

Atelier F « Les transitions constitutionnelles »  
Responsables : David Mongoin, Xavier Philippe

## **Le concept de « transition constitutionnelle » dans la pensée de Giuseppe de Vergottini**

Victoria Chiu, A.T.E.R.,  
Université de Toulon, CDPC-JCE, (UMR-CNRS 7318 DICE)

### **Plan :**

#### **I. L'objectif des « transitions constitutionnelles » : la mise en œuvre du constitutionnalisme libéral**

A – La transition constitutionnelle : vecteur de la démocratie

B – La transition constitutionnelle réalisée par une révision de la Constitution et par l'adoption d'une Constitution provisoire

#### **II. Les conditions de l'effectivité du processus de transition constitutionnelle**

A – La nécessaire convergence de la Constitution formelle et de la Constitution substantielle

B – Les facteurs capables de garantir un perfectionnement du processus de transition constitutionnelle

#### **III. Le lien étroit entre le juge constitutionnel et le processus de transition constitutionnelle : une idée à compléter**

A – La création d'une juridiction constitutionnelle avant l'adoption des nouvelles Constitutions

B – Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de justice transitionnelle

GIUSEPPE DE VERGOTTINI<sup>1</sup> est professeur émérite de droit constitutionnel à la prestigieuse faculté de droit de l'Université de Bologne. Titulaire depuis 1974 de la Chaire de droit constitutionnel, il a également enseigné le droit public comparé. En effet, le professeur DE VERGOTTINI a porté un intérêt particulier pour les études comparées. Cet intérêt se manifeste dans son engagement actif au sein des cénacles internationaux les plus autorisés, avec une participation systématique aux débats tenus à l'occasion des Congrès organisés par l'Association internationale de droit constitutionnel, l'Association internationale de droit ou l'Association Internationale des Sciences Politiques et Sociales.

Au sein des nombreux écrits du professeur GIUSEPPE DE VERGOTTINI, ceux relatifs à la transition constitutionnelle méritent une attention particulière<sup>2</sup>. Cette thématique est abordée par le professeur dans une approche globale. En effet, la transformation des ordonnancements constitutionnels est abordée tant à la suite de la chute des régimes autocratiques qu'à la suite du processus de décolonisation.

Le phénomène de transition constitutionnelle s'est traduit majoritairement par le passage de Constitutions autoritaires à des Constitutions imprégnées des principes du constitutionnalisme. Par exemple, l'adoption rapide dans les pays de l'Europe centrale et orientale, d'Amérique latine et d'Afrique de Constitutions libérales-démocratiques reste remarquable. Dans ce cadre, la migration des idées constitutionnelles s'est affirmée. Et comme l'explique le professeur GIUSEPPE DE VERGOTTINI, la « migration » est un concept qui renvoie au flux dynamiques d'influences constitués par la diffusion et la connaissance, parfois superficielle, parfois approfondie, d'idées qui sont à la base des ordonnancements constitutionnels<sup>3</sup>.

Le concept de « transition constitutionnelle », selon le professeur GIUSEPPE DE VERGOTTINI, « n'a pas, du point de vue juridique, un sens univoque, même s'il apparaît évident qu'il se réfère à un changement par le passage d'un régime constitutionnel existant à un autre, qui s'affirme à sa place »<sup>4</sup>. En outre, la transition n'est pas nécessairement démocratique, elle peut également caractériser l'abandon d'une forme d'Etat démocratique en faveur d'une forme autocratique<sup>5</sup>. Toutefois, le professeur DE VERGOTTINI observe notamment, dans son ouvrage « *Le transizioni costituzionali* » de 1998, une généralisation en faveur de l'adoption des principes issus du constitutionnalisme libéral<sup>6</sup>. Comme le précisent les professeurs DENIS BARANGER et OLIVIER BEAUD, l'avènement du constitutionnalisme libéral « implique la soumission de tous à l'État de droit, et ce "tous" signifie aussi bien les

---

<sup>1</sup> GIUSEPPE DE VERGOTTINI est né à Pise le 18 octobre 1936.

<sup>2</sup> Ils ont fait l'objet d'articles et d'une monographie intitulée *Le transizioni costituzionali* de 1998.

<sup>3</sup> G. DE VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, traduit et présenté par Jean-Jacques Pardini, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013, p. 47.

<sup>4</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 702.

<sup>5</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologne, Il Mulino, 1998, p. 163.

<sup>6</sup> X. PHILIPPE, « Le rôle du constitutionnalisme dans la construction des nouveaux États de droit », in *Constitution et finances publiques, Études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, pp. 187-206.

gouvernants que les gouvernés. Ce qui compte, c'est moins l'égalité (devant la loi ou devant la justice) que la prééminence du droit et de la Constitution »<sup>7</sup>.

L'analyse faite par le professeur GIUSEPPE DE VERGOTTINI dans ses études sur le concept de « transition constitutionnelle » est très instructive. En effet, comme le souligne ce dernier, pour comprendre les événements après l'année de 1989, il est nécessaire de prendre en compte la période après la seconde Guerre Mondiale, une période qui se caractérise par une reconsidération des équilibres entre les États et une remodelation des systèmes politiques et des ordres constitutionnels<sup>8</sup>. Dans cette période, s'est affirmé un processus des plus intéressants : celui de circulation des modèles constitutionnels<sup>9</sup>. Ainsi, « à partir des choix idéologiques relatifs aux valeurs propres des constitutions libérales et socialistes, des dispositions similaires ont été codifiées dans des instruments internationaux qui à leur tour ont conditionné la codification, dans les textes des nouvelles constitutions, des formulations analogues en matière des droits fondamentaux de la personne »<sup>10</sup>. Le phénomène est visible dans les différentes constitutions des États sorties de l'expérience coloniale ou autoritaire qui ont explicitement réceptionné la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950<sup>11</sup>. Toutefois, dans beaucoup d'ordres juridiques, le renvoi aux déclarations et aux traités internationaux en matière de droits de l'homme est resté lettre morte, souvent remplacé par un usage autoritaire et répressif du pouvoir<sup>12</sup>.

Autrement dit, le professeur DE VERGOTTINI inscrit le phénomène de transition constitutionnelle comme une tendance du constitutionnalisme d'après-guerre, portée par la généralisation du constitutionnalisme libéral.

Le concept de transition constitutionnelle peut être analysé dans la pensée de GIUSEPPE DE VERGOTTINI à travers trois points cardinaux : la généralisation du constitutionnalisme libéral en tant qu'objectif des transitions constitutionnelles (I), le rôle des nouvelles Constitutions adoptées dans le processus de transition constitutionnelle (II) et le lien étroit entre le juge constitutionnel et ce processus (III).

---

<sup>7</sup> D. BARANGER, O. BEAUD, « L'avènement du constitutionnalisme libéral », *R.F.D.A.*, 2013, p. 389.

<sup>8</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, *op. cit.*, pp. 12 et s.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Voir par exemple la Constitution du Gabon de 1960, du Niger de 1960, du Sénégal de 1963, du Madagascar de 1959, du Nigéria de 1960, du Sierra Leone de 1961, etc. ainsi que les Constitutions des nouveaux États de l'Europe centrale et orientale.

<sup>12</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

## I. L'OBJECTIF DES TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES : LA MISE EN ŒUVRE DU CONSTITUTIONNALISME LIBÉRAL

L'effondrement du bloc soviétique et des ordres juridiques socialistes a pu être considéré comme une conséquence du succès de la démocratie politique d'inspiration libérale ou de nouvelles vagues triomphantes de démocratisation<sup>13</sup>. Ces dernières ont conduit à la mise en place des transitions démocratiques (A), réalisées soit en procédant à une révision de la constitution soit en adoptant une constitution provisoire (B).

### A. LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE : UN VECTEUR DE LA DÉMOCRATIE

Après l'année 1945, une tendance générale peut être identifiée conduisant vers la diffusion à l'échelle mondiale de certains principes de base en matière de droits de l'homme et au moins formellement reconnus par une majorité de constitutions. En effet, la conception de la démocratie libérale a eu, en apparence, un grand succès. Toutefois, beaucoup de constitutions ont été appliquées de manière autoritaire, parfois en niant même formellement les principes démocratiques, et le plus souvent en ayant recours aux artifices tels que la suspension temporaire des garanties ou leur négation dans la pratique.

La doctrine de science politique a fait émerger la thématique du changement en faisant référence au concept de « transition » alors que la doctrine constitutionnaliste a privilégié le concept de « transition constitutionnelle »<sup>14</sup>. À l'origine, le concept de « transition » a été introduit par les politologues afin de désigner le phénomène de passage d'une forme de l'État vers une autre, mais qui ne correspond pas avec le changement pur et simple de la

---

<sup>13</sup> S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991, pp. 35 et s. La première vague de démocratisation a eu lieu entre 1828-1926 et elle trouve ses origines dans les révolutions américaine et française, la seconde vague de démocratisation s'est propagée après la seconde Guerre Mondiale et a eu lieu jusqu'en 1962. Elle a touché les différents systèmes juridiques de l'Amérique latine, de l'Asie et de l'Afrique, même si dans ces pays les institutions démocratiques n'ont pas connu une longue vie. La troisième vague de démocratisation s'est déclenchée au Portugal, à partir de 1972, avec la chute du régime de Salazar. La Grèce et l'Espagne ont suivi l'exemple portugais et ainsi dans ces États les régimes autoritaires ont laissé place aux régimes démocratiques. Vers la fin des années soixante-dix, le processus de transition démocratique est repris en Amérique latine (par exemple au Pérou, en Bolivie, en Equateur, au Brésil, en Uruguay, en Honduras, au Guatemala) et en Asie (comme dans le cas de l'Inde, de la Turquie, des Philippines et de la Corée). Cette troisième vague de démocratisation s'est accentuée avec la chute du mur de Berlin et l'effondrement de l'URSS. En effet, des nombreux États d'Europe centrale et orientale ont commencé à ce moment là un processus de transition démocratique après une période longue de régime communiste. À partir de décembre 2010, des nombreux peuples arabes protestent contre les régimes autoritaires en place. On pense notamment au Maroc, à l'Algérie, à la Libye, à l'Égypte, à la Jordanie, à la Syrie, à la Tunisie, au Yémen etc. Ce mouvement a été appelé le Printemps arabe. Cependant, il semble encore assez tôt de parler de quatrième vague de démocratisation du moment où le destin de ces transitions reste extrêmement incertain. Voir X. PHILIPPE, « Les processus constitutifs après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », in *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, t. I, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 531-547. Voir également G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, L.G.D.J., 1993, 325 p.

<sup>14</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 8<sup>ème</sup> éd., vol. I, Padova, Cedam, 2011, p. 202.

constitution. Ce terme évoque plus un ensemble de phases ou un processus complexe qu'un simple moment formel de décision. En principe, le terme de transition « a été utilisé pour souligner le passage d'ordonnements monopolistiques à vocation autoritaire à des ordonnements pluralistes et "garantistes" »<sup>15</sup>.

Pour le professeur GIUSEPPE DE VERGOTTINI, le concept de transition doit être entendu comme « le dépassement d'un schéma normatif, formé par des principes et des normes, et sa substitution par un autre »<sup>16</sup>. En effet, ce concept peut être utilisé pour indiquer efficacement le processus dynamique de formation d'une nouvelle constitution, avec le changement au moins de la forme de l'État (d'autocratique à démocratique<sup>17</sup> ou vice-versa<sup>18</sup>) ou encore seulement de la forme du gouvernement. Le concept peut être également utilisé pour expliquer l'introduction des révisions totales ou même le changement des institutions substantielles de la constitution, sans recourir aux modifications formelles. Ainsi, « la transition marque un *passage* institutionnel et, dans un régime de libertés, ne fixe pas nécessairement un *point d'arrivé* immuable, et surtout ne marque pas l'adoption d'un acte formel donnant naissance au nouvel ordre, acte que les juristes vont généralement rechercher pour établir des points de référence dans leurs tentatives de mettre un ordre entre les phénomènes politiques »<sup>19</sup>. Toutefois, du point de vue juridique, « sont pertinentes les transitions qui aboutissent à l'adoption d'une nouvelle Constitution ou à une révision substantielle de l'ancienne Constitution qui accompagne les changements du régime politique ou de la forme du gouvernement »<sup>20</sup>.

Les transitions démocratiques s'individualisent plus particulièrement par trois phases<sup>21</sup>. La première phase est celle de « libéralisation », caractérisée par une autolimitation des organes de gouvernement de la constitution autocratique encore inchangée. La seconde phase se caractérise par un ensemble d'interventions afin de réaliser les transformations nécessaires pour la démocratisation, parmi lesquelles l'adoption des nouvelles constitutions. Et enfin, la troisième phase, de consolidation de nouveaux principes, représente pour le juriste le moment auquel vérifier l'effectivité du nouvel ordre<sup>22</sup>.

En effet, le concept de transition démocratique indique un processus de phases qui se succèdent dont l'objectif est la démocratisation. Ce processus se polarise sur l'adoption d'une constitution. La démocratie a été définie par KELSEN comme « une forme d'État ou de société dans laquelle la volonté générale est formée, ou – sans image – l'ordre social créé par ceux qu'il est appelé à régir – le peuple. Démocratie signifie identité du sujet et de l'objet du

---

<sup>15</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 702.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 703.

<sup>17</sup> Voir par exemple Espagne 1976-1978, Peru 1977-1979 ; Argentine 1982-1983, Brésil 1985-1988 ; Chile 1988-1990.

<sup>18</sup> Comme exemple de passage d'une forme démocratique vers une forme autocratique, il convient de citer l'Italie avec la période de 1922 à 1925.

<sup>19</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, *op. cit.*, p. 168. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>20</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 8<sup>ème</sup> éd., vol. I, Padova, Cedam, 2011, p. 202.

<sup>21</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>22</sup> *Ibid.*

pouvoir, des gouvernants et des gouvernés, gouvernement du peuple par le peuple »<sup>23</sup>. La transition démocratique apparaît comme la quête de la démocratie, comme une dynamique « un mouvement qui part d'une situation et qui vise la réalisation d'un objectif donné à savoir la construction d'une autre organisation étatique »<sup>24</sup>.

En outre, le professeur DE VERGOTTINI précise qu'il existe deux conceptions de la démocratie, une conception occidentale et une conception socialiste. La version occidentale de la démocratie vise le respect des droits de l'homme, la séparation des pouvoirs, le respect de la liberté politique. En revanche, la conception socialiste vise à assurer une égalité substantielle entre les personnes, à garantir le respect des droits sociaux et économique et se caractérise par la concentration du pouvoir dans les mains d'un parti unique.

Pour le professeur DE VERGOTTINI, la démocratie revêt deux aspects complémentaires : un aspect substantiel et un aspect procédural<sup>25</sup>. Ces aspects coexistent dans la conception occidentale de la démocratie, le deuxième étant essentiel au premier. L'aspect substantiel inclut un ensemble des valeurs spécifiques comme la liberté individuelle et la liberté collective, ainsi que des institutions représentatives caractérisées par la responsabilité à travers le contrôle et la possibilité d'alternance. Dans l'aspect procédural, la démocratie permet de prédisposer des règles juridiques par lesquelles on peut canaliser les conflits politiques, choisir les gouvernants, mettre en cause leur responsabilité et assurer la garantie des libertés individuelles. En effet, on ne peut pas réduire la démocratie à un système politique où les gouvernants sont élus périodiquement par le peuple et où les pouvoirs sont séparé et équilibrés, se contrôlent mutuellement et sont politiquement responsables. La démocratie est aussi le régime politique qui se fixe comme projet de garantir les droits fondamentaux que la constitution reconnaît. Parmi les « pré-conditions » de la démocratie s'individualise avant tout une convergence initiale sur certaines valeurs de base, d'où émerge un minimum d'homogénéité sociale, favorisant la cohabitation civile, ce qui suppose la présence des facteurs culturels, sociaux, historique qui permettent cela.

Toutefois, le professeur DE VERGOTTINI précise que les ordonnancements juridiques inspirés des principes libéraux ne sont pas toujours qualifiés, en réalité, de démocratiques. En effet, il existe des constitutions qui ne nient pas formellement la séparation des pouvoirs et les droits essentiels de l'homme, mais qui dans la pratique, confient à un leader politique ou à une élite la gestion unilatérale du pouvoir dans un régime de concentration donnant ainsi à l'État une forme autocratique. En effet, le développement constitutionnel latino-américain se caractérise par des oscillations entre les périodes dans lesquelles le système juridique fonctionne sur le fondement des principes démocratiques et entre les périodes dans lesquelles se manifeste une gestion du pouvoir de type autocratique. La suspension provisoire des garanties constitutionnelles dans les situations de crise conduit vers une concentration du pouvoir tantôt dans les mains du président tantôt dans les mains des corps militaires.

---

<sup>23</sup> H. KELSEN, *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, (réédition de l'ouvrage paru en 1929) p. 25.

<sup>24</sup> J.-P. MASSIAS, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in S. MILACIC (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, p. 124.

<sup>25</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, op. cit., p. 26.

Le professeur met en évidence la dichotomie entre deux grandes catégories établies en fonction de deux formes élémentaires de l'État : l'État démocratique et l'État autocratique<sup>26</sup>. Dans la première catégorie, on retrouve des institutions qui permettent une interaction réelle entre la collectivité et les organes verticaux. Dans cette catégorie, la présence de l'opposition politique, le contrôle entre les pouvoirs, les droits essentiels de la personne sont bien assurés. Dans la seconde catégorie, le pouvoir est concentré dans les mains d'une élite ou d'un leader et il est confié à un seul organe de décision, tout en rejetant l'opposition politique, le contrôle des pouvoirs et les droits essentiels de l'homme. Pour le professeur DE VERGOTTINI, les critères méthodologiques qui permettent d'individualiser les deux formes d'État sont : la titularité du pouvoir politique et la modalité de son usage et sa finalité<sup>27</sup>. Ainsi, la forme de l'État peut se caractériser soit par une concentration du pouvoir, soit par une séparation des centres de décision.

En effet, la transition constitutionnelle passe soit par l'adoption d'une nouvelle Constitution, soit par une révision constitutionnelle. En outre, les transitions constitutionnelles peuvent donner lieu à un dualisme entre l'ancienne constitution dépassée et la nouvelle constitution qui s'impose dans la pratique, mais qui n'est pas encore formalisée.

#### B. LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE RÉALISÉE PAR UNE RÉVISION DE LA CONSTITUTION ET PAR L'ADOPTION D'UNE CONSTITUTION PROVISOIRE

Le processus constituant visant la réception des principes du constitutionnalisme libéral passe soit par la révision des constitutions anciennes soit par l'adoption de nouvelles constitutions. Ainsi, « dans les cas où de nouveaux sujets de droit international se forment et dans ceux où les Constitutions sont l'expression d'un changement évident de régime politique, en prévoyant la forme de l'Etat – bien qu'en gardant la continuité du sujet de droit international, les manifestations du pouvoir constituant dans ces Constitutions sont claires, tout en s'éloignant du régime politique ancien »<sup>28</sup>. L'alternative continuité-discontinuité entre les ordres ne se résout pas de façon immédiate, puisqu'elle s'insère, dans la plupart des cas, dans un contexte temporel avec des phases plus ou moins larges<sup>29</sup>.

Tout d'abord, il convient de souligner que la transition constitutionnelle ne pose pas une obligation d'adoption d'une nouvelle constitution. Ainsi, « il existe des transitions qui reposent sur une révision constitutionnelle ou qui ne nécessitent pas de modifications formelles du texte constitutionnel »<sup>30</sup>. Le cas du Mexique est un exemple révélateur d'une

---

<sup>26</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> G. DE VERGOTTINI, « Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche », in M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. PLINIO, R. TONIATTI (a cura di), *I balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Turin, Giappichelli, 2008, p. 4 ; G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 702.

transition constitutionnelle réalisée à travers des modifications successives de la Constitution. En effet, à partir de 1977, de nombreuses modifications constitutionnelles, en particulier en matière électorale, ont été effectuées. Ces modifications ont permis de rendre possible la mise en place d'un pluralisme politique et de favoriser l'alternance politique. Un autre exemple est donné par le Portugal. En effet, les révisions constitutionnelles de 1982 à 1989 ont garanti une transition effective vers la démocratie en supprimant notamment les principes de l'économie socialiste et en créant le Tribunal constitutionnel. Les modifications apportées par ces révisions constitutionnelles ont eu comme objet le passage de la forme socialiste de l'État vers l'État de droit. Ces modifications ont eu un caractère tellement radical qu'il est possible d'affirmer que « l'organe de révision avait en réalité utilisé le pouvoir constituant »<sup>31</sup>.

En outre, comme le souligne le professeur DE VERGOTTINI, « la transition ne coïncide pas avec le concept de *Constitution transitoire* qui indique les instruments constitutionnels liés à des phases historiques caractérisées par la nature précaire ou provisoire des solutions adoptées et qui pressentent des futurs choix définitifs. *La transition constitutionnelle ne génère pas sinon dans des cas particuliers, des Constitutions transitoires* »<sup>32</sup>. Les Constitutions définies expressément comme provisoires ou transitoires sont adoptées dans le cas où le pouvoir est occupé par les organes militaires, mais une fois qu'ils ont établi l'ordre, le pouvoir est rendu aux civils. La présence active des militaires dans la politique est un caractéristique des ordonnancements latino-américain, européen (Grèce) et asiatique (Corée du Sud, Turquie, Philippines), le dernier reconnaissant seulement formellement les principes du constitutionalisme libéral. Dans certains cas, la présence des militaires n'influence pas directement sur l'organisation constitutionnelle et elle entre ainsi dans la catégorie des groupes de pression. Dans d'autres cas, la présence militaire a une influence directe sur l'organisation constitutionnelle, car l'exercice des fonctions constitutionnelles est confié aux organes militaires. Dans cette dernière hypothèse, les militaires exercent le pouvoir constituant avec l'adoption des actes constitutionnels souvent qualifiés comme provisoires.

Le phénomène de « constitution provisoire » est très diffus dans les nouveaux États africains indépendants<sup>33</sup>. Un exemple en ce sens est offert par l'Afrique du Sud, car dans la phase de transition, une constitution provisoire a été adoptée en 1993 et a conduit à l'adoption de la Constitution définitive de 1996. On peut faire également référence à la petite Constitution polonaise de 1992 qui est restée en vigueur jusqu'en 1997, l'année de l'adoption d'une nouvelle Constitution. Ou encore, il convient de faire référence aux Constitutions provisoires adoptées après le printemps arabe en Tunisie, en Egypte et en Libye. Ces constitutions provisoires doivent préparer le cadre juridique pour l'adoption des nouvelles constitutions mettant en place un véritable régime démocratique.

En effet, « la substitution d'un texte constitutionnel par un autre est instantanée. La Constitution, une fois décidée, a une certaine *instantanéité*, elle est fixe à un moment

---

<sup>31</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, op. cit., p. 161.

<sup>32</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », op. cit., p. 702. C'est l'auteur qui souligne.

<sup>33</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, op. cit., p. 168.



donné »<sup>34</sup>. Toutefois, la réalisation des principes inscrits reste parfois difficile ce qui pose le problème de l'effectivité de la transition constitutionnelle.

## II. LES CONDITIONS DE L'EFFECTIVITÉ DU PROCESSUS DE TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

L'entrée en vigueur de la nouvelle constitution démocratique, notamment dans les États de l'Europe centrale et orientale, représente indiscutablement l'élément le plus significatif du changement et de la discontinuité entre l'ancien régime politique autoritaire et le nouveau régime de nature démocratique. Toutefois, cette entrée en vigueur n'est pas en mesure de déterminer, en soi, le passage effectif de l'État autocratique vers l'État démocratique<sup>35</sup>. Pour garantir cette effectivité, le professeur DE VERGOTTINI précise qu'il est nécessaire d'avoir une convergence entre la Constitution formelle et la Constitution substantielle (A). En outre, l'adoption des nouvelles constitutions démocratiques a été conditionnée par un ensemble de facteurs qu'il convient d'étudier (B).

### A. LA NÉCESSAIRE CONVERGENCE DE LA CONSTITUTION FORMELLE ET DE LA CONSTITUTION SUBSTANTIELLE

Les nouveaux principes issus du constitutionnalisme libéral inscrits dans les nouvelles constitutions ont au départ un caractère purement théorique. En effet, « les principes sont presque toujours de simples aspirations, des intentions, des programmes »<sup>36</sup>. Ainsi, le processus de consolidation du nouveau régime peut se révéler complexe en pratique<sup>37</sup>. Comme le précise le professeur DE VERGOTTINI, la phase de l'application de la constitution « est toujours caractérisée par des processus d'adaptation de la réalité factuelle aux principes. C'est lors de cette phase que se manifeste, au cours du temps, la distance entre la volonté des constituants et ce qui est consenti à la situation de fait »<sup>38</sup>.

Le professeur DE VERGOTTINI identifie des éléments qui permettent de déterminer la convergence de la Constitution formelle et de la Constitution substantielle, ce qui permet de garantir l'effectivité de la transition constitutionnelle. Parmi ces éléments, il convient de mentionner la présence de représentants élus, le fonctionnement physiologique du principe de séparation des pouvoirs, tant verticalement et qu'horizontalement, qu'entre le pouvoir civil et

---

<sup>34</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 703. C'est l'auteur qui souligne. Voir aussi la même idée dans son ouvrage *Diritto costituzionale comparato*, 8<sup>ème</sup> éd., vol. I, Padova, Cedam, p. 203.

<sup>35</sup> G. DE VERGOTTINI, « Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche », *op. cit.*, p. 4.

<sup>36</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 703 ; G. DE VERGOTTINI, « Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche », *op. cit.*, p. 4.

<sup>37</sup> A. MARTIN, « La consolidation démocratique en Amérique latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, une quête inaboutie », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 551-570.

<sup>38</sup> *Ibid.*

le pouvoir militaire, l'adoption du principe de séparation entre État et religion, la garantie effective des droits de l'opposition politique et parlementaire, l'effectivité des libertés d'expression et d'association, l'effectivité du principe d'égalité, la reconnaissance et la garantie des droits fondamentaux de la personne, la présence des sources alternatives d'information et la garantie du droit d'accès à ces sources<sup>39</sup>.

En effet, si dans la pratique les principes et les valeurs inscrits dans la Constitution restent lettre morte, la transition reste inachevée. En effet, la transition inscrite dans la constitution doit coïncider avec la transition en action. La volonté d'adopter des constitutions similaires avec celles des États d'inspiration libérales n'a toujours pas coïncidé avec l'affirmation d'ordres juridiques réellement démocratiques. En ce sens, le phénomène de « démocratie de façade » s'est largement consolidé.

La phase dans laquelle la démocratie est consolidée peut être plus ou moins longue et dans certains cas elle peut aboutir à un échec. Dans un nombre assez réduit d'États, les ouvertures politiques initiales ont clairement échoué et un régime de type autoritaire s'est réinstallé. La majorité des États en transition ne sont ni de type dictatorial ni clairement tournés vers la démocratie et ils font partie d'une zone politique grise. Ils ont certaines caractéristiques propres à la vie politique démocratique, mais en même temps souffrent d'un déficit démocratique important<sup>40</sup>.

En outre, le succès du processus de transition ne doit jamais être pris pour acquis. En effet, comme le souligne le professeur DE VERGOTTINI, il peut toujours arriver « un glissement des démocraties libérales vers la catégorie des démocraties purement “électorales”, ou encore à une régression des démocraties électorales dans un sens pseudo démocratique, voire même autoritaire »<sup>41</sup>. En effet, les systèmes juridiques en transition constitutionnelle qui empruntent des parcours de consolidation démocratique peuvent rencontrer soit une stagnation du niveau qualitatif et quantitatif de la démocratie ou voire même peuvent régresser vers des formes non démocratiques<sup>42</sup>.

## B. LES FACTEURS CAPABLES DE GARANTIR UN PERFECTIONNEMENT DU PROCESSUS DE TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

Pour le professeur DE VERGOTTINI, il existe des facteurs endogènes et exogènes capables de conditionner le perfectionnement de la phase de transition constitutionnelle. Les facteurs endogènes peuvent être reliés à la nature du processus de transition constitutionnelle, à la nature du système économique adopté, à la culture politique présente, et enfin à la

---

<sup>39</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 704.

<sup>40</sup> T. CAROTHERS, « The End of the Transition Paradigm », *Journal of Democracy*, vol. 13, n° 1, 2002, p. 9.

<sup>41</sup> G. DE VERGOTTINI, « Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche », *op. cit.*, p. 5.

<sup>42</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 704.

structure constitutionnelle. En ce qui concerne ce dernier point, « la forme de gouvernement présidentiel dénote, par rapport à la forme de gouvernement parlementaire, une fonctionnalité inférieure aux fins de la consolidation démocratique et une propension supérieure à favoriser les phénomènes de régression dans le fonctionnement de la forme de gouvernement »<sup>43</sup>.

En ce qui concerne les facteurs exogènes, le professeur DE VERGOTTINI identifie l'intérêt propre du pouvoir constituant à adopter les principes du constitutionnalisme libéral afin de pouvoir adhérer aux diverses organisations internationales. Ainsi, « le conditionnement opéré sur les nouvelles constitutions par la participation aux différentes organisations internationales apparaît comme l'un des facteurs déterminants du processus constituant et de la réforme des ordonnancements »<sup>44</sup>. Ce phénomène est visible en particulier dans les États de l'Europe centrale et orientale.

En outre, « le pouvoir constituant peut être reconduit à une volonté externe à l'ordonnement ». Dans cette hypothèse, la transition constitutionnelle est internationalement guidée, voire même imposée. Il s'agit de l'émergence d'un phénomène d'internationalisation du pouvoir constituant originaire. En effet, l'influence des décisions externes au pouvoir constituant revêt une intensité variable selon les cas lorsque le pouvoir constituant est simplement assisté par les organisations internationales<sup>45</sup> ou lorsqu'on lui impose l'adoption des principes libéraux. Dans ce dernier cas, le problème de la légitimité s'impose, étant donné que l'État est privé de l'exercice de la souveraineté. À la fin de second conflit mondial, ce phénomène était bien présent, car les forces alliées, en fonction de l'idéologie adoptée, ont imposé aux États vaincus le modèle du constitutionnalisme libéral ou le modèle du constitutionnalisme social. En ce sens, l'élaboration de la Loi fondamentale en Allemagne et de la Constitution du Japon, sous la surveillance des forces alliées, a conduit à une internationalisation de fait du pouvoir constituant.

Plus récemment, l'exemple topique du changement de régime imposé par d'autres est celui de la Bosnie. En effet, le traité international, dit « Accords de Dayton » signé à Paris en 1995, décidé par les puissances intervenues dans le conflit armé (les États-Unis, la Russie et l'Union européenne), a formé la cadre dans lequel la Constitution pour la Bosnie Herzégovine a été insérée. Le contenu de la Constitution a été décidé et imposé par des sujets externes au pouvoir constituant. En outre, la volonté populaire était totalement absente. Ainsi, la nouvelle Constitution fut adoptée dans un contexte de surveillance par une coalition internationale et dans une situation toujours critique concernant le conflit interethnique. En effet, l'État devient de plus en plus encadré dans l'exercice de sa souveraineté interne et internationale, « la puissance étatique est, tout à la fois unitairement dans l'ordre externe et dans l'ordre interne ;

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 705.

<sup>44</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 707.

<sup>45</sup> On retrouve des exemples en Namibie (1982-1990), Cambodge (1989-1993), Bosnie Herzégovine (1991-1995) sous la surveillance du Conseil de sécurité des Nations Unies.

limitée et fondée, encadrée et garantie par un droit que, génériquement, on peut dire super-étatique »<sup>46</sup>.

Il convient également ajouter que le concept allemand de « *Zeitgeist* », issu de la théorie de l'histoire des idées, peut également être considéré comme un facteur exogène. Ce concept fait référence à « l'esprit du temps ». Pour les professeurs LINZ et STEPAN, « quand un État fait partie d'une communauté idéologique internationale dans laquelle l'idéologie démocratique est tout simplement l'une des nombreuses idéologies concurrentes, la probabilité pour parvenir à la démocratie et pour la consolider est considérablement plus faible par rapport à une situation dans laquelle l'esprit du temps est de nature à laisser les idéologies démocratiques sans concurrents importants »<sup>47</sup>. L'effet d'un « esprit de temps » favorable ou défavorable à la démocratie peut être facilement compris si l'on compare l'Europe entre les deux guerres avec l'Europe au milieu des années soixante-dix et celle au milieu des années quatre-vingt. En effet, dans l'Europe entre les deux guerres, l'idéal démocratique était en concurrence avec d'autres idéologies telles que le communisme, le fascisme, la monarchie constitutionnelle autoritaire et pré-démocratique, tandis que dans l'Europe des années quatre-vingt, la démocratie n'a laissé aucune place pour les idéologies concurrentes.

### III. LE LIEN ÉTROIT ENTRE LE JUGE CONSTITUTIONNEL ET LE PROCESSUS DE TRANSITION CONSTITUTIONNELLE : UNE IDÉE À COMPLÉTER

Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de transition constitutionnelle doit être mis en évidence. Sa création, après la seconde guerre mondiale, est étroitement liée au processus de transition démocratique. Elle peut être considérée comme une réaction aux terribles leçons prônées par les expériences nazie et fasciste. En effet, les juridictions constitutionnelles ont été créées en Europe dans la plupart des cas selon le modèle kelsenien de justice constitutionnelle et en Amérique latine et au Japon selon le modèle américain de justice constitutionnelle. Pour mettre en exergue le rôle du juge constitutionnel dans le processus de transition constitutionnelle, il convient d'étudier l'hypothèse spécifique de sa création avant l'adoption de la nouvelle constitution démocratique (A) et de sa place dans le processus de justice transitionnelle (B).

---

<sup>46</sup> S. RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international : éléments d'une critique de la notion usuelle de la "souveraineté externe" », *Archives de philosophie du droit, Le droit international*, t. 32, 1987, pp. 189 et s.

<sup>47</sup> J. J. LINZ, A. STEPAN, *Transizione e consolidamento democratico*, Bologne, Il Mulino, 2000, (traduction en italien de l'ouvrage *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Londres, Johns Hopkins University Press, 1996), p. 118.

## A. LA CRÉATION D'UNE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE AVANT L'ADOPTION DES NOUVELLES CONSTITUTIONS

Le professeur MILACIC soutenait que « grâce à l'État de Droit, endogène ou “importé” qui, dans l'instant, peut légèrement précéder la Démocratie politique et culturelle, on peut espérer plus facilement induire celle-ci. Des institutions, à la fois “bien faites et bien pleines” peuvent, dans ce cas, offrir des repères et constituer des moules de comportement, aidant ainsi l'établissement d'un nouvel ordre juridique, en attendant qu'il devienne - aussi - spontané, dans le cadre de la nouvelle culture démocratique »<sup>48</sup>. En effet, par exemple les nouveaux États indépendants de l'Europe centrale et orientale se sont empressés de se doter d'une nouvelle constitution en important certaines institutions « clé en main », comme ce fut le cas pour la juridiction constitutionnelle. Ces États ont pris la précaution d'instituer une justice constitutionnelle selon le modèle européen tout en lui apportant quelques modifications. La création des cours constitutionnelles dans les États postsoviétiques témoigne de leur volonté de s'engager sur la voie de l'État de droit et de la démocratie. L'État de droit est la qualification à laquelle prétend aujourd'hui tout régime qui se veut démocratique et libéral<sup>49</sup> et dans lequel la garantie des libertés et des droits fondamentaux est assurée. À ce titre, la cour constitutionnelle représente la « pierre angulaire d'une démocratie saine »<sup>50</sup>.

Le lien étroit entre la juridiction constitutionnelle et le processus de transition constitutionnelle est observable dans certains systèmes juridiques qui ont permis l'entrée en fonction de cette juridiction avant l'adoption de la nouvelle constitution. C'est le cas de la Pologne, l'Albanie ou de l'Afrique du Sud. En effet, en Albanie, une loi relative aux dispositions constitutionnelles principales a été adoptée en 1991 qui est également connue sous le nom de Constitution transitoire. Pour la première fois dans l'histoire du pays, une cour constitutionnelle fut créée en 1992. De 1992 à 1998, année de l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, la Cour constitutionnelle a rendu des arrêts importants en matière de procès équitable et à divers occasions s'est occupée de la « justice transitionnelle » en se prononçant plus particulièrement sur la constitutionnalité des lois de lustration adoptées par cet État.

En Afrique du Sud, la Cour constitutionnelle avait fonction à vérifier que la Constitution définitive (celle qui deviendra la Constitution de 1996) n'était pas en contradiction avec les 34 principes constitutionnels fondamentaux qui devaient guider l'Assemblée constituante<sup>51</sup>. Ce contrôle a été exercé par la Cour de manière très scrupuleuse<sup>52</sup>. En effet, les juges constitutionnels ont refusé la validation du premier texte

<sup>48</sup> S. MILACIC, « À l'Est, l'État de Droit pour induire la Démocratie ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n° 4, 1992, p. 24.

<sup>49</sup> J. RIVERO, « État de droit, État du droit », in *État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609.

<sup>50</sup> A. LA PERGOLA, *Le processus constitutionnel, instrument pour la démocratie*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Collection Science et technique de la démocratie, n° 3, 1994, p. 8.

<sup>51</sup> La création de la Cour constitutionnelle était prévue à l'article 98 de la Constitution provisoire de 1993.

<sup>52</sup> H. KLUG, « South Africa's Constitutional Court: Enabling Democracy and Promoting Law in the Transition from Apartheid », *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n° 2, 2008, pp. 174 et s.

constitutionnel, en obligeant ainsi l'Assemblée constituante à lui apporter de nombreuses modifications sur le fondement des 34 principes. La Cour a ensuite scellé la rupture avec le passé ségrégationniste par la publication des décisions qui ont aboli la peine de mort et celles qui ont interdit l'emprisonnement pour dette ainsi que les traitements inhumains et dégradants, tous considérés « comme les piliers de l'idéologie de la ségrégation »<sup>53</sup>.

En effet, dans tous les exemples évoqués, la cour constitutionnelle est devenue un organe participant au processus constituant. En outre, le juge constitutionnel a un rôle à jouer dans le processus de justice transitionnelle. En effet, cette dernière est mise en place dans certains États en transition cherchant à établir la vérité à propos du passé. Ce rôle du juge constitutionnel dans la réconciliation avec le passé doit être mis en évidence même s'il ne ressort pas directement des études du professeur DE VERGOTTINI.

## B. LE RÔLE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LE PROCESSUS DE JUSTICE TRANSITIONNELLE

La justice transitionnelle concerne de plus près le droit constitutionnel « de par sa complexité et ses enjeux au regard de la construction ou de la reconstruction du nouvel État de droit »<sup>54</sup>. Ainsi, le professeur XAVIER PHILIPPE souligne que la justice transitionnelle est une composante de la transition dans laquelle l'État sortant d'une période de conflit ou de crise instaure les fondements du nouvel État de droit<sup>55</sup>.

Le rapport du secrétaire général présenté devant le Conseil de sécurité définit la justice transitionnelle comme un « éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »<sup>56</sup>. Plus précisément, il s'agit de faire entrer dans cette définition « l'ensemble des mécanismes judiciaires et non-judiciaires permettant la recherche de la vérité, de l'identification des responsabilités ainsi que des mesures de réparation à offrir aux victimes »<sup>57</sup>. Parmi les mécanismes judiciaires, il convient de mentionner les juridictions nationales ordinaires, et le plus souvent, les juridictions pénales. Dans certains cas, les États

<sup>53</sup> A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologne, Il Mulino, 2005, p. 141.

<sup>54</sup> X. PHILIPPE, « La justice transitionnelle est-elle compatible avec les principes constitutionnels dans un nouvel État de droit ? », Congrès mondial de droit constitutionnel, Mexico, décembre 2010, atelier n° 16 « Droit constitutionnel et transitions démocratiques », p. 1.

<sup>55</sup> X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre "justice transitionnelle" et Constitution », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 381.

<sup>56</sup> Rapport du secrétaire général des Nations Unies devant le Conseil de sécurité, « Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », Doc. S/2004/616, 2 août 2004, p. 7, § 8.

<sup>57</sup> X. PHILIPPE, « L'amnistie devant le juge constitutionnel À propos de trois décisions de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux limitations de ses effets : CCT 91/08, *Wybrand du Toit v. Minister for safety and security*, CCT 54/09, *Ryan albutt v. centre for study of violence and reconciliation and others*, CCT 23/10, *The citizen PTY and others v. Robert John Mc bride* », *Constitutions*, n° 2, 2013, p. 225. Voir aussi du même auteur « La justice transitionnelle est-elle compatible avec les principes constitutionnels dans un nouvel État de droit ? », *op. cit.*, p. 2.

préfèrent mettre en place des juridictions extraordinaires, spécialisées<sup>58</sup> ou mixtes<sup>59</sup>. Parmi les mécanismes non-judiciaires, il convient de faire référence aux commissions dites Vérité (et Réconciliation pour certaines d'entre elles)<sup>60</sup>. En somme, la finalité de la justice transitionnelle est de régler les comptes avec le passé et en particulier avec les coupables des infractions commises ayant un lien direct avec le précédent régime autoritaire.

Les mécanismes de la justice transitionnelle doivent être envisagés comme des mécanismes complémentaires avec ceux de la justice pénale ordinaire et de la justice constitutionnelle<sup>61</sup>. En effet, tant la justice transitionnelle que la justice constitutionnelle visent le même objectif à savoir la protection des droits fondamentaux et cela même si la justice transitionnelle reste une justice d'exception. La question de la constitutionnalisation de la justice transitionnelle se pose avec force<sup>62</sup>. En effet, la justice transitionnelle doit être soumise au respect des dispositions de la constitution telles qu'interprétées par le juge constitutionnel<sup>63</sup>.

Le juge constitutionnel a eu l'occasion d'effectuer un contrôle de la conformité à la constitution des réparations proposées par le processus de justice transitionnelle. Plus particulièrement, ce sont les lois d'amnistie<sup>64</sup> et les lois de lustration<sup>65</sup> qui ont fait l'objet du contrôle. En outre, il convient de préciser que ce contrôle de constitutionnalité est souvent accompagné d'un contrôle de conventionnalité des lois en particulier dans les États

---

<sup>58</sup> Par exemple, la chambre spéciale de guerre en Bosnie, le Tribunal spécial irakien, le procureur spécial chargé des enquêtes relatives aux crimes commis dans le passé au Mexique et au Guatemala.

<sup>59</sup> Les juridictions sont qualifiées de mixte « tant en raison du droit applicable – souvent une articulation entre le droit national et le droit international - qu'en raison de leur composition ou de la procédure suivie », F. HOURQUEBIE, « La notion de “justice transitionnelle” a-t-elle un sens ? », *Les petites affiches*, 6 mai 2009, n° 90, p. 6. Voir par exemple, le Tribunal spécial du Sierra Leone ou du Timor Leste.

<sup>60</sup> De telles commissions ont été mises en place en Afrique du Sud, au Burundi, en République démocratique du Congo, au Ghana, en Irak, etc.

<sup>61</sup> F. HOURQUEBIE, « La notion de “justice transitionnelle” a-t-elle un sens ? », *op. cit.*, p. 6.

<sup>62</sup> X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre “justice transitionnelle” et Constitution », *op. cit.*, p. 380.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 377 et s. ; F. HOURQUEBIE, « La notion de “justice transitionnelle” a-t-elle un sens ? », *op. cit.*, p. 6.

<sup>64</sup> J. BARRIENTOS-PARRA, « La loi d'amnistie brésilienne. Interprétations en droit interne et en droit international » in A. MARTIN (dir.), *Le glaive et la balance. Droits de l'homme, Justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, Paris, l'Harmattan, 2012, pp. 191-217.

<sup>65</sup> Les lois de « lustration » ou de « décommunisation » ont été adoptées après la chute du bloc communiste dans des États de l'Europe centrale et orientale. Conformément à la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 1996, ces lois consistent à écarter de l'exercice du pouvoir les personnes dont on ne peut être certain qu'elles exerceront leurs fonctions conformément aux principes démocratiques, car elles n'ont montré aucun engagement ou attachement envers ces principes par le passé et n'ont aucun intérêt ou aucune raison de se rallier maintenant à ces principes. L'Assemblée souligne que, dans l'ensemble, ces mesures ne sont compatibles avec un Etat de droit démocratique que si plusieurs critères sont respectés. Premièrement, la culpabilité – qui est individuelle et non collective – doit être prouvée pour chaque personne, ce qui montre bien la nécessité d'une application individuelle, et non collective, des lois de « lustration ». Deuxièmement, il faut garantir le droit de défense, la présomption d'innocence jusqu'à preuve de la culpabilité et la possibilité d'un recours judiciaire régulier contre toute décision. La vengeance ne peut jamais constituer l'objectif de ces mesures, pas plus que l'on ne saurait permettre le détournement politique ou social du processus de lustration qui en résulte. Le but de la « lustration » n'est pas de punir les personnes présumées coupables – c'est le travail des procureurs, sur la base du droit pénal – mais de protéger la démocratie émergente. *Résolution 1096 (1996) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes.*

dl'Amérique latine<sup>66</sup> et dans certains État de l'Europe orientale<sup>67</sup>. Cette jonction des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité au profit du juge constitutionnel participe au renforcement de la protection des droits fondamentaux de la personne.

Ainsi, la Cour constitutionnelle de Bolivie a annulé d'importants aspects de la loi Justice et Paix de 2005, orientée sur un processus de démobilisation des combattants irréguliers tout en laissant de côté les questions de vérité et de poursuite des crimes<sup>68</sup>. Cette annulation a malheureusement été contournée par le gouvernement par l'adoption d'une série de décrets. Les lois d'amnistie ont été également contestées devant le juge constitutionnel. Il convient de préciser que ces lois visent à consacrer des mesures d'oubli des faits, souvent constitutifs d'infractions graves, commis par le régime autoritaire. Ces lois « possèdent pour effet d'éteindre toute forme de responsabilité pénale ou civile pour des actes pénalement répréhensibles »<sup>69</sup> et leur adoption procède d'un choix politique. Ainsi, la Cour suprême d'Argentine s'est prononcée contre la législation d'amnistie, en particulier des années 1986-1987 qui avait effacé les crimes contre les droits de l'homme commis par le gouvernement militaire<sup>70</sup>. De la même manière, le Tribunal constitutionnel péruvien, en prenant en compte la jurisprudence de la Cour interaméricaine, a procédé à l'annulation de la législation d'amnistie<sup>71</sup>. En effet, la Cour suprême d'Argentine a jugé que « dans la mesure où [les amnisties] sont orientées vers "l'oubli" de graves violations des droits de l'homme, elles sont contrares aux dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sont donc constitutionnellement inacceptables »<sup>72</sup>. La Cour suprême de justice de Chili s'est prononcée dans le même sens dans la décision du 18 mai 2010<sup>73</sup>. Toutes ses décisions des cours nationales des États d'Amérique latine se fondent sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en ce qui concerne l'incompatibilité des lois d'amnistie avec la Convention américaine des droits de l'homme<sup>74</sup>. Sa jurisprudence est favorable à ce que les États

---

<sup>66</sup> Comme en Bolivie, en Colombie, au Pérou, en Argentine, au Venezuela etc.

<sup>67</sup> Comme en Bulgarie, en Biélorussie etc.

<sup>68</sup> Décision du 18 mai 2006, C-370/06.

<sup>69</sup> X. PHILIPPE, « L'amnistie devant le juge constitutionnel À propos de trois décisions de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux limitation de ses effets : CCT 91/08, *Wybrand du Toit v. Minister for safety and security*, CCT 54/09, *Ryan albutt v. centre for study of violence and reconciliation and others*, CCT 23/10, *The citizen PTY and others v. Robert John Mc bride* », *op. cit.*, p. 225.

<sup>70</sup> Arrêt du 23 décembre 2004, *Esposito Miguel Angel*. En l'espèce, la Cour suprême d'Argentine a censuré l'arrêt d'un juge du fond qui n'avait pas respecté la décision de la Cour interaméricaine du 18 septembre 2003, *Bulacio v. Argentine* relative à la déclaration d'imprescriptibilité de crimes graves commis contre la personne durant le régime militaire, rappelant l'obligation de l'État d'exécuter les décisions de la Cour interaméricaine et déclarant donc l'imprescriptibilité de l'atteinte criminelle portée à la liberté personnelle. Voir aussi les arrêts du 21 août 2003, *Cantos José Maria*, du 3 mai 2005, *Verbitsky Horacio*, du 14 juin 2005, *Simón Júlío Hector y outros*. Sur cette jurisprudence, voir G. DE VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, *op. cit.*, pp. 117 et s.

<sup>71</sup> Décision du 2 mars 2007, *Santiago Martin Rivas*.

<sup>72</sup> Arrêt du 14 juin 2005, *Simón Júlío Hector y outros*, cons. 26.

<sup>73</sup> Arrêt du 18 mai 2010, *Claudio Abdón Lecaros Carrasco pelo delito de seqüestro agravado*.

<sup>74</sup> CourIDH, 24 novembre 2010, *Gomez Lund e outros v. Brazil*, Série C n° 219, § 149.



enquêtent les violations des droits de l'homme et, le cas échéant, jugent et punissent leurs auteurs<sup>75</sup>.

La situation sud-africaine est également révélatrice en ce qui concerne le rôle du juge constitutionnel dans le processus de justice transitionnelle. En effet, la Constitution provisoire de l'Afrique du Sud affirmait dans son post-ambule un régime prévoyant l'octroi d'une immunité de poursuites pénales et civiles pour les personnes responsables qui accepteraient de témoigner et de reconnaître leur responsabilité lors de l'*Apartheid*<sup>76</sup>. En 1995 une loi de promotion de l'unité et de la réconciliation nationale a mis en place une Commission Vérité et réconciliation. Cette loi a été déférée devant la Cour constitutionnelle qui déclara ces dispositions conformes à la Constitution. Pour la Cour, « l'octroi de mesures d'immunités de poursuites et de responsabilité, tant pénale que civile, dans le cadre de la participation des auteurs d'exactions au processus initié par la Commission n'enfreignait pas la nouvelle Constitution dans la mesure où le constituant lui-même avait prévu ce processus. La Cour constitutionnelle avalisait en quelque sorte cette situation que le constituant avait sciemment voulue et se refusait à jouer un rôle supra-constituant comme l'y invitaient les requérants »<sup>77</sup>. Toutefois, dans ces trois décisions rendues respectivement en 2008, 2009 et 2010, la Cour constitutionnelle a remis en cause l'idée selon laquelle les décisions d'amnisties effacent toutes les conséquences des actes commis par leurs auteurs<sup>78</sup>. En effet, pour le juge constitutionnel sud-africain, l'octroi d'une amnistie, qui vise la recherche de l'équilibre entre les droits des victimes et ceux des responsables, ne peut pas déboucher sur une immunité absolue allant jusqu'à effacer l'existence des faits.

En outre, en ce qui concerne le contrôle du juge constitutionnel exercé sur les lois de lustration adoptées dans les États de l'Europe centrale et orientale après la chute du bloc communiste, il convient de mentionner la décision du 11 mai 2007 de la Cour constitutionnelle polonaise<sup>79</sup>. Ainsi, le juge constitutionnel « a rappelé que la lustration n'est pas une fin en soi et qu'elle ne doit pas être utilisée comme une espèce de vengeance contre les personnes impliquées dans les structures de l'état communiste. Le but de la lustration devrait être uniquement la protection de l'intérêt public du nouvel état démocratique et elle ne devrait pas servir à stigmatiser ou blâmer les personnes (y compris les anciens agents) qui

<sup>75</sup> Voir par exemple, les arrêts de la Cour IDH, du 29 juillet 1988, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Série C n° 4, § 155 ; du 14 mars 2001, *Barrios Altos v. Pérou*, Série C n° 75, § 41 ; du 25 mai 2010, *Chitay Nech e outros v. Guatemala*, Série C n° 212, § 81 et 87.

<sup>76</sup> Le passage pertinent est le suivant « *Afin de promouvoir une telle réconciliation et reconstruction, l'amnistie doit être accordée pour les actes ou omissions et les infractions associées à des motifs politiques commises durant la période du conflit. À cette fin, le Parlement sous l'empire de cette Constitution adoptera une loi fixant la date limite... et créant les mécanismes, critères et procédures, y compris en créant des tribunaux, si besoin est, à travers lesquels les demandes d'amnistie seront examinées après l'adoption de cette loi.* », traduction de X. PHILIPPE, « L'amnistie devant le juge constitutionnel À propos de trois décisions de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux limitations de ses effets : CCT 91/08, *Wybrand du Toit v. Minister for safety and security*, CCT 54/09, *Ryan albutt v. centre for study of violence and reconciliation and others*, CCT 23/10, *The citizen PTY and others v. Robert John Mc Bride* », *op. cit.*, note 3.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> M. SAFJAN, « Justice transitionnelle : l'exemple polonais, le cas de la lustration », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 2, p. 19. Voir aussi R. DAVID, *Lustration and transitional justice : personnel systems in the Czech Republic, Hungary and Poland*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011, 312 p. ; U. MALGORZATA, *La lustration dans les États postcommunistes européens*, Paris, L.G.D.J., 2014.

sont à présent engagés dans une nouvelle phase de leur activité professionnelle. En outre, la Cour constitutionnelle a souligné le fait que le besoin de divulguer le passé totalitaire ne devrait jamais légitimer la violation des standards démocratiques. Les droits fondamentaux des individus devraient toujours être respectés, notamment les droits de l'homme et libertés fondamentales telles que le droit à un procès équitable, devant un tribunal indépendant et le droit à la défense. Ces droits doivent être garantis même pour les personnes qui les ont violés durant leur période de gouvernement sous le régime communiste »<sup>80</sup>. En l'espèce, la Cour s'est inspirée de la position de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle si un Etat envisage d'adopter des mesures de lustration, il doit veiller à ce que les personnes concernées bénéficient, dans toute procédure liée à l'application de ces mesures, de l'ensemble des garanties procédurales prévues par la Convention<sup>81</sup>. La Cour de Strasbourg précise que les procédures de lustration, pour être compatibles avec la Convention, doivent remplir un certain nombre de conditions. Ainsi, « en premier lieu, une loi de lustration doit remplir les exigences fondamentales d'accessibilité et de prévisibilité, inhérentes à la notion de "légalité" telle qu'elle figure dans la Convention [...]. En deuxième lieu, une procédure de lustration ne doit pas exclusivement servir des fins de châtement ou de vengeance, la punition des personnes coupables relevant en premier lieu du domaine du droit pénal [...]. En troisième lieu, lorsqu'une loi nationale prévoit une restriction des droits garantis par la Convention, elle doit être suffisamment précise pour pouvoir individualiser la responsabilité de chacune des personnes concernées et contenir les garanties procédurales adéquates [...]. Enfin, les autorités nationales doivent garder à l'esprit que, les mesures de lustration étant, par leur nature, temporaires, la nécessité objective d'une restriction des droits individuels résultant d'une telle procédure décroît avec le temps »<sup>82</sup>. Dans la décision du 11 mai 2007, la Cour constitutionnelle polonaise a également formulé des recommandations au législateur, nécessaires à respecter lors de l'adoption des lois de lustration. En effet, pour le juge constitutionnel, la législation de lustration ne devrait pas concerner les personnes qui occupent un poste dans une organisation privée et celle-ci doit inclure une règle de proportionnalité à ce que l'interdiction d'exercer une fonction publique déterminée ne dépasse pas une période raisonnable. En outre, les sanctions prévues par les lois de lustration doivent viser uniquement les personnes qui furent effectivement engagées dans des activités violant les droits de l'homme y compris celles qui les ont ordonnées.

\* \* \*

Finalement, l'action du juge constitutionnel dans la mise en œuvre du processus de démocratisation reste déterminante. Les Cours constitutionnelles des États en transition se sont vues attribuées par la constitution des prérogatives étendues. À côté de la compétence

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> C.E.D.H., 14 février 2006, *Turek c/ Slovaquie*, req. n° 57986/00, § 115.

<sup>82</sup> C.E.D.H., 24 juin 2008, *Ādamsons c/ Lettonie*, req. n° 3669/03, § 116.

d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, certaines cours constitutionnelles<sup>83</sup> disposent d'une compétence « d'interprétation directe ou immédiate »<sup>84</sup> de la constitution. L'attribution de cette compétence par le pouvoir constituant était nécessaire afin de mettre en œuvre l'État de droit durant la période transitoire et notamment afin d'appliquer les nouveaux principes énoncés dans les constitutions et afin « de garantir la compréhension correcte et authentique du sens des normes constitutionnelles »<sup>85</sup>. D'ailleurs, cette compétence a prouvé son utilité pendant la période transitoire étant donné « le nombre élevé de décisions rendues en matière d'interprétation durant les premières années d'activité des cours constitutionnelles »<sup>86</sup>. À côté de cette compétence, certaines constitutions vont également doter le juge constitutionnel de la compétence d'interpréter la constitution à la lumière des traités internationaux. L'introduction de cette méthode d'interprétation de la constitution conduit à concevoir la comparaison constitutionnelle comme la voie par laquelle les différents exemples de constitutions communiquent actuellement entre eux. Comme le souligne le professeur DE VERGOTTINI, le phénomène de globalisation du droit favorise, en effet, une réception des principes de la démocratie libérale<sup>87</sup>. En effet, l'exportation du constitutionnalisme libéral s'est généralisée pour ne pas dire même universalisée.

Cependant, il convient d'apporter une dernière observation en ce qui concerne tout particulièrement les États en transition de l'Europe orientale. L'absence d'une culture constitutionnelle et l'absence d'une transformation des mentalités rendent fragile la réception formelle des principes. En effet, la culture constitutionnaliste qui nécessite de forger « l'éthique constitutionnelle des gouvernants et des élites »<sup>88</sup> se trouve dans une phase de construction dans l'aire postsoviétique. Cette phase est pour l'instant à un état embryonnaire dans ces États. Par ailleurs, une tendance générale se dessine portant sur la confusion des pouvoirs et sur le déséquilibre entre le pouvoir exécutif et législatif, « en faveur d'un Président hégémonique, transformé en leader presque absolu »<sup>89</sup>. Ce dernier se trouve souvent à l'origine des crises institutionnelles. Le concept de dirigeant absolu, représentatif du régime soviétique, reste encore ancré dans les mentalités des élites politiques et d'une partie de la population, ce qui constitue un frein dans la mise en œuvre du processus de démocratisation.

En définitive, « les retards dans la maturation d'un climat culturel [...] sont compréhensibles et [...] il serait illusoire de penser que la simple adoption de constitutions

<sup>83</sup> C'est le cas des Cours constitutionnelles de Russie, d'Ukraine, de Moldova, de Kazahstan, d'Azerbaïdjan, d'Ouzbékistan et de Tadjikistan.

<sup>84</sup> V. TUMANOV, « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 49.

<sup>85</sup> Décision de la Cour constitutionnelle moldave du 5 mai 2010 portant interprétation des articles 141, 142 et 143 de la Constitution.

<sup>86</sup> N. DANELCIUC-COLODROVSKI, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 200.

<sup>87</sup> G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, op. cit., p. 211.

<sup>88</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme », in *Démocratie et liberté : tensions, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 348.

<sup>89</sup> S. DRUTA SULIMA, « Bilan de la transition démocratique en Moldavie – 1991-2011 », *Revue Est-Europa*, n° 1, p. 96.

formellement satisfaisantes permette de considérer le problème comme résolu »<sup>90</sup>. En effet, la transition constitutionnelle transpose ses effets dans le temps<sup>91</sup>. Dans les États en transition, il y a un décalage entre la proclamation et l'application effective des principes de la démocratie libérale. Et à ce titre, le juge constitutionnel devient un acteur déterminant dans le processus de transition constitutionnelle et dans la mise en œuvre de l'État de droit.

---

<sup>90</sup> G. DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 714.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 703 ; Voir la même idée du même auteur dans l'ouvrage de référence *Diritto costituzionale comparato*, 8<sup>ème</sup> éd., vol. I, Padova, Cedam, 2011, p. 203.