



Les Constitutions provisoires

Des outils de maintien de la paix et de renforcement de la démocratie

Document d'orientation n° 11 d'IDEA International



Les Constitutions provisoires

Des outils de maintien de la paix et de renforcement de la démocratie

Auteure principale : Kimana Zulueta-Fülscher

© 2021 Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale
© 2015 Édition Anglais

Les publications d'IDEA International sont indépendantes de tout intérêt national ou politique. Les points de vue exprimés dans la présente publication ne reflètent pas nécessairement les opinions d'IDEA International, de son conseil d'administration ou des membres du conseil.



La version électronique de la présente publication est disponible sous Creative Commons Licence (CCL) – Creative Commons Attribution–NonCommercial–ShareAlike 3.0 Licence. Vous pouvez librement partager cette publication ou en faire des travaux dérivés uniquement à des fins non commerciales, et à condition d'en avoir correctement nommé les sources et de les diffuser sous une licence identique à celle-ci. Pour de plus amples informations sur cette licence, veuillez consulter : <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>>.

IDEA International
Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Suède
Téléphone : +46 8 698 37 00
Courriel : info@idea.int
Site Internet : <<https://www.idea.int>>

Traduction : Tsao-Yin Tu
Révision : Christèle Jany
Révision substantielle : Thibaut Noel
Conception et mise en page : IDEA International
DOI : <<https://doi.org/10.31752/idea.2021.47>>

ISBN : 978-91-7671-422-5 (PDF)

Créé avec Booktype : <<https://www.booktype.pro>>

Table des matières

Recommandations principales	6
Résumé	8
1. Introduction	11
2. Les constitutions provisoires : cadre conceptuel	13
Définition de travail	14
Accords de paix et constitutions provisoires	14
Dispositifs de gouvernance provisoire et constitutions provisoires	17
3. Les constitutions provisoires dans les contextes de conflit	19
L'analyse des données	19
La gestion des attentes	22
Les constitutions provisoires au Népal et en Somalie	22
4. Le contenu des constitutions provisoires	24
Le degré de détail	24
L'éventail des questions abordées	25
5. Le processus de rédaction d'une constitution provisoire	31
Les degrés de participation et de représentation	31
Les mécanismes d'approbation	32
Le rôle des acteurs internationaux	32

6. Conclusions	34
Références bibliographiques et lectures complémentaires	36
Remerciements	41
À propos de l'auteur	42
Autres publications d'IDEA International	43
À propos d'IDEA International	44

Recommandations principales

1. La compréhension du contexte national, et plus spécifiquement de la nature et des moteurs du conflit, de l'échiquier politique, de l'histoire politique et constitutionnelle ainsi que du rôle de la communauté internationale, constitue une étape préliminaire nécessaire pour apprécier le besoin (ainsi que les caractéristiques) d'une constitution provisoire.
2. Les constitutions provisoires post-conflit peuvent avoir des fonctions similaires à celles des accords de paix. Toutefois, elles doivent se concentrer davantage sur les valeurs et les principes ainsi que sur l'organisation et les pouvoirs des institutions étatiques durant la période de transition. Bien que les accords de paix et les constitutions provisoires se confondent parfois, ils devraient idéalement faire partie d'un processus par étapes, par lequel les constitutions provisoires consolident la paix convenue précédemment.
3. Du fait du contexte dans lequel elles ont été rédigées, les constitutions provisoires sont souvent élaborées sans la participation pleine et entière de la société civile. Néanmoins, le processus doit inclure le plus grand nombre possible de groupes ayant une visibilité sur le plan politique afin d'éviter de potentielles conséquences négatives, comme l'émergence d'acteurs contestant la légitimité du processus et s'y opposant fermement.
4. La portée des constitutions provisoires est généralement plus limitée que celle des constitutions définitives. Cela reflète une représentation plus restreinte des intérêts sociétaux lors de leur rédaction, ainsi que l'inimitié qui subsiste entre les différentes parties prenant part aux négociations. Le contenu des constitutions provisoires devrait ainsi se restreindre à ce qui est nécessaire pour lier les parties à l'accord et éviter de se mettre à dos des pans de la société qui ne sont pas à la table des négociations. Le contenu des constitutions provisoires peut être « rigide » (« sticky »). Les parties prenantes doivent avoir conscience du fait que les choix entérinés dans la constitution provisoire possèdent une certaine inertie et que le changement sera plus difficile que le maintien du statu quo dans la constitution définitive.
5. Les dispositions relatives à la rédaction de la constitution définitive devraient être les plus détaillées possible. Elles doivent inclure dans le processus davantage d'acteurs d'horizons divers et déterminer des échéances (ainsi que les procédures à suivre si elles venaient à être dépassées). Décider d'une date butoir à laquelle la constitution

provisoire expire, ainsi que de dispositions pour la prolonger, sont également de bonnes pratiques.

6. Étant donné que les processus de transition sont fluides par nature et compte tenu du niveau de participation (souvent faible) au cours des premières étapes, il est nécessaire d'inclure des procédures de révision de la constitution provisoire dont l'adoption ne requiert pas une majorité excessivement élevée.
7. Le statut juridique suprême de la constitution provisoire est essentiel pour éviter toute ambiguïté sur son caractère contraignant et pour dissuader toute tentative de violation. Le rôle des tribunaux comme garants, en particulier du processus constitutionnel, doit être soigneusement pensé. Il peut être souhaitable d'assigner ce rôle aux tribunaux lorsqu'ils bénéficient d'un haut niveau de confiance et de légitimité. Toutefois, dans d'autres contextes, cela pourrait s'avérer inefficace, voire mener à leur surpolitisation. Un certain nombre de mécanismes formels et informels peuvent être utiles pour surmonter la réticence des parties à parvenir à un compromis, tels que : la dissolution et la reformation de l'organe constituant, la rédaction de dispositions constitutionnelles très générales ou renvoyant au législateur le soin de régir une question contentieuse (« by-law clauses »), l'abaissement de la majorité nécessaire pour qu'une décision soit approuvée par le corps législatif, l'adoption de dispositions constitutionnelles temporaires (« sunset clauses »), ou encore le recours à la médiation ou à des conseillers externes.
8. Lorsque la communauté internationale a joué un rôle dominant dans le processus de paix, une constitution provisoire peut et devrait servir de mécanisme de transfert de la maîtrise de l'élaboration de la constitution à des autorités nationales tout en offrant un certain degré de garanties concernant l'inclusion politique et la gouvernance démocratique.

Résumé

Une constitution provisoire doit jouer le rôle de pont lors d'une transition, en permettant aux acteurs de passer d'un ordre constitutionnel à un autre (ou dans certains cas, de l'absence de tout ordre constitutionnel à la naissance d'un ordre constitutionnel). Les constitutions provisoires fournissent à la fois une structure institutionnelle temporaire pour gouverner et un cadre pour négocier la constitution définitive. Formellement, elles peuvent être définies comme des instruments constituants qui affirment « leur suprématie juridique pour une certaine période, en attendant l'adoption d'une constitution définitive à venir » (voir la section 2 pour une analyse détaillée de cette définition).

Les accords de paix sont généralement considérés comme des contrats établis entre des parties rivales, et conçus pour mettre fin à un conflit violent soit par un cessez-le-feu, soit par l'élaboration de nouvelles structures politiques et juridiques. Bien qu'ils présentent des points communs avec les constitutions provisoires, dans la mesure où ils peuvent eux aussi prévoir des dispositifs de gouvernement provisoire, les accords de paix n'ont pas le même statut juridique que les constitutions provisoires. Les accords de paix sont des accords politiques dont le statut juridique est contesté ou incertain, alors que les constitutions provisoires sont des instruments juridiques exécutoires. Ils diffèrent également des constitutions provisoires car ils ne mettent pas nécessairement en place un cadre pour le processus ultérieur d'élaboration d'une constitution (Bell 2006 ; Easterday 2014).

Les constitutions provisoires sont de plus en plus courantes depuis la fin de la guerre froide et ce, particulièrement dans les contextes touchés par un conflit ou post-conflit. Depuis 1990, 30 constitutions provisoires ont ainsi été adoptées dans le monde, dont 20 dans des situations de conflit (Programme de collecte de données sur les conflits de l'université d'Uppsala (UCDP), s. d.). Cette hausse s'explique notamment par le changement radical de la nature des conflits. Autrefois interétatiques, les conflits sont aujourd'hui majoritairement intraétatiques, d'où le besoin d'adopter des accords juridiquement contraignants et qui offrent le temps et l'espace nécessaires aux élites belligérantes pour négocier, afin d'arriver à un consensus suffisamment fort pour véritablement sortir du conflit.

Les constitutions provisoires, tant par leurs objectifs que par le contexte dans lequel elles s'inscrivent, diffèrent des constitutions définitives dans la mesure où certains postulats et concepts relatifs aux processus constituants classiques ne s'appliquent pas. En outre, comme elles constituent l'intermédiaire entre les accords de paix et les constitutions définitives, les constitutions provisoires méritent une analyse pluridisciplinaire touchant aux domaines d'études de la paix et des conflits, de la construction étatique et de l'État de droit.

S'agissant du processus de paix dans sa globalité, les constitutions provisoires sont généralement précédées par des accords de paix, bien que ces derniers puissent être *de facto* des constitutions provisoires. Dans certains cas, il n'existe aucun accord de paix, mais

seulement un accord pour la période de transition qui débute, alors que le conflit est toujours en cours, comme en Afghanistan, en Irak ou en Libye. Si la constitution provisoire n'est pas en mesure de mettre fin au conflit, l'accord de paix doit suivre, comme cela a été le cas au Tchad, en République démocratique du Congo ou au Togo. Bien que la majorité des constitutions provisoires aient mis en place un processus d'élaboration d'une constitution définitive, processus requérant de quelques mois à dix ans, neuf constitutions provisoires adoptées depuis 1990 sont toujours en vigueur, la plupart d'entre elles ayant été rédigées en situation de conflit.

Si la réussite d'une constitution provisoire se mesure à sa capacité à mettre fin à un conflit violent, les constitutions provisoires n'ont pas été de grandes réussites jusque-là, ou en tout cas, pas depuis la fin de la guerre froide. Toutefois, mettre fin à des violences perpétrées à grande échelle est une tâche difficile qui exige non seulement un processus constituant planifié, inclusif et minutieux, mais aussi la volonté de toutes les parties de s'impliquer dans le processus de paix. Si une telle volonté de compromis n'existe pas, une constitution provisoire ne peut aspirer qu'à (a) réduire l'étendue et l'intensité du conflit ; (b) inciter certains acteurs politiques à se conformer aux règles ; et (c) donner aux parties suffisamment de temps pour surmonter leurs différends de façon de plus en plus inclusive (Hirschl 2009 ; Ludsin 2011).

Les probabilités de réussite des constitutions provisoires dépendront de la nature du conflit et du contexte sociopolitique. Parmi les éléments clés du contexte, nous pouvons citer le niveau du conflit antérieur, la fragilité de l'accord de paix, le nombre et la diversité des principaux groupes politiques, l'existence et les capacités des institutions étatiques, la possibilité d'organiser ou non des élections, ainsi que la présence d'un garant solide, comme une organisation régionale ou les Nations Unies. Le processus d'élaboration, le contenu et la portée des constitutions provisoires peuvent être très différents selon les spécificités du contexte.

Deux aspects de l'élaboration d'une constitution provisoire requièrent une attention particulière : sa profondeur et son ampleur. Tout d'abord, il est important de réfléchir au niveau de détail adéquat. Une constitution provisoire extrêmement détaillée risque d'établir un système de gouvernement complet sans avoir pris en compte l'ensemble des acteurs sociopolitiques clés. Un texte plus limité peut accélérer le processus, mais peut également ne pas être en mesure d'encadrer suffisamment les structures de gouvernance, ni d'assurer la protection effective des droits fondamentaux, et ce, en accordant trop de poids aux normes et aux acteurs internationaux, ce qui conduit à une faible appropriation nationale. Des constitutions provisoires moins détaillées et plus brèves peuvent cependant être la seule option possible lorsqu'un conflit est en cours et que la société civile ne peut dûment participer.

Ensuite, l'étendue des questions abordées doit être évaluée lors de l'élaboration d'une constitution provisoire. Tandis que les accords de paix recouvrent généralement les questions relatives au lendemain immédiat du conflit, les constitutions provisoires se concentrent quant à elles sur les valeurs et les principes généraux, les institutions et les processus décisionnels. De plus, contrairement aux accords de paix, elles comprennent souvent des procédures de révision, des dispositions relatives au processus d'élaboration de la constitution définitive ainsi que des dispositions qui définissent le cadre institutionnel de la transition. La plupart d'entre elles peuvent également inclure des délais et des échéances relatives à l'élaboration de la constitution définitive, des mécanismes alternatifs de résolution des différends entre les parties aux négociations, ainsi que définir le séquençage des élections tout au long du processus d'élaboration constitutionnelle. Enfin, les dispositifs constitutionnels établis sur une base provisoire sont, selon toute vraisemblance, susceptibles de survivre en intégrant un cadre constitutionnel permanent, ce qui témoigne de la durabilité de leurs dispositions.

Le processus d'élaboration d'une constitution provisoire devrait institutionnaliser les dispositifs de transition, créer les conditions nécessaires pour dépasser les petits marchandages politiques en cours et instituer une constitution définitive qui réponde aux attentes et aux craintes de la population. Ainsi, il y a au moins trois questions clés à prendre en considération au cours de ce processus :

1. *Les niveaux de participation, de représentation et/ou d'inclusion.* En d'autres termes, qui décide du processus d'élaboration et qui rédige le texte ? Idéalement, les constitutions provisoires sont négociées et approuvées séparément de l'accord de paix. Les négociations portant sur la constitution provisoire doivent être plus inclusives que celles relatives à l'accord de paix, faute de quoi le processus constituant ne pourra que difficilement recueillir une large adhésion et les acteurs qui en sont exclus risquent de contester sa légitimité et de s'y opposer fermement.
2. *Les mécanismes d'approbation.* En général, c'est le même organe qui rédige et approuve la constitution provisoire. Par conséquent, il est important de s'assurer qu'il soit le plus représentatif possible.
3. *Le rôle des acteurs internationaux.* Dans les contextes de conflits, les acteurs internationaux jouent un rôle de plus en plus important dans l'élaboration des constitutions, en prodiguant des conseils sur leur contenu et en participant, de façon plus ou moins directe, au processus constituant. Les constitutions provisoires offrent à la communauté internationale à la fois la possibilité d'une stratégie de sortie et l'occasion de rester en place à titre de garant, selon sa volonté d'y investir ou non des ressources.

En résumé, le lien entre le contexte national et le choix du processus d'élaboration et du contenu a également une incidence sur les chances de réussite d'une constitution provisoire (et de l'ensemble du processus constituant). En outre, bien que le concept de réussite soit relativement flou, faire usage de constitutions provisoires apporte manifestement des avantages, étant donné leur potentiel à faciliter, à terme, le consensus sur des problèmes qui, de manière directe ou indirecte, peuvent avoir été à l'origine du conflit. Les constitutions provisoires peuvent également contribuer à une culture du constitutionnalisme (participatif) et résoudre les problèmes liés au séquençage, notamment des élections, ou encore, à l'impératif de commencer à bâtir ou à renforcer les principales institutions qui vont aider à la mise en place d'un cadre constitutionnel définitif.

1. Introduction

Les processus de réformes constitutionnelles majeurs (c'est-à-dire ceux impliquant l'élaboration d'une nouvelle constitution ou la modification substantielle d'une constitution existante) sont de plus en plus considérés comme des outils clés de gestion du conflit et comme des éléments essentiels de la consolidation de l'État. Initier un tel processus dans un État affecté par un conflit est, toutefois, extrêmement difficile¹. Des acteurs qui s'étaient engagés dans des affrontements violents sont désormais chargés de négocier le (re)cadrage et la (re)construction des mécanismes étatiques (comme, par exemple, les institutions et les procédures décisionnelles) nécessaires à une paix durable (Ludsin 2011, p. 254). Cependant, le fait de travailler dans l'ombre d'un conflit, le faible niveau de confiance ainsi que les désaccords fondamentaux à la fois sur le processus constitutionnel et le contenu de la constitution ne sont propices ni à la coopération, ni aux compromis ; or ces derniers éléments sont nécessaires à la réussite du processus constituant comme au processus de consolidation de la paix de manière générale (Elster 1995).

Depuis la fin de la guerre froide, on recourt de plus en plus souvent aux constitutions provisoires (parfois appelées « constitutions intérimaires » ou « petites constitutions » par la doctrine) ou aux systèmes de gouvernance provisoire dans les processus de transition d'une situation de conflit violent vers le rétablissement de la paix ou de transition d'un régime autoritaire vers un régime démocratique. Cela constitue un changement par rapport à la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale, durant laquelle on recourait aux constitutions provisoires surtout au lendemain d'un coup d'État (Grover, à paraître). Cette évolution s'explique principalement par le changement radical de la nature même des conflits depuis les années 1990. Les conflits interétatiques ont fait place aux conflits intraétatiques, tandis que les accords nationaux (que ce soient les accords de paix ou les constitutions provisoires) ont quasiment remplacé les traités de paix internationaux.

Par ailleurs, les constitutions provisoires sont des cadres politiques temporaires qui permettent aux élites en concurrence de continuer à négocier sur des sujets de désaccord profond dans un avenir proche (Ludsin 2011). De tels cadres politiques visent à décourager les acteurs de recourir au conflit armé pour poursuivre des objectifs politiques, notamment en offrant davantage de temps pour la négociation.

Ce document d'orientation a pour objectif de combler une lacune importante dans la littérature politique et dans la doctrine universitaire concernant les processus d'élaboration et le contenu des constitutions provisoires dans des contextes de conflit. Il vise à apporter une contribution à une littérature naissante sur les dispositifs de gouvernance de transition dans les processus constitutifs, en abordant plusieurs questions spécifiques : Comment les constitutions provisoires peuvent-elles être définies ? En quoi se différencient-elles des accords de paix et des autres dispositifs de gouvernance provisoire ? Quel est l'objectif principal des

constitutions provisoires ? Quel est leur taux de réussite ? Quels critères utiliser pour évaluer leurs caractéristiques spécifiques ? Quelles sont les caractéristiques communes à toutes les constitutions provisoires dans une situation post-conflit ?

Ce document d'orientation fait suite à un atelier organisé en décembre 2014 à l'université d'Édimbourg sur les constitutions provisoires en situation post-conflit (IDEA International 2015). L'atelier avait été coorganisé par IDEA International, le centre du droit constitutionnel d'Édimbourg et la Global Justice Academy.

Les données utilisées dans cette analyse proviennent de différentes bases de données, notamment des bases de données Constitution Writing Conflict Resolution de l'université de Princeton et la Constitute Project de l'université de Chicago. Les textes spécifiques, notamment ceux des constitutions provisoires, proviennent des sites des gouvernements concernés et des agences des Nations Unies. Les accords de paix et autres accords provisoires sont issus, entre autres, de la base de données onusienne Peacemaker et de la Peace Accords Matrix (Matrice des accords de paix) de l'université de Notre-Dame, en Indiana.

Le présent document d'orientation est structuré de la façon suivante : la section 2 esquisse un cadre conceptuel qui propose une définition des constitutions provisoires et explique ce qui les distingue des accords de paix et autres accords provisoires, la différence principale étant la valeur juridique et le caractère exécutoire des constitutions provisoires. La section 3 se penche sur la diversité des constitutions provisoires établies depuis les années 1990, tant en termes de structure que de rôles joués dans les processus de consolidation de la paix. Dans la section 4, les constitutions provisoires sont appréhendées en termes de niveau de détail et d'étendue des sujets traités, à travers des exemples spécifiques et une approche comparative. La section 5 porte sur le processus d'élaboration des constitutions provisoires. La sixième et dernière section présente les conclusions.

Notes

1. Ce document d'orientation utilise de façon indifférenciée les expressions « affecté par un conflit » (et autres variantes) et « post-conflit », considérant que la définition de « post-conflit » n'est pas parfaitement claire. En effet, dans la plupart des cas, il n'est pas possible de délimiter nettement les phases de conflit actif et post-conflit. Par ailleurs, parler de fin des hostilités « actives » peut seulement signifier que le conflit en question est terminé, sans que ses causes profondes aient été identifiées ni résolues par des mécanismes constitutionnels.

2. Les constitutions provisoires : cadre conceptuel

Les processus de réformes constitutionnelles majeurs (c'est-à-dire ceux impliquant l'élaboration d'une nouvelle constitution ou bien la modification substantielle d'une constitution existante) dans un contexte de conflit sont des éléments essentiels du programme de consolidation de la paix et de l'État. Idéalement, le processus constituant introduit des mécanismes qui permettront à des groupes rivaux de résoudre leurs différends par des moyens pacifiques, ce qui contribue à la consolidation de la paix et à la prévention des conflits sur le long terme. Il vise également à consolider la paix sur le court terme et à prévenir de futures montées de violence de façon durable (Cousens, Kumar et Wermester 2001 ; Malone et Wermester 2000, p. 46 ; Ludsin 2011, p. 242).

Idéalement, l'élaboration démocratique d'une constitution établit un cadre institutionnel inclusif pour l'application de nouvelles dispositions constitutionnelles, tout en encourageant les élites politiques à mener le pays vers une paix durable (Paris et Sisk 2009 ; Call 2012). Les processus constituants en situation de conflit peuvent prendre différentes formes, selon le contexte politique et la nature du conflit. Il est par exemple possible de faire la distinction entre :

- les accords de paix qui comprennent la version définitive de la constitution, comme en Bosnie-Herzégovine (1995) ;
- les accords de paix comportant une constitution provisoire dans le cadre d'un processus constituant plus large, comme au Rwanda (1993) et en République démocratique du Congo (RDC, 2003) ;
- les révisions de constitutions préexistantes, précédées ou non d'accords de paix, comme au Libéria (2011) et en Sierra Leone (à venir) ;
- les accords de paix qui comprennent ou représentent des dispositifs de gouvernance provisoires tels qu'au Cambodge (1991), en Afghanistan (1993) ou au Libéria (2003) ;
- les accords établissant des systèmes de gouvernance provisoire (distincts des accords de paix), comme en Angola (1992), au Timor oriental (2002) ou au Yémen (2011) ;
- les constitutions provisoires (distinctes des accords de paix), comme en Somalie (2004), au Soudan (2005), au Népal (2007) et au Soudan du Sud (2011).

Généralement, les décideurs politiques ne choisissent pas délibérément le type de processus constitutionnel à mettre en œuvre. Plus concrètement, ils ne décident pas délibérément de rédiger une constitution provisoire (ou toute autre forme de dispositif constitutionnel provisoire). Ce sont plutôt les circonstances politiques (à savoir le contexte historique et les contraintes plus immédiates telles que des différends insurmontables qui demandent du temps pour être résolus) qui dictent la forme du processus.

Définition de travail

L'objectif premier des constitutions provisoires est de servir de pont durant un processus de transition, afin de pouvoir passer d'un ordre constitutionnel à un autre. Elles prévoient une structure institutionnelle temporaire pour gouverner durant la période de transition ainsi qu'un cadre pour négocier la constitution définitive. Elles sont, par ailleurs, exécutoires (contrairement à la plupart des accords de paix)¹. Dans le présent document d'orientation, une constitution provisoire est définie comme un outil constituant qui affirme sa suprématie juridique pour une certaine période, en attendant l'adoption d'une constitution définitive². Ainsi, elle peut être comprise comme étant un « outil constituant » car elle instaure des structures gouvernementales (de transition). Par ailleurs, elle (a) affirme sa suprématie juridique, qui est formellement établie dans le texte ; (b) est limitée dans le temps ; et (c) prévoit un processus constitutionnel à venir.

Sur la base de cette définition, le tableau 2.1 recense 30 constitutions provisoires adoptées depuis la fin de la guerre froide, ce qui recouvre une myriade de textes divers, comme des chartes de transition, des constitutions provisoires, des accords constitutionnels ou encore des déclarations intérimaires³.

Accords de paix et constitutions provisoires

Les accords de paix sont généralement considérés comme des contrats établis entre parties rivales, dont l'objectif est de mettre fin à un conflit violent par un cessez-le-feu et/ou transformer un conflit de façon substantielle en créant de nouvelles structures politiques et juridiques, afin de préparer le terrain pour un processus constituant (Bell 2006, p. 374 ; Bell 2008, p. 200 ; Easterday 2014, p. 379 ; Samuels 2009, p. 175). Ils endossent parfois le rôle de constitutions provisoires, ce qui rend la distinction entre les deux parfois difficile. Les accords sur le Rwanda en 1993 et sur le Soudan en 2005 sont des exemples d'accords de paix devenus, à terme, des constitutions provisoires.

De manière générale, les accords de paix sont plus restreints que les constitutions provisoires, tant en termes de processus d'élaboration (à savoir qui sont les acteurs à la table des négociations) que sur le fond (à savoir les intérêts qui y sont incorporés). En outre, les accords de paix ont souvent un calendrier plus serré que les constitutions provisoires pour mettre en place le processus de transition. Enfin, lorsque les accords de paix se différencient clairement des constitutions provisoires ou de tout autre dispositif constitutionnel, ils peuvent se concentrer sur des intérêts plus étroits, dans le but d'apaiser les violences, soit en accédant à certaines des demandes des acteurs violents, soit en leur faisant des offres intéressantes en nature.

Tableau 2.1. Constitutions provisoires, de 1990 à nos jours

Pays	Intitulé du texte	Période de validité
Lituanie	Loi fondamentale provisoire	1990-1992
Éthiopie	Charte de la période de transition de l'Éthiopie	1991-1995
Tchad	Charte nationale de la transition	1991-1996
Albanie	Loi relative aux principales dispositions constitutionnelles	1991-1998
Togo	Constitution provisoire	1992
Pologne	Petite Constitution	1992-1997
Érythrée	Décrets 22/1992 et 23/1992	1992- aujourd'hui
Rwanda*	Accords d'Arusha	1993-2003
Afrique du Sud	Constitution provisoire de la République d'Afrique du Sud	1994-1997
République démocratique du Congo (RDC)	Acte constitutionnel de la transition du 09 avril 1994	1994-1997
Ukraine	Accord constitutionnel	1995-1996
Burundi	Constitution nationale de transition et Acte constitutionnel de transition	1998-2001
Burundi	Constitution de transition de la République du Burundi (selon le Protocole I, chapitre II (Réforme constitutionnelle) et le Protocole II, Chapitre II, art. 15 (Institutions de transition) de l'accord de paix et de réconciliation d'Arusha pour le Burundi)	2001-2004
Afghanistan	Accord définissant les dispositions provisoires applicables en Afghanistan en attendant le rétablissement d'institutions étatiques permanentes (Accord de Bonn)	2001
Kosovo	Cadre constitutionnel pour une administration autonome provisoire	2001-2008
RDC*	Constitution de la transition de la République démocratique du Congo	2003-2006
Irak	Loi pour l'administration de l'Irak pendant la période de transition ou Loi administrative de transition	2004-2005
Somalie	Charte fédérale de transition de la République somalienne	2004-2012
Soudan	Constitution nationale provisoire de la République du Soudan	2005- aujourd'hui
Thaïlande	Constitution du Royaume de Thaïlande	2006-2007
Népal	Constitution provisoire du Népal	2007-2015
Madagascar	Charte de la transition	2009-2010
Égypte	Constitution provisoire de la République arabe d'Égypte ou Déclaration constitutionnelle de 2011	2011-2012
Libye	Déclaration constitutionnelle provisoire de la Libye	2011- aujourd'hui
Soudan du Sud	Constitution de transition de la République du Soudan du Sud	2011- aujourd'hui

Pays	Intitulé du texte	Période de validité
Yémen	Accord sur la mise en place d'un mécanisme pour le processus de transition au Yémen, conformément à l'initiative du Conseil de coopération du Golfe	2011- aujourd'hui
Somalie	Constitution provisoire de la République fédérale de Somalie	2012- aujourd'hui
République centrafricaine	Constitution/Charte constitutionnelle de transition de la République centrafricaine	2013- aujourd'hui
Burkina Faso	Charte de la transition du Burkina Faso	2014
Thaïlande	Constitution du Royaume de Thaïlande	2014- aujourd'hui

Désigne des constitutions provisoires qui sont soit des accords de paix incluant des constitutions provisoires, soit des « accords de paix constitutionnels ».

Remarque : une liste de liens vers les textes des constitutions provisoires est disponible sur le site ConstitutionNet, <<https://constitutionnet.org/event/workshop-role-interim-constitutions-post-conflict-settings-4-5-december-2014-edinburgh>>.

Par ailleurs, les accords de paix sont d'une nature juridique contestée, ou tout du moins incertaine. La mise en œuvre des accords de paix dépend principalement du consentement volontaire et continu des parties, éventuellement encouragées par des garants tiers (Bell 2006, p. 384, 400 ; Abbot *et al.* 2000). De plus, si le conflit a lieu sur le territoire d'un seul État, l'accord de paix ne peut être appliqué que si (a) toutes les parties reconnaissent la légitimité des tribunaux locaux, (b) les forces armées sont capables d'assurer l'application de l'accord – ce qui est une prémisse bien peu probable dans la plupart des contextes affectés par un conflit –, et/ou (c) l'accord de paix possède une suprématie juridique, et devient ainsi, de fait, un accord constitutionnel.

La valeur normative d'un accord de paix est un facteur important pour son respect. D'une part, la normativité d'un tel accord peut entacher sa réputation en cas de non-respect. D'autre part, l'ambiguïté qui entoure son caractère juridiquement contraignant peut dissuader les parties de s'engager (Bell 2006, p. 386). Depuis 1990, certains États ont contourné les problèmes liés à la valeur normative des accords de paix et à leur applicabilité en négociant ou élaborant immédiatement des constitutions provisoires (p. ex. en Éthiopie en 1991, au Togo en 1992, en RDC en 1994 puis en 1997, au Burundi en 1996 et en 1998, en Irak en 2004, et en Libye en 2011).

D'autres pays ont établi des dispositifs de gouvernance provisoire dans le cadre d'une constitution existante. Depuis la fin de la guerre froide, quatre pays au moins (Algérie (1994-1997), Mauritanie (2009), Madagascar (2011-2014) et Mali (2012-2013)) ont établi des dispositifs provisoires avant (et indépendamment de) tout accord de paix : bien que dénués de suprématie juridique, ces dispositifs provisoires étaient applicables pour une période limitée sur le fondement d'une constitution existante. En l'absence d'un accord de paix, la déclaration constitutionnelle d'Égypte de 2013 affirme également la suprématie juridique des « lois et règlements » promulgués précédemment (art. 32), tout en permettant l'amendement ou l'abrogation de ces dispositions.

En résumé, les deux facteurs qui différencient le plus nettement les constitutions provisoires des accords des paix sont d'une part, le fait que les constitutions provisoires ont un plus haut degré d'inclusivité, tant en termes de processus d'élaboration que de contenu, et d'autre part, qu'elles ont un fondement juridique et un caractère exécutoire. Quant aux accords de paix, s'ils sont indépendants du cadre constitutionnel existant, ils peuvent tout au plus avoir un statut juridique, mais leur application dépendra surtout du soutien de parties

tières. Ces deux types de textes sont par nature provisoires et ont un objectif commun : mettre fin au conflit et servir de nouveau contrat social entre l'État et la société.

Ces différences et similitudes sont la raison pour laquelle le Népal a décidé d'inclure des passages de son accord de paix dans l'annexe de sa Constitution provisoire (pour que l'accord de paix puisse continuer à être appliqué durant la phase initiale de transition), et la raison pour laquelle d'autres États contournent tout simplement les négociations pour un accord de paix en se lançant directement dans la rédaction d'une constitution.

Dispositifs de gouvernance provisoire et constitutions provisoires

Les dispositifs ou systèmes de gouvernance provisoire sont le résultat (temporaire) de négociations politiques dont le but est d'aider un État à traverser une transition donnée. En nous fondant sur la définition donnée plus haut d'une constitution provisoire, les dispositifs de gouvernance provisoire peuvent mettre en place des structures gouvernementales mais sont dépourvus de suprématie juridique (formelle), et ne préparent pas forcément le terrain pour un processus de réforme constitutionnel.

Les accords de paix ont notamment de plus en plus tendance à comprendre des dispositifs provisoires, en ceci qu'ils définissent des cadres pour de nouvelles structures politiques et juridiques. En outre, dans les processus de pacification, les systèmes de gouvernance provisoire font souvent partie des accords de paix, ou en sont l'équivalent.

Puisque les accords de paix sont dépourvus de suprématie juridique formelle, leur respect et leur mise en œuvre dépend du consentement volontaire des parties, et ce, dans une mesure bien plus importante que pour les constitutions provisoires. En outre, l'application des accords de paix et des dispositifs provisoires repose avant tout sur leur respect par les parties, qui lui, dépend d'un certain nombre de facteurs, comme par exemple leur engagement à respecter l'accord, ainsi que la capacité et la légitimité du système judiciaire et des forces armées à faire respecter les accords⁴. Il en va néanmoins de même pour les constitutions provisoires.

Ces éléments expliquent que les chercheurs spécialisés dans la consolidation de la paix ont toujours évité d'établir une distinction claire entre les accords de paix (et dispositifs provisoires) et les constitutions provisoires. Leur contenu dépend indubitablement du contexte spécifique dans lequel ils s'inscrivent et peut sortir des catégories prédéfinies. Les accords de paix peuvent parfois être en contradiction avec les méthodes constitutionnelles de réconciliation, dans la mesure où ils sont le résultat de négociations politiques de paix (Easterday 2014, p. 392). Dans d'autres situations, ils peuvent préparer le terrain pour un processus de justice transitionnelle et des mécanismes de réconciliation (ultérieurs), qui mèneront à une constitution finale (Teitel 2000, p. 191). Une logique similaire s'applique aux constitutions provisoires.

Le présent document d'orientation distingue toutefois les constitutions provisoires d'une part, et les accords de paix et dispositifs provisoires d'autre part. Contrairement à ces deux derniers, la force des constitutions provisoires réside dans leur valeur normative et leur caractère exécutoire. Cette distinction a été établie pour deux raisons : (a) maintenir une clarté conceptuelle ; et (b) décrire le processus d'élaboration et le contenu, les objectifs et les facteurs de succès des constitutions provisoires.

Notes

1. Bien entendu, aucune constitution n'est jamais « définitive ». Le terme est utilisé ici pour parler d'un accord constitutionnel censé perdurer de façon indéfinie, sans qu'il soit prévu de le remplacer.
2. La version originale de cette définition stipule : « Une constitution provisoire est un outil constituant qui marque une rupture juridique majeure avec l'ordre constitutionnel en place et qui affirme sa suprématie juridique pour une période donnée, en attendant l'adoption d'une constitution définitive ou d'un accord sur le statut juridique d'une entité » (Grover, à paraître). La définition que nous utilisons est le résultat d'échanges de courriels qui ont eu lieu entre le 31 mars et le 1^{er} avril 2015 entre Christine Bell, Sumit Bisarya, Tom Ginsburg, Cheryl Saunders, Christie Warren, Asanga Welikala et l'auteur de ce document. En décidant de ne pas utiliser le dernier tronçon de la définition originale (« un accord sur le statut juridique d'une entité »), notre analyse exclut de façon explicite les cas d'élaboration de constitutions au niveau infranational, comme cela a été le cas avec Bougainville (1994), le Somaliland (1997), le Soudan du Sud (2005) et le Bangsamoro (2012), et met de côté cette catégorie de constitutions/dispositifs provisoires pour revenir dessus dans une autre publication.
3. Les constitutions provisoires de l'Arménie, de la Croatie, de l'ex-république yougoslave de Macédoine, de la Géorgie et de la Slovénie n'ont pas été incluses. Dans les pays issus de l'ex-Yougoslavie, les constitutions provisoires étaient des amendements apportés à la Constitution yougoslave. En Arménie, d'après la base de données de Princeton sur la rédaction constitutionnelle et la résolution des conflits, une série de documents adoptés en 1991, dont la Déclaration d'indépendance, complétée par des lois sur la présidence, le Soviet suprême et la structure du gouvernement, faisait office de constitution provisoire. Toutefois, il n'y avait pas de document unique formalisé. Pour ce qui est de la Géorgie, le document original n'était pas disponible. Le cas de la Hongrie, également très intéressant, n'est pas non plus pris en compte car sa constitution provisoire de 1989 est devenue permanente après l'échec de la « deuxième étape » de la rédaction (Arato et Miklósi 2010, p. 351).
4. Bell (2006, 2008) définit les « constitutions accords de paix » (ou « accords de paix constitutionnels » (Easterday 2014 : 379)) comme des processus qui peuvent comprendre un accord de cessez-le-feu, un accord de paix global (susceptible d'inclure des dispositifs provisoires), une constitution provisoire, une constitution définitive ou l'ensemble des éléments précités.

3. Les constitutions provisoires dans les contextes de conflit

Cette section utilise des données quantitatives afin de montrer la diversité des constitutions provisoires post-1990 et le fait que leur succès dépend d'un certain nombre de facteurs historiques et structurels spécifiques au pays concerné (Miller 2010, p. 601). Les sous-parties suivantes abordent la question des choix relatifs au processus d'élaboration et au contenu des constitutions provisoires.

L'analyse des données

Depuis 1990, 30 constitutions provisoires ont été adoptées dans le monde : 19 en Afrique, six en Asie et cinq en Europe (voir Tableau 3.1). Parmi elles, 20 sont nées dans ce que le Programme de collecte de données sur les conflits de l'université d'Uppsala (UCDP) définit comme « un contexte de conflit » (ou 18 si l'on n'inclut ni l'Éthiopie ni l'Érythrée car ces deux pays étaient engagés dans des conflits interétatiques et non intraétatiques). L'UCDP définit un conflit actif comme un conflit dans lequel on décompte plus de 25 morts provoqués par des combats par année calendaire dans une des parties au conflit, en prenant en compte à la fois les belligérants étatiques et non-étatiques.

Les dix constitutions provisoires restantes ont émergé de transitions généralement pacifiques (bien que parfois turbulentes), dont des changements de régimes post-soviétiques (p. ex. en Lituanie en 1990, en Albanie en 1991, en Pologne en 1993 et en Ukraine en 1995), des transitions démocratiques (comme en Afrique du Sud en 1991), des coups d'État (à Madagascar en 2009, au Burkina Faso en 2014 et en Thaïlande en 2006 et 2014) et autres (comme en RDC en 1994 et en Égypte en 2011).

Tableau 3.1 Quatre catégories de constitutions provisoires en contexte de conflit

Constitutions provisoires non précédées d'accords de paix	Afghanistan 2001a Irak 2004 Libye 2011
Accords de paix constituant de facto des constitutions provisoires	Rwanda 1993 RDC 2003 Yémen 2011
Accords de paix qui ont suivi des constitutions provisoires	Tchad 1991 Togo 1992 RDC 1997
Constitutions provisoires qui ont suivi des accords de paix	Burundi 1996 et 2001 Kosovo 1999 Somalie 2004 et 2012 Soudan 2005 Népal 2007 Soudan du Sud 2011 République centrafricaine 2013b (Afrique du Sud 1991)c

Remarques:

1. L'accord de Bonn pour l'Afghanistan de 2001 est un accord sur « les dispositions provisoires en Afghanistan, dans l'attente du rétablissement des institutions gouvernementales permanentes », qui fonctionnait comme constitution provisoire et, présumant de la défaite des Talibans, ne mettait pas fin au conflit (Ludsin 2011, p. 304).
2. Dans le cas de la République centrafricaine, un accord de cessez-le-feu avait suivi la constitution provisoire.
3. L'Afrique du Sud, bien que n'ayant pas été nécessairement en conflit, aurait pu faire partie de cette catégorie car les parties s'étaient entendues sur un accord national de paix en 1991 afin de prévenir les violences et de garantir la réussite de la transition.

Une liste de liens vers les textes des constitutions provisoires est disponible sur le site ConstitutionNet, <<http://www.constitutionnet.org/event/workshop-role-interim-constitutions-post-conflict-settings-4-5-december-2014-edinburgh>>.

Le Tableau 3.1 classe les constitutions provisoires adoptées dans un contexte de conflit en quatre catégories distinctes. En bref, la moitié de ces constitutions provisoires ont été précédées par un accord de paix ; trois accords de paix constituaient *de facto* des constitutions provisoires ; et six constitutions provisoires n'ont pas été précédées d'accords de paix (trois d'entre elles ont mené à la signature d'un accord de paix après la constitution provisoire). En Irak et en Afghanistan, l'occupation par des forces étrangères peut expliquer l'absence d'accord de paix, tandis qu'en Libye la transition était déjà amorcée lorsque les parties ont décidé de négocier un accord de paix.

Plus de la moitié (18) des 30 constitutions provisoires ont contribué à un processus constituant ayant abouti à la rédaction d'une constitution définitive¹. Dans certains cas, deux constitutions provisoires ont été nécessaires avant de pouvoir aboutir à une constitution définitive. Ainsi, au Burundi, les parties se sont entendues en 1998 sur la Constitution nationale de transition, puis sur la Constitution de la transition de 2001. La RDC a, quant à elle, approuvé une constitution de transition en 1994, remplacée en 1997 par un décret-loi, remplacé à son tour en 2003 par la Constitution provisoire « finale ». La Somalie a également eu deux constitutions provisoires consécutives (la Charte fédérale de transition de 2004, suivie de la Constitution provisoire de 2012), dont la seconde est toujours en vigueur.

Une majorité de constitutions provisoires ont permis le lancement rapide, sinon immédiat, d'un processus d'élaboration d'une constitution définitive et de son adoption, en l'espace d'un ou deux ans, comme cela a été le cas en Égypte, en Irak, en Lituanie, à Madagascar, en Thaïlande, au Togo et en Ukraine. Certaines ont pris davantage de temps (jusqu'à 5 ans), comme en Afghanistan, en Afrique du Sud, en Éthiopie, en Pologne et au Tchad. En Albanie, au Burundi, au Kosovo et au Népal, le processus a demandé jusqu'à 8 ans. Seuls la

RDC et le Rwanda ont eu besoin de plus de 10 ans pour élaborer une constitution définitive. Toutefois, neuf constitutions provisoires adoptées depuis 1990 (un tiers d'entre elles) sont toujours en vigueur². Hormis en Érythrée (1992) et en Thaïlande (2014), toutes les constitutions provisoires encore en vigueur ont été élaborées en situation de conflit et représentent environ la moitié de l'ensemble des constitutions provisoires élaborées dans un tel contexte depuis 1990.

Ludsin (2011, p. 303-304) mentionne trois difficultés qui expliquent pourquoi un certain nombre de constitutions provisoires retardent le processus constituant et/ou restent en vigueur plus longtemps que prévu : (a) un processus hâtif qui n'accorde pas suffisamment de temps aux parties pour apaiser les passions et négocier ; (b) la réticence d'une ou plusieurs parties à parvenir à un compromis, la paralysie du processus pouvant être perçue comme étant plus bénéfique ; et (c) un refus de céder le pouvoir de rédaction à la population (voir également Samuels 2006). Nous pourrions ajouter une quatrième difficulté : la faiblesse des institutions existantes, qui sont ainsi incapables d'appliquer les accords et de contribuer à la légitimité à la fois du processus constituant et de l'État.

La question de savoir si un processus en plusieurs étapes sera bénéfique à un pays en proie à un conflit dépend beaucoup de la volonté des parties belligérantes à parvenir à un compromis, ainsi que de leur capacité à concevoir un processus final qui permette d'éviter ces tensions. Plus le cessez-le-feu est fragile, plus l'équilibre des pouvoirs entre parties rivales est inégal, et plus il est facile pour les négociateurs ou rédacteurs de concevoir un processus qui mine les avantages d'un processus constituant ou de rétablissement de la paix en plusieurs étapes. Par exemple, lorsque les risques d'un regain de violence sont importants, les artisans de la paix sont plus susceptibles de prôner un processus de rédaction final rapide. (Ludsin 2011, p. 299)

De telles difficultés se traduisent par le fait que 14 des 18 à 20 pays où des constitutions provisoires ont été adoptées dans un contexte conflictuel soit sont retombés dans le conflit, soit n'ont jamais connu de véritable accalmie. Par ailleurs, sept des neuf constitutions provisoires toujours en vigueur (au Burkina Faso, en Libye, en République centrafricaine, en Somalie, au Soudan, au Soudan du Sud et au Yémen) ont été rédigées en situation de conflit. Dans cinq de ces pays (Libye, République centrafricaine, Somalie, Soudan du Sud et Yémen), le conflit a repris ou n'a jamais cessé.

D'autres pays, comme l'Afghanistan, l'Irak, la RDC et le Tchad, ont réussi à approuver une constitution définitive après une période de transition mais sont retombés dans le conflit ou n'ont jamais connu d'apaisement. L'Afghanistan n'a jamais cessé d'être en guerre depuis 1946 (UCDP, s. d.). Malgré le fait que les Talibans aient été chassés du pouvoir en 2001, et en dépit de l'adoption d'une constitution provisoire (2001-2004) puis d'une constitution définitive, le conflit n'a pas cessé. De même, malgré une constitution provisoire éphémère (2004-2005) et une constitution définitive depuis 2005, l'Irak est embourbé dans un conflit depuis que les États-Unis et leurs alliés ont occupé son territoire.

Au Tchad, la dernière phase de la guerre civile a commencé en 2005 et s'est terminée en 2010. La guerre civile en RDC a duré de 1997 à 2003, année au cours de laquelle la dernière constitution provisoire a été approuvée. Toutefois, le conflit a perduré dans la partie orientale du pays jusqu'en 2012. Au Rwanda, le génocide a commencé peu après la signature des accords d'Arusha en 1993, tandis que la guerre civile qui a sévi pendant 12 ans au Burundi s'est achevée peu avant l'approbation par référendum d'une constitution permanente.

La gestion des attentes

Il résulte de ce qui précède que les constitutions provisoires ne sont pas une panacée puisque la plupart des pays affectés par un conflit qui ont connu ce que Ludsin (2011) appelle un « processus en plusieurs étapes » (qui comprend une constitution provisoire intégrée dans un processus constituant plus large) n'ont pas réussi à gérer le conflit ni à y mettre fin.

Une telle analyse repose toutefois sur un seul critère de mesure de la réussite des constitutions provisoires, à savoir celui de mettre fin à la violence.

Une autre conclusion possible est celle selon laquelle mettre fin aux violences à grande échelle est une tâche difficile qui requiert non seulement un processus constituant rigoureux, inclusif et bien planifié, mais aussi la volonté de chacune des parties de s'engager dans le processus de paix. Si elles ne sont pas prêtes pour un compromis, un processus comprenant une constitution provisoire peut, à court et moyen terme, « seulement » aspirer à (a) réduire l'ampleur et l'intensité du conflit (ce qui est, en soi, déjà une grande avancée) tout en permettant la poursuite des négociations ; (b) encourager certains acteurs politiques à suivre les règles, et ainsi renforcer la légitimité du processus de transition et de l'État ; et (c) accorder aux parties suffisamment de temps pour résoudre leurs différends d'une façon de plus en plus inclusive (voir Hirschl 2009 ; Ludsin 2011, p. 252).

En outre, il est nécessaire de mesurer la réussite de toute constitution provisoire à la lumière du contexte d'origine dans le pays en question (Samuels et Wyeth 2006). Pour dire les choses sans ménagement, l'Afrique du Sud n'est pas la Somalie, et le Yémen n'est pas le Népal. Les attentes en termes de réussite doivent rester en prise avec la réalité sur le terrain.

Les constitutions provisoires au Népal et en Somalie

Le Népal a réussi à négocier et à appliquer un Accord global de cessez-le-feu, qui a mis fin à dix ans de guerre civile (1996-2006) et a initié un processus d'élaboration constitutionnelle. Ce processus a commencé par l'approbation d'une constitution provisoire négociée et l'organisation d'élections à une assemblée constituante (AC) de 601 membres en juin 2007.

L'AC avait été chargée de rédiger la constitution définitive dans un délai de deux ans. Bien que ce délai ait été prorogé quatre fois avant la dissolution de la première AC en mai 2012, et avant que la deuxième assemblée ait échoué à proposer un projet de constitution définitive avant l'échéance fixée à février 2015, le processus a permis d'éviter que le dialogue politique (ou des luttes intestines) ne provoque des flambées de violences (Suhrke 2014 ; International Crisis Group 2012 ; Jaiswal 2015, p. 5). Une constitution définitive a enfin été approuvée en septembre 2015.

En revanche, en Somalie, véritable paradigme d'État fragile, deux constitutions provisoires consécutives (en 2004 puis en 2012) ont réussi à faire revenir à chaque fois certaines parties à la table des négociations et leur ont permis de s'engager, partiellement, dans des structures gouvernementales émergentes, dans un effort de trouver des solutions aux problèmes auxquels elles étaient confrontées (Bradbury et Healy 2010 ; Ainte 2014).

Le nombre de morts imputées aux combats a diminué en Somalie dans les périodes précédant ou suivant l'approbation d'une constitution provisoire. Il est ainsi passé de 8 009 en 1991 à 0 en 2004, puis de 1 587 en 2007 et de 2 006 en 2012 (après l'émergence de l'Union des tribunaux islamiques puis des *al-Shabab*) à 896 en 2013 (Banque mondiale, s. d.).

Sans affirmer l'existence d'une corrélation, il est possible que les négociations et l'approbation des deux constitutions provisoires en Somalie aient contribué au processus de consolidation de la paix en cours, en l'absence d'un processus constituant plus approfondi et définitif.

Cependant, des défaillances dans le processus constituant ont clairement contribué au manque de légitimité de ce dernier et donc à son incapacité (jusqu'alors) à établir une paix durable. Ces défaillances comprennent un soutien international parfois écrasant pour les acteurs locaux, l'exclusion de partis politiques et de groupes issus de la société civile, les retards dans l'établissement de commissions indépendantes sur certaines questions spécifiques comme les droits humains ou le fédéralisme, et enfin, le manque de transparence et la précipitation dans lesquels est mené le processus de sélection des membres de l'Assemblée nationale constituante.

4. Le contenu des constitutions provisoires

Lors des négociations portant sur le contenu d'une constitution provisoire, il est nécessaire de prendre en compte deux éléments principaux : le degré de détail et l'éventail des questions abordées.

Le degré de détail

Si la constitution provisoire tente de traiter trop de questions à la fois (et de façon trop détaillée), cela peut freiner la progression vers une constitution définitive. Une constitution provisoire très détaillée risque d'établir un système de gouvernement complet sans inclure l'ensemble (ou la plupart) des acteurs sociopolitiques clés (Ludsin 2011). Un texte plus court et d'une portée plus limitée réduit les coûts des opérations de création et de révision des constitutions provisoires et peut garantir un processus de paix plus rapide. Toutefois, un tel choix comporte également des risques. Si un texte est trop succinct, et peut-être trop dépendant d'un ensemble de normes internationales, il peut ne pas inclure l'ensemble des parties concernées dans le projet constitutionnel, ce qui peut engendrer une faible appropriation nationale et un manque d'adhésion. Par ailleurs, selon leurs capacités générales, les institutions existantes peuvent manquer de pouvoir de contrainte sur les structures gouvernantes de transition, et ne pas être en mesure d'assurer une garantie suffisante des droits fondamentaux.

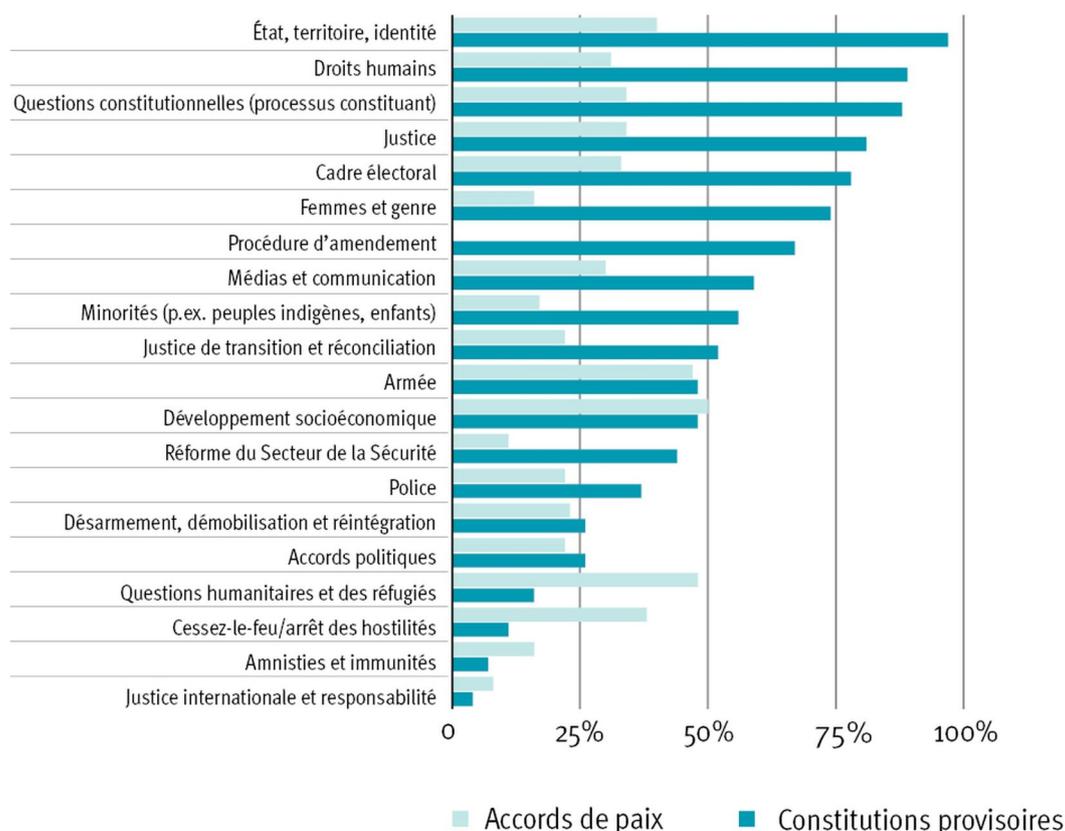
« La densité » d'une constitution provisoire ne dépend pas forcément des questions de fond qu'elle aborde mais plutôt du niveau de détail de ses dispositions. Sur les 30 constitutions provisoires analysées dans cette étude, les moins denses sont soit des décrets présidentiels/militaires unilatéraux (p. ex. en Égypte et en Thaïlande), soit des textes rédigés durant des conflits actifs (p. ex. en Afghanistan et en Libye).

En général, l'idéal est d'avoir un accord de paix couplé à un cessez-le-feu déjà en application avant d'entamer les négociations constitutionnelles. Toutefois, lorsque le conflit fait rage et que la population ne peut dûment prendre part au processus (qu'il y ait eu ou non un accord de paix préalable), la constitution provisoire se doit d'être courte. Elle devrait accorder la marge de manœuvre nécessaire pour mettre fin au conflit, apaiser les passions et associer progressivement la population au débat constitutionnel, sans statuer sur davantage de questions que nécessaires. Elle devrait également à la fois créer un sentiment d'appartenance nationale et faire comprendre l'importance de parvenir à un accord plus inclusif et durable autour d'une constitution définitive.

L'éventail des questions abordées

Outre « la densité » du texte, l'éventail des sujets couverts est également à prendre en considération lors de la conception de constitutions provisoires. En utilisant les catégories établies par la base de données onusienne Peacemaker (ONU s. d.) et en parallèle des travaux d'Easterday (2014, p. 388-390), notre étude compare et analyse le contenu et les thèmes abordés d'une part par les 30 constitutions provisoires dans leur ensemble, et d'autre part par les accords de paix. Les résultats sont présentés dans la Figure 4.1.

Figure 4.1. Les thèmes centraux des accords de paix et des constitutions provisoires



Source : Easterday (2014) et propres données de l'auteur. Tous les chiffres sont exprimés en pourcentage.

Remarque : Il est nécessaire de faire preuve d'une certaine prudence vis-à-vis de ce graphique. Tout d'abord, le nombre en valeur absolue de textes examinés varie de façon assez substantielle (notons par exemple la disparité entre les 750 textes relatifs aux accords de paix et les 30 constitutions provisoires). Deuxièmement, l'auteur du présent document d'orientation a indexé les 30 constitutions provisoires selon des critères pouvant différer de ceux de la base de données onusienne Peacemaker. Troisièmement, les pourcentages ne sont donnés qu'à titre indicatif, bien que le poids relatif soit révélateur des thèmes centraux les plus communément abordés par chaque type de texte. Quatrièmement, les « questions constitutionnelles » des constitutions provisoires se réfèrent aux questions relatives au processus constituant, tandis que dans les accords de paix, elles font référence à des questions constitutionnelles d'ordre général. Cinquièmement, la catégorie « Amendement » était absente de la classification d'Easterday, mais aussi de l'ensemble des accords de paix post-1990 examinés pour notre étude, alors qu'elle semblait être un élément important dans certaines constitutions provisoires. Sixièmement, alors qu'Easterday n'avait pris en considération que le « partage des pouvoirs », notre étude a élargi cette catégorie en l'appelant « accords politiques », qui comprennent également la désignation directe des parties ou de personnes à des fonctions spécifiques du gouvernement.

Les données présentées dans la Figure 4.1 montrent que les accords de paix, en termes relatifs, se concentrent majoritairement sur les questions liées à la période suivant immédiatement la fin du conflit, comme le cessez-le-feu, l'arrêt des hostilités, les questions humanitaires et celles touchant aux réfugiés, aux amnisties et aux immunités. En revanche, les constitutions provisoires tendent plutôt à inclure les questions liées au processus initial de construction de l'État (telles que les principes et les valeurs que sont le statut d'État, le territoire et l'identité, ainsi que les droits humains), aux institutions ou aux processus de gouvernance (comme la justice ou le cadre électoral).

En outre, deux tiers des constitutions provisoires comprennent des procédures de révision, tandis que pratiquement aucun accord de paix n'en prévoit. Toutes les constitutions provisoires contiennent également des clauses qui définissent le cadre institutionnel dans lequel devra s'inscrire la période de transition, alors que seul un accord de paix sur sept comprend aussi de tels « arrangements* politiques de transition », qui comportent des dispositions concernant le gouvernement provisoire, le gouvernement de transition, les gouvernements d'unité nationale, les mesures temporaires ainsi que les institutions et mécanismes de transition. Enfin, la totalité des constitutions provisoires abordent les questions relatives au processus d'élaboration de la constitution définitive qui va suivre, contre seulement un tiers des accords de paix.

Les sous-parties suivantes se penchent sur la possibilité de modifier les constitutions provisoires, le cadre institutionnel pour la transition, ainsi que les contours du processus d'élaboration de la constitution définitive, qui comprend les questions de calendrier, d'échéance et de séquençage des élections.

La modifiabilité des constitutions provisoires

Deux tiers de l'ensemble des 30 constitutions provisoires étudiées comprennent des clauses relatives aux procédures de révision, qui semblent rendre les constitutions provisoires plus aisément modifiables que les constitutions définitives (Varol 2014, p. 11). Cela n'est pas surprenant si l'on considère leur nature explicitement temporaire, l'investissement politique moindre et la volatilité de la situation. En effet, lorsque les périodes de transition prennent fin avec l'adoption d'une constitution définitive, modifier celle-ci devient généralement beaucoup plus difficile.

Établir le cadre institutionnel pour la transition

Même si elles sont modifiables, plus les dispositions seront détaillées et spécifiques et plus la période est longue, plus les constitutions provisoires auront tendance à être victimes de la « rigidité constitutionnelle » (« *constitutional stickiness* »), c'est-à-dire que « chaque étape d'un développement historique impose la suivante dans la séquence temporelle et stimule le mouvement dans la même direction » (Varol 2015, p. 10).

En suivant ce raisonnement, plus les coûts de révision constitutionnelle sont élevés, plus il est probable que le statu quo se perpétue. Toutefois, ce dernier va parfois perdurer même lorsque les bénéfices l'emportent sur les coûts car « le jugement humain n'est pas parfait » et souffre de biais systématiques et de limites cognitives (Varol 2015, p. 36)¹. D'après Elkins *et al.* (2009, p. 56-57), les constitutions avant et après leur remplacement ou leur révision coïncident à 81 %.

On pourrait soutenir que plus une constitution provisoire est « légère », moins il est probable que ses dispositions restent dans la constitution définitive. D'un autre côté, plus les dispositions restent longtemps en vigueur ou plus les discussions durent à leur sujet, plus le changement deviendra progressivement improbable.

Un examen des 21 constitutions provisoires post-guerre froide qui ont mené soit à une constitution définitive (18 d'entre elles) soit à une autre constitution provisoire (3 d'entre elles) nous révèle que sur deux points, il est fortement improbable que des changements

surviennent lors du processus de finalisation d'une constitution. Tout d'abord, des changements dans la forme de l'État (à savoir sa désignation : république ou monarchie, État unitaire ou fédéral) sont rares. Ensuite, le système de gouvernement (régime parlementaire, présidentiel ou semi-présidentiel) est très peu susceptible de changer.

Toutefois, s'agissant de la structure parlementaire, et notamment du choix entre des systèmes monocaméral et bicaméral, sept constitutions provisoires (en Afghanistan, au Burundi, en Éthiopie, en Irak, en RDC, au Rwanda et en Somalie) ont commencé par un système monocaméral avant d'évoluer vers un système bicaméral. Le Tchad est, quant à lui, passé d'un système sans parlement à un système monocaméral.

La présente analyse se penche également sur la question de savoir si les constitutions provisoires ont établi une cour constitutionnelle ou une cour suprême, ou toute autre forme de plus haute juridiction en matière constitutionnelle, et a confronté chacune de ces dispositions à la forme qu'elle a pris dans les textes qui ont suivi (que ce soient des constitutions définitives ou des constitutions provisoires). Un total de neuf constitutions provisoires sur 21 comprenait l'établissement d'une cour constitutionnelle ou d'un équivalent : au Kosovo, une Chambre spéciale sur les questions constitutionnelles est devenue plus tard une cour constitutionnelle ; en Thaïlande, le tribunal constitutionnel est devenu une cour constitutionnelle dans la constitution définitive. Six pays ont créé des cours constitutionnelles ou une instance similaire dans leur constitution définitive (Éthiopie, Lituanie, Madagascar, RDC et Tchad) ou dans la constitution provisoire suivante, comme en Somalie. Au Rwanda, les accords d'Arusha ont établi une cour constitutionnelle, qui a ensuite été abrogée par la constitution définitive².

Il convient de noter que les dispositifs constitutionnels établis à titre provisoire possèdent une certaine inertie et qu'ils sont souvent repris – tout en devenant plus complexes – lorsque le pays s'achemine vers un cadre constitutionnel plus permanent.

Les contours du processus constituant

Les constitutions provisoires comprennent, presque par définition, une feuille de route ou un calendrier « qui précise le séquençage et les échéances des activités et des décisions qui mènent à l'adoption de la constitution [définitive] » (Brandt *et al.* 2011, p. 19). Plus le calendrier s'étend dans le temps, plus les constitutions provisoires sont considérées utiles en tant que mécanismes pour différer les décisions importantes. Les parties au conflit peuvent ainsi bénéficier d'un délai supplémentaire non seulement pour négocier, mais aussi pour que les dynamiques de conflit en cours et les inimitiés s'apaisent quelque peu (Ludsin 2011, p. 242, 269, 288 ; Jackson 2008, p. 1288 ; Miller 2010, p. 624 ; Varol 2014, p. 26-32), et enfin, construire progressivement une identité nationale (Ludsin 2011, p. 264). À cet égard, Ludsin (2011, p. 255) met en garde contre les risques d'un calendrier trop serré :

L'insécurité et le conflit permanent peuvent polariser les groupes belligérants et durcir les positions irrémédiables, ce qui ne pourra qu'alimenter le conflit et compromettre le processus constituant et le rétablissement de la paix.

Cela crée des tensions entre les objectifs à court et long terme dans l'élaboration d'une constitution au lendemain d'un conflit. D'après Easterday (2014, p. 403), « des délais plus longs entre la négociation des accords de paix et la rédaction de la constitution permettent davantage de délibérations et d'inclusion, et peuvent augmenter les chances de réussite de la constitution ». Toutefois, la durée de la période de transition doit prendre en compte le temps nécessaire pour décider des principales questions procédurales et de fond qui mèneront à la constitution définitive et y seront incluses³.

Les délais doivent tenir compte de questions spécifiques au contexte telles que (a) le nombre et les proportions relatives des parties aux négociations et des parties s'opposant

fermement au processus ; (b) le niveau d'accord entre les parties aux négociations ; (c) l'ampleur des efforts de restructuration/reconstruction de l'État nécessaires à l'application de la constitution provisoire ; et (d) les conséquences potentielles d'un non-respect des échéances (p. ex. la dissolution de l'organe chargé de l'élaboration de la constitution et l'organisation de nouvelles élections) sur la pertinence et la légitimité de la constitution provisoire dans la durée.

Parmi les 30 cas étudiés, en excluant les textes encore en vigueur à la date de la rédaction, les constitutions provisoires durent en moyenne trois ans et demi. La fourchette s'étend d'un maximum de 10 ans (comme ce fut le cas des accords d'Arusha au Rwanda) à un minimum d'un an environ, comme en Lituanie en 1990, au Togo en 1991, en Ukraine en 1995, en Irak en 2004, en Thaïlande en 2006, à Madagascar en 2009 et en Égypte en 2011⁴.

Les échéances

Environ un tiers des constitutions provisoires retenues dans notre échantillonnage (la plupart concernant des pays africains et d'anciennes républiques soviétiques) n'a pas établi d'échéance pour la période de transition ou pour la rédaction d'une constitution définitive. Les échéances établies dans les autres constitutions provisoires l'ont été dans une fourchette allant de quelques mois (en Thaïlande) à six ans (au Soudan). Un cinquième des échéances des constitutions provisoires post-guerre froide sont arrivées à terme, par exemple en Libye, au Népal, en RDC, au Tchad et au Yémen. À l'exception du Népal, ces pays ne sont jamais sortis du conflit ou y sont rapidement retombés après l'adoption de la constitution provisoire.

Au Tchad, d'importantes lacunes dans le processus (dont l'absence de formation juridique des membres du comité chargé de la rédaction de la constitution et l'absence de participation publique au processus) semblent avoir empêché le pays de tenir les échéances. De telles insuffisances ont été aggravées par des problèmes apparus au cours de la conception de la constitution définitive, dont des pouvoirs présidentiels forts et un manque d'indépendance de la justice. Tous ces facteurs ont gravement miné la légitimité du texte et ont sans doute contribué à la guerre civile de 2005 (Widner, s. d.).

En RDC, après l'approbation de la constitution provisoire de 1994 par le gouvernement congolais, la Conférence nationale a préparé une constitution définitive. Toutefois, les instabilités allant *crescendo*, la constitution n'a jamais été mise en œuvre. La période de transition, fixée à 15 mois (art. 117), a duré jusqu'en 1997, lorsqu'un décret-loi a remplacé la constitution provisoire après le coup d'État du général Laurent-Désiré Kabila.

Des périodes de transition sont toujours en cours en Libye et au Yémen. Il règne dans ces deux pays une situation de chaos sécuritaire, et les principales parties prenantes se concentrent aujourd'hui sur le processus de paix plutôt que sur la reprise du processus constituant échoué (Gluck 2015). En Libye, un certain nombre de facteurs ont sans doute contribué tant à l'échec du processus constituant qu'à l'enlisement du pays dans le chaos, bien que la raison principale ait sans doute été un mauvais séquençage des élections à la Chambre des représentants. La victoire de l'opposition aux élections et la déclaration de la Cour suprême selon laquelle ces élections étaient inconstitutionnelles ont toutes deux nui à l'ensemble du processus constituant et amorcé une nouvelle phase dans le conflit civil. Au Yémen, l'incapacité de la Conférence du dialogue national à se mettre d'accord dans les temps sur un certain nombre de questions d'importance vitale pour les principales parties prenantes a débouché sur une prise de décision précipitée et non participative (Gaston 2014 ; Gluck 2015 ; Transfeld 2015). Plusieurs groupes, dont les rebelles houthistes, n'ont pas accepté certaines décisions, notamment la division fédérale du pays en six provinces, et ont réagi en amplifiant le conflit civil (Abi-Habib 2015).

Le Népal est un cas à part dans la mesure où la guerre civile a pris fin avant l'entrée en vigueur de la constitution provisoire. Bien que les parties prenantes népalaises n'aient pas été en mesure de se mettre d'accord sur un certain nombre de questions importantes au cours du

processus – notamment sur le nombre de provinces et la structure du gouvernement fédéral – le pays n’est pas retombé dans le conflit, ou tout du moins, pas avant l’approbation de la constitution définitive en septembre 2015.

Gérer les désaccords profonds

Les échéances établies pour la rédaction d’une constitution définitive peuvent ne pas être respectées à cause d’un manque de volonté des parties de parvenir à un compromis, de profonds désaccords insurmontables, ou des deux. Les désaccords peuvent porter sur des valeurs ou des principes généraux, ou encore sur les procédures à suivre (Brandt *et al.* 2011). Bien que l’on puisse en principe demander à un tribunal de statuer sur une question de procédure, cela n’est pas toujours possible dans la pratique, surtout en situation de conflit avec des institutions faibles. Lorsque des questions de fond sont en jeu, l’implication de la justice peut même aggraver le problème si elle tranche en faveur d’une partie alors qu’un compromis est nécessaire (Brand *et al.* 2011, p. 27).

Dans de tels cas, il serait préférable d’adopter des mécanismes politiques informels pour traiter les désaccords profonds sur le processus et le fond, comme (a) donner le pouvoir de prise de décision aux chefs de parti ; (b) reporter ou différer le règlement de questions contentieuses en ayant recours à des dispositions constitutionnelles très générales voire ambiguës (technique de rédaction parfois appelée « ambigüité constructive ») ou renvoyant au législateur le soin de régir une question contentieuse (« by-law clauses ») (Ludsin 2011, p. 278 ; Lerner 2010 ; Ginsburg et Dixon 2012) ; (c) assouplir les procédures de révision ; (d) adopter des dispositions constitutionnelles temporaires (« sunset clauses ») (Pildes 2008, p. 186) ; et (e) recourir à la médiation ou à des conseils extérieurs.

Séquencer les élections

Les constitutions provisoires permettent également de surmonter le paradoxe de « la poule et de l’œuf » dans le séquençement des élections. Il y a un éternel débat sur la question de savoir s’il faut organiser des élections avant la rédaction d’une constitution légitime (sous l’autorité de dirigeants élus démocratiquement), ou si une constitution est nécessaire à la création d’un fondement légitime pour organiser des élections. Une constitution provisoire peut établir un cadre institutionnel de transition qui permet d’élire les membres de l’organe chargé de rédiger la constitution définitive. Par conséquent, une constitution provisoire bien construite peut constituer une opportunité pour créer un cadre légitime (bien que temporaire) pour des élections, tout en laissant la rédaction des dispositions constitutionnelles définitives à un organe élu.

L’exemple de l’Irak montre à quel point un mauvais séquençement des élections, vis-à-vis du processus constituant, peut mettre en péril la consolidation de la paix dans son ensemble. L’Autorité provisoire de la coalition, établie par les États-Unis et leurs alliés, a créé le Conseil de gouvernement irakien (un petit comité de dix hommes) pour rédiger la loi pour l’administration de l’Irak pendant la période de transition (TAL) entre janvier et mars 2004 (Dann et Zaid 2006, p. 436). La loi a été signée le 8 mars 2004 et est entrée en vigueur le 28 juin 2004. Elle établissait un cadre pour la rédaction d’une constitution définitive au cours des six mois suivants, ainsi que pour les élections à l’Assemblée nationale qui devaient être organisées au plus tard le 31 janvier 2005.

La constitution définitive a ensuite été approuvée par un référendum organisé le 15 octobre 2005. Des élections législatives ont été organisées dans la foulée en décembre de la même année. La loi pour l’administration de l’Irak est restée en vigueur jusqu’à la formation du nouveau gouvernement irakien en mai 2006. Des échéances aussi courtes ont exclu, pour une large part, la communauté sunnite des phases clés du processus constituant, et ont sapé tout espoir que les négociations puissent mener à un consensus (ou au moins à un meilleur équilibre des pouvoirs) entre les trois principaux groupes ethniques en Irak. En

outre, elles ont fortement contribué à la détérioration de la situation sécuritaire, puisque les sunnites (et d'autres opposants d'importance à l'invasion par la coalition menée par les États-Unis) sont devenus, quasiment par défaut, les éléments perturbateurs du processus constituant.

5. Le processus de rédaction d'une constitution provisoire

Les trois questions les plus importantes à prendre en considération lorsqu'il faut décider du processus de rédaction d'une constitution provisoire sont les suivantes : (a) les degrés de participation, de représentation et/ou d'inclusion (c'est-à-dire qui décide du processus et qui rédige le texte), (b) les mécanismes d'approbation et (c) le rôle des acteurs internationaux.

Les degrés de participation et de représentation

Dans l'idéal, les constitutions provisoires sont précédées par des accords de paix (et sont plus inclusives) ; elles comprennent un spectre plus large de participants dans leurs négociations (Benomar 2004, p. 82-83 ; Varol 2014, p. 6).

Les accords de paix sont limités par les personnes assises à la table des négociations et ils peuvent aboutir à des accords politiques contre-productifs. Ils peuvent être difficiles à appliquer et être exposés au risque de sabotage. S'il y a une implication internationale, ils peuvent être le reflet de tendances néo-colonialistes ou être affaiblis par des calendriers imposés par des intervenants internationaux ainsi que par leurs différentes priorités contradictoires. (Easterday 2014, p. 380)

L'inclusion peut être davantage encouragée par des dispositifs transitoires qui facilitent la consolidation de la confiance et permettent la mise en place d'un dispositif constitutionnel plus progressif. Par ailleurs, la légitimité d'une constitution provisoire est susceptible de dépendre d'un certain degré d'inclusion (Ludsin 2011, p. 276), même si elle ne bénéficie pas de la participation pleine et entière de la population (Ghai 2004), ce qui est d'ailleurs en train de devenir la norme pour les processus d'élaboration de la constitution définitive (Hart 2010).

Même si les conditions pour une large participation ne sont pas optimales, il est important que les groupes politiques majeurs soient représentés à la table des négociations constitutionnelles d'une façon ou d'une autre. Sinon, le processus (et l'accord qui en résulte) recueillera difficilement une large adhésion et risque de transformer des groupes exclus en éléments perturbateurs. Le défi que constitue le choix de l'organe représentatif le plus approprié est expliqué de la façon suivante :

La rédaction d'un texte constitutionnel est inévitablement effectuée par un groupe relativement réduit. Une démocratie directe pleine et entière n'est jamais une proposition réalisable [...]. Les questions qui se posent quant à la participation par des moyens électoraux ne concernent pas le fait de savoir si le processus sera représentatif, mais portent plutôt sur la nature et les fonctions de l'organe représentatif, le type et le degré de représentation, les contraintes pesant sur les représentants, leur responsabilité vis-à-vis de la population, en particulier s'agissant des décisions sur l'élaboration de la constitution. (Hart 2010, p. 33)

Dans les 30 cas que nous avons étudiés, des acteurs nationaux spécifiques ont désigné l'organe chargé de la rédaction de la constitution. Ces acteurs ont été soit une alliance de partis politiques (comme au Rwanda en 1993, en RDC en 2003, au Soudan en 2005 ou au Népal en 2007), soit un organe exécutif (permanent ou provisoire) élu, autoproclamé ou désigné par une tierce partie (p. ex. en Afghanistan en 2001, au Kosovo en 2001, en Irak en 2004 et au Yémen en 2011).

Le cas du Togo (1991) est unique dans la mesure où le gouvernement et l'opposition se sont mis d'accord pour organiser un « forum national », renommé plus tard Conférence nationale, qui a rédigé la constitution provisoire et fixé à un an la durée de la période de transition.

Les mécanismes d'approbation

Dans les contextes affectés par un conflit en particulier, c'est généralement le même organe qui rédige et approuve la constitution provisoire. Il existe quelques exceptions. En Afrique du Sud en 1993 et au Soudan du Sud en 2011, par exemple, le parlement a approuvé le projet de constitution provisoire. En Thaïlande, en 2006 puis 2014, c'est le roi qui a donné son approbation au projet. En Égypte, la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 prévoyait un certain nombre d'amendements à la constitution précédente, qui ont, quant à eux, été approuvés par référendum (BBC News 2011).

Le rôle des acteurs internationaux

Les acteurs internationaux jouent un rôle de plus en plus important dans les processus constitutifs dans des contextes de conflit, à travers leur fonction de conseil tant sur le processus d'élaboration que sur le contenu du texte (Dann et Zaid 2006). Ils peuvent par ailleurs apporter leur soutien en jouant le rôle de médiateurs ou de facilitateurs du dialogue entre les différentes parties, en appuyant le développement des capacités des acteurs locaux dans leur rôle de négociateurs, et en permettant aux instances gouvernementales et non gouvernementales d'appliquer de façon effective les nouvelles dispositions constitutionnelles (et autres dispositions légales).

S'agissant de la communauté internationale, deux autres questions méritent d'être évoquées. Tout d'abord, les constitutions provisoires peuvent constituer le début d'une stratégie de sortie pour les acteurs internationaux qui sont fortement engagés dans le processus de paix, dans la mesure où elles sont un moyen pour rendre le contrôle du gouvernement aux acteurs nationaux, tout en garantissant aux minorités leur inclusion politique dans l'accord constitutionnel final. Ensuite, la communauté internationale peut régulièrement jouer le rôle de garant du processus de transition : en permettant aux groupes à faible pouvoir d'action de s'engager à respecter les accords politiques de la constitution provisoire, elle apaise leurs craintes de voir les détenteurs du pouvoir revenir sur les termes de l'accord. Même lorsque les acteurs internationaux ne souhaitent pas investir leurs ressources

dans l'application des accords, ils peuvent aider les parties à contrôler le respect des dispositions.

6. Conclusions

Les constitutions ne sont pas rédigées par des anges ; le processus d'élaboration est semé d'embûches qui rendent souvent la conception d'une constitution durable difficile et sujette aux erreurs.

(Varol 2014, p. 59)

Les constitutions provisoires sont des outils de médiation qui permettent, comme des ponts, de passer d'un ordre constitutionnel à un autre. Bien qu'elles soient parfois le résultat de processus constituants ratés (ou inachevés), ces constitutions peuvent, en soi, être aussi prises en considération, dans la mesure où elles tentent de créer « une constitution plus durable et plus optimale qui intègre les avantages générés par l'utilisation d'une constitution temporaire [...] lors d'une période de transition » (Varol 2014, p.11, voir également Widner 2008, p. 1533-1534). Lesdits avantages comprennent un temps plus important pour négocier un nouveau cadre constitutionnel définitif et la possibilité d'une plus grande inclusion tout au long du processus.

Les constitutions provisoires peuvent être définies comme des instruments constituants qui affirment leur suprématie juridique pour une certaine période, en attendant l'entrée en vigueur d'une constitution définitive. Cette définition recouvre toutefois une grande variété de textes juridiques qui sont fondamentalement différents dans leur processus d'élaboration, leur contenu et leur taux de réussite : les « chartes de transition », les « constitutions provisoires », les « accords constitutionnels », les « déclarations provisoires » ou même l'Accord sur le mécanisme de mise en place du processus de transition au Yémen de 2011.

Cette variabilité a directement trait à des différences contextuelles substantielles entre les différents États affectés par des conflits : le degré de fragilité des institutions, la nature du conflit, le paysage politique et social (dont l'existence d'acteurs fermement opposés au processus de transition et le degré de sensibilisation de la population aux questions constitutionnelles) ou encore, le rôle de la communauté internationale dans le déroulement du processus constituant.

De telles différences ont une influence décisive sur le choix de la procédure d'élaboration, y compris les niveaux de participation envisagés et les mécanismes d'approbation, ainsi que sur le rôle des acteurs internationaux. Elles affectent également le choix des questions de fond à aborder et leur niveau de détail, dont les calendriers, les échéances et le séquençage des élections.

De plus, le lien entre le contexte national et le choix du processus d'élaboration et du contenu a également une incidence sur les chances de réussite des constitutions provisoires (et de l'ensemble du processus constituant). Toutefois, le concept de réussite reste imprécis et

peut signifier simplement des progrès dans certains domaines plutôt qu'une réalisation pleine et entière (Hirschl 2009, p. 1372 ; Widner 2008, p. 1536).

Bien que les constitutions provisoires « ne puissent pas tout faire » (Haysom et Welikala, s. d.), elles ont le potentiel de (a) faciliter, à terme, le consensus sur des questions qui sont directement ou indirectement à l'origine du conflit ; (b) contribuer à une culture de constitutionnalisme participatif ; et (c) résoudre les questions de séquençement des élections et la nécessité d'établir ou de renforcer les principales institutions, afin de mettre en œuvre le cadre constitutionnel présent et futur (voir également Ludsin 2011, p. 251).

En outre, quatre questions clés peuvent être utilisées pour évaluer le besoin d'adopter une constitution provisoire, mais également la difficulté à recourir à un processus constituant en plusieurs étapes en l'absence de meilleures alternatives.

1. L'ensemble des principales parties prenantes adhèrent-elles au processus de paix ?
2. Les acteurs du conflit (et présents à la table des négociations) sont-ils représentatifs de la majorité de la population ? Si ce n'est pas le cas, existe-t-il des mécanismes qui permettent d'impliquer l'ensemble de la population dans le processus ?
3. Dans quelle mesure les différends qui ont mené au conflit sont-ils structurels ? Dans quelle mesure y a-t-il une volonté de mener des réformes de grande envergure ?
4. Le cadre institutionnel a-t-il besoin d'être créé en partant de zéro ? Ou le cadre d'avant-guerre est-il suffisamment solide pour être (facilement) reconstruit ?

Le temps est *la* contribution la plus importante qu'apporte une constitution provisoire à un processus constituant dans un contexte de conflit. Les constitutions provisoires peuvent offrir du temps aux principales parties prenantes pour participer de façon constructive aux processus de consolidation de la paix et d'élaboration de la constitution, mais également aux parties présentes à la table des négociations pour tisser des liens plus forts avec leur électorat et l'ensemble de la population. Le temps est également essentiel pour discuter et se mettre d'accord sur le type de réformes (structurelles) nécessaires à une fin définitive au conflit et à un cadre institutionnel suffisamment solide pour mettre en application des accords constitutionnels et autres accords juridiques.

Enfin, la communauté internationale a souvent un rôle à jouer dans le développement des constitutions provisoires. Lorsque les acteurs internationaux adoptent une position de gestion du processus de paix, les constitutions provisoires peuvent être l'occasion pour redonner le contrôle aux acteurs nationaux. La communauté internationale peut également jouer le rôle de garant du processus, confortant ainsi le sentiment que le processus sera respecté, et faciliter l'application du nouveau cadre constitutionnel.

Références bibliographiques et lectures complémentaires

- Abbott K. W. *et al.*, « The concept of legalization » [Le concept de légalisation], *International Organization*, 54/3, 2000, p. 401-19
- Abi-Habib M., « Houthi rebels decide to run Yemen government » [Les rebelles houthistes décident de diriger le gouvernement yéménite], *Wall Street Journal*, 6 février 2015, <<http://www.wsj.com/articles/houthi-rebels-take-over-yemens-government-1423240698>>, consulté le 30 septembre 2015
- Ainte A., *Somalia: Legitimacy of the Provisional Constitution* [Somalie. La légitimité de la constitution provisoire], Londres, Conciliation Resources, 2014
- Arato A. et Miklosi Z., « Constitution making and transitional politics in Hungary » [Élaboration de la constitution et politique de transition en Hongrie], *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making* [Encadrer l'État en temps de transition. Études de cas d'élaboration constitutionnelle], Washington (DC), Institut des États-Unis pour la paix, 2010, p. 350-90
- Banque mondiale, « Data: Battle-related deaths (number of people) » [Données. Les morts imputées aux combats (nombre de morts)], s. d., <<http://data.worldbank.org/indicator/VC.BTL.DETH/countries?display=default>>, consulté le 17 septembre 2015
- BBC News, « Egypt referendum strongly backs constitution changes » [Le référendum égyptien soutient fermement les changements constitutionnels], 20 mars 2011, <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-12801125>>, consulté le 30 septembre 2015
- Bell C., « Peace agreements: their nature and legal status » [Accords de paix. Leur nature et leur statut juridique], *American Journal of International Law*, 100, 2006, p. 373-412
- , *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria* [Sur le droit de la paix. Accords de paix et *lex pacificatoria*], Oxford, Oxford University Press, 2008
- Benomar J., « Constitution-making after conflict: lessons for Iraq » [L'élaboration de constitutions après des conflits. Leçons pour l'Irak], *Journal of Democracy*, 15/2, 2004, p. 81-95

- Bradbury M. et Healy S. (dir.), *Whose Peace is it Anyway? Connecting Somali and International Peacemaking* [À qui appartient la paix ? Associer les Somalis au rétablissement international de la paix], Londres, Conciliation Resources, 2010
- Brandt M. et al., *Constitution-making and Reform: Options for the Process* [Élaboration de constitutions et réformes. Les options disponibles pour le processus], Genève, Interpeace, 2011
- Call C. T., *Why Peace Fails: The Causes and Prevention of Civil War Recurrence* [Pourquoi la paix échoue. Causes et prévention de la récurrence des guerres civiles], Washington (DC), Georgetown University Press, 2012
- Cousens E. M., Kumar C. et Wermester K., *Peacebuilding as Politics: Cultivating Peace in Fragile Societies* [Politique de consolidation de la paix. Cultiver la paix dans des sociétés fragiles], Boulder (CO), Lynne Rienner Publishers, 2001
- Dann P. et Zaid A., « The internationalized pouvoir constituant: constitution-making under external influence in Iraq, Sudan and East Timor » [Le pouvoir constituant internationalisé. Élaboration de la constitution sous influence extérieure en Irak, au Soudan et au Timor oriental], *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 10, 2006, p. 423-63
- Easterday J. S., « Peace agreements as a framework for jus post bellum » [Les accords de paix. Un cadre pour le *jus post bellum*], in Stahn C., Easterday J. S. et Iverson J. (dir.), *Jus Post Bellum*, New York et Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 379-415
- Elkins Z., Ginsburg T. et Melton J., *The Endurance of National Constitutions* [L'endurance des constitutions nationales], New York et Cambridge, Cambridge University Press, 2009
- Elster J., « Forces and mechanisms in the constitution-making process » [Forces et mécanismes à l'œuvre dans le processus constituant], *Duke Law Journal*, 45, 1995, p. 364-96
- Gaston E., *Process Lessons Learned in Yemen's National Dialogue* [Leçons sur les processus tirées du dialogue national au Yémen], Washington (DC), Institut des États-Unis pour la paix, 2014
- Ghai Y., « The constitution reform process: comparative perspectives » [Le processus de réforme constitutionnelle. Perspectives comparatives], rapport présenté à la conférence Towards Inclusive and Participatory Constitution Making [Vers une élaboration inclusive et participative de la constitution], Népal, 3-5 août 2004
- Ginsburg T., Elkins Z. et Blount J., « Does the process of constitution-making matter? » [Le processus d'élaboration constitutionnelle est-il important ?], *Annual Review of Law and Social Sciences*, 5/5, 2009, p. 201-23
- Ginsburg T. et Dixon R., « Deciding not to decide: deferral in constitutional design » [Décider de ne pas décider. Le report dans la conception constitutionnelle], *International Journal of Constitutional Law*, 9/3-4, 2012, p. 636-72

- Gluck J., « Constitution-Building in a Political Vacuum: Libya and Yemen in 2014 » [Élaboration d'une constitution en temps de vide politique. La Libye et le Yémen en 2014], in IDEA International, *Annual Review of Constitution-Building Processes, 2014* [Examen annuel des processus d'élaboration constitutionnelle, 2014], Stockholm, IDEA International, 2015
- Grover L., *Bridges to Peace: The Functions, Design and Performance of Interim Constitutions* [Des ponts vers la paix. Fonctions, conception et performance des constitutions provisoires] (à paraître)
- Hart V., « Constitution making and the right to take part in a public affair » [Élaboration constitutionnelle et droit à prendre part à une affaire publique], in Miller L. E. (dir.), *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making* [Encadrer l'État en période de transition. Études de cas d'élaboration constitutionnelle], Washington (DC), Institut des États-Unis pour la paix, 2010, p. 20-54
- Haysom N. et Welikala A., « Transitions from conflict to peace: the role of interim constitutions » [Transitions du conflit vers la paix. Le rôle des constitutions provisoires], s. d., (document de travail non publié)
- Hirschl R., « The design sciences and constitutional success » [Sciences reposant sur la conception et réussite constitutionnelle], *Texas Law Review*, 87, 2009, p. 1339-74
- International Crisis Group, « Nepal's Constitution (I): Evolution not revolution » [Constitution du Népal (I): Une évolution et non une révolution], *Asia Report* n° 233, 27 août 2012, <<https://www.crisisgroup.org/asia/south-asia/nepal/nepal-constitution-i-evolution-not-revolution>>, consulté le 17 avril 2021
- Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale (IDEA International), *Discussion Report: Interim Constitutions in Post-Conflict Settings* [Compte-rendu de discussions : les constitutions provisoires dans les contextes post-conflit], Stockholm, IDEA International, 2015, <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/interim-constitutions-in-post-conflict-settings.pdf>>, consulté le 17 septembre 2015
- Jackson V. C., « What's in a name: reflections on timing, naming, and constitution-making » [Au-delà des désignations. Réflexions sur le calendrier, la dénomination et l'élaboration d'une constitution], *William and Mary Law Review*, 49/4, 2008, p. 1249-305
- Jaiswal P., « Nepal in 2015 » [Le Népal en 2015], Rapport spécial n° 169 de l'Institute of Peace and Conflict Studies (IPCS), New Delhi, IPCS, 2015
- Lerner H., « Constitution writing in deeply divided societies: the incrementalist approach » [La rédaction de constitutions dans des sociétés profondément divisées. L'approche progressive], *Nations and Nationalism*, 16/1, 2010, p. 68-88
- Ludsin H., « Peacemaking and constitution-drafting: a dysfunctional marriage » [Rétablissement de la paix et rédaction d'une constitution. Un couple dysfonctionnel], *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 33, 2011, p. 239-311

- Malone D. M. et Wermester K., « Boom and bust? The changing nature of UN peacekeeping » [Une politique en dents de scie ? La nature changeante du maintien de la paix onusien], *International Peacekeeping*, 7/4, 2000, p. 37-54
- Miller L. E. et Aucoin L., *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making* [Encadrer l'État en période de transition. Études de cas d'élaboration constitutionnelle], Washington (DC), Institut des États-Unis pour la paix, 2010
- Nations Unies, base de données Peacemaker, s. d., <<http://peacemaker.un.org>>
- Paris R. et Sisk T. D. (dir.), *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations* [Les dilemmes de la construction de l'État. Affronter les contradictions des opérations de paix post-guerre], Abingdon, Routledge, 2009
- Pildes R. H., « Ethnic identity and democratic institutions: a dynamic perspective » [L'identité ethnique et les institutions démocratiques Une perspective dynamique], in Choudhry S. (dir.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration Or Accommodation?* [La conception constitutionnelle pour des sociétés divisées. Intégration ou accommodement ?], New York et Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 174-201
- Programme de collecte de données sur les conflits de l'université d'Uppsala (UCPD), Encyclopédie des conflits de l'UCDP, université d'Uppsala, <<http://www.ucdp.uu.se/database/>>, consulté le 27 juin 2015
- Samuels K., « Postwar constitution building: opportunities and challenges » [Processus constitutionnel d'après-guerre. Défis et opportunités], in Paris R. et Sisk T. D. (dir.), *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations* [Les dilemmes de la construction de l'État. Affronter les contradictions des opérations de paix après-guerre], Abingdon, Routledge, 2009, p. 173-95
- , « Post-conflict peace-building and constitution-making » [Consolidation de la paix et élaboration d'une constitution post-conflit], *Chicago Journal of International Law*, 6/2, 2006, p. 663-82
- Samuels K. et Wyeth V., *State-Building and Constitutional Design after Conflict* [Construction de l'État et conception constitutionnelle post-conflit], New York, Académie internationale pour la paix, 2006
- Suhrke A., *Restructuring the State: Federalist Dynamics in Nepal* [Restructurer l'État. Les dynamiques fédéralistes au Népal], Bergen, Norvège, Institut Chr. Michelsen, 2014
- Teitel R. G., *Transitional Justice* [La justice de transition], New York et Oxford, Oxford University Press, 2000
- Transfeld M., « The failure of the Transitional Process in Yemen » [L'échec du processus de transition au Yémen], Institut allemand pour les affaires internationales et de sécurité (SWP), *SWP Comments*, C/6, février 2015, <https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/comments/2015C06_tfd.pdf>, consulté le 30 septembre 2015
- Université de Chicago, Base de données Constitute Project, s. d., <<https://www.constituteproject.org>>

Université de Notre-Dame, Peace Accords Matrix [Matrice des accords de paix], s. d.,
<<https://peaceaccords.nd.edu/search>>

Varol O. O., « Temporary constitutions » [Constitutions provisoires], *California Law Review*,
102, 2014, p. 409-64

—, « Constitutional stickiness » [Rigidité constitutionnelle], Document de recherche en droit
de la Lewis & Clark Law School n° 2015-6, 2015, p. 1-57

Widner J., « Chad 1996 » [Le Tchad en 1996], Constitution Writing and Conflict
Resolution : Data and SUMmaries [Rédaction de constitution et résolution de conflits :
données et résumés], s. d., <[http://www.princeton.edu/~pcwcr/reports/
chad1996.html](http://www.princeton.edu/~pcwcr/reports/chad1996.html)>, consulté le 30 septembre 2015

—, « Constitution writing in post-conflict settings: an overview » [La rédaction
constitutionnelle en situation post-conflit. Présentation générale], *William and Mary
Law Review*, 49, 2008, p. 1513-41

Remerciements

Un grand merci à Sumit Bisarya pour ses remarques judicieuses à chaque étape du processus de rédaction. Je tiens également à remercier Christine Bell, Stephen Tierney, Asanga Welikala, le Centre d'Édimbourg pour le droit constitutionnel et la Global Justice Academy pour avoir organisé l'atelier sur les constitutions provisoires en décembre 2014 dans le cadre des Dialogues d'Édimbourg sur le processus constitutionnel post-conflit, ainsi que pour leurs inestimables contributions à ce document d'orientation. Mes remerciements vont également à Diego A. Cimino pour son soutien dans les recherches, ainsi qu'à Tom Ginsburg, Jason Gluck, Sven Koopmans et Christie Warren pour leurs précieux commentaires sur les précédentes moutures de ce document. Enfin, un grand merci à Lisa Hagman et Susan Heads de l'équipe des publications d'IDEA International pour leur rigoureux travail.

À propos de l'auteure

Kimana Zulueta-Fülscher est responsable principale de programme à IDEA International et travaille sur l'élaboration de constitutions post-conflit et le soutien à la démocratie comme outil pour la consolidation de la paix et de l'État. Auparavant elle était chercheuse principale à l'Institut allemand pour le développement (Deutsches Institut für Entwicklungspolitik), où elle a travaillé et publié des travaux sur la transformation politique dans les contextes fragiles. Elle a également travaillé pour l'European Partnership for Democracy, Exclusive Analysis Ltd., et la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Elle a été chercheuse en post-doctorat à l'Institut d'études de sécurité de l'Union européenne (IESUE), à l'université Johns Hopkins et à l'université Harvard, et est titulaire d'un doctorat en sciences politiques et relations internationales de l'université autonome de Madrid.

Autres publications d'IDEA International

Media Assistance and Elections: Toward an Integrated Approach [Assistance aux médias et élections : vers une approche intégrée]
Mai 2015, 44 p.

Introducing Electronic Voting: Essential Considerations [L'introduction du vote électronique. Réflexions essentielles], arabe
2015, 36 p.

Electoral Law Reform in Africa: Insights into the Role of EMBs and Approaches to Engagements [Réforme des lois électorales en Afrique. Réflexions sur le rôle des OGE et les engagements]
2014, 40 p.

Memperkenalkan Pemilihan Elektronik: Pertimbangan Esensial [L'introduction du vote électronique. Réflexions essentielles], bahasa indonesia
2012, 36 p.

Una introducción al voto electrónico: Consideraciones esenciales [L'introduction du vote électronique. Réflexions essentielles], espagnol
2012, 41 p.

Electoral Management during Transition : Challenges and Opportunities [Gestion des élections durant la transition. Défis et opportunités]
2012, 48 p.

Introducing Electronic Voting: Essential Considerations [L'introduction du vote électronique. Réflexions essentielles]
2011, 36 p.

Constitution building after conflict: External support to a sovereign process [L'élaboration constitutionnelle en situation post-conflit. Le soutien extérieur à un processus souverain], arabe
2011, 22 p.

Les publications d'IDEA International peuvent être téléchargées sur notre site :
<<http://www.idea.int/publications>>

À propos d'IDEA International

L'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale (IDEA international) est une organisation intergouvernementale dont la mission est de soutenir la démocratie durable dans le monde. Il a pour objectif de favoriser le renforcement durable de la démocratie en fournissant des connaissances comparatives, en soutenant les réformes démocratiques et en influençant les politiques.

Que fait IDEA International ?

Dans les domaines des processus électoraux, des processus d'élaboration des constitutions, des partis politiques, de la question du genre en démocratie et de l'autonomisation des femmes en politique ainsi que de l'auto-évaluation démocratique, nos interventions s'articulent autour de trois axes :

1. fournir des analyses comparées tirées de l'expérience pratique des processus de consolidation démocratique dans différents contextes dans le monde ;
2. épauler les acteurs politiques dans la réforme des institutions et des processus démocratiques, et contribuer aux processus politiques lorsque nous y sommes invités ;
3. influencer les politiques de consolidation de la démocratie en mettant à disposition nos ressources et nos connaissances comparatives et en proposant une aide aux acteurs politiques.

Où travaille IDEA International ?

IDEA International, dont le siège se trouve à Stockholm, en Suède, travaille dans le monde entier et dispose de bureaux en Afrique, dans la région Asie-Pacifique, en Europe, en Amérique latine et aux Caraïbes. IDEA International a le statut d'observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies.

<<http://www.idea.int>>

Ce document d'orientation a pour objectif de combler une lacune importante dans la littérature politique et universitaire concernant les processus d'élaboration et le contenu des constitutions provisoires dans des contextes de conflit. Il explique que, à la différence des accords de paix et des dispositifs provisoires, les constitutions provisoires tirent leur force de leur caractère exécutoire. Il se penche sur la diversité des constitutions provisoires post-1990 en termes de structure et de rôle joué dans les processus de paix. Une des principales conclusions que l'on peut tirer est que, malgré des différences majeures liées à la relation entre le contexte national et les choix en matière de procédure et de conception, les constitutions provisoires peuvent offrir le temps ou l'opportunité pour parvenir, à terme, à un consensus. Elles sont susceptibles de contribuer à une culture de constitutionnalisme participatif et traitent les questions de séquençement des élections et de renforcement des institutions clés dans la mise en place de cadres institutionnels.



IDEA International

Strömsborg

SE-103 34 Stockholm

Suède

Téléphone : +46 8 698 37 00

Courriel : info@idea.int

Site Internet : <https://www.idea.int>

ISBN : 978-91-7671-422-5