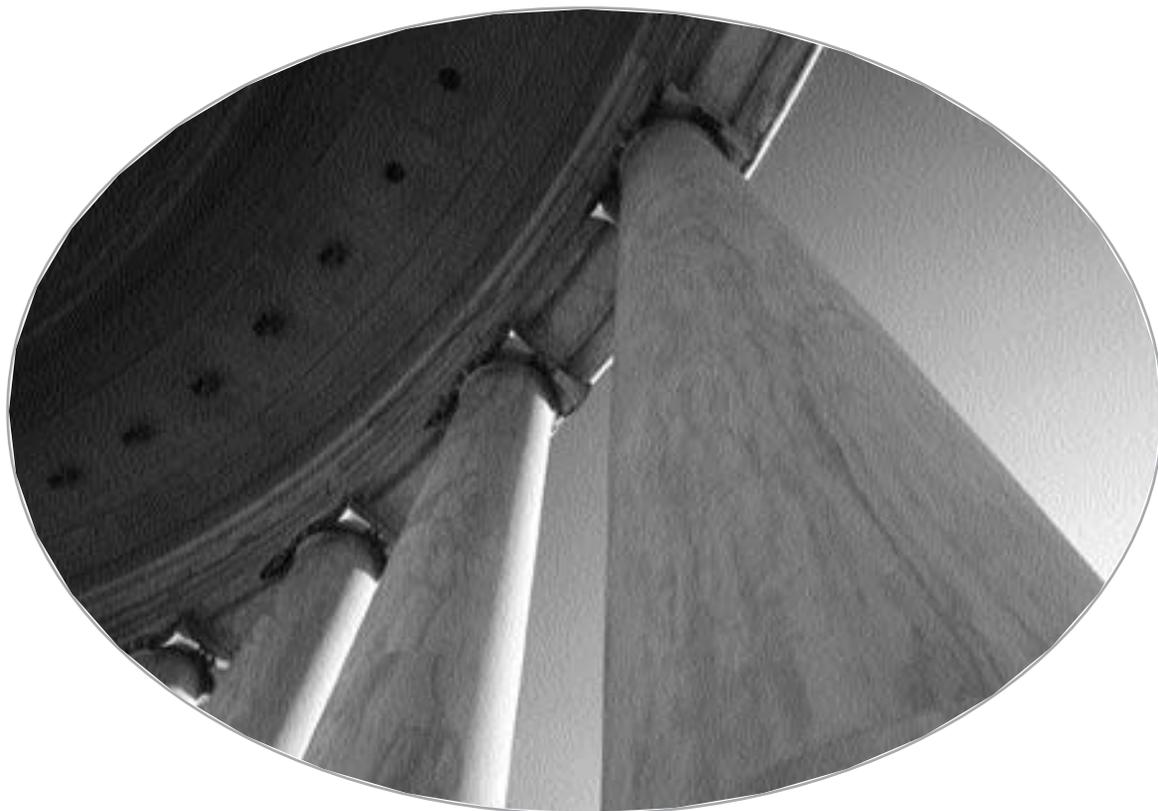


# Démocratie

*et droits de l'homme*



LE  
CONSTITUTIONNALISME  
ET LA PROMOTION  
DE LA DÉMOCRATIE

M A R S 2 0 0 4  
VOLUME 9 NUMÉRO 1

# Le constitutionnalisme et la promotion de la démocratie

L'IMPATIENCE EST manifeste parmi les délégués présents à l'Assemblée constituante. Des dignitaires, de simples citoyens, des universitaires, des théologiens et des chefs de file locaux, pour beaucoup élus par les membres de leur communauté, sont réunis pour une occasion historique. Ils forgent un consensus sur la structure du gouvernement et l'établissement d'une constitution propre à garantir, entre autres, des droits pour tous, la liberté de religion et l'indépendance du judiciaire. On rédige les dernières notes, on recueille des signatures, et un simple document devient un flambeau d'espoir dans ce pays jadis tyrannisé. La scène se déroule non pas à Philadelphie en 1787 ou à Varsovie en 1791, mais à Kaboul (Afghanistan) en 2003, où des Pachtones, des Tadjiks, des Hazaras, des Ouzbèkes et d'autres représentants de l'ensemble de la société afghane se mettent d'accord sur l'adoption d'une nouvelle constitution.

Cet événement marquant du constitutionnalisme n'est pas le plus récent. Lorsqu'en Irak des membres du Conseil intérimaire de gouver-

nement signent la loi fondamentale de transition, établissant ainsi le cadre juridique de la transition de l'Irak vers un gouvernement souverain démocratiquement élu, ce pays regagne le giron de la famille des nations soumises à la primauté du droit. La constitution provisoire, sans précédent en Irak, garantit des droits fondamentaux à tous les Irakiens et à toutes les Irakiennes et elle incarne des libertés depuis longtemps chéries par toutes les démocraties du monde.

Dans cette revue électronique, nous offrons à nos lecteurs plusieurs points de vue sur le constitutionnalisme ainsi que sur les éléments essentiels à la réussite d'une constitution, et nous leur présentons l'expérience de plusieurs pays qui ont élaboré leur propre constitution à diverses périodes de l'histoire. Parmi les auteurs des articles de la présente revue figurent quelques grands noms du droit constitutionnel aux États-Unis. Nous avons en particulier l'honneur de vous proposer un texte rédigé par un juge en exercice de la Cour suprême. Comme la Constitution des États-Unis a été une source

d'inspiration pour de nombreux autres pays, nous commençons par un exposé qui explique pourquoi ce document est devenu « le plus important des produits d'exportation américains », pour reprendre l'expression d'Albert Blaustein.

Dans son allocution devant le Forum judiciaire arabe, la juge à la Cour suprême Sandra Day O'Connor insiste sur l'importance de l'indépendance du judiciaire pour cimenter la primauté de la démocratie et elle rappelle les efforts déployés dans le monde arabe en vue d'assurer cette indépendance. Deux spécialistes de la Constitution des États-Unis, A. E. Dick Howard et Herman Schwartz, s'appuient sur leur expérience acquise à titre de conseillers de personnalités chargées d'élaborer une constitution dans leur propre pays pour rédiger leur article sur les composantes fondamentales d'une constitution et sur le rôle notable que celle des États-Unis continue de jouer à travers le monde. Un professeur d'université, Vivien Hart, évoque l'expérience de l'Afrique du Sud et elle montre en quoi le processus d'élaboration d'une constitution est devenu un facteur d'unité dans ce pays naguère profondément marqué par les clivages raciaux. Nous terminons par un entretien avec Noah Feldman, universitaire de renom, qui fait part de son expérience quant à la rédaction des nouveaux documents constitutionnels en Irak et en Afghanistan et qui nous livre son avis sur la compatibilité de l'Islam avec la démocratie constitutionnelle.

À mesure que la démocratie se propagera dans le monde entier, les auteurs de nouvelles constitutions se tourneront vers les documents existants pour y puiser une direction. Ils doivent garder à l'esprit qu'il n'y a ni modèle ni cadre « taille unique » applicable à tous les pays. Nous ne prétendons pas non plus que la Constitution des États-Unis est ou doit être la seule source

d'informations ou qu'il n'existe qu'une seule façon d'interpréter ce document. Pour autant, des principes fondamentaux et certains points essentiels liés aux libertés et à l'indépendance du judiciaire constituent le tronc commun de toutes les constitutions. Nous formons le vœu que les articles de la présente revue amèneront nos lecteurs à discuter de la nature de la démocratie et du rôle qu'y joue la constitution.

---

# S o m m a i r e

## Démocratie *et droits de l'homme*

Mars 2004

6

### LA CONSTITUTION DES ÉTATS-UNIS : LE PLUS IMPORTANT DES PRODUITS D'EXPORTATION AMÉRICAINS

Dans cet article, Albert Blaustein (1921-1994), juriste auteur d'un ouvrage en six volumes sur la Constitution des États-Unis, explique comment la Constitution américaine a servi de modèle aux gouvernements d'autres pays lors de l'élaboration d'une nouvelle constitution. Écrit à l'occasion de la commémoration du bicentenaire de la Constitution américaine, cet article reflète l'attrait que ce document de politique fondamentale continue à avoir pour les pays qui souhaitent instituer la démocratie.

12

### LE PARCOURS D'UNE CONSTITUTION

Herman Schwartz, professeur à la faculté de droit de l'American University à Washington, examine les difficultés auxquelles se heurtent les auteurs de nouvelles constitutions et décrit les principaux éléments qui doivent être pris en compte avant qu'ils ne puissent commencer leur travail.

19

### L'ÉVOLUTION MONDIALE VERS LA DÉMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE : UNE PERSPECTIVE AMÉRICAINNE

Professeur de droit à l'université de Virginie souvent consulté par les rédacteurs de nouvelles constitutions, A. E. Dick Howard évoque les éléments de la Constitution des États-Unis qui ont servi de modèles à divers pays, notamment d'Europe centrale et orientale, et décrit comment les spécificités culturelles et politiques ont influencé la voie constitutionnelle empruntée.

28

### L'IMPORTANCE DE L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Dans son discours devant le Forum judiciaire arabe, à Manama (Bahreïn), la juge à la Cour suprême des États-Unis Sandra Day O'Connor souligne le caractère fondamental de l'indépendance du pouvoir judiciaire et rappelle les règles permettant de la garantir.

33

### ÉLABORER UNE CONSTITUTION DANS LA LOGIQUE DE LA DÉMOCRATIE : L'EXPÉRIENCE DE L'AFRIQUE DU SUD

Dans un article publié par l'U.S. Institute of Peace, Vivien Hart, professeur à l'université du Sussex, analyse le processus constitutionnel qu'ont suivi des sociétés divisées pour lesquelles ce processus représentait un moyen de réussir la réconciliation nationale, de trouver des solutions aux conflits et de redresser les torts.

37

LE CONSTITUTIONNALISME DANS LE MONDE MUSULMAN

Dans cet article, Noah Feldman, professeur de droit à l'université de New York ayant apporté son concours à l'élaboration de la nouvelle constitution en Afghanistan et de la constitution provisoire d'Irak, évoque les questions importantes auxquelles se heurtent les auteurs d'une constitution et du rôle de la charia dans ces pays ravagés par la guerre où la démocratie commence à voir le jour.

43

BIBLIOGRAPHIE

Liste de livres et articles (en anglais) portant sur le constitutionnalisme.

45

SITES INTERNET

Liste de sites Internet (en anglais) ayant trait au constitutionnalisme.

REVUE ÉLECTRONIQUE DU DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS  
DÉMOCRATIE ET DROITS DE L'HOMME  
LE CONSTITUTIONNALISME ET LA PROMOTION DE LA DÉMOCRATIE  
MARS 2004  
<http://usinfo.state.gov/journals/journals.htm>

DIRECTEUR DE LA RÉDACTION	Leslie High	DIRECTRICE DE LA PUBLICATION	Judith Siegel	CONSEIL DE RÉDACTION	George Clack
RÉDACTEUR EN CHEF	Mark Betka	RÉVISEUR	Guy Olson		Kathleen Davis
DOCUMENTALISTES	Anita Green	RESPONSABLE DE LA PRODUCTION	Christian Larson	MAQUETTE DE LA VERSION FRANÇAISE	Francis Ward
DIRECTRICE ARTISTIQUE	Lorna Dodt	RESPONSABLE ADJOINTE DE LA PRODUCTION	Sylvia Scott		ARS, PARIS
MAQUETTISTE	Diane Woolverton	TRADUCTION	Service linguistique IIP/G/AF		
	Sylvia Scott				

Le Bureau des programmes d'information internationale du département d'Etat des Etats-Unis offre des produits et des services qui visent à expliquer la politique des Etats-Unis à des auditoires étrangers. Le Bureau publie cinq revues électroniques qui examinent les principales questions intéressant les Etats-Unis et la communauté internationale. Dans cinq numéros distincts – « Perspectives économiques », « Dossiers mondiaux », « Démocratie et droits de l'homme », « Les Objectifs de politique étrangère des Etats-Unis » et « La Société américaine » – ces revues présentent des déclarations sur la politique des Etats-Unis, des articles de fond, des analyses, des opinions et des renseignements de base sur un thème donné. • Toutes les revues sont publiées en anglais, en espagnol, en français et en portugais; certaines d'entre elles sont également traduites en arabe et en russe. Une nouvelle revue en anglais est publiée toutes les trois à six semaines. La parution des versions traduites suit normalement de deux à quatre semaines celle de la version en anglais. • Les opinions exprimées dans les revues ne représentent pas nécessairement le point de vue ou la politique du gouvernement des Etats-Unis. Le département d'Etat des Etats-Unis n'est nullement responsable du contenu ou de l'accessibilité des sites de l'internet indiqués en hyperlien; seuls les éditeurs de ces sites ont cette responsabilité. Les articles publiés dans ces revues peuvent être librement reproduits en dehors des Etats-Unis, sauf indication contraire ou sauf mention de droit d'auteur. Les photos protégées par un droit d'auteur ne peuvent être utilisées qu'avec l'autorisation de la source indiquée. • Les numéros les plus récents, ainsi que les archives, sont disponibles sur l'internet à la page d'accueil du Bureau des programmes d'information internationale, à l'adresse suivante: <http://usinfo.state.gov/journals/journals.htm>. Ils sont disponibles dans plusieurs formats électroniques afin d'en faciliter la consultation en ligne, le transfert, le téléchargement et la reproduction. • Veuillez adresser toute correspondance au siège de l'ambassade des Etats-Unis de votre pays ou bien à la rédaction: Editor, Issues of Democracy, Democracy and Human Rights – IIP/T/DHR, U.S. Department of State, 301 4th Street, S.W., Washington, D.C. 20547, Etats-Unis d'Amérique.

Adresse courrier électronique: [ejdemos@pd.state.gov](mailto:ejdemos@pd.state.gov)

# La Constitution des États-Unis : le plus important des produits d'exportation américains

Albert Blaustein

*Les Pères fondateurs des États-Unis ont élaboré il y a plus de 200 ans la première constitution écrite du monde. Le legs de ce document historique est évident aujourd'hui dans les constitutions de la plupart des démocraties du globe et il continue d'influencer les rédacteurs des textes constitutionnels les plus récents. En une célébration de la Constitution américaine, un éminent constitutionnaliste expose ses réflexions sur le modèle de Philadelphie qui a changé le monde et qui continue d'être un modèle de gouvernance démocratique.*

LA CONSTITUTION des États-Unis est le plus important des produits d'exportation américains. Dès sa création, son influence s'est fait sentir dans le monde entier et, même lorsqu'elle ne s'est pas traduite par l'établissement de la démocratie et de la liberté, elle a néanmoins été porteuse de l'espoir de voir s'instaurer, pour reprendre l'expression du président Abraham Lincoln, le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

L'histoire de l'influence vaut la peine d'être racontée. Les Pères fondateurs des États-Unis (ces personnalités dont les contributions à la rédaction de documents fondamentaux – les *Federalist Papers*, la Déclaration d'indépendance, les Articles de confédération et la Constitution – ont abouti à la création des États-Unis d'Amérique) ont élaboré une constitution qui a représenté une percée exceptionnelle dans la lutte constante pour la liberté humaine. Ils croyaient au principe du gouvernement constitutionnel. Ils espéraient qu'il pourrait être applicable au-delà de l'Amérique. Thomas Jefferson considérait la Constitution comme un remarquable monument et un exemple permanent pour les autres peuples. « Il est impossible, écrivit-il,



de ne pas éprouver le sentiment que nous agissons pour l'ensemble de l'humanité.» Le président John Adams était persuadé que les idées politiques américaines auraient des répercussions profondes sur les autres pays. Alexander Hamilton pensait qu'il avait été réservé au peuple américain de répondre à la question de savoir si les sociétés elles-mêmes étaient vraiment capables de se doter d'un bon gouvernement. James Madison, président et l'un des auteurs des *Federalist Papers*, croyait que les générations futures seraient redevables envers les Pères fondateurs de leurs accomplissements politiques et des sains principes de gouvernance prévus par la Constitution américaine.

Les Pères fondateurs se firent donc des enseignants, dispensant des leçons sur les raisons qui motivent la rédaction des constitutions et, chose plus importante, de la façon dont elles doivent être écrites. Ce sont les Français qui furent leurs principaux élèves. Le Marquis de Lafayette, par exemple, admirait Jefferson, comme le faisaient d'autres critiques de l'Ancien Régime en France. (Il existe un exemplaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, généralement considérée comme l'un

*Cette peinture de Jan Matejko, intitulée La Constitution du 3 mai 1791, montre le roi Stanislas Auguste Poniatowski, brandissant la nouvelle Constitution polonaise, porté en triomphe du Palais royal, que l'on voit derrière lui et où ce document est conservé, jusqu'à la Cathédrale Saint-Jean.*

des documents les plus importants jamais élaborés dans le domaine des droits de l'homme, qui porte dans les marges des notes de révision écrites de la main de Jefferson.) De même, les chercheurs et érudits français se groupèrent autour du gouverneur Morris, l'un des principaux architectes de la Constitution américaine [auquel on attribue le préambule de celle-ci : « Nous, le Peuple des États-Unis, afin de former une union plus parfaite ... »] lorsqu'il séjourna à Paris.

Mais les Français n'étaient pas les seuls à admirer les Pères fondateurs. La Constitution polonaise a été adoptée le 3 mai 1791, soit quatre mois avant le texte français ; une simple lecture, et en premier lieu celle de son préambule, confirme l'influence du modèle américain sur le document polonais. Par ailleurs, on sait que des consultations concernant les questions constitutionnelles américaines eurent lieu avec des chercheurs allemands, autrichiens, belges, espa-

gnols, néerlandais et portugais, ainsi qu'avec des dirigeants du Nouveau Monde, et que l'un des chefs du mouvement révolutionnaire brésilien, Mason Jose Joaquim da Maia, eut des entretiens à ce sujet en France avec Jefferson.

#### L'expansion du constitutionnalisme

Depuis le 17 septembre 1787, il est considéré qu'une constitution formulée en un document unique est un élément essentiel du statut de nation. Aujourd'hui, à de très rares exceptions près, les 192 nations indépendantes du globe en ont une ou sont déterminées à s'en doter. Parmi les exceptions figurent le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et Israël, nations démocratiques qui possèdent une jurisprudence constitutionnelle évoluée mais pas de texte spécifique pouvant s'appeler une constitution. Ces nations sont attachées au principe de la suprématie parlementaire et leurs documents constitutionnels consistent en de multiples textes législatifs dits « lois fondamentales » (dans le cas d'Israël) ou en un corpus juridique qui a été classifié comme fondamental ou organique.

#### Le constitutionnalisme américain avant 1787

Les historiens conviennent généralement que la première constitution à contenir des dispositions instituant une entité politique gouvernante fut celle de l'État du Connecticut, les « Fundamental Orders », qui date de 1639. On sait par ailleurs que la constitution de la Virginie, de 1776, fut la première à faire usage de ce mot.

Immédiatement après la Déclaration d'indépendance de 1776, les treize anciennes colonies britanniques entreprirent de rédiger une nouvelle série de constitutions. Quinze de ces textes furent publiés entre 1776 et 1787, six des

plus significatifs en 1776, dont les constitutions de la Pennsylvanie et de la Virginie qui suscitèrent un vif intérêt à l'étranger et qui furent traduites en diverses langues, notamment en français, dans les semaines qui suivirent leur publication. D'autres exemplaires, en anglais, en français ou dans d'autres langues, se retrouvèrent rapidement entre les mains de politologues polonais, allemands, autrichiens, suisses et espagnols, ainsi que mexicains, vénézuéliens, argentins et brésiliens.

À la conclusion de l'alliance entre la France et les États-Unis en 1778, ces textes constitutionnels émanant des États, alors dénommés *Code de la Nature*, sont publiés à Paris. En 1783, le ministre plénipotentiaire des États-Unis à Paris, Benjamin Franklin, obtient du ministre français des affaires étrangères l'autorisation officielle de faire imprimer à Paris *Les Constitutions des Treize États de l'Amérique*. En 1786, un an avant la rédaction de la Constitution américaine, le marquis de Condorcet, philosophe et mathématicien, exposant ses idées sur une déclaration des droits française, fait paraître une étude du rôle des idées politiques américaines intitulée *De l'influence de la Révolution d'Amérique sur l'opinion et la législation de l'Europe*.

#### Le précédent américain

C'est la Constitution de Philadelphie, toutefois, qui a établi le précédent irréversible du constitutionnalisme. À l'époque de sa rédaction et même avant sa ratification, le juriste Jacques Vincent Delacroix dispensait un cours sur la Constitution des États-Unis au Lycée de Paris, établissement d'enseignement supérieur gratuit. On ignore combien d'étrangers ont suivi ce cours, mais ce que l'on sait, c'est qu'il attira un public nombreux et qu'il fit l'objet d'articles de fond détaillés dans *Le Moniteur*, à l'époque le plus

grand journal de la France. Paris était alors la capitale de l'Europe et le centre des études sur les révolutions et leurs lendemains.

Il est certain que les Belges furent parmi les premiers à ressentir l'impact des nouvelles idées constitutionnelles, comme le révèle la révolution belge de 1789. Durant sa brève existence en 1790, le Parti démocratique belge a puisé dans les constitutions des États américains des exemples des principes qu'il prônait.

Les premières influences de la Constitution américaine sur les constitutions nationales se firent sentir dans les Constitutions de la Pologne et de la France de 1791. La Constitution polonaise fut de courte durée et disparut après une série de divisions et de séparations qui, en 1795, mirent fin à l'existence de la Pologne en tant que nation distincte jusqu'après la Première Guerre mondiale.

Il en fut autrement de la Constitution française de 1791 qui, bien que de brève durée, fut remplacée par les Constitutions de 1793 puis de 1795 et exerça une grande influence en Espagne. Le texte français d'inspiration américaine servit de base à la Constitution de Cadix de 1812, première Constitution de l'Espagne. Celle-ci, à son tour, forma la base de la première Constitution portugaise en 1822. Simon Bolivar et les autres héros de la libération de l'Amérique latine connaissaient ces Constitutions ibériques, qui jouèrent également un rôle fondamental dans l'élaboration des constitutions des nouvelles nations des Amériques.

En 1784, Francisco de Miranda formulait déjà un « projet pour la liberté et l'indépendance de tout le continent hispano-américain » pour lequel il rechercha l'aide des grands constitutionnalistes de l'Amérique du Nord. N'ayant pas obtenu un appui suffisant, il partit pour Londres où il se livra à des activités commerciales pendant plus de deux décennies. Il revint au Venezuela en 1810 pour œuvrer avec Bolivar en vue

de l'établissement d'un gouvernement latino-américain fondé sur la Constitution des États-Unis. L'histoire nous dit que le Venezuela, l'Argentine et le Chili adoptèrent chacun leur première Constitution en 1811, un an avant la Constitution de Cadix, toutes étant fondées en partie sur le modèle de Philadelphie.

La Constitution américaine a également influé sur le développement du fédéralisme en Amérique latine. Le Venezuela et l'Argentine sont des États fédéraux, comme le sont le Mexique et le Brésil qui ont adopté leur Constitution en 1824.

La Constitution américaine a aussi trouvé des admirateurs en Afrique. Le Liberia, colonisé par des esclaves libérés des États-Unis, a adopté en 1947 une constitution rédigée en majeure partie par un professeur de la faculté de droit de Harvard.

Le précédent des États-Unis est devenu une inspiration et a fourni un modèle aux constitutions européennes qui ont suivi les révolutions de 1848. Cette année-là, les premiers développements constitutionnels notoires ont eu lieu en Autriche et en Italie et de nouvelles constitutions ont été promulguées en France et en Suisse. Cette même année vit aussi la rédaction de la Constitution de Francfort, qui ne devait jamais entrer en vigueur ; ce texte a été repris sous forme modifiée dans des Constitutions allemandes adoptées ultérieurement, telles que celle qui fut rédigée pour l'Allemagne impériale et celle de la République de Weimar en 1919.

Le colonialisme américain a connu d'autres développements constitutionnels au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, Cuba, Panama et les Philippines adoptant tous des constitutions nationales de type américain. Ce colonialisme est également visible dans la Constitution haïtienne qui date d'avant la Première Guerre mondiale et qui, dit-on, aurait été rédigée par le ministre adjoint de la Marine de l'époque, Franklin Roosevelt.

La constitution de loin la plus importante de la période de la Première Guerre mondiale est celle du Mexique, adoptée en 1917. Toujours en vigueur, bien qu'ayant subi de fréquents amendements, elle figure parmi les grandes constitutions de l'histoire, la première qui reconnaisse les droits économiques et culturels ainsi que les droits politiques. Le plan du texte et une grande partie de ses dispositions sont inspirés directement de la Constitution de Philadelphie. De même, entre les deux guerres mondiales, de nombreux pays d'Amérique latine ont réécrit leur constitution et la marque du modèle de Philadelphie y est clairement visible. La Constitution du Chili et celle de l'Uruguay en sont d'excellents exemples.

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'influence américaine s'est exercée de façon dominante lors de l'élaboration des textes organiques de l'Allemagne de l'Ouest et du Japon. Fait moins connu mais tout aussi significatif, le modèle de Philadelphie est également suivi pour la Constitution de l'Inde, datant de 1949. Les rapports de la Cour suprême des États-Unis sont communiqués aux magistrats de la Cour suprême de l'Inde, qui non seulement les lisent mais les citent aussi fréquemment.

L'étude du constitutionnalisme américain après la Seconde Guerre mondiale a engendré un intérêt quasi universel pour le rôle de la Cour suprême en tant qu'arbitre de la constitutionnalité de la législation. Cette fonction échoit également à la Cour suprême de l'Inde et de l'Australie, ainsi qu'à celle d'autres pays de « common law ». La fonction d'examen constitutionnel ne pouvait pas être exercée dans les nations d'Amérique latine, dont l'organisation judiciaire repose sur un système de droit civil. Nombre de ces pays souhaitaient toutefois établir un processus de contrôle judiciaire et ils ont opté, en guise de solution, pour la création de tribunaux ou de

conseils constitutionnels. Les premiers à appliquer cette solution furent l'Allemagne et l'Italie et ces instances ont, depuis, proliféré dans le monde entier. Le Tribunal constitutionnel de Pologne (établi dans les années 1980) fut le premier du monde communiste. Le Brésil, lors de la rédaction de sa nouvelle Constitution en 1988, a réexaminé son système judiciaire pour déterminer s'il serait préférable de confier les attributions du contrôle judiciaire à sa cour suprême ou de créer un tribunal constitutionnel.

L'effet de la Constitution de Philadelphie continue de se faire sentir. Le Nigeria, pays le plus peuplé d'Afrique, a abandonné le système parlementaire qu'il avait hérité de la Grande-Bretagne et qui était intégré dans sa « Constitution d'indépendance », pour adopter, en 1999, une nouvelle Constitution instituant un gouvernement présidentiel et mettant un terme à des années de régime militaire. L'influence américaine est évidente, de même, dans les Constitutions adoptées par le Canada et le Honduras en 1982, le Salvador en 1983, le Liberia en 1984, Le Guatemala en 1985 et les Philippines en 1987.

#### Comprendre l'influence américaine

Toutes ces considérations amènent à la question de savoir pourquoi la Constitution américaine a eu une telle influence. En premier lieu, ce fut la première constitution et donc le précédent évident auquel se réfèrent tous les auteurs des constitutions postérieures. La plupart des rédacteurs de constitutions sont avocats et, en tant que tels, recherchent inévitablement les précédents. Dès ses débuts, les commentaires sur la Constitution américaine ont été publiés et les juristes constitutionnalistes du monde entier les ont analysés et en ont débattu.

Les Pères fondateurs des États-Unis croyaient en une république limitée par une

constitution et ils sont parvenus à bâtir un régime où s'équilibrent l'ordre et la liberté. Cela a eu pour effet d'attirer chez nous de nombreux étrangers désireux d'étudier le gouvernement à l'américaine, des gens qui sont repartis dans leurs pays où ils ont milité en faveur de l'adoption de certains éléments de notre appareil gouvernemental. Dans un grand nombre de cas, la chose a été rendue possible grâce à l'octroi de bourses d'études de fondations et d'universités américaines et de subventions du gouvernement américain. Il faut aussi ajouter les étrangers qui sont venus ici pour d'autres fins et qui ont, eux aussi, été inspirés par le constitutionnalisme américain : les deux premiers furent le marquis de Lafayette et Tadeusz Kosciuszko, de Pologne, tous deux officiers dans l'armée de George Washington qui jouèrent ensuite un rôle directeur dans la lutte pour la liberté engagée dans leurs pays respectifs.

Inversement, l'influence de la Constitution des États-Unis a été exportée par des Américains auxquels il a été demandé de faire fonction de conseillers lors de la rédaction d'autres constitutions. Ce fut le cas des Constitutions du Libéria, du Mexique, de l'Allemagne, du Japon et du Zimbabwe. Des juristes américains ont également fait l'apport d'idées lors de réformes de textes constitutionnels aux Philippines [et plus récemment en Europe centrale et orientale et au Moyen-Orient].

Toutefois, la raison principale de l'influence de la Constitution de Philadelphie peut se résumer en un mot : le succès. L'Amérique est le pays le plus riche, le plus libre et le plus puissant du monde, celui aussi qui possède la Constitution la plus ancienne. Elle est suivie pour la longévité par la Belgique et par la Norvège, dont la Constitution date respectivement de 1831 et de 1841. Seuls quatre autres pays ont une constitution rédi-

gée avant le XX<sup>e</sup> siècle : l'Argentine (1853), le Luxembourg (1868), la Suisse (1878) et la Colombie (1886). Sept autres constitutions ont été élaborées avant la Seconde Guerre mondiale.

La Constitution des États-Unis a résisté à l'épreuve du temps. La recherche constitutionnelle américaine fait l'objet d'un grand projet dans plus d'une dizaine de pays où sa valeur est analysée en vue de la rédaction de nouvelles constitutions.

---

*Albert Blaustein était professeur de droit à la faculté de droit de Rutgers (Université d'État du New Jersey). Il est l'auteur de nombreuses œuvres érudites sur le constitutionnalisme, notamment d'un ouvrage en six volumes sur la Constitution américaine intitulé Constitution of Dependencies and Special Sovereignities. [La constitution des dépendances et des souverainetés spéciales]. M. Blaustein a apporté son concours à la rédaction de plus de 40 constitutions dans le monde entier et s'est rendu dans beaucoup des pays concernés. En 1991, il a contribué à la rédaction de la Constitution de la République de Russie. Il est décédé en 1994.*

---

*Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues ou la politique du gouvernement des États-Unis.*

---

*Photographie de Maciej Bronarski prise avec la permission du Palais royal à Varsovie.*

---

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

## Le parcours d'une constitution

Herman Schwartz

*Auteur de renom et spécialiste du droit constitutionnel, Herman Schwartz examine les difficultés auxquelles se heurtent les auteurs des nouvelles constitutions nationales. Il décrit les principaux éléments qui doivent être pris en compte comme la structure du gouvernement, la protection des droits de l'homme et les modalités d'amendement.*

CEUX QUI RÉDIGENT les constitutions des nouvelles démocraties se heurtent à des difficultés écrasantes. Premièrement, ils doivent élaborer un document qui permettra à la société de régler pacifiquement des questions ardues et conflictuelles, souvent dans des situations difficiles. En même temps, ils doivent assurer une protection efficace des droits de l'homme, y compris le droit de contestation de la minorité.

Deuxièmement, les divisions et les conflits apparaissent en général rapidement et leur solution peut créer des problèmes à long terme. Lorsque la transformation est négociée, comme c'est le cas dans la majeure partie des États de l'ancien bloc soviétique, les perdants s'efforcent de conserver autant de pouvoir qu'ils le peuvent. Si le changement implique d'évincer tout un régime, comme en Irak, les gagnants luttent pour le pouvoir. Les compromis qui règlent ces disputes sont souvent incorporés dans la constitution, ce qui risque de poser des problèmes à long terme. Ainsi, les compromis relatifs à l'esclavage contenus dans la Constitution des États-Unis ont

permis de faire adopter cette Constitution mais, au bout du compte, ces compromis n'ont pas été bons pour la nation. De plus, la rédaction d'une constitution a lieu à un moment précis, en général lorsque la société est en proie à de graves difficultés économiques, sociales et autres. On est alors tenté, souvent par nécessité, de venir rapidement à bout de ces difficultés. Mais il se peut que les dispositions conçues pour régler sans délai les problèmes immédiats ne soient pas les bonnes à long terme.

Sur tous les documents rédigés à un moment et en un lieu précis plane le fait qu'il est impossible de prédire l'avenir – or l'avenir est toujours différent de celui auquel on s'attendait. Par conséquent, les auteurs des constitutions doivent donner aux futurs gouvernements la souplesse qui leur permettra de faire face à des problèmes imprévisibles.

Une leçon à tirer de l'expérience quasi universelle est que les droits de l'homme doivent être protégés rapidement et efficacement. Quand un régime autoritaire est renversé, la société éprouve inévitablement un sentiment de libération et un ardent désir de liberté. Mais cette exaltation est de courte durée. L'expérience des démocraties nouvelles et anciennes montre que si les droits de l'homme ne sont pas protégés dès le départ, il sera difficile de le faire par la suite.

### Considérations préliminaires

Il faut d'abord décider si la constitution doit être élaborée par un corps législatif ordinaire ou par une assemblée constituante spéciale. Si on opte pour la première solution, les législateurs en exercice pourront rédiger une constitution qui les maintiendra à leur poste. Une assemblée constituante représentant autant d'éléments de la société que possible est préférable, même si cette

solution est plus pesante et plus coûteuse.

Une autre décision préliminaire concerne les amendements qu'on sera amenés à apporter à la constitution une fois qu'elle aura été adoptée. Cela ne devrait pas être chose facile. La constitution devrait refléter les valeurs les plus profondes de la société et les règles de base du processus démocratique et ces règles devraient être stables. D'un autre côté, étant donné que certaines des dispositions résultant des pressions, des conflits et des aspirations immédiates de la période initiale ne conviendront peut-être pas à long terme, on risque, en rendant difficile l'adoption de changements, d'empêcher les futurs gouvernements de résoudre convenablement des problèmes imprévus. C'est pourquoi il serait sage, au bout d'un certain temps, d'analyser les aspects structurels de la constitution. Une façon de procéder consiste à charger une commission d'experts de déterminer, à des intervalles de dix ou vingt ans, si des changements structurels doivent être opérés. Un tel examen pourrait être particulièrement utile au bout des dix premières années, lorsque certains des problèmes causés par la constitution se feront jour.

Cet examen ne devrait cependant pas entraîner un affaiblissement des dispositions relatives aux droits de l'homme, même si on peut être tenté de le faire. Lorsque l'euphorie initiale s'estompe et que les améliorations attendues du niveau de vie ne se matérialisent pas rapidement, on se préoccupe moins des droits de l'homme. Les dirigeants et même la population, peuvent être tentés de considérer les droits de l'homme comme un luxe, comme une question moins importante que la stabilité économique, par exemple, même si l'expérience montre que les droits de l'homme n'entravent que rarement une réponse efficace à ces problèmes.

Il convient tout d'abord de se demander si le texte de la constitution devrait être court ou long. De nombreux Américains pensent que, parce que notre Constitution, qui est courte, perdure depuis plus de 200 ans, les constitutions succinctes sont les meilleures, même pour les jeunes démocraties. Je ne suis pas de cet avis. Le droit constitutionnel américain ne figure pas dans le texte des trente-quatre articles et amendements de la Constitution des États-Unis. On le trouve uniquement dans les quelque 540 volumes de décisions qu'une Cour suprême américaine puissante et solidement établie a publiées sur une période de quelque 215 années. Ces décisions ont fixé nos principes et droits constitutionnels les plus fondamentaux dont peu d'entre eux figurent dans le texte dépouillé de notre Constitution. Or les jeunes démocraties ne peuvent s'offrir le luxe de mettre 215 ans à élaborer ces droits et rares sont celles, à supposer qu'il en existe, qui ont, à leurs débuts, un pouvoir judiciaire puissant. Elles peuvent et devraient se baser sur l'expérience des États-Unis et d'autres pays et incorporer ces droits et principes dans leur constitution sans avoir à attendre l'intervention des tribunaux.

Cela ne veut évidemment pas dire que leur constitution devrait être très détaillée. Les constitutions qui comportent trop de dispositions risquent de manquer de la souplesse nécessaire. Déterminer ce qui devrait être inclus dans une constitution, ce qui devrait être laissé à la législature et ce qui ne devrait pas être réglementé est l'une des questions initiales les plus fondamentales et les plus difficiles à résoudre.

## L'ossature de la constitution

Les problèmes structurels dits horizontaux et verticaux sont les plus ardues car ils mettent en jeu la répartition du pouvoir. Leur solution s'accompagne presque toujours de controverse et ce sont souvent les objectifs à court terme qui dominent, en particulier la question de savoir comment obtenir et conserver le pouvoir.

Un problème initial est celui du choix entre le régime présidentiel et le régime parlementaire. Bien que l'un et l'autre revêtent de nombreuses formes, ils appartiennent à deux groupes distincts. Le régime présidentiel, dont la version américaine est la plus connue, implique généralement l'élection d'un chef de l'Exécutif pour une durée déterminée, soit directement, c'est-à-dire au suffrage populaire, soit indirectement, comme c'est le cas aux États-Unis. Dans le modèle américain, le président, qui est à la fois le chef de l'État et le chef du gouvernement, élabore la politique intérieure et étrangère et choisit les ministres qui appliqueront ces politiques. La nomination des ministres doit souvent être approuvée par la législature mais ceux-ci sont sous l'autorité du président.

Les membres de la législature sont élus indépendamment, également pour une durée déterminée. Ni le président ni les législateurs ne sont généralement passibles de destitution par l'autre pouvoir, ce qui produit un système de double légitimité et une nette séparation des pouvoirs.

Le régime présidentiel offre de la stabilité et, entre les mains d'un président fort, peut fournir un leadership énergique. Cette stabilité risque toutefois de se transformer en rigidité car il peut être difficile de destituer avant la fin de son mandat un président impopulaire ou incompetent. De plus, une impasse peut résulter de la

domination de la législature par un parti différent de celui du président. Si la division se poursuit, le gouvernement pourra se trouver dans l'impossibilité de gouverner efficacement pendant de nombreuses années.

Dans un régime parlementaire, le parlement est la seule source de légitimité électorale. Il n'y a pas de séparation des pouvoirs entre le Législatif et l'Exécutif. Le Judiciaire est indépendant, certes, mais il est en dehors de la sphère législative car l'Exécutif, généralement appelé le gouvernement et dirigé par un premier ministre, est choisi soit par le parti majoritaire au parlement soit par une coalition qui reflète la majorité des législateurs. Le chef de l'État est un président ayant un pouvoir limité et il est généralement choisi par le parlement. Le premier ministre et le gouvernement doivent rendre des comptes au parlement et peuvent être destitués par ce dernier. Des élections peuvent être organisées à tout moment, ce qui confère de la souplesse au régime. Étant donné qu'il n'existe pas de séparation officielle des pouvoirs entre le Législatif et l'Exécutif, les risques d'impasse sont réduits car un gouvernement ou un premier ministre qui perd la confiance du parlement peut être destitué par ce dernier. Le régime parlementaire peut cependant donner lieu à de fréquents changements de gouvernement et à une grande instabilité. Il peut également produire des changements soudains et radicaux de politique lorsque l'opposition remporte la majorité, ce qui est susceptible de créer un genre différent d'instabilité.

Il n'existe pas de réponse évidente à la question de savoir quel est le meilleur des deux systèmes. Le choix dépendra souvent de l'histoire du pays, des nécessités de l'heure et d'autres facteurs. Tous les pays de l'ancien bloc soviétique, en dehors de l'Union soviétique, ainsi que les pays baltes ont adopté le régime parlementaire,

principalement parce qu'ils voulaient s'intégrer dans l'Europe occidentale où ce type de régime domine. En revanche, tous les anciens éléments non baltes de l'ex-Union soviétique ont adopté le régime présidentiel.

Il faut aussi choisir entre une législature monocamérale (une seule chambre) ou bicamérale (chambre haute et chambre basse). S'il s'agit d'un État fédéral ayant des composantes relativement autonomes, comme les États-Unis et l'Allemagne, il peut être souhaitable d'avoir une seconde chambre législative (généralement la chambre haute, comme le Sénat américain) qui représente les intérêts des composantes. Le rôle de la seconde chambre se limite parfois à certaines décisions comme celles qui affectent les impôts et la nomination des juges ou autres personnalités, ou à des questions qui affectent directement les composantes elles-mêmes.

Le choix éventuel d'une seconde chambre soulève également une autre question : Dans quelle mesure l'État sera-t-il centralisé ? Quel degré de pouvoir et d'autonomie devra-t-on accorder aux niveaux inférieurs du gouvernement comme les régions ou unités nationales ? Quelle autonomie devra-t-on accorder aux villes et aux villages ? La gamme de possibilités est vaste. Elle va d'unités extrêmement autonomes à un contrôle central total. Il existe de bonnes raisons d'accorder aux unités régionales et locales autant d'autonomie qu'elles peuvent en exercer efficacement étant donné que l'administration centrale connaît souvent mal les conditions et besoins locaux. En outre, la participation au gouvernement local donne aux gens la possibilité de participer directement à un grand nombre des décisions clés qui affectent leur existence et peut être un élément important d'une autonomie démocratique.

## Le pouvoir judiciaire

L'histoire a montré la nécessité de l'indépendance du pouvoir judiciaire, indépendance qui empêche les autres pouvoirs d'outrepasser les limites constitutionnelles, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme. Il peut s'agir du système judiciaire normal, comme c'est le cas aux États-Unis, d'un tribunal spécial ou d'une cour constitutionnelle dont le rôle se limitera à trancher les questions constitutionnelles et quelques autres problèmes, comme cela se passe en Allemagne. Dans le premier cas, l'autorité ultime est une cour supérieure composée de magistrats qui sont nommés à vie et qui traitent généralement les appels des tribunaux inférieurs ; ils ne tranchent les questions constitutionnelles que si cela s'avère nécessaire pour régler un litige. La plupart des membres des cours constitutionnelles sont des professeurs de droit ou autres personnalités qui n'ont pas été choisis dans le système judiciaire normal et qui remplissent un et parfois plusieurs mandats d'une durée de huit à douze ans. Ils tranchent les questions constitutionnelles si des hauts fonctionnaires, les tribunaux et, dans de nombreux pays, des particuliers, déclarent que leurs droits ont été violés. La plupart des nouvelles démocraties ont opté pour une cour constitutionnelle, en partie parce que l'évaluation de questions judiciaires par des juges ordinaires ne fait pas partie de leurs traditions et en partie parce qu'on se méfie du pouvoir judiciaire en place.

Indépendamment du régime choisi, la constitution doit explicitement établir le pouvoir des tribunaux d'annuler les lois et autres normes et actes incompatibles avec la constitution. Si l'on privilégie une cour constitutionnelle, celle-ci ne doit pas être chargée de responsabilités superflues. La majeure partie de son travail sera sujette

à controverse car l'une de ses principales responsabilités, principalement les premières années, consistera à fixer des limites constitutionnelles aux instances gouvernementales. Parfois, elle sera également appelée à statuer contre le gouvernement dans des questions relatives aux droits de l'homme. Dans toutes ces circonstances, elle sera souvent sévèrement critiquée par les perdants. La constitution ne devrait pas multiplier les occasions de telles attaques en confiant aux cours constitutionnelles des tâches non judiciaires ou non constitutionnelles car, à l'origine du moins, ces cours ne jouiront ni du prestige ni du soutien public dont dépend leur efficacité.

Soutenir un Judiciaire indépendant est l'une des autres raisons pour lesquelles la constitution ne devrait pas être trop succincte. Plus une constitution est explicite et plus il sera facile pour les tribunaux de citer le passage pertinent de ce document pour soutenir leurs décisions sujettes à controverse et moins ils donneront l'impression d'avoir agi en fonction des opinions subjectives des juges.

Étant donné que les décisions des tribunaux seront souvent délicates sur le plan politique, l'indépendance et l'impartialité de la magistrature doivent être garanties par la constitution. Le Judiciaire doit être un pouvoir indépendant et ne pas dépendre du ministère de la justice. Il devrait être maître de ses affaires financières et administratives et à l'abri de toute ingérence de l'Exécutif, tout en étant nécessairement assujéti au contrôle ultime de la législature sur son budget.

La constitution doit aussi préciser que les juges des tribunaux inférieurs appliqueront la constitution dans leurs arrêts. Il arrive souvent, dans un grand nombre de nouvelles démocraties, que les juges ne tiennent pas compte des problèmes constitutionnels quand ils prennent leurs décisions.

## La protection des droits de l'homme

Il est maintenant établi que la constitution doit protéger les droits de l'homme et que les tribunaux, en particulier les cours constitutionnelles, devraient jouer un rôle de premier plan dans cette protection. La Cour suprême des États-Unis a fait œuvre de pionnier dans ce domaine, mais cette responsabilité est reconnue à travers le monde par les tribunaux. Lorsque des accords internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par leur gouvernement sont en cause, les juges s'estiment tenus de faire observer ces traités. Ils se tournent souvent vers les tribunaux d'autres pays pour obtenir des conseils sur des problèmes communs.

Toute nouvelle constitution contient désormais une déclaration des droits fondamentaux de l'homme. Cela ne suffit pas. La constitution doit créer les institutions qui assureront le respect de ces droits. Elle doit stipuler de façon explicite que les personnes qui déclarent que leurs droits ont été violés auront facilement accès aux tribunaux et que, si une violation a effectivement eu lieu, la victime pourra obtenir une réparation appropriée. De nombreux pays ont constaté l'efficacité d'un « ombudsman » (souvent un enquêteur ou médiateur) à cet égard. Un bureau spécial du ministère public de l'État peut également être utile.

Il est extrêmement important pour la démocratie que les citoyens puissent savoir si le gouvernement fait convenablement son travail et s'il agit dans l'intérêt du peuple. La constitution devrait contenir des dispositions donnant à la population un accès peu coûteux et rapide à l'ensemble des dossiers gouvernementaux, à l'exception de ceux dont la révélation risquerait de compromettre la sécurité nationale, le respect de

la vie privée, l'application des lois ou tout autre intérêt national capital. Laisser à la législature le soin de trancher une telle question serait peu judicieux car les gouvernements résistent à de telles mesures ou s'efforcent de les affaiblir considérablement. Rares sont les représentants officiels de l'État qui sont disposés à soumettre leurs activités à un examen minutieux du public.

## L'adoption de la constitution

La question finale est de savoir comment la constitution devrait être adoptée. Par l'assemblée constituante discutée plus haut? Par le parlement, comme cela se passe dans de nombreux pays européens? Par le grand public? La participation du public devrait-elle intervenir avant ou après la rédaction de la constitution? Dans ce dernier cas, comment cette participation devrait-elle être obtenue? Ces questions et bien d'autres ont trouvé des réponses différentes selon les pays et bien que de nombreux politologues pensent que l'approbation d'une constitution devrait être confiée au peuple, une telle solution n'a pas été universellement adoptée.

Rédiger une constitution est une expérience dont les résultats seront toujours très différents des intentions et de l'attente de ses auteurs. De plus, le succès d'une constitution est généralement le résultat de facteurs externes – l'économie, les influences en jeu au sein de la société, les relations du pays avec l'étranger, les catastrophes naturelles et maints autres éléments qui échappent au contrôle de ses rédacteurs.

En dépit de ces difficultés, l'adoption d'une constitution par les nouvelles démocraties peut faire la différence. Elle offre une rare possibilité de créer une société dans laquelle les hommes pourront jouir de la paix et de la liberté. Il est rare que l'histoire donne à un pays de nom-

breuses occasions de ce genre et lorsque celles-ci se présentent, le défi doit être relevé car c'est l'avenir même de la nation qui est en jeu.

---

*Herman Schwartz est professeur de droit à la faculté de droit de l'American University, à Washington, où il se spécialise dans le droit constitutionnel, les droits de l'homme, la législation antitrust et la réglementation des services d'utilité publique. Il était membre de la délégation des États-Unis aux 50<sup>e</sup> et 51<sup>e</sup> sessions de la Commission des droits de l'homme des Nations unies en 1994 et 1995. Il est l'auteur de nombreux ouvrages érudits, y compris The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, (University of Chicago Press, 2000).*

---

*Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et elles ne représentent pas nécessairement le point de vue du gouvernement des États-Unis.*

---

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

# L'évolution mondiale vers la démocratie constitutionnelle :

## Une perspective américaine

A. E. Dick Howard

*Professeur de droit et d'affaires publiques, A. E. Dick Howard a abordé, le 25 juin 2003, la question « du constitutionnalisme, des droits de l'homme et de la primauté du droit en Irak » à l'occasion d'une audience conjointe des commissions du Sénat des États-Unis sur les affaires judiciaires et sur les affaires étrangères. Dans sa déposition, le professeur Howard examine les complexités de l'élaboration d'un appareil de gouvernance constitutionnelle dans les démocraties émergentes et l'influence qu'exerce la Constitution américaine. Alors que le peuple irakien progresse sur la voie de l'autonomie, il est capital de savoir comment institutionnaliser les principes démocratiques qui font partie intégrante d'une constitution écrite.)*

J'AI EU, ces dernières années, le privilège d'œuvrer avec des législateurs de divers pays qui avaient entrepris de jeter les fondations d'une démocratie constitutionnelle libérale. Quelques années auparavant, j'avais acquis une certaine expérience dans l'art de l'élaboration des constitutions à l'occasion de ma participation à la rédaction de l'actuelle constitution de la Virginie. Mais aucune activité n'a été aussi instructive que le fait d'observer des textes constitutionnels prendre corps dans d'autres pays et d'autres cultures.

Cette expérience du constitutionnalisme comparatif m'a amené à me poser des questions et à me demander dans quelle mesure un pays donné peut en guider un autre dans son périple constitutionnel ou émettre des jugements sur le processus. Les notions constitutionnelles voyagent-elles bien et, en particulier, s'exportent-elles bien dans d'autres contextes culturels ou systèmes juridiques? Y a-t-il des valeurs universelles auxquelles peut se mesurer le succès relatif d'un système constitutionnel ou, comme

le considèrent certains, les constitutions doivent-elles être fondées sur la culture, l'histoire, les traditions et la conjoncture de chaque pays ? Et, pour les Américains, il se pose la question spécifique de savoir quelle pertinence l'expérience constitutionnelle américaine présente pour les autres pays ?

L'expérience de l'Europe centrale et orientale

Pour préciser quelque peu ces questions, examinons le cas des pays de l'Europe centrale et orientale. Après la chute du communisme, chacun de ces pays a entrepris de rédiger une nouvelle constitution et de concevoir des institutions visant à promouvoir une démocratie constitutionnelle libérale. Les artisans des constitutions de ces pays disposaient de plusieurs sources auxquelles ils pouvaient puiser.

Dans certains cas, ils pouvaient se tourner vers leur propre expérience. Les Polonais, par exemple, se sont rappelés les traditions de constitutionnalisme associées à la mémorable Constitution du 3 mai 1791. Les Hongrois ont une tradition vivace en matière de primauté du droit, qui remonte à la « Bulle d'or » (Charte accordée en 1222 par le roi André II de Hongrie, qui énonce les droits et privilèges fondamentaux de la noblesse et du clergé hongrois et qui limite les pouvoirs du monarque). Mais ces traditions sont souvent fragmentaires et lointaines. Rares sont les pays de l'Europe centrale et orientale qui avaient une expérience appréciable en matière de constitutionnalisme, de démocratie ou de primauté du droit avant 1989 (la Tchécoslovaquie étant une exception notable, avec sa robuste démocratie adoptée entre les deux guerres).

Les pays de l'Europe centrale et orientale ont pu s'inspirer de l'expérience de l'Europe occi-

dentale. Cette sous-région est en effet la base d'un grand nombre des éléments centraux de la démocratie constitutionnelle moderne issus notamment des enseignements de l'« Age des lumières » (mouvement européen du XVIII<sup>e</sup> siècle réunissant des érudits, écrivains et philosophes qui pensaient que la raison humaine pouvait être mise à contribution pour lutter contre l'ignorance, la superstition et la tyrannie), mais également la source de beaucoup de nos principes constitutionnels fondamentaux (tels que celui de la séparation des pouvoirs). Par ailleurs, le constitutionnalisme, la démocratie et la primauté du droit ont pris racine de manière manifeste en Europe de l'Ouest depuis la Seconde Guerre mondiale. L'Allemagne, se relevant des cendres de la guerre, est devenue un admirable exemple de démocratie constitutionnelle. L'Espagne, tournant le dos à l'héritage dictatorial du général Franco, s'est muée sous tous rapports en un État européen moderne. Avec ces exemples à étudier, parmi d'autres, les rédacteurs des constitutions de l'Europe centrale et orientale ont élaboré des systèmes qui, par de nombreux côtés, s'inspirent clairement de l'Europe occidentale. C'est ainsi, par exemple, que le Tribunal constitutionnel allemand a fourni l'inspiration qui a présidé à la création d'institutions analogues dans toute l'Europe centrale et orientale.

Les normes et les documents internationaux sont une source importante pour les auteurs de constitutions en Europe postcommuniste, autant que dans les autres régions du monde. Il en est ainsi tout particulièrement dans le domaine de la définition et de la protection des droits de l'homme. Les rédacteurs examinent donc des textes tels que ceux des conventions des Nations unies et des ententes régionales telles que la Convention européenne sur les droits de l'homme et les documents d'Helsinki et de Copenhague

de l'OSCE. Par ailleurs, les constitutions post-communistes précisent fréquemment que le droit et les accords internationaux font partie intégrante du droit national.

On pourrait présumer que les auteurs de constitutions en Europe centrale et orientale tiendraient à se pencher sur l'expérience des pays de la région les plus proches du leur. La chose semblerait particulièrement utile dans le cas de pays ayant connu beaucoup des mêmes problèmes après la chute du communisme, problèmes hérités de la destruction de la société civile à l'époque communiste, des effets inhibiteurs de l'économie dirigée et du cynisme à l'égard de la vie publique inspiré par le régime de ces années-là. J'ai l'impression, cependant, que les auteurs constitutionnalistes ne se sont guère intéressés aux expériences de leurs voisins les plus proches. Il peut y avoir là une conséquence des inimitiés historiques mais également peut-être de la puissante attraction des modèles occidentaux, tout particulièrement compte tenu du souhait généralisé des pays de l'Europe centrale et orientale de rentrer dans le giron de la famille européenne et en particulier de devenir membres de l'Union européenne.

Le monde postcommuniste s'est-il tourné vers l'expérience américaine et vers les idées et les modèles américains ? Un examen superficiel des constitutions de la région pourrait amener à croire que l'influence américaine est demeurée faible. C'est ainsi, par exemple, que dans toute l'Europe centrale et orientale, l'on voit des systèmes parlementaires plutôt qu'un système « congressionnel » de type américain, des systèmes présidentiels qui ressemblent davantage à ceux de l'Europe occidentale (tel que celui de la France) qu'à celui des États-Unis et des tribunaux constitutionnels à l'instar de celui de l'Allemagne et non pas une Cour suprême à

l'américaine. Il faut toutefois, pour déterminer l'importance de l'influence américaine, que ce soit dans l'Europe de l'ère postcommuniste ou dans d'autres pays, tels que l'Irak, ne pas s'en tenir à ce coup d'œil superficiel et procéder à une analyse plus approfondie de la question.

#### L'influence du constitutionnalisme américain : perspective historique

L'époque de la révolution américaine est une période caractérisée par une remarquable innovation et par de grands accomplissements. Conscients de leur place dans l'histoire, les fondateurs des États-Unis ont façonné des notions telles que le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et le contrôle judiciaire qui figurent parmi les principes de base du constitutionnalisme moderne, tel qu'il existe non seulement aux États-Unis mais aussi dans de nombreux autres pays. La société américaine présentait des différences importantes avec la société européenne ; il n'y avait, par exemple, ni monarchie ni ordre social à bases juridiques fermement établies. Cela n'a pas empêché les Européens de suivre avec fascination l'évolution du constitutionnalisme aux États-Unis, depuis la Guerre d'indépendance, jusqu'à l'élaboration de la Constitution et au-delà.

Nous assistons, depuis plus de deux siècles, à des échanges intensifs d'idées constitutionnelles entre l'Amérique et d'autres nations, portant tout particulièrement sur les points évoqués ci-dessous.

*Epoque de la fondation en France et en Amérique.* Durant l'époque de la Révolution de 1789, la France s'est intéressée de très près aux idées américaines. Benjamin Franklin, ministre représentant les États-Unis à Paris, qui jouissait d'une immense popularité en France, s'employait à dif-

fuser des nouvelles des événements survenant en Amérique, comme le fit après lui son successeur, le futur président Thomas Jefferson. La Déclaration des droits de la Virginie (1776) a influencé les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789). Lors des débats sur la première Constitution française à l'Assemblée constituante, modérés et radicaux ont invoqué des exemples tirés de l'expérience des constitutions des États américains, notamment du Massachusetts et de la Pennsylvanie.

*Le libéralisme au XIX<sup>e</sup> siècle.* Durant les premières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle, les réformateurs libéraux de l'Europe et de l'Amérique du Sud voyaient dans les États-Unis la preuve que la démocratie libérale était viable et capable de croître et de se développer. Lors des révolutions de 1848, les conventions réunies en France et en Allemagne disséquaient fréquemment les institutions américaines pour déterminer les caractéristiques d'éventuelles constitutions libérales à l'européenne. À cette époque, l'œuvre du philosophe et historien Alexis de Tocqueville intitulée *De la démocratie en Amérique* avait suscité un intérêt accru pour l'expérience américaine, en particulier pour le fédéralisme et le contrôle judiciaire. En Allemagne, la Constitution de la Paulskirche, élaborée à Francfort en 1849, ne fut jamais appliquée, mais ses principes qui s'inspiraient en partie d'idées américaines (notamment le fédéralisme et le contrôle constitutionnel) sont réapparus dans la Loi fondamentale de l'Allemagne de 1949. En Amérique du Sud, l'âge de Simon Bolivar a vu paraître une série de constitutions s'inspirant fortement de la Constitution des États-Unis.

*L'évangélisme politique du début du XX<sup>e</sup> siècle.* Lorsque les États-Unis acquirent les Philippines à l'issue de la Guerre hispano-américaine, le président McKinley décrivit la poli-

tique américaine comme « une assimilation bienveillante ». Parmi les projets envisagés figuraient la mise en place progressive d'un gouvernement autonome, la création d'un système d'éducation publique et le transfert de notions juridiques américaines. La Constitution adoptée en 1935 doit beaucoup à l'influence américaine, mais puise également à d'autres traditions. Les Philippines ont accédé à l'indépendance en 1946.

L'initiative la plus connue concernant l'exportation des idées américaines au début du XX<sup>e</sup> siècle est incontestablement due au président Woodrow Wilson qui, après la victoire des Alliés dans la Première Guerre mondiale, visait à « assurer la sécurité du monde pour la démocratie ». Woodrow Wilson ne s'attendait pas à ce que les autres pays adoptent une constitution de type américain, mais il soulignait l'importance de l'autodétermination, de la liberté des élections, de la primauté du droit, des droits individuels et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le régime démocratique le plus durable qui soit né des cendres de la Grande Guerre fut celui de la Tchécoslovaquie ; l'un des principaux artisans de la démocratie tchécoslovaque, Thomas Masaryk, avait passé une partie des années de guerre aux États-Unis où il s'était efforcé d'influencer la politique américaine en rappelant à divers publics américains la valeur de leur propre Déclaration d'indépendance.

*Le Japon et l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale.* Après la capitulation du Japon en 1945, le général Douglas MacArthur décida promptement de faire rédiger une nouvelle constitution. Craignant que l'élite japonaise laissée à elle-même n'apporterait guère de changements substantiels au régime nippon, le général MacArthur donna l'ordre à son gouvernement militaire d'élaborer une constitution, ce qui fut fait en l'espace de quelques jours.



*Après avoir signé la nouvelle constitution provisoire d'Irak, le 8 mars 2004 à Bagdad, des membres du Conseil de gouvernement irakien observent Hachim al-Hasani, représentant Muhsin Abdul Hamid, en train de signer ce document.*

À l'époque où fut entreprise la rédaction de la future Loi fondamentale de l'Allemagne de 1949, la guerre froide commençait à dominer la politique étrangère américaine. Les forces d'occupation alliées eurent, à l'évidence, leur mot à dire dans la formulation de la politique allemande de l'après-guerre. Mais, pour les Américains et leurs alliés, l'Union soviétique représentait la plus grande menace et les Allemands jouirent d'une extraordinaire liberté lors de l'élaboration du texte de la loi. La Loi fondamentale allemande contient des principes que les Américains connaissent bien, tels que le fédéralisme et le contrôle judiciaire, mais le texte de 1949 doit aussi beaucoup à la tradition constitutionnelle de l'Allemagne et notamment à la Constitution de la Paulskirche.

*Les vagues de démocratisation des dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle.* L'expansion du constitutionnalisme, de la démocratie et de la primauté du droit se fit par vagues successives dans les dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle. Les années

70 virent divers régimes autocratiques céder la place à la démocratie dans la région méditerranéenne, en Grèce, au Portugal et en Espagne, la Constitution espagnole de 1978 revêtant une importance toute particulière en tant que modèle pour d'autres pays au passé autoritaire. L'attention se porta sur l'Amérique du Sud dans les années 80, notamment sur l'Argentine et le Chili. La grande année fut 1989, celle de la chute du mur de Berlin et de l'effondrement du communisme dans toute l'Europe de l'Est. Les ondes de choc atteignirent également l'Afrique du Sud, où le régime de l'apartheid fut aboli et où une nouvelle Constitution entra en vigueur en 1997.

L'aide américaine en faveur de l'élaboration de constitutions et de la démocratisation dans des pays tels que les anciens pays communistes a été apportée par des entités publiques et privées. Elle a généralement pris la forme d'une

assistance technique, notamment aux parlements pour les aider à moderniser leurs processus, à veiller à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à rédiger de nouveaux textes constitutionnels et législatifs. Un programme particulièrement efficace est l'Initiative juridique en faveur de l'Europe centrale et l'Eurasie du Barreau américain, en vertu de laquelle des centaines de juristes ont été envoyés dans des dizaines de pays.

#### Place et pertinence de l'expérience constitutionnelle américaine

Le constitutionnalisme doit se comprendre comme étant l'expression d'une culture. Rares sont ceux qui en disconviennent, dans la mesure où il y a là un avertissement et un rappel qu'il faut toujours tenir compte de la culture dans les questions relatives aux constitutions et au constitutionnalisme. Toutefois, certains observateurs font un pas de plus en prétendant que le constitutionnalisme ne possède pas d'éléments « universels ». Selon eux, par exemple, les droits collectifs, d'une communauté ou d'un groupe, pourraient avoir une valeur supérieure à celle des droits individuels.

Le constitutionnalisme américain est fondé sur des hypothèses de l'Age des Lumières, puise ses racines dans le constitutionnalisme britannique et a été façonné par le contexte historique de l'Amérique. Certains pensent donc que les enseignements du constitutionnalisme américain ne sont pas exportables dans d'autres cultures. Ils invoquent souvent pour défendre leur point de vue l'échec des constitutions d'Amérique latine du passé, fondées sur le modèle des États-Unis, et les problèmes plus récents survenant dans les lieux tels que les Philippines.

Même ceux qui estiment que l'expérience

américaine est pertinente et utile considèrent que la Constitution des États-Unis a ses limites en tant que modèle pour les rédacteurs étrangers : elle a été élaborée au XVIII<sup>e</sup> siècle, reflète les pensées de l'époque et a dû faire l'objet d'amendements, en particulier après la Guerre d'indépendance, et d'interprétations judiciaires sur de nombreux points. C'est également, dans un sens, un document incomplet dans la mesure où ses auteurs supposaient l'existence et l'intervention des États de l'Union et donc des constitutions de ces États (documents qui, par beaucoup de côtés, ressemblent davantage aux constitutions d'autres pays).

Tous ces points doivent être pris en considération, en particulier avant de supposer que ce qui s'est avéré efficace et utile en Amérique le sera aussi pour d'autres peuples. Mais les problèmes du constitutionnalisme comparé ne doivent pas servir à justifier les compartimentations. L'utilité de l'expérience américaine ne réside pas dans le texte formel de la Constitution des États-Unis, mais dans les principes généraux reflétés dans le constitutionnalisme américain et, en outre, au niveau des réalités de la mise en œuvre pratique de la démocratie constitutionnelle.

Nombre des notions fondamentales du constitutionnalisme américain reflètent des normes qui ont au moins valeur de présomption ailleurs. On peut citer les exemples suivants :

Fédéralisme. Le fédéralisme formel, tel qu'il est établi par la Constitution des États-Unis, n'est pas nécessairement approprié pour d'autres pays. C'est, en tout état de cause, un système qui se décline en de multiples variantes et qui se présente sous une forme ou une autre dans le monde entier. Le fédéralisme et ses cousins (telle que la délégation des pouvoirs) sont associés aux valeurs du pluralisme, de la diversité et des choix locaux en matière de résolution des problèmes

locaux. Ces arrangements peuvent revêtir une importance toute particulière pour désamorcer les conflits dus à la nationalité ou à l'ethnie.

Séparation des pouvoirs. Ce principe, célébré par le baron de Montesquieu et affiné par James Madison, permet d'imposer des limites en matière de gouvernement et constitue l'une des garanties fondamentales des droits individuels. Il a trouvé son application dans l'histoire pour tempérer des doctrines telles que celles de la souveraineté populaire et de la suprématie du pouvoir législatif et pour éviter qu'elles ne débouchent sur l'arbitraire ou la tyrannie.

Contrôle judiciaire. Divers moyens ont été mis en œuvre pour assurer la réalisation des promesses constitutionnelles, notamment la volonté populaire, la séparation des pouvoirs et la législation. Dans le monde moderne, toutefois, les constitutions ont de plus en plus recours au contrôle judiciaire en tant que mécanisme principal pour assurer l'application des normes constitutionnelles. Les considérations de John Marshall, juge à la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Marbury vs Madison*, font aujourd'hui partie intégrante de la doctrine constitutionnaliste et sont connues dans le monde entier. Il ne serait pas exagéré de dire qu'aucune contribution américaine dans ce domaine n'a été aussi largement répandue ni eu autant de poids que celle-ci.

Ces idées et ces principes sont complétés par l'expérience de la mise en œuvre pratique de la démocratie américaine. De nombreux pays sont entrés dans l'ère de la démocratie constitutionnelle sans grande expérience, parfois sans aucune expérience, des notions telles que le constitutionnalisme, la démocratie et la primauté du droit. C'est ainsi, par exemple, que pendant un demi-siècle, les pays sous domination soviétique ont vécu dans un monde totalement isolé

de tous ces concepts. Les conseillers américains et autres peuvent faire l'apport de leur expérience pratique dans de nombreux domaines : organisation de partis politiques, conduite d'élections libres et régulières, développement d'une presse libre et responsable, création d'un système judiciaire indépendant et enseignement des valeurs citoyennes grâce à l'éducation civique.

#### Facteurs influant sur les perspectives de la démocratie constitutionnelle libérale

Il ne suffit pas qu'une société soit démocratique : il faut encore qu'elle soit libérale et constitutionnelle. La démocratie est un régime dans lequel le gouvernement agit avec le consentement des gouvernés et est responsable de ses actions devant le peuple. Mais les démocraties doivent aussi être libérales, c'est-à-dire déterminées à assurer le respect des droits et des libertés individuels et fidèles au principe du philosophe anglais John Locke selon lequel l'État dépend des particuliers et non pas l'inverse. Et les démocraties doivent également être constitutionnelles, c'est-à-dire qu'il doit y avoir des moyens de veiller à l'application de normes constitutionnelles, même lorsque cela va à l'encontre d'un jugement majoritaire. Les facteurs énoncés ci-dessous sont d'une importance capitale pour assurer le succès de la démocratie constitutionnelle libérale.

Le pays doit disposer d'une force militaire suffisante et être socialement et économiquement stable, pour parer aux agressions étrangères et se protéger de la subversion ou de troubles internes. La force ne provient pas nécessairement des seules ressources du pays et celui-ci peut légitimement se tourner vers ses alliés pour

leur demander leur aide.

Une culture constitutionnelle dynamique s'accompagne souvent d'une économie saine. Je ne prétends pas que parce qu'un pays est riche, il est nécessairement une démocratie constitutionnelle. Mais je crois que l'on peut dire en toute objectivité que les difficultés économiques ont souvent pour effet de miner tout espoir de démocratie constitutionnelle.

Il faut qu'il existe une culture politique, une culture constitutionnelle, dirais-je, qui reconnaît les valeurs du constitutionnalisme, du libéralisme, de la démocratie et de la primauté du droit. Cela exige un niveau d'éducation élevé d'une part, et d'autre part des circonstances dans lesquelles les citoyens adhèrent aux normes de la coopération et de la tolérance et pratiquent ces normes dans le contexte des fluctuations, succès et revers, des causes sociales et politiques, des candidats et des partis. Cela signifie que les perdants des élections remettent les rênes du pouvoir aux vainqueurs. Cela signifie que ceux qui voient une victoire législative infirmée par un tribunal pour des motifs constitutionnels acceptent le principe des limites constitutionnelles du pouvoir gouvernemental.

Une société ouverte, dotée d'une presse et de médias libres et responsables, va main dans la main avec le constitutionnalisme et la démocratie. Il faut qu'elle dispose des moyens d'assurer une communication ouverte et efficace des gens entre eux et avec leur gouvernement.

La société civile doit être florissante. Les organisations privées, partis politiques, syndicats de travailleurs, groupements d'intérêt, clubs et autres, créent un tampon important qui s'interpose entre l'individu et l'État. Ils constituent souvent un refuge pour ceux qui pensent que les politiques du moment ne sont pas en leur faveur. Ils offrent un terrain propice à l'acquisition de

qualités constitutives d'un esprit civique actif et efficace et permettent l'expression d'opinions et les actions collectives qui s'opposent à l'exercice monopolistique du pouvoir par l'État.

Les États doivent reposer sur le principe non pas ethnique ou national, mais sur le principe civique. J'entends par là que tous les citoyens doivent jouir d'un statut égal dans la société, qu'il ne doit pas y avoir des gens favorisés et des exclus. Si le pays n'est pas très homogène du point de vue de la religion, de la langue, du caractère ethnique ou de la culture, il faut qu'il règne un attachement largement répandu en faveur du respect des droits des groupes minoritaires. Pour que la démocratie constitutionnelle libérale fonctionne comme elle le doit, les gens doivent se faire confiance mutuellement et se montrer capables de coopérer, et non pas se fragmenter en formant des camps opposés, animés par la haine et l'hostilité.

L'histoire, la culture et la conjoncture nous informeront, en dernière analyse, sur les perspectives du constitutionnalisme, de la démocratie et de la primauté du droit dans les divers pays. Ceux qui espèrent voir ces valeurs s'implanter dans les démocraties nouvellement établies doivent comprendre les pays dont il s'agit, leurs peuples, leur histoire et leurs cultures. Certains se demandent, par exemple, dans quelle mesure l'Islam est compatible avec la démocratie constitutionnelle libérale dans un pays tel que l'Irak. Un examen de l'histoire de l'Irak amène les analystes à se demander si l'expérience parlementaire du régime hachémite avant 1958 a laissé un héritage utile ou si la classe moyenne a été suffisamment robuste pour survivre aux années de répression de Saddam. Les experts sur l'Irak apporteront des éléments d'information sur ces questions. Mais ceux qui souhaitent orienter l'évolution des événements en Irak devraient

également s'inspirer des leçons à retenir de la transition qu'ont opérée ailleurs certains régimes totalitaires ou autoritaires. La route qui mène au constitutionnalisme, à la démocratie et à la primauté du droit passe par des paysages variés.

*A. E. Dick Howard est professeur de droit et d'affaires publiques, titulaire de la chaire White Burkett Miller et professeur de droit chargé de recherches au titre de la fondation Roy L. et Rosamond Woodruff Morgan à l'université de la Virginie. Il est connu en tant qu'expert en matière de droit constitutionnel et de constitutionnalisme comparé et spécialiste des questions relatives à la Cour suprême des États-Unis. Avant d'entrer en fonctions à l'université de la Virginie, il a été pendant deux ans légiste assistant auprès du juge à la Cour suprême Hugo Black. Le professeur Howard a préparé et plaidé des affaires devant les tribunaux nationaux et fédéraux, y inclus devant la Cour suprême des États-Unis. Souvent consulté par d'autres rédacteurs de constitutions américains et étrangers, il a conseillé des juristes révisant de nouvelles constitutions dans des pays tels que le Brésil, les Philippines, la Hongrie, la Pologne et l'Afrique du Sud.*

---

*Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues ou la politique du gouvernement des États-Unis.*

---

*Photographie Brennan Linsley AP/WWP*

---

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

# L'importance de l'indépendance judiciaire

Allocution de Sandra Day O'Connor

Juge à la Cour suprême des États-Unis, devant le Forum judiciaire arabe

Manama, Bahreïn

le 15 septembre 2003

DANS L'ARTICLE 78 des *Federalist Papers*, l'un des auteurs de la Constitution des États-Unis, Alexandre Hamilton, défend le rôle du pouvoir judiciaire dans la structure constitutionnelle. Il y soutient qu'« il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice (...) La liberté n'a rien à craindre du Judiciaire seul, mais aurait tout à craindre de son union avec l'un des deux autres pouvoirs ». La pénétration d'Hamilton transcende les différences qui existent entre les systèmes judiciaires nationaux. En effet, ce n'est que grâce à l'indépendance que la réalité aussi bien que l'apparence d'un strict respect de la primauté du droit peuvent être garantis au peuple. Comme l'écrivit l'ancien président des États-Unis Woodrow Wilson, le gouvernement « tient ses promesses ou ne les tient pas, dans ses tribunaux. Par conséquent, pour le particulier (...) le combat en faveur d'un gouvernement constitutionnel est un combat en faveur de bonnes lois, certes, mais aussi de tribunaux intelligents, indépendants et impartiaux ». Gardons à

l'esprit l'importance que revêt l'indépendance pour assurer un fonctionnement efficace du Judiciaire.

Le principe selon lequel un pouvoir judiciaire indépendant est indispensable à la bonne administration de la justice est profondément ancré dans les institutions judiciaires arabes. Pratiquement toutes les constitutions arabes garantissent l'indépendance judiciaire. Ainsi, la Constitution du Royaume de Bahreïn déclare, dans son article 104, que « l'honneur du pouvoir judiciaire et la probité et l'impartialité des juges sont le fondement du gouvernement et la garantie des droits et libertés. Nulle autorité ne prévaudra contre la décision d'un juge et l'administration de la justice ne pourra en aucune circonstance faire l'objet d'une intrusion. La loi garantit l'indépendance du pouvoir judiciaire ». L'article 65 de la Constitution égyptienne stipule : « L'indépendance et l'immunité du Judiciaire sont les deux garanties fondamentales de la sauvegarde des droits et libertés. » La Constitution jordanienne, dans son article 97, proclame

que « les juges sont indépendants et, dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, ne sont assujettis à aucune autre autorité que celle de la loi ».

Nous constatons les mêmes valeurs dans les Principes de Bangalore (sur la déontologie judiciaire), les six règles de conduite judiciaire élaborées sous les auspices des Nations unies pour renforcer l'intégrité du pouvoir judiciaire. Le premier de ces principes stipule : « L'indépendance de la magistrature est une exigence préalable du principe de légalité et la garantie fondamentale d'un procès équitable. Pour cette raison, un juge maintiendra et montrera en exemple l'indépendance de la justice sous ses aspects à la fois individuels et institutionnels. » La Déclaration du Caire sur l'indépendance judiciaire, formulée en février 2003 lors de la seconde Conférence judiciaire arabe, reconnaît qu'« un pouvoir judiciaire indépendant est le principal soutien de la liberté civile, des droits de l'homme, de la coopération économique régionale et internationale et de la mise en place d'institutions démocratiques ».

Ce principe étaye également la place occupée par le pouvoir judiciaire aux États-Unis. Les fondateurs de la nation américaine savaient que pour assurer un fonctionnement efficace du Judiciaire, il était indispensable que ce pouvoir ne soit pas dominé par les autres pouvoirs de l'État. Pour atteindre cet objectif, la Constitution des États-Unis confie au Législatif le pouvoir de légiférer et au Judiciaire celui de faire appliquer les lois. La séparation des pouvoirs législatif et judiciaire s'est révélée indispensable pour assurer la primauté du droit. Quand le rôle du législateur et celui du juge sont tenus par des protagonistes appartenant à des instances différentes, le risque d'un comportement arbitraire de l'État est considérablement atténué. Quand le pouvoir de légiférer est séparé du pouvoir d'interpréter et d'ap-

pliquer les lois, c'est la base même de l'État de droit qui est renforcée, à savoir que les litiges sont tranchés sur la base de règles préalablement établies.

Un pouvoir judiciaire indépendant exige à la fois que les juges soient indépendants dans l'exercice de leurs fonctions et que le Judiciaire, en tant qu'entité institutionnelle, soit lui-même indépendant, que sa sphère d'influence soit protégée contre l'influence déclarée ou insidieuse d'autres éléments de l'État. Comme le déclarent les Principes de Bangalore, l'indépendance judiciaire a des aspects « à la fois individuels et institutionnels ».

En ce qui concerne la magistrature, deux moyens d'assurer cette indépendance apparaissent : Primo, les juges doivent être à l'abri de menaces de représailles pour que la crainte ne domine pas leurs décisions. Secundo, la méthode de sélection des juges et les principes de déontologie qui leur sont imposés doivent être élaborés de façon à minimiser le risque de corruption et d'influence extérieure.

Aux États-Unis, la protection contre les représailles est assurée principalement en tenant les fonctions et la rémunération des juges hors de portée d'influences extérieures. La Constitution des États-Unis prévoit que les juges fédéraux conserveront leur charge aussi longtemps qu'ils s'en acquitteront « dans le respect des règles de bonne conduite », ce qui sous-entend à vie, sauf en cas de fautes professionnelles les plus graves. Elle assure également que la rémunération des juges ne diminuera pas tant qu'ils continueront à exercer leurs fonctions. Collectivement, ces clauses garantissent que les juges ne craindront pas de faire appliquer la loi telle qu'ils la conçoivent. La sécurité dont ils jouissent sur le plan financier et professionnel les rend libres de prendre les décisions juridiques

les plus appropriées en appliquant la loi équitablement et impartialement aux parties qui comparaissent devant eux. Le Royaume de Bahreïn a adopté une approche similaire pour assurer que les membres de la nouvelle Cour constitutionnelle jouissent de la sécurité de leurs fonctions, stipulant, dans l'article 106 de sa Constitution, que les membres de la Cour « ne seront pas passibles de révocation » durant la durée de leur mandat.

Des mesures doivent également être prises pour garantir que les juges rempliront leur rôle en toute impartialité et non pas en fonction de leur intérêt personnel ou en réponse à une influence extérieure. Les juges ne doivent pas être influencés par un préjugé favorable ou défavorable à l'égard de plaideurs particuliers ou en ayant un enjeu personnel dans l'aboutissement d'une affaire particulière. Ils ne jouiront jamais du respect et de la confiance des citoyens s'ils cèdent à des influences corruptrices. Lorsque la décision d'un juge est guidée par un avantage personnel, lorsqu'elle vise à obtenir une faveur ou encore reflète une préférence personnelle, un tel comportement entame la primauté du droit. Ces deux préoccupations doivent présider au choix des juges et aux principes de déontologie qui guident leur conduite.

La sélection des juges selon le mérite des candidats est naturellement indispensable pour garantir qu'un juge agira de façon impartiale. Si des considérations autres que le mérite amenaient un protagoniste politique à nommer (ou les électeurs à élire) un juge, ces considérations risqueraient d'empêcher ce dernier de trancher une affaire équitablement et sans préjugés. Reconnaissant que ces objectifs sont servis par le choix le plus vaste possible de candidats méritoires, la Déclaration de la Première Conférence arabe en matière de justice recommande que

« l'élection des juges soit à l'abri de toute discrimination basée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, la langue, l'origine nationale, la condition sociale, la naissance, la propriété, l'appartenance politique ou toute autre considération. Lors de l'élection des juges, en particulier, le principe de l'égalité des chances doit être respecté pour assurer une évaluation objective de tous les candidats à un poste de juge ». Cette Déclaration recommande en outre qu'« aucune discrimination ne soit autorisée entre les hommes et les femmes lorsqu'il s'agit de confier des responsabilités judiciaires à un candidat ». En tenant compte de ces recommandations, non seulement on répondra à la nécessité de choisir chaque candidat en fonction de son mérite mais on limitera tout préjugé institutionnel qui risquerait de surgir si le pouvoir judiciaire était entièrement homogène.

Assurer le respect des principes d'indépendance judiciaire n'est pas chose aisée. Un problème particulièrement préoccupant est le tiraillement qui se manifeste, une fois qu'un juge est nommé, entre son indépendance à l'égard des pressions politiques et son indépendance à l'égard de l'intérêt personnel. La protection contre l'influence exercée par les autres pouvoirs, ou même par d'autres organes judiciaires, grâce à une charge à vie et à la protection de la rémunération du juge, implique dans une large mesure une protection contre les mesures disciplinaires. Il est certain que si un juge ne respecte pas les conditions les plus fondamentales de l'indépendance – en acceptant des pots de vin par exemple – sa révocation sera justifiée. Mais en dehors de tels actes, l'application de mesures disciplinaires est difficile.

Aux États-Unis, le maintien de l'indépendance et de l'impartialité du pouvoir judiciaire est obtenu avec un succès remarquable grâce au

respect des normes déontologiques que s'imposent les magistrats. Comme l'a déclaré le chef de la Cour suprême Harlan Stone, « le seul frein à notre exercice du pouvoir est la retenue que nous nous imposons ». Chacun des États américains ainsi que le pouvoir judiciaire fédéral ont un code de conduite qui encourage le respect des normes déontologiques les plus élevées. Le premier canon du code de conduite des juges fédéraux engage ces derniers « à respecter l'intégrité et l'indépendance du Judiciaire ». Comme l'explique le code de conduite, « un pouvoir judiciaire indépendant et honorable est indispensable à la justice dans notre société ».

En plus d'imposer des restrictions tangibles à la conduite des juges, notamment en leur interdisant de trancher une affaire dans laquelle ils ont un intérêt personnel, le code de conduite reconnaît l'importance de la façon dont le public perçoit le Judiciaire. Une simple apparence de corruption, de partialité ou de toute autre caractéristique contraire à l'éthique peut être aussi nuisible à la confiance de la société dans son système judiciaire et dans son respect de la primauté du droit que la réalité de telles caractéristiques. Les juges ne doivent donc pas se contenter d'éviter toute irrégularité, ils doivent aussi éviter de donner l'impression d'avoir commis des irrégularités si l'on veut que le Judiciaire jouisse de la confiance du public. C'est pourquoi le code de conduite des juges fédéraux stipule que les juges doivent s'abstenir de tout comportement susceptible de donner l'impression que leur faculté de s'acquitter avec intégrité, impartialité et compétence de leurs responsabilités judiciaires est compromise. En insistant pour que les juges établissent, respectent et fassent appliquer les normes les plus élevées de conduite, les codes de déontologie judiciaire visent à assurer l'impartialité de la magistrature et à garantir que

chaque affaire sera entendue équitablement.

La Déclaration du Caire incite les gouvernements des pays arabes à adopter « un code d'éthique professionnelle compatible avec la noble mission du pouvoir judiciaire ». Un moyen simple et engageant d'y parvenir consiste à adopter les Principes de Bangalore qui sont un ensemble de normes déontologiques bien pesées. Ces normes s'articulent autour de six valeurs directrices : indépendance, impartialité, intégrité, respect des convenances, égalité et compétence. Des instructions concrètes et détaillées confèrent un contenu pratique à chacune de ces valeurs. Je pense que, là où ils seront adoptés, ces principes joueront un rôle aussi efficace que le font, aux États-Unis, les divers codes de conduite.

J'ai parlé jusqu'à maintenant des mécanismes propres à garantir que les juges seront en mesure de remplir leurs fonctions à l'abri de toute influence extérieure. Mais un pouvoir judiciaire indépendant a également besoin d'être protégé contre une influence plus générale des autres pouvoirs. Un aspect fondamental de cette indépendance institutionnelle est l'assurance que le pouvoir judiciaire est doté de ressources financières adéquates. Tout comme la protection de la rémunération d'un juge est nécessaire à son indépendance, les questions financières générales peuvent influencer le travail du judiciaire en tant qu'institution. La Déclaration de Beyrouth recommande que l'État garantisse un budget indépendant au pouvoir judiciaire ainsi qu'à tous ses organes et institutions, que ce budget figure en tant que poste unique dans le budget de l'État et qu'il tienne compte de l'avis des hautes instances des organes judiciaires. La Déclaration du Caire exhorte les gouvernements à s'efforcer de « garantir l'indépendance financière des pouvoirs judiciaires ». Assurer un financement suf-

fisant et inconditionnel au pouvoir judiciaire conformément aux recommandations de ces Déclarations est indispensable pour mettre ce pouvoir à l'abri de toute influence indue.

Un problème plus complexe est celui de l'interaction des membres de l'Exécutif avec le pouvoir judiciaire. J'ai mentionné la tension qui existe entre l'indépendance de la magistrature vis-à-vis des autres protagonistes gouvernementaux et la nécessité de veiller à ce que les juges ne compromettent pas leur propre indépendance en succombant à des préjugés personnels ou à des influences corruptrices. Aux États-Unis, nous nous soucions davantage de la première de ces préoccupations et avons tendance à nous en remettre, pour la seconde, aux principes déontologiques que s'impose le Judiciaire. Certaines circonstances pourraient évidemment exiger que l'équilibre soit obtenu ailleurs. Il convient cependant de veiller à ce que l'indépendance du Judiciaire ne soit pas compromise par certaines mesures prises sous prétexte de discipliner des juges insubordonnés.

L'indépendance judiciaire n'est pas une fin en soi mais un moyen de parvenir à une fin. Elle est l'élément fondamental de la primauté du droit, car elle donne au public confiance dans une application impartiale et équitable des lois. Nulle part cet intérêt n'est plus évident que dans la protection judiciaire des droits de l'homme, l'une des autres questions abordées dans nos discussions en groupe. L'indépendance judiciaire permet aux juges de prendre des décisions impopulaires. Les juges fédéraux des États-Unis ont été appelés, à certaines époques, à résister à la volonté de la majorité. Par exemple, la décision de la Cour suprême de 1954 dans l'arrêt « Brown vs. Board of Education », selon laquelle des établissements d'enseignement distincts pour les enfants de races différentes étaient intrinsèque-

ment inéquitables, déclencha un tollé dans presque tout le pays. Cette décision a néanmoins été une étape décisive de la reconnaissance des droits civiques et politiques aux États-Unis.

L'indépendance judiciaire permet également aux magistrats de prendre des décisions susceptibles d'être contraires aux intérêts des autres éléments de l'État. Le président, les ministres et les législateurs s'empresment parfois de trouver des solutions commodes aux exigences du moment. Un judiciaire indépendant occupe une place unique pour prendre en compte les répercussions qu'auraient ces solutions sur les droits et la liberté et il se doit d'agir pour faire en sorte que ces valeurs ne soient pas compromises. Cette indépendance est la source du courage nécessaire à la protection de la primauté du droit.

Chaque pays marque de son empreinte le système juridique qu'il crée mais certains principes transcendent les différences nationales. L'importance d'un pouvoir judiciaire fort et indépendant est l'un de ces principes. Toutefois, s'il est aisé de convenir que l'indépendance du pouvoir judiciaire est indispensable au respect de la primauté du droit, il n'en reste pas moins que la mise en pratique de ces principes est bien plus difficile.

---

*Sandra Day O'Connor a été nommée à la Cour suprême des États-Unis par le président Ronald Reagan. Elle a pris ses fonctions le 25 septembre 1981.*

---

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

# Élaborer une constitution dans la logique de la démocratie : L'expérience de l'Afrique du Sud

Vivien Hart

*Le processus d'élaboration de la constitution a été l'une des premières démarches véritablement nationales de l'Afrique du Sud dans la mesure où il a encouragé la participation de tous les secteurs de la société, naguère si fracturée. L'auteur du présent article s'intéresse en particulier aux méthodes et aux procédures qui ont permis d'encourager la participation ainsi qu'au temps qu'il a fallu pour parvenir à un accord sur une nouvelle constitution. Cet article est tiré de la publication de l'U.S. Institute of Peace intitulée Special Report: Democratic Constitution Making.*

EN AFRIQUE et ailleurs, les pays en développement expérimentent des structures et des formes de participation d'un genre nouveau tandis qu'ils tentent de mettre en place un processus transparent à même de laisser l'initiative aux citoyens et de servir de cadre à une conversation sur le thème de la constitution. Dans bien des cas, au lieu d'organiser leurs travaux autour des procédures et des précédents déjà en place, ces pays font table rase du passé : ils commencent à zéro.

On s'accorde largement à qualifier de modèle du genre la Constitution adoptée par l'Afrique du Sud en 1996. De même, le processus dont elle fut l'aboutissement passe pour l'une des clés du succès de la transition qui s'est opérée en Afrique du Sud, où l'oppression de l'apartheid céda la place à l'avènement d'une société démocratique. Les composantes ci-après du processus suivi dans ce pays illustrent les paramètres et les difficultés de l'élaboration d'une constitution dans le respect de la démocratie ; elles permettent aussi d'évaluer le potentiel et les écueils d'une telle entreprise.

## La négociation du processus à engager

Au total, il aura fallu sept ans, de 1989 à 1996, pour faire aboutir la Constitution. Près de cinq années s'écoulèrent entre la première réunion entre MM. Nelson Mandela, le chef de file du Congrès national africain, et P. W. Botha, le premier ministre, en 1989, et la conclusion d'un accord relatif à une constitution provisoire ainsi que la tenue de la première élection multiraciale, en 1994. Des actes de violence émaillèrent chacune de ces années, au risque de compromettre le processus.

Lors de la phase essentielle qui dura de 1990 à 1994, d'anciens adversaires se réunirent, en privé ou en public, pour négocier des accords sur la façon de procéder. Ainsi se mirent-ils d'accord sur le principe de la négociation d'une constitution démocratique ; ils se livrèrent à une série de débats prolongés sur la forme que devrait revêtir le processus d'élaboration de la Constitution ; en 1993, ils conclurent des accords sur les procédures et, à terme, un accord relatif à l'établissement d'une constitution provisoire et qui comportait des principes et des procédures juridiquement contraignants dans la perspective de l'élaboration de la Constitution finale.

En avril 1994, la première élection parlementaire multiraciale fut organisée. Son taux de participation s'est situé aux alentours de 86 %. Le mois suivant, le nouveau parlement qui allait faire fonction d'assemblée constituante siégeait pour la première fois.

Vers le milieu des années 1990, le processus sud-africain prit un caractère pleinement participatif. Jusqu'à ce moment, le public n'avait joué aucun rôle direct dans l'élaboration de la Constitution. Dorénavant, ses représentants élus s'efforceraient de l'éduquer et l'inviteraient à

s'exprimer. Ceux-ci n'épargnèrent aucune piste : médias, campagnes publicitaires dans la presse écrite, à la radio et à la télévision ; panneaux publicitaires et affiches collées sur les autobus ; publication d'un journal parlementaire ayant une circulation de 160 000 lecteurs ; bandes dessinées ; site Internet ; assemblées populaires. Selon les estimations, 73 % des habitants auraient ainsi été sollicités. De 1994 à 1996, l'assemblée constituante reçut deux millions d'avis et de suggestions de la part d'individus, d'organisations de défense, d'associations professionnelles et d'autres groupes d'intérêt.

Pendant la phase finale, en liaison avec la campagne à caractère participatif, des comités de l'assemblée rédigèrent un projet de constitution conformément aux paramètres associés à la constitution provisoire de 1994 ; un premier document de travail fut rendu public en novembre 1995, faisant l'impasse sur 68 questions qui seraient abordées ultérieurement ; un document révisé fut produit l'année suivante et un document final en mai 1996. De juillet à septembre 1996, la Cour constitutionnelle examina ce document ; puis elle renvoya le texte à l'assemblée aux fins d'amendements, lesquels furent adoptés en octobre. En novembre, la cour avalisa ce document de manière définitive et le président Mandela lui donna force de la loi en le signant en décembre : la Constitution de l'Afrique du Sud était née.

Nouer le dialogue, créer  
la confiance

Ce processus prit du temps. Il s'étala sur plusieurs phases. Il bénéficia de l'adoption d'une constitution provisoire qui permit la poursuite du dialogue engagé sur le thème de la transition. La participation du public fut sollicitée de manière



ponctuelle, puis l'on s'engagea à dégager les ressources nécessaires et à faire preuve de créativité, pour faciliter un dialogue sérieux. La poursuite du dialogue pendant la période comprise entre l'aval donné par la cour au texte de la Constitution et sa confirmation par le parlement rassura les esprits parce que cela démontrait que le résultat serait compatible avec les principes démocratiques arrêtés en 1994. Divers groupes, dont des mouvements féminins et des chefs de file locaux, eurent l'occasion de s'exprimer et d'être entendus et ils veillèrent à ce que leurs intérêts soient pris en compte. Un autre point important mérite d'être noté, à savoir que l'Afrique du Sud était déjà dotée d'une société civile qui pouvait faire contrepoids aux profondes fractures raciales et partisanses. Mais on doit aussi l'aboutissement du processus d'élaboration de la Constitution à la patience qui a été manifestée, en particulier devant la violence, à la volonté de toutes les parties concernées de prendre certaines mesures audacieuses, à la tenue de négociations en privé sur certaines des questions les plus difficiles ainsi qu'à la partici-

*Le président d'Afrique du Sud, Nelson Mandela (au milieu) et les président adjoints du pays, Thabo Mbeki (à gauche) et F. W. de Klerk (à droite), applaudissent la signature de la nouvelle Constitution, le 8 mai 1996.*

pation sans précédent du public.

La participation véritable du public n'est possible qu'au prix d'un considérable sacrifice de temps et de ressources. Même si l'on fait coïncider la mise en marche du processus avec la conclusion d'un accord de négociation en 1991, il aura quand même fallu au moins cinq ans pour aboutir à une constitution, et le cas de l'Afrique du Sud est un exemple de réussite. En fait, de l'avis de nombreuses personnes, ce processus avait été mis en route deux ans plus tôt, quand les responsables commencèrent à rechercher les moyens de résoudre la fracture raciale ; de toute évidence, il faut créer un climat de confiance entre les élites et le grand public si l'on veut engager le dialogue sur le thème de l'élaboration d'une constitution.

Les modes de participation varient considérablement : il n'y a pas de modèle « taille unique » applicable à tous les pays. L'Afrique du Sud élut un parlement qui fit fonction d'assemblée constituante. Elle sollicite l'opinion du

public par toutes sortes de moyens, fit une utilisation originale des médias et fournit des informations dans de nombreuses langues pour que les questions constitutionnelles puissent être accessibles à tous.

Mais que ce soit en Afrique du Sud ou ailleurs, le public ne participe pas toujours de manière égale à toutes les étapes du processus. Si les négociations en Afrique du Sud purent progresser jusqu'en 1994 tout en se déroulant dans un contexte public, certaines impasses ne furent réglées que dans le cadre de négociations secrètes. Pour la première fois, en 1994, toute la population – forme de participation la plus conventionnelle – fut invitée à participer à l'élection. Mais dans ce pays, où la majorité de la population était naguère exclue en raison de considérations raciales, un tel événement marqua véritablement un jalon. Environ 86 % des électeurs se rendirent aux urnes. Le nombre d'électeurs, ainsi que le nombre des suggestions faites à l'assemblée constituante, confirment que le public est prêt à participer quand les questions en jeu et les résultats escomptés lui paraissent importants.

*Mme Vivien Hart est professeur à l'université du Sussex, où elle a antérieurement occupé le poste de directrice de son centre Cunliffe d'étude du constitutionnalisme et de l'identité nationale, réseau de recherche à caractère international faisant participer des universitaires et des militants du Royaume-Uni, d'Europe, des États-Unis, du Canada, d'Afrique du Sud, du Sri-Lanka et des îles Fidji. Son livre, Women Making Constitutions, édité avec Mme Alexandra Dobrowolsky, est sorti en novembre 2003. En 2002-2003, Vivien Hart fut « senior fellow » au programme Jennings Randolph pour la paix internationale, qui s'insère dans l'U.S. Institute of Peace.*

*Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues ou la politique du gouvernement des États-Unis.*

*Photographie Leon Muller, AP/WWP*

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

# Le constitutionnalisme dans le monde musulman

## Conversation avec Noah Feldman

*Dans cette interview, Noah Feldman, professeur de droit et spécialiste de la philosophie islamique, évoque deux récentes expériences constitutionnelles auxquelles il a été associé. Il était conseiller du département d'État en matière de liberté religieuse lors de la rédaction de la Constitution afghane. En Irak, il a été, de la mi-avril à juillet 2003, principal conseiller constitutionnel de l'Autorité provisoire de la coalition. Il continue à conseiller divers membres du Conseil de gouvernement irakien et a été consulté lors de la rédaction de plusieurs documents constitutionnels provisoires.*

DANS VOTRE LIVRE, *After Jihad, America and the Struggle for Islamic Democracy*, vous déclarez que l'Islam et la démocratie ne sont pas incompatibles et que les valeurs islamiques et les idéaux démocratiques peuvent coexister dans une société prospère. Comment êtes-vous parvenu à cette conclusion ?

M. Feldman – Il y a plusieurs considérations en jeu. Primo, de nombreux musulmans affirment publiquement que, selon eux, la démocratie et l'Islam peuvent aller de pair. D'ailleurs, il existe des pays islamiques qui sont démocratiques et dans lesquels la démocratie fonctionne relativement bien. La Turquie en est l'exemple le plus évident mais on pourrait également citer l'Indonésie ou le Bangladesh comme exemples de démocraties qui se stabilisent. Secundo, des réformes démocratiques ont récemment été adoptées dans d'autres pays musulmans – la nouvelle Constitution de Bahreïn, pour citer un cas frappant.

Sur le plan pratique, nous voyons que les démocraties islamiques peuvent exister et qu'il en existe et, sur le plan théorique, un nombre croissant d'intellectuels et de gens ordinaires du monde musulman déclarent que les traditions de l'Islam et la démocratie ne sont pas incompatibles et qu'on peut arriver à les faire coexister.



Question – Quand le moment est venu d'élaborer une constitution démocratique dans un pays islamique, quelles sont les considérations et difficultés particulières qui entrent en jeu ?

M. Feldman – La première se situe sur le plan théorique. Les gens en sont venus à penser que les deux approches ne sont pas incompatibles. Certains estiment que, du fait que Dieu est souverain dans l'islam, les hommes ne peuvent pas avoir le dernier mot en ce qui concerne leur gouvernement. Il pourrait donc être difficile de concilier le pouvoir politique du peuple avec la souveraineté de Dieu.

Mais, toujours sur le plan théorique, on peut répondre que, dans l'islam, bien que Dieu soit souverain, ses lois sont toujours interprétées par des hommes et qu'au quotidien, gouverner est le fait des hommes et non pas de Dieu. Qui plus est, en démocratie, nous pensons qu'il existe certains droits fondamentaux qui transcendent ce que des gens pourraient trouver juste ou injuste à un moment donné, comme le droit à la vie et à la liberté.

Ensuite, il y a l'expérience pratique qui consiste à concevoir, dans le cadre de la constitution, les institutions qui feront la médiation

*Les participants à la Loya Jirga, grand conseil traditionnel afghan, écoutent attentivement les délégués, le deuxième jour de leur réunion, le 15 décembre 2003 à Kaboul (Afghanistan). Les notables s'étaient réunis afin d'élaborer la nouvelle constitution du pays.*

entre les valeurs islamiques et les valeurs démocratiques lorsque, vues de l'extérieur, ces valeurs pourraient paraître contradictoires.

#### Afghanistan

Question – En Afghanistan, quels sont les problèmes structurels auxquels les auteurs de la Constitution ont dû faire face ?

M. Feldman – Il s'agit de problèmes importants qui se font jour lors de l'élaboration de n'importe quelle constitution. Ils ne se rapportent pas spécifiquement à une question de compatibilité entre l'islam et la démocratie. On peut avoir un Exécutif fort ou un Exécutif faible dans une démocratie islamique. Il s'agit de questions générales importantes pour toute constitution. En Afghanistan, il y a le fait que la Constitution déclare que l'islam est la religion officielle de l'État. Mais elle précise également que l'État afghan tiendra des élections et respectera les

valeurs démocratiques.

Les Afghans ont eu à régler la question structurelle de l'application de la loi islamique. Ils ont proposé une clause qui, à l'origine, figurait dans le projet de Constitution iranienne de 1906 et selon laquelle nulle loi adoptée par le peuple ne serait contraire à l'islam. Ils ont également créé une cour constitutionnelle qui, en principe, a le pouvoir de décider si une loi donnée transgresse les valeurs de l'islam. Nous avons donc l'exemple d'un pays où un conflit éventuel a été identifié et une solution y a été trouvée. Pour être plus précis, je dirais que les Afghans ont créé une institution pour régler le conflit.

Question – Je crois savoir que la haute cour sera composée à la fois de juges séculiers et de juges islamiques. Pensez-vous que cela puisse marcher ?

M. Feldman – Il s'agit d'une expérience. Il est possible que cela marche mais ce n'est nullement garanti. On fait l'expérience d'un organisme qui sera en mesure de servir de médiateur entre ces deux ensembles de valeurs et cela dans des conditions que le reste du peuple afghan considérera comme légitimes.

Question – La Charia (loi islamique) joue-t-elle un autre rôle dans la Constitution, en dehors de la haute cour et de la partie que vous venez de mentionner selon laquelle aucune loi contraire à l'islam ne sera adoptée ?

M. Feldman – Il y a la garantie que, lorsque la Charia sera appliquée, la tendance de la Charia à laquelle un individu appartient sera respectée, de sorte que personne ne sera obligé de suivre une tendance de la Charia différente de la sienne. Cette garantie est prévue dans la Constitution. C'est probablement le point le plus important sur lequel la Charia joue un rôle. Il est intéressant de noter qu'aucune disposition ne précise que la Charia est une source de législation ou la source de la législation dans cette Constitution.

Question – Existe-t-il des ambiguïtés ou lacunes délibérées dans la Constitution afghane ? Y a-t-il, par exemple, des questions qui ne pourraient pas être tranchées, sur lesquelles un consensus et un accord ne pourraient être obtenus et dont la solution est différée ?

M. Feldman – La Constitution garantit l'égalité de la femme mais ne précise pas ce qui arriverait si des dispositions particulières de la loi islamique étaient jugées incompatibles avec cette égalité.

Il se peut que la cour constitutionnelle interprète la Charia comme étant égalitaire et ce serait une solution possible. Cette question n'y est pas traitée de façon explicite. Si bien qu'effectivement, une sorte de lacune subsiste. C'est à la cour qu'il appartiendra de régler ce problème.

Question – Les groupes féministes ont exprimé la crainte que les garanties des droits de la femme contenues dans la Constitution ne soient pas aussi clairement ou fortement exprimées qu'ils l'auraient souhaité.

M. Feldman – Un nombre précis de sièges est réservé aux femmes dans la législature et il existe dans la Constitution une garantie expresse d'égalité pour les femmes. Il y a aussi la garantie que l'Afghanistan respectera ses obligations en vertu des traités internationaux, qui comprennent la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW). Ce sont là de très fortes garanties qui ne figurent pas dans la Constitution des États-Unis. Il n'y pas de sièges réservés aux femmes dans notre législature. Il n'est pas fait expressément mention de l'égalité des femmes dans notre Constitution et nous n'avons jamais ratifié la CEDAW. On peut toujours faire mieux mais, à mon avis, un bon départ a été pris en Afghanistan.

Irak

Question – Passons maintenant à l'Irak. Le Conseil de gouvernement irakien a adopté le 8 mars une constitution dite provisoire. Que prévoit-elle et pendant combien de temps sera-t-elle en vigueur ?

M. Feldman – Elle prévoit, en principe, la création d'une structure gouvernementale, tout d'abord pendant la période de transition qui précédera les élections nationales en janvier 2005, et elle établit la structure qu'aura le gouvernement une fois que ces élections auront eu lieu. Dans la pratique, il reste encore à déterminer si la constitution entrera en vigueur sous la forme dans laquelle elle a été rédigée ou si elle sera modifiée. Jusqu'à présent, les membres du Conseil de gouvernement ont accepté de s'y conformer après le 30 juin.

Question – Peut-on prévoir que de nombreuses pressions s'exerceront en faveur d'un amendement de la constitution provisoire ?

M. Feldman – Il existe déjà des pressions en faveur de changements. Le jour même de sa signature, un dirigeant chiite, l'Ayatollah al-Sistani, a exprimé des objections à son sujet. D'autres dirigeants chiites semblent se faire l'écho de ces préoccupations. Dans une lettre à Lakhdar Brahimi, représentant spécial des Nations unies, l'Ayatollah al-Sistani s'inquiète expressément du fait que la présidence composée de trois membres créée par la constitution provisoire, soit insuffisamment majoritaire. Il y exprime l'espoir que la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU n'approuvera pas le texte complet de la résolution tel qu'il existe actuellement mais reconnaîtra que l'Assemblée nationale a le pouvoir d'amender ce document. Il donne expressément à entendre qu'il aimerait qu'on amende le triumvirat présidentiel.

Question – La structure du gouvernement est donc celle d'un régime présidentiel plutôt que parlementaire ?

M. Feldman – Non, il s'agit en fait d'un régime présidentiel doté d'un premier ministre et d'une présidence composée de trois membres et possédant des pouvoirs réels, un pouvoir de veto, mais qui n'est pas l'Exécutif principal.

Question – Que dit la constitution provisoire des droits de l'homme et de la liberté religieuse ?

M. Feldman – Elle garantit la liberté religieuse, la liberté de conscience, la liberté de pensée, dans un langage emprunté à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle précise également toute une série de droits de l'homme familiers tirés de documents internationaux sur les droits de l'homme : droit à la protection contre la torture, droit à une égale protection de la loi, droit à une procédure régulière, etc.

Question – Elle se rapproche donc d'une véritable déclaration des droits de l'homme ?

M. Feldman – Je la décrirais en effet comme une déclaration complète des droits de l'homme. Elle garantit l'égalité de tous les Irakiens, hommes et femmes, indépendamment de leur religion, de l'ethnie à laquelle ils appartiennent ou de leur origine nationale. C'est une déclaration très complète des droits de l'homme, un document remarquable à cet égard.

Question – Prévoit-elle la participation des femmes au gouvernement ?

M. Feldman – Oui. La Loi administrative provisoire déclare que l'Assemblée nationale sera structurée de façon à assurer aux femmes 25 % des sièges à l'Assemblée nationale. On se demande s'il s'agit d'un quota strict ou d'un but auquel on aspire. Le langage de la Loi est quelque peu ambivalent à ce sujet mais je dirais qu'il se rapproche de l'exigence formelle que l'Assemblée nationale comprenne au moins 25 % de femmes.

Question – Vous attendez-vous à ce que ce document fasse l'objet d'un vaste débat public ?

M. Feldman – Je le pense en effet. Ce document a été élaboré sans participation importante du public. Il s'agit là d'un défaut dont tout le monde est conscient. Il va maintenant y avoir un débat, tout d'abord sur le caractère de la Loi provisoire elle-même. Je m'attends à ce que cela donne lieu à des discussions animées, suivies d'un autre débat sur la question de savoir si certains aspects de ce document devraient être modifiés ou conservés ultérieurement dans la constitution définitive qui devra être élaborée puis ratifiée par l'Assemblée nationale.

Question – En ce qui concerne l'activité politique, la constitution provisoire interdit-elle, comme le fait la Constitution afghane, que les partis politiques s'articulent autour de groupes régionaux ou ethniques ?

M. Feldman – Non, elle ne l'interdit pas et si elle l'avait fait, elle n'aurait pas été compatible avec les organisations politiques associées aux partis kurdes. Le parti démocratique kurde et l'Union patriotique s'identifient tous les deux aux Kurdes et sont issus du Kurdistan.

Question – Si les Constitutions irakienne et afghane jouissent d'un certain succès et favorisent la stabilité et l'octroi de nouvelles libertés à leur population, quelles répercussions cela aura-t-il, selon vous, sur le reste de la région ?

M. Feldman – Je crois que cela fera ressortir l'absence de liberté et de démocratie que connaissent certains des pays voisins. L'Iran a été le théâtre d'une évolution démocratique très prometteuse qui semble maintenant court-circuitée et, si on voit des religieux chiites irakiens préconiser des élections libres et ouvertes et des religieux chiites iraniens réclamer des élections limitées, cela aura une influence sur l'Iran parce que les Iraniens verront encore plus clairement qu'ils ne le font actuellement à quel point leur système fait faillite. De même, en Arabie saoudite, les gens suivront à la télévision par satellite des débats publics sur d'importantes questions constitutionnelles et ils constateront que ces débats n'entraînent pas nécessairement le

chaos et cela intensifiera les pressions en faveur de l'ouverture et de la libéralisation dans ce pays. En Syrie également, je pense qu'on assistera à un sentiment accru de la nécessité de réformes plus importantes que celles qui y ont été opérées. Je pense que cela aura un effet positif dans l'ensemble de la région.

Par contre, un échec de la démocratie en Irak aurait un effet négatif dans toute la région. Ceux qui plaident en faveur de la libéralisation et de la démocratisation en viendraient de plus en plus à penser que la démocratie n'est pas une structure gouvernementale viable dans les pays à majorité musulmane. Ce serait très dommage.

Question – Beaucoup de gens se demandent ce qui se passera si des extrémistes islamiques sont élus démocratiquement. Vous citez l'exemple troublant de l'Algérie, dans votre livre.

M. Feldman – En Algérie, il est très clair, en dépit de ce que pensent beaucoup de gens, que ce ne sont pas les islamistes qui ont plongé le pays dans la guerre civile. Les islamistes n'ont pas annoncé qu'ils allaient abolir la démocratie. Au contraire, ils se déclaraient disposés à y participer démocratiquement. Ils n'ont jamais eu la possibilité de le prouver d'une façon ou d'une autre car le gouvernement militaire a annulé le résultat des élections ; c'est lui qui a supprimé la liberté dans le pays.

Je pense que partout, dans le monde musulman, là où les gens ont été relativement libres ces dernières années, les élections ont assuré le succès des partis islamiques. Je m'attends à ce que la même chose se produise en Irak et en Afghanistan.

C'est la tendance générale que l'on discerne. Cela ne veut pas dire que ces partis adopteront nécessairement une attitude contraire à la démocratie. La Turquie est l'exemple d'un pays dans lequel le parti au pouvoir est un parti islamique modéré, même s'il ne porte pas ce nom. Le sécularisme officiel de la Turquie l'interdit, mais il s'agit d'un parti islamique qui gouverne de façon très démocratique.

---

Question – C'est donc une fois parvenus au pouvoir qu'ils sont devenus modérés, en quelque sorte ?

M. Feldman – En Turquie, ils étaient relativement modérés quand ils se sont présentés. Je pense que, dans une démocratie, le pragmatisme veut qu'on se fasse réélire. Tant que vous devez briguer la réélection, vous ne pouvez pas gouverner d'une façon qui aliénerait une grande partie de la population. En revanche en Iran, où ils ont été portés au pouvoir par la révolution, ils peuvent se permettre de prendre des mesures répressives que le peuple rejette fortement. Il existe manifestement une différence entre une accession au pouvoir par des moyens légitimes et une accession au pouvoir par la force.

---

*Noah Feldman est professeur à la faculté de droit de l'université de New York. Ancien greffier à la Cour suprême des États-Unis, il a obtenu un doctorat de philosophie islamique de l'université d'Oxford, en Angleterre, en tant que titulaire d'une bourse Rhodes. Il est l'auteur de *After Jihad: America and the Struggle for Islamic Democracy*. Il a répondu aux questions de Leslie High.*

---

*Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues ou la politique du gouvernement des États-Unis.*

---

*Photographie B. K. Bangash, AP/WWP*

---

Démocratie et droits de l'homme, revue électronique du département d'État des États-Unis, Vol. 9, No. 1, MARS 2004

---

# B i b l i o g r a p h i e

---

## Liste de livres et articles (en anglais) portant sur le constitutionnalisme

**Bailyn, Bernard.**

*To Begin the World Anew: The Genius and Ambiguities of the American Founders.* New York: Alfred K. Knopf, 2003.

**Belz, Herman.**

*A Living Constitution or Fundamental Law? American Constitutionalism in Historic Perspective.* Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1998.

**Berggren, Niclas, et. al., eds.**

*Why Constitutions Matter.* New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2002.

**Billias, George Athan, ed.**

*American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in Comparative Constitutional History.* New York: Greenwood Press, 1990.

**Blaustein, Albert P., ed.**

*Constitutions That Made History.* New York: Paragon House Publishers, 1988.

**Chemerinsky, Erwin.**

*Constitutional Law: Principles and Policies.* New York: Aspen Law & Business, 2002.

**Faigman, David L.**

*Laboratory of Justice.* New York: Times Books: Henry Holt, 2004.

**Feldman, Noah.**

*After Jihad: America and the Struggle for Islamic Democracy.* New York: Farrar, Straus, & Giroux, 2003.

**Ferejohn, John et al., eds.**

*Constitutional Culture and Democratic Rule.* Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2001.

**Finer, S.E. (Samuel Edward), et. al. eds.**

*Comparing Constitutions.* Oxford: Clarendon Press; New York : Oxford University Press, 1995.

**Hassen, Ebrahim.**

*The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa.* Oxford: Oxford University Press, 1998.

**Henkin, Louis et. al., eds.**

*Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad.* New York: Columbia University Press, 1990.

**Hoffman, Daniel N.**

*Our Elusive Constitution: Silences, Paradoxes, Priorities.* Albany: State University of New York Press, 1997.

**Howard, A.E. Dick.**

*Democracy's Dawn: A Directory of American Initiatives on Constitutionalism, Democracy, and the Rule of Law in Central and Eastern Europe.* Charlottesville, Virginia: University Press of Virginia, 1991.

**Jackson, Vicki C., et al. eds.**

*Defining the Field of Comparative Constitutional Law.* Westport, Connecticut: Praeger, 2002.

**Kaplin, William A.**

*American Constitutional Law: An Overview, Analysis, and Synthesis.* Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2004.

**Knock, Thomas, J.**

*To End All Wars: Woodrow Wilson and the Quest for a New World Order.* Oxford: Oxford University Press, 1992.

**Levin, Daniel Lessard.**

*Representing Popular Sovereignty: The Constitution in American Political Culture.* Albany: State University of New York Press, 1999.

**McHugh, James T.**

*Comparative Constitutional Traditions.* New York: Lang, Peter Publishing, 2002.

**McNelly, Theodore.**

*The Origins of Japan's Democratic Constitution.* Lanham, Maryland: University Press of America, 2000.

**Powell, Jefferson. A.**

*Community Built on Words: The Constitution in History and Politics.* Chicago : University of Chicago Press, 2002.

**Quinn, Frederick.**

*Democracy At Dawn: Notes From Poland and Points East.* College Station, Texas: Texas A&M University Press, 1998.

**Schwartz, Herman.**

*The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe.* Chicago: University of Chicago Press, 1999.

**Seidman, Louis Michael.**

*Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review.* New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2001.

**Siegan, Bernard H.**

*Drafting a Constitution for a Nation or Republic Emerging Into Freedom,* 2nd edition. Fairfax, Virginia: George Mason University Press, 1994.

**Sunstein, Cass R.**

*Designing Democracy: What Constitutions Do.* New York: Oxford University Press, 2001.

**Teitel, Ruti G.**

*Transitional Justice.* Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

---

# S i t e s I n t e r n e t

---

## Liste de sites Internet (en anglais) ayant trait au constitutionnalisme

Les ressources Internet ci-après étaient accessibles en mars 2003. Le département d'État américain décline toute responsabilité en cas de changement d'adresse de ces sites et/ou d'information qui ne serait plus à jour.

### **ABA: Central European and Eurasian Law Initiative**

<http://www.abanet.org/ceeli/home.html>

American Bar Association public service project to advance rule of law by supporting the legal reform process in Eastern Europe and the New Independent States of the former Soviet Union.

### **Charters of Freedom**

[http://www.archives.gov/national\\_archives\\_experience/constitution.html](http://www.archives.gov/national_archives_experience/constitution.html)

Online exhibit of the U.S. Constitution, presented by the U.S. National Archives.

### **Comparative Constitutional Law Guide**

<http://www.ll.georgetown.edu/intl/guides/compcon/print.html>

Created by the Georgetown University Law Library.

### **Comparing Constitutions and International Constitutional Law, A Primer**

<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/compcons.html>

### **The Constitution Finder**

<http://confinder.richmond.edu/>

Links to the constitutions of most nations, in a variety of languages and in English.

### **The Constitution of the United States**

<http://www.law.emory.edu/FEDERAL/usconst.html>  
<http://www.thisnation.com/constitution.html>

### **Constitutional Law: An Overview**

<http://www.law.cornell.edu/topics/constitutional.html>

Descriptive essay of constitutional law with links to U.S. laws and other sources.

---

**Constitutional & Legal Policy Institute (COLPI)**

<http://www.osi.hu/colpi/indexe.htm>

COLPI supports democratic legal reform in the countries of Eastern Europe, Central Asia, and Mongolia.

**International Journal of  
Constitutional Law**

<http://www3.oup.co.uk/jnls/list/ijclaw/default.html>

Established in 2003, presents current legal scholarship from the international community.

**The National Constitution Center in Philadelphia**

<http://www.constitutioncenter.org>

A new museum in Philadelphia explaining the Constitution, encouraging citizen participation and providing educational resources.

**Researching Constitutional Law on the Internet**

<http://www.lib.uchicago.edu/~llou/conlaw.html>

A comprehensive Web-based bibliography

**U.S. Constitution Online**

<http://www.usconstitution.net/>

Designed for use by high school debate students.

**U. S. Institute of Peace: Constitution-Making  
Web Links**

<http://www.usip.org/library/topics/constitution.html>

These links complement the Institute's Rule of Law Program and its project on Constitution-Making, Peacebuilding, and National Reconciliation.

**Selected U.S. Law Schools****Columbia University**

<http://www.lawschool.columbia.edu>

**Cornell University**

<http://www.lawschool.cornell.edu>

**Harvard University**

<http://www.law.harvard.edu>

**New York University**

<http://www.law.nyu.edu>

**Stanford University**

<http://www.law.stanford.edu>

**University of Chicago**

<http://www.law.uchicago.edu>

**University of Michigan—Ann Arbor**

<http://www.law.umich.edu>

**University of Pennsylvania**

<http://www.law.upenn.edu>

**University of Virginia**

<http://www.law.virginia.edu>

**Yale University**

<http://www.law.yale.edu>

# Démocratie

*et droits de l'homme*



## LE CONSTITUTIONNALISME ET LA PROMOTION DE LA DÉMOCRATIE

M A R S 2 0 0 4

VOLUME 9 NUMÉRO 1