

LA LEGITIMATION DES TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Paru in Xavier PHILIPPE (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions « transitionnelles » : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, LGDJ-Institut universitaire Varenne, coll. « Transition & Justice », 2014, pp. 165 à 196.

Raphaël DECHAUX

*Maître de conférences à l'université Aix Marseille,
Membre du GERJC-ILF (CNRS UMR 7318)*

La légitimité des transitions constitutionnelles apparaît au premier abord comme une évidence. En effet, si un peuple se soulève contre un régime autoritaire, c'est parce qu'il juge illégitime l'ancien gouvernement. Dès lors, la transition vers la démocratie ne devrait jamais souffrir d'illégitimité. La situation est malheureusement beaucoup plus complexe dans la réalité, ainsi que le montrent certains exemples récents du « printemps arabe ». Près de deux ans après la chute des régimes tunisien, égyptien et libyen, la stabilité démocratique de ces pays est, dans le meilleur des cas, préoccupante. C'est également le cas dans des États où la transition est moins médiatique, comme au Yémen par exemple.

C'est une évidence : *le simple fait de renverser un régime autoritaire ne garantit pas le passage à un régime démocratique*. La clé du succès de la transition réside en partie dans la légitimité des institutions qui la mettent en œuvre. Il est donc nécessaire d'identifier quels sont les principaux éléments juridiques, institutionnels ou politiques qui permettent actuellement de construire cette légitimité. Autrement dit, pour instaurer un régime démocratique, jusqu'à quel degré est-il nécessaire que la transition elle-même soit démocratique ? La réponse à cette question est loin d'être évidente.

Ainsi, le bon sens voudrait que le ou les partis à l'origine de la révolution obtiennent immédiatement le pouvoir, une fois la dictature renversée. Les opposants d'hier se retrouveraient les dirigeants de demain. Néanmoins, « l'esprit démocratique » conduit à une perspective plus nuancée. Il implique d'éviter qu'un gouvernement sans légitimité succède à une dictature. Tout l'enjeu est d'identifier de quel type de légitimité démocratique il est ici question. Elle peut d'abord être *substantielle* : la légitimité est

produite par le renversement du régime autoritaire et l'acclamation des chefs de la révolution¹. Elle peut être également *formelle* : elle repose alors sur des mécanismes juridiques permettant la participation des citoyens aux institutions de la transition. Ces deux catégories ne sont pas complémentaires mais autonomes : une transition formellement non démocratique peut conduire à un régime démocratique. Le thème de la légitimation des transitions est ainsi topique de l'un des enjeux fondamentaux du droit constitutionnel, le lien entre légalité et légitimité².

Ce sujet est donc extrêmement large et seuls certains points pourront être développés ici. Il en est d'autant plus nécessaire de préciser quelques éléments d'ordre méthodologique avant d'aller plus loin. Tout d'abord, il sera principalement question du phénomène de « transition à la démocratie » et moins de celui beaucoup plus large de « démocratisation ». Le premier implique un *parcours* avec un point de départ – le régime autoritaire – et un point d'arrivée – le régime démocratique. À l'inverse, le processus de démocratisation est par nature toujours en mouvement. Il vise autant l'étude des institutions démocratiques que l'évolution de la culture démocratique d'un peuple. La démocratisation n'implique pas l'existence d'une révolution et on peut estimer que, même dans les États occidentaux, elle n'est pas encore complètement achevée³.

Il sera en outre impossible de traiter ici du concept de « consolidation démocratique ». Ce dernier vise à déterminer si la transition est pérenne ou si elle se délite dans les dix ou quinze années qui suivent la révolution. On peut enfin rappeler qu'une *transition démocratique* ne se produit pas forcément lors d'une *transition constitutionnelle*, les deux concepts étant distincts. La seconde catégorie vise *les changements de constitution* par l'utilisation du pouvoir constituant. La première catégorie vise uniquement *le changement de régime politique*, c'est-à-dire en simplifiant le passage d'un régime autoritaire vers un régime démocratique⁴.

¹ L'histoire constitutionnelle française illustre bien cette situation. Tout au long du XIX^{ème} siècle, les révolutions démocratiques ont surtout été légitimées par le biais d'acclamations (en 1848 et 1870 à l'Hôtel de ville de Paris). En réalité, ces dernières reposent essentiellement sur la personnalité des révolutionnaires : en 1848 Lamartine, Arago, Ledru-Rollin... et en 1870 Gambetta, Jules Favres... On songe également au renversement du régime de Vichy par le Gouvernement provisoire de la République française, dont la légitimité tenait essentiellement à la personnalité du général de Gaulle. Ce mode de légitimation, le seul démocratique selon Carl Schmitt, est de nos jours généralement rejeté et cette période est reléguée aux balbutiements de la démocratie. Néanmoins, les phénomènes de foules rencontrés lors des manifestations du « printemps arabe » rappellent ce mode de légitimation.

² V. le classique de C. Schmitt, « Légalité et légitimité », in *Du politique : « légalité et légitimité » et autres essais*, Paris, Puissaux Pardes, coll. « Révolution conservatrice », 1990. Dans une perspective plus contemporaine, M. Troper, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001.

³ La lecture des taux de participation aux élections dans les démocraties occidentales conduit parfois à ce constat.

⁴ Les situations sont plus complexes dans la réalité et la science politique classe et distingue de façon plus précise ces différents régimes. Néanmoins, l'objectif de cette étude est l'analyse du passage d'une catégorie de régime à une autre, il n'est donc pas nécessaire de développer les différentes nuances de régimes autoritaires ou démocratiques.

Le phénomène désigné comme le « printemps arabe » constitue le cadre privilégié, mais pas exclusif, de notre étude⁵. Les observateurs s'accordent (à peu près) pour faire débiter cette période – dénommée ainsi en référence au « printemps des peuples » du XIX^{ème} siècle⁶ – par le mouvement de contestation provoqué en Iran par l'élection présidentielle de 2009⁷. Si ce dernier a échoué, il a servi de modèle aux révolutions tunisienne, puis égyptienne et enfin libyenne qui se sont déroulées au courant du printemps 2012. Ces trois pays ont vécu une transition constitutionnelle doublée d'une transition démocratique. D'autres États ne sont pas encore sortis du processus révolutionnaire, comme la Syrie⁸, le Yémen ou le Bahreïn. Enfin, certains régimes ont emprunté la voie de la transition démocratique sans connaître de véritable transition constitutionnelle. Soit en procédant à des simples réformes constitutionnelles – comme le Maroc⁹ –, soit en procédant à des réformes seulement législatives et politiques – comme la Mauritanie ou la Jordanie.

La démocratie pouvant être caractérisée comme la participation du peuple au gouvernement (au sens large)¹⁰, la légitimité de la transition est donc fonction de cette participation. Dès lors, une fois le suffrage universel proclamé, la première étape à réussir passe incontestablement par l'implication des citoyens dans le processus constituant. L'élection de l'Assemblée constituante permet classiquement de répondre à la problématique démocratique (**I**). Depuis le milieu des années 1990, un second type de légitimation des transitions est apparu : la participation des citoyens à l'écriture constitutionnelle (**II**).

I L'ORGANISATION DE L'ELECTION LIBRE ET LOYALE DE L'ASSEMBLEE CONSTITUANTE

Depuis la Révolution française, l'élection des députés de l'Assemblée constituante se présente comme l'étape incontournable pour la mise en place d'un régime démocratique. Elle symbolise la première initiative de l'État démocratique après

⁵ Rappelons que certains États orientaux ont connu une transition démocratique mais pas de transition constitutionnelle. Sur le « printemps arabe », v. not. *Printemps arabe et démocratie*, Paris, La documentation française, 2012 et J.-P. Filiu, *La Révolution arabe, dix leçons sur le soulèvement démocratique*, Paris, Fayard, 2011.

⁶ Après la chute de la Restauration française en 1848, des mouvements révolutionnaires apparurent partout en Europe ; les historiens dénommèrent ce phénomène « printemps des peuples ». Par exemple, on parle de « printemps de l'Est » pour qualifier la chute du communisme en Europe de l'Est.

⁷ Cette révolte est généralement qualifiée de « mouvement vert » par les observateurs. Il faut accepter de faire débiter le printemps « arabe » en Iran.

⁸ Il faudrait parler de guerre civile plutôt que de transition constitutionnelle pour la Syrie.

⁹ Dès le début des contestations, le Roi a pris l'initiative d'une réforme d'envergure de la Constitution marocaine de 1996. Une nouvelle Constitution a été adoptée par référendum le 1^{er} juillet 2011. Les élections du 25 novembre 2011 ont permis pour la première fois l'arrivée au Gouvernement de la majorité parlementaire, cf. O. Bendourou, « La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n° 9, pp. 511 à 535.

¹⁰ On distinguera de façon classique le *Gouvernement*, qui représente seulement le pouvoir exécutif, du *gouvernement*, qui désigne l'ensemble des gouvernants de l'État qui possède le pouvoir politique.

une révolution. Il s'agit en outre de l'acte fondateur du nouveau contrat social puisque de ce vote découlera la norme suprême du futur ordre juridique.

De nos jours, cette exigence est encore plus forte qu'au XIX^{ème} siècle. Les États qui ont tenté une transition sans passer par la phase de modification des règles constitutionnelles ont souvent échoué. Par exemple, suite à la chute de l'URSS, la Biélorussie et l'Azerbaïdjan n'ont réformé que tardivement leurs Constitutions, en 1994 et en 1995. Ces États sont depuis retournés à des régimes autoritaires, alors qu'ils avaient connu, au début des années 1990, des élections libres et une forme d'alternance politique. Certes, on trouve des contre-exemples de changement de Constitution sans passer par la phase d'une Assemblée constituante dans l'histoire française¹¹. De même, le processus constituant allemand de 1949 n'a pas été fondé sur l'élection d'un parlement spécifique. Or, la Loi fondamentale est non seulement le ciment de la société démocratique allemande mais elle est aussi un modèle – le symbole ? – de la réussite du constitutionnalisme contemporain¹².

L'organisation de l'élection de l'Assemblée constituante est donc source d'importants enjeux. Chargés de rédiger la Constitution et, de moins en moins souvent, de l'édicter¹³, les constituants possèdent également dans les faits des pouvoirs législatifs et réglementaires importants qui leur permettent de réguler la politique de l'État pendant la phase transitionnelle¹⁴.

Plusieurs situations sont ici envisageables. Tout d'abord, l'élection peut découler des règles de l'ancien régime. Une assemblée législative peut ainsi s'autoproclamer « constituante », comme ce fut le cas en France en 1789. Cette possibilité est toutefois datée. Plus fréquemment, un régime autoritaire, sentant venir la fin, peut se saborder en convoquant l'élection d'une Assemblée constituante : on dispose ici des exemples de l'Espagne, de l'Afrique du Sud ou, plus récemment, de la Birmanie. Le problème de ce type de transitions « consensuelles », c'est qu'elles peuvent être à l'origine d'une complexification de la légitimité révolutionnaire. Pour faire « table rase » du passé, il semble préférable que les autorités de fait, en charge de la transition, organisent et reconstruisent l'ensemble du système électoral national. Mais, dans ce cas, la difficulté est de déterminer quelles seront les règles applicables aux futures élections. Si les révolutionnaires de 1789 ne pouvaient compter que sur leur « Raison », il existe désormais un catalogue de normes internationales censées aider la légitimation des transitions démocratiques (**A**). Cependant, l'apport de la Communauté internationale se révèle parfois insuffisant face aux problèmes concrets posés par l'organisation d'élections démocratiques (**B**).

¹¹ La V^{ème} République n'est pas l'œuvre d'une Assemblée constituante.

¹² On notera qu'en Afrique du Sud, la Constitution intérimaire de 1993, qui pose les bases du nouveau régime et qui l'œuvre du véritable pouvoir constituant, a été adoptée par le Parlement du régime d'apartheid, suite à d'importantes négociations avec les partis démocratiques. Or, le régime constitutionnel sud-africain, comme le régime allemand, est considéré comme un modèle du constitutionnalisme contemporain. Ces deux exemples montrent bien la possible déconnexion entre la nature démocratique de la création de la Constitution et la nature démocratique du régime mis en place par la Constitution.

¹³ La séparation entre le pouvoir de rédiger et le pouvoir d'adopter la nouvelle Constitution date pour la France de la IV^{ème} République. Cette séparation a été récemment respectée en Égypte et au Maroc.

¹⁴ Cf. A. Le Pillouer, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, coll. « nouvelle Bibliothèque de thèses », 2005.

A) Les critères internationaux de la démocratie

Les institutions transitoires doivent être légitimées par le peuple. Mais, pour que les nouveaux gouvernants soient crédibles, il est également nécessaire que la Communauté internationale reconnaisse, voire soutienne, l'évolution de l'État vers la démocratie¹⁵. Les critères internationaux de la démocratie n'ont été développés que récemment par l'ONU (1). Cette nouvelle politique, malgré l'engouement doctrinal qu'elle a suscité, n'est pas sans soulever quelques remarques substantielles (2).

1°) Une saisine récente de la question

L'influence du droit international sur les Constitutions modernes n'est plus à démontrer¹⁶. Il est plus rare de traiter de son influence directe sur l'*écriture* constitutionnelle¹⁷. Or, le droit international public comporte désormais un certain nombre de dispositions pertinentes pour l'organisation de l'élection de l'Assemblée constituante. Encore faut-il déjà que le droit international puisse s'appliquer lors d'une situation révolutionnaire, alors que le pouvoir constituant reste théoriquement souverain¹⁸. Juridiquement, ce dernier n'est pas obligé d'appliquer ces normes. Politiquement, la situation est différente. Le nouveau régime, en cherchant à acquérir une légitimité sur la scène internationale, demandera parfois l'aide de la Communauté internationale : on peut parler de « soumission instrumentale des États »¹⁹. Il ne pourra donc pas rejeter l'application de ces règles²⁰. L'analyse diffère encore du point de vue du droit international. En effet, si l'ancien régime avait ratifié la norme internationale, la théorie de la succession d'États oblige le pouvoir constituant à se conformer à cette dernière, sous peine de voir sa responsabilité internationale engagée²¹.

Ces normes, quelles sont-elles ? L'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme mentionne d'abord la nécessité de tenir des élections démocratiques²². Ce texte fondamental sera rappelé par plusieurs conventions

¹⁵ Le droit international n'impose que la reconnaissance de l'État et pas celle du gouvernement, cf. N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 460 et *sq.* Néanmoins, cette seconde phase est indispensable pour le maintien des relations internationales et est donc vitale pour le nouveau régime.

¹⁶ H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2000.

¹⁷ Ce thème est par exemple absent de la thèse citée ci-dessus.

¹⁸ Le pouvoir constituant n'est pas formé par l'élection de l'Assemblée constituante, il est seulement détenu par cette dernière. Il apparaît lorsqu'une révolution juridique est causée par la décision de convoquer cette assemblée.

¹⁹ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales : à propos d'un droit international des élections en gestation », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2012, n° 5, p. 1432.

²⁰ Dans cette situation, l'État appliquera ces règles sur la base de sa volonté et non par obligation juridique.

²¹ N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 612 et *sq.* L'URSS constitue l'unique cas d'État ayant rejeté l'application du droit international conclu par l'ancien régime tsariste. Néanmoins, cette opposition était fondée sur des motifs davantage idéologiques que juridiques.

²² Al. 1^{er} : « Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis » ; al. 3 : La volonté du peuple est le

postérieures : l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966²³, l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁴, l'article 23 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme²⁵ ou l'article 13 de la Charte africaine des droits de l'homme²⁶. Toutefois, soutenir que ces normes ont eu une influence dès 1945 ou 1966 constituerait sans doute une vision déformée de la réalité. D'ailleurs, l'existence d'un *standard démocratique* international reste encore à construire²⁷. Historiquement, ce processus n'est que très récent. Ce n'est que depuis la chute du mur de Berlin qu'une politique onusienne en faveur de la démocratie a été entreprise, sous l'impulsion notamment du Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali²⁸. Auparavant, le principe d'équivalence des régimes dans le contexte de la Guerre froide empêchait toute action dans ce domaine²⁹. Deux catégories de politiques sont ici à distinguer.

D'abord, les missions d'aide et de surveillance des élections se sont développées. La coopération onusienne prend souvent la forme d'une assistance technique et matérielle : au Pérou, en Albanie, au Bénin, *etc.*³⁰. L'ONU effectue par exemple de plus en plus des missions de certification des élections³¹. Elle apporte aussi une aide financière, car la démocratie a un coût qui peut être difficile à assumer pour des États qui sortent exsangues d'une dictature³². Cette aide peut également prendre la forme d'une mission exceptionnelle d'organisation matérielle des élections. Elle nécessite dans

fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

²³ « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables: a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ».

²⁴ « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

²⁵ « Tous les citoyens doivent jouir des droits et facultés ci-après énumérés : a) De participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus ; b) d'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et égal, et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs ».

²⁶ « Tous les citoyens ont le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, ce, conformément aux règles édictées par la loi ».

²⁷ Pour un bilan, v. F. Roch, « Réflexions sur l'évolution de la positivité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en dehors des situations de décolonisation », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n° 15, pp. 33 à 100.

²⁸ L.-A. Sicilianos, *L'ONU et la démocratisation de l'État. Systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, Pedone, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2000.

²⁹ Sur le principe de l'équivalence des régimes politiques, voir par ex. : P. Daillier, A. Pellet et N. Quoc Dinh, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 428 à 450. Ce principe est le corollaire du principe de souveraineté de l'État.

³⁰ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », *op. cit.*, pp. 1421 à 1422. C'est le Programme des Nations Unies pour le développement qui gère cette politique de l'ONU.

³¹ Par ex. au Timor en 2007, au Népal en 2008, en Côte d'Ivoire en 2010. Cf. T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », *op. cit.*, p. 1423.

³² Le Cambodge a ainsi reçu 35 millions de dollars entre 1998 et 2003, mais l'Afghanistan ou le Kosovo ont également reçu une aide financière.

ce cas un mandat du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée générale de l'ONU (Guinée-Bissau³³, Sierra Leone³⁴, etc.).

Ce type de politique est également assumé par des organisations internationales régionales. En 1995, par exemple, l'OSCE a ouvert son « Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme ». Cette institution est chargée de l'aide et du contrôle à la mise en place d'élections libres³⁵. On peut aussi rappeler ici le rôle effectué par la Commission de Venise depuis la chute du mur de Berlin en Europe pour que les élections démocratiques soient un succès³⁶. Ces actions de surveillance, que les organisations internationales peuvent exercer en partenariats avec des organisations non gouvernementales (ONG) comme *Democracy reporting international* ou *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* ont un bilan globalement positif. Néanmoins, leur réaction en cas de constat de fraude est limitée³⁷ : il n'existe pas de norme internationale relative à la résolution des conflits et encore moins de compétence d'une juridiction internationale. Elles ne peuvent pas empêcher les irrégularités mais elles contribuent fortement à la légitimité des élections en cas de succès³⁸.

Ensuite, la Communauté internationale a développé tout un catalogue de nouvelles normes qui devraient être appliquées par les droits nationaux, et sur lequel il est inutile de s'attarder ici³⁹. L'une des plus emblématiques a été adoptée en 2004, par l'Assemblée générale des Nations Unies : c'est une résolution qui définit « sept éléments essentiels » de la démocratie⁴⁰. La liste est large, consensuelle et hétéroclite. Elle comprend la séparation des pouvoirs ; l'indépendance du pouvoir judiciaire ; un système pluraliste de partis politiques ; le respect de l'État de droit ; la transparence du gouvernement ; la liberté et le pluralisme des médias ; le respect des droits de l'homme et notamment de ses droits politiques.

2°) Une définition lacunaire de la démocratie

Il n'est pas lieu de dresser ici un bilan de l'activité de l'ONU dans le domaine de la démocratisation⁴¹. Certaines remarques d'ordre théorique peuvent toutefois être adressées à la résolution de 2004, qui constitue un aboutissement de sa politique dans ce domaine. L'apport de ces « sept piliers » à une définition internationale de la démocratie est relativement modeste. La liste de principes traduit plus une

³³ Résolution 1233 du 6 avril 1999.

³⁴ Résolution 1270 du 22 octobre 1999.

³⁵ Sur l'action de cet organe, v. R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, pp. 54 à 56.

³⁶ G. Malinverni, « L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 386.

³⁷ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », *op. cit.*, pp. 1434 à 1435.

³⁸ Il sera difficile pour un parti d'opposition de contester la régularité des élections une fois qu'une organisation internationale a adressé un satisfecit (par le biais d'une certification officielle).

³⁹ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », *op. cit.*, pp. 1405 à 1436.

⁴⁰ Résolution du 20 décembre 2004 de l'Assemblée générale de Nations Unies (A/RES/59/201).

⁴¹ R. Mehdi (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État. Actes des dixièmes rencontres internationales d'Aix-en-provence*, Aix-en-Provence, Pedone, 2002.

accumulation de mots-clés consensuels qu'une conceptualisation cohérente. Tout d'abord, certains éléments sont redondants et leur juxtaposition soulève l'incompréhension. La liberté de la presse n'est donc pas un droit de l'homme ? L'indépendance du pouvoir judiciaire ne serait pas une composante essentielle de l'État de droit ? Pourquoi la définition ne met-elle pas l'accent sur l'égalité entre les citoyens – et particulièrement sur l'égalité entre les hommes et les femmes ?

En outre, force est de constater qu'il ne s'agit pas d'une *définition de la démocratie* mais d'une *définition du régime libéral* ou de ce qui est parfois désigné en Europe « État de droit constitutionnel »⁴². C'est en effet d'une liste de droits fondamentaux et de principes organisationnels de l'État dont il est ici question. Il est alors permis de s'interroger sur la volonté des auteurs de cette résolution. Les « sept piliers » font l'impasse sur l'élément qui reste le noyau essentiel de la définition théorique de la démocratie : la *confiance* des gouvernés envers les gouvernants.

Le concept de *trust*, de Locke à Schumpeter, conduit à définir la démocratie comme le fait que le peuple soit à même « d'accepter ou d'écarter les hommes appelés à gouverner »⁴³. Si l'on revient à une définition intuitive de la démocratie, il signifie que cette dernière ne peut exister si les gouvernés ne sont pas en accord avec la politique menée par les gouvernants. Bien entendu, cet accord se concrétise uniquement dans *l'existence régulière d'élections* qui permettent de prouver *objectivement* la réalité de la confiance. C'est pour cette raison que les monarchies d'ancien régime ou les dictatures contemporaines ne sont pas des démocraties. Elles revendiquent le *trust* mais elles ne peuvent pas le prouver car elles n'organisent pas d'élections libres. Il est dès lors regrettable que la définition onusienne soit muette sur ce point.

Le respect des droits de l'homme, de la séparation des pouvoirs ou du pluralisme des médias est indispensable à la réalisation d'une société libérale moderne. Il est néanmoins tout aussi indispensable de distinguer le libéralisme de la démocratie : leur confusion tend non pas à renforcer mais à amoindrir les deux notions⁴⁴. Le paragraphe 8 de la Déclaration de juin 1993 concluant la Conférence mondiale sur les Droits de l'homme, est topique du flou onusien :

« La démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement. La démocratie est fondée sur la volonté, librement exprimée, du peuple qui détermine le système politique, économique, social et culturel qui sera le sien et sur sa pleine participation à tous les aspects de la vie de la société. Cela posé, la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux niveaux national et international, devraient être universelles et se réaliser sans l'imposition d'aucune condition. La communauté internationale devrait s'employer à renforcer

⁴² Par rapport à l'État de droit « légal », dans un État de droit « constitutionnel » les garanties libérales du pacte social sont situées dans la norme constitutionnelle. Il implique également l'existence d'une justice constitutionnelle performante.

⁴³ J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Petite bibliothèque Fayot, 1942, p. 357.

⁴⁴ Certes, les sources intellectuelles du libéralisme et de la démocratie sont proches. Il n'empêche, c'est là deux objectifs distincts tant par leurs moyens de mise en œuvre que par leur finalité. Une société peut être démocratique sans que les garanties libérales soient développées. L'État de droit est une notion plus relative et doctrinale que la démocratie. Rappelons qu'elle a été évolutive (de l'État légal à l'État constitutionnel).

et promouvoir la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le monde entier »⁴⁵.

Il est regrettable que cette confusion soit souvent reprise par les ONG comme par la doctrine « transitologue »⁴⁶, qui soutiennent les mouvements de transitions démocratiques⁴⁷. Focalisées sur la nécessité de consolider la démocratie par l'instauration d'un régime libéral, ces observateurs oublient parfois que la mise en place du régime démocratique doit être prioritaire sur les réformes institutionnelles portant, par exemple, sur la création d'une justice constitutionnelle. Or, pour M. Boutros Boutros-Ghali, « le processus de démocratisation est [...] indissociable de la protection des droits de l'homme. Plus précisément, la démocratie constitue le projet politique dans lequel doit s'inscrire la garantie des droits de l'homme »⁴⁸.

Notre critique ne signifie pas que les réformes tenant à l'État de droit sont indésirables mais uniquement qu'elles ne peuvent intervenir qu'*une fois la démocratie établie*. Le Professeur Massias juge ainsi que l'existence d'une juridiction constitutionnelle peut constituer un « obstacle à la transition »⁴⁹. En outre, la confusion onusienne repose sur une certaine facilité de raisonnement : la démocratie n'est pas qu'une affaire juridique ou constitutionnelle mais elle est surtout un problème de culture populaire (« conditionnalité politique »)⁵⁰, alors que la fondation d'un État de droit repose sur certains éléments désormais clairement identifiés⁵¹. Historiquement, lorsque la démocratie était conçue comme la volonté de la majorité, il existait même de très fortes tensions entre elle et le libéralisme, comme le soulignait Tocqueville : « Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs »⁵².

On peut deviner l'origine des imperfections de la résolution de 2004. L'Assemblée générale n'est pas la voix de la raison démocratique mais celle de la majorité des États membres de l'ONU, laquelle est composée d'une forte proportion

⁴⁵ Doc. A/CONF. 157/23, I § 8.

⁴⁶ Sur la doctrine « transitologue », cf. R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 33 et *sq.* Cette « doctrine » anglo-saxonne est composée d'universitaires, d'avocats ou de journalistes militant pour l'émancipation des peuples.

⁴⁷ Cf. M. Meyer-Resende, « Consensus international : éléments essentiels de la démocratie », disponible sur le site www.democracy-reporting.org.

⁴⁸ Discours d'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme de 1993 (Doc. A/CONF. 157/22), p. 12.

⁴⁹ J.-P. Massias, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Paris et Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998, p. 405.

⁵⁰ Les politistes qualifient parfois cette contrainte de « conditionnalité politique ». V. G. Hermet, *Le passage à la démocratie*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, coll. « La bibliothèque du citoyen », 1996, pp. 87 à 107 ; S. Milacic, « Les obstacles à la transition démocratique de l'Est. Le politique otage de l'Économie et de la Culture », in J.-C. Gautron (dir.), *Les relations Communauté européenne-Europe de l'Est*, Paris, Economica, coll. « Travaux de la Commission pour l'étude des communautés européennes », 1991, pp. 636 à 641.

⁵¹ Un État de droit est plus facile à mettre en place qu'une démocratie : proclamation d'un catalogue de droits fondamentaux, droit au recours le plus largement ouvert, existence d'une justice constitutionnelle et mise en place de garanties d'indépendance et d'impartialité de la justice.

⁵² A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1968, t. I, p. 145.

de régimes autoritaires⁵³. Il n'est donc pas surprenant que les sept piliers soient consensuels *et* lacunaires⁵⁴. Il est en revanche regrettable qu'une partie de la doctrine suive cette définition sans en dénoncer les limites. La position de la Communauté internationale est justifiée par la plus-value que représenterait la création d'une démocratie libérale sur l'édification d'une « simple » démocratie. Du point de vue de la science politique, ce raisonnement constitue un retour vers ce que le Professeur Guy Hermet qualifie de « démocraties avec adjectifs »⁵⁵ : démocratie *sociale, populaire, libérale etc.* À l'origine, c'est d'une distinction marxiste entre démocratie formelle et démocratie réelle qu'est apparue cette idée de « l'insuffisance » des seuls critères électoraux pour caractériser la démocratie. Bien entendu, la promotion de la « démocratie libérale » n'est pas fondée sur cette argumentation antilibérale⁵⁶. Néanmoins, elle est incontestablement le produit du rejet de la conception strictement représentative de la démocratie, qui était celle opposée par le bloc capitaliste à la conception soviétique mais aussi « tiers-mondiste ». Si la première a disparu de la scène de l'ONU depuis la chute du mur de Berlin, la seconde perdure toujours de nos jours.

Avec cette promotion de la « démocratie libérale », la démocratie paraît secondaire⁵⁷. Certes, l'objectif est de mettre en avant une conception libérale de la société. Il n'en reste pas moins que la démocratie est alors reléguée au second plan, et particulièrement les conditions électorales de sa mise en œuvre

B) Les conditions électorales de légitimation de la transition

La légitimité de l'Assemblée constituante passe par deux éléments successifs : l'instauration d'un droit électoral démocratique (1) puis d'un véritable contrôle juridictionnel des élections (2).

1°) L'instauration d'un nouveau droit électoral

Deux situations sont envisageables. Tout d'abord, un régime autoritaire n'est pas forcément un régime sans élections. Il peut même être à l'origine de l'ouverture vers la démocratie (Espagne, Birmanie, *etc.*). Dans ce cas, l'élection de l'Assemblée constituante pourra être organisée par les cadres de la dictature. Cette éventualité peut conduire à des appréhensions de la part de la population. Elle peut même *dé légitimer* les

⁵³ Tant que cette situation n'a pas changé ou que les modalités de vote n'ont pas évolué, il est donc illusoire d'attendre de l'ONU une politique ferme et résolue en matière de démocratisation (ou de droits de l'homme). C'est pourquoi l'action des organisations régionales possède un bilan plus positif (OSCE et Conseil de l'Europe) ou plus prometteur (CEDAO).

⁵⁴ L'absence de proclamation du principe d'égalité dans la liste s'explique ainsi parce que la majorité de ces États n'a accordé qu'un droit de vote très limité aux femmes ou à certaines minorités.

⁵⁵ G. Hermet, *Le passage à la démocratie, op. cit.*, pp. 19 à 24.

⁵⁶ Il n'est pas nécessaire de revenir sur la réalité de ces alternatives, qui ne justifiaient que l'autoritarisme de ces régimes, *ibid.*

⁵⁷ Certaines conclusions sont ainsi pour le moins contestables : « Il ne doit pas être possible [dans un État de droit], par exemple, de supplanter par référendum publique [*sic*] les dispositions de la Constitution », M. Meyer-Resende, « Consensus international : éléments essentiels de la démocratie », *op. cit.*, p. 13.

élections. D'un autre côté, elle possède des avantages pratiques certains : le volet « légalité technique » et « organisation administrative » de l'élection peut être assuré de façon efficace par les fonctionnaires de l'ancien régime⁵⁸. Leur expérience permet d'éviter les irrégularités grossières et d'assurer de ce fait une bonne « qualité » des élections. Il faut rejeter l'idée que seuls les démocrates construisent la nouvelle démocratie et que les partisans du gouvernement autoritaire vont toujours défendre l'ancien régime⁵⁹. Avec l'expérience, il apparaît même que la transition ne peut être un succès que si elle est le fruit du plus large consensus⁶⁰.

La seconde possibilité – la plus courante –, c'est que le gouvernement révolutionnaire prenne la responsabilité de l'organisation des élections. La chute d'un régime autoritaire n'est pas forcément synonyme de l'établissement d'élections démocratiques, ainsi que le montrent de nombreux exemples⁶¹. Dès lors toute une série de problématiques se pose : comment réformer le droit électoral ? Quel mode de scrutin choisir ? Quels principes appliquer ?

La refonte des listes électorales. C'est un problème technique, administratif, mais qui est crucial. Le cas de la transition tunisienne est ici révélateur des difficultés qui peuvent survenir dans cette situation. Les listes électorales tenues par l'ancien régime étant peu fiables, leur révision a été confiée à une Instance supérieure – présidée par le Doyen Yadh Ben Achour –, qui a été également chargée de proposer une nouvelle loi électorale⁶². Face aux doutes, la Haute instance a choisi d'autoriser l'inscription des électeurs sur présentation de leur carte d'identité. Ces dernières avaient été établies sous Ben Ali, de même que les anciennes cartes d'électeur. Mais l'édiction des cartes d'identité se révélait, comme dans tout État policier, beaucoup plus fiable que celle des cartes d'électeur. La Haute instance a aussi adopté des règles de parité et de financement public des partis politiques par exemple⁶³.

La question de la participation des cadres de l'ancien régime aux élections est désormais d'actualité. Elle est directement liée à la problématique soulevée par les liens entre justice politique et démocratie⁶⁴. Du procès de Nuremberg à celui de Saddam Hussein ou d'Hosni Moubarak, comment juger les anciens responsables sans que le pays s'enfonce dans une guerre civile ? Avant le « printemps arabe », des solutions pacifiques étaient le plus souvent adoptées : une amnistie générale était proclamée et

⁵⁸ On songe par exemple à la tenue des bureaux de vote le jour des élections.

⁵⁹ « L'idée que ce sont les "démocrates" qui bâtissent les jeunes démocraties et les "autoritaires" qui s'efforcent d'empêcher leur éclosion pêche par simplification », G. Hermet, *Le passage à la démocratie, op. cit.*, p. 74.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁶¹ Par exemple, les élections en Albanie en 1996, en Géorgie en 2004 ou au Kirghizistan en 2010 ont illustré les difficultés de transitions parfois anciennes à instaurer de véritables élections démocratiques.

⁶² Il s'agit de la « Haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique », qui a fonctionné du 15 mars au 11 octobre 2011. Cf. R. Ben Achour et S. Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC*, 2012, n° 92, p. 720 et sq.

⁶³ Pour plus de détails, cf. R. Ben Achour et S. Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *op. cit.*, pp. 723 à 726.

⁶⁴ Sur ce thème, on renverra à l'ouvrage classique mais toujours de référence, P. Bastid, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Paris, Fayard, coll. « Les temps et les destins », 1962.

on « oubliait » les anciennes loyautés au bénéfice de la « réconciliation nationale »⁶⁵. Depuis la transition sud-africaine, les commissions vérité et réconciliation sont préférées⁶⁶. Généralement, seuls les principaux responsables de l'ancien régime étaient jugés et condamnés pour leurs actions.

L'Égypte et la Tunisie ont innové par un processus discriminant extrêmement large qui semble contestable tant sur le plan juridique que politique. En Tunisie, le décret-loi du 20 août 2011 a interdit aux membres de l'ancien parti de Ben-Ali, le Rassemblement constitutionnel démocratique, de se présenter aux élections. Cette interdiction fut étendue à toute personne ayant assumé « à l'époque de l'ancien président » une responsabilité au sein du gouvernement. Le texte est muet sur la durée que couvre cette interdiction et les « responsabilités » visées⁶⁷. En outre, une liste demeurée secrète de personnalités interdites d'élections a été adoptée par la Haute instance chargée des élections⁶⁸. Elle ajoute au problème démocratique celui de la transparence.

En Égypte, la loi électorale n'était pas aussi sévère qu'en Tunisie, mais elle avait également tenté d'empêcher certains caciques du régime de se présenter aux élections législatives et présidentielles⁶⁹. La loi n° 17-2012 – dite la loi de « privation politique » – a ainsi modifié l'ancienne loi de 1956 relative au droit électoral. La nouvelle disposition interdit aux membres de l'ancien régime d'exercer leurs droits politiques pour les dix prochaines années, s'ils ont occupé, lors des dix dernières années, une liste de postes, énumérés de manière explicite⁷⁰. En conséquence, la commission électorale a annulé les candidatures d'anciens cadres du régime de Moubarak. Par exemple, l'ancien chef des services secrets, Omar Souleiman, n'a pas pu se présenter devant les électeurs. De même, la candidature d'Ahmed Chafiq, ancien premier ministre du régime, a été contestée, alors que ce dernier était arrivé à la seconde place du premier tour de l'élection présidentielle⁷¹.

Saisie de l'affaire, la Cour constitutionnelle suprême égyptienne a invalidé la loi dans un arrêt du 14 juin 2012⁷². D'un point de vue juridique, une incontestable rupture

⁶⁵ C. Salcedo, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, pp. 86 à 88.

⁶⁶ Sur ces dernières, cf. B. Cassin, O. Cayla et J.-P. Salazar, *Vérité, Réconciliation et Réparation*, Paris, Seuil, coll. « Le Genre Humain », 2004.

⁶⁷ La question se pose particulièrement pour les hauts fonctionnaires et les responsables des forces de sécurité.

⁶⁸ Democracy reporting international, « Tunisie : règlement du contentieux de l'élection : de nombreuses questions demeurent en suspens », note d'information n° 16, août 2011, disponible sur le site www.democracy-reporting.org.

⁶⁹ Sur la situation égyptienne, cf. M. Abdulghani et R. Déchaux, « Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du 14 juin 2012. La juridictionnalisation des transitions démocratiques en question », *Revue internationale de droit comparé*, 2013, n° 2 (à paraître).

⁷⁰ L'art. 1 § 4 de la loi n° 17 de 2012 précise que l'interdiction vise « Toute personne qui a exercé pendant les dix dernières années à partir du 11 février 2011 les postes de Président de la République, vice-président, Premier ministre, président du Parti National Démocrate dissous, son secrétaire général, les membres de son bureau politique ou son secrétariat général, et ce pour les dix années à partir de la date mentionnée ».

⁷¹ Selon les résultats officiels, M. Chafiq a obtenu 5 505 327 voix au premier tour (23,66 % des votants) et 12 347 380 au second tour (48,27 % des votants).

⁷² Le même jour, la Cour a annulé la loi relative aux élections de l'Assemblée nationale (une traduction des deux arrêts est proposée dans notre article précité). Une fois la nouvelle Constitution adoptée le 25 décembre 2012, la Cour a annulé la loi électorale sur le Sénat dans un arrêt du 1^{er} juin 2013, ce qui confirme la jurisprudence ultérieure.

d'égalité du droit d'être candidat a été relevée par le juge constitutionnel. D'un point de vue politique, il était contraire aux valeurs démocratiques d'interdire aux représentants d'un parti – aussi contestable soit-il – de se confronter au peuple égyptien, d'autant plus que M. Chafiq a rassemblé plus de cinq millions de voix sur son nom.

La limitation du droit d'être candidat pour les anciens membres du régime autoritaire repose sur une contradiction quant à la définition même de la démocratie, fondée sur le suffrage universel et surtout le principe d'égalité (des individus mais aussi des idées et donc des partis)⁷³. Elle fragilise les bases du nouveau régime démocratique. Laisser les représentants de l'ancienne dictature se présenter aux élections constitue la meilleure façon de prouver la supériorité morale du régime démocratique⁷⁴. Ainsi que l'a souligné le Professeur Hermet, « La transition espagnole a démontré sinon la moralité, du moins le bien-fondé de l'entente tactique entre les démocrates par conviction de l'anti-franquisme et ceux qui, sortis du sérail autoritaire, ne l'ont été que par un choix rationnel à la manière d'Adolfo Suarez et, peut-être du roi Juan Carlos »⁷⁵. En Égypte et en Tunisie, les révolutionnaires ont confondu le combat contre l'ancien régime et le combat pour l'instauration de la démocratie. L'annulation de la Haute juridiction égyptienne était en conséquence justifiée, même si le contexte dans lequel elle a été prononcée a bien failli conduire à une contre-révolution⁷⁶. L'absence de justice transitionnelle en Tunisie – le Conseil constitutionnel ayant été dissout le 23 mars 2011 – a permis au décret-loi du 20 août 2011 de ne pas être contesté devant les tribunaux.

On remarque que cette pratique du « printemps arabe » constitue une nouveauté. Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, lors des transitions en Europe du Sud ou de l'Est, de telles mesures n'ont jamais été prises⁷⁷. Par exemple, les anciens partis communistes ont non seulement pu continuer leurs activités mais ils ont même parfois remporté certaines élections⁷⁸. Cette pratique plus libérale est préférable car la limitation du droit de candidature peut naturellement conduire à des frustrations dans la population. En réaction, un renforcement de l'idéologie autoritaire peut fragiliser la légitimation de la transition démocratique. La pratique traditionnelle du pardon – « une amnistie mais pas d'amnésie » – permet en revanche de mettre en œuvre un véritable

⁷³ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur* (1932), reprint Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, pp. 8 à 9.

⁷⁴ Certaines démocraties occidentales ne raisonnent pas de la sorte. En Allemagne, les partis extrémistes – nazis ou communistes – sont constitutionnellement interdits et le Tribunal de Karlsruhe a plusieurs fois prononcé leur dissolution. D'une part, cette situation s'explique par l'histoire spécifique de l'Allemagne. D'autre part, cette interdiction n'est pas efficace : les partis extrémistes renaissent toujours de leurs dissolutions sous un nouveau nom. Le problème est juste écarté et ces dirigeants gagnent le statut de martyr. Il n'est donc pas souhaitable de transposer le modèle allemand dans les nouvelles démocraties.

⁷⁵ G. Hermet, *Le passage à la démocratie*, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ M. Abdulghani et R. Déchaux, « Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du 14 juin 2012... », *op. cit.*

⁷⁷ Pour un aperçu, cf. R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, *op. cit.* ; *Democracy reporting international*, « Path to democracy in Europe 1974-1991 : an overview », disponible sur le site www.democracy-reporting.org.

⁷⁸ Lors des premières élections législatives des 10 et 17 juin 1990, le parti communiste bulgare – baptisé désormais parti « socialiste » bulgare – obtint plus de 52 % des voix.

esprit de modération et de tolérance, c'est-à-dire la principale vertu du régime démocratique⁷⁹.

Le mode de scrutin. Lorsqu'un régime autoritaire organise des scrutins falsifiés, c'est le plus souvent le scrutin majoritaire qui sert de caution à cette parodie de démocratie. En réaction, les révolutionnaires sont alors tentés de choisir le scrutin proportionnel, comme ce fut le cas par exemple en Tunisie ou en Égypte⁸⁰.

Le problème de ce mode de scrutin est bien connu. Soit il est mis en place dans de larges circonscriptions – voire dans une seule – et les élections ne permettent pas de construire de solides majorités au Parlement, comme c'est toujours le cas actuellement en Israël ou en Bulgarie. Or, à la sortie d'une révolution, *l'instabilité politique est source d'instabilité du régime*. Soit le scrutin proportionnel est établi dans de petites circonscriptions, comme c'est le cas en Allemagne⁸¹, et il sera dès lors nécessaire d'effectuer de savants calculs pour attribuer les voix minoritaires. Cette « cuisine électorale » est généralement mal perçue par les électeurs ; elle nécessite une culture spécifique. En outre, les résultats de l'élection seront à peu près identiques à ceux produits par un scrutin majoritaire, ce qui peut causer une certaine frustration. Dans une démocratie naissante, il est peut-être préférable de privilégier un mode de scrutin majoritaire pour consolider le nouveau régime en instaurant un solide fait majoritaire.

L'organisation des élections. Dans les démocraties consolidées, il existe un corpus de règles et principes électoraux qui garantissent l'existence *d'élections libres et loyales*. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur ce point ici mais rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a développé dans ce domaine une importante jurisprudence sur le fondement de l'article 3 du Protocole n°1⁸². Il s'agit de règles techniques, comme celles relatives au cautionnement des candidats⁸³, ou de principes plus fondamentaux de la société démocratique, comme la question du droit de vote des détenus⁸⁴. On peut résumer l'esprit de ces principes ainsi : les élections doivent être régulières (tous les 4 ou 5 ans). Elles doivent être loyales, c'est-à-dire que les électeurs ne doivent pas subir de pressions – de toute nature – limitant leur libre choix.

Le « droit électoral international » est surtout influent dans la région européenne, grâce à l'action conjuguée de la CEDH et de la Commission de Venise. Cette dernière a même adopté un « Code de bonne conduite en matière électorale » lors de sa 51^{ème} session plénière, les 5 et 6 juillet 2002⁸⁵. Mais il se propage désormais à l'ensemble de la communauté internationale⁸⁶. Le recours à ces standards permet de

⁷⁹ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, op. cit., pp. 66 à 67.

⁸⁰ En Tunisie, le décret-loi n° 35 du 10 mai 2011 choisit dans ses articles 31-36 « le scrutin de liste fermée à la proportionnelle au plus fort reste ». En Égypte, le scrutin proportionnel était déjà en vigueur sous Moubarak.

⁸¹ C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, pp. 34 et 35.

⁸² V. par ex. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 723 à 754 ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 12^{ème} éd., 2012, pp. 648 à 658 ; J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012, pp. 337 à 345.

⁸³ CEDH, arrêt du 28 mars 2006, *Soukhovetski contre Ukraine*.

⁸⁴ CEDH, GC, arrêt du 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni*.

⁸⁵ Commission de Venise, *Le droit électoral*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2008.

⁸⁶ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », op. cit., pp. 1408 à 1416. L'auteur met cependant l'accent sur la difficile effectivité de ces principes et la nécessité qu'ils soient complétés par des règles de *soft law*, pp. 1419 à 1420.

mesurer la *qualité* de la démocratie et il est bien entendu préférable qu'ils soient appliqués dès les débuts de la transition. Néanmoins, il y a peu de chances que les autorités transitoires puissent les mettre en œuvre dès les élections constituintes. Rappelons qu'en France, l'isoloir ne fut introduit qu'en 1914 et qu'il faudra attendre la Libération pour qu'il soit systématisé dans toutes les communes. Dès lors, il serait sans doute présomptueux de demander aux pays sortant à peine d'un régime autoritaire de copier un droit électoral qui mit plus d'un siècle à se consolider en France ou en Allemagne⁸⁷.

2°) *L'instauration d'un contrôle des élections*

Une fois ouverte à l'universalité des citoyens, les élections doivent donc être libres et loyales pour être démocratiques. Or, pour que ces principes soient respectés, une autorité indépendante doit être en charge de leur respect : « Si l'essence de la démocratie réside dans l'incertitude préalable quant à l'issue du vote, sa consolidation réside dans la garantie du résultat et non dans un autre type d'incertitude postérieur au scrutin »⁸⁸. Ce point est très important car, si sous l'ancien régime les élections étaient truquées, la tentation sera grande pour ses ex-partisans d'effectuer une fraude massive aux élections qui découragera les forces révolutionnaires et décrédibilisera la transition démocratique⁸⁹.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, ce contrôle de la régularité des élections peut d'abord être sous la responsabilité d'organes internationaux. Il peut même arriver que l'ONU prenne en charge l'organisation et le contrôle électoral, comme ce fut le cas au Salvador en 1992, au Cambodge en 1993, en Afghanistan en 2004 ou en Irak en 2005⁹⁰. Les organisations internationales régionales, dont la légitimité est plus forte car elles sont plus proches culturellement du nouvel État démocratique, peuvent également se charger du contrôle des élections. En Europe, l'OSCE détient ce rôle fondamental.

Depuis la fin du XX^{ème} siècle, ce rôle des organisations internationales et non gouvernementales s'est beaucoup développé⁹¹. Pour surveiller les élections de 1991 au Paraguay, l'Organisation des États américains a envoyé une dizaine de personnes. Pour les élections de 2008, elle a envoyé plus de 200 observateurs. Il s'agit sans doute de l'une des grandes caractéristiques de l'évolution des transitions démocratiques depuis le XIX^{ème} siècle ou le début du XX^{ème} siècle. Cette évolution est globalement positive : le contrôle international offre des garanties d'impartialité pertinentes pour le succès des élections. En revanche, « les effets de cette labellisation peuvent être pervers »⁹² : le gouvernement transitoire perd une partie de son autorité en matière électorale. En

⁸⁷ « L'histoire rappelle que l'émergence de la conscience démocratique a requis beaucoup de temps », G. Hermet, *Le passage à la démocratie*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁸ R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 53 et *sq.*

⁹⁰ T. Ondo, « L'internationalisation du droit relatif aux élections nationales... », *op. cit.*, pp. 1425 à 1429.

⁹¹ Une ONG comme *Democracy reporting international* rend ainsi des rapports périodiques sur la situation électorale et constituante dans les États en voie de transition démocratique. Cf. le site www.democracy-reporting.org.

⁹² R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 63.

outre, d'un statut d'observateur des élections nationales, la société internationale est devenue *productrice de la légitimité des élections*. Ce constat peut aisément être utilisé à des fins populistes par des partis extrémistes ou nationalistes sous l'argument d'une dénonciation de la mise sous tutelle électorale des États occidentaux⁹³.

Lorsque le contrôle des élections est réalisé par les autorités nationales, il est courant que les organisations internationales envoient quand même des observateurs pour s'assurer de la loyauté du scrutin. Dans cette situation, on recense deux alternatives, que l'on a retrouvées en Tunisie et en Égypte.

Le gouvernement transitoire peut, comme en Égypte, confirmer les anciens tribunaux dans leur charge de vérification de la licéité des élections. Cette solution a l'avantage de garantir une certaine continuité et de favoriser la confiance populaire dans les tribunaux. Elle soulève des problèmes lorsque les magistrats en fonction avaient montré une trop grande proximité avec l'ancien régime. Ce n'était pas le cas pour le pouvoir judiciaire égyptien, qui a même souvent joué un rôle de contre-pouvoir sous la dictature militaire⁹⁴. Pour pallier ce risque, les autorités de transition peuvent instituer de nouveaux organes de contrôle et, dès lors, la question de la *compétence* et de l'*indépendance* de ces organes se pose. En Tunisie, le Gouvernement a confirmé les tribunaux administratifs pour connaître du contentieux électoral. Les présidents de ces juridictions ont vivement critiqué cette décision car leurs tribunaux sont déjà engorgés par le contentieux ordinaire⁹⁵. L'enjeu n'est pas une question de célérité de la justice mais d'effectivité du droit au recours. En effet, le contentieux électoral n'est pas un contentieux comme un autre, il ne souffre pas notamment d'être rendu longtemps après la tenue des élections. Le choix du Gouvernement transitoire tend donc à diminuer la qualité du contrôle.

En définitive, l'un des éléments les plus importants dans ce domaine est l'existence d'un recours utile pour les citoyens, en cas de doute sur une fraude électorale⁹⁶. Le recours doit pouvoir être réalisé devant une institution indépendante et impartiale – juridiction ou autorité administrative indépendante – dans un délai raisonnable⁹⁷. L'effectivité du droit électoral est une condition essentielle de la mise en place d'une démocratie⁹⁸. La création d'un juge électoral spécifique semble préférable à l'attribution de ce contentieux technique à des juridictions ordinaires, généralement débordées et mal formées pour répondre à ces questions.

⁹³ Ainsi, « la présence même d'observateurs internationaux signifierait une certaine suspicion à l'égard des autorités politiques et judiciaires des pays considérés comme étant "en voie de démocratisation". La figure de l'observateur international peut donc être perçue comme l'expression d'une supériorité de pays développés – du moins politiquement – par rapport aux "jeunes démocraties", voire même une prétention de type "néo-colonialiste" », R. Fregosi, *Parcours transnationaux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁴ N. Bernard-Maugiron, *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

⁹⁵ Democracy reporting international, « Tunisie : règlement du contentieux de l'élection : de nombreuses questions demeurent en suspens », *op. cit.*

⁹⁶ Le droit au recours utile est notamment garanti par l'article 2 § 3 du PIDCP.

⁹⁷ C'était l'une des principales difficultés en Égypte sous le régime de Moubarak. Entre le début de la (prétendue) démocratisation en 1980 et le début des années 2000, toutes les élections législatives ont été annulées par la Cour constitutionnelle suprême égyptienne... avec en moyenne un délai de cinq ans entre la décision de la Cour et les élections (soit la durée du mandat des députés).

⁹⁸ Comme l'effectivité des droits fondamentaux est une condition essentielle de la mise en place d'un État de droit.

II LA PARTICIPATION DES CITOYENS A L'ECRITURE DE LA CONSTITUTION

D'une manière générale, les transitions constitutionnelles sont de plus en plus exigeantes sur le plan démocratique. Au XIX^{ème} siècle, leur légitimité était souvent fondée sur un groupe de personnalités. Désormais, la mise en œuvre du pouvoir constituant nécessite l'application de procédures qui approchent celles des démocraties consolidées, tant formellement que substantiellement. Ce renforcement des exigences démocratiques ne peut être qu'encouragé et il devra certainement être amplifié, dans la mesure du possible. Pour le politiste, cette évolution n'est pas surprenante car elle n'est qu'une illustration de l'évolution générale des régimes démocratiques vers une plus grande formalisation.

Depuis quelques années, la doctrine s'intéressant aux transitions démocratiques soutient le développement d'un nouveau critère de légitimation des transitions. Outre leur participation aux processus électoraux, les citoyens devraient aussi être impliqués dans celui d'*écriture de la nouvelle Constitution*. Cette doctrine est fondée sur le raisonnement suivant : plus la contribution des individus aux travaux de rédaction de la nouvelle constitution est forte et plus légitime sera la transition. Ce nouveau critère de légitimation des transitions s'explique également par la place qu'occupe désormais le droit constitutionnel au sein du régime des libertés⁹⁹. En effet, la loi fondamentale n'est plus assimilée à un texte purement politique et sans portée normative. Grâce à la constitutionnalisation des branches du droit et à la montée en puissance de la justice constitutionnelle¹⁰⁰, elle est devenue l'outil principal de garantie du libéralisme.

Face au développement des enjeux constitutionnels, il est normal que se développent les enjeux de l'écriture constitutionnelle. Si le processus d'association des citoyens à l'écriture constitutionnelle est actuellement plébiscité par la doctrine (**A**), il convient de nuancer les effets concrets qu'il produit sur la légitimation de la transition (**B**).

A) Un processus plébiscité

La participation des citoyens à l'écriture de la nouvelle Constitution peut être un élément de renforcement du processus de légitimation du nouvel ordre constitutionnel. Ce fut le pari que tentèrent avec succès les constituants sud-africains en 1993 (1). Depuis, ce mécanisme est devenu un véritable modèle des dernières transitions démocratiques (2).

⁹⁹ Un homme du XIX^{ème} siècle n'aurait certainement pas mis la question constitutionnelle au cœur d'une révolution.

¹⁰⁰ L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, pp. 71 à 89.

1°) *Le modèle participatif sud-africain*

L'Afrique du Sud est souvent considérée comme un modèle d'État de droit constitutionnel¹⁰¹. Sa justice constitutionnelle est performante et mondialement respectée : elle utilise un catalogue moderne de droits fondamentaux (notamment sociaux), elle applique tant le droit comparé que le droit international des droits de l'homme, *etc.* On peut également expliquer cette attention particulière de la doctrine pour le régime sud-africain par le caractère exemplaire de sa transition¹⁰². Cette dernière fut assez longue – la libération de Nelson Mandela eut lieu le 11 février 1990 et la nouvelle Constitution ne serra promulguée que le 4 février 1997¹⁰³ –, néanmoins, elle fut un succès. On peut caractériser son esprit par la tolérance¹⁰⁴, l'adhésion aux principes de la démocratie¹⁰⁵ et par la volonté des autorités d'encadrer le pouvoir constituant par une constitution intérimaire¹⁰⁶.

Une autre originalité de cette transition fut l'invention de nouveaux mécanismes démocratiques de légitimation du pouvoir constituant¹⁰⁷. L'objectif des gouvernants était dans un premier temps de sensibiliser la population au processus constituant. Dans un second temps, les citoyens ne devaient pas avoir l'impression qu'il s'agissait d'une étape technique et élitiste, mais bien d'un nouveau *contrat social*. La rédaction de la Constitution a été formellement confiée à l'Assemblée constituante – issue des premières élections démocratiques de 1994 – par le chapitre 5 de la Constitution intérimaire de 1993¹⁰⁸. Toutefois, les responsables du Gouvernement transitoire et de l'Assemblée constituante ont rapidement décidé d'inclure le peuple dans la phase d'écriture constitutionnelle. Ils ont d'abord lancé une vaste campagne d'éducation civique de la population pour l'informer des enjeux de la nouvelle Constitution. Dans un second temps, il a été décidé que les individus devaient avoir le même droit d'initiative que les parlementaires élus à l'Assemblée. En conséquence, n'importe qui fut autorisé à leur transmettre directement les dispositions qu'il souhaitait voir inscrites dans la future Charte fondamentale, au moyen de propositions libres, individuelles ou collectives, ou des pétitions.

¹⁰¹ V. par ex. F. Hourquebie, « La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du Sud : une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 6 juin 1995 portant interdiction de la peine de mort », *Politeia*, 2005, n° 7, pp. 649 à 675. Fait unique pour une cour africaine, la jurisprudence constitutionnelle sud-africaine est commentée régulièrement dans la *Revue française de droit constitutionnel*.

¹⁰² Sur cette transition, C. Salcedo, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, *op. cit.*

¹⁰³ Auparavant, on considérait généralement que plus le changement de régime était rapide, meilleur c'était pour assurer sa stabilité.

¹⁰⁴ L'Afrique du Sud a alors « inventé » le modèle des « commissions vérité et réconciliation ».

¹⁰⁵ La transition fut le fruit d'une alliance entre les modérés du parti au pouvoir sous l'apartheid, le *National Parti*, et les autres organisations démocratiques dont la plus importante était l'*African National Congress*. Cette conciliation prit forme au sein du CODESA (*Convention for a democratic South Africa*). Le *National Parti* fut autorisé à présenter des candidats à l'élection constituante de 1993 et il y obtint près de 20 % des sièges.

¹⁰⁶ Sur ce processus de limitation du pouvoir constituant qui a donné lieu à une annulation du premier projet de Constitution par la Cour constitutionnelle, cf. R. Déchaux, *Les normes à constitutionnalité renforcée, Recherches sur la production du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel » (à paraître).

¹⁰⁷ C. Salcedo, *La transition démocratique sud-africaine...*, *op. cit.*, pp. 57 à 80.

¹⁰⁸ La Constitution intérimaire avait été élaborée par le CODESA et adoptée par le Parlement d'ancien régime.

La presse, la télévision et même Internet ont été les supports d'une campagne publicitaire orchestrée par l'Assemblée. Son principal slogan était : « You've had your mark now have your say »¹⁰⁹. Un poster a été largement diffusé : « The Constitution is being written by the most important person in the contry : You ! ». Un journal officiel de l'Assemblée constituante de huit pages tiré à 160 000 exemplaires était publié tous les quinze jours. Une émission de radio intitulée « Constitutional talk » était diffusée et suivie par près de 10 millions de Sud-africains. Selon les statistiques, les programmes télévisuels gouvernementaux ont été regardés par plus de 34 % des téléspectateurs. Au final, selon un sondage indépendant datant de 1996, près de 73 % de la population fut touché par les débats de l'Assemblée constituante (ce qui représenterait environ 18,5 millions de citoyens)¹¹⁰. Vu d'Europe, l'enthousiasme était grand chez les constitutionnalistes : pour Mme Lenoir, « la nouvelle Constitution était le fruit du travail d'une "équipe" de 43 millions d'individus »¹¹¹. Le Gouvernement, plus réaliste, estime qu'un peu plus de 117 000 personnes ont directement interagi avec l'Assemblée.

En un an, plus de mille ateliers éducatifs ont été organisés dans le pays. Une des difficultés était d'informer l'importante partie de la population encore illettrée. Le Gouvernement a alors utilisé des brochures en images et en dessins comme outils de sensibilisation. Plus de 600 associations ou organisations civiles ont participé au processus. Lors de réunions publiques, les députés de l'Assemblée constituante ont recueilli les propositions spontanées des particuliers. En définitive, le nombre de signataires de pétitions a été évalué à plus de 1,7 millions. Quant aux propositions, le chiffre de 13 000 est le plus souvent avancé. Une fois le projet terminé, il a été rendu public et la population a été de nouveau consultée pour donner son avis. Après l'annulation du premier projet de Constitution par la Cour constitutionnelle¹¹², les autorités ont diffusé à plus de 5 millions d'exemplaires le nouveau projet et plus de 250 000 propositions ont été reçues par le bureau de l'Assemblée.

2°) *Vers la consécration d'un nouveau critère de légitimation des transitions ?*

L'expérience sud-africaine a radicalement changé la façon de penser la transition démocratique. Désormais, le mécanisme de la Constitution intérimaire ou « de transition » est devenu courant¹¹³. La nécessité d'associer les citoyens à l'écriture de la Constitution semble désormais faire consensus, tant au niveau des ONG que des

¹⁰⁹ C. Salcedo, *La transition démocratique sud-africaine...*, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁰ H. Ebrahim, *The Soul of a Nation – Constitution-making in Sout Africa*, Cape Town, Oxford University press, 1998.

¹¹¹ N. Lenoir, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 3.

¹¹² C.C.S.A., arrêt du 1^{er} juillet 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, CCT 23/96, trad. et note in L. Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 223 à 295.

¹¹³ V. par ex., la *Law of administration for the State of Irak for the transitional period*, (62 articles) adoptée par l'Autorité provisoire le 8 mars 2004. En revanche, la procédure de certification de la nouvelle constitution par une juridiction constitutionnelle n'a jamais été reprise à notre connaissance.

organisations internationales¹¹⁴. La doctrine française a également salué ce nouveau modèle révolutionnaire :

« Une telle effervescence autour d'un projet de Constitution fait immanquablement penser à la Révolution Française et aux cahiers de doléances. De même, elle évoque les circonstances ayant entouré l'adoption de la Déclaration de 1789. On songe aux idées avancées à cette époque, par Condorcet qui voulait voir participer chaque citoyen à la formation du droit notamment par l'approbation de la constitution »¹¹⁵.

Force est de constater qu'il est à présent difficile pour un gouvernement révolutionnaire de passer outre cette étape. Néanmoins, les rares informations concrètes obtenues sur cette pratique montrent qu'aucune transition récente n'a atteint les résultats obtenus par l'Assemblée constituante sud-africaine. Par exemple, la participation de la population à la rédaction de la nouvelle Constitution au Rwanda en 2003 a été encouragée : des questionnaires ont été envoyés dans tout le pays. Les résultats, dans l'un des États les plus pauvres et les plus analphabètes de la planète, n'est que très limités.

Au Népal en 2009, la population pouvait, comme en Afrique du Sud, envoyer des propositions à la Commission chargée de l'écriture de la nouvelle Constitution. Malheureusement, dans ce pays, le processus constituant est bloqué depuis 2007 et l'abolition de la monarchie. La situation politique, dominée en partie par les maoïstes chinois, reste très conflictuelle et, jusqu'à présent, l'Assemblée constituante n'a pas encore proposé de texte définitif. Dans ce contexte, l'implication des citoyens est restée quasi-inexistante.

En Irak, la Constitution de 2008 a également été rédigée dans un contexte extrêmement difficile. L'Assemblée nationale constituante a été élue au suffrage universel direct mais l'élection fut boycottée par la population sunnite. Lorsque les députés ont instauré un Comité constitutionnel de 55 membres chargé d'écrire la nouvelle Constitution, 15 autres membres sunnites ont été directement élus pour les représenter dans cette institution. Le Comité a tenu des conférences publiques mais, au final, « la couverture médiatique et le débat public sont restés assez génériques »¹¹⁶.

Au Kenya, un projet de Constitution a été lancé en 2001. Il prévoyait la formation d'une « Commission de révision » chargée de « conduire et faciliter l'éducation civique afin de stimuler le débat public et la sensibilisation sur les questions constitutionnelles ». Elle était chargée « de recueillir et de rassembler les points de vue du peuple du Kenya ». Cette vaste consultation a abouti à un premier projet en 2004, qui fut violemment contesté dans la rue suite à une manipulation du parti au pouvoir¹¹⁷. Le conflit dura jusqu'en 2008, jusqu'à ce qu'un nouveau Comité soit chargé de rédiger un projet de Constitution. À cette occasion, la population ne fut plus mise à contribution comme cela avait été le cas pour le premier projet. La nouvelle

¹¹⁴ V. par ex., M. Bockenförde, N. Hedling et W. Wahi (dir.), *A Practical Guide to Constitution Building*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2011, p. 9.

¹¹⁵ N. Lenoir, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁶ Ph. Dann, M. Riegner, J. Vogel et M. Wortan, « Leçons apprises des processus constitutionnels : les processus avec une large participation du public », note d'information n° 20, novembre 2011, p. 7, disponible sur le site www.democracy-reporting.org.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

Constitution a néanmoins été adoptée par référendum en 2010 avec plus de 67 % des voix.

Ces quelques exemples le montrent bien, le modèle sud-africain n'est pas transposable partout. Son succès s'explique pour diverses raisons, culturelles ou juridiques. Il faut aussi souligner l'exceptionnelle légitimité du Gouvernement de cette époque, personnalisé par le Président Nelson Mandela. En comparaison, les transitions du « printemps arabe » n'ont pas atteint ce degré de collaboration populaire à l'écriture constitutionnelle. En Égypte, par exemple, le peuple a été inexistant. Certes, le contexte était particulièrement tendu : même l'Assemblée nationale a rencontré des difficultés pour mettre en place un organe chargé du projet. L'ancien Parlement a d'abord nommé une commission de 100 membres pour préparer un premier « brouillon » de Constitution, dans laquelle toutes les forces politiques nationales étaient représentées. Les élections de l'hiver 2011-2012 ont conduit les parlementaires nouvellement élus à remanier la formation de la commission. Les islamistes conservateurs (Frères musulmans et salafistes) ont fait pression pour qu'elle soit composée *en proportion du nombre de sièges gagné par parti*, ce qui conduisait la majorité parlementaire à fortement dominer la commission. Devant ce coup de force, la commission a été boycottée par les libéraux et les laïcs et elle fut dissoute par une décision du tribunal administratif du Caire du 10 avril 2012. Le Président du Conseil militaire chargé de la transition a fortement invité le Parlement à arrêter la composition d'une troisième commission, ce qui sera effectué le jour avant l'annulation de la loi électorale par la Cour constitutionnelle suprême le 12 juin 2012. Cette dernière – composée comme la seconde¹¹⁸ – sera confirmée par le Président Morsi dans une loi du 12 juillet ; elle a rendu son projet le 22 novembre 2012.

Le modèle sud-africain de participation directe des citoyens à l'écriture constitutionnelle est défendu notamment par les ONG spécialisées dans les questions de transition démocratique. Dans ses recommandations pour la Tunisie, *Democracy reporting international* critique le déroulement de la transition pour la raison suivante : « La révolution démocratique qui a unifié les Tunisiens ne doit pas se transformer en un processus technocratique avec peu d'implication et de compréhension de la part du public »¹¹⁹. Tirant les leçons de l'exemple sud-africain, ces auteurs estiment que l'appropriation de la Constitution par la population est fortement conditionnée par l'ampleur de l'implication : « S'il n'est pas complété par d'autres formes de participation, ce processus risque de se transformer en un processus essentiellement légaliste, élitiste et exclusif »¹²⁰. Le problème de l'écriture constitutionnelle par l'Assemblée constituante – ou par des comités issus de l'Assemblée – réside surtout dans le risque que des minorités (politiques ou ethniques) ne soient pas représentées lors de cette étape¹²¹. En se fondant sur l'article 25 du PIDCP, ces auteurs considèrent même qu'il existerait pour chacun « un droit individuel subjectif de participer aux

¹¹⁸ Sa composition a fait l'objet d'un recours contentieux devant le tribunal administratif puis la Cour constitutionnelle, qui n'a toujours pas rendu de décision. Toutefois, la Constitution étant entrée en vigueur le 25 décembre 2012, il y a peu de chance que la Cour annule *a posteriori* les travaux de la Commission qui ont été légitimés par le référendum des 15 et 22 décembre.

¹¹⁹ Ph. Dann, M. Riegner, J. Vogel et M. Wortan, « Leçons apprises des processus constitutionnels : les processus avec une large participation du public », *op. cit.*, p. 1.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹²¹ *Ibid.*, p. 4.

processus d'élaboration des Constitutions »¹²². L'ONG propose en conséquence que l'Assemblée constituante impose la collaboration la plus approfondie possible des tunisiens au pouvoir constituant¹²³. Mais l'Assemblée devrait également tenir informé le public par des séances et des audiences publiques régulières. Force est de constater que ces recommandations ne sont que peu suivies dans les faits. Dans ce pays, la participation citoyenne n'est pas satisfaisante car la situation politique est bloquée depuis octobre 2011 et la procédure constituante a pris énormément de retard¹²⁴.

B) Un processus ambivalent

Quel bilan faire de cette participation des citoyens au processus d'écriture constitutionnelle ? Le peuple peut-il être un véritable co-constituant ? Rappelons tout d'abord que – l'Afrique du Sud excepté – dans toutes les transitions démocratiques de la fin du XX^{ème} siècle, seuls les membres de l'Assemblée constituante rédigeaient les projets de Constitution¹²⁵. À première vue, l'implication du peuple dans cette étape n'apparaît donc pas comme une condition essentielle du succès de la transition : ces récentes Constitutions instaurent toutes des démocraties. Autrement dit, pour que le régime garantisse la souveraineté du peuple, il n'est pas nécessaire que ce dernier soit à l'origine de la Constitution.

Si l'expérience sud-africaine fut incontestablement un succès, sa généralisation à toute transition n'emporte pas la conviction. En effet, la rédaction de la norme constitutionnelle apparaît comme un travail trop technique pour être confié aux citoyens (1). En outre, il n'est pas sûr que ce processus conduise véritablement à une démocratisation du pouvoir constituant (2).

1°) L'irréductible technicité de l'écriture constitutionnelle

La contribution populaire aux débats de l'Assemblée constituante pose un important problème de compétence. La Constitution est une norme spécifique et le droit constitutionnel une discipline dont la technicité approche celle des autres sciences juridiques. Soutenir la capacité de la population à comprendre et à appréhender ses enjeux s'inscrit dans une forme de « régression » vers le constitutionnalisme naïf du XVIII^{ème} siècle, pour lequel il suffisait de faire appel à la « Raison » de tout individu pour « découvrir » le meilleur régime possible. On voit bien quelle est la conception qui se cache derrière cette position : une vision symbolique de la constitution, limitée à ses grands enjeux politiques, c'est-à-dire celle d'une norme non contraignante. Au fond quel est le contenu de cette collaboration ? Il est demandé à chacun s'il veut une

¹²² *Ibid.* p. 3

¹²³ *Ibid.*, p. 2.

¹²⁴ R. Ben Achour et S. Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *op. cit.*, p.727 et *sq.*

¹²⁵ Néanmoins, en France, après la chute de la Restauration et celle du Second Empire, de nombreuses brochures citoyennes plus ou moins polémiques furent publiées : elles proposaient explicitement quelle Constitution serait préférable pour la France.

Constitution démocratique, un régime parlementaire ou un régime présidentiel – encore que la distinction entre les deux ne soit pas évidente –, une protection des droits sociaux, *etc.* Une manipulation démagogique est envisageable. Il est important que le peuple puisse se prononcer sur ces questions fondamentales (encore qu'il s'agisse d'un non choix puisque ces réponses devraient faire consensus dans une population qui vient de se révolter contre un régime autoritaire). Cependant, les vraies questions comme la détermination des majorités normatives, les conditions de saisine de la justice constitutionnelle, l'étendue de sa compétence, le domaine de la loi, *etc.* ne peuvent être résolues par les citoyens, à moins que l'ancien régime n'ait systématiquement inscrit l'enseignement du droit constitutionnel (libéral) dans ses programmes scolaires.

On peut le regretter mais comment la rédaction d'une Constitution pourrait-elle être autre chose qu'un processus technique et donc « élitiste » ? Ce fut le cas pour toutes les démocraties occidentales qui fonctionnent de nos jours, des Pères fondateurs de la Constitution de 1787 jusqu'à Michel Debré pour la V^{ème} République en passant par Sieyès ou Benjamin Constant au XIX^{ème}. L'écriture constitutionnelle par un comité de spécialistes – voire, dans une moindre proportion, par des experts internationaux – semble d'autant plus préférable pour les États qui ont connu de longues années de dictature que les particuliers n'ont qu'une connaissance intuitive ou « mythologique » des mécanismes et du fonctionnement démocratique des sociétés occidentales.

Même l'étude du bilan de la participation citoyenne en Afrique du Sud conduit à conforter cette position. Rappelons tout d'abord qu'elle était justifiée par l'*absence de référendum constituant*, alors que, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la quasi-totalité des Constitutions démocratiques avaient été adoptées par référendum. En outre, les propositions particulières ont toutes été traitées par le Secrétariat de l'Assemblée constituante et par des comités de spécialistes. Les administrateurs, les juristes, les représentants apparaissent ainsi comme une nécessité irréductible de l'écriture constitutionnelle. Dans les faits, ce sont bien les comités de l'Assemblée constituante sud-africaine qui ont rédigé le projet de Constitution¹²⁶.

L'exemple sud-africain montre enfin les limites de cette collaboration entre les gouvernants et les gouvernés : les propositions envoyées à l'Assemblée constituante visaient rarement le domaine précis de la norme constitutionnelle. La plupart des communications étaient très répétitives et l'appel au peuple n'a pas permis une grande originalité dans la Constitution¹²⁷. Quant au style employé, il n'autorisait pas à « en faire découler des propositions claires quant à la rédaction d'une Constitution »¹²⁸. Certaines communications, portant sur le « statut de la banque centrale, le rôle précis du médiateur, ou Ombudsman, la taille appropriée du Parlement ou encore la structure des gouvernements locaux »¹²⁹, étaient pertinentes. Mais la majorité était constituée de revendications sociales plus générales : « l'amélioration de la qualité de vie, par exemple

¹²⁶ C. Salcedo, *ibid.*, pp. 67 à 71.

¹²⁷ En revanche, une grande attention a été portée à la rédaction de la Constitution pour qu'elle soit écrite dans une langue claire et compréhensible pour la majorité de la population, ce qui est indéniablement un apport bénéfique pour sa légitimation.

¹²⁸ C. Salcedo, *ibid.*, p. 67.

¹²⁹ *Idem.*

en garantissant l'eau courante, le logement, l'éducation et la santé »¹³⁰. Dans sa thèse sur *La transition démocratique sud-africaine*, Mme Salcedo cite une proposition populaire représentative de la dizaine de milliers reçue par l'Assemblée constituante :

« Nous avons besoin d'un enseignement primaire dans notre village. Nous avons également besoin d'eau. Nous avons besoin d'électricité. Nous avons aussi besoin de champs où planter des récoltes pour que nous puissions trouver de la nourriture quand nous avons faim. Nous avons également besoin de trouver des bourses pour prolonger notre éducation afin d'être comme les personnes d'autres zones qui sont intelligentes. Nous avons besoin de professeurs. Voici quels sont nos besoins dans notre village »¹³¹.

Si l'on est touché par la simplicité et la sincérité de ce témoignage, le spécialiste de droit constitutionnel ne peut que constater le décalage entre les fonctions de la Constitution et les revendications générales qui sont ici présentées. C'est pourquoi cette collaboration populaire amène un certain scepticisme quant à l'utilité de sa généralisation au modèle des transitions démocratiques. Non pas parce que ces préoccupations ne devraient pas être à l'esprit des rédacteurs de la Constitution, bien au contraire. Mais parce qu'il est évident que ce type de propositions peut paradoxalement faire le jeu de partis politiques antilibéraux, encore nombreux dans les États du « printemps arabe ». On peut d'ailleurs déceler un esprit anti-élitiste et anti-intellectuel chez les partisans de la participation citoyenne¹³². Dans le témoignage cité ci-dessus, les citoyens demandaient que soit consacré un droit à l'enseignement et à des conditions minimales d'existence. Néanmoins, ces droits fondamentaux étant courants dans les Constitutions de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et il est peu probable que les députés de l'Assemblée constituante les aient oubliés s'ils n'avaient pas reçu cette proposition. En outre, pour ce cas précis, la question juridique qui se pose est celle de l'effectivité de ces droits. Or, cette effectivité est plus condition de la législation que de la Constitution *stricto sensu*.

Certaines critiques d'ordre pratique peuvent également être accueillies ici. D'un point de vue technique, l'implication du peuple lors de la phase constituante oblige à une certaine transparence – ne serait-ce que pour vérifier que les propositions ont bien été prises en compte par l'Assemblée – qui est très difficile (et donc très coûteuse) à mettre en place. Comment les 490 membres de l'Assemblée constituante ont-ils pu prendre connaissance des plusieurs centaines de milliers de propositions et de pétitions que leur avaient fait parvenir les Sud-africains ? Pour Mme Salcedo, « il est vrai que la grande majorité de ces propositions n'a pas eu d'impact sur la rédaction de la Constitution finale »¹³³.

Au Rwanda, seulement 7% des 50 000 questionnaires auxquels a répondu la population ont été analysés. Au Népal, chaque membre de l'organisme chargé de la rédaction de la Constitution devait étudier 1000 propositions citoyennes. Ce chiffre n'a

¹³⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹³¹ *Ibid.*, p. 66. L'auteur cite également le cas d'enfants ayant « écrit concernant les abus dont ils pouvaient être les victimes, les besoins d'abris et de nourriture ».

¹³² Il faut encore souligner que la situation politique et culturelle dans les États du « printemps arabe » n'est pas comparable avec celle de l'Afrique du Sud des années 1990. Tant en Égypte qu'en Tunisie ou en Libye, il n'existe pas de leader aussi démocrate et libéral que Nelson Mandela au Moyen Orient. S'ils existent, ils ne sont pas aussi influents qu'il l'était en 1993.

¹³³ C. Salcedo, *ibid.*, p. 67.

bien évidemment pas pu être respecté et, là encore, ce mécanisme montre ses limites. Les auteurs qui y sont favorables le soulignent eux-mêmes : « solliciter l'opinion du public est une démarche insuffisante en soi, si elle n'est pas accompagnée d'une procédure qui permet de réellement intégrer, dans les délibérations et dans le processus de rédaction, les opinions recueillies »¹³⁴.

2°) *Une pratique fondée sur une idéologie antiparlementaire*

L'objectif de la participation des citoyens à l'écriture de la nouvelle constitution est d'arriver à un pouvoir constituant purement démocratique. Le risque est qu'il s'agisse d'une opération de communication visant à légitimer le projet gouvernemental. La campagne publicitaire sud-africaine prétendant que le peuple était à l'origine de la Constitution n'était-elle pas, dans le meilleur des cas, métaphorique, et dans le pire, mensongère ?

Si l'on radicalise l'idéologie derrière cette revendication de « démocratisation du pouvoir constituant », on constate qu'elle s'inscrit surtout dans *une méfiance envers le régime représentatif et donc le parlementarisme*. Elle utilise ainsi le discours et les arguments classiques des partisans de la « démocratie directe ». L'antiélitisme décelé plus haut est alors renforcé par une doctrine antiparlementaire. C'est particulièrement marquant lorsqu'il est affirmé que l'élection de l'Assemblée constituante ne constituerait pas *par principe* une bonne représentation de l'ensemble de la population¹³⁵. Il s'agit d'un argument récurrent contre le régime représentatif depuis la Révolution française.

Concrètement, sans enlever l'apport substantiel de cette participation citoyenne au pouvoir constituant, elle n'est pas sans comporter certains risques. La démagogie face à des sujets aussi techniques que la justice constitutionnelle ou la représentation des minorités de l'État peut s'avérer désastreuse, que ce soit en Égypte ou en Tunisie. En effet, ce n'est pas parce que toutes les minorités sont associées à la phase constituante que leurs droits seront garantis dans la future Constitution. Le succès de la transition sud-africaine repose pour beaucoup sur la Constitution intérimaire, qui n'a pu être adoptée que grâce au consensus arraché entre les *partis* politiques sud-africain¹³⁶.

En outre, la consolidation démocratique n'est pas fonction de la qualité participative de la transition. Certes, « un processus participatif réussi est un fondement de la légitimité, de l'acceptation, et dès lors de la stabilité du nouvel ordre constitutionnel »¹³⁷. Lorsque l'on connaît les dangers populistes qui agitent tous les mouvements révolutionnaires, ce mécanisme pourrait même entrer en conflit avec la

¹³⁴ Ph. Dann, M. Riegner, J. Vogel et M. Wortan, « Leçons apprises des processus constitutionnels : les processus avec une large participation du public », *op. cit.*, p. 9.

¹³⁵ Cela ne signifie pas que la question de la représentation des minorités n'est pas préoccupante lors de transitions démocratiques, mais seulement qu'elle ne peut pas être résolue en opposant démocratie directe et démocratie représentative. Cette opposition conduit à un débat stérile.

¹³⁶ Théoriquement, seule la Constitution de 1993 était l'œuvre du pouvoir constituant, un simple pouvoir « légiconstitutionnel » ayant adopté la Constitution de 1997.

¹³⁷ Ph. Dann, M. Riegner, J. Vogel et M. Wortan, « Leçons apprises des processus constitutionnels : les processus avec une large participation du public », *op. cit.*, p. 4.

volonté « élitiste » de protéger les droits fondamentaux des minorités ou des étrangers. L'exemple kenyan montre bien qu'il n'y a pas de lien entre la collaboration à l'écriture constitutionnelle et la légitimation de la nouvelle Constitution. Dans ce pays, c'est en effet le second projet, pour lequel il n'y a pas eu de consultation populaire, qui fut adopté alors que le premier avait été vivement contesté dans la rue.

Incidemment, ces développements montrent bien que l'un des enjeux du débat sur les transitions démocratiques est – sans surprise – la question de *la définition de la démocratie*. Soit c'est la conception dogmatique de contribution directe du peuple à la production des normes politiques et juridiques qui est choisie, et l'on sait que ce modèle n'est pas stable¹³⁸. Soit c'est la conception, moins romantique, de participation indirecte par le biais de représentants élus au suffrage universel qui est appliquée, c'est-à-dire le seul modèle actuellement viable de régime démocratique. Dans ce dernier, la démocratie est surtout un esprit, qui n'est ni majoritaire ni participatif, et qui repose sur la tolérance plus que sur celle de la représentation mathématique des intérêts particuliers¹³⁹.

Cette présentation négative de la participation populaire à l'écriture constitutionnelle n'est qu'une étude des *fondements idéologiques* de ses promoteurs, et ne prétend pas décrire leurs objectifs concrets. Particulièrement en Afrique du Sud, où la Constitution ne prévoit aucun mécanisme référendaire et où le régime voulu par les constituants est indéniablement un régime représentatif. L'apport de l'association des citoyens à l'écriture constitutionnelle n'est donc pas contestable mais il ne vise pas une hypothétique « démocratisation du pouvoir constituant ». Avec le recul, *le peuple ne peut pas être co-constituant*. D'un point de vue théorique, on peut soutenir que cette collaboration constitue un processus *participatif* et non pas *démocratique*. Comme le soulignait Mme Lenoir, le modèle sud-africain fait en revanche immédiatement penser aux cahiers de doléances de la Révolution française. Son utilité serait plutôt à rechercher dans la continuité de cet exemple historique. L'implication citoyenne dans l'écriture constitutionnelle a permis de dresser un état des lieux des revendications de la population sud-africaine à un moment clé de son histoire. C'est surtout cette expression, purement politique et non juridique, qu'il conviendrait de généraliser et de promouvoir pour chaque transition.

Son apport est également d'ordre symbolique. Plus les individus contribuent à l'élaboration des normes juridiques, plus le régime est *perçu* comme démocratique¹⁴⁰. Le Professeur Hermet a mis en avant la nécessité que le nouveau citoyen suive une « alphabétisation politique »¹⁴¹. On pourrait parler pour le cas sud-africain d'« alphabétisation constitutionnelle ». Le dernier apport du processus participatif est ensuite d'ordre pédagogique. La campagne d'information a ainsi sensibilisé la population aux enjeux du droit constitutionnel. Mais elle a surtout permis aux sud-

¹³⁸ Les risques de la démocratie participative ont été bien montrés par les écrits du Professeur Pierre Rosanvallon. V. not. *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006. La revendication de l'écriture constitutionnelle s'inscrit parfaitement dans ce processus paradoxalement antidémocratique. V. eg., du même, *La Démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2000.

¹³⁹ G. Hermet, *Le passage à la démocratie, op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁰ La démocratie, comme la justice, est essentiellement (malheureusement ?) une question d'apparence.

¹⁴¹ G. Hermet, *Le passage à la démocratie, op. cit.*, p. 114.

africains de s'approprier leur nouvelle Constitution qui jouit toujours d'un très fort attachement populaire.

En conclusion, l'étude rapide des principaux moyens contemporains de légitimation des transitions constitutionnelles amène indéniablement au constat suivant : les mécanismes formels de légitimité démocratique sont de plus en plus préférés aux mécanismes substantiels¹⁴². Ils sont donc caractéristiques de cette formalisation de la démocratie et de la juridicisation de nos sociétés qui est souvent dénoncée de nos jours. Quel bilan peut-on tirer de cette formalisation ? Il est nuancé.

D'un coté, la formalisation implique une plus grande sécurité juridique (on n'ose parler de « sécurité démocratique »), qui semble indéniablement positive. En effet, avec ces mécanismes, comme le contrôle international des élections, il est désormais plus difficile pour un « aventurier » de profiter du vide laissé par la révolution pour s'emparer du pouvoir. Encore faut-il qu'ils soient bien garantis, c'est-à-dire qu'ils soient juridictionnalisés, ce qui nous renvoie à la thématique de la justice transitionnelle.

D'un autre coté, l'excès de formalisation juridique peut nuire au processus transitionnel qui est essentiellement politique. On reste ainsi dubitatif devant la possibilité que la transition aboutisse immédiatement d'un État policier à un État de droit constitutionnel. Pour des raisons autant culturelles que politiques, cette seconde évolution – qui n'en reste pas moins indispensable – ne peut qu'être conditionnée au succès de la première : l'instauration d'une démocratie. Pas d'État de droit sans démocratie pourrait-on dire. Copier le modèle occidental – qui a mis près de deux siècles à éclore – sur des pays qui sortent de régime barbare peut s'avérer contre-productif. Enfin, l'excès de formalisation conduit parfois à oublier les conditions substantielles ou culturelles de construction de la démocratie, et donc de légitimation de la transition : « À l'évidence, il n'est pas de démocratie sans citoyens capables et désireux d'y jouer un rôle, sensibles, également, à la portée de l'affirmation de la souveraineté populaire »¹⁴³. Là réside sans doute la véritable clé du succès de la légitimation des transitions démocratiques.

¹⁴² Néanmoins, on s'interroge : l'exemple sud-africain ne montre-t-il pas qu'une transition dirigée par une personnalité résolument démocratique de l'envergure de Nelson Mandela offre plus de garantie de succès que toutes les procédures formelles imaginées par les techniciens du droit occidentaux ? Dans ce domaine, la supériorité du politique sur le droit ne fait aucun doute.

¹⁴³ G. Hermet, *Le passage à la démocratie*, *op. cit.*, p. 109.