



HAL
open science

L'instrumentalisation des transitions constitutionnelles dans la reconstruction internationalisée de l'État

Manon Bonnet

► To cite this version:

Manon Bonnet. L'instrumentalisation des transitions constitutionnelles dans la reconstruction internationalisée de l'État. Revue Lexsociété, 2025, L'instrumentalisation du droit. <hal-05244313>

HAL Id: hal-05244313

<https://hal.science/hal-05244313v1>

Submitted on 8 Sep 2025

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License



L'instrumentalisation des transitions constitutionnelles dans la reconstruction internationalisée de l'État

in J. ANCELIN, M. BLONDEL (dir.), *L'instrumentalisation du droit*, EUR Lexsociété,
Université Côte d'Azur, 2025

MANON BONNET

Docteure en droit public

ICREJ

Université de Caen Normandie

Résumé : Le phénomène d'internationalisation des transitions constitutionnelles implique une instrumentalisation de l'ingénierie constitutionnelle. En effet, l'analyse des fonctions attribuées dans de tels contextes contrastent avec l'attention portée à certains éléments formels (notamment les élections), laissant peu de place à certains mécanismes d'appropriation nécessaire à la réalisation desdits objectifs.

Mots-clés : transitions constitutionnelles, reconstruction de l'État

Pour présenter le rôle de la Constitution dans les sociétés, Steven Ratuva invoque la métaphore du maharadjah indien assis sur un *howdah* doré sur le dos d'un éléphant, le maharadjah symbolisant l'État et sa grandeur, l'éléphant, le peuple : « *[l]a relation stable et harmonieuse entre le maharadjah et l'éléphant va dépendre, dans une large mesure, de la manière dont le maharadjah sera capable de dompter l'animal et de le satisfaire. Si les besoins de l'éléphant ne sont pas pris en compte, s'il n'est pas nourri et maîtrisé de manière adéquate, l'animal deviendra agressif et incontrôlable : il manifestera alors sa mauvaise humeur en secouant vigoureusement l'échine jusqu'à rendre le howdah instable et le faire glisser, envoyant par là même le maharadjah en tenue d'apparat les quatre fers en l'air* »¹. Cette approche de l'ingénierie constitutionnelle reflète les difficultés inhérentes à l'élaboration des constitutions, tout particulièrement dans des sociétés que l'on peut qualifier de divisées ou de complexe. Ces dernières, tendent en effet « *à être hétérogènes au plan ethnoculturel, ce qui est susceptible de conduire dans certains cas à des conflits. La diversité ethnique, religieuse et culturelle ne débouche pas nécessairement sur des conflits, mais lorsque cette diversité est exploitée pour servir les intérêts politiques et économiques de certains groupes ou individus et qu'elle coïncide avec une inégalité politique et socio-économique ou une oppression, le conflit devient alors inévitable* »². En ce sens, les transitions constitutionnelles post-confliktuelles se situent au carrefour entre le besoin d'assurer un apaisement progressif de la situation et la nécessité de construire une relation durable et fonctionnelle entre l'État en reconstruction et la société. À cette première difficulté s'ajoute parfois la participation d'acteurs internationaux qui, pour de multiples raisons, peuvent être amenés à intervenir dans le processus constituant.

Il existe une grande diversité des modalités d'intervention des acteurs étrangers dans les transitions constitutionnelles, pouvant aller de la « simple » assistance

¹ RATUVA Steven, « L'éléphant et le Maharadjah : L'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition », in *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie : actes du colloque universitaire des 17 et 18 novembre 2017, Nouméa*, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 29.

² *Ibid.*, p. 31.

constitutionnelle à des phénomènes autrement plus intrusifs, dont l'exemple le plus marquant est celui de la Constitution hétéronome de la Bosnie Herzégovine³. En tout état de cause, la mobilisation de l'ingénierie constitutionnelle par des acteurs internationaux, et tout particulièrement l'ONU, relève d'une forme d'instrumentalisation du droit. Autrement dit, la mobilisation de ces techniques résulte d'une focalisation sur leur aspect utilitaire en espérant qu'elles pourront remplir certaines fonctions spécifiques. Parmi d'autres difficultés, cette situation repose en réalité sur une métonymie : l'idée que la création d'une constitution entrainera le développement d'une certaine forme de gouvernement qui participera ensuite à la paix. En d'autres termes cette mobilisation de l'ingénierie constitutionnelle repose, au moins en partie, sur une croyance que le contenant – la constitution – pourra imposer progressivement un contenu qui apparaît favorable à la paix – le modèle d'État que constitue la démocratie libérale appuyée sur un État de droit. En effet, le concept de constitution, issu notamment des mouvements constitutionnalistes des siècles derniers, est perçue comme porteuse d'une certaine idéologie et mobilisée en ce sens dans le cadre des situations post-confliktuelles. Toutefois, une analyse approfondie de ces situations révèle une sur-focalisation desdits processus sur certains aspects des transitions constitutionnelles, tout particulièrement leur dimension formelle, laissant de côté d'autres mécanismes qui semblent pourtant nécessaires à la réalisation de l'objectif de pacification et de démocratisation affiché. En ce sens, les fonctions attribuées aux transitions constitutionnelles révèlent une conception politique de la constitution, c'est-à-dire que « *la notion de constitution est matérielle, substantielle, porteuse d'un certain contenu. Elle découle de l'idée que les hommes constituent le pouvoir pour consacrer leur égalité et préserver leur liberté* »⁴. Paradoxalement, les processus constituants internationalisés révèlent l'ampleur de l'attention portée à certains éléments formels (notamment les élections), laissant peu de place à certains

³ Voir sur ce point N. MAZIAU, « L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, vol. 3, pp. 549-580.

⁴ O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Éditions du Seuil, 2016, p. 53.

mécanismes d'appropriation nécessaire à la réalisation desdits objectifs. C'est de ce phénomène qu'entend traiter la présente contribution.

I. L'incertitude conceptuelle de la constitution en droit international

Le phénomène d'instrumentalisation du droit constitutionnel en droit international peut être en partie rattaché à l'absence de spécificité de la norme constitutionnelle en droit international. En effet, du point de vue du droit international positif, l'analyse du concept de droit constitutionnel s'avère être une tentative échouée. Les normes de droit international ne déterminent aucune spécificité du droit constitutionnel par rapport aux autres normes de droit interne (A). Néanmoins, un tel constat ne fait pas échec à la détermination de l'instrument constitutionnel tel qu'il est encadré par le droit international (B).

A. L'absence de concept international de droit constitutionnel dans le droit international positif

Il est admis de longue date que le droit international considère le droit interne comme du fait. Ce rapport entre droit international et droit interne résulte, en premier lieu, de la reconnaissance de la supériorité du droit international face au droit interne, qui implique qu'un État « ne peut invoquer pour manquer à ce devoir les dispositions de sa constitution ou de sa législation »⁵. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* prévoit également, en son article 27,

⁵ *Projet de Déclaration des Droits et des Devoirs de l'État*, adopté par la CDI en 1949, annexé à AGNU, *Résolution 375 (IV)*, adoptée le 6 décembre 1949, Art. 13.

qu'une « partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». La jurisprudence a également consacré ce principe à plusieurs reprises⁶, y compris concernant des dispositions constitutionnelles. Le droit international ne prévoit pas d'exception constitutionnelle ouvrant la possibilité pour un État de se prévaloir de ses dispositions constitutionnelles face aux normes internationales. Dès 1872, dans l'*affaire de l'Alabama*⁷, la possibilité d'invoquer de telles dispositions pour excuser la non-application d'une obligation internationale a été expressément écartée. En 1875, à l'occasion de l'*Affaire du Montijo*, l'arbitre avait décidé qu'un « traité l'emporte sur une Constitution »⁸, écartant ainsi l'argument de la Colombie selon lequel « les dispositions de sa Constitution l'empêchaient de respecter les termes d'un traité régulièrement conclu avec les États-Unis »⁹. Cette position a ensuite été affirmée par la CPJI dans l'*Affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig*¹⁰ ou encore dans l'*Affaire du bureau de l'OLP auprès des Nations unies*¹¹. Ainsi, la supériorité normative des dispositions

⁶ Concernant la supériorité du droit international sur les lois, voy. par exemple : CPJI, *Affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 25 mai 1926, série A, n°7, spé. p.19 ; CPJI, *Affaire relative aux Questions des communautés gréco-bulgares*, avis consultatif du 31 juillet 1930, série B, n°17, spé. p. 13 ; CPJI, *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány c. État Tchécoslovaque)*, arrêt du 15 décembre 1933, série A/B, n°61, spé. p. 243. Concernant la supériorité du droit international sur les actes administratifs et la jurisprudence, voy. par exemple : CPJI, *Affaire des vapeurs Wimbledon (France c. Allemagne)*, cit., spé. p. 30 ; CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, Rec. 1958, spé. p. 65 ; CPJI, *Affaire de l'usine de Chorzow*, cit., spé. pp. 33-34.

⁷ SA, *Affaire de l'Alabama (Grande Bretagne c. États-Unis d'Amérique)*, sentence du 14 septembre 1872, RAI, tome II, p. 713.

⁸ SA, *Affaire du Montijo (Colombie c. États-Unis d'Amérique)*, sentence arbitrale du 26 juillet 1875, RAI, tome III, p. 675.

⁹ D. CARREAU et F. MARRELLA, *Droit international*, Études internationales (EI), n° no 1, Paris, Editions Pedone, 2012, p. 81.

¹⁰ CPJI, *Affaire relative au traitement des nationaux polonais à Dantzig*, Avis consultatif du 4 février 1932, Série A/B, n°44, p.24.

¹¹ CIJ, *Affaire du bureau de l'OLP auprès des Nations unies*, Avis consultatif du 26 avril 1988, rec. 1986, p.34, part. §57.

constitutionnelles dans l'ordre interne ne saurait être prise en considération par le droit international afin d'admettre un régime particulier à leur rencontre, et la constitution, au même titre que les autres dispositions de droit interne ne constituent qu'un fait pour le droit international.

Ce constat n'implique pas pour autant que le droit international ne prenne jamais en compte le droit constitutionnel. Au contraire, dans certaines situations ce dernier constitue un fait particulièrement pertinent. Il en va ainsi, par exemple, de la détermination des autorités compétentes pour conclure des traités en forme solennelle : « [p]our cette phase de la procédure, le droit international ne peut que renvoyer au droit interne : aucune considération d'opportunité ou de logique juridique n'impose une solution uniforme ; les constituants nationaux disposent d'une totale liberté d'organisation de la procédure »¹². Dans le même sens, la détermination de l'autorité compétente pour négocier ou ratifier un traité, résulte du droit interne de l'État. La contestation de la validité d'un traité sur le fondement d'une ratification imparfaite renvoie à ces dispositions, comme le prévoit d'ailleurs l'article 46 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, tout en limitant la possibilité de les invoquer aux cas où la violation est manifeste et « concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ». Dans le contentieux relatif à ces dispositions, la CIJ a, en outre, affirmé que « les règles relatives au pouvoir de signer des traités au nom d'un État sont des règles constitutionnelles d'une importance fondamentale »¹³, tout en écartant l'argument du Nigéria selon lequel les pouvoirs présidentiels en la matière étaient restreints, au motif qu'il ne pèse pas sur les États une obligation de s'informer des règles internes, législatives ou constitutionnelles, des autres États¹⁴. Ces références ponctuelles au droit interne et l'analyse subséquente qui est faite par les juridictions

¹² P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, Lextenso éd, 2009, p. 160.

¹³ CIJ, *Affaire relative aux frontières terrestres et maritimes entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *Rec.* 2002, p. 430, §265.

¹⁴ *Ibid.*, §266.

internationales du respect de ces dispositions ne renvoient pas, néanmoins, à un concept de droit constitutionnel à proprement parler : le renvoi à ou l'étude des dispositions constitutionnelles ne sont que purement conjoncturels. Ainsi, lorsque le juge international se réfère à des dispositions constitutionnelles, il ne le fait pas parce que les normes sont constitutionnelles, mais parce qu'elles contiennent la règle de droit interne pertinente. Le droit international ne consacre ainsi aucune valeur supérieure au droit constitutionnel au regard des autres normes de droit interne, pas plus qu'il ne prédéfinit le contenu du droit constitutionnel national.

À ces éléments il faut toutefois apporter certaines nuances, dès lors qu'il existe ponctuellement, en droit international, une reconnaissance de la spécificité des changements de régime. Ainsi, si le droit international général ne permet pas de dégager une compréhension spécifique des changements de régimes, il est toutefois nécessaire de mettre en exergue deux situations qui nuancent cette affirmation. La première résulte de la liberté des États en matière conventionnelle : rien ne s'oppose à ce qu'un groupe d'États convienne, par voie conventionnelle que les modalités de changements de constitution doivent répondre à une certaine procédure. La seconde situation résulte du rapport qu'entretient le droit avec les situations de déclaration d'indépendance et de la création subséquente de nouveaux gouvernements.

Certains systèmes régionaux ont pu établir par voie conventionnelle, des limitations relatives aux changements de gouvernement. Sur ce point, les systèmes africain et interaméricains comprennent des dispositions visant à condamner les changements de régimes en dehors des textes constitutionnels. La *Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance* souligne ainsi, dès son préambule que les changements inconstitutionnels de gouvernement « constituent l'une des causes essentielles d'insécurité, d'instabilité, de crise et même d'affrontements en Afrique »¹⁵. Ce constat

¹⁵ *Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance* adoptée à Addis Abeba le 30 janvier 2007, Préambule. Il convient ici de souligner que cet instrument juridique s'inscrit à la suite d'un certain nombre de déclarations et de protocoles visant de tels changements

s'accompagne de différentes obligations pour les États parties impliquant notamment de prendre « les mesures appropriées afin d'assurer le respect de l'ordre constitutionnel, en particulier le transfert constitutionnel du pouvoir »¹⁶, ou encore de prendre des mesures légales et des mesures de coopération pour traduire en justice « toute personne qui tente de renverser un gouvernement élu »¹⁷. Ces dispositions s'accompagnent de la mise en place de mécanismes réaction (prévus notamment au Chapitre VIII de ladite charte). Dans le même sens, la *Charte démocratique interaméricaine*, prévoit un certain nombre de conséquences en cas d'« interruption inconstitutionnelle de l'ordre démocratique ou [d]'altération, de l'ordre constitutionnel »¹⁸. De telles situations entraînent des sanctions diplomatiques au sein de l'OEA. Les deux cas ici évoqués amènent plusieurs remarques quant au concept de changement de constitution en droit international. La première résulte du caractère régional de ces dispositions, dont on ne saurait tirer trop de conséquences au regard du droit international public général. En effet, si des groupes d'États ont pu s'accorder sur la nécessité de prévoir des sanctions dans les cas où l'ordre constitutionnel a été mis à mal, cela n'implique pas que le droit international public général considère la rupture de l'ordre constitutionnel comme une violation du droit international. Une seconde remarque est que les dispositions en question procèdent par renvoi : si elles définissent parfois, comme dans le cas du système africain, des comportements considérés, en eux-mêmes, comme des changements anticonstitutionnels¹⁹, les dispositions en question ne

anticonstitutionnels. Sur ce point, voy. J. KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, 2012, vol. 25, n° 2, p. 102.

¹⁶ *Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance*, adoptée à Addis Abeba le 30 janvier 2007, art. 5.

¹⁷ *Ibid.*, art. 14.

¹⁸ *Charte démocratique interaméricaine*, adoptée le 11 septembre 2001 à Lima, Session extraordinaire de l'OEA, art. 14, 19 et 20.

¹⁹ Nommément : « 1) Tout putsh ou coup d'État contre un gouvernement démocratiquement élu ; 2) Toute intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement démocratiquement élu ; 3) Toute intervention de groupes dissidents armés et de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement démocratiquement élu ; 4) Tout refus par un gouvernement en place

déterminent pas de manière générale et abstraite ce qu'est un changement anticonstitutionnel de gouvernement. Cette situation a ainsi conduit à ce que des changements de gouvernements pouvant apparaître en droit interne contraire à la constitution échappent à une telle qualification en droit international²⁰. À cet égard, outre les cas expressément déterminés, un changement de gouvernement ou de constitution inconstitutionnel n'existe que par renvoi au texte constitutionnel de chaque État et ne constitue donc pas, en lui-même, un concept de droit international. La troisième et dernière remarque qu'amènent ces cas spécifiques au regard du concept de changement de constitution ou de régime en droit international, résulte du fait que les interdictions de tels phénomènes sont systématiquement ancrées dans des systèmes comprenant des normes relatives à la forme de gouvernement. À cet égard, le concept de changement de constitution résultant de ces systèmes régionaux ne peut être que partiellement significatif au regard du droit international général en ce dernier ne consacre pas de forme particulière de gouvernement.

Au-delà des cas où des normes conventionnelles envisagent expressément les changements de constitution, une autre situation permet de nuancer le constat

de remettre pouvoir au parti vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières ; 5) Tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique », *Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, cit.*, Art. 23, reprenant, en y ajoutant le 5), les situations déterminées par la *Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement*, OUA, AHG/décl.5 (XXXVI) (2000).

²⁰ À titre d'exemple, « [I]es conditions de dévolution du pouvoir au président actuel du Togo en 2005 par la volonté de l'État-major des forces armées, la tenue d'une session extraordinaire de l'Assemblée nationale, l'éviction de son président, le tripotage dans la révision constitutionnelle, manœuvres destinées à conférer une parodie de légalité à un coup de d'État en douceur, constituent bel et bien un changement anticonstitutionnel de gouvernement dans la mesure où les règles constitutionnelles régissant la succession du chef de l'État en cas de vacance n'ont pas été scrupuleusement observées ». KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *op. cit.*, p. 112. Sur cette situation, voy. également R. ADJOVI, « Le Togo, un changement anticonstitutionnel savant et un nouveau test pour l'Union africaine », *Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, février 2005, pp. 1-7.

de l'indifférence du droit international face à de tels phénomènes. En effet, confronté à la déclaration spontanée de l'indépendance d'un État, le droit international a pu reconnaître la spécificité du pouvoir à l'origine de la création d'un nouveau gouvernement. À cet égard, l'avis consultatif du 22 juillet 2010 de la CIJ est particulièrement révélateur. Celle-ci était, en l'espèce, confrontée à la question de savoir si la déclaration d'indépendance du 17 février 2008, adoptée par l'Assemblée du Kosovo, était conforme au droit international, et, en particulier au mandat de la MINUK tel qu'il était défini par la *Résolution 1244* du Conseil de sécurité. De manière très révélatrice au regard de notre étude, la Cour a estimé que « [l]es termes utilisés indiquent que les auteurs de la déclaration n'entendaient pas agir dans le cadre normal du régime intérimaire d'administration autonome du Kosovo mais voulaient faire de ce dernier un 'État indépendant et souverain' »²¹. Elle estime ainsi, que la déclaration d'indépendance n'avait pas vocation à s'appliquer dans l'« ordre juridique instauré aux fins de la phase intérimaire »²² mais que la décision, au contraire avait « une importance et [des] effets »²³ allant au-delà. Tant le vocabulaire que le contexte de la déclaration d'indépendance ont ainsi poussé la Cour à considérer qu'elle ne pouvait être considérée comme un acte émanant de l'Assemblée du Kosovo en tant qu'organe constitué par le régime intérimaire, mais qu'elle agissait en une autre qualité. La Cour conclue ainsi qu'« [i]l s'ensuit que les auteurs de la déclaration d'indépendance n'étaient pas liés par le cadre qui visait à régir, en définissant leurs pouvoirs et responsabilités, la conduite des institutions provisoires d'administration autonome »²⁴. La Cour ne se risque toutefois pas à déterminer en quelle qualité l'Assemblée du Kosovo a agi et ne reconnaît donc pas expressément l'intervention d'un pouvoir constituant. Certains commentateurs ont toutefois estimé que la notion de

²¹ CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif du 22 juillet 2010, *Rec. 2010*, §105, p.446.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ *Ibid.*, §121, p. 452.

pouvoir constituant était au cœur de la décision de la Cour²⁵, et l'on ne peut qu'abonder en ce sens, dans la mesure où l'avis consultatif reconnaît, dans ses motifs l'intervention d'un pouvoir extra-juridique dont elle ne saurait examiner la conformité au regard du droit applicable dans l'ordre juridique en question. L'avis de la CIJ se contente toutefois de consacrer un état de fait, lié, en partie, à l'absence de norme de droit international en matière de déclaration d'indépendance des États. Si elle constate, implicitement, l'intervention du pouvoir constituant et ses effets sur l'ordre juridique interne et international, elle ne consacre pas la nécessité de l'intervention d'un tel pouvoir en vue d'instaurer un nouvel État ou une nouvelle constitution, à la différence de la théorie constitutionnelle.

Il résulte de ce qui précède que le droit international général considère les changements de constitution ou de gouvernement comme de purs éléments de fait, dont il ne peut que constater l'occurrence. Si, ponctuellement, de telles situations peuvent être appréhendées par le droit international, elles ne le sont que médiatement, par le biais de normes internationales contraignantes encadrant de tels phénomènes. On ne saurait, dès lors, considéré qu'il existe un concept de changement de constitution en droit international, en ce qu'aucune compréhension spécifique ne peut être dégagée.

B. L'appréhension fonctionnelle du droit constitutionnel par le droit international

Il ne résulte pas de l'indifférence du droit international à la norme constitutionnelle en tant que telle, une indifférence internationale à l'existence

²⁵ En ce sens, voy. par exemple M. RIEGNER, « The Two Faces of the Internationalized pouvoir constituant: Independence and Constitution-Making Under External Influence in Kosovo », *Goettingen Journal of International Law*, 2010, vol. 2, n° 3, p. 1050 ; Z. OKLOPCIC, « Preliminary Thoughts on the Kosovo Opinion », *EJIL: Talk!*, 26 juillet 2010, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/preliminary-thoughts-on-the-kosovo-opinion/> (Consulté le 3 mars 2019).

des constitutions. Les cas de transitions constitutionnelles internationalisées sont révélateurs à cet égard, dès lors que l'on s'interroge sur l'intérêt que l'écriture d'une constitution peut présenter au regard du droit international. En d'autres termes, elles permettent de mettre en exergue la fonction que le droit international attribue au droit constitutionnel. Ce concept fonctionnel de droit constitutionnel semble intimement lié aux conditions d'existence de l'État et en particulier à l'existence d'un gouvernement.

La mobilisation des termes « constitution », « loi constitutionnelle » ou « loi fondamentale » renvoie principalement, en droit international, à deux circonstances : pour renvoyer à la constitution d'une organisation internationale ou pour renvoyer à la constitution d'un État. Dans le sens de traité constitutif d'une organisation internationale, le terme fait référence à des « traités d'un type particulier [qui] ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs »²⁶. En ce sens, le terme constitution renvoie à un texte créateur, qui détermine « les buts de l'organisation, [sa] composition et les compétences de ses organes »²⁷. Le terme de constitution renvoie ainsi au sens de norme constitutif, qui, s'il est tout à fait éloquent en la matière, ne permet pas de dégager un concept spécifique de constitution en droit international. À cet égard, l'appréhension de la notion de constitution en droit international apparaît principalement fonctionnelle.

Comme l'a consacré la *Convention de Montevideo* dans son article premier « l'État comme personne de Droit international doit réunir les conditions suivantes : (I) Population permanente ; (II) territoire déterminé ; (III) gouvernement ; (IV) capacité d'entrer en relation avec les autres États ». La consécration ou la création d'un État comme solution à un différend implique que l'entité en question réunisse ces critères. Or, d'un point de vue factuel, ce

²⁶ CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *rec. 1996*, p. 75.

²⁷ J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 33. *S.v.* « Acte constitutif ».

n'est pas nécessairement le cas au préalable. Le critère d'existence d'un gouvernement résulte d'une nécessité pratique : « [p]ersonne juridique, l'État a besoin d'organes pour le représenter et exprimer sa volonté. Titulaire de compétences, il ne peut les exercer que par l'intermédiaire d'organes composés d'individus »²⁸. La CIJ a affiné ce critère d'existence en lui ajoutant des conditions minimales « en termes d'autorité politique et de structures gouvernementales »²⁹. Dans l'affaire du *Sahara occidental* elle a ainsi jugé que l'ensemble politique « n'avait pas le caractère d'une personne ou d'une entité juridique distincte des divers émirats et tribus qui le constituait »³⁰. Il en résulte que l'exigence d'un gouvernement comme critère d'existence d'un État en droit international est subordonnée à un critère d'effectivité³¹. Cette condition a pu être invoquée dans les cas de désaccords sur l'identité du gouvernement légitime d'un État donné³². Dans l'arbitrage *Tinoco*, l'arbitre unique, W. H. Taft, avait dû se prononcer sur l'identité du gouvernement du Costa Rica à la suite d'un coup d'État et avait fait primer le critère du contrôle effectif du gouvernement sur la légalité de celui-ci :

« Maintenir qu'un gouvernement qui s'est établi et a maintenu une administration pacifique, avec l'acquiescement du peuple pour une durée substantielle ne devient le gouvernement *de facto* que s'il se conforme à la Constitution antérieure, reviendrait à maintenir qu'il existe une règle de droit international empêchant une révolution contraire à la loi

²⁸ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 458.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CIJ, *Affaire du Sahara occidental*, Avis consultatif du 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p.63.

³¹ Le principe d'effectivité a également été envisagé par H. Kelsen dans les « conditions étant exigées pour qu'une communauté soit reconnue comme un État en vertu du droit international » X. MAGNON, « Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Kelsen », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 415 ; H. KELSEN, « Recognition in International Law: Theoretical Observations », *American Journal of International Law*, 1941, vol. 35, n° 4, p. 60.

³² S.D. MURPHY, « Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments », *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, n° 3, p. 547.

fondamentale du gouvernement préexistant d'établir un nouveau gouvernement »³³.

Il en résulte que ce critère doit être compris comme un critère de fait : l'existence d'un gouvernement effectif résulte de sa capacité à établir maintenir et exercer son pouvoir sur un territoire donné, et non de la conformité de son existence à une constitution.

Cela ne signifie pas pour autant que le droit constitutionnel et la détermination du gouvernement sont imperméables au regard du droit international. Au contraire, les transitions ici étudiées montrent que, si le droit constitutionnel n'est que l'un des éléments de fait pertinents pour déterminer le gouvernement d'un État au regard du droit international – élément qui s'efface, au demeurant, face au critère de contrôle effectif –, il constitue bien un outil pertinent de mise en œuvre du critère d'existence d'un gouvernement. Le processus namibien met en exergue ce rapport. En effet,

« malgré le fait que l'organisation de libération correspondante, la SWAPO, disposait d'un haut degré d'obéissance et d'un degré variable de contrôle, il n'y a eu aucune tentative de traiter la Namibie comme étant déjà un État. Au contraire, les mesures entreprises visaient à réaliser son indépendance »³⁴.

Le droit constitutionnel apparaît alors comme le moyen d'accession à l'indépendance, par le biais « d'élections libres et régulières »³⁵. Ainsi,

³³ SA, *Tinoco (Grande Bretagne c. Costa Rica)*, rendu le 18 octobre 1923, *Rec. Des sentences arbitrale*, Nations Unies, Vol. I, p.381. Trad. « *To hold that a government which establishes itself and maintains a peaceful administration, with the acquiescence of the people for a substantial period of time, does not become a de facto government unless it conforms to a previous constitution would be to hold that within the rules of international law a revolution contrary to the fundamental law of the existing government cannot establish a new government* ».

³⁴ J. CRAWFORD, *The creation of states in international law*, Oxford : New York, Oxf. Univ. Press, 2006, p. 439. Trad. « *despite the fact that the relevant liberation organization, SWAPO, had high degree of allegiance and a fluctuating degree of control, there was no attempt to treat Namibia as already a State. Instead action was taken to bring about its independence* ».

³⁵ *Principes d'un règlement pacifique dans le Sud-Ouest de l'Afrique*, op.cit., §B.

l'instrumentalisation du droit constitutionnel est le résultat du besoin de créer un État, besoin qui peut constituer la solution au différend sous-jacent à un conflit armé : dans le cas de la Namibie ou du Timor Oriental par exemple, les affrontements armés résultaient d'une lutte pour l'indépendance. La décision de créer un État peut alors être envisagé comme la solution au différend, solution ensuite matérialisée par l'adoption d'une nouvelle constitution. À ce titre, l'instrumentalisation du droit constitutionnel par le droit international résulte de la nécessité de réaliser l'existence de l'État consacrée comme solution au différend. En effet, si « la forme et l'organisation politique interne et les dispositions constitutionnelles constituent de simple faits »³⁶, elles sont néanmoins utiles pour déterminer l'existence d'un État, en particulier, « l'emprise du Gouvernement sur la population et sur le territoire »³⁷. Au Timor Oriental, le règlement 2001/2 prévoyait la rétroactivité de la constitution à venir à partir de la date de l'indépendance du Timor³⁸, assurant ainsi que l'État timorais remplisse les critères d'existence de l'État dès le jour de son indépendance. Dans les cas où l'État préexistait, l'effondrement interne conduit, de manière similaire, à la disparition de ce critère nécessaire à l'existence même de l'État. Les régimes transitoires alors mis en place permettent de maintenir la fiction de l'existence du gouvernement jusqu'à l'adoption d'une nouvelle constitution. En ce sens, l'*Accord-cadre de Paris* définit la période de transition comme se finissant à l'adoption de la nouvelle Constitution et la formation d'un nouveau gouvernement³⁹. Ces cas révèlent ce que nous avons désigné sous le terme de concept fonctionnel de droit constitutionnel : celui-ci semble participer à la mise en place – ou au rétablissement – d'un gouvernement effectif nécessaire à l'existence même de l'État au regard du droit international. Un tel constat appelle à commentaire en ce qu'il crée une

³⁶ Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie (avis n°1 du 29 novembre 1991).

³⁷ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 476.

³⁸ ATNUTO, *Règlement n° 2001/2 sur l'élection d'une assemblée constituante pour préparer une constitution pour un Timor oriental démocratique et indépendant*, adopté le 16 mars 2001, UNTAET/REG/2001/2., Art. 2.7.

³⁹ *Accord-cadre de Paris*, op.cit., art. 1.

métonymie tant doctrinale que pratique entre le droit constitutionnel et le régime politique. Le droit constitutionnel ne constitue pas, au regard du droit international, un droit spécifique à la différence des autres normes de droit interne. Néanmoins son utilisation dans certaines circonstances spécifiques liées au pouvoir politique de l'État, permettent de dégager non pas ce qu'*est* le droit constitutionnel au regard du droit international (puisqu'il n'est que du droit interne) mais ce à quoi *sert* le droit constitutionnel pour le droit international : à savoir une technique de détermination du gouvernement.

II. Les fonctions attribuées au droit constitutionnel dans le cadre des transitions internationalisées

La mise en exergue de l'instrumentalisation du droit constitutionnel dans le cadre des transitions constitutionnelles internationalisées nécessite de mettre en lumière l'objectif de la mobilisation de l'ingénierie constitutionnelle dans ce contexte. Si l'on ne peut que rejoindre le constat de M. Forteau quant aux difficultés inhérentes à l'identification des fonctions du droit⁴⁰, reste qu'un tel exercice s'avère nécessaire à la démonstration. À partir de l'étude du droit positif notamment, il est possible d'identifier certains des objectifs alloués aux processus transitionnels. On peut alors distinguer les fonctions attribuées au texte constitutionnel (A), de celles attribuées au processus constituant (B).

A. Les fonctions attribuées au texte constitutionnel

Parmi les fonctions attribuées à l'ingénierie constitutionnelle dans les transitions constitutionnelles internationalisées, celles qui apparaissent le plus directement résultent du rôle octroyé au texte constitutionnel dans le processus

⁴⁰ M. FORTEAU, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'État*, *op. cit.*, p. 271.

de création de l'État. En effet, comme le souligne E. Hay, « *l'internationalisation des constitutions constitue un nouveau scénario, dans lequel la communauté internationale ne se contente pas de reconnaître la souveraineté d'un territoire sur le fondement de l'auto-détermination, mais entend également participer et faciliter cette auto-détermination de manière très directe* »⁴¹. En d'autres termes, la mobilisation du droit constitutionnel participe du processus de création de l'État, ce qui s'inscrit dans la lignée des éléments évoqués plus haut quant au sens de la notion de Constitution en droit international. Ainsi, dans les cas de la Namibie et de la Bosnie Herzégovine, l'adoption d'une constitution devait matérialiser la création de l'État respectivement à l'issue d'un processus de décolonisation complexe et d'un processus de sécession.

On peut également identifier une autre fonction du texte constitutionnel : celle de création d'un ordre juridique interne. Une remarque préalable s'impose ici : la participation internationale à l'édiction de normes constitutionnelles est régulièrement liée, d'un point de vue factuel, d'une part, à une présence internationale dans les affrontements armés, et, d'autre part, à la vacuité du pouvoir qui s'installe à l'issue de ces affrontements⁴². Cette situation induit un besoin de créer un nouveau gouvernement à la fois pour une raison pratique – le besoin d'un gouvernement effectif pour acter l'existence de l'État –, et une raison plus théorique – la nécessité d'un ordre juridique étatique afin d'appliquer le droit international. Ainsi, l'adoption d'une nouvelle constitution peut être envisagée comme instrument de réalisation d'une solution au différend sous-jacent au conflit armé, solution prenant la forme de la création d'un État. Pour mettre en œuvre cette solution, il devient nécessaire que l'État en construction dispose d'une autorité politique effective. La

⁴¹ E. HAY, « International(ized) Constitutions and Peacebuilding », *Leiden Journal of International Law*, mars 2014, vol. 27, n° 01, p. 147. Trad. « *Internationalized constitutions present a new scenario, in that the international community may not only be willing to recognize the sovereignty of a territory based on self-determination, but also willing to step in and facilitate that self-determination in a very hands-on way* ».

⁴² Qu'il nous soit permis ici de renvoyer à la thèse :

transition constitutionnelle se présente alors comme l'instrument de cette réalisation, créant, par la même, une situation juridique paradoxale : la mise en œuvre dans un ordre juridique interne (inexistant au moment de la décision) d'une norme de droit international dont l'objet est... la mise en place du droit interne. Un tel phénomène est tout particulièrement observable dans le cas de la Namibie. Si, du point de vue du droit international, le droit constitutionnel n'est qu'un élément d'identification du gouvernement, il peut constituer un instrument de la mise en œuvre du critère d'existence du gouvernement, permettant de matérialiser une « décision » antérieure sur l'existence de l'État. Ainsi, s'il avait été acté antérieurement que la Namibie avait vocation à devenir un État indépendant, et « malgré le fait que l'organisation de libération correspondante, la SWAPO, disposait d'un haut degré d'obéissance et d'un degré variable de contrôle, il n'y a eu aucune tentative de traiter la Namibie comme étant déjà un État. Au contraire, les mesures entreprises visaient à réaliser son indépendance »⁴³.

Ces différents éléments reflètent donc l'une des fonctions allouées à la mobilisation du droit constitutionnel dans le cadre des transitions constitutionnelles internationalisées, celle de participer à la création d'un État. Sur ce point, l'ingénierie constitutionnelle se présente comme un instrument de construction de l'appareil étatique, permettant d'organiser un État dans un contexte où celui-ci a été déconstruit.

B. Les fonctions attribuées au processus constituant

L'instrumentalisation du droit constitutionnel dans le cadre des transitions constitutionnelles internationalisées peut également être analysée à l'aune des fonctions prêtées au processus en lui-même. Ce n'est alors pas tant la norme

⁴³ J. CRAWFORD, *The creation of states in international law*, Oxford : New York, Oxf. Univ. Press, 2006, p. 439. Trad. « *despite the fact that the relevant liberation organization, SWAPO, had high degree of allegiance and a fluctuating degree of control, there was no attempt to treat Namibia as already a State. Instead action was taken to bring about its independence* ».

constitutionnelle qui semble participer à la reconstruction de l'État, mais plutôt le moment constituant. De ce point de vue, on peut envisager les processus constituants à la fois comme des outils de règlement du différend sous-jacent au conflit armé dès lors qu'ils permettent d'identifier le détenteur légitime du pouvoir, et comme un instrument de création d'une certaine forme d'État. Sur le premier point, nous nous limiterons ici à renvoyer à nos travaux antérieurs, le second point apparaissant davantage pertinent dans le cadre de cette analyse. Outre les nécessités contextuelles, l'instrumentalisation du droit constitutionnel reflète une volonté de créer un État conforme à une certaine idéologie politique. Il s'agit de mettre en place une procédure d'établissement d'une constitution politique, pour reprendre la distinction mobilisée en introduction.

Les politiques internationales de reconstruction de l'État sont marquées par une volonté de construire des entités étatiques ne menaçant pas le système international et régional⁴⁴. Les parties prenantes entendent donc créer, y compris à travers les transitions constitutionnelles, des États « responsables ». Le terme renvoie « en pratique [à] un grand nombre de programmes et un éventail de tâches à accomplir toujours plus large. Priorité est toutefois donnée à la capacité et à la volonté de l'État de se conformer à des normes internationales »⁴⁵. En ce sens, les politiques de *State-building* recouvrent « toutes les activités d'ordre politique, économique et social tendant à établir ou rétablir une autorité [...] et lui donner les moyens d'action nécessaire à la gestion de l'État »⁴⁶. Si l'État apparaît comme un élément central de la pacification internationale, c'est davantage comme ordre politique⁴⁷ qu'en tant qu'ordre juridique, bien que la centralisation du pouvoir en constitue un aspect. Par ailleurs, en tant qu'ordre politique, l'État promu par les institutions

⁴⁴ S.L. WOODWARD, « Construire l'État », *op. cit.*, p. 146.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 147.

⁴⁶ Y. DAUDET, « La restauration de l'État, nouvelle mission des Nations unies ? », in Y. DAUDET (éd.), *Les Nations unies et la restauration de l'Etat*, Rencontres internationales de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, n° 4, Paris, A. Pedone, 1995, p. 18.

⁴⁷ J. MILLIKEN et K. KRAUSE, « State Failure, State Collapse, and State Reconstruction: Concepts, Lessons and Strategies », *Development and Change*, 2002, vol. 33, n° 5, p. 755.

internationales revêt certaines caractéristiques spécifiques, parmi lesquelles on trouve l'État de droit et la démocratie libérale. Concernant l'État de droit, comme le souligne J. Farral, il « *présente un attrait compréhensible dans les situations post-conflits. [...] [Il] offre l'espoir d'une nouvelle ère dans laquelle le pouvoir est exercé de manière responsable et encadré par des principes, plutôt que de manière arbitraire et abusive* »⁴⁸. Néanmoins, sa mise en œuvre apparaît autrement plus complexe⁴⁹, le processus constituant participant certainement de la reconnaissance du principe, sans pour autant garantir sa mise en œuvre.

Plus largement que l'État de droit, les transitions constitutionnelles internationalisées impliquent également une reconnaissance, si ce n'est une imposition des principes inhérents au constitutionnalisme. Comme le souligne M. Besse, « *le constitutionnalisme est [...] consubstantiel du libéralisme politique. Originellement, ce terme était utilisé "pour désigner des idéaux et techniques de limitation du pouvoir": le constitutionnalisme est d'abord téléologique et non procédural, ce qui lui donne sa raison d'être. Il a cependant évolué en parallèle de la construction de l'État et de la Constitution modernes. Stricto sensu, il est donc aujourd'hui la limitation du pouvoir politique au moyen d'une Constitution conçue comme juridique et destinée à protéger les individus* »⁵⁰. Cette mobilisation des principes reflète un phénomène de projection du modèle juridique des démocraties modernes occidentales sur les

⁴⁸ J. FARRAL, « Impossible expectations? The UN Security Council's promotion of the rule of law after conflict », *op. cit.*, p. 139. Trad. « *The notion of the rule of law has understandable appeal in post-conflict environments. [...] In this context the rule of law offers the hope of a new era in which power is exercised in a principled and accountable, rather than arbitrary or malicious, manner* ».

⁴⁹ Sur ce point, voy. Par exemple M. FORTEAU, « Existe-t-il une définition et une conception univoques de l'État de droit dans la pratique des organisations régionales ou politiques ? », in SFDI (éd.), *L'État de droit en droit international*, Paris, A. Pedone, 2009, pp. 263-286 ; A. MOINE, « L'État de droit, un instrument international au service de la paix », *Civitas Europa*, décembre 2016, n° 2, pp. 65-93.

⁵⁰ M. BESSE, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes*, *op. cit.*, p. 443. Sur ce point voy. également M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution - Histoire du constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 116.

États faillis ou post-conflits⁵¹. Si ce constat appelle certaines nuances, reste que l'observation des cas de transition constitutionnelle internationalisée révèle l'encadrement du processus constituant par ces principes. Dès l'adoption du droit constitutionnel transitoire⁵², on perçoit l'attachement aux principes de limitation du pouvoir, comme ce fut par exemple le cas dans la loi transitionnelle iraquienne, qui consacre sa propre suprématie normative⁵³ ainsi qu'un catalogue des droits fondamentaux⁵⁴ devant être protégés par les institutions transitoires⁵⁵.

Enfin, les processus constituants tels que mobilisés dans le cadre de la reconstruction internationalisée de l'État, se présentent également comme des moments d'ancrage d'une idéologie politique promue par les acteurs internationaux : la démocratie libérale. Sans être le but premier de ces interventions, les transitions constitutionnelles se présentent à deux égards comme ses instruments. D'une part, elles ont pour objet de produire une constitution, qui peut être envisagée comme l'« *expression du compromis politique fondateur* », participant ainsi à l'« *enregistrement des valeurs collectives, [la] légitimation du pouvoir des gouvernants — dans la mesure où les valeurs constitutionnalisées sont le référentiel de leurs actes juridiques — et [la] cohésion nationale par le ressourcement du “patriotisme constitutionnel” comme le dirait Jürgen Habermas* »⁵⁶. Le moment constituant se présente

⁵¹ C. TURNER et R. HOUGHTON, « Constitution making and post-conflict reconstruction », *op. cit.*, p. 129.

⁵² Pour plus d'éléments sur le droit transitoire, et sur les différents systèmes mis en œuvre, voy. M. BONNET, *Les transitions constitutionnelles internationalisées : Etude d'un instrument de reconstruction de l'État*, 172, Thèses - Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, LGDJ, 2025, pp. 239-277.,.

⁵³ *Law of administration for the State of Iraq for the transitional period (TAL)*, adoptée le 8 mars 2004, art. 3.

⁵⁴ *CPA, Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (TAL)*, 8 mars 2004, Chapitre 2.

⁵⁵ On note à cet égard un système d'indemnisation des violations des droits constitutionnels prévu à l'art. 22 de la *TAL*.

⁵⁶ B. VINCENT, « Et la fonction idéologique des constitutions ? », in J. DU BOIS DE GAUDUSSON et S. MILACIC (éds.), *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : démocratie et*

simultanément comme un moment d'émergence de ces valeurs et comme celui de leur entérinement dans un texte juridique suprême. Ainsi, « [m]atérielle, les transitions restent [...] des révolutions axiologiques, politiques et sociales dans lesquelles le droit remplit une fonction spécifique : celle d'exprimer, de structurer et de rationaliser le discours et le comportement des acteurs dominants »⁵⁷. De ce point de vue, la mise en œuvre de transitions constitutionnelles dans le cadre de la reconstruction de l'État apparaît logique : une telle dynamique implique une refondation de l'ordre politico-juridique pour garantir une paix future.

Ainsi, les transitions constitutionnelles remplissent différentes fonctions dans le cadre de la reconstruction internationalisée de l'État. Elles doivent, d'abord, participer à créer un État, compris comme un ordre juridique, mais également à faire de cet État un État de droit démocratique, soit un ordre politique fondé sur certaines valeurs déterminées, démocratiques et libérales. Or, dans leur pratique, les transitions constitutionnelles internationalisées voient certains principes être imposés par les acteurs internationaux, ce qui biaise le renouveau axiologique envisagé, notamment le principe démocratique, puisqu'elles impliquent une prédétermination du principe de légitimité. En ce sens, l'instrumentalisation du droit constitutionnel dans ce cadre particulier est révélée par le contraste patent entre l'outil, tel qu'il est réellement mis en œuvre, et les fonctions qui lui sont attribuées.

liberté : tension, dialogue, confrontation, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 253.

⁵⁷ J.-P. MASSIAS, « Pacification sociale et transition constitutionnelle - Réflexions sur les limites de l'autosatisfaction positiviste », *op. cit.*, p. 165.