRER Ernst, *Le mythe de l'Etat*, Gallimard, Saint- Amant, 1993, 402 p.

CATALA M., LESCURE J.C., NOUIAILHOT Y-H, TRAVIER J., WAHL A., *Démocraties occidentales et bouleversements de l'histoire de 1918-1989, Etats-Unis, Allemagne, Royaume Uni, Espagne, Italie*, Sedes, Paris, 1999, p. 102 et s.

CHALVIDAN Pierre-Henri, WEISS Pierre, BIGAUT Christian, *Culture générale 2, Modernité, Crise de l'Etat*, Union européenne, Eyrolles, Paris, 1992, 176 p.

CHEMILLIER- GENDREAU Monique, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Editions la découverte, Paris, 1995, 382 p.

CHRISTAKIS Théodore, *L'ONU, le chapitre VII et la crise yougoslave*, Montchrestien, Paris, 1996, 231 p.

CHRISTAKIS Théodore, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La documentation française, Paris, 1999, 676 p.

CHRYSOSTOMIDES Kypros, *The Republic of Cyprus, A study in international law*, Martinus Nijhoff publishers, Hollande, 2000, 627 p.

CLERGERIE Jean-Louis, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, Paris, 1997, 126 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international Public*, Montchrestien, Paris, 2004, 809 p.

CORTEN Olivier et DELCOURT Barbara, *Droit, légitimation et politique extérieure: l'Europe et la guerre du Kosovo*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2000, 310 p.

COSSERON Serge, *Des Allemagne à l'Allemagne?* Hatier, Paris, 1993, 79 p.

COT Jean, *Demain la Bosnie*, L'Harmattan, Paris, 1998, 175 p.

COT Jean (sous la direction), *Dernière guerre balkanique? Ex-Yougoslavie : témoignages, analyses, perspectives*, L'Harmattan, Paris, 1996, 253 p.

COT Jean-Pierre, PELLET Alain (*dir*), *La charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Editions Economica, Paris, 1985, 1553 p.

DAEMS Alain, NOLASCO Patricio, PÄYE Olivier, SCHAUSS Annemie, *A la recherche du nouvel ordre mondial –II. L'ONU : mutations et défis*, Editions Complexe, Bruxelles, 1993, 183 p.

DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2002, 1507 p.

DARNTON Robert, DUHAMEL Olivier (*dir*), *La démocratie*, Editions du Rocher, Paris, 1998, 347 p.

DAVID Charles-Philippe, *La consolidation de la paix, L'intervention internationale et le concept des casques blancs*, L'harmattan, Paris, 1997, 152 p.

DE BECHILLON Denys, *Hiérarchie des Normes et Hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996, Paris, 577 p.

DELPEREE Francis (sous la direction), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Paris, 2002, 538 p.

DE MATTEI Roberto, *La souveraineté nécessaire : réflexions nécessaire sur la déconstruction de l'Etat et ses conséquences pour la société*, François-Xavier de Guibert, Paris, 2000, 199 p.

DELCOURT Barbara et CORTEN Olivier, *Ex-Yougoslavie : droit international, politiques et idéologies*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1997, 202 p.

DE SENARCLENS, *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Armand Colin, Paris, 1998, 218 p.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Economica, Paris, 1999, 919 p.

DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, *L'OUA à l'aube du XXI^e siècle : bilan, diagnostic et perspectives*, LGDJ, Paris, 1995, 411 p.

DRAGOT Roland (dir), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Dalloz, Paris, 1996, 74 p.

DREVET Jean-François, *Chypre, île extrême. Chronique d'une Europe oubliée*, Syros-Alternatives, Paris, 1991, 333 p.

DUFOUR Frédérick-Guillaume, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, Liber, Québec, 2001, 230 p.

DUFRAISSE Roger, *Napoléon*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1987, 127 p.

DUGUIT Léon, *L'Etat les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, Paris, 774 p.

DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Albert Fontemoing, Paris, 1901, 623 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome I : Théorie générale de l'Etat*, Fontemoing et Compagnie, Paris, 1911, 570 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome I : La règle de droit – Le problème de l'Etat*, E. de Broccard, Paris, 1927, 763 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome II : Théorie générale de l'Etat*, E. de Broccard, Paris, 1927, 888 p.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002, 787 p.

DUPUY René Jean, *Dialectiques du droit international, Souveraineté des Etats, Communauté internationale et droits de l'humanité*, Editions Pédone, Paris, 1999, 371 p.

Etudes de droit japonais, Centre français de droit comparé société de législation comparée, Cahors, 1989, 582 p.

FARÇAT Isabelle, *L'Allemagne de la conférence de Postdam à l'unification*, Minerve, Indre, 1992, 286 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, Ghevonitan Richard, Mestre Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 7^e édition, Paris, 2004, 931 p.

FOMERAND Gérard, *Crise des valeurs et mutation de l'Etat, Vers une alternative locale ?*, Loysel, Paris, 197 p.

FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1987, 542 p.

FRITSCH Bournazel, *L'Allemagne depuis 1945*, Hachette, Paris, 1997, 249 p.

FUKASE Tadakazu et HIGUCHI Yoichi, *Le Constitutionnalisme et ses problèmes au Japon. Une approche comparative*, PUF, Paris, 1984, 348 p.

FUSILIER Raymond, *Les pays nordiques (Danemark, Finlande, Norvège, Suède, Islande)*, LGDJ, Paris, 1965, 295 p.

GAILLARD Maurice, *Démocratie cambodgienne. La constitution du 24 septembre 1993*, L'Harmattan, Paris, 1994, 186 p.

GIGNOUX Claude-Joseph, *La Suisse*, LGDJ, Paris, 1960, 163 p.

GIANSILY Jean-Antoine, *L'Union européenne et la crise yougoslave. Illusions et réalités*, Denoël, Paris, 1999, 206 p.

GLEGLE-AHANHANZO Maurice, *Introduction à l'organisation de l'unité africaine et aux organisations régionales africaines*, LGDJ, Paris, 1986, 574 p.

GODE Pierre, *Volonté et manifestations tacites*, PUF, Paris, 1977, 275 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, Paris, 1989, 310 p.

GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1986, 323 p.

GRAWITZ Madeleine, LECA Jean, *Traité de sciences politiques, 1- La science politique, science sociale, l'ordre politique*, Puf, Paris, 1985, 723 p.

GREWE Constance, *Le système politique ouest-allemand*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1986, 127 p.

GROS ESPIELL Hector, *Le droit à l'autodétermination, Applications des résolutions de l'ONU*, Nations unies, New York, 1979, 82 p. (E/ CN.4/ Sub.2/405/Rev.1)

GROSSER Alfred, *La République fédérale d'Allemagne*, PUF, Que sais-je ?, 1069, Paris, 1992, 127 p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, 551 p.

HABERMAS Jürgen, *Ecrits politiques, Culture, droit, histoire*, Les Editions du Cerf, Paris, 1990, 263 p.

HAENEL Hubert, SICARD François, *Enraciner l'Europe*, Le Seuil, Paris, 2003, 183 p.

HALPERIN Morton H., SCHEFFER David J., SMALL Patricia L., *Self-determination in the new world order*, Carnegie Endowment for international Peace, Washington D.C., 177 p.

HAROUEL Jean-Louis, *Les Républiques soeurs*, Puf, Que sais-je ?, Paris, 1997, 126 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1929, 759 p.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit, le pouvoir l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud et gay, Paris, 1986, 191 p.

HELLEGERS Dale M., *We, the Japanese people, World war II the origins of the Japanese constitution*, Volume two and two, Tokyo, Stanford University Press, Stanford, California, 2001, 826 p.

HOFFMAN Stanley, *L'Amérique vraiment impérialiste?, Entretiens sur le vif avec Frédéric Bozo*, Louis Audibert, Paris, 2003, 174 p.

HOFNUNG Thomas, *Désespoirs de paix. L'ex-Yougoslavie de Dayton à la chute de Milosevic*, Atlantica, Anglet, 2001, 347 p.

HOOK Glenn D., McCormack Gavan, *Japan's Contested Constitution, Documents and analysis*, The Sheffield centre for Japans studies, Routledge series, London and New-York, 2001, 212 p.

IVAINIER Théodore, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, L.G.D.J, Paris, 1988, 361 p.

JOUVE Edmond, *Le droit des peuples*, Que sais-je? n° 2315, PUF, Paris, 1992, 127 p.

KELSEN Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Recueil Sirey, Paris, 1932, 121 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, 496 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Puf, 1996, Paris, 604 p.

KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, Paris, 217 p.

KOLB Robert, *Théorie du ius cogens international, Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, 399 p.

KREBS Gilbert, Schneilin Gérard (Dir.), *L'Allemagne 1945-1955, De la capitulation à la division*, Presses de la Sorbonne Nouvelle, Asnières, 1996, 319 p.

LABOUZ Marie-Françoise, « L'ONU et la Corée, recherche sur la fiction en droit international public », Les Publications universitaires de Paris, Paris, 1980, 381 p.

LACORNE Denis, *L'invention de la république : le modèle américain*, Hachette, 1991, Paris, 319 p.

LAGRANGE Evelyne, *Les opérations de maintien de la paix et le Chapitre VII de la charte des Nations unies*, Montchrestien, Paris, 1999, 181 p.

La paix séparée en ex-Yougoslavie, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 169 p.

LAVELLE Pierre, *La pensée politique du Japon contemporain*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1990, 128 p.

Les Nations Unies et le Cambodge (1991-1995), Publications des Nations Unies, Etats-Unis, 361 p.

MARTIN Michel Louis (dir), *Les nouvelles constitutions des pays francophones du sud, Textes et analyses*, Vol. 3, *Le Maghreb (Algérie, Maroc, Mauritanie, Tunisie et Liban)*, L'Hermès, Paris, 1998, 135 p.

(de) MATTEI Roberto, *La souveraineté nécessaire, Réflexions sur la déconstruction de l'Etat et ses conséquences pour la société*, François-Xavier de Guibert, Paris, 2000, 199 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH B., LEVY ULLMANN H., *La vie juridique des peuples, Roumanie*, Librairie Delagrave, Paris, 1933, 452 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH B., LEVY ULLMANN H., *La vie juridique des peuples, Suisse*, Librairie Delagrave, Paris, 1935, 435 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle (avec les textes constitutionnels)*, Vol. 1, Librairie Delagrave, Paris, 1938, 336 p.

(de) MONTBRIAL Thierry (sous la direction), *Observation et théorie des relations internationales I*, Institut français des relations internationales, Paris, 2000, 160 p.

(de) MONTBRIAL Thierry (sous la direction), *Observation et théorie des relations internationales II*, Institut français des relations internationales, Paris, 2001, 204 p.

MOREAU DEFARGES Philippe, *La « Constitution » européenne en question*, Editions d'organisation, Paris, 2004, 151 p.

MIAILLE Michel, *L'Etat du droit, introduction à une critique du droit constitutionnel*, Presse universitaire de Grenoble, Alençon, 1980, 275 p.

MILLON-DELSOL Chantal, *Le principe de subsidiarité*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1993, 127 p.

MILLON-DELSOL Chantal, *L'Etat subsidiaire*, PUF, Paris, 1992, 232 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Vol.1, Librairie Delagrave, Paris, 1938, 336 p.

MOITRY Jean-Hubert, *Le droit japonais*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1988, 125 p.

MOULIER Isabelle, *Namibie, GANUPT (1989-1990)*, Editions Pédone, Paris, 2002, 230 p.

MUDRY Thierry, *Histoire de la Bosnie-Herzégovine*, Ellipses, Paris, 1999, 431 p.

NEGRI Antonio, *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, Paris, 1997, 447 p.

NICOLET Claude, *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Gallimard, Paris, 1982, 512 p.

OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1999, 156 p.

PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998, 262 p.

PERES Rémi, *Chronologie de l'Allemagne au XX ème s.*, Histoire des faits économiques politiques et sociaux, Paris, 2000, p 97.

PERNICE Ingolf, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pédone, Paris, 2004, 93 p.

PIETRI Nicole, *L'Allemagne de l'Ouest (1945-1969), Naissance et développement d'une démocratie*, SEDES, Paris, 1987, 291 p.

PLANTEY Alain, *La négociation internationale au XXIe siècle*, CNRS Editions, Paris, 2002, 783 p.

PONCINS Etienne, *Vers une constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitutionnel établi par la Convention européenne*, 10/18, Paris, 2003, 527 p.

REUTER Paul, *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, 1995, Paris, 643 p.

REUTER Paul, *Introduction au droit des Traités*, PUF, 1985, Paris, 251 p.

ROCHE Jean-Jacques, *Théories des relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2001, 158 p.

RUANO-BORBALAN Jean Claude, CHOC Bruno (sous la direction de), *Le pouvoir, Des rapports individuels aux relations internationales*, Sciences Humaines Editions, Auxerre, 2002, 310 p.

RIDEAU Joël (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit, continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, 513 p.

RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Maison F.Larcier, Bruxelles, 1985, 335 p.

ROSENVALLON Pierre, *La crise de l'Etat providence*, Seuil, Paris, 1981, 190 p.

ROTH François, *Petite histoire de l'Allemagne au XXeme siècle*, Armand Colin, Paris, 2002, 162 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Bordas, Paris, 1985, 254 p.

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2004, 480 p.

RUYSSSEN Théodore, *Les sources doctrinales de l'internationalisme, Des origines à la paix de Westphalie, Tome I*, PUF, Paris, 1958, 500 p.

RUYSSSEN Théodore, *Les sources doctrinales de l'internationalisme, De la paix de Westphalie à la révolution française, Tome II*, PUF, Paris, 1958, 646 p.

SARBIER Sandrine, *Cambodge (1991-1993), MIPRENUC, APRONUC*, Monchrestien, Paris, 1999, p. 87 et s.

SATCHIVI A. Francis Amakoué, *Le déclin de l'Etat en droit international public*, L'Harmattan, Paris, 2001, 316 p.

SCHEMEIL Yves, *La science politique*, Armand Colin, Paris, 2004, 185 p.

SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Puf, Paris, 1993, 576 p.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, Editions Gallimard, Paris, 1988, 182 p.

SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Quadrige/ Puf, 1982, Paris, 93 p.

SOBOUL Albert, *Le Premier Empire*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1973, 126 p.

SOLIOZ Christophe et Dizdarevic Svebor André (sous la direction), *La Bosnie-Herzégovine : enjeux de la transition*, L'Harmattan, Paris, 2003, 159 p.

STARCK Christian, *La Constitution cadre et mesure du droit*, Economica, Paris, 1994, 195 p.

STARCK Christian, HAMON Léo, Ben ACHOUR Yadh, COLOMER VIADEL Antonio, TOPORNIN Boris (Académie internationale de droit constitutionnel), *La suprématie de la constitution*, Les éditions Toubkal, Tunis, 1987, 337 p.

TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2003, 609 p.

TELO Mario (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, 368 p.

TELO Mario (dir.), *L'Union européenne et ses défis de l'élargissement*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1992, 368 p.

TELO Mario (dir.), *Vers une nouvelle Europe ?*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1992, 561 p.

TOMUSCHAT Christian, *Modern law of self-determination*, Martinus nijhoff publishers, Hollande, 1993, 347 p.

TOURET Bernard, *L'aménagement constitutionnel des Etats de peuplement composite*, Presse universitaire de Laval, Québec, 1973, 259 p.

TOUSCOZ Jean, *La Constitution de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 186 p.

TREVES Renato, *Sociologie du droit*, PUF, Paris, 1995, 273 p.

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, 358 p.

TULARD Jean, *Le Premier Empire*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1992, 125 p.

TULARD Jean (*sous la direction de*), *Les Empires occidentaux de Rome à Berlin*, PUF, Paris, 1997, 503 p.

TZETAN Todorov, *Le nouveau désordre mondial, Les réflexions d'un européen*, Robert Laffont, Paris, 2003, 111 p.

URIBE VARGAS Diego, *La troisième génération des droits de l'homme et la paix*, Coopérative d'informations et Editions Mutualiste, Paris, 1985, 83 p.

VANDAMME Jacques et Mouton Jean-Denis (eds), *L'avenir de l'Union européenne : élargir et approfondir*, Presses inter universitaires européennes, Bruxelles, 1995, 223 p.

(de) VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, 279 p.

WAHL Alfred, *Histoire de la République Fédérale d'Allemagne*, Armand Colin, Paris, 2000, 205 p.

ZILLER Jacques, *La nouvelle Constitution européenne*, La découverte, Paris, 121 p.

ZORGBIBE Charles, *La paix*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1984, 126 p.

II- Thèses et mémoires

CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ, Paris, 2000, 606 p.

DESRUMAUX Nicolas, *La charte des droits fondamentaux*, Mémoire de DEA de droit international et communautaire, Lille II, 2002, 237 p.

EL SHAWI Mundhir, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, thèse, 1961, Toulouse, 219 p.

GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, modes de formations et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union Européennes*, thèse, Editions de l'université de Bruxelles, 1997, 425 p.

HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Thèse, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, PUF, Paris, 2004, 333 p.

HERAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Thèse, Université de Toulouse, Sirey, Paris, 1946, 490 p.

JACOBÉ de NAUROIS Etienne, *Le protectorat, Théorie générale et applications aux protectorats français*, Thèse, Université de Toulouse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1910, 136 p.

KARAMANOGLU Naci Aydan, *Le problème chypriote*, Mémoire de DEA de droit international public, Nancy II, 1996, 187 p.

LE FUR Louis, *Etat fédéral et confédération d'Etat*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, thèse, Paris, 1896, 839 p.

LEVENEUR Laurent, *Situations de fait et droit privé*, thèse, L.G.D.J, Paris, 1990, 490 p.

MAULIN Eric, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, thèse, Paris II, PUF, Paris, 2003, 344 p.

PETIT Emile, *Des effets du protectorat relativement à la souveraineté intérieure de l'Etat protégé*, thèse, Université de Poitiers, Imprimerie Blais et Roy, Poitiers, 1900, 144 p.

PIERRE-CAPS Stéphane, *Nations et peuples dans les constitutions modernes*, thèse, Nancy II, 1986, 948 p.

PRUNIER Cédric, *Les éléments constitutionnels dans les accords de paix internationalisés contemporains. A travers quatre grandes crises : Bosnie-Herzégovine , Cambodge, Rwanda et Salvador*, Mémoire DEA droit international public, Université de Nancy II, 1996-1997, 170 p.

ROTSCHILD Claude, *Le rôle du SPD dans l'élaboration de la Loi fondamentale*, Mémoire, Sciences politiques, Paris, 1970, 142 p.

SCHMITZ Thomas, *L'intégration dans l'Union supranationale. Le modèle européen d'organisation du processus d'intégration géo-régionale et ses implications juridiques et théoriques*, Baden-baden, 2001. Résumé traduit par Hélène Lepoivre (www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz).

SEIFEDDINE Mahmoud Ahmad, *La mutation du régime constitutionnel au Liban, Tentative d'une classification du régime actuel*, Mémoire DEA droit public, Université de Nancy II, 2000-2001, 151 p.

TOURARD Hélène, *L'internationalisation des constitutions nationales*, thèse, LGDJ, Paris 2000, 724 p.

ZIMMER Willy, *La réunification allemande contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille II, 1994, 494 p.

III- Articles – Revues, Mélanges

ADES Brigitte, « Entretien avec Mohammed Zaher Shah, Afghanistan : l'unité retrouvée ? », *Politique internationale*, n° 94 - hiver, 2001-2002, p 9.

AGO Roberto, « Science juridique et droit international », *RCADI*, 1956, II, p. 851.

AINSA Fernando, « Droit d'ingérence : un point de vue latino-américain sur les justifications et les limites du droit d'ingérence » in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}*, Karel Vasak *amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 47.

ALLAND Denis, « Consécration d'un paradoxe, la primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1194.

AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 7.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, « Le domaine réservé, l'organisation internationale et le rapport entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1990- VI, vol. 225 p 9-424.

ARNAUD André-Jean, « Essai d'une définition stipulative du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 11.

AUTEXIER Christian, « Le traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand », *RFDC*, 1992, p. 625.

AUTEXIER Christian, « Mille neuf cent quatre-vingt-dix : la réunification de l'Allemagne sous la loi fondamentale », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 589.

AVRIL Pierre, « Le cadre et le tableau », *RFDC*, 2000, p. 501.

BARANGER Denis, « Temps et constitution », *Droits*, vol 30, 1999, p. 45.

BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, T. IV, p. 471.

BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération », *RDP*, 1998, p. 83.

BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht ; Remarques sur la méconnaissances de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1045.

BEAUD Olivier, « Le souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 33.

BEDJAOUI Mohammed, THIERRY Hubert, « Avenir du droit international », *in* BEDJAOUI Mohammed, *Droit international : bilan et perspectives*, Tome 2, Editions Pédone, Paris, 1991, p. 1305.

BELL John, « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 107.

BENOIT-ROHMER Florence, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Dalloz*, 2001 I, p 1483.

BERLIA Georges, « L'élaboration de la Constitution par l'Assemblée Nationale Constituante », *RDP*, 1946, p.145.

BIENVENU Jean-Jacques, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, vol. 28, 1999, p. 3.

BOUTROS-GHALI Boutros, « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation », *RCADI*, 2000 (286), p. 17.

BRAIBANT Guy, « La charte des droits fondamentaux », *Droit social*, 2001, p. 69.

CADOUX Charles « La République de Namibie. Un modèle constitutionnel pour l'Afrique Australe ? », *RDP*, 1992, p. 5.

CAHIN Gérard, « L'action internationale au Timor oriental », *AFDI*, 2000, p. 139.

CAHIN Gérard, « Les Nations Unies et la construction de la paix en Afrique : entre désengagement et expérimentation », *RGDIP*, 2000, p. 73.

CALVES G., PERRON C., « Militant de la démocratie », Entretiens avec Guy Carcassonne, *Critique internationale*, n° 24, Juillet 2004, p. 179.

CARCASSONNE Guy, « Société de droit contre état de droit », Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, Paris, 1996, p. 37.

CARRILLO-SALCEDO Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des Etats », Cours général de droit international public, *RCADI*, 1996, vol. 257, p. 35.

CASSIA Paul, « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, n°12, décembre 2004, p. 6.

CASSIA Paul, « La Constitution européenne porte atteinte... pardon, ne porte pas atteinte à la Constitution espagnole ! », *Europe*, n°2, février 2005, p. 3.

CAYLA Olivier, « Le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 3.

CHALTIEL Florence, « Le pouvoir constituant marque contemporaine de souveraineté, A propos du refus présidentiel de révision constitutionnelle », *Dalloz*, Chronique, 2000, p. 225.

CHALTIEL Florence, « Propos sur l'idée de constitution européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°463, Décembre 2002, p. 650.

CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *Les petites affiches*, 22 janvier 2003, p. 6.

CHALTIEL Florence, « Une constitution pour l'Europe, An I de la République européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 471, Septembre 2003, p. 493.

CHANTEBOUT Bernard, « La constitution namibienne du 9 février 1990. Enfin un vrai régime présidentiel ! », *RFDC*, 1990, p. 539.

CHAUMONT Charles, « Cours générale de droit international public », *RCADI*, 1970-I, p. 339.

CHAUMONT Charles, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *Annuaire du tiers monde*, 1976, p. 15.

CHAUMONT Charles, « Mort et transfiguration du *jus cogens*, in L'Etat moderne horizon 2000, Aspects internes et externes », Mélanges offerts à P. F. Gonidec, LGDJ, Paris, 1985, p. 469.

CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 114-150.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « L'Etat de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, Paris, p. 57.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, Droit international, Sirey, 1987, p. 153.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP*, 2001, p. 373.

CHEVALLIER Jacques, « Droit, Ordre, Institution », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 19.

CHEVALIER Jacques, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, p. 313.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *La protection internationale des droits de l'homme : Europe, Documents d'études*, Documentation française n°3.05, édition 2002, p. 52.

COLARD Daniel, « De l'universalité des droits de l'homme au droit à la sécurité démocratique », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}*, Karel Vasak *amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 127.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 47.

COMBACAU Jean, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, p. 113.

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archive Philosophique du Droit*, t.31, 1986, p. 85.

CONAC Gérard, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », in *Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 25.

CONFORTI Benedetto, « Le rôle de l'accord dans le système des nations unies », *RCADI*, 1974-II, p. 209.

CORNU Gérard, « Le visible et l'invisible », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 27.

D'ASPREMONT Jean, « La création internationale d'Etats démocratiques », *RGDIP*, 2005-4, p. 889.

DEHOUSSE Renard, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, n°96, Janvier 2001, p. 19.

DELBEZ Louis, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 5.

DE VISSCHER Charles, « Méthode et système en droit international », *RCADI*, 1973-I, p. 75.

DE VISSCHER Paul, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1972, T. II, p. 1.

DE WET Erika, "The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary laws", *EJIL*, vol.15, 2004, p. 96.

DE WITTE Bruno, « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, n°14, p. 87.

DELPERE Francis, « La Belgique et l'Europe », *RFDC*, 1992, p. 643.

DEPREY Jean, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *Revue de recherche juridique, droit prospectif*, 1997-3 p. 799.

DUPUY René-Jean, « La contribution de l'académie au développement du droit international », *RCADI*, 1973-I, p. 51.

EMERI Claude, « L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *RFDC*, 1992, p. 27.

ENGEL Pascal, « La quasi-réalité des valeurs et des normes », *Droits*, vol. 18, 1993, p. 99.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne », *RFDC*, 1992, p. 389.

FAVOREU Louis, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP*, 1993, p. 39.

FERRERES COMELLA Victor, « Souveraineté nationale et intégration européenne dans le droit constitutionnel espagnol », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, p. 106.

FERRY Jean-Marc, « Une approche philosophique de la rationalité juridique », *Droits*, vol. 18, 1993, p. 89.

FEVRIER Jean-Marc, « Sur l'idée de légitimité », *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 2002-1, p. 367.

FILIBECK Giorgio, « Le droit de l'homme à la paix dans l'enseignement de l'église catholique », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}*, Karel Vasak *amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 199.

FRANÇOIS Bastien, « Maastricht, la Constitution et la politique. Brèves considérations sur la dimension symboliques des révisions constitutionnelle », *RFDC*, 1992, p. 469.

FROMONT Michel, « Les techniques juridiques utilisées pour l'unification de l'Allemagne », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 579.

FUKASE Tadakazu, « Théorie et réalités de la formule constitutionnelle japonaise de renonciation à la guerre », *RDP*, 1963, p. 1109.

FUKASE Tadakazu, « Le fonctionnement de la Constitution japonaise de 1946 », *Revue international de droit constitutionnel*, 1959, II, p. 24.

GAETANO Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé » *Revue des cours de l'Académie de droit de la Haye*, 1990- VI, vol. 225, p. 1.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le Plan Schuman et la Constitution belge », *Revue de l'université de Bruxelles*, n°1, 1951-1952, p. 4.

GAUDEMET P. M., « Le règlement et les méthodes de travail de l'Assemblée Nationale Constituante », *RDP*, 1946, p. 86.

GAUDEMET Jean, « *Dominium-Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 1995, n° 22, p. 3

GOUNELLE Max, « La démocratisation politique publique internationale » in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert Thierry, Editions Pédone, Paris, 1998, p. 201.

GIRAUD Emile, « Le rejet de l'idée de souveraineté, l'aspect juridique et l'aspect politique de la question », in *La technique et les principes du droit public*, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, T. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 253.

GIRAUD Jean-Guy, « Miracle à Philadelphie », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 453, Décembre 2001, p. 655.

GOMEZ ROBLEDOS A., « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, 1982, vol. 172, p. 9.

GOUAUD Christiane, « Le projet de constitution européenne », *RFDC*, 1995, n° 22, p. 287.

GOUNELLE Max, « La démocratisation, politique publique internationale », in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert Thierry, Editions Pédone, Paris, 1998, p. 201.

GOY Raymond, « L'indépendance de la Namibie », *AFDI*, 1991, p. 387.

GOY Raymond, « L'indépendance de l'Erythrée », *AFDI*, 1993, p. 337.

GUASTINI Riccardo, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, p. 119.

GRAF VIZTHUM Wolfgang, « Penser la Bosnie-Herzégovine. Une démocratie pluriethnique et un contrôle juridique paradigmatique? », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2004, p. 1247.

HAMON Léo, « Une lettre sur la théorie de la constitution de Carl Schmitt », *Droits*, vol. 19, 1994, p. 153.

HANNOUN Charley, « Les fictions en droit économique », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 83.

HAQUET Arnaud, « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs*, n° 94, 2000, p. 141.

HAYDEN Robert M., “Why political union cannot be imposed by foreign powers. Bosnia: the contradictions of “Democracy” without consent”, *East European Constitutional Review*, Volume 7 Number 2, Spring 1998.

HÖFFE Otfried, « La justice qui définit le droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 35.

HOFFMANN-MARTINOT V., UTERWEDDE H., « Le fédéralisme à l'épreuve », *Pouvoirs*, n°66, 1993, p. 51.

HUET Véronique, « La première Constitution du Timor oriental », *RFDC*, n° 56, Octobre 2003, p. 865.

HUMMEL Jacky, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits*, vol. 28, 1998, p. 71.

ISOART Paul, « La difficile paix au Cambodge », *AFDI*, 1990, p. 267.

ISOART Paul, « L'organisation des Nations Unies et le Cambodge », *RGDIP*, 1993, p. 645.

JACKSON John H., “Sovereignty-modern: a new approach to an outdated concept”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, n°4, October 2003, Published by the American Society of International Law, p. 782 et s.

JACQUE Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°463, Décembre 2002, p. 661.

JACQUE Jean-Paul, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne » in ROSSI Lucia Serena (sous la direction de), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne- Le projet de traité constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 47.

JAUME Lucien, « Autour de Hobbes : Représentation et fiction », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 95.

JOUANJAN Olivier, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^{ème} siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, vol. 28, 1998, p. 47.

KAMTO Maurice, « L'accession de la Namibie à l'indépendance » *RGDIP*, 1990, p. 577.

KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, T. IV, p. 227.

KLEIN Claude, « Les problèmes constitutionnels de l'Etat d'Israël et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *RDP*, 1969, p. 1105.

KOLB Robert, « Théorie du *ius cogens* international », *Revue belge de Droit international*, vol. XXXVI, 2003-1, p 5 et s.

KOPELMANAS Lazare, « Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la Constitution de la ville libre », *RGDIP*, 1936, p. 437.

KOVAR Jean-Philippe, « Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004 : rapport entre droit communautaire et droit national » *Revue trimestrielle de droit européen*, juillet- septembre 2004, p. 587.

LAGRANGE Evelyne, « Le Conseil de sécurité des Nations unies peut-il violer le droit international ? », *Revue belge de droit international*, 2004-2, p. 568.

LAMAIRE Irénée, « La Constitution centrifuge », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 321.

LAVIEILLE Jean-Marc, « Les rapports entre les droits de l'homme, le développement et la paix », *RTDH*, Juillet 1990, p. 211.

LAUVAUX Philippe, « Existe-t-il un modèle constitutionnel européen ? », *Droits*, 1991, n°14, p. 49.

LEBEN Charles, « A propos de la nature juridique des communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14, p. 61.

LEBEN Charles, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits*, 1987, n°5, p. 121.

LEBEN Charles, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le cours général de Pierre-Marie Dupuy [*R.C.A.D.I.*, 2002, tome 297], *R.G.D.I.P.*, 2005-1, p. 75.

LE FUR Louis, « Volonté générale et collaboration ; Leur rôle dans le droit international public » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 349.

LEISNER Walter, « L'Etat de droit – une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Edition Cujas, Paris, 1975, p.64 et s.

LEYTE Guillaume, « *Imperium et Dominium* chez les glossateurs », *Droits*, 1995, n° 22, p. 19.

LIMBACH Jutta, “The concept of the supremacy of the Constitution”, *The modern law review*, vol. 64, n° 1, janvier 2001, p. 1.

LOEWENSTEIN Karl, «Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une Epoque Révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions », *Revue française de Science politique*, 1952, p 5-24, p. 312-324.

LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC*, 2000, p. 451.

LUCIANI Massimo, « La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne », *RFDC*, 1992, p. 662.

MALENOVSKÝ Juri, « 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 », *AFDI*, 1999, p. 29.

MAKOWSKI Julien, « La situation juridique du territoire de la ville libre de Dantzig », *RGDIP* 1923, p. 169.

MARTIN Raymond, « Personne et sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 785.

MAYOR Federico, « Le droit de l'être humain à la paix », in *Paix, développement, démocratie*, Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1998, Vol. 2, p. 1231.

MAUS Didier, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p. 87.

MAZIAU Nicolas, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *Les cahiers du Conseil constitutionnelle*, n° 11 mars- septembre 2001, p. 30.

MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste » », *RGDIP*, 2002, n°3, p. 549.

MAZIAU Nicolas, « Le contrôle de constitutionnalité des constitutions de Bosnie-Herzégovine. Commentaire de décisions de la Cour constitutionnelle, Affaire n° 5/98 Alija Izetbegovic », *RFDC*, 2001, p. 194.

MAZIAU Nicolas, « Cinq ans après, le traité de Dayton-Paris à la croisée des chemins : succès incertains et constat d'échec », *AFDI*, 1999, p. 181.

MBONGO Pascal, « La banalisation du pouvoir constituant », *Recueil Dalloz*, 2004, n°35, p. 2507.

MEBIAMA Guy, « Les traités et accords internationaux dans la Constitution congolaise du 20 janvier 2002 », *Revue juridique et politique (Etats francophones)*, Juillet-Septembre 2003, N°3, Editions Juris Africa, Paris, p. 351 et s.

MERLE Marcel, « Le droit international et l'opinion publique », *RCADI*, 1973-I, p. 372.

MIELE Mario, « Les organisation internationales et le domaine constitutionnel », *RCADI*, 1970-III, p. 319.

MIRANDA Jorge, « La Constitution portugaise et le traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 679.

MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La communauté internationale*, Mélanges offerts à Charles Rousseau, Edition Pédone, Paris, 1974, p. 153.

MORELLET Jean, « Le principe de la souveraineté de l'Etat et le droit international public », *RGDIP*, 1926, p. 104.

MOUELLE KOMBI Narcisse, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », *Revue juridique et politique (Indépendance et coopération)*, Janvier-Mars 2003, N° 1, Editions Juris Africa, Paris, p. 5.

MOUTON Jean-Denis, « La notion d'Etat et le droit international public », *Droits*, 1992, n°16, p. 45.

MOUTON Jean-Denis, « La crise rwandaise de 1994 et les Nations Unies », *AFDI*, 1994, p. 214.

NASTASE Adrian, « Le droit à la paix », in BEDJAOUI Mohammed, *Droit international : bilan et perspectives*, Tome 2, Editions Pédone, Paris, 1991, p. 1291.

NGUYEN-ROUAULT Florence, « L'intervention armée en Irak et son occupation au regard du droit international », *R.G.D.I.P.* 2003, p. 835.

PAPAUX Alain, « L'Union européenne : entre société (Gesellschaft) et communauté (Gemeinschaft), entre Platon et Aristote », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2003-51, p. 247.

PAULSON Stanley S., « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 65.

PAYNOT-ROUVILLOIS Anne, « Personnalité morale et volonté », *Droits*, vol. 28, 1998, p. 17.

PECH Laurent, « La garantie internationale de la constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC*, 2000, p. 421.

PECHEUL Armel, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDA*, 2001, p. 688.

PELLET Alain, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n°4, p. 113.

PERENIC Anton, « Concilier les dimensions essentielle et existentielle du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 59.

PEREZ CALVO Alberto, « Le concept de Nation dans la Constitution espagnole de 1978 », *RFDC*, 2000, p. 3.

PERNICE Ingolf, MAYER Franz C., « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE* 2000, p. 623.

PERRIN Jean-François, « Définir le droit selon une pluralité de perspectives », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 63.

PEYROU-PISTOULET Sylvie, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC*, 2001, p. 237.

PFERSMANN Otto, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, vol. 28, 1998, p. 83.

PICCIONI Camille, « Le statut international de Dantzig », *RGDIP*, 1921, p. 86.

PIERRE-CAPS Stéphane, « Le constitutionnalisme et la nation », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p. 67.

PIERRE-CAPS Stéphane, « La Bosnie-Herzégovine : un Etat virtuel ? », *Revue Civitas Europa*, n°4, Mars 2000, p. 35..

PILLET A., « Sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *RGDIP*, 1898, p. 67.

PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ? », *RTDE*, 1999, p. 599.

POIRAT Florence, « La doctrine des « droits fondamentaux » de l'Etat », *Droits*, 1992, n° 16, p. 82.

POLITIS N., « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *RCADI*, 1925, T.1, p. 1.

PRERA FLORES Anaisabel, « La démocratie à l'aube du XXI^{ème} siècle : une fin ou un moyen ? Un modèle ou une culture ? Principes universels ou simples règles de conduite ? », in *Paix, développement, démocratie*, Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 1279.

QUADRI R., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964, III, p. 237.

QUARITSCH Helmut, « La souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 99.

QUOC DINH Nguyen, « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics », *RDP*, 1946, p. 69.

RAY Jean, « De quelques aspects des manifestations de volonté ayant force liante en Droit International Public », in *Mélanges Juridiques dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Association japonaise des juristes de langue française, Maison Franco-japonaise, 1940, p. 303.

REGLDE Marc, « La notion juridique de l'Etat en droit public interne et en droit international public », in *La technique et les principes du droit public*, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, T. 2, LGDJ, Paris, 1950, p. 506.

RENARD Georges, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 483.

RENAUT Alain, « L'idée contemporaine du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 73.

REUTER Paul, « Confédération et fédération : « vetera et nova » », in *La communauté internationale*, Mélanges offerts à Charles Rousseau, Edition Pédone, Paris, 1974, p. 199.

RIALS Stéphane, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de « souveraineté externe » », *Archives de philosophie de droit, Droit International*, T. 32, p. 189.

RIDEAU Joël, « Les procédures de ratification du traité sur l'Union européenne », *RFDC*, 1992, p. 611.

RIGAUDIÈRE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 5.

RIVERO Jean, « Etat de droit, Etat du droit », Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, Paris, p. 609.

RIVERO Jean, « Déclarations parallèle et nouveaux droits de l'homme », *RTDH*, Octobre 1990, p. 328.

ROCHEGDE Alain, « De la pyramide au réseau ? De la nécessité du politique dans la production du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 2002-49, p.117.

ROSSI Serena Lucia, « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, 2002, p. 27.

ROULAND Norbert, « Penser le droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 77.

ROUSSEAU Charles, « Chronique des faits internationaux – Chypre », *RGDIP*, 1959, p. 522-535.

ROUSSEAU Charles, « Chronique des faits internationaux – Chypre », *RGDIP*, 1960, p. 792-795.

ROUSSEAU Charles, « L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international », *RCADI*, 1948, T. II, p. 167.

ROUSSEAU Dominique, « Question de constitution », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p. 3.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

RUBIO Llorente Francisco, « La Constitution espagnole et le traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 651.

RUEDA Isabelle, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 2003-I, p. 107.

SALMON Jean, « La construction juridique du fait en droit international », *Archives de philosophie de droit*, t.32, 1987, p. 135.

SCELLE Georges, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 501.

SCHÜTZ Anton, « L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique : A propos de « fiction » et « construction » en droit », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 113.

SCHWARZ-LIERBERMANN VON WAHLENDORF Hans Albrecht, « Quelques réflexions sur la nature du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 81.

SIERPINSKI BATYAH, « La Constitution de Bosnie-herzégovine: un texte à la croisée du droit interne et du droit international », *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1997-3, p. 1053.

SOREL Jean-Marc, « Timor oriental : un résumé de l'histoire du droit international », *RGDIP*, 2000, p. 37.

SOREL Jean-Marc, « Le caractère discrétionnaire des pouvoirs du Conseil de sécurité : remarques sur quelques incertitudes partielles », *Revue belge de droit international*, 2004-2, p. 463.

STARITA Massimo, « L'occupation de l'Irak : le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *R.G.D.I.P.*, 2004, p.884.

STERN Klaus, « Le traité « Deux-plus-quatre » : texte de base de droit international en vue de la reconstitution de l'unité allemande », *RFDC*, n°8, 1991, p. 615.

SUR Serge, « Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale », *RGDIP*, 1993, p. 881.

SZUREK Sandra, « Sierra Léone : un Etat en attente de « paix durable ». La communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest », *AFDI*, 2000, p. 176.

TENEKIDES Georges, « La condition internationale de la République de Chypre », *AFDI*, 1960, p. 111.

THOMAS Yan, « *Fictio legis*, L'Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 17.

THOUVENIN Jean-Marc, « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie) », *AFDI*, 1995, p. 329.

TRIGOUDJA Hélène, « Le régime d'occupation en Irak », *AFDI*, 2004, p.77.

TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, p 31.

TROPER Michel, « La souveraineté de l'Etat et la hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle. En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, p. 93.

TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 101.

TRUYOL SERRA Antonio, « Souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, t.35, 1990, p. 313.

TSOUTSOS ATHOS G., « La question internationale de Chypre », *RGDIP*, 1955, p. 423.

URIBE VARGAS Diego, « La troisième génération des droits de l'homme », *RCADI*, 1984, I, p. 359.

VASAK Karel, « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Mélanges en l'honneur de Jean PICTE, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, p. 837.

VEDEL Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les Tribunal judiciaires) », *JCP*, 1948, I, 682.

VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851.

VERHOEVEN Joe, « Non-intervention : « affaires intérieures » ou « vie privée » ? » in *Le droit international au service de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Editions Pédone, Paris, 1991, p. 493.

VIRALLY Michel, « Réflexions sur le « *jus cogens* » », *AFDI*, 1966, p. 6.

VISSERT HOOFT Hendrik Philip, « Pour une mise en valeur non positive de la positivité du droit », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 105.

WALINE Marcel, « Positivismes philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 349.

WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5.

WHITEHEAD Laurence, « Entreprises de démocratisation : le rôle des acteurs externes », *Critique internationale*, n° 24, Juillet 2004, p. 109.

WYLER Eric, « « L'internationalité » en droit international public », *RGDIP*, 2004, p. 632.

WILKE Helmut, « Le droit comme codage de la puissance publique légitime », *Droits*, vol. 10, 1989, p. 113.

WÜRTENBERGER Thomas, « L'article 146 nouvelle version de la Loi fondamentale : continuité ou discontinuité du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 597.

YAMAMOTO Hajimé, « Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p. 313.

YAMAMOTO Hajimé, « Révision de la constitution, pacifisme et droits fondamentaux aux Japon », *RFDC*, N° 24, 1995, p. 823.

YOUSSOUFI Abderrahmane, « Réflexions sur l'apport de la « troisième génération des droits de l'homme » » in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}*, Karel Vasak *amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 427.

ZACCARIA Giuseppe, « Le juriste et la volonté : quelques notes sur Betti et les fictions juridique », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 127.

ZARKA Yves-Charles, « Etat de nature et fiction dans la pensée politique moderne », *Droits*, vol. 21, 1995, p. 105.

ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel », *RCADI*, 2002, T.294, p. 43.

IV- Articles – Internet

THÜRER Daniel, “The “ failed state” and International law”, 31 décembre 1999
<http://www.globalpolicy.org> (Nations and State/ States and their future/ Failed state).

AKDAG Sevki, « Les aspects juridiques de la question chypriote », Actualité et droit international, *Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, 2001.
<http://www.ridi.org/adi/200108a2.pdf>

ANDENAS Mads, “Can Europe have a Constitution? Or: how can the obstacles to a European Constitution be overcome in the different legal traditions?”
http://www.ecln.net/elements/constitutional_debate/perspective2004/part3/3_01.html

BACHARDOUST Ramazan, « Qu'est-ce que la Loya Jirga ? Composition de la loya Jirga 2002 ».
<http://www.cermoc.org/articles/loyajirga2002.pdf>

BIEBER Roland, « Ingérence ou manifestation d'une responsabilité commune ?, La protection des valeurs de l'Union européenne à l'égard des Etats membres », Février 2002.
<http://www.ecln.net>

DIX Wolf, « Charte des droits fondamentaux et convention : de nouvelles voies pour réformer l'UE ? ».
http://www.auswaertigesamt.de/www/fr/infoservice/download/pdf/eucharta_konvent.pdf

DZURINDA Mikuláš, “The debate on the european constitution, a slovak view”, février 2002.
www.whi-berlin.de/dzurinda.htm

FERRY Jean-Marc, « La référence républicaine au défi de l'Europe ».
<http://users.skynet.be/sky95042/Reference.doc>.

HART Vivien, “Owning the Constitution?” (2003).

<http://www.usip.org> (publications)

ISSACK HASSAN Ahmed, « Constitution of Kenya review commission discussion paper on the review process ».

<http://www.kenyaconstitution.org> (the review process)

JOSEPHIDES Christos, « L'ordre juridique communautaire et les constitutions nationales, La constitution de Chypre face au débat constitutionnel dans l'Union européenne », Fédération internationale pour le droit européen XX^{ème} congrès, Londres, 30/10 – 2/11/2002, 29 p.

<http://www.fide2002.org/pdfs/eucyprus.pdf>

LAMASSOURE Alain, « Une constitution pour l'Europe », Rome, Juin 2002.

<http://www.ecln.net>

Mc CORD Michael, “Constitution-Making in Eritrea : Hopes and Challenges”.

<http://www.worldlearning.org> (World Learning for International Development / Democracy and governance / Democracy Fellows Program / by fellows)

MELISSAS Dimitris, “The Fischer proposal for a European Constitution in view of the 2004 intergovernmental conference”.

http://www.ecln.net/elements/constitutional_debate/perspective2004/part3/3_03.html

OBERNDORFER Dieter, « Intégration ou repli sur soi: la République post-nationale », 2001.

<http://www.leforum.de/fr/fr-revue-culture26.htm>

PERNICE Ingolf, “Elements and structures of the European Constitution”.

<http://www.whi-berlin.de/pernice-structures.htm>

PERNICE Ingolf, “The role of the national parliaments in the European Union”.

http://www.ecln.net/elements/constitutional_debate/perspective2004/part2/2_03.html

PONCE MORALES Nadia Karina, « La charte démocratique inter-américaine ».

<http://www.er.uqam.ca> (articles)

« Quel patriotisme au-delà des nationalismes ? Réflexion sur les fondements motivationnels d'une citoyenneté européenne. ».

<http://users.skynet.be/sky95042/Patriotisme.doc>

RAU Johannes, « Plaidoyer pour une constitution européenne », Discours prononcé devant le Parlement européen (4/4/2001).

<http://www.catalunyaeuropa.org/magazine/debat/rau.doc>

SINDJOUN Luc, « Le NEPAD et le Mécanisme Africain d'Evaluation des Pairs » (21/11/2003).

<http://www.espace-economique-francophone.com/index.htm> (Thématiques / Accès au financements / Symposium sur l'accès aux financements internationaux / Table ronde préparatoire n°3)

SCHUMAN Robert, « La déclaration du 9 mai 1950 ».

<http://www.monde-diplomatique.fr> (Cahiers/ Europe/ textes fondamentaux)

The Secretariat of the Constitutional Commission of Afghanistan, "The constitution-making process in Afghanistan", 10 march 2003.

<http://www.constitution-afg-com/>

VADAPALAS Vilenas, "Constitutional homogeneity in the accession process."

<http://www.ecln.net>

WOEHLING Jean-Marie, « Le concept de citoyenneté à la lumière d'une comparaison franco-allemande ».

http://www.themis.umontreal.ca/consultation_gratuite/droits_fondamentaux/7woehrling.pdf

Y PEREZ DE NANCLARES JOSE Martín, LOPEZ CASTILLO Antonio, « Droit de l'Union européenne et Constitutions Nationales (Espagne) », Fédération internationale pour le droit européen XX^{ème} congrès, Londres, 30/10 – 2/11/2002, 53 p.

<http://www.fide2002.org/pdfs/euspain.pdf>

ZEMANEK Jiri, “Making of the European Constitution - the Czech view”.

<http://www.ecln.net>

V- Textes constitutionnels

Constitution de la Bosnie-Herzégovine, Document S/1995/999

Constitution du Cambodge et ses révisions

<http://www.ifrance.com/cambodialaw/constit/cons001f.htm>

<http://www.ifrance.com/cambodialaw/constit/cons014f.htm>

Constitution chypriote

<http://kypros.org/Constitution/English/>

Overview of the Constitution of the Republic of Cyprus

<http://www.kypros.org/Constitution/overview.htm>

Plan onusien définitive pour Chypre (31/03/2004)

http://www.cyprus-un-plan.org/Annan_plan_april2004.pdf

Constitution du japon

http://www.uni-wuerzburg.de/law/ja00000_.html

Constitution de la république Srpska,

http://www.ohr.int/const/rs/default.asp?content_id=5908

Constitution de la fédération de Bosnie-Herzégovine

http://www.ohr.int/const/bih-fed/default.asp?content_id=5907

Constitution du Burkina Faso

<http://www.primature.gov.bf> (constitution)

Constitution du Timor orientale

<http://www.undp.east-timor.org/> (documents and reports/ Timor-Leste Constitution)

Cadre constitutionnel pour une autonomie provisoire au Kosovo, Règlement n° 2001/9

<http://www.unmikonline.org/index.html> (UNMIK at a glance/ about UNMIK/ Constitutionnal framework/PDF)

Constitution de la République démocratique du Congo, 29 mai 2005

<http://www.monuc.org> (Ressources/assemblée nationale/ constitution de la République démocratique du Congo)

La nouvelle constitution de la République de Côte d'ivoire, *Centre national de documentation juridique*, Abidjan, 2006, 48 p.

□ **Les propositions de constitution européenne**

Constitution de la fédération européenne

<http://ceesp.free.fr/portail/constitution/>

Etude de faisabilité, contribution à un avant projet de constitution de l'Union européenne document de travail, constitution « Prodi » 04/12/2002

http://www.europa.eu.int/comm/commissioners/prodi/index_fr.htm

VI- Organisations internationales et régionales, organisations non gouvernementales

Organisation des Nations unies

<http://www.un.org/>

Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe

<http://www.osce.org/>

Commission de Venise (Conseil de l'Europe)

<http://www.venice.coe.int/>

Union africaine

<http://www.africa-union.org/>

- Protocole d'assistance mutuelle en matière de défense (CEDEAO)
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples 1981
- Charte de l'organisation des Etats africains (abrogée)
- Charte de l'Union africaine (11/07/2000)
- Décision sur les changements anticonstitutionnels de gouvernements en Afrique (Conférence de Lomé 10-12 juillet 2000)

Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

<http://www.nato.int/>

Association des nations du Sud-est asiatique

<http://www.aseansec.org/>

Organisation de coopération et de développement économique

<http://www.oecd.org/>

Organisation des Etats américains

<http://www.oas.org/>

- Charte de l'organisation des Etats américains
- Charte démocratique inter-américaine (11/09/2001)
- Unit for the promotion of democracy (<http://www.upd.oas.org/lab>)
- Résolution de l'Assemblée générale:

Déclaration de Nassau mai 1992

Protocole de Managua (juin 1993)

Démocratie représentative (juin 1991)

Renforcement de la démocratie : fond spécial (juin 2000)

Promotion de la culture démocratique (juin 2000)

Promotion de la démocratie (juin 2002)

Programme des Nations unies pour le développement

<http://www.undp.org/french/>

-Rapport annuel 2003

- Rapport mondial sur le développement humain, 2002,2003

Union interparlementaire

<http://www.ipu.org/>

-Déclaration universelle sur la démocratie, 16/09/1997

Haut Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme

<http://www.unhchr.ch/french/>

- Résolution 2002/71, Promotion du droit des peuples à la paix

Institut de la démocratie et de l'assistance électorale

<http://www.idea.int/>

Centre pour la démocratie et le développement

<http://www.cdd.org.uk>

The rule of Law Program

<http://www.usip.org/ruleoflaw/index.html>

VII- Documents ONU

BOUTROS-GHALI Boutros, *Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix et maintien de la paix*, Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la Réunion au sommet du Conseil de sécurité, Nations unies, New York, 1992, 57 p. (A/47/277-S/24111, 17 juin 1992)

ANNAN A. Kofi, Rapport du millénaire du secrétaire général de l'ONU, « *Nous, les peuples, le rôle des Nations Unies au XX^{ème} siècle* »

<http://www.un.org/french/millenaire/sg/report/summ.htm>

ANNAN A. Kofi, *Destinée commune, Volonté nouvelle*, Rapport annuel sur l'activité de l'Organisation, Nations unies, New York, 2000, 147 p

ANNAN A. Kofi, *Pour un véritable partenariat mondial*, Rapport annuel sur l'activité de l'Organisation, Nations unies, New York, 1998, 86 p

ANNAN A. Kofi, *Transition et renouveau*, Rapport annuel sur l'activité de l'Organisation, Nations unies, New York, 1997, 89 p

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/50/332**, 7 août 1995.

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/51/512**, 18 octobre 1996

Rapport du Secrétaire général, *Un agenda pour la démocratisation : appui du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/51/761**, 17 janvier 1997.

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/52/513**, 21 octobre 1997

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/55/489**, 13 août 2000

Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies (Rapport Brahimi), **A/55/305-S/2000/809**, 21 août 2000

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/56/499**, 23 octobre 2001

Rapport du Secrétaire général, *Appui du système du système des Nations unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, **A/58/392**, 26 septembre 2003

Cinquante ans de maintien de la paix (1948-1998), Organisation des Nations unies, Département de l'information des Nations unies, Mars 1999, 89 p.

Les Nations Unies et le Cambodge (1991-1995), publié par les Nations Unies, département de l'information, Séries livres bleus des Nations Unies, vol. II, USA, 1995, 361 p.

A/32/130- Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organisations des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales

A/39/11- Déclaration sur le droit des peuples à la paix

A/40/11- Droit des peuples à la paix

A/43/51- Déclaration sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales et sur le rôle de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine.

A/43/538 annexe- Déclaration de Manille adoptée en juin 1988 par la première conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies.

A/44/21- Renforcement de la paix internationale, de la sécurité et de la coopération internationale sous tous ses aspects conformément à la charte des Nations unies

A/49/57- Déclaration sur le renforcement de la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et les accords ou organismes régionaux, dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationale

A/49/73- Déclaration de Managua adoptée par la deuxième conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies

A/55/2- Déclaration du Millénaire

A/55/889- Déclaration de Cotonou (Quatrième conférence internationale des démocraties nouvelles ou rétablies)

S/21087- Lettre datée du 16 janvier 1990, adressée au Secrétaire général par la Chine, les Etats-Unis d'Amérique, la France, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'Union des Républiques socialistes soviétiques, transmettant un résumé des conclusions des cinq membres permanents du Conseil de sécurité sur la question du Cambodge, 18 janvier 1990

A/45/472 –S/21689- Lettre datée du 30 août 1990, adressée au Secrétaire général par les Représentants permanents de la France, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques auprès de l'Organisation des Nations Unies, 31 août 1990

A/45/490- S/21732- Lettre datée du 11 septembre 1990, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la France et de l'Indonésie auprès de l'Organisation des Nations Unies, 17 septembre 1990

A/45/3- La situation au Cambodge, 15 octobre 1990

S/RES/810- Cambodge, 8 mars 1993

S/RES/245- Question du Sud-Ouest africain, 25 janvier 1968

S/RES/264- Namibie, 20 mars 1969

S/RES/276- Namibie, 30 janvier 1970

S/RES/283- Namibie, 29 juillet 1970

S/RES/301- Namibie, 20 octobre 1971

S/RES/309- Namibie, 4 février 1972

S/RES/323- Namibie, 6 décembre 1972

S/RES/366- Namibie, 17 décembre 1974

S/RES/385- Situation en Namibie, 30 janvier 1976

S/RES/435- Namibie, 29 septembre 1978

S/RES/539- Namibie, 28 octobre 1983

S/RES/632- Namibie, 16 février 1989

S/RES/643- Namibie, 31 octobre 1989

S/20412- Rapport du Secrétaire Général relatif à l'application des résolutions 435 et 439 du Conseil de sécurité, 23 janvier 1989

Document S/ 12636- Proposition de règlement de la situation en Namibie, 10 avril 1978

Document S/15287- Principes concernant l'assemblée constituante et la constitution d'une Namibie indépendante, 12 juillet 1982

S/RES/1272, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation au Timor oriental, 25 octobre 1999

S/RES/1338, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation au Timor oriental, 31 janvier 2001

S/2006/383, Lettre datée du 11 juin, adressée au Secrétaire général par le Président de la République, le Président du Parlement national et le Premier ministre du Timor Leste

S/RES/1214, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 8 octobre 1998

S/RES/1267, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 15 octobre 1999

S/RES/1333, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 19 décembre 2000

S/RES/1378, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 14 novembre 2001

S/RES/1383, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 6 décembre 2001

S/RES/1401, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Afghanistan, 28 mars 2002

S/RES/812, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation au Rwanda, 12 mars 1993

S/RES/1633, Adoptée par le Conseil de sécurité sur la situation en Côte d'Ivoire, 21 octobre 2005

Rapport du Secrétaire général sur la mission des nations unies en Côte d'Ivoire en application de la résolution 1514 du Conseil de sécurité, S/2004/3, 6 janvier 2004

S/RES/1244- Kosovo, 10 juin 1999

S/RES/1483- Irak, 23 mai 2003

S/RES/1546- Irak, 8 juin 2004

Letter from Permanent Representatives of the UK and the US to the UN addressed to the President of the Security Council, S/ 2003/538, 8 mai 2003

Rapports du Secrétaire général sur la mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo S/1999/779 (12 juillet 1999), S/2000/1196 (15 décembre 2000), S/2001/565 (7 juin 2001), S/2001/926 (2 octobre 2001)

Rapport du Haut commissariat aux droits de l'homme présenté en application de la résolution 2001/41 de la Commission, E/CN.4/2003/59, 27 janvier 2003

Comité des droits de l'homme (43^{ème} session), Communication N° 205/1986 : Canada (03/12/1991), CCPR/C/43/D/205/1986 (jurisprudence)

<http://www.unhchr.ch>

Observation générale n° 25: le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder, dans les conditions générales d'égalité aux fonctions publiques (art.25) CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12/07/1996

<http://www.unhchr.ch>

VIII- Rapports, colloques, études

Définition et limites du principe de subsidiarité, Communes et régions d'Europe n° 55, Les Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, 44 p.

Ebauche pour la construction d'un art de la paix, Penser la paix comme stratégie, Dossier élaboré par Claire MOUCHARAFIEH, Janvier 1996, Fondation pour le progrès des droits de l'homme

Fin des conflits et réconciliation : condition pour une paix durable, Acte du colloque du Centre mondial de la paix, *Les cahiers de la paix*, n°10- 2004, 324 p.

Edification de la nation : assise de la gouvernance démocratique

<http://www.undp.org> (rapports annuels /2003)

La gouvernance démocratique au service du développement humain (Chapitre II), Approfondir la démocratie en s'attaquant aux déficits démocratiques (Chapitre III) in Le développement humain, *Rapport mondial du PNUD 2002*

<http://www.undp.org> (rapports annuels /2002)

La souveraineté au XXI^{ème} siècle, Colloque dans le cadre des Premiers entretiens du centre Jacques Cartier, 26 juin 1987, Les cahiers du C.D.R.E., 111 p.

Le nouveau droit constitutionnel, Association internationale de droit constitutionnel, II e congrès mondial, Editions Universitaire, Fribourg, 1991, 342 p.

Opérations des Nations unies. Leçon de terrain : Cambodge, Somalie, Rwanda, ex-Yougoslavie, contributions présentés à l'occasion du symposium **Enseignements des expériences de l'ONU**, organisés par la FONDATION pour les ETUDES de DEFENSE les 16 et 17 juin 1995, 389 p.

Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?, IX^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris- mai 1993, Vol.1 et 2, 1080 p.

L'ex-Yougoslavie en Europe. De la faillite des démocraties au processus de paix, Colloque « L'ex-Yougoslavie en Europe » Paris 15-17 Décembre 1995, L'Harmattan, Paris, 1997, 340 p.

Le référendum européen, Actes du colloque international de Strasbourg 21-22 février 1997, Bruylant, Bruxelles, 1997, 341 p

Bosnia's nationalist governments : Paddy Ashdown and the paradoxes of state building
<http://www.intl-crisis-group.org>

Afghanistan: The constitutional Loya Jirga
<http://www.intl-crisis-group.org>

Democratisation in Indonesia, an assessment
<http://idea.int/> (publications)

La démocratie au Burkina Faso
<http://idea.int/> (publications)

Democracy in Nigeria
<http://idea.int/> (publications)

Deepening Democracy to prevent conflict and entrench sustainable development, 2001
Annual report
<http://www.cdd.org.uk> (2001 report)

Constitutional reform in the Caribbean
<http://www.upd.oas.org/lab/> (information and dialogue / Caribbean reform)

AUER Andreas, FLAUSS Jean-François (éd.), Le référendum européen, Actes du colloque international de Strasbourg 21-22 février 1997, Bruylant, Bruxelles, 1997, 341 p

BAECHLER Jean, KAMRANE Ramine (sous la direction de), Aspects de la mondialisation politique, « Rapport du groupe de travail de l'Académie des Sciences morales et politiques », Puf, Paris, 2003, p. 116

BIANCO Jean-Louis, Rapport sur la réforme des institutions de l'Union européenne
<http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2454.asp>

BIEBER Roland, Widmer (dir), L'espace constitutionnel européen, Actes du colloque organisé à Lausanne du 10 au 12 avril 1995, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1995, 478 p.

CAZZANIGA et ZARKA Yves Charles, *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine, Tome 1 et 2*, Actes des colloques organisés à Pise du 1^{er} au 3 juin 2000 et à Paris du 2 au 4 novembre 2000 sur « *Les métamorphoses du Prince : fondements de la vie associée et formes de la souveraineté dans les temps modernes* », Librairie philosophiques J. Vrin, 2001, Paris, 688 p.

COHEN-JONATHAN Gérard, *Responsabilité pour atteinte aux droits de l'Homme*, in *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Société française de droit international, Pédone, Paris, 1991, p.101

GAUDIN Hélène (dir.), *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Colloque de la Rochelle 6 et 7 mai 1999, Economica, Paris, 2001, 393 p.

HAENEL Hubert, Rapport d'information (session ordinaire 2000-2001) - *Délégation du sénat pour l'Union, Une constitution pour l'Union européenne ?*, 34 p.

HAENEL Hubert, rapport d'information (session ordinaire 2003-2004) - *Délégation du sénat pour l'Union sur le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe*, 44 p.

HART Vivien, *Democratic Constitution Making*, juillet 2003
<http://www.usip.org> (publications/ special report 107)

LABOUZ Marie-Françoise (dir.), *Les accords de Maastricht et la Constitution de l'Union européenne*, Actes du colloque du 27 juin 1992, Montchrestien, Paris, 241 p.

LAMASSOURE Alain, *Rapport sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres* (2001/2024(INI)). Commission des affaires constitutionnelles.

PERELMAN Ch., FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, 350 p.

PERNICE Ingolf et CONSTANTINESCO Vlad, *La question des compétences communautaires : vues d'Allemagne et de France*, Groupement d'études et de recherches « Notre Europe », juillet 2002, 30 p.

<http://www.notre-europe.asso.fr/fichiers/EtudPernice-constantinesco-fr.pdf>

Site du Parlement européen : http://www.europarl.eu.int/home/default_fr.htm

-Grands thèmes et politique de l'Union, archives

-2004-L'avenir de l'Europe et le Parlement européen

-Résolution du Parlement européen sur la délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (Rapport Lamassoure – débat 16 mai 2002)

IX- La Convention européenne - <http://european-convention.eu.int/>

Organisation de la convention

<http://european-convention.eu.int/organisation.asp?lang=FR>

Déclaration de Laeken

http://www.europa.eu.int/index_fr.htm (Une constitution pour l'Europe / Futurum /

Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne)

Rapport final du groupe de travail III « Personnalité juridique »,

<http://european-convention.eu.int/sessplen.asp?lang=FR&content=>

Avant projet de Traité constitutionnel

<http://european-convention.eu.int/sessplen.asp?lang=FR&content=>

Pour une meilleure application de la subsidiarité (points principaux du rapport du groupe de travail « Subsidiarité » présenté à la Convention européenne les 3 et 4 octobre 2002, en session plénière)

Les parlements nationaux : mieux informés, plus impliqués (Points principaux du rapport du groupe de travail « Parlements nationaux » présenté à la Convention européenne les 28 et 29 octobre 2002, en session plénière)

Les droits fondamentaux : partie intégrante du futur traité constitutionnel (Points principaux du rapport du groupe de travail « Charte » présenté à la convention européenne les 28 et 29 octobre 2002, en session plénière)

Constitution of the European Union, Discussion paper, 1er Octobre, CONV 325/02, CONTRIB 111

La Constitution européenne, contribution de Robert Badinter, CONV 317/02, CONTRIB 105, septembre 2002

Projet de la Constitution européenne transmis au conseil de Thessalonique, 12 juin 2003, CONV 797/1/03 ou le Monde 18 juin 2003 p.32

Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Thessalonique 19 et 20 juin 2003.

X- Accords, traités

Agreement on the Implementation of the constituent peoples' decision of the concert of
Bosnia and Herzegovina

http://www.ohr.int/ohr-dpt/legal/const/default.asp?content_id=7274

Les accords de Washington, **S/1994/2555**, 1^{er} mars 1994

Les accords de Dayton, **S/1995/1021**, annexe

Cadre constitutionnel pour l'autonomie spéciale du Timor oriental

http://www.un.org/french/peace/timor_oriental/fappend.htm

Les accords de Bonn- Afghanistan, décembre 2001

<http://www.onu.fr> (centre d'information des Nations Unies/ lettres d'information/ bulletin
n°46 décembre 2001)

Documents relating to the founding of Cyprus, including the treaty of Guarantee, 1959

<http://www.kypros.org/Constitution/treaty.htm>

Les accords de Zurich 11 février 1959

<http://www.cypnet.com/.ncyprus/history/republic/agmt-zurich.html>

Le traité de garantie (République de Chypre, Grèce, Turquie et Grande Bretagne)

16/08/1960

<http://www.cypnet.com/.ncyprus/history/republic/try-guarantee.html>

Le traité d'alliance (République de Chypre, Grèce et Turquie) 16 août 1960

<http://www.cypnet.com/.ncyprus/history/republic/try-alliance.html>

Basis for agreement on a comprehensive settlement of the Cyprus problem, novembre 2003

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossier_actualite/chypre/chrono.shtml

Accord de Cotonou, 23 juin 2000

<http://www.europa.eu.int/> (recherche/ accord de Cotonou)

Accord de paix d'Arusha entre le gouvernement de la République rwandaise et le Front patriotique rwandais, **A/48/824 – S/26915**, 23 décembre 1993.

L'accord entre la République d'Indonésie et la République portugaise sur la question du Timor oriental, 5 mai 1999

http://www.un.org/french/peace/timor_oriental/index.html

La convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 18 juillet 1976

http://www.unhchr.ch/french/html/hchr_fr.htm (traités /lutte contre la discrimination)

Accords de Paix de Paris pour le Cambodge, **A/46/608-S/23177**, 23 octobre 1991

Accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo

<http://www.congoonline.com> (Sun City, documents et dépêches)

Convention IV de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe, 18 octobre 1907

<http://www.icrc.org/fre> (droit humanitaire/ traités et droit coutumier/ documents clés)

Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

<http://www.icrc.org/fre> (droit humanitaire/ traités et droit coutumier/ documents clés)

Accord de Linas-Marcoussis, 24 juin 2003, S/2003/99 annexe I

Accord de Prétoria pour la paix en Côte d'Ivoire, 6 avril 2005, S/2005/279 annexe I

XI- Jurisprudence

Cour Permanente International de Justice, Avis consultatif du 4 décembre 1935, XXXV^{ème} session, Compatibilité de certains décrets-lois dantziqois avec la Constitution de la ville libre, série A/B, fascicule n°65.

Cour permanente international de justice, 7 septembre 1927, Affaire du Lotus, série A n° 10, p. 18.

Cour Permanente International de Justice, Avis consultatif du 4 décembre 1935, XXXV^{ème} session, Compatibilité de certains décrets-lois dantziqois avec la Constitution de la ville libre, série A/B, fascicule n°65.

Comité des droits de l'homme (43^{ème} session), 3 décembre 1991, l'affaire Marshall v. Canada, CCPR/C/43/D/205/1986.

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{ère} instance, jugement du 31 mars 2003, Procureur c. Naletilic et Martinovic, IT-98-34-T.

Conseil constitutionnel, Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, traité établissant une constitution pour l'Europe.

Conseil constitutionnel, Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct.

Conseil constitutionnel, Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, Traité de Luxembourg du 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes.

Conseil constitutionnel, Décision n° 97- 394 DC, du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2005-524/525, 13 octobre 2005, Engagements internationaux relatifs à l'évolution de la peine de mort.

Cour de justice des communautés européennes, 15 juillet 1964, aff. 6/64, Flaminio Costa c/ Enel, p.1149 et s.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|------------------------------------|
| TABLES DES ABREVIATIONS..... | 9 |
| SOMMAIRE..... | 11 |
| INTRODUCTION | ERREUR ! SIGNET NON DEFINI. |
| PREMIERE PARTIE : TYPOLOGIE DES FORMES | |
| D'INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE... 34 | |
| TITRE I : L'ASSISTANCE CONSTITUTIONNELLE, FORME LIMITEE DE | |
| L'INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE | 36 |
| <i>CHAPITRE I : Les principes de l'assistance constitutionnelle.....</i> | <i>37</i> |
| SECTION I : Assistance constitutionnelle et respect de la souveraineté | 38 |
| PARAGRAPHE I : La notion d'assistance constitutionnelle..... | 38 |
| A- Contexte et conditions de mise en œuvre de l'assistance constitutionnelle..... | 39 |
| B- Les procédés de l'assistance constitutionnelle | 41 |
| PARAGRAPHE II : Le respect de la souveraineté, fondement de l'assistance constitutionnelle | 45 |
| A- Dans les instruments onusiens..... | 46 |
| 1- Les compétences limitées des organisations internationales..... | 46 |
| 2- Les fondements juridiques de l'assistance constitutionnelle fournie par l'ONU | 48 |
| B- Dans les instruments régionaux..... | 51 |
| SECTION II : Assistance constitutionnelle et respect de la démocratie | 53 |
| PARAGRAPHE I : La reconnaissance de la démocratie comme modèle de bonne gouvernance..... | 54 |
| A- Les valeurs du système démocratique de gouvernement | 54 |
| B- L'émergence d'une obligation internationale d'assistance à la démocratisation..... | 58 |
| PARAGRAPHE II : L'encadrement démocratique de l'assistance constitutionnelle | 62 |
| A- Le pouvoir constituant démocratique | 62 |
| 1- La nécessaire participation du citoyen | 62 |
| 2- La mise en œuvre du droit de tout citoyen à prendre part à la procédure constituante..... | 66 |
| B- La mise en œuvre effective du droit de participation constitutionnelle dans les opérations de maintien de la paix..... | 71 |
| <i>CHAPITRE II : L'assistance constitutionnelle renforcée : la participation onusienne à la détermination des principes pré-constituants</i> | <i>78</i> |
| Paragraphe I : Les conditions de la solution constitutionnelle | 82 |
| A- Le rôle des résolutions du Conseil de sécurité dans la réalisation de l'autodétermination namibienne | 82 |
| B- La médiation du Conseil de sécurité pour la résolution du conflit cambodgien..... | 85 |
| Paragraphe II : La valeur des principes pré-constituants..... | 88 |
| A- Les principes pré-constituants du 12 juillet 1982..... | 89 |
| B- Les principes pré-constituants fixés par les accords de Paris..... | 95 |
| SECTION II : L'effectivité du rôle de l'assemblée constituante | 98 |

| | |
|---|-----|
| PARAGRAPHE I : Une Assemblée constituante élue..... | 98 |
| A- L'exercice du pouvoir constituant, expression du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes | 99 |
| B- Des élections libres, honnêtes et équitables, expression de l'exercice authentique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes..... | 101 |
| PARAGRAPHE II : Le monopole national de la sanction constituante | 104 |
| A- Une assistance constitutionnelle limitée..... | 104 |
| B- Des choix constituants autonomes..... | 106 |
| TITRE II : LA SUBSTITUTION CONSTITUANTE, UNE PROCEDURE INSCRITE DANS LE FAIT | 111 |
| CHAPITRE I : <i>L'inexistence des conditions d'exercice de la souveraineté</i> | 113 |
| SECTION I : Le cadre politique à l'origine de l'initiative constituante étrangère | 114 |
| PARAGRAPHE I : La prédominance du fait..... | 115 |
| A- Le rapport du fait au droit..... | 115 |
| B- L'impact de l'insertion du fait dans la procédure constituante | 118 |
| 1- La nature du pouvoir constituant originaire : entre fait et droit | 119 |
| 2- Le fait, déclencheur de la procédure constituante internationalisée.. | 121 |
| a- La réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes soumis au consentement d'acteurs internationaux..... | 121 |
| b- Le contexte de guerre | 123 |
| 3- L'altération du pouvoir constituant originaire par la prégnance du fait.... | 128 |
| a - L'impossible interprétation constitutionnelle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes | 128 |
| b - La limitation <i>de facto</i> des compétences de souveraineté | 131 |
| PARAGRAPHE II : La compétence liée du constituant national | 134 |
| A- Le sens classique de la phase pré-constituante : encadrer le pouvoir constituant originaire sans l'entraver..... | 135 |
| B- La phase pré-constituante au cours de la substitution constituante : la suppression de la liberté des instances constituantes nationales | 136 |
| 1- L'exclusion des autorités japonaises de la procédure pré-constituante. | 139 |
| 2 - La pré-constitution alliée soumise à un avis consultatif des ministres présidents de <i>Länder</i> | 141 |
| SECTION II : La constitutionnalisation d'un commandement..... | 144 |
| PARAGRAPHE I : Les méthodes de substitution constituante | 145 |
| A- Le dédoublement des instances constituantes | 145 |
| 1- Les caractères classiques de la phase constituante..... | 146 |
| 2- La compétence réduite des instances constituantes décisionnelles légitimes | 147 |
| 3- L'atténuation de la sanction démocratique..... | 150 |
| B- La spécificité d'un traité international constituant | 152 |
| 1- Le rôle constituant des accords de Zurich-Londres | 153 |
| 2- La constitution de Bosnie-Herzégovine, fruit d'une procédure constituante diplomatique..... | 156 |
| a- La nature politique de la phase pré-constituante | 159 |
| b- La phase constituante réduite à la signature des accords de paix..... | 163 |
| PARAGRAPHE II : Un consentement national sous influence | 165 |
| A- Les indices de défaut du consentement | 167 |
| 1- Droit et volonté | 167 |
| 2- La réalité de la volonté constituante..... | 169 |
| B- Le constituant exogène, garant du système instauré..... | 173 |

| | |
|--|-----|
| <i>CHAPITRE II : Les modalités de la réappropriation de l'œuvre constitutionnelle hétéronome</i> | 177 |
| SECTION I : La réappropriation constitutionnelle par le fonctionnement effectif de la constitution | 178 |
| PARAGRAPHE I : La pérennité constitutionnelle | 178 |
| A- Le patriotisme constitutionnel allemand | 178 |
| B- L'absence du recours au pouvoir constituant | 182 |
| PARAGRAPHE II : L'absence de pérennité constitutionnelle | 185 |
| A- La tutelle, condition de survie du système bosnien | 185 |
| 1- Le groupe de contact, garant ² de l'exécution des accords de paix | 186 |
| 2- Le Haut représentant, seul acteur actif de la mise en œuvre de la constitution | 188 |
| B- L'impraticable constitution chypriote : la mort annoncée d'un Etat | 193 |
| 1- L'inexistence de la souveraineté de l'Etat chypriote. | 194 |
| 2- Crise et fin de l'Etat bicommunautaire. | 197 |
| SECTION II : Par la réalisation du droit d'autodétermination | 199 |
| PARAGRAPHE I : La réunification, expression de la libre autodétermination du peuple allemand | 200 |
| A- Les méthodes constitutionnelles possibles pour la réunification | 200 |
| B- La réunification, processus d'autodétermination libre du peuple | 203 |
| PARAGRAPHE II : L'organisation d'une réunification avec les chypriotes ... | 205 |
| A- La mission de bons offices de l'ONU | 206 |
| B- Le plan du 31 mars 2004, conforme au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes | 208 |

DEUXIEME PARTIE : LE NECESSAIRE ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'INTERNATIONALISATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE. 217

| | |
|---|-----|
| TITRE I : LES CONTRADICTIONS JURIDIQUES DE LA SUBSTITUTION CONSTITUANTE | 220 |
| <i>CHAPITRE I : La substitution constituante ou les contradictions avec la souveraineté</i> | 222 |
| SECTION I : La souveraineté, principe cardinal du droit public | 223 |
| PARAGRAPHE I : La souveraineté en droit constitutionnel | 223 |
| A- Le principe stricto sensu | 224 |
| B- L'évolution du concept | 228 |
| 1- La souveraineté en tant que puissance | 229 |
| 2- Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale | 231 |
| PARAGRAPHE II : La souveraineté en droit international public | 235 |
| A- La souveraineté, pierre angulaire du droit international public positif ... | 235 |
| B- La difficile remise en cause du concept de souveraineté et de ses corollaires | 238 |
| 1- La souveraineté, un principe fictif | 239 |
| 2- La souveraineté, un concept en évolution limitée | 241 |
| SECTION II : Le nécessaire recours à la fiction dans la substitution constituante | 243 |
| PARAGRAPHE I : Les fondements de la substitution constituante | 243 |
| 1- Les implications constitutionnelles du transfert intégral du pouvoir constituant | 245 |
| 2- L'implication constitutionnelle de l'intégration de la constitution à un traité | 248 |
| B- La subordination | 252 |
| 1- La notion d'indépendance | 252 |

| | |
|--|-----|
| 2- La rupture de l'égalité entre les Etats..... | 253 |
| PARAGRAPHE II : Le rôle de la fiction dans le maintien virtuel de la souveraineté..... | 256 |
| A- La fiction en droit..... | 256 |
| B- L'introduction de la fiction dans le processus de substitution constituante | 259 |
| CONCLUSION | 268 |
| <i>CHAPITRE II : La nature politique de la substitution constituante</i> | 269 |
| SECTION I : Les limites d'une approche pragmatique de la substitution constituante..... | 270 |
| PARAGRAPHE I : L'approche pragmatique..... | 271 |
| A- La nécessité de valider le résultat constitutionnel de la substitution constituante..... | 271 |
| B- L'impossible encadrement théorique et juridique du pouvoir constituant..... | 273 |
| PARAGRAPHE II : Les critiques opposables à l'approche pragmatique..... | 277 |
| A- La transfiguration du droit international | 278 |
| B- La transfiguration du droit constitutionnel | 281 |
| SECTION II : La substitution constituante, un phénomène politique..... | 285 |
| PARAGRAPHE I : Fondement et cadre politique de la méthode..... | 286 |
| A- Les raisons de l'insuffisance de la méthode juridique | 287 |
| B- La substitution constituante, une stratégie extrême dans les relations de puissance..... | 289 |
| A- De la définition juridique de la constitution..... | 294 |
| B- La place réelle de la souveraineté dans le droit positif..... | 297 |
| TITRE II : LES CONDITIONS DE L'EMERGENCE D'UN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL | 303 |
| <i>CHAPITRE I : L'émergence conditionnée d'un droit constitutionnel européen</i> | 305 |
| SECTION I : La nécessaire détermination de la nature de l'Union | 306 |
| PARAGRAPHE I : L'impossibilité d'une constitution sans Etat | 307 |
| A – La définition de l'Etat par la constitution | 308 |
| B- La définition de la constitution par l'Etat..... | 311 |
| PARAGRAPHE II : La fédération, unique issue pour un droit constitutionnel européen sans Etat | 314 |
| A- De la définition de la fédération..... | 315 |
| B- La substance constitutionnelle incomplète du traité établissant une constitution pour l'Europe..... | 318 |
| 1- Les éléments constitutionnels..... | 318 |
| 2- Les carences constitutionnelles | 323 |
| SECTION II : La nécessaire volonté constituante étatique de participer à un ordre juridique supérieur..... | 326 |
| PARAGRAPHE I : Les modalités d'existence d'un éventuel pouvoir constituant européen | 327 |
| A- Exercer le pouvoir constituant étatique pour établir une constitution européenne..... | 327 |
| 1- L'absence d'intention constituante..... | 328 |
| 2- L'hypothétique avenir constitutionnel de l'Europe..... | 330 |
| B- L'impossible émergence d'une souveraineté constituante européenne sans le recours au pouvoir constituant national..... | 332 |
| PARAGRAPHE II : De la limitation du pouvoir constituant originaire des Etats membres | 336 |

| | |
|--|------------|
| A- Le principe de primauté du droit communautaire | 337 |
| B- L'abandon du statut d'Etat souverain..... | 339 |
| <i>CHAPITRE II : Le « droit constitutionnel de la paix »</i> | 343 |
| SECTION I : Le contexte idéologique de l'émergence du « droit constitutionnel de la paix » | 346 |
| PARAGRAPHE I : Droit à la paix et paix démocratique..... | 346 |
| A- Une cause, le droit à la paix | 346 |
| 1- Paix, droit et constitution | 347 |
| 2- Droit à la paix, droit et communauté internationale..... | 349 |
| B- La paix démocratique comme objectif | 352 |
| PARAGRAPHE II : Les implications du droit à la paix et de la paix démocratique | 354 |
| A- La notion d'ingérence..... | 355 |
| B- La nécessaire action de la communauté internationale pour la réalisation de l'intérêt général commun..... | 357 |
| SECTION II : Les règles de la stratégie constitutionnelle de la paix..... | 360 |
| PARAGRAPHE I : Les conditions préalables à l'émergence de la souveraineté | 360 |
| A- Des acteurs internationaux légitimes..... | 361 |
| B- Le nécessaire respect du principe de subsidiarité..... | 364 |
| PARAGRAPHE II : La technique constitutionnelle au service de la paix..... | 367 |
| A- La constitutionnalisation de la paix..... | 368 |
| B- La paix, fondement d'un droit constitutionnel autonome..... | 371 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 376 |
| INDEX | 381 |
| BIBLIOGRAPHIE | 383 |
| TABLE DES MATIERES | 443 |

RESUME :

Le transfert du pouvoir constituant originaire intervient lorsque, l'adoption d'une constitution s'inscrit dans une procédure qui déplace le centre de décision constitutionnelle vers une autorité externe à l'Etat. Or en droit constitutionnel, la procédure constituante relève par nature de l'expression de la souveraineté d'un Etat. De la même façon, en droit international, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes implique pour le peuple constituant la liberté dans la détermination de son statut politique. En réalité, dès son émergence, la notion de pouvoir constituant est totalement assimilée au pouvoir du peuple libre. L'évolution des systèmes politiques depuis le XVIII^{ème} siècle n'a nullement fait apparaître une nouvelle définition du pouvoir constituant. Cette aptitude est d'ailleurs aujourd'hui synonyme de pouvoir démocratique.

Pourtant, dans certaines circonstances historiques et politiques particulières (la guerre, la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la démocratisation), l'exercice du pouvoir constituant originaire s'inscrit dans une procédure internationalisée. Dans sa forme la plus intégrale, l'internationalisation du pouvoir constituant originaire se fonde sur une procédure faisant fit du lien irréductible entre le pouvoir constituant originaire et la souveraineté. Il convient dès lors, dans un contexte général de remise en question de la souveraineté, de s'interroger sur l'impact de cette pratique sur le droit public. Soit le transfert du pouvoir constituant originaire constitue la fin du système juridique, dans lequel la souveraineté représente la pierre angulaire. Soit le droit public est en mesure de répondre à la nécessité circonstancielle de l'internationalisation du pouvoir constituant originaire, tout en l'inscrivant dans un respect de la souveraineté.

ABSTRACT :

The transfer of the original constituent power comes when the adoption of a constitution falls under a procedure which moves the constitutional decision-making centre towards an external authority in the State. However in constitutional law, the constituent procedure concerns by nature the expression of the State's sovereignty. In the same way, in international law, the right of peoples to self determination implies for the constituent people, the freedom in the determination of its political status. Actually, ever since the beginning, the concept of constituent power is completely comparable with the power of the free people. The evolution of the political systems since the 18th century by no means revealed a new definition of the constituent capacity. Moreover, this aptitude is today synonymous with democratic capacity.

However, in certain historical circumstances and particular policies (the war, the fulfilment of the right of peoples to self determination, process of democratization), the exercise of the constituent capacity is internationalized. In its most integral form, the internationalization of the original constituent power is based on a procedure that overshadows the irreducible link between the originating constituent capacity and sovereignty. Consequently it's appropriate, in a general context of challenge of the sovereignty, to wonder about the impact of this practice on the public law. Either the transfer of the original constituent power is the end of the legal system, in which sovereignty represents the angular stone. Either the public law is able to answer the circumstantial need for the internationalization of the original constituent power, while coming within the respect of sovereignty.