

LES CONSTITUTIONS PROVISOIRES, UNE CATÉGORIE NORMATIVE AU CŒUR DES TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Nicoletta PERLO
Maître de conférences
Université Toulouse I Capitole

La notion de « Constitution provisoire » semble constituer en soi un oxymore. La Constitution est en effet un texte normatif fondé sur un pacte collectif et volontaire tendant à construire un ordre stable de l'Etat, à travers l'organisation des pouvoirs, la réglementation de la production normative, et l'affirmation de principes et valeurs partagés. Selon l'idéologie constitutionnaliste, la Constitution est faite pour durer, repoussant au plus loin l'éventualité de déstabilisations politiques et sociales, sources certaines de souffrances individuelles et collectives. En revanche, le « provisoire » renvoie à quelque chose d'instable, destiné à se terminer et à être remplacé.

La Constitution naît justement dans le but de combattre les incertitudes du provisoire, en maîtrisant le désordre par l'imposition d'un ordre inscrit dans la durée. Cette aspiration au contrôle est certes utopique puisqu'elle se heurte à la nature de l'homme et des choses humaines, qui sont précaires puisque mortelles. En ce sens, l'exercice du pouvoir constituant est l'une des manifestations les plus éclatantes de l'effort humain de dépasser sa propre nature fragile et incertaine pour atteindre une harmonie institutionnelle et une paix sociale qui se veulent éternelles.

Toutefois, si la vocation à la perpétuité des Constitutions modernes n'est qu'illusoire, c'est justement cette illusion qui a guidé et permis, à partir de la fin du XVIII^e siècle, d'élaborer des textes capables, d'une part, de « réconcilier l'Etat et la société, les gouvernants et les gouvernés, par le recours au droit »¹, et, d'autre part, de fonder l'existence politique d'un groupe sociale, satisfaisant le droit à l'Etat d'un peuple.

Or, si la Constitution éternelle n'est pas une donnée réelle, pourrait-on alors considérer que toutes les Constitutions sont, au fond, provisoires, puisque destinées, à termes, à être remplacées par un autre texte constitutionnel ? Dans ce cas, toute distinction entre une Constitution « provisoire » et une Constitution « définitive » perdrait de sens.

Cependant, ce qui relève en droit n'est pas le constat philosophique sur la nature changeante de toute création humaine, mais l'intention du constituant. Une Constitution « provisoire » est un texte qui est expressément conçu pour prévoir des règles à validité temporaire : il contient les dispositions qui organisent sa propre disparition une fois que l'acte constitutionnel considéré comme « définitif » est adopté. En quelque sorte, c'est un texte créé pour s'autodétruire, une fois sa mission remplie.

L'étymologie du mot « provisoire » rend compte du caractère particulier de cette typologie normative. Dans une étude consacrée à la notion de « provisoire », Paul Amselek explique que ce mot² naît comme dérivé du terme juridique « provision », qui, au XV^e siècle, renvoyait à une décision judiciaire provisoire, adoptée « avant que la décision à prendre soit arrêtée définitivement »³. La *provision* ne liait pas juridiquement la décision définitive, puisque son but était « de pourvoir à des besoins immédiats plus ou moins urgents pendant la période d'attente, mais aussi de préparer ou d'aider la prise de mesures définitives »⁴. Le

¹ S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 2010, p. 9.

² La racine étymologique de ce mot est le verbe latin *providere*.

³ L'adjectif « provisoire » est une évolution du terme juridique « provision », datant du XV^e siècle. Ce n'est qu'à l'époque de la Révolution que le terme provisoire est entré à faire partie de la langue courante. P. AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », *RDP*, n°1, 2009, pp. 7-9.

⁴ *Id.*, p. 11.

décideur ultime pouvait donc librement choisir de tenir compte des mesures provisoires ou bien de les ignorer.

Les textes constitutionnels adoptés dans une période de transition sont alors bien des textes « provisoires ». La période de transition constitutionnelle se situe, en effet, entre la fin d'un ordre constitutionnel et l'instauration d'un nouvel ordre. Pendant la transition, le pouvoir politique provisoire prépare l'intervention du pouvoir constituant par l'adoption d'actes qui mettent fin à l'ordre constitutionnel précédent, réglementent l'existant et organisent la procédure d'élaboration et d'adoption de l'ordre constitutionnel nouveau. Le pouvoir constituant définitif étant, selon sa définition traditionnelle, tout puissant et libre de toute contrainte juridique, n'est pas lié par la Constitution provisoire. Comme dans le cas des provisions, le décideur ultime peut choisir de se conformer ou pas aux prescriptions procédurales et substantielles du texte provisoire. Entre la Constitution provisoire et la Constitution définitive existe ainsi un rapport de légitimité et non pas de légalité.

Par le passé la doctrine a utilisé d'autres appellations pour définir les textes constitutionnels de la transition, et notamment celles de pré-constitutions, constitutions intérimaires, constitutions transitoires et petites constitutions. Nous considérons, toutefois, que l'appellation « Constitution provisoire »⁵ est celle qui permet de décrire au mieux ce phénomène. Les termes « petite Constitution »⁶ ou « pré-Constitution »⁷ ne mettent pas suffisamment en exergue le « caractère existentiel »⁸ de ces textes, ainsi que leur fonction de relais⁹ entre les deux ordres juridiques. Quant à la « Constitution transitoire »¹⁰, le terme est carrément erroné. Les normes transitoires ne sont pas adoptées dans l'attente d'une décision ultérieure et définitive du constituant. Le dispositif définitif est dans ce cas déjà édicté, la norme transitoire ayant la seule fonction d'en aménager progressivement l'entrée en vigueur¹¹. Or, la Constitution adoptée dans la phase de transition constitutionnelle a justement pour but d'organiser l'élaboration d'une Constitution définitive qui n'existe pas encore.

Le phénomène des Constitutions provisoires s'est développé tout spécialement à partir de la vague constitutionnelle de la fin de la Deuxième guerre mondiale et dans les dernières

⁵ En doctrine, cette appellation a été utilisée par le doyen Vedel en 1949, en se référant à la loi française du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics (G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, pp. 273-275). Dans la même période, la doctrine italienne forgeait le terme « *Costituzione provvisoria* » pour les *decreti legislativi luogotenenziali* n°151 de 1944 et n° 98 de 1946 qui ont régi la transition constitutionnelle du régime fasciste au régime démocratique (A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 93-95).

⁶ Ce terme est utilisé par M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, p. 307 ; O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2006, p. 101 ; E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n°3, 2007, pp. 513-534.

⁷ N'GUYEN QUOC DINH, « La loi du 2 novembre 1945 », *RDP*, 1946, p. 68 ; O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, Puf, 1994, p. 267 ; W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *RDP*, 1995, pp. 385 ; I. THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle*, Thèse, Lille II, 2008, p. 32.

⁸ W. ZIMMER, *La réunification allemande : contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille III, 1994, p. 6

⁹ Emmanuel Cartier parle d'un « système juridique relais » qui « a comme fonction première de définir un cadre normatif provisoire destiné à assurer, dans l'attente de l'adoption d'une Constitution définitive, la continuité de l'activité juridique de l'Etat ». E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *cit.*, p. 523.

¹⁰ Laurent Pech utilise cette appellation in L. PECH, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ*, 1999, p. 1412. Toutefois, l'Auteur reconnaît que « la constitutionnalité provisoire ne paraît permettre l'existence de dispositions transitoires *strictissimo sensu* » (p. 1415), c'est-à-dire de « règles énoncées dans une nouvelle Constitution qui déterminent de manière temporaire, pour une période intermédiaire, les modalités du passage du régime de l'ancienne Constitution à celui de la nouvelle Constitution en établissant pour cette période, un régime original, distinct et temporaire » (p. 1408).

¹¹ P. AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », *cit.*, p. 12.

années semble être devenu un véritable mode opératoire pour conduire à bon port les transitions constitutionnelles. La raison de la multiplication des Constitutions provisoires réside essentiellement dans le développement de procédures constituintes plus complexes et réglementées, nécessaires pour réaliser l'intégration de sociétés plurielles et pluralistes dans des États en construction ou en reconstruction.

L'étude des Constitutions provisoires en tant que catégories normatives impose, tout d'abord, d'adopter une approche théorique. L'objet de notre analyse est en effet « un intervalle de crise, un interrègne constitutionnel »¹², qui, en apparence, semble être dominé plus par des équilibres entre des forces politiques que par le droit. Il est alors nécessaire, au préalable, d'enquêter sur la nature juridique et constitutionnelle des Constitutions provisoires, pour comprendre ensuite leur fonction juridique dans le cadre des transitions constitutionnelles (I). L'étude concrète et comparée des Constitutions provisoires permet ensuite d'illustrer et vérifier les réflexions théoriques, en établissant une première classification, dans le but de synthétiser et mieux comprendre ce phénomène (II).

I. La Constitution provisoire, étude théorique

La Constitution provisoire a fait l'objet d'études théoriques assez sporadiques par le passé¹³. Pourtant, ces textes soulèvent des questions multiples, interrogeant tout particulièrement la théorie constitutionnelle. Etudier un texte qui précède l'adoption de la Constitution définitive oblige, en effet, tout d'abord à s'interroger sur le caractère juridique d'une norme qui précède l'ordre juridique établi. Ensuite, une fois la nature juridique vérifiée, il faut justifier du caractère constitutionnel qu'on attribue à ce texte (A). Etant donné que ce texte, tout en étant constitutionnel, se distingue de la Constitution définitive, il est inévitable, en outre, de s'interroger sur sa fonction. La différence entre les deux textes ne saurait se réduire au caractère temporaire du premier, la Constitution provisoire recouvrant une fonction légitimante très particulière. Cela nous conduira à mobiliser les notions complexes de légalité, de légitimité et d'effectivité et à explorer les relations multiples qui lient la Constitution provisoire à la Constitution définitive (B).

A. La Constitution provisoire, un texte juridique à valeur constitutionnelle

La Constitution provisoire est une norme juridique matériellement constitutionnelle, fondatrice de l'ordre juridique de la période transitoire.

Afin de justifier cette affirmation, il faut d'abord illustrer les raisons théoriques qui nous conduisent à affirmer le caractère juridique de cette norme (1) et à arguer de sa valeur matériellement constitutionnelle (2).

1. La Constitution provisoire : une norme juridique

La première question à éclairer concerne le caractère juridique des Constitutions provisoires.

¹² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS 1962), p. 497.

¹³ Principalement : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, cit., pp. 267-302 ; W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 », cit., pp. 383-411 ; E. CARTIER, « Les petites Constitutions », cit., pp. 513-534 ; O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 101-102.

Un texte qui consacre la fin de l'ordre juridique précédent, impose des nouvelles règles temporaires sur l'organisation des institutions et organise la procédure constituante, rassemble sans doute « des énoncés prescriptifs ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement »¹⁴. Mais comment évaluer si ces énoncés prescriptifs ont bien une valeur juridique ou si, en revanche, ne sont que des normes sociales ?

Cela impose de s'interroger au préalable sur les caractères propres à la norme juridique. Ayant recours à la définition élaborée par la doctrine normativiste, une norme acquiert sa qualité juridique si elle appartient à un ordre juridique¹⁵, c'est-à-dire à un système de règles qui régit une communauté humaine¹⁶, globalement efficace et sanctionné¹⁷.

Or, les périodes d'interrègne, situées entre la fin d'un ordre constitutionnel et l'entrée en vigueur d'un nouvel ordre, peuvent donner lieu à un ordre juridique « globalement efficace et sanctionné » ?

La réponse est étroitement liée à l'approche théorique adoptée.

La théorie normativiste, notamment, semble empêcher l'attribution du caractère juridique aux Constitutions provisoires. Selon Kelsen, en effet, une norme est juridique si les conditions selon lesquelles cette norme est apparue sont elles-mêmes fixées par une autre norme juridique¹⁸. La détermination de la juridicité de la Constitution provisoire pose alors les mêmes difficultés que l'exigence de fonder une norme sur la base d'une norme supérieure pose à la Constitution définitive. Il n'y a pas de norme positive supérieure à la Constitution, puisqu'elle même est le fondement de validité de tout le système juridique. Ainsi, pour éviter le *regressus ad infinitum* qui finirait nécessairement pour fonder l'ordre juridique sur un fait et non pas sur le droit, soit l'on présuppose à l'instar du père du normativisme, qu'au-dessus de la Constitution existe une norme dite fondamentale – la *Grundnorm* – capable de fonder la validité de la Constitution¹⁹ ; soit l'on considère que « la norme constitutionnelle, étant une norme suprême, n'a point d'autre fondement de validité qu'elle même, validité qui doit donc simplement être acceptée »²⁰ ; ou bien encore l'on identifie une « Constitution historique », qui serait la norme formellement constitutionnelle issue de la dernière révolution juridique²¹. Dans tous les cas, la *Grundnorm* n'étant qu'une stratégie explicative, le normativisme ne tient compte que de la norme déjà en vigueur pour fonder la validité du droit, sans s'intéresser aux processus qui se trouvent à son origine.

En ce sens, il n'y aurait donc pas de droit au cours des périodes de transition constitutionnelle, mais juste des règles issues de la volonté de la force politique dominante,

¹⁴ X. MAGNON, *Théorie (s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 33.

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 4.

¹⁶ C. LEBEN, « Ordre juridique », in D. Alland et S. Rials (dir. par), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1113.

¹⁷ X. MAGNON, *Théorie (s) du droit, cit.*, p. 65.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, (trad. de Béatrice Laroche et Valérie Faure), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 178.

¹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. de la 2^e éd., Charles Eisenmann), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 210.

²⁰ J.-P. DEROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », à paraître, p. 9

²¹ Otto Pfersmann considère que la Constitution historique est « l'acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n'est plus possible de retracer une continuité juridique (...) non pas au sens où elle serait le premier texte constitutionnel dans l'histoire d'un pays mais en tant qu'ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique. Il convient d'en distinguer la Première Constitution (historique) matérielle qui comprend l'ensemble des normes de production de normes issu de la dernière révolution juridique. » O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 96.

dont la juridicité ne pourrait pas être établie²². En effet, l'exigence d'efficacité globale de l'ordre juridique ne serait pas satisfaite, étant donné que « dans les périodes révolutionnaires ou d'instauration des ordres juridiques toutes les dispositions ont une efficacité douteuse »²³. Ainsi, la fin de la situation générale d'incertitude ne serait atteinte qu'au moment où les dispositions constitutionnelles obtiendraient une « effective, habituelle et paisible application »²⁴, autrement dit, au moment où la Constitution définitive entrerait en vigueur. De même, Carré de Malberg considérerait qu'après une révolution ou un coup d'Etat, entre la Constitution ancienne et la nouvelle, « n'existe pas de lien juridique ». Entre les deux, il y aurait « un intervalle de crise, un interrègne constitutionnel durant lequel la puissance constituante serait constituée par des personnages qu'avec la force se sont emparés de ce pouvoir »²⁵. Puisque la période de transition constitutionnelle ne donne pas lieu à un ordre juridique, les Constitutions provisoires relèveraient alors du pur fait et non pas du droit.

Ainsi, la théorie normativiste semble, à première vue, empêcher « de penser le moment de la naissance des règles de droit »²⁶.

Toutefois, la multiplication des constitutions provisoires après-guerre, due en grande partie au développement de procédures constituantes plus complexes et réglementées, a conduit quelques auteurs adhérant à la théorie normativiste à s'intéresser à la phase pré-constitutionnelle. Ces auteurs ont argumenté la juridicité de ces actes en se fondant sur l'analyse du caractère légal ou illégal de la procédure qui a provoqué le changement de régime. Pour Kelsen : « la révolution [juridique] (...) est toute modification de la constitution ou tout changement ou substitution de constitution (...) qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la constitution en vigueur »²⁷. En revanche, si le renversement de l'ordre constitutionnel en vigueur s'opère conformément aux normes de l'ordre constitutionnel précédent, il s'agit d'une « révolution légale ».

Ainsi, dans le premier cas, le groupe politique qui s'empare du pouvoir ne peut donner vie qu'à un ordre normatif de fait, qui obtiendra la reconnaissance de sa légalité seulement *ex post*, une fois que la Constitution définitive sera adoptée et que le nouvel ordre juridique bénéficiera d'un respect global de la part des destinataires des normes²⁸. Par conséquent, la juridicité des Constitutions provisoires ne pourra être établie que « par un jugement *ex post facto*, sur la base de considérations relatives à la stabilité historique de l'ensemble normatif issu de la rupture »²⁹. Cela signifie qu'au moment même de son adoption, la Constitution provisoire est dépourvue de tout caractère juridique. Issue d'une violation de l'ordre juridique précédent, elle s'imposerait dans un premier temps comme un pur fait³⁰.

En revanche, dans le deuxième cas, celui de l'ainsi dite « révolution légale », l'ordre juridique précédent n'a jamais été abrogé. La phase de transition est régie formellement dans le respect de l'ordre constitutionnel précédent. Ainsi, les Constitutions provisoires

²² Selon Kelsen « la norme est la signification d'un acte de volonté » (*Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 2), toutefois la volonté ne permet pas de distinguer une norme juridique d'une norme sociale et religieuse. Toute norme en tant qu'énoncé prescriptif est l'expression de la volonté de l'auteur de la norme. En ce sens : X. MAGNON, *Théorie (s) du droit*, cit., p. 34.

²³ C. ESPOSITO, « La consuetudine costituzionale », in *Scritti giuridici in onore di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 615.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 497.

²⁶ J. SCHMITZ, *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Thèse, Université Toulouse I Capitole, 2009, p. 110.

²⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 209.

²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 211.

²⁹ E. CARTIER, « Les petites Constitutions », cit., p. 533.

³⁰ Carré de Malberg affirme très clairement que : « Au-delà de la Constitution, il ne subsiste plus que du fait ». R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 500.

éventuellement adoptées dans cette période seraient dotées d'un caractère juridique, leur validité-légalité étant fondée sur le texte constitutionnel précédent³¹.

A nos yeux, toutefois, la notion de « révolution légale » semble présenter une contradiction interne de difficile solution. Si les normes constitutionnelles, procédurales et substantielles, de l'ordre juridique précédent sont respectées, la réforme aboutira à une révision de l'ordre juridique existant et non pas à l'instauration d'un nouvel ordre. Pour que le pouvoir constituant, et non pas le pouvoir constitué, surgisse, il faut que se produise « une fracture dans le système des rapports juridiques constitutionnels »³². Si par révolution l'on entend « le remplacement d'un ordre juridique, dans son entier par un autre »³³ et donc l'introduction d'une forme d'Etat nouvelle, porteuse d'une conception différente de la relation entre les gouvernants et les gouvernés et de la finalité de l'action publique³⁴, une révolution ne peut pas se produire dans le cadre de l'ordre juridique précédent. Si cela se produit, ce n'est qu'une apparence, une stratégie pour faciliter la légitimation du nouvel ordre constitutionnel.

En effet, d'un point de vue formel, dans le cadre des ainsi dites « révolutions légales », les normes procédurales et substantielles en vigueur sont souvent appliquées de façon détournée, forçant leur interprétation dans le sens voulu par le nouveau pouvoir en place³⁵. De plus, même si c'est bien l'organe de l'ordre précédent qui adopte les décisions permettant d'instaurer le nouvel ordre, cet organe, au moment où la transition vers un nouvel ordre a été décidée, n'est plus investi par l'ordre juridique précédent. Désormais, l'organe en question agit « comme un organe provisoire du nouvel ordre »³⁶.

D'un point de vue substantiel, l'étude des Constitutions provisoires dévoile le changement et rend manifeste la rupture, même implicite, avec l'ordre juridique précédent. Si formellement la Constitution provisoire peut donner une apparence de continuité, confortant les individus sur la stabilité du système, matériellement, la Constitution provisoire est le premier texte qui marque la discontinuité substantielle par rapport à l'ordre juridique précédent. Son contenu est déjà imprégné par la philosophie politique du nouveau détenteur du pouvoir et préconise la forme d'Etat qui viendra. L'organisation, bien que provisoire, des institutions intérimaires, ainsi que la structuration de la procédure constituante reflètent inmanquablement la conception politique fondamentale des relations entre le gouvernant et les gouvernés, portée par les forces politiques dominantes.

La notion de « révolution légale » empêche alors d'analyser les transformations radicales qui se produisent au sein d'un Etat, au moment où un nouveau détenteur du pouvoir s'impose³⁷.

³¹ La notion de révolution légale n'est pas théorisée exclusivement par les normativistes, mais également par l'un des plus éminents auteurs de la théorie institutionnaliste. Santi Romano dans son essai sur « L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale » (1901), affirme la possibilité qu'un nouvel ordre constitutionnel puisse être instauré dans le respect et ayant recours aux normes en vigueur, et donc dans le cadre de l'ordre juridique précédent. S. ROMANO, « L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale » (1901), in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 110.

³² C. MORTATI, « La Costituente » (1945), in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 26.

³³ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 369.

³⁴ Par « forme d'Etat », l'on entend la « conception politique fondamentale des rapports entre les gouvernants et les gouvernés », celle qui fonde « la conception du bien commun qui guide l'action étatique ». C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1962, p. 706.

³⁵ En ce sens : A. PACE, « L'instaurazione di una nuova Costituzione », in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, p. 102 ; W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 », *cit.*, pp. 394-411.

³⁶ C. MORTATI, « La Costituente » (1945), *op. cit.*, p. 121.

³⁷ Cela vaut pour le passage d'une forme d'Etat démocratique à une autoritaire (par ex. de la République de Weimar au régime nazi, C. SCHMITT, « Stato, movimento, popolo », in Id., *Principii politici del nazionalsocialismo*, trad. it. D. Cantimori, Firenze, Sansoni, 1935, p. 179) et d'une forme autoritaire à une

Nous considérons ainsi qu'aucune instauration d'un nouvel ordre juridique ne peut se faire de façon légale, c'est-à-dire en respectant l'ordre précédent. Pour autant, cela nous ne conduit pas à affirmer que la Constitution provisoire est dépourvue d'une nature juridique *hic et nunc*³⁸. Pour nous, en effet, l'ordre juridique n'est pas auto-fondé, mais il est issu d'un équilibre politique concret, qui exprime des règles non formalisées, régissant une société déterminée, à un moment historique donné. La Constitution provisoire est la première expression formalisée de cet équilibre. En organisant les pouvoirs et en structurant les rapports de production et de validité entre les normes³⁹, elle est la norme fondamentale de l'ordre juridique transitionnel. La Constitution définitive sera fondée, à son tour, sur les mêmes rapports politico-constitutionnels matériels que ceux de la Constitution provisoire, ou bien, selon les évolutions des équilibres politiques au cours de la transition, sur un nouvel accord entre les pouvoirs en présence.

Nous adhérons, ainsi, aux théories institutionnalistes, selon lesquelles il ne peut y avoir aucune règle juridique formelle, constitutionnelle ou infra-constitutionnelle, qui n'ait pas été produite par une organisation - une « constitution matérielle », selon le terme utilisé par Costantino Mortati⁴⁰, une « institution », selon la notion élaborée par Maurice Hauriou⁴¹ et Santi Romano⁴² - déjà existante. Avant toute constitution formelle, soit-elle provisoire ou définitive, doit donc exister une organisation, un ordre concret capable de l'exprimer. Cet ordre est formé par l'équilibre entre des pouvoirs, des forces, matérielles et spirituelles, qui, d'une part, veulent et imposent le nouvel ordre juridique, et, d'autre part, subissent de façon plus ou moins passive l'ordre voulu par les premiers. L'harmonie que ces pouvoirs non formels atteignent est à l'origine de la structure fondamentale du système des sources du droit - l'ordre juridique - et de la structure fondamentale des « processus d'intégration politique »⁴³ - la forme d'Etat -⁴⁴. En ce sens, les constitutions issues d'un pacte politico-social,

démocratique (par ex. les disparitions du régime des colonels en Grèce et du régime franquiste en Espagne, O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 372).

³⁸ Alessandro Pace considère en sens inverse que la « révolution légale » est une contradiction logique inadmissible et que, par conséquent, la période transitoire n'est pas régit par le droit mais par la force factuelle des détenteurs provisoires du pouvoir. A. PACE, « L'instaurazione di una nuova Costituzione », *op. cit.*, pp. 100-110.

³⁹ La formalisation est en effet définie par Emmanuel Cartier comme « un processus normatif permettant la structuration d'un ordre juridique donné en aménageant les rapports de production et de validité entre ses différentes composantes » (E. CARTIER, « Les petites Constitutions », *cit.*, p. 523). V. aussi : O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁰ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. V. aussi l'analyse de Franck LAFFAILLE sur la doctrine de Mortati in « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum*, n°7, <http://www.juspoliticum.com/La-notion-de-constitution-au-sens.html>.

⁴¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. 1923, 2^e édition, Paris, Sirey, 1929.

⁴² S. ROMANO, *L'ordre juridique*, (trad. Pierre Gothot et Lucien François), Paris, Dalloz, 1975.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, vol. I, p. 22. Selon Zagrebelsky, le droit constitutionnel, dans les sociétés actuelles, démocratiques et pluralistes, a pour mission principale d'intégrer dans l'unité d'un seul ordre juridique le pluralisme politique et social. Les objectifs et les modes de l'intégration définissent la « forme d'Etat ». *Idem*, p. 14.

⁴⁴ En ce sens aussi Maurice Hauriou et Carl Schmitt. Ce dernier, en 1933, développe la théorie de l'ordre concret, dépassant la théorie décisionniste élaborée dans ses écrits précédents (*Les trois types de pensée juridique*, (1934), Paris, PUF, 1995, trad. M. Köller et D. Ségard). Pour les deux auteurs, le fondement de l'ordre juridique sont les institutions. « Selon la doctrine de Schmitt, le phénomène juridique est certes composé de normes, mais il est surtout structuré par des institutions, qu'il qualifie d'ordres concrets ou *gestaltung*. Comme pour Hauriou, ce sont les relations intersociales concrètes qui se produisent à l'intérieur de ces groupements institutionnels, qui précèdent et génèrent les normes » (J. SCHMITZ, *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, *op. cit.*, p. 112). L'institution est pour Hauriou un organisme social contenant des situations établies « devenues juridiques par la consécration du droit disciplinaire et du droit statutaire » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1916, p. 165). La doctrine pure du droit n'exclut pas qu'au-delà de la norme fondamentale existe une réalité constitutionnelle formée par

présupposent l'équilibre des pouvoirs enracinés dans la société. En revanche, les constitutions octroyées, comme celles du XIX^e siècle, présupposent un équilibre fondé sur le pouvoir non partagé du roi⁴⁵. Il n'est pas anodin que le phénomène des Constitutions provisoires se soit développé tout spécialement dans le cadre des constitutions pluralistes contemporaines. La stabilisation⁴⁶ des équilibres au sein d'une société plurielle, qui intègre les procédures démocratiques, est fort complexe et demande d'agir en plusieurs phases. La Constitution provisoire représente ainsi l'accord initial, *a minima*, nécessaire pour préparer la phase aboutissant à l'accord ultime, formalisé par la Constitution définitive.

Il faut bien noter que, selon la théorie institutionnaliste, la « constitution matérielle » n'est pas le royaume du pur fait politique, des conflits de pouvoir, du « fait brutal »⁴⁷. En d'autres termes, les notions de constitution matérielle ou d'institution, ne renvoient pas à la sphère de l'« être » (*Sein*), opposée à celle du « devoir être » (*Sollen*). La constitution matérielle, à l'instar de la constitution formelle, établit un ordre normatif, un ensemble de règles qui entend « ordonner », composer les tensions, conformément aux relations sociales et politiques qui se sont instaurées. La constitution matérielle propose aussi un « devoir être » idéal, afin de dominer l'« être ». La différence entre les deux constitutions réside dans le caractère volontaire ou involontaire de l'ordre établi. La constitution matérielle possède une substance juridique propre, qui est le résultat de la composition involontaire des tensions en présence. En revanche, la constitution formelle est le produit d'une volonté, de choix qui ont été opérés consciemment pour régir la société à un moment historique donné⁴⁸.

Par conséquent, il n'y a pas de vide juridique entre deux Constitutions. D'une part, la « discontinuité constitutionnelle manifestée par le pouvoir constituant est contre-balançée par la continuité étatique »⁴⁹, d'autre part, « les relations juridiques entre les hommes précèdent l'établissement d'un ordre politique régulier »⁵⁰. Comme l'affirme très clairement Hauriou, le mouvement du droit « va du discontinu au continu, chaque fois qu'un évènement le rejette du côté de la discontinuité, il recommence aussitôt à s'orienter vers la continuité qui n'est peut-être, ici, qu'une forme de l'inertie »⁵¹. Ainsi, « entre chaque discontinuité constitutionnelle, se tissent les procédures institutionnelles de la vie de l'Etat »⁵².

La Constitution provisoire participe de ce processus dynamique : elle contribue à la discontinuité constitutionnelle, établissant une rupture avec l'ordre précédent, tout en représentant en même temps la première manifestation formelle de cette inlassable continuité du droit, qui recherche sans arrêt un nouvel équilibre là où l'ancien équilibre a été rompu. La Constitution provisoire fixe, stabilise, pour un temps déterminé, la première forme de

des rapports politiques. Kelsen affirme clairement que « la constitution exprime les forces politiques d'un peuple déterminé, c'est un document qui atteste la situation d'équilibre relatif dans laquelle les groupes en lutte pour le pouvoir demeure jusqu'à nouvel ordre » (H. KELSEN, « Sulla riforma costituzionale della costituzione austriaca del 1920 » in C. Geraci (dir. par), *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 49). Toutefois, pour Kelsen, cette réalité politique ne doit pas faire l'objet de l'étude scientifique du droit.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, op. cit., p. 22.

⁴⁶ Pour Mortati, la stabilité se définit par l'existence de « valeurs clairement déterminées ». C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, op. cit., p. 116

⁴⁷ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Paris, Économica, 1985, p. 175.

⁴⁸ Gustavo Zagrebelsky explique que « la constitution matérielle stabilise mais elle n'est pas stabilisée ; la constitution formelle, en revanche, a une fonction stabilisatrice et elle est à son tour stabilisée par sa forme » (G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, op. cit., p. 26). Paul Bastid, dans son ouvrage, illustre l'évolution historique qui, depuis la Révolution française, a conduit le mot « constitution » à s'appliquer à la création volontaire d'un ordre stable de l'Etat. « L'âge révolutionnaire tourne le dos aux conceptions anciennes. Il ne conçoit plus le régime de l'Etat comme reposant sur la tradition et sur la coutume (...) mais comme le libre produit des volontés humaines éclairées par la raison » (P. BASTID, *L'idée de Constitution*, op. cit., p. 14).

⁴⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 264.

⁵⁰ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, op. cit., p. 31.

⁵¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, pp. 24-255.

⁵² J. SCHMITZ, *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, op. cit., p. 333.

l'équilibre trouvé au sein d'une société, créant ainsi un ordre juridique pont ou « relais »⁵³, dont l'une des fonctions essentielles est d'établir les règles pour la recherche pacifique d'un équilibre nouveau et durable, dont la Constitution définitive sera le couronnement.

2. La Constitution provisoire : une norme matériellement constitutionnelle

Une fois établie la qualité de norme juridique *hic et nunc* de la Constitution provisoire, il faut préciser quels sont les fondements de sa valeur constitutionnelle. D'un point de vue formel, l'appellation « Constitution » semble en effet fort déplacée pour ce texte normatif. Les Constitutions provisoires sont contenues dans des actes qui revêtent des formes très différentes, constitutionnelles mais aussi infra-constitutionnelles – lois, décrets, proclamations, déclarations –, appelés de façon très variée⁵⁴, adoptés souvent sans passer par une procédure spécifique et ne bénéficiant pas de procédures renforcées pour leur éventuelle révision. De plus, les Constitutions provisoires peuvent être formées par plusieurs actes distincts, dotés de degrés de formalisation différents.

Ainsi, prenant en compte le contexte particulier de l'ordre juridique transitionnel, il faut à notre avis renoncer à identifier les Constitutions provisoires par leur forme, et se résoudre à les reconnaître par rapport à leurs objets, qui sont au nombre de trois.

Il s'agit de contenus spécifiques à cette catégorie normative, qui formalisent trois décisions issues de l'équilibre entre les forces politiques et sociales en présence : premièrement, la décision dé-constituante, deuxièmement, la décision constituante, et troisièmement, la décision constitutive d'un ordre juridique transitoire. La décision dé-constituante met fin au régime constitutionnel précédent⁵⁵. La décision constituante attribue et organise le pouvoir constituant⁵⁶. La décision constitutive crée un ordre juridique transitoire, en instituant et en réglementant les pouvoirs publics provisoires et en établissant les règles sur la production des normes⁵⁷.

Pour qu'un acte normatif adopté dans la phase transitoire puisse être considéré comme une véritable Constitution, il faut qu'il formalise les trois décisions à la fois. Pour nous, en effet, la Constitution provisoire ne pourrait pas être réduite à une simple « codification de la procédure constituante »⁵⁸. Un acte qui établit le changement de Constitution et qui organise la procédure constituante n'est pas une « Constitution », mais un simple « acte pré-constituant »⁵⁹, participant à la création de la Constitution définitive dans la phase de transition⁶⁰. La présence des trois éléments est donc essentielle pour attribuer à un texte ou à

⁵³ E. CARTIER, « Les petites Constitutions », *cit.*, p. 523.

⁵⁴ Parfois elle est appelée « Constitution intérimaire » (en Afrique du Sud en 1993, en Burundi en 2004, au Népal en 2007), parfois « Déclaration constitutionnelle » (en Egypte et en Lybie en 2011), ou « Constitution de la transition » (en République démocratique du Congo en 2003, en Sud-Soudan en 2011), ou encore « Feuille de route pour la fin de la transition » (en Somalie en 2012), « Loi constituante » (en Tunisie en 2011), « Cadre constitutionnel » (en Kosovo en 2001), « Loi d'administration transitoire » (en Irak en 2004), « Loi fondamentale » (en Allemagne en 1949), « Loi pour la réforme politique » (en Espagne en 1976), ou encore « Loi constitutionnelle » ou « Petite Constitution » (en Pologne en 1992).

⁵⁵ V. sur ce point O. BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 265.

⁵⁶ Olivier Beaud appelle cette décision « décision attributive du pouvoir constituant », O. BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 265 ss.

⁵⁷ Prenant en compte les trois objets typiques de la Constitution provisoire, E. Cartier inscrit ces textes dans une triple dimension temporelle : par rapport au passé, dans une dynamique de rupture et continuité par rapport à l'ordre juridique précédent ; par rapport au présent : « elles organisent à titre provisoire les rapports entre les pouvoirs publics » ; par rapport au futur : « elles participent à la détermination du pouvoir constituant originaire en définissant les modalités de production de la Constitution définitive ». E. CARTIER, « Les petites Constitutions », *cit.*, p. 517.

⁵⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 273.

⁵⁹ *Idem*, p. 267 ss.

⁶⁰ En ce sens également : I. THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle, op. cit.*, p. 46.

un ensemble de texte la valeur constitutionnelle. L'acte dé-constituant assure la succession logique des ordres juridiques ainsi que l'exercice unitaire de la souveraineté par le nouveau détenteur du pouvoir. La réglementation des conditions de dévolution et d'exercice du pouvoir contribue de façon déterminante à « constituer la forme et le genre de l'unité politique »⁶¹, et donc à établir un ordre juridique nouveau et provisoire. L'organisation de la procédure constituante renvoie enfin au caractère provisoire de ce texte normatif, qui naît en tant que norme relais entre deux ordres juridiques stabilisés.

Les trois éléments de la Constitution provisoire satisfont l'un des objectifs principaux du constitutionnalisme moderne : la limitation du pouvoir par la lutte contre tout abus des gouvernants. Le texte provisoire peut ainsi être considéré comme une Constitution moderne⁶² puisqu'il manifeste la volonté d'autolimitation du pouvoir par, d'une part, l'encadrement de l'action du gouvernement provisoire et, d'autre part, par l'habilitation du pouvoir constituant et l'organisation de la procédure constituante. A travers l'établissement de ces règles limitatrices de leur propre autorité, les gouvernants auto-proclamés « fournissent un cadre constitutionnel à un gouvernement provisoire qui cesse d'être de fait »⁶³.

En conclusion, les Constitutions provisoires sont des textes matériellement constitutionnels⁶⁴, présentant un contenu typique qui les caractérise en tant que tels.

Dans les cas où les trois objets du droit constitutionnel provisoire ne sont pas réunis dans un même texte, mais dans des actes distincts, adoptés dans la période transitoire, nous pouvons considérer qu'il existe un « bloc de constitutionnalité provisoire »⁶⁵, c'est-à-dire un ensemble d'actes qui, réunis, fondent un nouvel ordre juridique, qui reste en vigueur jusqu'à ce que la période de transition ne se termine⁶⁶.

B. La Constitution provisoire, une fonction légitimante

La Constitution provisoire se distingue de la Constitution définitive non seulement par rapport à sa durée prédéterminée, mais également par rapport aux objectifs particuliers qu'elle remplit. Les objets qui la caractérisent illustrent bien l'intention du pouvoir constituant d'établir un ordre juridique provisoire capable d'assurer la transition d'un ordre constitutionnel donné à un nouvel ordre. Les deux fonctions fondamentales de la Constitution provisoire sont alors, d'une part, celle de garantir l'ordre et la paix sociale dans la période transitoire, et d'autre part, celle de légitimer, à la fois, le nouveau détenteur du pouvoir et la Constitution définitive qui sera adoptée à l'issue de la transition. La relation entre la

⁶¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), trad. L. Deroche, Paris, PUF, 2013, p. 152.

⁶² Nous associons ainsi la philosophie politique du constitutionnalisme à la notion de Constitution moderne, en considérant que désormais la notion de Constitution ne peut se lire qu'à l'aune de cette idéologie. La Constitution est donc un texte dont la fonction principale est de limiter le pouvoir afin de garantir les libertés individuelles et collectives. Si la Constitution provisoire est certes un texte limité par sa durée et le contexte trouble de son adoption, elle contient tout de même des dispositions qui limitent le pouvoir en place, garantissant *a minima* les droits et libertés. Sur la superposition des concepts de Constitution et de constitutionnalisme v. l'analyse éclairante de F. RUBIO LLORENTE, « Constitución (derecho constitucional), in *Enc. Juridica basica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, p. 1525 ; Id., « La constitucion como fuente del derecho (1979), in Id., *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, p. 87. En ce sens aussi : M. LUCIANI, « L'antisovrano e la crisi delle costituzioni », *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 154. Selon Olivier Beaud : « La grande innovation de l'idée constitutionnelle réside dans le fait d'étendre aux gouvernants l'obligation d'obéissance à la norme suprême », O. BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 259.

⁶³ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 273.

⁶⁴ En ce sens, E. CARTIER, « Les petites Constitutions », *cit.*, pp. 523-525.

⁶⁵ Nous faisons référence ici à la notion de « bloc de constitutionnalité » élaborée par la doctrine française, et exportée par la suite en Espagne. V. : L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1975, pp. 33 ss. ; F. RUBIO LLORENTE et L. FAVOREU, *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, 1990.

⁶⁶ La Constitution provisoire du Kosovo est un exemple de bloc de constitutionnalité. V. *infra*.

Constitution provisoire et la Constitution définitive doit donc être analysée à l'aune de la notion de « légitimité » et non pas de celle de « légalité ».

En effet, légale est une norme qui est conforme à la norme supérieure. En revanche, la légitimité d'une norme est la relation de conformité « entre l'idée que l'on se fait de ce que doit être une norme et ce qu'elle est réellement »⁶⁷. Pour établir la norme idéale l'on peut avoir recours à des principes religieux, ou bien à des principes philosophiques fondés sur l'idée de justice ou de démocratie. Nous préférons la notion positive de légitimité, fondée sur l'approche weberienne légale-rationnelle. Selon Max Weber, en effet, la légitimité peut être attribuée en vertu de la croyance rationnelle des destinataires en la légalité de la norme et de la conviction diffuse que les détenteurs du pouvoir ont le droit d'imposer un nouvel ordre juridique⁶⁸. La croyance en la légalité ne signifie pas que la norme est réellement légale, mais cela induit les destinataires de la norme à la considérer comme légitime et donc à obéir, donnant effectivité au système.

Au vu de ces définitions, la relation entre la Constitution provisoire et la Constitution définitive ne peut pas, à notre avis, être étudiée dans les termes d'un rapport de validité-légalité. Certains auteurs ont considéré que la Constitution provisoire serait la norme qui fonde la validité-légalité de la Constitution définitive, bref la *Grundnorm* évoquée par Kelsen⁶⁹. Nous tenons à rejeter fermement cette hypothèse. La *Grundnorm* kelsenienne ne fait pas partie du droit positif, car elle est « sup-posé par le juristes »⁷⁰, elle n'est donc pas identifiable à un acte édicté par un pouvoir constituant provisoire. De plus, la plupart des Constitutions provisoires n'ont pas une forme constitutionnelle, mais ordinaire. Concevoir la Constitution provisoire comme le fondement de la légalité-validité de la Constitution définitive contredirait alors le principe selon lequel aucune source du droit ne peut attribuer à une autre source une force plus grande ou égale à celle dont elle dispose⁷¹.

Pour nous, la Constitution provisoire et la Constitution définitive fondent deux ordres juridiques, distincts et séparés. Certes, la Constitution provisoire pose des règles concernant la procédure constituante et parfois impose des contenus au texte constitutionnel définitif, mais cela ne lie pas le pouvoir constituant définitif, qui reste juridiquement libre dans son action. Les contraintes prescrites sont d'ordre politique et leurs conséquences juridiques doivent être appréciées en terme de légitimité.

La conformité procédurale et substantielle de la Constitution définitive aux règles établies par la Constitution provisoire est un facteur de légitimité-validité essentiel pour la norme constitutionnelle finale, puisqu'il peut induire les individus à croire à la légalité de la procédure suivie et à la légalité du contenu du texte adopté. Cet effet légitimant est proportionnel au degré de légitimité de la Constitution provisoire elle-même. La Constitution provisoire, en effet, transmet sa légitimité à la Constitution définitive : si le texte provisoire est considéré comme légal, le texte définitif sera considéré d'autant plus valide s'il est conforme au premier. A cela, il faut rajouter le rapport d'imbrication très étroit entre la norme

⁶⁷ M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril, La république*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 203.

⁶⁸ Max Weber identifie différents facteurs de légitimité de l'ordre juridique : la tradition, une croyance affective et une croyance rationnelle sur la valeur légale de l'ordre en question. La légitimité peut donc revêtir un « caractère rationnel, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens ». M. WEBER, *Économie et Société*, 1921, Plon, 1971, Chap. 3.

⁶⁹ Cette hypothèse avait été avancée par la doctrine italienne concernant le décret-loi *luogotenenziale* n°151 du 25 juin 1944, qui a été considéré comme la Constitution provisoire de la période de transition du régime fasciste au régime républicain. Pour une critique de cette approche v. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁰ En ce sens, M. TROPER, « Normativisme », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1076.

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 21.

et le pouvoir qui l'édicte⁷². La Constitution provisoire est un facteur de légitimation du gouvernement provisoire et elle l'est également du pouvoir constituant de la Constitution définitive. La légitimité des pouvoirs, à son tour, contribue à la légitimation des textes adoptés. La fonction légitimante de la Constitution provisoire est alors multi-directionnelle et elle produit un effet à cascade, dans le cadre d'un échange constant entre norme et pouvoir d'édiction.

Nous tenterons de débrouiller l'écheveau de ces rapports complexes en analysant, tout d'abord, les facteurs de la légitimité-validité de la Constitution provisoire (1), pour ensuite expliquer ses relations avec le gouvernement provisoire (2) et la Constitution définitive (3).

1. La légitimité de la Constitution provisoire

En règle générale, les normes produites à l'intérieur de l'ordre juridique sont valides si elles sont conformes aux normes sur la production de normes les concernant. La validité s'apprécie alors à l'aune de la légalité⁷³. Toutefois, la Constitution est une norme *extra ordinem* : elle est édictée en dehors des règles sur la production du droit de l'ordre juridique, puisqu'il s'agit de la norme qui fonde l'ordre juridique même. Le critère de légalité ne peut donc pas être appliqué à ce texte particulier. En revanche, c'est bien le critère de légitimité qui fonde sa validité⁷⁴.

Dans ce cas, le jugement de légitimité n'est pas fondé sur une appréciation éthique ou religieuse, mais sur l'évaluation objective de la cohérence du texte constitutionnel par rapport à la « constitution matérielle », c'est-à-dire à l'ensemble des règles informelles exprimées par l'équilibre des forces politico-sociales à un moment X dans une société donnée⁷⁵. Pour être légitime, une Constitution doit refléter les caractères concrets de la société et la typologie de pouvoir et d'ordre qu'elle demande. Si la Constitution est légitime, il y a de fortes chances qu'elle soit aussi effective, c'est-à-dire que les comportements prescrits par la norme soient conformes aux comportements réels⁷⁶.

La Constitution provisoire est légitime, et donc capable de fonder un ordre juridique effectif, si les trois typologies de normes qui la caractérisent sont en adéquation avec la constitution matérielle. Elle doit donc établir la rupture avec un ordre précédent considéré désormais comme illégitime par les instances dominantes au sein de l'Etat. Elle doit réglementer les pouvoirs provisoires se conformant aux principes juridiques et philosophiques exprimés par la constitution matérielle. Et enfin, la Constitution provisoire doit organiser une procédure constituante respectueuse de la forme d'Etat envisagée pour l'avenir. En d'autres termes, si les forces politico-sociales dominantes réclament un Etat démocratique, la Constitution provisoire, pour être légitime, formalisera cette volonté organisant une procédure

⁷² Su ce point : N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique de l'Institut international de philosophie politique*, n°7, *L'idée de légitimité*, PUF, 1967, p. 48.

⁷³ Si le plus souvent une norme est à la fois valide et légale, parfois la validité et la légalité sont dissociées. Pour qu'une norme soit légale il faut non seulement qu'elle ait été adoptée selon les normes sur la production des normes, mais aussi que son contenu soit conforme à celui prévu par les normes supérieures. « Est donc valide une norme dont la légalité est présumée ou a été constatée ». M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *cit.*, p. 205.

⁷⁴ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 31. Dans le même sens, mais en relation à la légitimité du détenteur du pouvoir : M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, n°61, 1945, p. 75.

⁷⁵ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *op. cit.*, pp. 29-31.

⁷⁶ M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *cit.*, p. 209. Si les notions d'effectivité et de légitimité sont en principe distinctes, historiquement, les deux notions sont fortement imbriquées : aucune constitution ne peut s'affirmer, devenant effective, si elle n'est pas légitime. Ainsi, dans les périodes de stabilité politique, l'effectivité et la légitimité coïncident, alors qu'elles se dissocient en cas d'instabilité. V. : N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 177.

constituante qui prévoit l'élection libre et sincère d'une assemblée constituante capable de représenter toutes les instances politiques et civiles en présence, ainsi que des procédures participatives et un référendum constituant permettant au citoyens de s'exprimer directement. Quant à l'encadrement des pouvoirs provisoires, si des dérogations au principe démocratique peuvent être admises au nom de l'état d'urgence post-rupture, la Constitution provisoire devra limiter l'activité du gouvernement aux actes d'administration indispensables pour faire face à la situation de nécessité⁷⁷.

Toutefois, à notre avis, pour que la Constitution provisoire soit légitime, la correspondance entre les constitutions formelle et matérielle peut ne pas être totale. Affirmer le contraire équivaudrait à conditionner le pouvoir constituant, au point de lui nier toute force créatrice originaire. Pour des exigences variées, le pouvoir constituant provisoire peut se détacher de la constitution matérielle, soit parce que la nécessité du moment l'exige, soit parce qu'il veut délibérément introduire des innovations qui ne sont pas partagées par le groupe dominant. Dans ces cas, le décalage entre les constitutions matérielle et formelle produira, dans l'immédiat, une baisse de la légitimité et, éventuellement, de l'effectivité⁷⁸, jusqu'à ce que la norme imposée, produisant ses effets, sera enfin acceptée par ses destinataires, devenant légitime et effective. En effet, si la constitution matérielle influence la constitution formelle au moment de son adoption, la constitution formelle influence aussi la constitution matérielle à partir de son entrée en vigueur⁷⁹. Une norme constitutionnelle formelle qui défie la constitution matérielle, peut, avec le temps, modifier les équilibres politico-sociaux en sa faveur. En revanche, si la norme formelle n'arrive pas à s'imposer, avec le temps, elle sera fort probablement abrogée par le législateur.

2. La légitimation du gouvernement provisoire

Suite à l'adoption de la Constitution provisoire, le gouvernement cesse d'être « de fait » puisqu'il crée un ordre constitutionnel, qui devient le paramètre de la légalité de ses actions⁸⁰.

Dans les périodes incertaines de transition constitutionnelle, la légalité de l'action gouvernementale est une condition essentielle pour que l'ordre juridique provisoire acquière la légitimité indispensable à sa propre effectivité. En effet, le pouvoir constituant de l'ordre constitutionnel provisoire n'est pas encadré par une procédure complexe, qui pourrait contribuer à la légitimation de l'ordre créé, comme c'est le cas pour le pouvoir constituant du texte définitif⁸¹. Le pouvoir constituant « provisoire » correspond au groupe qui s'est emparé du pouvoir, à l'issue d'un conflit social et politique plus ou moins violent. Dans les cas des

⁷⁷ En ce sens, mais par rapport à la légitimité du gouvernement de fait : M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *cit.*, p. 85.

⁷⁸ Dans un Etat autoritaire, en effet, pendant un certain temps une norme illégitime peut être effective si son exécution est assurée par la force et la violence.

⁷⁹ Sur le rapport de conditionnement réciproque entre les constitutions matérielle et formelle v. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁰ Maurice Duverger dans son article sur les gouvernements de fait parle de légitimité de ces gouvernements et non pas de légalité, puisqu'il ne considère pas que le gouvernement provisoire fonde un ordre juridique. S'il affirme que les « principes affirmés par un gouvernement de fait (...) peuvent s'analyser, juridiquement, comme une sorte de Constitution coutumière provisoire et rigide », il n'arrive pas aux conséquences ultimes de son analyse affirmant que ces principes sont bien créateurs d'un ordre juridique intermédiaire. Ainsi, pour lui, « un gouvernement est légal dans la mesure où il se conforme aux principes juridiques régulièrement exprimés et formulés dans une Constitution. Un gouvernement de fait est légitime dans la mesure où il se conforme à des principes juridiques non encore inscrits dans une Constitution régulière », M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *cit.*, p. 81.

⁸¹ Selon Habermas, en effet, la procédure d'édiction du droit « engendre la légitimité ». J. HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 153.

conflits infra-étatiques ou des guerres civiles, il peut s'agir même d'un pouvoir constituant étranger, comme un Etat vainqueur ou bien la communauté internationale. C'est un pouvoir qui n'a pas le temps de passer par des procédures légitimantes. Il est souvent pris par l'urgence de donner continuité à l'Etat, de faire accepter le nouvel ordre juridique, d'obtenir l'obéissance des citoyens et d'assurer la paix sociale. Les Constitutions provisoires formalisent alors la première décision politique du groupe qui est devenu dominant. Il s'agit d'une décision impérieuse, motivé par la nécessité et l'urgence, dont l'absence systématique du caractère démocratique est compensée par la promesse de l'ouverture d'une procédure constituante dans les plus brefs délais.

La légitimité du gouvernement provisoire dépend alors essentiellement de deux facteurs. Elle est liée, tout d'abord, au degré de légitimité de la Constitution provisoire. Plus la constitution formelle est en adéquation avec la constitution matérielle, plus le pouvoir en place sera perçu comme légitime, suscitant l'adhésion et donc l'obéissance des citoyens. En second lieu, puisque le gouvernement provisoire s'engage, s'auto-limite au travers de la norme constitutionnelle, sa légitimité est fondée sur la légalité de ses actions, c'est-à-dire sur la conformité de ses actes aux règles qu'il a lui-même édictées⁸².

3. La légitimation de la Constitution définitive

Par l'encadrement de la procédure constituante, la Constitution provisoire contribue en bonne partie à légitimer le texte constitutionnel définitif. En effet, par ses normes, elle habilite le pouvoir constituant, établit une procédure constituante, et parfois fixe des principes substantiels qui devront être respectés par le constituant ou bien intégrés dans la Constitution définitive.

Pour cela, la Constitution provisoire est un révélateur formidable de l'identité réelle du pouvoir constituant et de « la nature plus ou moins libérale de la future constitution »⁸³. Elle dévoile en effet les stratégies mises en place par le gouvernement provisoire ou bien, dans les cas où la transition est gérée à l'extérieur de l'Etat, par un Etat étranger ou par la communauté internationale, pour générer dans les citoyens la croyance en la légalité de l'acte adopté.

Ces stratégies légitimantes sont multiples et les gouvernants provisoires peuvent y avoir recours séparément ou en même temps.

La première stratégie consiste à donner l'apparence qu'une partie de la procédure constituante est fondée sur les normes de l'ordre juridique précédent. Si pour certains cela constitue une « révolution légale »⁸⁴, pour nous, il ne s'agit que d'une fiction tendant à établir la légitimité du nouveau détenteur du pouvoir, afin d'assurer l'obéissance des citoyens et donc l'effectivité de l'ordre juridique créé. Dans ce cas de figure, la Constitution provisoire n'est pas déclarée comme issue d'un pouvoir constituant nouveau. Le gouvernement provisoire entend donner l'impression de respecter les normes de l'ordre constitutionnel précédent, se situant dans sa continuité et bénéficiant ainsi de la légitimité dont l'ancien régime profite encore. L'effet de légitimation se produit alors à cascade : la Constitution provisoire apparaît légitime puisque le pouvoir qui l'a adopté, en apparence, ne viole pas les règles de l'ordre constitutionnel déchu. Ainsi, la procédure constituante régie par la Constitution provisoire acquière une légitimité qu'elle transmet par ricochet à la Constitution définitive.

Cette fiction est rarement utilisée dans le cadre des instaurations violentes d'un nouvel ordre constitutionnel. Dans ces cas, les détenteurs du pouvoir provisoire entendent plutôt marquer la rupture avec le régime politique précédent, la référence au passé étant considérée comme dé-légitimante. En revanche, dans les instaurations pacifiques d'un ordre

⁸² En ce sens, M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *cit.*, p. 80.

⁸³ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁴ *V. supra.*

constitutionnel nouveau⁸⁵, ou bien dans les cas où les équilibres au sein de la constitution matérielle ne semble pas encore soutenir pleinement le changement⁸⁶, cette stratégie permet d'assurer une transition apaisée.

Une deuxième stratégie légitimante, qui s'apparente, en partie, à la première, consiste à ressusciter des textes constitutionnels révolus, issus d'un ordre juridique précédent considéré comme légitime, et de les modifier dans les parties où ils ne correspondraient pas à la constitution matérielle de la période transitoire. Le texte constitutionnel ressuscité, quand il est amputé de normes relatives à la forme d'Etat, constitue de fait un texte nouveau, et notamment, une Constitution provisoire fondatrice d'un nouvel ordre juridique⁸⁷. Son rattachement au passé n'a donc qu'une valeur symbolique, et ne saurait fonder en droit la validité de la Constitution provisoire. La croyance en la légalité du texte que cette stratégie induit, alimente en revanche la légitimité de la procédure constituante et donc de la Constitution définitive qui sera adoptée.

Dans le cadre de la fondation de régimes démocratiques, les Constitutions provisoires adoptent encore d'autres stratégies légitimantes. En démocratie, en effet, la légitimité de la norme constitutionnelle passe par l'attribution au peuple du pouvoir constituant. En ce sens, les Constitutions provisoires organisent des procédures constituantes prévoyant parfois l'organisation d'un référendum préalable sur la forme d'Etat⁸⁸, ou d'un référendum préalable sur l'ouverture du processus constituant⁸⁹. Cela permet au peuple de se saisir du pouvoir constituant, et génère dans les citoyens la croyance de pouvoir limiter les rédacteurs matériels du texte constitutionnel. L'élection au suffrage universel, libre et sincère, d'une assemblée constituante accorde en outre au peuple la possibilité de choisir ses propres représentants pour l'élaboration matérielle de la Constitution. La participation à l'Assemblée constituante non seulement des partis politiques, mais également des représentants de la société civile et des corps intermédiaires, ainsi que le recours aux nouvelles technologies permettant la participation directe de tous les citoyens au débat constitutionnel, peuvent contribuer de façon déterminante à produire « un mouvement d'adhésion des citoyens indissociable d'un sentiment de valorisation d'eux-mêmes »⁹⁰, gage de légitimité et d'effectivité de l'ordre constitutionnel définitif.

⁸⁵ C'est le cas, par exemple, de la transition constitutionnelle française de la IV^e à la V^e République. W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 », *cit.*, pp. 383-411.

⁸⁶ En Italie, le pouvoir constituant du *decreto-legge luogotenenziale* n°151 du 25 juin 1944 et du *decreto legislativo luogotenenziale* n°98 du 16 mars 1946, qui composent le bloc de constitutionnalité provisoire avant l'adoption de la Constitution définitive de 1948, a largement « utilisé » la légitimité de l'ordre monarchique précédent pour fonder la légitimité de ces textes et, à cascade, de la procédure constituante et de la Constitution définitive (A. PACE, « L'instaurazione di una nuova Costituzione », *cit.*, p. 159). En Espagne, la *Ley par la Reforma politica* du 15 décembre 1976, qui constitue la Constitution provisoire de la période de transition entre la dictature de Franco et la démocratie, a été en partie reconduite à la *Ley de Sucesion en la Jefatura del Estado* du 26 juillet 1946. Cette loi était l'une des huit lois fondamentales du franquisme. Elle traite de la question de la succession de Franco, en disposant qu'il proposera lui-même son successeur et que ce choix devra être approuvé par les Cortes espagnoles. (I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 67).

⁸⁷ En Grèce, après la fin du régime des colonels, la Constitution démocratique de 1952 a été remise en vigueur, amputée des dispositions relatives à la forme monarchique du régime (G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, LGDJ, 1993, p. 158). De même, en Afghanistan, après la chute des Talibans, le gouvernement islamiste de transition a fonctionné selon les principes de la Constitution de 1964, à l'exception des passages faisant référence à la forme monarchique de l'Etat (E. CARTIER, « Les petites Constitutions », *cit.*, p. 529).

⁸⁸ En Italie, le d. lgs. n°151 du 16 mars 1946, l'ainsi dite deuxième Constitution provisoire, prévoit l'organisation d'un référendum pour choisir entre la forme monarchique et la forme républicaine de l'Etat.

⁸⁹ En France, le 17 août 1945, le Gouvernement provisoire adopte une ordonnance (n°45-1836) prévoyant l'organisation d'un référendum sur l'adoption d'une nouvelle Constitution.

⁹⁰ P. ROSANVALLON, *La Légitimité démocratique*, Paris, Seuil, 2010, p. 21.

Ainsi, l'analyse des Constitutions provisoires permet de comprendre si l'attribution du pouvoir constituant au peuple relève d'une simple fiction, répondant à une exigence de légitimation du pouvoir en place, ou bien si le peuple est véritablement le dépositaire d'un pouvoir constituant originaire.

La doctrine constitutionnelle a depuis longtemps élaborée une explication permettant de concilier le recours à la représentation dans la procédure constituante, avec la « souveraineté constituante »⁹¹ du peuple. Le peuple s'identifierait à ses représentants, la souveraineté n'étant pas déléguée⁹². Ainsi, la ratification populaire de la Constitution définitive devient le moyen permettant de témoigner de cette identité et d'asseoir la légitimité démocratique du texte constitutionnel.

Toutefois, à notre avis, l'intervention populaire via le référendum préalable ou bien successif n'est qu'une simple fiction légitimante. Le vote populaire préalable ne sert qu'à investir les vrais détenteurs du pouvoir constituant, qui sont les rédacteurs du texte constitutionnel. Quant au référendum successif, il ne constitue jamais l'exercice d'un pouvoir constituant, les électeurs se limitant à confirmer l'ensemble du texte approuvé par l'organe constituant, sans pouvoir intervenir sur des aspects particuliers, ni pouvoir y intégrer des éléments différents⁹³. A tout cela se rajoute le fait que ces référendums sont approuvés à la majorité. Or, certes, la légitimité de ces référendums est fondée sur une « stipulation des individus intéressés »⁹⁴, selon laquelle la décision de la majorité est réputée être la décision de l'ensemble. Toutefois, il est indéniable que si le principe majoritaire est une technique procédurale permettant d'élaborer des décisions collectives juridiquement contraignantes, il demeure une fiction au service de l'exigence d'objectiver une volonté, « qui fixe sans appel l'état du droit existant »⁹⁵.

Le recours au référendum constituant au sein des Constitutions provisoires est donc une autre stratégie de légitimation, permettant d'attribuer une apparence de légalité démocratique à la procédure constituante, et de pallier ainsi l'éventuel déficit de légitimité démocratique du détenteur du pouvoir et des textes édictés.

Il nous semble que seule une procédure constituante capable d'assurer « la participation de tous à la définition de la volonté générale »⁹⁶ témoigne de la véritable attribution du pouvoir constituant au peuple⁹⁷. Dans les autres cas, le pouvoir constituant, en tant que pouvoir d'édiction de la Constitution, est détenu par les assemblées constituantes éventuellement élues ou par le pouvoir exécutif du gouvernement provisoire, ou encore par un

⁹¹ Olivier Beaud considère que la souveraineté de l'Etat moderne s'exprime par le pouvoir constituant. Il parle ainsi d'une « souveraineté constituante ». O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 262.

⁹² O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., pp. 284-287.

⁹³ En ce sens, G. DE VERGOTTINI, « Referendum e revisione costituzionale : un'analisi comparativa », *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 1376 et p. 1397. J. J. Gonzalez Encinar souligne en outre que le pouvoir constituant populaire serait conditionné par un autre pouvoir, celui de qui élabore la question référendaire. Id., « La Constitución y su reforma », *REDC*, n°17, 1986, p. 357 et p. 367.

⁹⁴ P. P. PORTINARO, « Legittimità », in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, p. 240.

⁹⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 297.

⁹⁶ J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Université de Limoges, 2012, p. 380.

⁹⁷ Selon les théories de la légitimité élaborées par Jürgen Habermas et Bernard Manin, « la norme n'est légitime que si elle est fondée sur des raisons publiques résultant d'un processus de délibération inclusif et équitable, auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement » (L. BLONDIAUX et Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, n° 57, p. 18). En ce sens, nous partageons la conviction de Bernard Manin selon laquelle « la décision légitime n'est pas la volonté de tous, mais celle qui résulte de la délibération de tous : c'est le processus de formation des volontés qui confère sa légitimité au résultat, non les volontés déjà formées » (B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985, n° 33, p. 82).

autre Etat ou la communauté internationale dans le cadre des procédures constitutives extérieures.

Cela ne veut pas dire que la stratégie légitimante attribuant un pouvoir constituant fictif au peuple soit forcément anti-démocratique. Un régime démocratique a besoin de paix et de stabilité pour fonctionner. La fiction majoritaire permet de mettre « à l'abri de contestation la décision même faiblement majoritaire »⁹⁸ et de fournir la légitimité nécessaire à un gouvernement pour commencer à exercer ses fonctions. L'ordre juridique pourra gagner en légitimité avec le temps, ayant recours aussi à des procédures participatives pour l'élaboration des lois ordinaires⁹⁹.

II. Les Constitutions provisoires, étude concrète

Le recours aux Constitutions provisoires dans le cadre des processus constitutifs s'est développé tout spécialement à la suite de fins de crises ou de conflits violents, à partir de la vague constitutionnelle de la fin de la Deuxième guerre mondiale¹⁰⁰. Il s'est renouvelé avec la génération des Constitutions adoptées à partir des années 1990¹⁰¹, pour connaître un franc succès dans le cadre du nouveau constitutionnalisme africain¹⁰².

Ne pouvant pas nous livrer, dans ce cadre, à une analyse systématique des différentes Constitutions provisoires, nous souhaitons toutefois établir une première macro-classification de ces textes, en analysant de façon plus approfondie un cas, parmi les plus récents, pour chaque catégorie. Le critère adopté pour établir cette classification est fondé sur l'identité du pouvoir constituant provisoire. Nous constatons ainsi l'existence de Constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant national, dans le cadre de procédures constitutives internes (A), et de Constitution provisoires issues d'un pouvoir constituant étranger, dans le cadre de procédures constitutives extérieures (B).

A. Les Constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant national

Par procédures constitutives internes nous faisons référence aux procédures guidées et contrôlées par des acteurs nationaux. Le pouvoir constituant de la Constitution provisoire est donc, dans ce cadre, une force politique interne au pays, qui, suite à un conflit, a réussi à s'imposer et à établir un équilibre fondé sur des nouvelles règles informelles. La Constitution provisoire formalise pour la première fois les règles de la constitution matérielle, contribuant en même temps à légitimer le nouveau pouvoir en place et les textes normatifs qui seront édictés par la suite.

Les Constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant national sont les plus nombreuses. L'action constituante est en effet l'expression de la souveraineté de l'Etat par excellence¹⁰³, la procédure extérieure constituant en quelque sorte une anomalie.

Toutefois, cette catégorie est loin d'être homogène. Le pouvoir constituant national peut en effet prendre différentes formes et agir plus ou moins dans la continuité avec le régime précédent.

⁹⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 299. Pour l'auteur, « la fiction majoritaire est au service de l'idée démocratique, et présuppose un esprit démocratique », *Ibid.*

⁹⁹ Sur la question de la légitimité par la participation v. l'analyse éclairante de J. BÉTAILLE in *op. cit.*, pp. 381-391.

¹⁰⁰ France 1946 et 1958, Italie 1948, Allemagne 1949, Espagne 1976, Portugal 1974, Grèce 1974.

¹⁰¹ Albanie 1991, Pologne 1992, Afrique du Sud 1993, Kosovo 2001, République Démocratique du Congo 2003, Iraq 2004, Burundi 2004, Népal 2007, Madagascar 2009.

¹⁰² Lybie 2011, Tunisie 2011, Égypte 2011, Sud-Soudan 2011, Somalie 2012.

¹⁰³ Pour Olivier Beaud, l'idée de Constitution est « la seule qui décrit fidèlement la souveraineté de l'Etat moderne, cette souveraineté constituante ». O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 262.

Ainsi, nous constatons, d'une part, l'existence de constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant qui est l'expression du nouveau groupe dominant. Ces textes marquent une rupture manifeste avec le régime précédent, une discontinuité assumée et déclarée. Les « Constitutions provisoires de la rupture » sont souvent issues de révolutions violentes ou de coups d'Etat militaires, comme dans le cas de la transition démocratique portugaise (1974-1976)¹⁰⁴, égyptienne¹⁰⁵ et libyenne (2011- ?). Ce dernier cas fera l'objet d'une analyse plus approfondie (1).

D'autre part, existent des constitutions provisoires qui, tout en inaugurant un nouvel ordre juridique, sont adoptées par un organe du régime précédent, en passant par une procédure qui formellement semble respecter l'ordre constitutionnel déchu. Il s'agit là d'une fiction dont la fonction principale est celle d'assurer une transition en douceur. A cette catégorie appartient le plus grand nombre des Constitutions provisoires. Dans la plupart des cas, en effet, les forces dominantes sont confrontées à deux questions essentielles : gérer les relations avec les forces du passé, désormais minoritaires, dans le but d'obtenir un consensus large et stable ; et assurer la transition juridique de l'Etat opérant une réception sélective des règles de l'ordre juridique précédent. Le passé juridique et politique d'un pays ne peut pas être effacé. Des modalités de son intégration dans le nouveau régime dépend la stabilité et la légitimité de ce dernier. Les nouveaux détenteurs du pouvoir préfèrent ainsi s'appuyer, au moins en partie, sur le régime précédent pour donner l'impression d'une transition conduite dans la légalité, et induire ainsi les citoyens à croire à la légitimité du nouvel ordre constitutionnel. Les constitutions provisoires italienne¹⁰⁶, française¹⁰⁷, espagnole¹⁰⁸, grecque¹⁰⁹, polonaise¹¹⁰, sud-africaine¹¹¹ et tunisienne sont des « Constitutions provisoires de la continuité ». Nous consacrerons notre analyse au cas tunisien (2).

¹⁰⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2007, p. 148.

¹⁰⁵ La Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 est la Constitution provisoire égyptienne adoptée par le Conseil suprême des Forces armées suite à la cession du pouvoir par le président Moubarak à ce même Conseil, en février 2011. Après avoir adopté des amendements à la Constitution de 1971, approuvés par référendum le 19 mars 2011, le Conseil suprême adopte un acte qui rompt de façon nette avec le régime précédent. Cette déclaration prévoit l'ouverture d'une procédure constituante et régleme la période de transition. Elle introduit ainsi un nouvel ordre constitutionnel provisoire, en violation manifeste de l'ordre précédent.

¹⁰⁶ V. *supra*, note 86.

¹⁰⁷ La loi du 3 juin 1958 est une Constitution provisoire adoptée par le parlement de la IV^e République française dans le but d'instaurer un nouvel ordre constitutionnel. La Loi introduit une dérogation à la procédure de révision prévue par la Constitution de 1946, donnant ainsi l'apparence que le gouvernement, élaborant la nouvelle Constitution, agisse dans la légalité, c'est-à-dire dans le respect de l'ordre constitutionnel précédent. W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 », *cit.*

¹⁰⁸ V. *supra*, note 86.

¹⁰⁹ V. *supra*, note 87.

¹¹⁰ La Constitution provisoire polonaise de 1992 est la manifestation de la gestion conjointe de la transition par les représentants de l'ancien ordre constitutionnel communiste et les mouvements d'opposition, réunis dans des organes collégiaux expressément institués. D. MAZURKIEWICZ-LESAGE, « Ecrire et adopter la Constitution. Le cas de la Pologne », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, pp. 357-374.

¹¹¹ L'Afrique du Sud est le premier pays africain à avoir adopté une Constitution provisoire pour mener à bien sa transition constitutionnelle. Malgré le changement radical de la forme d'Etat opéré par la Constitution intérimaire sud-africaine par rapport à la Constitution de 1983, le texte de 1993 a été adopté par le parlement tricaméral de l'ordre juridique précédent. Certes, l'élaboration de la Constitution provisoire a été effectuée par une Convention réunissant le gouvernement, les administrations des bantoustans et toutes les formations politiques. Toutefois, formellement, il s'agit d'un texte adopté conformément aux règles de l'ordre constitutionnel précédent. Cette stratégie a contribué de façon déterminante au déroulement paisible d'une transition qui aurait pu être très violente et conflictuelle. X. PHILIPPE, « De la Constitution intérimaire à la Constitution définitive : chronique d'une naissance annoncée... », *Revue Belge de droit constitutionnel*, 2-1997, Bruylant ; F. DREYFUS, « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », *RFDC*, n°19, 1994, pp. 465-495 ; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, *op. cit.*, pp. 148-149.

1. Les Constitutions provisoires de la rupture : le cas de la Lybie

La procédure constituante libyenne, déclenchée par la révolution de février 2011, représente un cas unique parmi les procédures lancées par les mouvements révolutionnaires de l'ainsi dit Printemps arabe. En effet, la révolution libyenne a fait littéralement exploser l'appareil du pouvoir, provoquant l'effondrement total du régime de Mouammar Kadhafi. A la différence des expériences égyptienne et tunisienne, il n'y a eu aucune continuité institutionnelle entre l'administration, l'armée ou l'appareil de sécurité du régime précédant et ceux du gouvernement de transition¹¹². Cela est dû à plusieurs facteurs. Tout d'abord, l'Etat libyen n'a jamais disposé d'institutions fortes depuis l'obtention de son indépendance en 1951¹¹³. Kadhafi, monté au pouvoir en septembre 1969, avait empêché toute création d'institutions potentiellement capables de s'opposer à sa volonté. Ainsi, ses ministères et ses administrations étaient sans cesse dissouts et restructurés. Les décisions étaient prises par une élite très proche du Guide, formée par les membres de sa propre tribu (les *Gaddadfa*) et de ceux de deux tribus alliées, les *Warfalla* et les *Magarha*¹¹⁴. L'armée était délibérément affaiblie pour réduire les risques de putsch. Par conséquent, contrairement aux cas tunisien et égyptien, l'armée libyenne, lors de la révolution, n'a pas obligé l'autocrate à partir, elle a tout simplement éclatée, comme toutes les autres institutions du système de Kadhafi.

Un autre facteur de faiblesse des institutions libyennes, tient à la force et à l'ancrage des pouvoirs locaux et tribaux, que Kadhafi n'avait pas pu combattre, choisissant de conclure des accords d'alliance¹¹⁵. Encore, à la faiblesse institutionnelle se rajoute l'absence de tout mouvement d'opposition politique organisé depuis l'indépendance en 1951. De fait, en Libye n'ont jamais existé ni des partis politiques, ni des mouvements sociaux, ni des syndicats¹¹⁶. Il n'existait pas non plus une classe moyenne en phase ascendante, puisque le secteur privé est très faiblement développé, l'emploi étant fondamentalement public¹¹⁷. Dans ce pays était donc complètement absente une base sociale politisée et prête à gouverner en cas de changement de régime. De surcroît, en 2011, n'existait aucun ordre constitutionnel formel, étant donné que la Constitution de 1969, adoptée par Kadhafi, n'était plus en vigueur depuis 1977¹¹⁸.

Pour cet ensemble de raisons, une fois le régime de Kadhafi tombé, la reconstruction de l'ordre étatique a commencé sur des bases politiques et juridiques complètement nouvelles, forcément déliées d'un régime précédent qui n'avait laissé aucune trace.

¹¹² En ce sens, W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », in F. Charillon et A. Dieckhoff (dir. par), *Afrique du Nord Moyen Orient. Printemps arabe : trajectoires variées, incertitudes persistantes*, éd. 2012-2013, Paris, La Doc. fr., 2012, p. 49.

¹¹³ Pour une histoire synthétique du système politique libyen depuis son indépendance v. : R. DHAW ELMRAYADH, « Libye : entre révolutions et transition », in H. Abidi, *Où va le monde arabe ?*, Paris, E. Bonnier, 2012, pp. 75-80.

¹¹⁴ H. MATTES, « Formal and informal Authority in Lybia since 1969 », in D. Vandewalle (dir. par), *Lybia since 1969. Qadhafi's Revolution Revisited*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 55-81.

¹¹⁵ W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », *cit.*, p. 52.

¹¹⁶ Dans les années quatre-vingt s'était créée une opposition libyenne en exil, le Front national pour le salut de la Libye. R. DHAW ELMRAYADH, « Libye : entre révolutions et transition », *cit.*, pp. 85-87.

¹¹⁷ W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », *cit.*, p. 50.

¹¹⁸ S'inspirant de la théorie socialiste, en mars 1977 Kadhafi proclame l'arrivée de la *Jamhiriya* (Etat des masses), qui rendrait inutile tout texte constitutionnel. V. M. SALAH, *Systèmes politiques arabes contemporaines*, éd. Centre International des études et des recherches, Le Livre Vert, p. 380.

La révolution, menée initialement par des jeunes gens inorganisés et ensuite par les pouvoirs locaux familiaux et tribaux organisés en milices¹¹⁹, se déclenche le 17 février 2011. Dix jours après, est institué le Conseil national de transition (CNT), une autorité politique ayant pour but de coordonner les différentes villes de Libye tombées aux mains des insurgés, de conduire le combat contre le régime de Kadhafi et de régir la transition post-conflit, afin d'instaurer un nouveau régime politique. Il s'agit donc d'un organe qui s'autoproclame représentant du peuple libyen et, afin d'acquérir une légitimité, consacre avec succès ses premiers efforts à l'obtention de la reconnaissance et du soutien de la communauté internationale¹²⁰.

Formé par les principaux leaders de l'opposition en exil, les anciens officiers militaires, les chefs tribaux, des anciens ministres du régime, et des universitaires, le Conseil national de transition est un organe composé initialement de 33 membres, passés ensuite à 45¹²¹. Le 23 mars 2011, le Conseil institue un Comité exécutif pour agir en tant que gouvernement de transition pour la Libye. Depuis, le CNT est le corps législatif, alors que le nouveau Comité exerce la fonction exécutive.

Fort du soutien politique et militaire de l'OTAN¹²² et encouragé par les succès militaires des révolutionnaires dans les différentes villes libyennes, le 3 août 2011, le CNT adopte une Déclaration constitutionnelle¹²³ dans le but de régir la période transitoire post-Kadhafi. Il s'agit de la Constitution provisoire de la transition libyenne.

Le pouvoir constituant provisoire est bien le CNT, qui fonde la légitimité-validité de son acte constitutionnel sur « la légitimité de cette révolution (du 17 février 2011) » et sur son intention de « satisfaire la volonté du peuple libyen et ses aspirations à réaliser la démocratie »¹²⁴, c'est-à-dire sur son adhésion à la constitution matérielle libyenne. La Déclaration met fin au régime précédant, décrétant le régime de Kadhafi « déchu »¹²⁵ et l'abrogation de tous « les documents et les lois à valeur constitutionnelle en vigueur avant la présente Déclaration »¹²⁶. La rupture avec le régime précédent est symbolisée de façon particulièrement marquante par le changement du drapeau national, qui reprend le drapeau du Royaume de Libye de 1951¹²⁷. Cela ne signifie aucunement une volonté de la part des constituants de retourner à la monarchie, ni la création d'un nouvel Etat¹²⁸. L'Etat libyen demeure, son régime politique change. Le retour au drapeau de 1951 symbolise la volonté des libyens, qui n'ont jamais connu autre chose que la monarchie d'abord et Kadhafi par la suite, de revenir aux origines de leur indépendance. Il s'agit en quelque sorte de la manifestation

¹¹⁹ W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », *cit.*, p. 50.

¹²⁰ *Idem*, p. 54.

¹²¹ Chaque ville sous contrôle de l'opposition a droit à cinq sièges au Conseil. W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », *cit.*, p. 53.

¹²² L'intervention militaire de 2011 en Libye s'est déroulée entre le 19 mars 2011 et le 31 octobre 2011. Il s'agit d'une opération militaire multinationale, dont l'objectif a été la mise en œuvre de la résolution 1973 du 17 mars 2011 du Conseil de sécurité des Nations unies. La résolution a permis aux pays qui le souhaitent de participer à une zone d'exclusion aérienne au-dessus de la Libye pour protéger la population civile.

¹²³ Texte en français disponible sur : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ly2011.htm>

¹²⁴ Préambule de la Déclaration.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Art. 34, Décl. constit. La déclaration politique solennelle concernant la fin du régime de Kadhafi a été prononcée le 20 octobre 2011, suite à l'assassinat du Guide et à la fin de la guerre.

¹²⁷ Art. 3. Ce drapeau avait été hissé dès le début de la révolution par les manifestants sur plusieurs bâtiments dans les villes libyennes, et sur les bâtiments de certaines ambassades du pays, notamment à Stockholm, à Londres, à Washington et à Paris.

¹²⁸ En sens inverse, W. LACHER, « Libye : révolution, guerre civile et montée en puissance des centres de pouvoir locaux », *cit.*, p. 50.

d'une volonté de renaître symboliquement, en tant qu'Etat indépendant, souverain et démocratique.

La Constitution provisoire libyenne satisfait ensuite sa mission de réglementation des pouvoirs de la transition. La Partie III de la Déclaration fixe tout d'abord la source de la légitimité du CNT, sa composition, ses compétences et son échéance. Ainsi, s'autoproclamant « seul représentant légitime du peuple libyen », il précise que « la légitimité provient de la révolution du dix-sept Février »¹²⁹. En réalité, sa légitimité s'assoit désormais également sur les normes constitutionnelles qui limitent et encadrent son action. Le Conseil, en tant que pouvoir constituant, a décidé d'autolimiter son pouvoir, se soumettant à la loi suprême par lui-même édictée. De ce fait, ses actes acquièrent une plus grande légitimité-légalité.

Concernant l'organisation du CNT, la Déclaration constitutionnelle en quelque sorte ratifie l'existant tout en l'encadrant par des règles et des contraintes bien précises. Le texte attribue à cet organe le pouvoir législatif et à un Bureau désigné par ce dernier le pouvoir exécutif¹³⁰.

A noter que la Constitution provisoire libyenne, à la différence de celle tunisienne qui se concentre exclusivement sur l'organisation des pouvoirs, consacre une place importante à la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux. Bien que les institutions permettant de garantir les droits et les libertés n'existent pas dans une situation qui, en août 2011, est encore de guerre, la Déclaration constitutionnelle exprime la volonté du constituant d'un changement radical et profond de la forme d'Etat et préconise les fondements du pacte constitutionnel à venir. La question religieuse est primordiale. L'article 1^{er} affirme que « La Libye est un Etat démocratique indépendant où tous les pouvoirs dépendent du peuple. Tripoli est la capitale, l'Islam est la religion, la Charia Islamique est la source principale de la législation. L'Etat garantit aux non-musulmans la liberté d'entreprendre leurs rituels religieux ». La Lybie s'affirme donc comme un Etat musulman, démocratique et respectueux de la liberté religieuse. La Déclaration établit ensuite un catalogue assez fourni de droits individuels, collectifs et sociaux¹³¹, affirmant également l'adhésion de la Libye aux déclarations et chartes internationales et régionales protectrices des droits de l'homme¹³².

La Déclaration constitutionnelle est adoptée avant la chute du régime de Kadhafi. En cela, il s'agit d'un texte qui se différencie ultérieurement des constitutions provisoires tunisiennes et égyptiennes, adoptées une fois que les dictateurs se sont enfuis. Le Conseil libyen est assez confiant dans la victoire future, et organise de façon très détaillée la période qui suivra la déclaration de libération. Selon l'article 30 de la Déclaration, une fois la libération déclarée, le CNT doit former un gouvernement transitoire¹³³, adopter une loi pour l'élection du Congrès national général (CNG) et organiser cette élection. L'installation du Congrès national général au pouvoir conduit à la dissolution du Conseil national transitoire et à l'ouverture de la procédure constituante.

Le CNG choisit, en effet, un organe constituant pour élaborer un projet de constitution et il en nomme les membres. La Constituante présente le projet de Constitution au Congrès « dans un délai ne dépassant pas soixante jours à partir de la tenue de sa première réunion »¹³⁴. Le projet de Constitution doit être approuvé par le CNG et il est soumis au referendum populaire, devant obtenir la majorité renforcée des deux tiers des électeurs. Si

¹²⁹ Art. 17.

¹³⁰ Art. 24.

¹³¹ De l'art. 4 à l'art. 16.

¹³² Art. 7.

¹³³ La Déclaration indique des limites temporelles précises : la formation du gouvernement provisoire doit se faire « au cours d'une période ne dépassant pas trente jours, durant une période n'excédant pas quatre vingt dix jours de la déclaration de la libération » (art. 30).

¹³⁴ Art. 30.

cette majorité n'est pas atteinte, la Constituante devra présenter un autre projet et le soumettre à référendum dans le respect d'un délai de trente jours.

De toute évidence, les périodes d'élaboration du premier projet de Constitution ainsi que du deuxième, en cas d'échec du référendum, sont excessivement courtes. Les constituants libyens ont certes péché d'optimisme ou d'ingénuité, ignorant les grandes divisions qui déjà caractérisaient le pays au moment de la guerre. La situation post-confliktuelle est marquée en effet par de très fortes tensions entre la base révolutionnaire et la direction politique. Les pouvoirs locaux réclament l'indépendance de zones importantes du pays, et les nombreux groupes armés, indépendants de l'armée nationale, refusent de rendre les armes et continuent de contrôler des parties importantes du pays, en rivalisant souvent entre eux. Bref, une situation chaotique, de forte insécurité¹³⁵, peu propice à un débat national sur les valeurs partagées et l'organisation institutionnelle de la Libye de demain.

Ainsi, après la déclaration de libération du 20 octobre 2011, les premières élections se déroulent avec la participation assez satisfaisante de 60% des électeurs, mais sont marquées par des fortes tensions en Cyrénaïque, dans l'Est du pays¹³⁶. Les partisans de l'autonomie dénoncent notamment la répartition inégale des sièges au sein du Congrès¹³⁷. Ainsi, pour tenter de calmer les autonomistes, le CNT adopte un amendement à la Déclaration constitutionnelle, moins de 48 heures avant le scrutin législatif du 7 juillet 2012. Le Congrès n'est plus compétent pour désigner les membres du comité chargé de rédiger la future Constitution. La composition de ce comité fera l'objet d'un nouveau scrutin, et chacune des trois régions élira 20 membres¹³⁸.

Le Congrès général national est investi le 8 août 2012, le CNT est destitué comme prévu et le premier ministre est nommé. Commence alors une période de grande instabilité gouvernementale¹³⁹, peu favorable à l'ouverture d'une procédure constituante. Ainsi, l'Assemblée constituante n'est élue qu'un an et demi après, le 20 février 2014.

Le déroulement de ces élections est symptomatique de l'absence d'une constitution matérielle, c'est-à-dire d'un ensemble de règles informelles régissant les équilibres entre les forces en présence. Le taux de participation aux élections est de 15%¹⁴⁰. La Commission électorale libyenne a affirmé que le scrutin n'a pas eu lieu dans 93 bureaux de votes, sur plus de 1.600, essentiellement en raison de violences. En outre, la communauté berbère des

¹³⁵ William Lawrence, ex-diplomate américain à Tripoli et professeur à l'université George Washington explique ainsi la situation : «Ce n'est pas un chaos général, mais une addition de chaos locaux qui obéissent à des logiques différentes. Il n'y a rien de comparable entre la montée du fédéralisme à l'est ou les conflits entre tribus arabes au sud ou encore les conflits à la frontière tunisienne de l'ouest liés aux trafics». Cité par L. MATHIEU, « La Libye post-Kadhafi empêtrée dans ses chaos », *Libération*, 17 février 2014.

¹³⁶ Anonyme, « Les libéraux bien partis pour remporter les élections en Libye », *Le Monde.fr* avec AFP, 8 juillet 2012.

¹³⁷ Cent sièges ont été attribués à l'Ouest, soixante à l'Est et quarante au Sud. La contestation de l'Est adopte des moyens plutôt convaincants : les autonomistes ont sommé en effet plusieurs importants terminaux pétroliers de l'Est de cesser leurs opérations jusqu'à la fin du scrutin. Il faut préciser que la Cyrénaïque recèle les deux tiers du pétrole libyen. *Ibidem*.

¹³⁸ Anonyme, « L'organe chargé d'écrire la constitution Libyenne sera élu lors d'un autre scrutin », *SousLeManguier*, 7 mai 2012, <http://www.souslemanguier.com/nouvelles/news.asp?id=10&idnews=38252&pays=218&rub=13>

¹³⁹ V. C. STEPHEN, « Y a-t-il quelqu'un pour sauver le pays? », *The Observer*, 16 mars 2014, publié par *Courrier International*, n°1220, 20-26 mars 2014, p. 6.

¹⁴⁰ Sur environ un million de personnes inscrites aux listes électorales – sur une population de près de 6 millions – seulement près de 400 000 à 450 000 ont voté. H. BRAVIN, « Comment sortir de l'impasse dans une Libye coupée en six ? », *Le Nouvel Observateur*, 27 février 2014, <http://rue89.nouvelobs.com/2014/02/27/comment-sortir-limpasse-libye-coupee-six-250282>.

Amazighs, très active pendant la révolution, a boycotté les élections¹⁴¹. Ainsi, si l'Assemblée constituante devait être formée par 60 membres, seulement 48 personnes ont été élues¹⁴². Les trois régions historiques de la Libye - la Cyrénaïque (est), le Fezzan (sud) et la Tripolitaine (ouest) -, qui devraient être représentées à égalité au sein de l'Assemblée, ne peuvent et ne veulent pas adopter des règles formelles communes.

Le cas libyen montre clairement que la réussite d'un processus constituant est possible seulement à la condition que des règles informelles productrices d'un équilibre aient déjà été élaborées par les acteurs en présence. La procédure constituante formalise, fixe cet équilibre et souvent contribue à le stabiliser ultérieurement par l'élaboration de nouvelles règles lors des débats au sein de l'assemblée. Toutefois, si une constitution matérielle ne précède pas la constitution formelle, cette dernière ne pourra pas exister, ou bien, si adoptée en l'absence d'un accord véritablement partagée, elle sera condamnée à l'ineffectivité et à une rapide abrogation.

L'Assemblée constituante libyenne s'est réunie pour la première fois le 21 avril 2014. La vacance de 12 sièges n'a apparemment pas été considérée comme un obstacle aux travaux de la Constituante. Pour l'instant, la Constitution provisoire libyenne continue de régir le pays¹⁴³.

2. Les Constitutions provisoires de la continuité : le cas tunisien

Le processus constituant tunisien a été déclenché par la révolution populaire qui, le 14 janvier 2011, a conduit à la fuite le président Zine el-Abidine Ben Ali. L'intérêt de ce processus réside, entre autre, dans l'adoption de deux Constitutions provisoires, qui ont donné vie à deux ordres juridiques distincts, au sein de la même période transitoire. La première Constitution est adoptée par un organe de l'ancien ordre constitutionnel, tout en marquant une rupture nette avec le régime précédent. La deuxième Constitution, en revanche, est issue d'un organe nouveau, élu directement par les citoyens tunisiens. Les deux textes ne forment pas un bloc constitutionnel unitaire, puisqu'ils sont le produit de pouvoirs constituants différents, l'un de la continuité, l'autre de la rupture. Nous analysons, toutefois, le cas tunisien dans le cadre des Constitutions provisoires de la continuité, puisque la première Constitution provisoire est bien celle qui ouvre au changement, créant les conditions pour que le deuxième texte soit adopté par un organe intégralement nouveau, expression directe du peuple révolutionnaire.

Dans la première phase de la transition, juste après la fuite de Ben Ali, les tunisiens tentent en effet de gérer la transition à la lumière de la Constitution en vigueur de 1959. Ils confient alors la présidence de la République intérimaire au président de la Chambre des députés¹⁴⁴ et s'interrogent sur le fait d'organiser des élections présidentielles et législatives anticipées, au terme de l'intérim, comme prévu par l'article 57 de la Constitution¹⁴⁵. Ce choix

¹⁴¹ Anonyme, « Libye: résultats préliminaires de l'élection d'une Assemblée constituante », *Algérie presse service*, 2 mars 2014, <http://www.aps.dz/fr/monde/2309-libye-résultats-préliminaires-de-l-élection-d-une-assemblée-constituante>

¹⁴² Dix sièges n'ont été pourvus en raison des violences et deux sièges puisqu'attribués aux Amazighs qui ont boycotté les élections. De nouvelles élections devraient être organisées dans les régions concernées, pour attribuer les treize sièges non pourvus. Toutefois, aucune date n'a été fixée jusqu'ici pour le scrutin. Anonyme, « Début des travaux de l'Assemblée constituante » *Le Matin*, 21 avril 2014, http://www.lematin.ma/journal/2014/libye_debut-des-travaux-de-l-assemblée-constituante/200833.html#sthash.pnkdVQh0.dpuf

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ L'investiture du Président de la Chambre des députés, M. Foued Mbazâa, des fonctions de chef de l'Etat par intérim a reçu l'accord du Conseil constitutionnel tunisien. C.C. Avis n°1 du 15 janvier 2011.

¹⁴⁵ L'art. 57 de la Constitution de 1959 prévoit qu'en cas de vacance définitive du Président pour cause de décès, de démission ou d'empêchement absolu, la présidence de la République intérimaire est confiée au Président de la

aurait inscrit la transition dans le cadre du régime précédent, ce qui n'était pas conforme au souhait de la plupart des Tunisiens, qui exigeaient une rupture radicale avec la dictature de Ben Ali, passant par une procédure constituante capable de refléter la nouvelle identité du pays¹⁴⁶.

La Constitution de 1959 semblaient entraver toute possibilité de sortir de la crise par un changement légal. Elle interdisait, en effet, au chef de l'Etat par intérim de prendre toute initiative institutionnelle, à l'exclusion de l'organisation de nouvelles élections présidentielles¹⁴⁷ et prohibait également toute révision constitutionnelle. Les Tunisiens auraient pu tout simplement agir en violation manifeste de la Constitution en abolissant le régime constitutionnel précédent et en instaurant des nouveaux organes. Ils ont préféré, toutefois, de passer par des mesures « d'ingénierie constitutionnelle »¹⁴⁸ garantissant une apparente légalité et continuité constitutionnelles. Ainsi, afin de dépasser les règles limitant l'action du chef de l'Etat par intérim, ils ont eu recours à l'article 28 de la Constitution de 1959 sur l'exercice du pouvoir législatif, ils ont saisi le Conseil constitutionnel pour avis sur la délégation du pouvoir législatif au profit du chef de l'Etat par intérim et la Chambre des députés a adopté une loi habilitant le chef de l'Etat par intérim à édicter des décrets-lois.

De toute évidence ces dérogations à la Constitution ont pour but principal de contourner ses règles et non pas de les respecter. La légalité apparente est toutefois gage de légitimité, même dans une situation où le groupe désormais dominant réclame une rupture nette avec le passé¹⁴⁹.

Ainsi, fort de ses nouveaux pouvoirs, le Président de la République par intérim adopte le 23 mars 2011 un décret-loi¹⁵⁰, qui fonde le premier ordre constitutionnel provisoire¹⁵¹. Cette première Constitution provisoire formalise l'exigence d'un changement radical de la forme d'Etat et organise le passage vers un régime démocratique attribuant la souveraineté au peuple. Ainsi, si cette première Constitution n'est pas issue des citoyens tunisiens, sa légitimité est fondée sur sa conformité à la constitution matérielle tunisienne, exprimée par la prise en compte de la volonté du peuple révolutionnaire « d'exercer sa pleine souveraineté dans le cadre d'une nouvelle constitution »¹⁵².

Chambre des députés pour une période allant de 45 à 60 jours. Au terme de cette période, des nouvelles élections doivent être organisées.

¹⁴⁶ M. KRAIEM DRIDI, « Libres propos sur la loi constituante relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics en Tunisie », à paraître, p. 2.

¹⁴⁷ Ex art. 46 de la Constitution tunisienne de 1959, le Président de la République ne pouvait ni recourir au référendum, ni démettre le gouvernement, ni dissoudre la Chambre des députés, ni prendre les mesures exceptionnelles nécessitées par les circonstances.

¹⁴⁸ S. BEN ACHOUR, « Le cadre juridique de la transition : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Nachaz Dissonances*, décembre 2011,

<http://www.nachaz.org/index.php/fr/textes-a-l-appui/politique/34-sana1.html>

¹⁴⁹ En ce sens, S. BEN ACHOUR, « Le cadre juridique de la transition : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *cit.*

¹⁵⁰ JORT, n°20 du 25 mars 2011.

¹⁵¹ Sana Ben Achour affirme que le décret-loi du 23 mars 2011 « n'est en réalité ni momentanément un décret ni ne sera ultérieurement une loi. N'ayant plus aucune attache avec l'ancien ordonnancement de la constitution du 1er juin 1959 devenue caduque, il est paradoxalement un acte constitutif, générateur d'une nouvelle légalité, fondateur d'un ordre nouveau constitutionnel ». Id., « Le cadre juridique de la transition : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *cit.*

¹⁵² Les trois premiers considérants du décret-loi du 23 mars 2011 fondent la légitimité de l'acte même : « Considérant que le peuple Tunisien est souverain et exerce sa souveraineté par le biais de ses représentants élus au suffrage direct, libre et équitable, Considérant que le peuple a exprimé au cours de la révolution du 14 janvier 2011 sa volonté d'exercer sa pleine souveraineté dans le cadre d'une nouvelle constitution, Considérant que la situation actuelle de l'État, après la vacance définitive de la Présidence de la République le 14 janvier 2011, telle que constatée par le conseil constitutionnel dans sa déclaration publiée au Journal Officiel de la République Tunisienne en date du 15 janvier 2011, ne permet plus le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, et que la pleine application des dispositions de la constitution est devenue impossible ».

Le décret-loi exerce sa fonction déconstituante, affirmant que désormais, « la pleine application des dispositions de la constitution est devenue impossible ». L'ordre constitutionnel précédent est donc « suspendu »¹⁵³, dans le sens schmittien du terme : le décret-loi a mis « hors de vigueur provisoire » l'ensemble des dispositions constitutionnelles par une procédure « formellement contraire à la constitution »¹⁵⁴. Faisant suite à cette suspension, le pouvoir constituant est libre de dissoudre les deux chambres du Parlement, la Chambre des députés et la Chambre des conseillers, ainsi que le Conseil constitutionnel et le Conseil économique et social¹⁵⁵.

La première Constitution provisoire prévoit, en outre, une réglementation institutionnelle *a minima* pour la période transitoire, établissant que le Tribunal administratif, la Cour des comptes (article 3), les collectivités locales (article 16) et le pouvoir judiciaire (article 17) continuent d'exercer leurs attributions conformément aux lois et aux règlements en vigueur. Quant au pouvoir législatif, il est désormais exercé sous forme de décrets-lois promulgués par le chef de l'Etat, après délibération en conseil des ministres. Le pouvoir exécutif est confié également au président de la République par intérim, assisté d'un gouvernement provisoire¹⁵⁶. Ainsi, certains éléments de l'ordre juridique précédent sont intégrés au sein de l'ordre nouveau qui leur confère, toutefois, un nouveau fondement de validité¹⁵⁷. Enfin, la première Constitution provisoire remplit sa fonction constituante, en prévoyant l'élection d'une Assemblée nationale constituante « au suffrage universel, libre, direct et secret selon un régime électoral pris à cet effet »¹⁵⁸.

L'ordre constitutionnel ainsi créé organise la première phase de la transition. Comme prévu par l'article 1^{er} du décret-loi, sa validité se termine avec l'élection de l'Assemblée nationale constituante (ANC)¹⁵⁹, le 23 octobre 2011, ouvrant la deuxième phase de la transition.

En effet, une fois l'Assemblée constituante élue, une commission *ad hoc* est chargée de la rédaction de la deuxième constitution provisoire. Le 2 décembre 2011, la commission remet le projet final de l'organisation provisoire des pouvoirs publics au président de l'ANC, qui le soumet, à son tour, à l'Assemblée plénière pour débat. Le 16 décembre est adoptée la Loi constituante n°2011-6¹⁶⁰.

Cette fois, le pouvoir constituant est bien un organe élu au suffrage universel direct, qui adopte la Loi constituante « au nom du Peuple tunisien »¹⁶¹. La légitimité de la deuxième Constitution provisoire est donc fondée sur des bases plus solides par rapport à la première. Elle prend appui, tout d'abord, sur la conformité de la Loi à la constitution matérielle, qui dans le Préambule est exprimée par l'affirmation de l'adhésion des constituants à la volonté des révolutionnaires victorieux de changer de régime¹⁶². Elle se fonde également sur la

¹⁵³ Comme affirmé par la Loi constituante n°2011-6 du 16 décembre 2011, deuxième Constitution provisoire, à l'art. 27, ch. IX.

¹⁵⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 239.

¹⁵⁵ Art 2.

¹⁵⁶ Le décret-loi interdit au premier ministre provisoire et au président de la République par intérim de présenter leur candidature à l'Assemblée nationale constituante.

¹⁵⁷ En ce sens, M. KRAIEM DRIDI, « Libres propos sur la loi constituante relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics en Tunisie », *cit.*, p. 2

¹⁵⁸ Art. 1^{er} du décret-loi du 23 mars 2011. Le décret-loi n°35 du 10 mai 2011 régleme par la suite l'élection de l'Assemblée nationale constituante.

¹⁵⁹ Art. 1^{er} du décret-loi : « Jusqu'à ce qu'une assemblée nationale constituante, (...) prenne ses fonctions, les pouvoirs publics dans la République Tunisienne sont organisés provisoirement conformément aux dispositions du présent décret-loi ».

¹⁶⁰ J.O.R.T., n°97 des 20 et 23 décembre 2011.

¹⁶¹ Préambule de la Loi constituante du 16 décembre 2011.

¹⁶² « (...) Afin de concrétiser les principes de la révolution glorieuse, de réaliser ses objectifs, Par fidélité aux martyrs et aux sacrifices des tunisiens à travers les générations,

fidélité du nouveau pouvoir à la forme républicaine de l'Etat, choix qui a été effectué en Tunisie par l'Assemblée nationale constituante le 25 juillet 1957¹⁶³. Enfin, le Préambule se réfère expressément au décret-loi du 23 mars 2011, premier texte constitutionnel post-Ben Ali¹⁶⁴. La légitimité de la deuxième constitution provisoire dérive ainsi de sa conformité à la première. La Loi constituante est en effet adoptée par l'organe qui a été élu démocratiquement par les tunisiens, comme prévu par le décret-loi de mars 2011.

La Loi constituante tunisienne présente bien les éléments permettant d'identifier une Constitution provisoire. Tout d'abord, elle met fin au régime précédent, qui n'est pas l'ordre constitutionnel de 1959, mais l'ordre constitutionnel provisoire créé par le décret-loi du 23 mars 2011. L'article 27 affirme clairement qu'« Il est mis fin à l'application du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011, relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics ». La Loi constituante abroge aussi définitivement la Constitution du 1^{er} juin 1959¹⁶⁵, dont l'application avait été suspendue par le décret-loi de mars. Ainsi, l'ordre constitutionnel fondé par la Loi constituante succède directement à l'ordre constitutionnel créé par la première Constitution provisoire et indirectement à l'ordre constitutionnel du régime précédent.

En outre, la loi constituante organise de façon détaillée les pouvoirs publics provisoires¹⁶⁶, faisant du gouvernement « la figure centrale de l'échiquier politique »¹⁶⁷ et marginalisant, en revanche, le président de la République. L'ANC exerce la fonction constituante et législative, élit le président de la République et contrôle l'activité du gouvernement.

La procédure constituante est établie par l'article 3 de la Loi. La sanction populaire, via un référendum constituant, est prévue seulement au cas où le projet de la Constitution ne soit pas voté par les deux tiers des membres de l'Assemblée¹⁶⁸.

Enfin, la Loi constituante explicite le caractère provisoire de sa validité, prévoyant que « Les pouvoirs publics de la République tunisienne, sont organisés à titre provisoire conformément à la présente loi, et ce jusqu'à l'élaboration d'une nouvelle Constitution, son entrée en vigueur et l'exercice par les institutions qui en seront issues de leurs fonctions »¹⁶⁹. En d'autres termes, la Loi constituante est abrogée au moment où les nouvelles institutions, issues de la Constitution définitive, entrent en fonction. Cela signifie que pendant une période limitée, le texte constitutionnel provisoire et celui définitif seront en vigueur en même temps. C'est d'ailleurs ce qui a été prévu par les Dispositions transitoires de la Constitution définitive, adoptée le 26 janvier 2014, qui ont maintenu en vigueur certaines normes de la Loi constituante jusqu'à l'élection de l'Assemblée des représentants¹⁷⁰.

B. Les Constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant extérieur

Afin de faire aboutir le processus constituant démocratique avec succès et garantir les libertés et les droits de l'homme (...) »

¹⁶³ « Vu la décision de l'assemblée nationale constituante du 25 juillet 1957 proclamant la République »

¹⁶⁴ « Vu le décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics »

¹⁶⁵ Art. 27, Loi constituante.

¹⁶⁶ Le premier chapitre incluant l'article 2 énumère les compétences de l'Assemblée nationale constituante. Le chapitre 3 est relatif au pouvoir législatif (art. 4-8). Le chapitre 4 de la loi est consacré au pouvoir exécutif. Il est divisé en quatre sections : la première relative au président de la République, la deuxième se rapportant au chef du gouvernement, la troisième relative aux « conflits de compétences ». Quant à la quatrième section du deuxième chapitre, elle est consacrée aux collectivités publiques locales. Le chapitre 5 est réservé au pouvoir judiciaire. Le chapitre 7 se rapporte à la justice transitionnelle alors que les chapitres 8 et 9 traitent de la Banque Centrale et des dispositions finales.

¹⁶⁷ M. KRAIEM DRIDI, *cit.*, p. 6.

¹⁶⁸ Il n'y a donc pas eu de référendum, puisque l'ANC en janvier 2014 a adoptée le projet de Constitution à la majorité de 200 voix (12 contraires et 4 abstentions).

¹⁶⁹ Art. 1^{er}.

¹⁷⁰ Art. 148.

L'hypothèse de la procédure constituante extérieure se produit lorsqu'un Etat perd sa pleine souveraineté suite à une défaite militaire ou à une guerre civile très violente¹⁷¹. La Constitution provisoire est alors élaborée par l'Etat étranger vainqueur ou bien, dans les procédures « internationalement guidées »¹⁷², par des organisations internationales.

Il s'agit de textes ayant des objectifs partiellement différents par rapports aux Constitutions provisoires adoptées dans le cadre de procédures internes. Les Constitutions provisoires deviennent, en effet, des véritables modes opératoires pour pacifier et démocratiser les Etats « défailants », afin que ces derniers soient capables par la suite d'adopter un texte constitutionnel définitif, émanation d'un pouvoir constituant national. La Constitution provisoire se présente alors comme un médicament contre l'absence pathologique de souveraineté d'un Etat.

Cependant, les objectifs recherchés via la Constitution provisoire ne sont pas toujours si nobles. Ce texte peut être un moyen pour imposer des principes et des règles étrangers dans un système, indépendamment de toute prise en compte de sa culture juridique, et de légitimer cette introduction par la suite, à travers leur intégration dans la Constitution définitive.

Nous constatons l'existence de deux catégories de Constitutions provisoires issues d'un pouvoir constituant étranger. D'une part, il y a les « Constitutions provisoires imposées » par l'Etat étranger vainqueur, suite à un conflit armé. C'est le cas de la Loi fondamentale allemande de 1949¹⁷³ et de la Loi administrative transitoire irakienne, qui fera l'objet de notre étude (1).

D'autre part, existent des « Constitutions provisoires internationalisées », adoptées par des organisations internationales, comme les Nations Unies, ou par des Etats qui agissent comme des tiers intermédiaires pour faciliter la transition. C'est le cas de la Constitution intérimaire de la République démocratique du Congo¹⁷⁴ et du Cadre constitutionnel adopté au Kosovo. Ce dernier fera l'objet de notre étude (2).

1. Les Constitutions provisoires imposées : le cas de l'Irak

¹⁷¹ Giuseppe de Vergottini inclut dans cette catégorie également les hypothèses où un territoire colonial acquière son indépendance. Toutefois, dans ces cas, historiquement, il n'y a pas eu recours aux Constitutions provisoires. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., pp. 134-135.

¹⁷² *Idem*, pp. 135-139.

¹⁷³ A la fin de la deuxième guerre mondiale, l'Allemagne n'est plus un Etat souverain. Lors de la Conférence de Londres de 1948, les quatre pays alliés (Etats-Unis, Union Soviétique, Royaume-Uni, France) décident d'encadrer la reconstruction à partir des collectivités territoriales de base. Ils invitent ainsi les Lander à convoquer une assemblée constituante. Les Lander, refusant de consacrer la division de l'Allemagne, adoptent une Constitution provisoire. La Loi fondamentale allemande de 1949 a en effet été conçue comme un texte destiné à être substitué par une Constitution définitive au moment de la réunification du peuple allemand (art. 146). Si les Allemands ont conservé la maîtrise de leur processus constituant, les autorités d'occupation ont tout de même initié la procédure constituante habilitant le pouvoir constituant national, et ont contrôlé de près le déroulement des travaux de la constituante. Après la chute du Mur de Berlin, les Allemands ont choisi de maintenir en vigueur le texte de 1949, qui est devenu ainsi définitif. S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, op. cit., pp. 79-83 ; W. ZIMMER, *La réunification allemande : contribution à la théorie du pouvoir constituant*, op. cit.

¹⁷⁴ La Constitution de transition de la République démocratique du Congo a été adoptée à Pretoria le 6 mars 2003. Son adoption était prévue par l'Accord global et inclusif qui avait été signé le 17 décembre 2002 grâce à l'intermédiation effectuée par l'ONU et l'Union Africaine. Le choix de passer par une Constitution provisoire afin d'instaurer un nouvel ordre constitutionnel est dû en grande partie à l'implication de l'Afrique du Sud dans le processus de négociation. Fort de sa transition constitutionnelle, l'Afrique du Sud (qui assurait à l'époque la présidence de l'UA) a en effet mis en avant son modèle. Si la Constitution de la transition de la RDC a été adoptée par des forces politiques nationales, la présence des organisations internationales a été fondamentale pour l'organisation et l'accompagnement de la procédure constituante. Il s'agit donc bien d'une procédure guidée internationalement. E. H. MBODJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, n°2, 2010, pp. 441-469.

Le cas de l'Irak peut être considéré comme un cas d'école pour l'étude des Constitutions provisoires imposées, en raison, d'une part, de la procédure hors normes qui a été suivie pour son adoption et, d'autre part, puisqu'il s'agit d'un texte matériellement et formellement constitutionnel, très structuré et riche en contenu, qui a influencé de façon déterminante la Constitution définitive.

La procédure constituante irakienne fait suite à l'intervention militaire en Irak d'une coalition dirigée par les forces anglo-américaine au printemps 2003. L'intervention a été conduite sans l'autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies et a fait l'objet de la désapprobation d'un nombre important d'Etats.

Après la fin du conflit, l'ouverture d'un processus de réforme de l'ordre constitutionnel irakien n'a été impulsée ni par le peuple irakien, ni par la communauté internationale, comme dans les cas du Kosovo¹⁷⁵, mais par les puissances étrangères vainqueurs et occupantes, en violation du droit international. Le droit limite, en effet, les pouvoirs de l'occupant sur le territoire occupé au maintien de l'ordre public¹⁷⁶. L'occupation ne saurait pas comporter un transfert de souveraineté territoriale en faveur de l'occupant¹⁷⁷. L'ouverture de la procédure constituante a ainsi été l'expression de la seule volonté des vainqueurs, qui, une fois détruit le régime de Saddam Hussein, ont souhaité réformer radicalement le système, imposant une nouvelle forme d'Etat et de gouvernement.

En ce sens, les forces d'attaque, après le conflit, créent l'Autorité provisoire de la coalition (APC), qui est une sorte de gouvernement provisoire. Cette autorité institue en juillet 2003 un Conseil de gouvernement irakien (CIG)¹⁷⁸ et conclut un Accord avec cet organe, prévoyant l'adoption d'une Constitution pour le pays. Si, en apparence, la décision constituante semble avoir été adoptée avec le consensus des représentants irakiens, en réalité l'Accord du 15 novembre 2003 a consisté plutôt en l'adhésion des membres du CIG irakien au projet politique adopté pour l'Irak par les forces occupantes¹⁷⁹. L'Accord, ayant une nature politique¹⁸⁰, établit un calendrier et détermine cinq étapes qui doivent conduire à la restitution du pouvoir aux irakiens via l'organisation des élections et l'instauration de la démocratie par l'adoption d'une nouvelle Constitution.

La première manifestation juridique de l'Accord consiste en l'adoption par le Conseil de gouvernement irakien d'une Constitution provisoire, le 8 mars 2004, dénommée *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (TAL)*. Il s'agit d'une norme constitutionnelle d'un point de vue formelle et matérielle. L'article 3 de la TAL affirme en effet la supériorité de cette loi sur les autres normes et établit une procédure renforcée pour sa révision, prévoyant également un noyau dur de normes non modifiables¹⁸¹. Du point de vue de son contenu, la TAL présente bien les trois éléments caractérisant les Constitutions provisoires : elle marque la rupture nette avec le régime précédent en revendiquant la volonté

¹⁷⁵ V. *infra*.

¹⁷⁶ A. LAGERWALD, « L'administration du territoire irakien : un exemple de reconnaissance et d'aide d'une occupation résultant d'un acte d'agression », *RBDI*, 2006, vol. 1, pp. 249-273.

¹⁷⁷ Selon Cardona Llorens les « compétences fonctionnelles que le droit international reconnaît à la puissance occupante, lui donnent la condition d'un souverain virtuel, mais non d'un souverain *de jure* ». J. CARDONA LLORENS, « Libération ou occupation ? Les droits et devoirs de l'Etat vainqueur », in K. Bannelier, T. Christakis et al. (dir. par), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 224.

¹⁷⁸ Le Conseil est créé par un acte de la même Autorité, *Regulation* n°6 du 13 juillet 2003.

¹⁷⁹ Toute l'ambiguïté de cet accord est bien relevée et expliquée par A. ARATO, *Constitution making under occupation*, New York, Columbia University Press, 2009, pp. 113-116.

¹⁸⁰ G. ABLINE et J. DETAIS, « L'établissement de la démocratie en Irak », in R. Kherad (dir. par), *Les implications de la guerre en Irak*, Paris, Pedone, 2005, p. 218.

¹⁸¹ Notamment, les droits et libertés consacrés par le Chapitre 2 de la Constitution, la durée de la transition, le droit à l'élection d'une nouvelle Assemblée, les pouvoirs des régions et des gouverneurs. Enfin, toute atteinte à l'Islam ou à une autre religion ou secte ainsi qu'à leurs rites est interdite.

du peuple irakien d'établir un Etat de droit¹⁸² ; elle organise les pouvoirs provisoires et leurs compétences de façon très détaillée¹⁸³ ; et enfin, elle consacre le chapitre 9 à l'organisation de la procédure constituante en vue de l'adoption d'une Constitution définitive.

Etant donné les conditions de son adoption, la nécessité de fournir un cadre légitime à cette Constitution s'impose rapidement.

La première stratégie légitimante est contenue dans le Préambule de la TAL et consiste dans l'attribution au peuple irakien de la volonté d'établir un Etat de droit, rompant avec le régime précédent¹⁸⁴. La TAL apparaît ainsi comme un texte autodéterminé, puisque le pouvoir constituant de la Constitution provisoire semble avoir été le peuple irakien. Cela n'est qu'une fiction, puisqu'à aucun moment de la procédure d'adoption les citoyens irakiens sont intervenus ou ont été interpellés. La TAL a été élaborée par le Conseil de Gouvernement irakien conformément aux objectifs contenus dans l'Accord « imposé » de 2003 et elle a été adoptée par cet organe. Le pouvoir constituant est donc le CGI ? Formellement oui, mais étant donné les contraintes pesant sur le CGI, organe créé par les forces occupantes, qui a écrit le texte à l'aide d'experts américains et internationaux, nous pouvons affirmer que le vrai pouvoir constituant, en tant que pouvoir d'édition de la Constitution, a bien été l'Autorité provisoire de la coalition, c'est-à-dire les puissances occupantes.

La deuxième stratégie légitimante tend à faire apparaître comme légal le processus constituant. Cette entreprise apparaissait extrêmement difficile, étant donné que l'invasion de l'Irak a été réalisée illégalement et que les puissances occupantes n'étaient pas en droit de décider de refonder l'ordre constitutionnel irakien. Conscients de cet obstacle, dès la fin des hostilités militaires, les Etats de la coalition n'ont eu de cesse de rechercher une approbation de leur action par l'interprétation extensive des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁸⁵. Si le Conseil de sécurité a continué de considérer l'action militaire une infraction au droit international, il a tout de même légitimé la reconstruction effectuée par la coalition après la fin des attaques. Dans plusieurs résolutions¹⁸⁶, le Conseil adresse directement ses résolutions à l'Autorité provisoire de la coalition, encourageant son travail de rétablissement d'institutions nationales et locales et son engagement pour la mise en place d'un gouvernement représentatif, reconnu par la communauté internationale¹⁸⁷. Le Conseil demande à l'Autorité de « promouvoir le bien être de la population irakienne en assurant une administration efficace du territoire »¹⁸⁸, et charge ainsi indirectement la coalition de la mission de reconstruction de l'Irak. La résolution 1511 (2003) évoque en outre de manière directe la question du processus constituant, lui donnant une sorte de caution politique¹⁸⁹.

La légitimation internationale de l'action de reconstruction menée par l'Autorité de la coalition se transmet ainsi aux textes adoptés par cette autorité. La Constitution provisoire est alors légitime puisqu'en apparence elle est légale, étant donné que le Conseil de sécurité

¹⁸² Dans le Préambule, qui, en force de l'art. 1, est partie intégrante de la TAL, est affirmé que : « *The people of Iraq, striving to reclaim their freedom, which was usurped by the previous tyrannical regime, rejecting violence and coercion in all their forms, and particularly when used as instruments of governance, have determined that they shall hereafter remain a free people governed under the rule of law* ».

¹⁸³ Les chapitres 3, 4, 5, 6 sont consacrés, respectivement, au Gouvernement irakien de la transition, à l'autorité législative de la transition, à l'exécutif de la transition, à l'autorité judiciaire fédérale (prévoyant aussi la création d'une Cour suprême dont la structure est fortement inspirée de celle américaine).

¹⁸⁴ « *The people of Iraq, striving to reclaim their freedom, which was usurped by the previous tyrannical regime...* ».

¹⁸⁵ V. F. NGUYEN-ROUAULT, « L'intervention armée en Irak et son occupation au regard du droit international », *RGDIP*, 2003/4, p. 862.

¹⁸⁶ Notamment, Rés. 1483 (2003) ; 1511 (2003) ; 1546 (2004).

¹⁸⁷ Rés. 1483 (2003), §8 c).

¹⁸⁸ Rés. 1483, §4.

¹⁸⁹ V. K.-F. NDJIMBA, *L'internationalisation des Constitutions des Etats en crise*, Thèse, Université de Nancy 2, 2011, pp. 68-69.

approuve l'action de son pouvoir constituant ainsi que le calendrier proposé pour la transition politique de l'Irak contenu dans la même Constitution¹⁹⁰.

Forte de sa légitimité, la Constitution provisoire irakienne joue alors un rôle stratégique dans la légitimation de la Constitution définitive. Cette dernière apparaît comme légale, et donc légitime, puisqu'elle a été adoptée dans le respect des délais¹⁹¹ et de la procédure prévue par la *TAL* et conformément aux principes établis par ce texte.

Une lecture attentive des textes de la Constitution provisoire et de la Constitution définitive dévoile en outre que cette dernière reprend exactement la forme de gouvernement et la forme d'Etat établies par la *Transitional Administration Law*. La Constitution provisoire préconise l'architecture du système politique à venir dans le moindre détail, fournissant un cadre institutionnel bien défini, qui est repris intégralement par le constituant définitif. Le pouvoir constituant irakien, qui dans la fiction légitimante est le peuple¹⁹², mais qui dans la réalité est l'Assemblée nationale irakienne élue, est donc influencé de façon déterminante par la structure étatique contenue, d'abord, dans l'Accord « imposé » de 2003, et détaillée ensuite par la *TAL*.

La Constitution provisoire revêt alors un double rôle vis-à-vis de l'ordre constitutionnel définitif : c'est le texte dont le respect induit la croyance en la légitimité-légalité du texte définitif et, fort de cette fonction, il véhicule aussi des solutions juridiques étrangères dans une Constitution définitive qui apparaît comme l'expression de la volonté autodéterminée du peuple irakien.

2. Les Constitutions provisoires internationalisées : le cas du Kosovo

En février 1998 l'armée de libération du Kosovo proclame sa lutte pour l'indépendance du pays, qui à l'époque faisait partie de la République fédérale de Yougoslavie. Le gouvernement de Belgrade réagit immédiatement par une répression féroce. Cela conduit la communauté internationale à intervenir sous les auspices de l'OTAN par la force armée, afin de mettre fin à une crise dont les répercussions semblaient menacer la paix et la sécurité internationales¹⁹³.

Pour consolider la paix et la sécurité sur le territoire, les Nations Unies décident en juin 1999, par la résolution 1244 du Conseil de sécurité¹⁹⁴, de déployer une présence internationale civile et militaire sur le territoire kosovar et autorise le Secrétaire Général à établir une administration intérimaire pour le Kosovo - la *United Nation Interim Administration Mission in Kosovo* (UNAMK) - , afin de garantir à la population de la province une autonomie substantielle au sein de la République fédérale de Yougoslavie¹⁹⁵. Les institutions du Kosovo sont ainsi encadrées par le Représentant spécial du Secrétariat général des Nations unies (RSSGNU).

Le 15 mai 2001, le RSSGNU promulgue le « Cadre constitutionnel pour un gouvernement autonome provisoire du Kosovo » - *Constitutional Framework for Provisional*

¹⁹⁰ Rés. 1546 (2004), §4.

¹⁹¹ L'art. 2 de la *TAL* prévoyait que la fin de la transition devait avoir lieu au plus tard le 31 décembre 2005, avec l'adoption d'une Constitution définitive.

¹⁹² La Constitution irakienne définitive de 2005 débute par l'expression « *We, the people of Mesopotamia, (...)* ». Les élections générales du 30 janvier 2005 ont conduit en effet à la formation d'une Assemblée nationale et d'un gouvernement transitoires. L'Assemblée nationale a rédigé un projet de Constitution définitive (comme prévu par l'art. 60 de la *TAL*), ensuite approuvée par un référendum populaire, le 15 octobre 2005 (comme prévu par l'art. 61 de la *TAL*).

¹⁹³ Sur le déclenchement de la guerre v. : E. LAGRANGE, « La mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo, nouvel essai d'administration directe d'un territoire », *AFDI*, 1999, p. 335.

¹⁹⁴ S/RES/1244 (1999) du 10 juin 1999.

¹⁹⁵ S/RES/1244 (1999), §11.

Self-Government - ¹⁹⁶, complété par le « Règlement relatif au gouvernement des institutions provisoires du Gouvernement autonome du Kosovo » ¹⁹⁷.

Au premier abord, il paraît difficile de reconnaître ces textes comme ayant une valeur constitutionnelle. En 2001, le Kosovo n'est pas un Etat indépendant. En outre, ces actes sont édictés par les Nations Unies, via l'administration intérimaire pour le Kosovo. Il s'agit donc d'un pouvoir constituant étranger, qui, s'imposant par la résolution 1244, réalise le nouvel ordre juridique au travers des deux règlements. Ainsi, admettre la valeur constitutionnelle de ces textes signifie considérer qu'une Constitution peut exister en l'absence d'un Etat souverain.

Pour comprendre ce paradoxe, il faut toutefois prendre en compte le contexte de l'époque. L'exercice d'un pouvoir constituant international au Kosovo vise à résoudre deux conflits internes qui empêchent de fait la naissance d'un corps politique homogène, capable d'exercer la fonction constituante de façon autonome. D'une part, il y a le conflit entre la République fédérale de Yougoslavie (RFY) et sa province de Kosovo et, d'autre part, le conflit, lié au premier, entre la majorité albanaise partisane d'un Etat kosovar indépendant de la RFY et la minorité serbe du territoire, qui est, au contraire, attachée à l'intégration de la province à la Serbie. La mise sous tutelle internationale de la province avec l'adoption d'un texte constitutionnel reconnaissant les droits des différentes communautés et de leurs membres, vise à permettre la coexistence pacifique entre les groupes et créer ainsi les conditions pour un acte d'autodétermination. Seul le développement des valeurs de respect et de tolérance peut fonder une identité nationale capable d'ouvrir la voie à une procédure constituante autodéterminée. L'adoption d'une Constitution provisoire par les Nations Unies a alors pour fonction principale celle de créer les conditions pour qu'un pouvoir constituant national puisse surgir.

Concernant l'absence de l'Etat kosovar, il faut noter que la résolution 1244 attribue à l'autorité transitoire, l'UNAMK, un ensemble de compétences qui sont l'apanage d'un véritable Etat : la protection des minorités, la politique monétaire, les relations extérieures, la sécurité et l'ordre public, la convocation de nouvelles élections et la dissolution de l'Assemblée du Kosovo ¹⁹⁸.

Ainsi, nous considérons que les Nations Unies gouvernent le Kosovo comme s'il s'agissait d'un Etat et sont les dépositaires du pouvoir constituant provisoire, qu'elles exercent en adoptant un bloc constitutionnel formé par la résolution 1244 du Conseil de sécurité et les deux règlements de 2001. La résolution institue, en effet, l'administration intérimaire et habilite la création des institutions d'auto-administration démocratique ¹⁹⁹. Elle crée donc les conditions pour l'adoption des deux règlements, qui sont l'émanation directe des nouvelles institutions gouvernant la province ²⁰⁰. Le bloc de constitutionnalité crée ainsi un nouvel ordre juridique, en mettant fin, de façon implicite, au cadre juridique précédent.

En effet, si l'acte déconstituant n'est pas explicité par les textes constitutionnels, l'intention du pouvoir constitution international est claire. Selon le « Cadre constitutionnel »,

¹⁹⁶ UNMIK/REG/2001/9 du 15 mai 2001 *relatif à un Cadre constitutionnel pour un gouvernement autonome provisoire au Kosovo*.

¹⁹⁷ UNMIK/REG/2001/19 du 13 septembre 2001 *relatif aux institutions provisoires du Gouvernement autonome du Kosovo* et modifié par UNMIK/REG/2002/9.

¹⁹⁸ V. T. GARCIA, « La mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo », *RGDIP*, 2000, vol. 104, pp. 61-71.

¹⁹⁹ §10.

²⁰⁰ Kevin Ferdinand Ndjimba dans sa thèse considère que « le véritable détenteur de la fonction constituante est moins le RSSG que le Conseil de sécurité lui-même puisque dans les faits c'est la résolution qui se trouve au dessus de l'ordonnement juridique du territoire et joue ainsi le rôle de norme fondamentale supérieure » (K. F. NDJIMBA, *L'internationalisation des Constitutions des Etats en crise*, op. cit., p. 110). A notre avis, le pouvoir constituant est détenu par les Nations Unies tout court, étant donné que le Conseil de sécurité et le RSSG sont, les deux, des organes de cette organisation internationale.

le Kosovo, tout en faisant encore formellement partie de la République de Yougoslavie, est désormais « une entité sous administration internationale provisoire »²⁰¹, un « territoire uni »²⁰², « qui, ainsi que son peuple, présente des caractéristiques historiques, juridiques, culturelles et linguistiques uniques »²⁰³ et qui « est gouverné démocratiquement par le biais d'institutions et d'organes législatifs, exécutifs et judiciaires, conformément au Cadre constitutionnel et à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité »²⁰⁴. La Charte ne fait aucune référence à la République fédérale de Yougoslavie, reconnaissant au peuple kosovar l'identité nationale et l'autonomie que le gouvernement de Belgrade lui avait niées. La rupture avec le passé est donc évidente et elle est affirmée solennellement par le premier chapitre de la Constitution de mai 2001.

En revanche, le bloc constitutionnel kosovar ne contient pas la réglementation de la procédure constituante pour l'adoption d'une Constitution définitive. Cela s'explique aisément : en 2001, le Kosovo n'est pas un Etat. Les Nations Unies ne pouvaient donc pas prévoir une procédure constituante. Le faire aurait signifié appuyer les revendications d'indépendance d'une partie de la population kosovare, relançant le conflit qui venait tout juste de s'arrêter. Toutefois, il est indéniable que la Constitution provisoire, au travers de l'organisation d'un gouvernement autonome provisoire, la reconnaissance des droits des communautés²⁰⁵ et de leurs membres et la reconnaissance de l'existence et des spécificités du peuple kosovar, a posé implicitement les bases pour l'indépendance du Kosovo, qui sera proclamée par les représentants kosovars du territoire du Kosovo en février 2008²⁰⁶ et qui conduira à l'adoption d'une Constitution définitive le 15 juin 2008.

Quant à l'organisation du gouvernement provisoire, les normes des deux règlements sont très précises, et donne vie à des institutions élues par le peuple kosovar, mais assistées et contrôlées par le Représentant spécial du Secrétaire général, qui garde le dernier mot sur tous les actes de la vie publique.

D'un point de vue formel, seul le « Cadre constitutionnel pour un gouvernement autonome provisoire du Kosovo » présente un statut constitutionnel. Le règlement est en effet hiérarchiquement supérieur aux lois adoptées par l'Assemblée²⁰⁷ et sa révision passe par une procédure renforcée²⁰⁸.

En conclusion, malgré son statut de province, le Kosovo, dès 2001, est doté d'un bloc constitutionnel, formé par deux textes matériellement constitutionnels et un texte matériellement et formellement constitutionnel.

Ce bloc bénéficie de la légitimité qui lui transmet son auteur, les Nations Unies. En effet, le bloc constitutionnel, bien qu'il n'ait pas été l'émanation du peuple kosovar, a été considéré comme légitime par ses destinataires puisqu'il a été adopté conformément aux règles du droit international, répondant ainsi à l'exigence weberienne de la légalité-légitimité rationnelle.

L'action du gouvernement provisoire ainsi que l'application des normes constitutionnelles provisoires semblent avoir rempli leur mission, puisqu'elles ont permis, en

²⁰¹ Art. 1.1 du Cadre constitutionnel.

²⁰² Art. 1.2.

²⁰³ Art. 1.1.

²⁰⁴ Art. 1.4.

²⁰⁵ Les communautés sont définies par l'art. 41 comme « les communautés d'habitants appartenant au même groupe ethnique, religieux ou linguistique ».

²⁰⁶ Cette proclamation ainsi dite « unilatérale » n'a pas manqué de susciter des débats doctrinaux. V. K. F. NDJIMBA, *L'internationalisation des Constitutions des Etats en crise*, op. cit., p. 108.

²⁰⁷ Art. 14.1 : « En cas de contradiction entre le Cadre constitutionnel et une loi de l'Assemblée, c'est le Cadre constitutionnel qui s'impose ».

²⁰⁸ Art. 14.3 : « Le Représentant spécial du Secrétaire général, de sa propre initiative ou sur demande appuyée par les deux tiers des membres de l'Assemblée, peut apporter des modifications au Cadre constitutionnel ».

l'espace de sept ans, d'arriver à l'adoption de la Constitution du Kosovo indépendant, œuvre d'une Assemblée constituante élue par le peuple kosovar.