

La reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan et l'influence des systèmes juridiques occidentaux*

Doris FARGET⁺

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps/ Spring 2009)

INTRODUCTION	6
1. L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE PASSEE	6
a. <i>Le cas de l'Irak</i>	7
b. <i>Le cas de l'Afghanistan</i>	12
2. LES DIVERGENCES DANS LES CONCEPTIONS ISLAMIQUE ET OCCIDENTALE DE L'ÉTAT	15
3. L'ÉTUDE DES RECONSTRUCTIONS IRAKIENNE ET AFGHANE COMME FACTEUR DE DIFFUSION DU MODÈLE OCCIDENTAL	16
PARTIE 1: UN POUVOIR CONSTITUANT A L'INDEPENDANCE LIMITEE	18
CHAPITRE 1: UNE PRATIQUE ORIGINALE DE LA RECONSTRUCTION ETATIQUE : L'OMNIPRESENCE EXTERIEURE	18
SECTION 1: LES RAISONS DU ROLE GRANDISSANT DE « LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE »	19
<i>Paragraphe 1: L'affirmation de principes directeurs</i>	19
I. Origine et définition	19
II. Le temps de la maturation	20
III. Des principes sans cesse rappelés	22
<i>Paragraphe 2. La doctrine démocratique de l'O.N.U.</i>	23
I. Le basculement des années 1990 : la doctrine démocratique de l'O.N.U.	23
A. Aux origines de la doctrine	23
B. Les fondements	24
II. La mise en œuvre de cette doctrine nouvelle	25
A. Les conditions traditionnelles de mise en œuvre	25
B. La pratique	26
C. Le risque de déviance	28
SECTION 2 : LA PHASE INITIALE DE LA RECONSTRUCTION EN IRAK ET EN AFGHANISTAN, UNE ÉTAPE A HAUT RISQUE	29

* Mémoire présenté en vue de l'obtention du Master II de Droit International Public et dirigé par Monsieur Jean-François MARCHI, Maître de Conférences. Année 2005-2006.

Depuis la soutenance de ce mémoire, pour des références actualisées voir notamment : le site internet de la mission d'assistance des Nations Unies en Irak (<http://www.uniraq.org>), le site internet de la mission des Nations Unies en Afghanistan (<http://www.unama-afg.org>) ou encore, la rubrique « Nouveautés législatives d'Irak » de l'Institut international de Droit d'Expression et d'inspiration Françaises (<http://www.institut-idef.org/Nouveautes-legislatives-d-IRAK.html>) et le rapport du Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies suite à l'examen périodique universel par le Conseil (site web du Haut Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR%5CPAGES%5CAFSession5.aspx>)

⁺ L'auteure souhaiterait, en premier lieu, remercier l'équipe du C.E.R.I.C. et tout particulièrement son directeur de recherche, monsieur Jean-François Marchi, pour lui avoir accordé sa confiance et son aide tout au long de cette étude passionnante et enrichissante. Elle désirerait également saluer Harith Al Dabbagh, Maître assistant à la Faculté de droit de l'Université de Mossoul (Irak) et Doctorant en droit privé à l'Université Aix-Marseille III, pour le temps consacré lors de leurs discussions, permettant à l'auteure d'en apprendre davantage sur son pays, l'Irak. Sans oublier enfin ses proches pour leur contribution à travers leur soutien constant et l'intérêt porté à l'égard de ce travail.

Lex Electronica, vol. 14 n°1 (Printemps/ Spring 2009)

1

Droits d'auteur et droits de reproduction. Toutes les demandes de reproduction doivent être acheminées à Copibec (reproduction papier) – (514) 288-1664 – 1(800) 717-2022.
licences@copibec.qc.ca

<i>Paragraphe 1 : Une administration provisoire internationalisée</i>	30
I. Les fondements	30
A. L'Accord de Bonn comme fondement d'une reconstruction légitime.....	30
B. L'Irak, d'une situation <i>de facto</i> à l'accord du 15 novembre 2003.....	31
II. Les compétences de chacun des acteurs de la reconstruction.....	34
A. Le rôle des acteurs nationaux.....	34
1. « L'Autorité intérimaire » confiée aux acteurs nationaux.....	34
2. L'exception : des acteurs nationaux impuissants.....	37
B. La contribution des Etats tiers.....	39
1. Le principe : un mandat circonscrit, l'exemple de la F.I.A.S.....	39
2. L'exception : des compétences majeures pour les États tiers, le cas de « L'Autorité provisoire de Coalition »	40
C. Le rôle des Nations Unies	43
1. Le principe : Les Nations Unies, interlocuteur et coordinateur principal	43
2. Quand le rôle des Nations Unies se trouve cantonné : le cas de l'Irak	46
<i>Paragraphe 2 : L'internationalisation du pouvoir constituant</i>	49
I. Les organes représentatifs détenteurs officiels du pouvoir constituant	49
A. La <i>Loya Jirga</i> constituante	49
B. L'Assemblée constituante irakienne.....	51
II. Un exercice encadré.....	52
A. La forme d'implication des acteurs étrangers dans l'exercice du pouvoir constituant	52
B. Identification des risques	55
1. La sauvegarde du principe de souveraineté facteur de limitation des risques	56
2. Concrétisation des risques et ingérence accrue.....	57
CHAPITRE 2 : L'EXERCICE DU POUVOIR CONSTITUANT DANS UN CONTEXTE PARTICULIER	59
SECTION 1 : LE CONTEXTE CONFLICTUEL	59
<i>Paragraphe 1 : La présence d'armées étrangères sur le territoire</i>	59
<i>Paragraphe 2 : La montée de l'insécurité</i>	60
SECTION 2 : LE FINANCEMENT DE LA RECONSTRUCTION, UN OUTIL A DOUBLE TRANCHANT.....	62
<i>Paragraphe 1 : La réunion des donateurs</i>	62
<i>Paragraphe 2 : L'établissement de programmes dédiés à la reconstruction</i>	63
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	66
PARTIE 2 : LES RECONSTRUCTIONS AFGHANE ET IRAKIENNE, VERS UNE TROISIEME GENERATION DE CONSTITUTIONS ?	67
CHAPITRE 1 : L'ÉTAT DE DROIT ET LA DEMOCRATIE COMME MODELE DE GOUVERNANCE	68
SECTION 1 : UN MODELE IMPORTE ?	68
<i>Paragraphe 1 : Origines et raisons de ce rayonnement</i>	68
<i>Paragraphe 2 : Le contenu des dispositions dans les récentes Constitutions afghane et irakienne</i>	70
I. Une large protection des droits et libertés fondamentaux.....	70
A. Des droits et libertés constitutionnalisés	70
1. La diversité des droits et libertés protégés.....	71
2. La garantie d'une justice sociale.....	73
3. Le principe de transparence.....	74
B. Une protection effective ?	75
1. Les attributions des institutions judiciaires et indépendantes.....	75
2. Une réglementation stricte de l'État d'urgence	75
3. La rigidité des Constitutions	76
II. Un fonctionnement démocratique garanti	78
A. Entre démocratie représentative et démocratie semi-directe	78
1. La citoyenneté en Irak et en Afghanistan.....	78
2. La tenue d'élections libres et régulières.....	79
a. Des élections directes ou indirectes	79
b. Des élections à échéance régulières.....	80
c. La promotion de la représentativité	80
3. Le recours au référendum.....	81

B. Les garanties constitutionnelles	81
1. La consécration des droits civils et politiques par les Constitutions	81
a. La liberté d'expression, la liberté de la presse et le droit de se rassembler	81
b. La liberté de réunion et le droit de former des partis politiques, associations et syndicats.....	82
2. Un système judiciaire soumis au droit	83
a. Hiérarchie des normes et soumission du système judiciaire au droit.....	83
b. La protection des droits de l'individu en matière pénale et des droits de la défense, comme garanties de l'absence d'arbitraire.....	84
SECTION 2 : UN MODELE DE GOUVERNANCE DURABLE ?	86
<i>Paragraphe 1 : Les conséquences de l'Islam religion d'État</i>	86
I. L'Islam religion d'État.....	86
A. Origine et définition	87
B. Religion d'État et démocratie	88
II. Les implications en matière de droit de l'homme.....	90
A. Le principe d'égalité	90
B. La liberté de conscience et de religion.....	93
<i>Paragraphe 2 : Des objectifs constitutionnels contestables</i>	94
CHAPITRE 2 : PLURALITE DE SOLUTIONS QUANT A LA FORME JURIDIQUE DE DEUX ÉTATS MULTIETHNIQUES.....	96
SECTION 1 : LE CHOIX DU FEDERALISME	96
<i>Paragraphe 1 : La séparation verticale des pouvoirs en Irak</i>	97
I. Le fonctionnement du fédéralisme	97
A. L'origine du fédéralisme.....	97
1. Les origines dans le temps	97
2. L'implantation du fédéralisme en Irak.....	98
B. Fédéralisme ou modèle hybride sous la Constitution du 15 octobre 2005 ?.....	99
1. Le système irakien	100
a. Les autorités fédérées	100
b. Les autorités décentralisées.....	100
2. La répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées	101
a. Les compétences fédérales exclusives	101
b. Les compétences partagées.....	101
c. Les compétences fédérées	102
II. Les risques développés par cette forme juridique	102
A. Le sentiment d'appartenance	102
B. La question de la répartition des ressources naturelles	103
C. Le risque de désintégration de l'État	104
<i>Paragraphe 2 : Une séparation horizontale souple des pouvoirs en Irak</i>	105
I. Le régime parlementaire irakien et ses organes	105
A. Un pouvoir législatif bicaméral ?	105
1. Le Conseil des Représentants.....	106
a. L'élection.....	106
b. Les modalités de vote.....	106
c. Les compétences	107
2. Le Conseil fédéral irakien	108
B. Un exécutif bicéphale.....	108
1. La « tête » de l'exécutif.....	108
a. Le statut du Président de la République.....	108
b. Un régime parlementaire dualiste ?	110
2. Le cabinet	111
a. La marque du régime parlementaire dans la désignation du Cabinet	111
b. La distribution des compétences exécutives.....	111
C. Une autorité judiciaire indépendante	112
1. Le Conseil Judiciaire Supérieur	112
2. La Cour Suprême.....	112
a. La désignation des juges	112
b. Les attributions de la Cour suprême	112
II. Les rapports entre organes : un parlementarisme rationalisé ?.....	114
A. Les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif	114
1. La Chambre des Représentants et le gouvernement	114
a. Les moyens d'action du Conseil des Représentants sur le gouvernement.....	114
b. Les moyens d'action du Cabinet sur le Conseil des Représentants	115

2. Le Conseil des Représentants et la présidence	116
a. Les moyens d'action du Conseil sur le Président de la République.....	116
b. Les moyens d'action du Président de la République sur le Conseil	116
B. Les relations entre l'autorité judiciaire et les autres pouvoirs.....	117
1. Les rapports entre ces organes	117
a. Pouvoir exécutif et contrôle de certaines décisions judiciaires.....	117
b. Le contrôle de constitutionnalité.....	118
c. La procédure de mise en accusation comme moyen de contrôle du pouvoir exécutif	118
2. Une indépendance garantie	119
SECTION 2 : LE CHOIX DE L'UNITE	120
<i>Paragraphe 1 : La séparation verticale des pouvoirs en Afghanistan.....</i>	<i>120</i>
I. L'administration centrale.....	120
A. Les organes.....	120
B. Des prérogatives importantes.....	121
C. La justification de ce choix	121
II. L'administration décentralisée	122
A. Les autorités décentralisées	122
B. Des compétences propres exercées sous contrôle	123
<i>Paragraphe 2 : Le régime présidentiel, en Afghanistan.....</i>	<i>124</i>
I. Pouvoir exécutif <i>versus</i> pouvoir législatif.....	124
A. Un pouvoir exécutif fort	124
1. Les organes du pouvoir exécutif	124
a. Le statut du Président de la République.....	124
b. Un gouvernement sous l'autorité du chef d'État.....	125
2. L'importance des prérogatives exécutives.....	125
a. La concentration des pouvoirs à l'égard du Président.....	125
b. Un gouvernement effacé	126
B. Le cantonnement des fonctions parlementaires.....	128
1. Un Parlement bicaméral	128
a. La désignation des membres du Parlement.....	128
b. Conditions d'éligibilité	129
c. Le statut des parlementaires	129
2. Des attributions traditionnelles	130
a. Les compétences propres	130
b. Les moyens d'action suffisants à la disposition du Parlement?.....	131
II. Un équilibre assuré ?	132
A. Les garanties constitutionnelles.....	132
B. Des institutions garantes de l'équilibre constitutionnel	133
1. La commission électorale indépendante	133
2. La Loya Jirga	134
C. Le principe de séparation des pouvoirs et l'autorité judiciaire	134
1. La Cour suprême	134
2. Un pouvoir indépendant	135
3. Des moyens d'action comme rééquilibrage?	136
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	138
PARTIE 3 : L'INTERNATIONALISATION DE LA RECONSTRUCTION : UN PROCESSUS LIMITE	140
CHAPITRE 1 : L'ÉTAT DE DROIT EMBRYONNAIRE	140
SECTION 1 : UN SYSTEME DE GOUVERNANCE LIBRE ET EFFICACE ?	141
<i>Paragraphe 1: La gestion de l'État.....</i>	<i>141</i>
<i>Paragraphe 2: La corruption.....</i>	<i>142</i>
I. La corruption, instrument de disqualification du pouvoir.....	142
II. Les moyens de lutte	143
SECTION 2 : LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET SES CONSEQUENCES	144
<i>Paragraphe 1 : L'état de la protection</i>	<i>144</i>
I. Situation générale.....	144
II. La condition des femmes en particulier	146
<i>Paragraphe 2 : Une « société civile » muselée.....</i>	<i>150</i>
I. La liberté d'expression et des médias.....	150

II. La question de l'éducation.....	151
SECTION 3 : UNE JUSTICE EFFECTIVE ?	153
<i>Paragraphe 1 : La justice transitionnelle</i>	153
I. La réconciliation nationale.....	153
II. Les outils secondaires de la réconciliation.....	155
<i>Paragraphe 2 : L'activité du système judiciaire</i>	157
I. Les lacunes du fonctionnement actuel de la justice	157
A. L'inefficacité du système judiciaire	157
B. L'échec de l'autorité judiciaire en matière de protection des droits de l'homme	158
II. Les outils pour une amélioration de la justice.....	159
CHAPITRE 2 : LA NECESSAIRE PROMOTION DE LA SECURITE HUMAINE.....	161
SECTION 1 : L'ECHEC DE L'ÉTAT A SECURISER SON TERRITOIRE.....	161
<i>Paragraphe 1 : Les sources de la violence</i>	161
<i>Paragraphe 2: Les moyens de lutte contre la violence</i>	163
SECTION 2 : LA PAUVRETE COMME SOURCE D'INSECURITE	165
CONCLUSION DE LA PARTIE 3	167
CONCLUSION GENERALE	168

INTRODUCTION

La reconstruction juridique nationale, autrefois réservée à l'État et ses gouvernants eux-mêmes, est aujourd'hui de plus en plus exercée par la « communauté internationale ». En effet, l'ensemble des sujets du droit international y participe, tels l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées, ou les organisations de Bretton woods, mais également les États. Ainsi, ils accompagnent désormais l'État en désuétude à rétablir des institutions démocratiques. Dans ce cadre, le constituant national et l'ensemble des organes de l'État sont assistés.

Or, l'influence des systèmes juridiques étrangers peut se diffuser de part les protagonistes extérieurs. La transmission des systèmes juridiques¹ occidentaux au sein d'États du monde entier est alors favorisée et ce, pour deux raisons. D'abord, les représentants d'Organisations internationales participant à la reconstruction, sont très impliqués dans ces actions. En second lieu, les systèmes juridiques occidentaux sont considérés comme étant gage de paix, du fait de leur fonctionnement démocratique. C'est pourquoi la reconstruction d'État, lorsqu'elle est internationalisée, rime fréquemment avec la mise en œuvre d'un processus de démocratisation.

Toutefois, que faut-il entendre par le concept de reconstruction d'État ? Le professeur Daudet estime que,

« Sous cette terminologie assez générale, [qui vise] à rétablir des normes et institutions endommagées ou détruites, comme peut l'être un bâtiment à restaurer, on rencontre toutes les activités d'ordre politique, économique et social tendant à établir ou rétablir une autorité démocratiquement désignée et lui donner les moyens d'action nécessaires à la gestion de l'Etat »².

Or, la reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan, a-t-elle occasionné une quelconque influence, issue des systèmes juridiques occidentaux, sur ces ordres juridiques internes en restauration ? En d'autres termes, l'intervention de juristes issus d'États tiers ou d'Organisations internationales ayant pour mission l'assistance des pouvoirs constituants afghan et irakien, ou de l'administration provisoire, a-t-elle un impact sur les normes consacrées par les nouvelles Constitutions et à terme, sur le fonctionnement de ces États ? Pour le savoir, il nous faut avant tout, faire un détour rapide par l'histoire constitutionnelle, dans le but de connaître les normes, valeurs et principes traditionnels de l'Irak et de l'Afghanistan. Ces normes ont été construites au fil du temps, par des influences et mélanges inhérents aux Relations Internationales. Elles ont également évolué à travers les différentes conceptions, islamique et occidentale de l'État.

1. L'histoire constitutionnelle passée

L'Irak et l'Afghanistan, sont deux États d'Asie du sud-ouest. Ils ont un voisin en commun, l'Iran, issu de l'empire persan. Or, cette région du monde fut un temps incontournable pour les Européens, puisqu'elle se situe sur la route de la soie et des épices. De plus, elle fut un grand centre philosophique et culturel, qui diffusait sa pensée jusqu'en

¹ On entend ici, par le terme de transmission de systèmes juridiques, la diffusion et l'application d'un ensemble coordonné de normes issues d'ordres juridiques étrangers, dans l'ordre juridique interne en reconstruction.

² DAUDET (Y.), « La restauration de l'Etat, nouvelle mission des Nations Unies », in DAUDET (Y.) (dir.), *Les Nations Unies et la restauration de l'État*, colloque des 16 et 17 décembre 1994, Paris, Pedone, 1995, p. 18.

Doris FARGET, « La reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan et l'influence des systèmes juridiques occidentaux »

6

Europe. Ces deux facteurs, font de cette aire géographique, un espace de communication, ce qui implique déjà l'échange des idées et le métissage.

La Mésopotamie, « *l'un des plus anciens séjours de l'homme* »³, tout comme l'Afghanistan sont donc des territoires emprunts de traditions et d'une culture ancestrale. Or, le droit est le reflet de la culture. L'intérêt, dans le cadre de cette étude, n'est pas de retracer l'histoire⁴. La construction d'un État est le produit de conquêtes et d'invasions, qui se traduisent ensuite par la naissance ou la renaissance de normes, encadrant un fonctionnement social donné. C'est pourquoi l'étude du passé est importante. Elle indique quelles sont les normes traditionnelles et leurs origines.

a. Le cas de l'Irak

Le territoire de 438 317 kilomètres carrés, entre le Tigre et l'Euphrate, sur lequel s'étend l'Irak aujourd'hui, avait été conquis par différents peuples, lorsqu'en 1258, l'empire Ottoman s'empara de Bagdad. Cette domination se poursuivit durant cinq siècles et eut plusieurs conséquences. La première est assez paradoxale, cette conquête se traduit par l'influence continue de l'empire Perse. Cela s'explique par l'éloignement du territoire nouvellement conquis. Il ne subit donc pas l'autorité intense de la « Sublime Porte ». Par contre, l'empire Perse, à proximité, s'y infiltra à plusieurs reprises. En second lieu, les rivalités entre perses et ottomans firent naître la nécessité de délimiter la frontière entre les deux empires. Or, ceci se traduit par la délimitation de la frontière entre l'empire Perse (notamment le futur État iranien) et le futur Irak. Le traité d'Erzeroum est signé le 31 mai 1847 entre les dirigeants des deux empires. La question du statut juridique du Chatt al-Arab est alors posée. Le traité pose le principe selon lequel, les possessions iraniennes sur Mohammerah et sur l'îlot de Khiz, tout comme les territoires occupés par les tribus d'obéissance persane, demeurent perses. De plus, un droit de navigation sur le fleuve est reconnu à la Perse. Toutefois, une note explicative secrète est rédigée à la demande de l'empire Ottoman, par la Grande Bretagne et la Russie, qui favorise la « Sublime Porte ». Or, elle est ajoutée au traité, sans que le plénipotentiaire persan ne s'en rende compte. Il le signe sans hésiter⁵. Ces indications apportent un éclaircissement sur le différend des années 1980, entre l'Irak et l'Iran, concernant le passage de la frontière au niveau du Chatt-al-Arab. Enfin, du fait de cet éloignement, le territoire fut rapidement divisé en trois vilayets, Mossoul, Bagdad et Bassora et sa direction déléguée à un Vali. Ceci fut source de faiblesse, si l'on ajoute les visées occidentales, notamment britanniques et russes, sur le Moyen Orient⁶.

Cependant, le XIX^{ème} siècle peut être décrit comme « l'éveil des nationalismes ». Malgré les réformes, les nationalistes turcs et arabes veulent regagner leur droit à s'autodéterminer. L'empire est considérablement fragilisé quand éclate la Première Guerre

³ VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, Librairie Armand Colin, collection « Sciences Politiques », 1963, p. 15.

⁴ Pour des informations sur l'histoire plus ancienne des deux Etats, se reporter à ROUX (G.), *La Mésopotamie*, Editions du seuil 1995 ; VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, op. cit., pp. 13-27 ; BACHARDOUST (R.), *Afghanistan, Droit constitutionnel, histoire, régimes politiques et relations diplomatiques depuis 1747*, l'Harmattan, 2002, pp. 9-33.

⁵ VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, op. cit., pp. 27-33.

⁶ L'intérêt était de sécuriser la route de la soie. Ainsi, dès 1764, un représentant britannique réside de façon permanente à Bagdad. En 1834, les britannique obtiennent de la Sublime Porte, le droit d'entretenir une flottille sur le Chatt-al-Arab. Par le protocole du 4 novembre 1913, la Sublime Porte transfère des droits de propriété sur le pétrole à une entreprise anglaise, mais il ne sera pas ratifié, car la Première Guerre Mondiale éclate. VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, op. cit., pp. 30-32.

Mondiale, d'autant plus qu'il se positionne en faveur de l'Allemagne. Le 16 mai 1916, les accords de Sykes-Picot sont secrètement signés par la France et la Grande-Bretagne. Ils organisent la chute de l'empire Ottoman et le partage en zones d'influences des territoires prisés de longue date⁷. Dès 1917, les britanniques occupent Bagdad. Le 30 octobre 1918, la fin de l'empire a sonné. La Grande Bretagne ne sait pas encore si elle va annexer ou simplement organiser un contrôle indirect sur la zone qui lui revient, en vertu des accords de Sykes-Picot. C'est pourquoi, un référendum dans les trois vilayets irakiens est organisé en décembre 1918 et janvier 1919. La population est alors favorable à la construction d'un État arabe⁸. Mais l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, signé le 25 janvier 1919, institue le régime des mandats. La Grande Bretagne obtient, le 25 avril 1920, un mandat sur l'Irak qui s'étend dans les frontières des trois ex- vilayets ottomans.

Cependant, dès le mois de juin 1920, les irakiens, toutes communautés confondues, se révoltent contre le joug britannique. Cette présence a, dès le début, été mal acceptée. En 1914, le clergé chiite avait déjà lancé un appel au *jihād*. Il se poursuit notamment en 1916, par « la révolution de Najaf », l'Association de la Renaissance Islamique est également créée dans le but de rassembler les irakiens. La communauté chiite est alors très active et tente de fédérer l'ensemble de la population. On peut alors et dès 1920, parler de nation irakienne. Cependant, le pays devra rapidement faire face à l'exil de nombreux chiites. La séparation entre les affaires politiques et religieuses fut également imposée à cette époque : « *Depuis le triomphe des thèses usulies à la fin du XVIII^e siècle, [...] c'était le premier recul d'un mouvement qui s'était essentiellement développé en tant que riposte islamique à l'hégémonie politique, économique et culturelle de l'Europe* »⁹. Or, cette norme occidentale, liée à la séparation des pouvoirs et au principe de souveraineté, s'impose au détriment de la tradition locale et islamique irakienne, dans laquelle les ulémas chiites étaient un contre-pouvoir par excellence¹⁰.

Une fois l'ordre revenu, Abd al-Rahman al-Gaylani fut chargé par les britanniques de former un gouvernement provisoire¹¹. Le 23 août 1921, le Roi Faysal I, (ex-roi de Syrie et fils de Husayn, chérif de La Mecque) est intronisé. Une assemblée constituante adopte le nouveau statut de l'Irak. Elle institue, en vertu de la Constitution de 1925, la monarchie Hachémite, parlementaire et héréditaire, avec un gouvernement représentatif et l'Islam comme religion officielle.

Déjà une forme d'influence occidentale existe, puisque la nouvelle Constitution n'annule ni les lois adoptées sous l'empire Ottoman, ni celles adoptées par les britanniques

⁷ Selon les termes de celui-ci, la France obtient la Syrie côtière, le Liban et la Cilicie, alors que les vilayets de Bagdad et Bassora sont attribués à la Grande Bretagne. Les deux puissances s'arrogent un droit de contrôle direct sur ces espaces. Pour le vilayet de Mossoul, il serait sous la direction d'une confédération d'États arabes indépendants, avec à sa tête, le chérif Husayn ; mais les deux États européens y conservaient un droit de regard, un droit de priorité sur les entreprises et les emprunts locaux et le droit exclusif de fournir des conseillers et des fonctionnaires. LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, C.N.R.S. éditions, Paris 2002, p. 497.

⁸ La France n'aura alors plus aucune emprise sur le vilayet de Mossoul. Ceci est officiel à la signature de l'accord franco-anglais du 15 septembre 1919. VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, op. cit., pp. 34-38.

⁹ LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, op. cit., p. 489.

¹⁰ *Ibidem*, p. 492.

¹¹ Ce gouvernement, fut le premier fonctionnant à Bagdad depuis les Abbassides en 750, d'après VERNIER (B.), *L'Irak d'aujourd'hui*, op. cit., p. 38. Lire également LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, op. cit., p. 519 et 520.

entre 1914 et 1924¹². De plus, ce texte doit être conforme au traité anglo-irakien du 10 octobre 1922¹³, qui se substitue au mandat pour organiser la dépendance de l'Irak à l'égard de la Grande-Bretagne. La puissance coloniale devient alors gardienne de la souveraineté irakienne. Ce traité légalise la domination et par là, l'influence britannique. Il s'oppose ainsi à l'existence d'un Irak libre et indépendant. Des fonctionnaires britanniques doivent être nommés par le gouvernement irakien, pour la gestion des compétences régaliennes de l'État. Les forces britanniques stationnent en Irak et forment les officiers. Elles peuvent également inspecter et faire des recommandations aux forces irakiennes. L'accord met aussi sous tutelle britannique les finances du nouvel État. En outre, le Roi irakien doit tenir compte des avis du représentant de la couronne britannique en Irak. Il impose enfin certaines obligations constitutionnelles ; par exemple, la liberté de religion et de conscience ou le principe de non discrimination¹⁴. La souveraineté de cet État naissant est donc amplement limitée.

Une Assemblée constituante adopte les articles de la nouvelle Constitution. Les libertés publiques sont d'abord constitutionnalisées. Ainsi, la prohibition de la torture est absolue ; mais d'autres sont soumises à certaines limites, telle le contrôle de la presse ou des associations. Ensuite, en matière de séparation des pouvoirs, le Roi est chef d'État et dispose à ce titre de prérogatives importantes, il ratifie les traités, promulgue et exécute les lois, nomme les ministres, les sénateurs et les diplomates, il est commandant en chef des armées, peut déclarer la guerre ou la loi martiale. Il peut également émettre des ordonnances qui auront force de lois, lorsque le Parlement ne siège pas. Enfin, il dispose du droit de dissoudre la chambre élue du Parlement. Cependant, l'importance des pouvoirs à la disposition du Roi est en réalité bien circonscrite par le recours obligatoire au contre seing des ministres responsables¹⁵. Un régime parlementaire est donc établi, de même que la doctrine de la souveraineté parlementaire. Le Parlement peut donc retirer sa confiance au Cabinet. Le gouvernement n'est toutefois pas solidairement responsable. Le pouvoir législatif appartient au Parlement bicaméral, avec une limite : le roi a un droit de veto sur les lois et les projets de lois budgétaires puisqu'il peut ne pas les promulguer. Le pouvoir judiciaire est traditionnellement divisé entre les cours qui mettent en œuvre le droit positif et celles qui appliquent le droit islamique et le statut personnel. Ainsi, en matière de statut personnel, les individus ne sont pas totalement égaux, puisque soumis à des lois différentes en fonction de l'appartenance religieuse. Une haute cour est également établie, elle a pour compétence de juger les députés, les sénateurs ou les ministres et elle contrôle la conformité des lois à la Constitution. Un contrôle de constitutionnalité est donc établi. Enfin, on ne peut pas encore parler de décentralisation, cependant, certaines compétences sont accordées à des conseils

¹² Constitution de l'Irak de 1925, article 114, in LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, op. cit., p. 509.

¹³ Constitution de l'Irak de 1925, article 3, in LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, op. cit., p. 509.

¹⁴ Articles 1, 2, 3, 4, 7, 15 et 18 du traité Anglo-irakien de 1922, cités in LUIZARD (P.J.), *La formation de l'Irak contemporain*, op. cit., p. 506 et 507.

¹⁵ « *These very wide powers are very carefully limited by the following article, which provides that the King can only exercise these powers by Royal Iradah, which 'shall issue on the recommendation of the responsible minister or ministers, and with the concurrence of the Prime Minister, both or all of whom shall sign the same'* », DAVIDSON (N.G.), « *The Constitution of Iraq* », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Oxford University Press, vol. 7, n°1, 1925, p. 46, disponible sur <http://links.jstor.org/sici=1479-5949%281925%293%3A7%3A1%3C41%3ATCOI%3E2.0.CO%3B2-X>.

locaux : communaux et de districts¹⁶. L'influence juridique britannique pour ce qui est de la Monarchie parlementaire est évidente.

Ce protectorat cessera en 1932, mais la présence britannique se prolongera à travers trois éléments. D'abord par l'influence juridique de la Constitution de 1925. Puis, par une influence économique, au moyen de l'*Iraq petroleum company*¹⁷. Enfin, par une influence politique: en 1930, alors que l'indépendance du pays est proclamée, Nouri As-Sa'id, devient, avec le soutien britannique, Premier Ministre de l'Irak. L'État irakien existe enfin, cependant, il évolue avec « l'amitié protectrice » de la Grande-Bretagne, jusqu'à la fin de la deuxième Guerre Mondiale.

Cette domination provoquera l'organisation d'une opposition anti-britannique qui organisera, entre 1938 et 1950, plusieurs coups d'État. Le nationalisme se renforce également. C'est pourquoi le 14 juillet 1958, la monarchie est renversée, le Roi Faysal II assassiné et la République proclamée¹⁸. Le général Qassem devient chef du nouveau gouvernement. Le 27 juillet 1958, une nouvelle Constitution est promulguée. Elle réaffirme la souveraineté irakienne tout en précisant que l'Irak fait partie de la nation arabe¹⁹. Le principe de non discrimination en droit est mentionné à l'article 9, mais il n'inclut toujours pas la non discrimination entre les hommes et les femmes. L'Islam est à nouveau religion d'État²⁰. La démocratie et le régime parlementaire sont conservés²¹. D'autre part, par une loi du 30 décembre 1959, le nouveau gouvernement régleme le statut personnel. Il s'agit d'une loi progressiste, puisqu'elle prohibe les mariages d'enfants et les mariages forcés et tâche d'instaurer l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de divorce et d'héritages.

Deux rivaux, Qassem et Aref apparaissent sur la scène politique irakienne. Or, d'un point de vu juridique, ils incarnent des positions très différentes face au concept d'État. Le premier est nationaliste et donc favorable à un État souverain et construit autour de frontières solides. Aref, pour sa part, se positionne en faveur du panarabisme et pour l'unité de la nation arabe²². La position de Qassem sera la tendance appliquée, dans un premier temps. Cependant, suite à la perte de légitimité de Qassem, le parti Baath en profite, encouragé par le République Arabe Unie (R.A.U.) pour renforcer sa popularité.

Le 8 février 1963, un coup d'État du parti Baath élimine Qassem et porte Ahmad Hassan Al-Bakr au pouvoir. Le Conseil National de Commandement de la Révolution est créé par une loi du 4 avril 1963, Aref devient Président de la République et al-Bakr, est un temps chef du gouvernement. La Garde nationale est alors fondée, sa mission initiale est d'éliminer les partisans de Qassem. Une des premières modifications législatives intervient le 18 mars

¹⁶ Pour plus d'informations sur la Constitution irakienne de 1925, DAVIDSON (N.G.), « *The Constitution of Iraq* », *op. cit.*, pp. 41-52.

¹⁷ Cette entreprise britannique, obtient en 1929 la concession turque sur une partie du pétrole irakien.

¹⁸ Deux forces sociales et politiques sont à l'origine de ce bouleversement. D'une part, la gauche et le parti communiste irakien, dirigés par Abdel-Karim Qassem et soutenus par la communauté chiite. D'autre part, le parti Baath, mené par Abdel-Salam Aref et encouragé par les sunnites irakiens.

¹⁹ Articles 1 et 2 de la Constitution du 27 juillet 1958.

²⁰ Article 4 de la Constitution du 27 juillet 1958.

²¹ Constitution de la République d'Irak du 27 juillet 1958. Informations disponibles sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=87&id=490, consulté le 15 juin 2006.

²² FLORY (M.) et alii, *Les régimes politiques arabes*, PUF, Thémis science politique, 1990, pp. 326-328.

1963, par l'amendement du statut personnel. L'intérêt était de supprimer les dispositions contraires à la *Charia*, mises en œuvre par la loi de 1959, sur le statut personnel. En pratique, la modification a trait à la polygamie qui est moins encadrée mais toujours restreinte, ainsi qu'aux successions pour lesquelles l'inégalité entre les hommes et les femmes réapparaît²³. Le 29 mai 1964, la Constitution des frères Aref est adoptée. Elle précise que la République irakienne se fonde sur la tradition arabe et la doctrine islamique²⁴. L'Islam conserve sa place de religion d'État²⁵. Elle mentionne également que l'unité arabe est un objectif constitutionnel. D'après l'article 1 de la constitution, l'union avec la R.A.U., la tradition islamique et la justice sociale devront être mis en œuvre. Un régime présidentiel est établi²⁶. Le multipartisme est aboli et les membres du Baath poursuivis.

Saddam Hussein devient alors le secrétaire général du parti Baath, soutenu par al-Bakr chef de l'organisation militaire du Baath. À la mort de Aref, son frère, Abdel Rahman prend la direction du pays. Or, malgré l'amendement de la Constitution, cette disparition fragilise à nouveau l'État. Le Baath en profite pour faire un second coup d'État, qui aboutit le 17 juillet 1968. « *Comme la Syrie, l'Irak, 'une usine à coups d'État', va trouver par le Baath la voie de la stabilité* »²⁷. Un nouveau président est désigné, il s'agit de A.H. al-Bakr et son vice-président devient Saddam Hussein. En conséquence, une nouvelle Constitution entre en vigueur le 21 septembre 1968. L'Irak se transforme en République démocratique populaire. L'économie se fonde sur le système socialiste, selon l'article premier. L'influence soviétique se fait alors sentir. Cependant, l'Islam demeure la religion de l'État et la protection de la propriété privée est maintenue²⁸. Le régime présidentiel développé dès 1958, est conservé²⁹. En 1970 une nouvelle Constitution, cette fois, dite intérimaire, réaffirme les principes posés en 1968 et tout en précisant que l'Irak est membre de la nation arabe, elle reconnaît pour la première fois que le peuple irakien est composé de deux nations, la nation arabe et la nation kurde³⁰. En outre, le parti Baath engage une réforme agraire, les compagnies pétrolières sont nationalisées, ce qui garantit à l'Irak des ressources financières régulières. Une politique de développement est donc possible de même que le renforcement du secteur public.

En 1979, A.H. al-Bakr se retire et Saddam Hussein dirige alors seul le pays. Les années ultérieures se poursuivent par le recours à la force et l'invasion de territoires voisins par l'Irak, d'abord l'Iran, ce qui déclenchera la guerre entre ces deux États de 1980 à 1988, puis le Koweït, le 2 août 1990. Les Nations Unies autorisent alors une intervention militaire de ses États membres, puis imposent des sanctions financières et un embargo³¹ au pays. Les

²³ ANDERSON (J.N.D.), « *Changes in the Law of Personal Status in Iraq* », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, n°3 (juillet 1963), Oxford University Press, pp. 1026-1031, www.jstor.org.

²⁴ Article 1 de la Constitution du 29 mai 1964.

²⁵ Article 3 de la Constitution du 29 mai 1964.

²⁶ Constitution de la République d'Irak, du 29 mai 1964. Informations disponibles sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=87&id=490, consulté le 15 juin 2006.

²⁷ FLORY (M.) et alii, *Les régimes politiques arabes*, op. cit., p. 332.

²⁸ Articles 4 et 17 de la constitution du 21 septembre 1968.

²⁹ Constitution de la République démocratique populaire d'Irak du 21 septembre 1968. Informations disponibles sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=87&id=490, consulté le 15 juin 2006.

³⁰ Article 5-b de la Constitution intérimaire de la République d'Irak. Informations disponibles sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=87&id=490, consulté le 15 juin 2006.

³¹ Résolution 661, Conseil de sécurité, 6 août 1990, S/RES/661(1990) et résolution 687, Conseil de sécurité, 3 avril 1991, S/RES/687 (1991).

conditions de vie de cette population de 23 584 000 habitants, se dégradent alors, en raison d'un embargo très strict, mais aussi du fait de la dictature. En 1995, la Constitution est une dernière fois amendée, le Président de la République est désormais élu au suffrage direct pour sept ans³².

Toutefois, l'histoire constitutionnelle irakienne va à nouveau basculer suite à l'invasion armée de l'Irak par les États-Unis et les forces de la coalition, au printemps 2003. Celle-ci peut en effet, être qualifiée d'invasion car, bien que les États auteurs de cette intervention la justifient par la responsabilité internationale de protéger les populations de tous États mises en danger par les gouvernants internes, par le recours à la légitime défense naturelle ou par la lutte contre le terrorisme dans un but sécuritaire, cette action demeure illégale, puisque non autorisée par le Conseil de sécurité, seul habilité à recourir à la force de façon légitime, selon le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cette intervention militaire est donc illégale *a priori*, mais également *a posteriori*, puisque l'absence de consensus au sein du Conseil de sécurité n'a pu donner lieu à une légalisation après coup. Enfin, le droit naturel de légitime défense ne peut lui non plus venir légitimer cette action, puisqu'il nécessite une agression antérieure de l'État qui agit en légitime défense. Or, celle-ci n'existe pas et la doctrine de la légitime défense préventive ne fait pas l'objet d'un consensus sur le plan international, de nombreux États s'y opposant. Ainsi, cette opération illégale qui se poursuit par l'occupation de l'Irak, donne naissance à une nouvelle Constitution le 15 octobre 2005, élaborée par les irakiens, avec l'assistance de la puissance occupante et des Nations Unies.

b. Le cas de l'Afghanistan

Le problème de l'influence des systèmes juridiques occidentaux se pose également dès l'indépendance de l'Afghanistan, territoire de 650 000 kilomètres carrés.

Débuté au XI^{ème} siècle, par la fondation de l'empire Ghaznavid³³, le processus de création de cet État s'achève en 1747³⁴. Son fonctionnement traditionnel est basé sur une société tribale, gouvernée par un monarque symbole d'unité.

Le pays a longtemps vécu sous l'influence persane, puis turque, malgré les voies d'accès difficiles (l'Hindu Kuch mesure 7 485 mètres de hauteur) et la rigidité des paysans guerriers à l'idée d'une quelconque domination. Celle-ci se fit sentir intensément à la chute de l'empire Ghaznavid et jusqu'au XVIII^{ème} siècle.

Le territoire afghan dispose également d'une frontière commune avec les Indes britanniques (la frontière au sud et à l'est de l'Afghanistan) ce qui justifie les convoitises de cette puissance, qui se feront sentir plus tardivement, au cours du XIX^{ème} siècle. Pour la Grande-Bretagne, l'Afghanistan était considéré comme « *le glacis de la forteresse indienne* »³⁵. C'est pourquoi un contrôle indirect de la politique étrangère était recherché. En

³² Amendement à la Constitution de 1968, en date du mois de septembre 1995. Informations disponibles sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=87&id=490, consulté le 15 juin 2006.

³³ Cet empire fut créé par le sultan Mahmoud Ghaznaoui. Son territoire se situe entre le Cyr-Darya et le Gange et a pour capitale Ghazni (au sud de Kaboul). Il s'effondra en 1148.

³⁴ Notamment par Bachardoust Ramazan, docteur en droit, voir BACHARDOUST (R.), *op. cit* et VINATIER (L.), *L'Islamisme en Asie centrale*, Armand Colin, 2002.

³⁵ Lord Curzon cité par LEGUENNE (M.), « Comprendre l'Afghanistan », www.alternatives.ca, 31 juillet 2004, p. 1.

1879, le traité Gandomak est signé, il institue le protectorat britannique sur l'Afghanistan. C'est sous l'influence de la puissance coloniale européenne, que le chef de l'État afghan, Abdul Rahman Khan, signe en 1893 l'accord Mortimer-Durand avec la Grande-Bretagne, qui fixe la frontière sud de l'État afghan. Or, aujourd'hui, les inconvénients liés à cette délimitation demeurent, puisqu'elle divise le territoire de l'ethnie Pachtoun en deux, entre l'Afghanistan et l'empire des Indes, en d'autres termes, avec le Pakistan actuel. Or, pachtoun a longtemps été synonyme d'afghan. Ce qui a pour conséquence non seulement de diviser un territoire homogène, mais également de ralentir la construction de la nation³⁶. En outre, la ligne Durand sera remise en cause par le Pakistan en 1947, lors de l'indépendance de cet État, puisqu'il souhaitera alors étendre ses frontières à l'ensemble du Pachtounistan.

L'indépendance du pays est proclamée, sous l'impulsion du Roi réformiste Amanullah, par le traité de Kaboul, du 22 novembre 1921, suite à une guerre d'indépendance de deux ans contre la présence britannique. Le 9 avril 1923, la première Constitution écrite du pays est adoptée par la Grande assemblée traditionnelle afghane, la *Loya Jirga*. Écrite par le jeune Roi laïque, elle était censée constitutionnaliser une large protection des droits de l'homme, à l'occidentale, malgré la concentration des pouvoirs entre les mains du Roi. Cependant, la *Loya Jirga* amenda et anéantit le progrès en matière de protection des droits. L'Afghanistan n'était pas prêt. Le Roi Amanullah est donc renversé en 1931³⁷. La nouvelle Constitution de 1931 soumet l'État et l'ensemble de ses organes à l'Islam, elle établit, en outre, un Parlement. Cependant, il s'agit d'une monarchie autoritaire³⁸. Ce n'est qu'en 1964 que sous l'impulsion du Roi Zaher Chah, une monarchie constitutionnelle voit le jour. Pour la première fois, la Constitution ne sera pas octroyée par le Roi, mais élaborée par deux Commissions constitutionnelles, l'une pour rédiger le projet, l'autre pour adopter l'avant projet. La *Loya Jirga* l'adoptera le 9 septembre 1964. Les pouvoirs du Roi sont limités d'une part par la constitutionnalisation des droits de l'homme et d'autre part, par le régime parlementaire³⁹.

Toutefois, l'influence russe qui avait existé du temps des Tsars, se fit sentir davantage pendant la Guerre Froide, notamment à partir des années 1970. Dès 1953, alors que l'Afghanistan était une Monarchie parlementaire, son Premier Ministre, Mohamad Daoud, avait pour allié l'U.R.S.S. En 1973, par le soutien du parti communiste afghan et de l'Union soviétique, le coup d'État fomenté par Mohamad Daoud, aboutit à l'établissement de la première République d'Afghanistan. En 1977, une Constitution voit le jour. Un Président remplace le Roi. Des influences soviétiques se font sentir à travers le modèle économique socialiste adopté. Sur le plan juridique, un régime présidentiel est mis en place. La concentration des pouvoirs et « *l'omniprésence du Président* »⁴⁰ sont renforcées en raison de l'abolition du multipartisme et l'application du principe de candidature unique à la présidence. Ainsi, la séparation des pouvoirs et la protection des droits de l'homme, officiellement garanties, ne seront pas effectives⁴¹.

³⁶ VINATIER (L.), *L'Islamisme en Asie centrale*, op. cit., p. 181.

³⁷ Constitution de l'Afghanistan de 1923, BACHARDOUST (R.), op. cit., pp. 42-55.

³⁸ *Ibidem*, pp. 60-73.

³⁹ Constitution de l'Afghanistan de 1964, BACHARDOUST (R.), op. cit., pp. 80-110.

⁴⁰ Expression empruntée à BACHARDOUST (R.), op. cit., p. 139.

⁴¹ Constitution de la République d'Afghanistan de 1977, BACHARDOUST (R.), op. cit., pp. 127-157.

En 1978, la première République afghane est renversée par un second coup d'État, cette fois-ci uniquement communiste. L'Afghanistan se situant dans la zone d'influence soviétique, il a une grande importance stratégique pour l'U.R.S.S. Le parti communiste afghan échoue à diriger le pays, ce qui conduit à l'invasion soviétique et à la guerre entre ces deux États, dès 1979. L'influence soviétique se prolongea ensuite pendant huit ans, de 1978 à 1992, à travers l'instauration d'une République communiste, dite démocratique⁴². La direction de l'État est conduite par un Conseil révolutionnaire. Celui-ci émet le 21 avril 1980, une Déclaration constitutionnelle qui donnera naissance à une protection effective très limitée des droits de l'homme⁴³.

Cependant, malgré le fait que l'U.R.S.S. soit un État séculier, l'Afghanistan conserve l'Islam comme religion d'État, qui est symbole d'unité, puisque la grande majorité des tribus sont de culte musulman. Cette religion, facteur d'unité, fonde également l'identité afghane au-delà de l'ethnie pachtoun. Elle est ainsi un rempart contre les convoitises russes, encouragée par les États-Unis et le Pakistan. Or, dès 1987, un retour à cette valeur primordiale est opéré. Par la Constitution de 1987, l'Islam obtient la même valeur juridique que la Loi fondamentale. Comme toutes les Constitutions précédentes, les droits de l'homme sont consacrés, mais il ne s'agit que d'une vitrine sans mise en œuvre. De plus, la séparation des pouvoirs n'existe pas, le nouveau texte « *instaure une confusion des pouvoirs en temps normal et une concentration des pouvoirs en temps de crise en faveur du président de la république* »⁴⁴.

En 1993, une république islamique est mise en place. L'État et les citoyens afghans sont alors soumis dans leur totalité à l'Islam, mais le projet constitutionnel de 1993 ne fut jamais promulgué en raison de la lutte des chefs pour le pouvoir⁴⁵. C'est pourquoi, les Talibans sont accueillis, en 1996, en libérateurs du chaos qui régnait depuis la fin de la guerre contre l'U.R.S.S. Étudiants en religion formés au Pakistan, et financés par les États-Unis et l'Arabie Saoudite, ils représentent également une forme de contrôle sur l'Afghanistan par ces États. Un régime islamique fondamentaliste est instauré, mais les promesses sécuritaires furent rapidement déçues⁴⁶.

Ce régime destructeur particulièrement à l'égard des femmes est aboli par l'intervention militaire de certains États membres des Nations Unies à l'automne 2001, sur le fondement de la légitime défense, suite aux attentats du 11 septembre 2001. On peut penser que celle-ci est légale puisque les résolutions 1368 et 1373 rappellent le droit naturel de légitime défense au sein de leurs préambules⁴⁷. Ainsi, bien que la légitime défense n'ait pas été exercée selon les critères internationalement reconnus⁴⁸, il semble que l'opération

⁴² Pour ce qui est de l'immixtion soviétique en Afghanistan, BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 161-187.

⁴³ Déclaration constitutionnelle du 21 avril 1980, BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 183-187.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 198.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 223-250.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 251-259.

⁴⁷ Résolution 1368 du 12 septembre 2001, S/RES/1368 (2001), préambule: « *Reconnaissant le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte* » ; Résolution 1373 du 28 septembre 2001, S/RES/1373 (2001): « *Réaffirmant le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que consacre la Charte des Nations Unies et qui est réaffirmé dans la résolution 1368 (2001)* ».

⁴⁸ En effet, le droit naturel de légitime défense impose l'agression de l'État qui se prévaut de ce droit, par un autre État. Or, les attentats du 11 septembre ne sont pas commis directement par l'Afghanistan et la

militaire « liberté immuable » soit légale, puisque autorisée par le Conseil de sécurité. Cette action n'est toutefois pas menée sous l'égide des Nations Unies. Elle anéantit le régime taliban et se prolongera par une assistance à la reconstruction juridique, et plus précisément constitutionnelle, que nous allons aborder tout au long de cette étude.

Ainsi, l'Afghanistan tout comme l'Irak, a subi de nombreuses influences juridiques occidentales, avant même son indépendance, par l'empire britannique et la Russie et dès sa première Constitution écrite⁴⁹.

2. Les divergences dans les conceptions islamique et occidentale de l'Etat

L'Irak et l'Afghanistan constituent le produit de deux conceptions de l'État. Ils se sont d'abord construits sur un modèle qui leur est traditionnel, celui de l'Islam. Puis, du fait de l'immixtion ancienne par les puissances européennes (de l'empire britannique notamment), la conception de l'État dite « moderne », fut un facteur d'influence qui modifia les normes en vigueur.

La conception islamique ne conçoit pas l'État de façon individualisée. La notion d'État n'existe pas, par contre les fondements de la société islamique se trouvent dans l'Umma. En premier lieu, l'*Umma* ou « la communauté mère »⁵⁰ est une entité qui peut être assimilée à une nation: elle s'étend au-delà des frontières à tous les membres de la civilisation islamique. « *La force des liens entre fidèles, rassemblés au sein de l'oumma doit transcender l'appartenance aux autres cercles communautaires (ethnie, nation, royaume...)* »⁵¹. En second lieu, l'*Umma* est dirigée, à la mort du Prophète Mahomet, par l'établissement du Califat. Le Calife est chef de l'*Umma*. Il est son chef temporel et spirituel et dispose de tous les pouvoirs. Il bénéficie seulement de conseillers tels les Ulémas ou le grand Mufti et peut déléguer ses pouvoirs à ses collaborateurs, les Vizirs, Cadis ou Gouverneurs. Le Calife, d'après la communauté sunnite, devrait être désigné par le recours à l'élection. Il est héréditaire chez les chiites. En dernier lieu, la souveraineté est universelle. Pour atteindre cet état, l'*Umma* doit s'étendre par le recours à la guerre défensive, offensive ou à la guerre sainte. Les habitants des territoires conquis sont alors face à un choix. Soit, ils décident de conserver leur statut personnel. Ainsi, le droit des minorités sera mis en œuvre et ils ne

responsabilité de l'Afghanistan n'est pas certaine. De plus, le droit naturel de légitime défense suppose une réaction rapide. Or, les attentats ont eu lieu le 11 septembre 2001 et l'intervention armée en Afghanistan débute le 7 octobre 2001, pratiquement un mois plus tard.

⁴⁹ L'instabilité juridique de l'Afghanistan, aujourd'hui peuplé de 22 474 000 habitants, s'explique par la faiblesse des structures étatiques, mais aussi d'un point de vue stratégique: l'Afghanistan est un « État tampon ». Il s'agit par conséquent d'une zone qui, en 1947, date de l'indépendance de l'Inde, évoluera sous influence iranienne, américaine, pakistanaise et soviétique. La Guerre Froide accentua cette tendance. Ceci est facteur d'instabilité, les dirigeants successifs de l'Afghanistan, exerçant, sous influence. Cette lutte d'influence a une seconde conséquence, elle a favorisé, tout au long du XX^{ème} siècle, le fossé qui s'est créé entre des dirigeants en prises à des valeurs et principes étrangers et une population attachée à ses traditions. Cette situation est enfin, source de fragilité pour la construction d'une nation. L'Afghanistan est formé par de nombreuses ethnies ayant lutté côte à côte pour sauvegarder leur indépendance, mais celles-ci, d'après B. Dorin, sont incapables de se muer en nation (DORIN (B.), « Existe-t-il des Afghans? », 2002, disponible sur le site www.diploweb.com). Le manque d'unité est source de faiblesse, puisqu'il autorise l'immixtion étrangère, d'autant plus que le territoire des ethnies peuplant l'Afghanistan s'étend au-delà des frontières afghanes. C'est pourquoi l'Afghanistan est touché à grande échelle par la modification des lignes de conduite des autres États.

⁵⁰ MILLIOT (L.) et BLANC (F.P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2001, p. 25.

⁵¹ FAURE (J.) et PROST (Y.), *Le monde Arabo-musulman*, in *Relations Internationales*, Ellipse optimum 2004, p. 217.

bénéficieront pas d'un statut égalitaire avec les membres de l'*Umma*, mais pourront continuer à pratiquer leurs traditions. Soit, ils décident de s'intégrer à l'*Umma* et le droit islamique leur sera appliqué⁵².

À la différence de la conception occidentale de l'État, la délimitation de frontières n'est pas nécessaire. De plus, la notion de souveraineté est conçue de façon bien différente. Gage d'indépendance en Occident, vis-à-vis de ses États voisins ainsi que du pape⁵³, elle est universelle dans sa conception islamique. Ceci explique l'absence de frontières et par conséquent, l'absence d'États indépendants les uns des autres.

La diffusion de la conception occidentale, au XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, à travers l'impérialisme des empires coloniaux français et britanniques, a fait de l'ordre international, un ordre divisé en de multiples sujets du droit international, les États. Cela représente un point d'arrêt à la mise en oeuvre de la conception islamique de l'État, encore réalisable pour certains. L'Irak et l'Afghanistan ne font pas exception. Ils sont construits sur le modèle occidental, disposant d'un territoire délimité par des frontières, d'une population et de la souveraineté. L'intégration de ce modèle explique toutefois la difficulté qu'ont les populations de ces États à se muer en nations. La nation telle que conçue en occident, encadrée par des frontières et représentative de valeurs communes, est difficilement transposable en Irak et en Afghanistan. D'une part, en raison de la délimitation de frontières qui ne respecte pas la situation ethnique, mais également en raison de l'existence, à travers l'Islam, de valeurs qui transcendent les frontières et appartiennent à l'ensemble de la civilisation islamique.

L'influence occidentale n'est donc pas nouvelle.

3. L'étude des reconstructions irakienne et afghane comme facteur de diffusion du modèle occidental

La modification qu'a subie le droit international, en raison du terrorisme et plus précisément suite aux attentats commis par le réseau Al-Qaïda, aux États-Unis, le 11 septembre 2001, a créé des points communs dans l'histoire récente de ces deux États. Les régimes d'oppressions, tant irakien par le totalitarisme de Saddam Hussein ; qu'afghan par l'application du fondamentalisme islamique des Talibans, sont tombés du fait de l'intervention armée par certaines puissances occidentales, à la tête desquelles se trouvent les États-Unis. Ces interventions au sein d'États souverains, légales ou illégales, légitimes ou non, nous avons traité cette question précédemment, se sont conclues par la transformation des régimes et systèmes juridiques en vigueur. La reconstruction s'opère alors, dans les cas irakien et afghan, par le recours à la démocratisation de l'État et dans un but sécuritaire sur le plan international. Ceci a d'une part des impacts sur le droit international public, qui prescrit des normes telles que l'interdiction du recours à la force unilatérale ou le principe de souveraineté des États et qui est, du fait de ces opérations armées et sous motif de terrorisme, modifié, voire limité. Toutefois, ces interventions, dans un premier temps militaires, puis juridiques ont pu avoir des conséquences sur les ordres juridiques internes de chacun de nos deux États. D'où l'intérêt de cette étude. Pour confirmer ou infirmer cette éventualité, nous emploierons la méthode comparatiste. En effet, cette méthode va nous permettre de comparer

⁵² *Ibidem*, pp. 25-77.

⁵³ Cette conception est symbolisée par le Traité de Westphalie de 1648.

d'abord les systèmes juridiques afghan et irakien établis par les nouvelles Constitutions des 4 janvier 2004 pour l'Afghanistan et 15 octobre 2005 pour l'Irak, aux fonctionnements constitutionnels qui ont prévalu dans l'histoire de ces deux États ; puis, aux systèmes juridiques occidentaux. Parallèlement, la mise en œuvre d'un principe fondamental en droit international : la souveraineté de l'État, durant le processus de reconstruction sera au centre de cette étude.

Ainsi, dans le but d'évaluer quelles sont les influences occidentales diffusées par et lors du processus de reconstruction mis en œuvre en Irak et en Afghanistan, nous allons poursuivre cette étude en abordant plusieurs éléments. La limitation de l'indépendance du pouvoir constituant est d'abord soulevée, à travers les influences d'une « communauté internationale » favorable à la doctrine de la démocratisation de l'État, mais également par l'immixtion de certains acteurs externes lors de l'élaboration de la Constitution (partie 1). L'influence potentielle sera recherchée, en second lieu, au travers des normes et instruments de gestion d'État mis en œuvre par les nouvelles constitutions. Sont-ils d'origine occidentale ? Sont-ils importés ? (Partie 2). Enfin, la difficulté qu'ont ces États à mettre en œuvre les normes issues de leurs nouvelles Constitutions, est-elle liée à l'intensité de l'influence exercée ? (Partie 3).

Cette étude nous permettra ainsi d'avoir, d'une part une vision d'ensemble sur le processus de reconstruction en Irak et en Afghanistan, et d'autre part d'en étudier chacune des étapes sous le prisme de l'influence juridique occidentale.

PARTIE 1: UN POUVOIR CONSTITUANT A L'INDEPENDANCE LIMITEE

Nous allons, dans cette première partie, analyser l'environnement dans lequel ont évolué les pouvoirs constituants afghans et irakiens. Cet environnement est conditionné par plusieurs facteurs, dans un premier temps, du fait de l'omniprésence extérieure; ce qui fait de cette reconstruction une pratique originale (Chapitre 1).

En second lieu, cet environnement difficile est dû au contexte dans lequel a évolué le pouvoir constituant. Celui-ci crée des tensions dans l'exercice du pouvoir constituant, car il s'agit d'un contexte conflictuel et d'occupation, mais aussi sous influence des bailleurs de fonds internationaux (Chapitre 2).

Chapitre 1: Une pratique originale de la reconstruction étatique : l'omniprésence extérieure

Traditionnellement, la reconstruction juridique de l'État intervient suite à un bouleversement, tels une guerre mondiale, une guerre civile, la sécession d'une portion de territoire ou l'effondrement d'un gouvernement. Elle était également menée par l'État détruit ainsi que ses citoyens.

Suite à la première Guerre Mondiale et d'autant plus après la seconde, l'État détruit ne fut plus le seul acteur. En effet, plusieurs exemples le démontrent. Déjà en 1919, avec le Traité de Versailles, les États vainqueurs avaient imposés de lourdes obligations à l'Allemagne. Ce fut aussi le cas, après la seconde Guerre Mondiale, de la France avec le plan Marshall, qui symbolise l'aide américaine ; de l'Allemagne avec la partition. De même, en 1945, les puissances victorieuses décidèrent du sort des « États ennemis ». Ainsi, nous constatons que cette étape fondamentale que constitue la reconstruction, est menée soit par l'État lui-même, soit par l'État avec l'aide de ses homologues. Dès 1945, le principe de souveraineté a donc reçu des limitations.

Jusqu'à la fin des années 1990, la reconstruction était réservée à l'acteur premier du Droit international, l'État. Les organisations internationales, pour leur part, ont joué un rôle important par l'affirmation de principes directeurs. Impulsant la décolonisation, elles ont soutenu leur formulation, tels l'*Uti possidetis Juris*, le principe de liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou le principe de non ingérence dans les affaires intérieures de l'État. Cependant, leur participation effective à la reconstruction de l'État ne débuta que tardivement, notamment par l'affirmation de la doctrine démocratique des Nations Unies.

Toutefois, les reconstructions en Afghanistan, puis en Irak, peuvent être qualifiées de pratiques originales, car elles mêlent, à la fois, la participation de l'État lui-même, de ses homologues, ainsi que des Organisations Internationales. Le rôle de chacun de ces acteurs aura plus ou moins de poids, mais la spécificité demeure, ils sont tous présents.

C'est pourquoi, il paraît incontournable d'examiner d'abord, les raisons pour lesquelles « la communauté internationale » dispose d'un rôle grandissant (Section 1), avant de comprendre pourquoi la reconstruction en Afghanistan et en Irak est une épreuve à haut risque (Section 2).

Section 1: Les raisons du rôle grandissant de « la communauté internationale »

Les raisons théoriques expliquant ce rôle grandissant attribué à « la communauté internationale », en Irak et en Afghanistan, se trouvent dans un passé récent. En effet, c'est d'abord, « la communauté internationale » qui a affirmé des principes directeurs dans le but de protéger l'existence de l'État (§1). Les Nations Unies ont, en second lieu, été le principal promoteur d'une nouvelle doctrine, la doctrine démocratique (§2).

Paragraphe 1: L'affirmation de principes directeurs

Il semble nécessaire, ici, de distinguer trois principes directeurs traditionnellement affirmés par « la communauté internationale », à savoir, les principes de souveraineté, de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État et d'autodétermination.

Après les avoir définis (I) nous analyserons leur évolution (II), puis, en constaterons la mention durant le processus de reconstruction en Irak et en Afghanistan (III).

I. Origine et définition

Trois principes directeurs doivent être précisés. Il s'agit des principes de souveraineté, de non ingérence et du principe d'autodétermination.

Le principe de souveraineté est inhérent à la matière du Droit international. En effet, il est énoncé expressément, pour la première fois, dans les traités de Westphalie en 1648 et constitue un élément fondamental de l'État. Il est mentionné à l'article 2(1) de la Charte des Nations Unies, qui impose l'égalité souveraine de ses États membres⁵⁴. Il signifie que l'État doit être indépendant et libre d'adopter ses propres choix. Il comporte donc, à ce titre, plusieurs corollaires, tels, l'égalité souveraine des États, l'absence de subordination de l'État à une entité quelconque, la présomption de régularité de ses actes, ou encore, son « *autonomie constitutionnelle* ».

Les professeurs Combacau et Sur définissent ce principe ainsi :

« Dans l'ordre international [...] affirmer qu'il est souverain (l'État) signifie qu'on ne trouve au dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale : la souveraineté internationale se définit négativement comme la non-soumission à une autorité supérieure »⁵⁵.

Toutefois, la souveraineté n'est pas non plus absolue. En effet, l'État est soumis au droit et notamment, au droit international ; il a le devoir de respecter la souveraineté de ses homologues, il s'agit là de la prohibition de l'ingérence dans les affaires intérieures de l'État. Sa souveraineté est aussi limitée par le principe de non recours à la force, qui implique des différends inter-étatiques qu'ils soient réglés pacifiquement. Enfin, l'État doit coopérer⁵⁶.

Nous le constatons, la prohibition de l'ingérence est un corollaire de la souveraineté, clairement rappelé, par la Cour Permanente de Justice Internationale (C.P.J.I.) dans l'affaire

⁵⁴ Article 2(1) de la Charte des Nations Unies: « *L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres* ».

⁵⁵ COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit International Public*, 4^{ème} édition, 1999, p.227.

⁵⁶ Pour plus de précisions sur les principes de souveraineté et de non-ingérence : DAILLIER (P.) et PELLET (A.), *Droit International Public*, L.G.D.J. 7^{ème} édition, 2002, pp. 422-449.

du *Lotus*⁵⁷. L'article 2(7) de la Charte des Nations Unies contient également l'énonciation de ce principe⁵⁸.

En ce qui concerne le principe d'autodétermination, il découle aussi de la souveraineté. En effet, dans son aspect interne, l'État dispose de « *l'autonomie constitutionnelle* », il est le seul à pouvoir décider de la forme interne de l'État. Par contre, dans son aspect externe, le principe d'autodétermination est plus récent. Il a fallu attendre 1945 et l'article 1(2) de la Charte des Nations Unies⁵⁹, pour qu'il soit codifié et la période de la décolonisation pour que ce droit soit mis en oeuvre. Cependant, il était d'ores et déjà enraciné en droit international, notamment grâce aux quatorze points du Président Wilson en 1918⁶⁰. La résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies viendra le rappeler⁶¹, la résolution 1541 (XV)⁶² le compléter et la résolution 1803 (XVII)⁶³ développer son aspect économique : la souveraineté sur les ressources naturelles.

Une grande corrélation existe, par conséquent, entre nos trois principes. Toutefois, la Charte reste très générale à leur égard. Il faudra attendre le temps de la décolonisation pour les voir se préciser.

II. Le temps de la maturation

Trois résolutions de l'Assemblée générale, l'organe le plus actif des Nations Unies pendant la Guerre Froide, vont clarifier et imposer ces principes. Il s'agit de la résolution 2131 (XX), du 21 décembre 1965, dite *Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté* ; de la résolution 2625 (XXV), du 24 octobre 1970, dite *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte*⁶⁴ et de la résolution 54/168, du 17 décembre 1999, *Respect*

⁵⁷ C.P.J.I., arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus* « *La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État* ».

⁵⁸ Article 2(7) de la Charte des Nations Unies: « *Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII* ».

⁵⁹ Article 1(2) de la Charte des Nations Unies: « *Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde* ». Ce principe est ensuite simplement évoqué par la Charte, à ses articles 55 ou 76.

⁶⁰ Pour plus de développement sur l'origine de ce principe : McWHINNEY (E.), « *Self-determination of Peoples and Plural-Ethnic States, Secession and State Succession and the Alternative, Federal option* », *R.C.A.D.I.* 2002, Tome 294, pp.177-190 ; ainsi que MEKINDA BENG (A.), « *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la conjoncture institutionnelle actuelle des États du Tiers-Monde en mutation* », *R.T.D.H.* avril 2004, Tome 58, pp. 503-526.

⁶¹ Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1960, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, § 1, 2 et 7.

⁶² Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale, du 15 décembre 1960.

⁶³ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, du 18 décembre 1962, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*.

⁶⁴ La résolution 2625 de l'Assemblée générale définit le principe d'autodétermination : « *chaque État a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel* ».

des principes de la souveraineté nationale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États en ce qui concerne les processus électoraux⁶⁵. La résolution 2625 (XXV) contient sept principes, dont le principe de liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes.

De plus, la Cour Internationale de Justice (C.I.J.) a toujours eu une jurisprudence protectrice à l'égard de ces principes cardinaux du droit international: tant en 1975, dans l'affaire *Sahara Occidental*, dans laquelle la Cour précise que « aucune règle du droit international n'exige que l'État ait une structure déterminée »⁶⁶; qu'en 1986 dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*⁶⁷. Ces deux affaires marquent la consécration par la Cour du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États, en d'autres termes, le principe d'autodétermination interne. La Cour a, par ailleurs, défini leur valeur juridique. Elle leur confère une place importante, tel des « principes essentiels du droit international contemporain »⁶⁸. Quant au principe de souveraineté, la Cour l'a qualifié de « fondamental, [principe] sur lequel repose tout le droit international »⁶⁹. Pour certains auteurs, par ces qualificatifs, la Cour souhaite conférer à ces principes une valeur impérative⁷⁰. D'autres, sont plus réticents quant à reconnaître une valeur supérieure à certaines normes du droit international, tel Prosper Weil⁷¹. On peut donc en conclure, que nos trois principes incontournables, en matière de reconstruction juridique d'État, souveraineté, non-ingérence et autodétermination, ont au moins valeur coutumière.

L'énonciation de ces principes était nécessaire, car nous allons le constater, ils sont au cœur des questions posées par les choix de reconstruction effectués pour l'Afghanistan et pour l'Irak. De plus, tenter de les définir et analyser leurs mises en œuvre, permet de démontrer à quel point l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), fut un acteur important. Nous venons, en effet, de constater à quel point l'Assemblée générale des Nations Unies avait été un organe clé dans la protection de la souveraineté des États nouvellement indépendants,

⁶⁵ Résolution 54/168, § 2 : « [...] Les États devant en conséquence garantir, conformément à leurs constitutions et leur législation nationale, l'existence des mécanismes et moyens nécessaires pour faciliter la participation pleine et effective des peuples à ce processus [...] l'assistance électorale apportée aux États Membres par l'ONU doit l'être soit à la demande des États concernés, comme en cas de décolonisation, soit dans le cadre d'un processus de paix régional ou international ».

⁶⁶ C.I.J. avis consultatif, 16 octobre 1975, *Sahara Occidental*.

⁶⁷ C.I.J., arrêt du 26 novembre 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, §258: « Les orientations politiques internes d'un État relèvent de la compétence exclusive de celui-ci pour autant, bien entendu, qu'elles ne violent aucune obligation de droit international. Chaque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social ». Puis, § 263, « l'adhésion d'un État à une doctrine particulière ne constitue pas une violation u droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de souveraineté sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'un État a de choisir son système politique, social, économique et culturel [...] La cour ne saurait concevoir la création d'une règle nouvelle faisant droit à une intervention d'un État contre un autre pour le motif que celui-ci aurait opté pour une idéologie ou un système politique particulier ».

⁶⁸ C.I.J. arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental*, dans lequel la cour reconnaît au peuple timorais le droit de disposer de lui-même, opposable *erga omnes*, le qualifiant, par ailleurs, « d'un des principes essentiels du droit international contemporain » (§ 29 de l'arrêt).

⁶⁹ C.I.J. arrêt du 26 novembre 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, § 263.

⁷⁰ Par exemple, c'est la position de DUPUY (P.M.), « Unité de l'ordre juridique international », *R.C.A.D.I.* volume 297, 2000, pp. 269-311.

⁷¹ WEIL (P.), « Cour général : le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.* 1992, Tome 237, p. 269 et pp. 274-277.

en définissant des principes fondamentaux permettant la naissance, l'existence et la survie de ces États.

III. Des principes sans cesse rappelés

Dès le début de l'intervention en Afghanistan, le Conseil de sécurité n'a eu de cesse de rappeler ces principes. Ainsi, par exemple, la résolution 1378, première résolution abordant le thème de la reconstruction juridique, en ce qui concerne l'Afghanistan, les énonce dans son préambule⁷². Il en va de même dans les résolutions qui suivront, tel les résolutions 1383 et 1623.

En ce qui concerne l'Irak, le contexte est différent, puisque l'intervention militaire s'effectue hors du cadre des Nations Unies et que la situation qui en découle est qualifiée d'occupation. Toutefois, le Conseil fait en sorte, une fois de plus, que la « communauté internationale » garde à l'esprit « *le respect du principe selon lequel le peuple iraquien a le droit de déterminer lui-même son avenir politique et de contrôler ses propres ressources naturelles* », avant d'ajouter, « *Réaffirmant l'attachement de tous les États Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de l'Iraq* »⁷³. Ce sera également le cas de la résolution 1483, qui mentionne le principe de liberté des peuples à s'autodéterminer, dans le corps du texte cette fois⁷⁴.

Cette tendance au rappel est la preuve que l'Organisation est attachée aux principes garantissant l'existence même de l'État. Cela permet, en second lieu, à l'O.N.U. de justifier son intervention. En effet, intervenir tout en les respectant constitue la « voie royale » pour une action légitime et efficace.

Il s'agit désormais de comprendre pourquoi, dans le cadre de la reconstruction irakienne et afghane, la question du respect des principes de souveraineté, de non-ingérence et d'autodétermination vient à se poser.

En effet, si l'on part du postulat selon lequel, l'État, en droit international, est un acteur souverain, libre et indépendant, il faut aussi admettre que le pouvoir constituant doit exercer ses compétences dans un environnement approprié. En d'autres termes, il doit bénéficier, à son tour, de la souveraineté, de la liberté et de l'indépendance pleine et entière, à l'égard de l'extérieur. Or, si l'on examine les conditions dans lesquelles sont exercés les pouvoirs constituants, tant afghan qu'irakien, on peut se demander si elles ont concordé avec les dispositions du droit international coutumier. Il ne s'agit pas encore d'étudier l'environnement dans lequel ont évolué les pouvoirs constituants de nos deux États (nous le verrons dans notre section 2⁷⁵). Il nous faut, avant tout comprendre pourquoi il en a été autrement.

⁷² Résolution 1378, Conseil de sécurité, 14 novembre 2001, S/RES/1378 (2001), préambule : « *Réaffirmant son vif attachement à la souveraineté, à l'indépendance, à l'intégrité territoriale et à l'unité nationale de l'Afghanistan* ».

⁷³ Résolution 1472, Conseil de sécurité, 28 mars 2003, S/RES/1472 (2003), préambule.

⁷⁴ Résolution 1483, Conseil de sécurité, 22 mai 2003, S/RES/1483 (2003), § 4 : « *Demande à l'Autorité, conformément à la Charte des Nations Unies et aux dispositions pertinentes du droit international, de promouvoir le bien-être de la population iraquienne en assurant une administration efficace du territoire, notamment en s'employant à rétablir la sécurité et la stabilité et à créer les conditions permettant au peuple iraquien de déterminer librement son avenir politique* ».

⁷⁵ Voir *infra* p. 31.

Or, pour cela, un détour par l'évolution des années 1990, « la renaissance » du Conseil de sécurité et l'affirmation de la doctrine démocratique des Nations Unies sont indispensables.

Paragraphe 2. La doctrine démocratique de l'O.N.U.

La mise en œuvre de cette pratique nouvelle va, en période de reconstruction, projeter sur le devant de la scène les « acteurs externes ». Il faut entendre par là, d'une part l'Organisation des Nations Unies et d'autre part, les États, principaux pourvoyeurs de fonds et de moyens pour l'O.N.U. Selon sa mise en œuvre, la nouvelle doctrine peut venir limiter les principes directeurs que nous venons d'évoquer. Celle-ci aura des incidences sur les choix de reconstruction dans nos deux États.

Il nous faut donc analyser la doctrine elle-même (I), avant d'en constater la mise en œuvre et les risques de déviance qu'elle comporte (II).

I. Le basculement des années 1990 : la doctrine démocratique de l'O.N.U.

Rappelons les origines de cette nouvelle doctrine (A), ainsi que ses fondements (B).

A. Aux origines de la doctrine

En effet, c'est au début des années 1990 qu'intervient la reconnaissance de l'interdépendance entre maintien de la paix et gestion interne de l'État. Deux facteurs expliquent ce développement nouveau. D'une part la fin de la Guerre Froide, qui permit le déblocage du Conseil de sécurité⁷⁶. D'autre part, « *L'organisation mondiale* » va être confrontée, durant cette période, à l'effondrement de plusieurs États, mais aussi, à des conflits internes de plus en plus nombreux. Il était alors clair que promouvoir la décolonisation était un acte à la fois fondamental et insuffisant. Cela va donc conduire les Nations Unies à s'immiscer dans les affaires intérieures de l'État. Des actions structurelles en faveur de la démocratisation de l'État vont être menées par les organes de l'O.N.U.

Deux organes des Nations Unies sont à l'origine de cette nouvelle pratique: l'Assemblée générale⁷⁷ et le Secrétaire général. En 1992, Boutros Boutros-Ghali démontre dans son *Agenda pour la paix* qu'il existe des liens entre paix, développement, démocratie et respect des droits de l'homme. En effet, la démocratie permet de garantir un certain nombre de droits fondamentaux : droits civils et politiques, droits économiques et sociaux, justice sociale, droit au développement ou droit à un environnement durable. Ce qui permet la garantie du droit des populations à la paix. Boutros Boutros-Ghali inaugure, également, au sein de celui-ci, une nouvelle version des Opérations de Maintien de la Paix. Celles-ci seront,

⁷⁶ En effet, « *Tant qu'elle a existé, la critique marxiste de la doctrine libérale présentait l'intérêt du contrepois menant à la nécessaire investigation sur les autres choix possibles [...] À la suite [de la chute de l'U.R.S.S.] la transposition du modèle libéral n'est pas mise en question* », DAUDET (Y.), « La restauration de l'État, nouvelle mission des Nations Unies ? », in DAUDET (Y.) (dir.), *op. cit.*, p. 19.

⁷⁷ Par exemple, avec la résolution 45/150 du 18 décembre 1990 *renforcement du principe d'élections périodiques et honnêtes*, avec la résolution 54/168 du 17 décembre 1999, *Respect des principes de la souveraineté nationale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États en ce qui concerne les processus électoraux*, avec la résolution 54/173 adoptée à la même date, *Affermissement du rôle de l'ONU aux fins du renforcement de l'efficacité du principe d'élection périodiques et honnêtes et de l'action en faveur de la démocratisation*, ou encore avec la résolution 55/96 du 28 février 2001, dite *Promotion et consolidation de la démocratie*.

désormais, plus lourdement armées. Il développe aussi de nouveaux concepts, ceux de « consolidation de la paix » et de « construction de la paix »⁷⁸. L'*Agenda pour la paix* sera, par conséquent, important en matière de démocratisation: cette nouvelle formule fait de l'O.N.U. l'acteur principal des opérations de démocratisation de l'État. C'est en cela que l'*Agenda pour la paix* est un fondement important. En 1996, l'*Agenda pour la démocratisation* sera très précis quant aux conditions de mise en œuvre⁷⁹.

Le Conseil de sécurité va, pour sa part, prendre des mesures effectives, appliquant concrètement la nouvelle doctrine démocratique de l'O.N.U. En effet, l'instabilité interne des États constitue désormais une menace pour la paix et la sécurité internationale, car elle peut avoir des conséquences sur toute une région et donc, sur le plan international, être cause d'instabilité. À l'inverse, intervenir dans les conflits internes et faire accepter les principes démocratiques, permet de garantir la paix. Le Conseil exerce alors sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix⁸⁰.

B Les fondements

Le principe d'autodétermination interne est enfin reconnu et le principe de légitimité démocratique⁸¹, en d'autres termes le droit à la démocratie, mis en œuvre.

Le droit à la démocratie fut affirmé en 1999 par la Commission des droits de l'homme⁸². Il se compose de plusieurs éléments, tels que la promotion du pluralisme, des libertés fondamentales, des droits de l'homme, du droit à des élections libres et périodiques, qui se compose du droit de voter et d'être élu. L'article 25 du Pacte International sur les Droits Civils et Politiques (P.I.D.C.P.) imposait déjà le droit de participer à la gestion des affaires publiques. De même que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (D.U.D.H.) à son article 21 déclare :

« 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. 2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. 3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote »⁸³.

⁷⁸ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la paix*, 1992, ainsi que, « Le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation », *R.C.A.D.I.* 2000, Tome 286, pp. 13-38.

⁷⁹ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la démocratisation : appui du Système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, 17 décembre 1996, A/51/761.

⁸⁰ Article 24(1) de la Charte des Nations Unies.

⁸¹ Le principe de légitimité démocratique va être interprété à partir de textes qui existaient déjà, tels la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, les Pactes de 1966, mais aussi à partir de textes régionaux, tels la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, le traité constitutif de l'Organisation des États Américains, textes qui imposent le principe du pluralisme.

⁸² Résolution de la Commission des Droits de l'Homme 1999/57, du 27 avril 1999, *Promotion du droit à la démocratie*, § 1 et 2. Le principe fut rappelé et approfondi dans la Résolution 2000/47 de la Commission des droits de l'homme, 25 avril 2000, *Promotion et consolidation de la démocratie*, ainsi que dans la résolution 2001/36 de la Commission des droits de l'homme, 23 avril 2001, *Renforcement de la participation populaire, de l'équité, de la justice sociale et de la non-discrimination en tant que fondements essentiels de la démocratie*.

⁸³ Article 21 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

La Charte des Nations Unies contient également les principes fondamentaux, nous dit Boutros Boutros-Ghali, puisqu'elle

« propose un idéal de démocratie à l'intérieur des États et entre ceux-ci, qui est à la fois une conséquence logique et une fin de cette 'foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites' proclamé dans le préambule. Cet attachement à la démocratie apparaît encore dans les buts que s'assignent les Nations Unies [...] La Charte déclare enfin que 'l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres' »⁸⁴.

Le texte fondateur des Nations Unies et les résolutions qui en découlent sont, par conséquent, imprégnés de cette doctrine, mise en œuvre tardivement, mais présente dès l'origine⁸⁵.

Une nouvelle fois, la position de la C.P.J.I. se réalise. En effet, elle avait décrété dans l'arrêt *Décrets de nationalité* que « *La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux* »⁸⁶.

II La mise en œuvre de cette doctrine nouvelle

Nous allons examiner, d'abord, les conditions de mise en œuvre (A), puis, évoquer quelques exemples (B), avant de constater quels peuvent être les risques de déviance (C).

A. Les conditions traditionnelles de mise en œuvre

Il faut tout d'abord, que les conditions de forme soient remplies.

En premier lieu, il faut que l'État ait accepté l'aide extérieure. Boutros Boutros-Ghali constate que l'O.N.U. « *est appelée à soutenir la démocratisation de ses États Membres et se doit de le faire, mais seulement sur leur demande expresse* »⁸⁷. Cela permet l'élimination de toute atteinte à la souveraineté. Or, y'a-t-il eu demande expresse de la part de l'Irak et de l'Afghanistan ? La réponse est positive pour l'Afghanistan, à travers la signature de l'Accord de Bonn, du 5 décembre 2001. Pour l'Irak, il ne s'agit pas d'une demande expresse. On peut simplement penser que la population ainsi que les membres de l'opposition le désiraient. Cette demande d'intervention est, en outre, la preuve d'une réelle volonté de la part de l'État, en faveur de la mise en œuvre des principes démocratiques. En effet, le processus de transition démocratique ne se décrète pas. La réussite dépend de la synergie des autorités et de la société civile. La nécessité de l'acceptation par l'État indique aussi que les actions d'imposition de la démocratie sont inefficaces. Or, nous le verrons ensuite, l'acceptation est une condition qui pose problème dans le cadre de l'assistance à la reconstruction en Irak et en Afghanistan, puisqu'elle intervient suite à un conflit armé et peut donc être un choix fait sous la contrainte.

⁸⁴ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la démocratisation : appui du Système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, 17 décembre 1996, A/51/761, § 28.

⁸⁵ Pour plus d'informations sur cette doctrine, www.ohchr.org/french/issues/democracy/index.htm, consulté le 15 décembre 2005.

⁸⁶ C.P.J.I., avis consultatif du 7 février 1923, *Décrets de nationalité*, p. 24.

⁸⁷ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la démocratisation : appui du Système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, 17 décembre 1996, A/51/761, § 12.

En second lieu, l'intervention doit se faire au cas par cas⁸⁸. « *Un quelconque mimétisme* » aboutirait à l'échec. Or, c'est ici que se situe la difficulté. En effet, ne peut-on pas penser que la promotion du système démocratique va forcément de pair avec l'expansion du modèle de gouvernance occidental ?

L'intervention de l'O.N.U. doit être, enfin, coordonnée avec tous les acteurs de la démocratisation, Organisations non Gouvernementales, institutions régionales et spécialisées.

Ensuite, selon le professeur Cahin, des conditions de fonds doivent être respectées.

Il s'agit, tout d'abord, de l'exigence de légitimité des institutions. Cela suppose un environnement pacifié, mais aussi, l'existence d'une séparation des pouvoirs et des partis politiques pourvus d'un véritable programme (et non sur une base ethnique). Par ailleurs, durant la reconstruction, il est nécessaire d'associer les partis politiques et la société civile à cette étape cruciale. Or, en Irak, cette association entre le Conseil Intérimaire de Gouvernement et l'*Autorité Provisoire de Coalition* était de surface, nous l'étudierons dans la prochaine section. Il est en outre nécessaire d'évoluer dans un État sécurisé. Cela va de pair avec la lutte contre la corruption. L'exigence de légitimité suppose souvent la « refonte » de l'appareil d'État. Or, cela prend du temps.

En second lieu, l'exigence de stabilité est prioritairement recherchée. Elle s'articule autour de quatre aspects: la réconciliation nationale, la construction de l'identité nationale, la sécurité et enfin, l'unité du continent ou de la région dans lequel s'insère l'État⁸⁹. En Irak et de l'Afghanistan, cette étape reste à atteindre.

B. La pratique

Ainsi plusieurs types d'intervention vont être menés, des actions pour l'instauration ou la restauration de la démocratie jusqu'aux actions pour la consolidation de la démocratie.

En matière d'instauration ou de restauration de la démocratie, il s'agit d'abord, d'assistance électorale⁹⁰. Il s'agit en second lieu, de la position nouvelle qu'adopte l'O.N.U.

⁸⁸ *Ibidem*, § 4: « Il n'est pas de modèle de démocratisation ou de démocratie qui vaille pour toutes les sociétés ».

⁸⁹ CAHIN (G.), « Les Nations Unies et la construction d'une paix durable en Afrique », in MEHDI (R.) (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État*, colloque des 14 et 15 décembre 2001, Paris, Pedone 2002, pp. 133-159.

⁹⁰ L'action en faveur de la démocratisation permet ici, la tenue d'élections libres, périodiques, honnêtes, au suffrage universel égal et au vote secret. (Article 21 de la D.U.D.H. et article 25(b) du P.I.D.C.P.). Parallèlement, l'O.N.U. déploie des observateurs. Une assistance plus étendue, avant et après l'élection, peut être activée. Par exemple, la tenue d'élections libres présuppose le multipartisme, la transformation des factions en partis politiques, une campagne électorale digne de ce nom, des partis politiques qui s'expriment librement, la présence de médias ou encore le renforcement des institutions électorales. Cependant, il faut distinguer ici les « grandes missions » des missions de moins grande ampleur. Les premières auront un mandat à respecter. En général il s'agit d'organiser, de contrôler ou de superviser le processus électoral, ce fut l'une des missions pour la M.I.N.U.K. (Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo), de l'A.T.N.U.T.O. (Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental) ou de la G.A.N.U.P.T. (Le Groupe d'assistance des Nations Unies pour la période de transition en Namibie, certifiât tous les aspects du processus afin d'en garantir sa légitimité). Enfin, en matière de mission d'envergure il s'agit, de vérifier le processus. Toutefois, la grande majorité des demandes concernent des missions plus restreintes, il n'y a alors aucun mandat *ad hoc*. Il s'agit par exemple de la coordination et l'appui aux observateurs internationaux et nationaux.

face aux coups d'État⁹¹. Un troisième degré sera franchi par les Nations Unies lorsque le Conseil imposera l'administration de territoires, d'abord sur le fondement du chapitre VI de la Charte dans le cas du Cambodge, puis sur le fondement du chapitre VII de la Charte, au Kosovo⁹² et au Timor oriental⁹³. Ce qui frappe ici, c'est l'ampleur de la délégation conférée aux autorités onusiennes. Toutefois, la compétence est à chaque fois limitée dans le temps. De plus, pour que cette méthode fonctionne, il faut y associer la population locale et planifier des élections dès que possible. Il faut enfin une réconciliation nationale suite à un conflit, elle s'exerce à travers l'établissement des commissions « vérités-réconciliation » ou des Tribunaux Pénaux Internationaux. Les expériences d'Administration par les Nations Unies entraînent souvent une internationalisation totale du pouvoir constituant. Ce n'est pas le cas en Afghanistan, puisque le territoire n'a jamais été administré directement par l'O.N.U. En Irak, le territoire a été administré par la puissance étrangère (les États-Unis), mais le pouvoir constituant n'est que partiellement internationalisé, comme en Afghanistan. La reconstruction dans ces deux États peut ainsi être qualifiée de restauration de la démocratie.

Enfin, une action en faveur de la consolidation de la démocratie est nécessaire. Elle est tridimensionnelle : d'une part, il s'agit de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'État, par le biais d'un ordre juridique structuré, fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, mais aussi, introduire plus de transparence et de rigueur dans la gestion des affaires publiques. D'autre part, il est nécessaire de raffermir un faisceau de mécanismes institutionnels propres à assurer le bon fonctionnement de la règle de droit. Il faut aussi établir des structures de protection des droits de l'homme. Enfin, à terme, c'est une véritable « culture de la démocratie » qu'il faut établir. Cela passe par diverses actions: cours d'éducation civique, accès aux médias, pluralisme, afin de permettre à la société civile de participer véritablement à la prise de décision et de constituer un contre pouvoir. Il faut que la population soit convaincue du bien fondé de la démocratie⁹⁴. Cette réalité fut mise en évidence par le Secrétaire général lors du sommet de l'Union Africaine (U.A.), il indiquait alors que:

*« pour que la paix s'installe durablement et que le développement puisse s'inscrire dans le long terme, il faut investir massivement non seulement dans les infrastructures, mais aussi dans les ressources humaines [...] L'éducation est un droit fondamental et un puissant outil de promotion du progrès social, du bien-être économique et de la stabilité politique »*⁹⁵.

⁹¹ La condamnation de l'O.N.U., en 1991, du coup d'État en Haïti constitue la première réaction contre les coups d'État, désormais qualifiés de menace pour la paix et la sécurité internationale. La résolution 1132, du Conseil de sécurité, du 8 octobre 1997, pour la Sierra Leone condamne également le coup d'état militaire et demande le retour à l'ordre constitutionnel et au gouvernement démocratiquement élu.

⁹² La résolution 1244 du Conseil de sécurité donne pour mandat à la M.I.N.U.K. de gouverner le Kosovo dans un premier temps. Le principe de souveraineté est pour la première fois suspendu. Quatre piliers sont définis pour la M.I.N.U.K.: l'administration civile (confiée à l'O.N.U.), les affaires humanitaires (Haut Commissariat aux Réfugiés), la création et le renforcement des institutions (c'est le rôle de l'O.S.C.E.), et la reconstruction (confiée à l'Union Européenne). Un représentant spécial du Secrétaire général assure la coordination de ces quatre piliers, ainsi qu'avec la K.F.O.R. (la mission de l'O.T.A.N. pour le volet sécurité).

⁹³ La résolution 1272 du Conseil de sécurité définit les pouvoirs de l'A.T.N.U.T.O. Celle-ci a la responsabilité générale de l'administration du Timor et sera habilitée à exercer l'ensemble des pouvoirs législatifs et exécutifs, y compris l'administration et la justice.

⁹⁴ L'étape de la consolidation en Irak et en Afghanistan sera étudiée dans la troisième partie, voir *infra* p. 168.

⁹⁵ ANNAN (K.), message adressé le 23 janvier 2006 aux dirigeants réunis pour le sommet de l'Union africaine *Le Règlement des crises en Afrique, 'Objectif commun' de l'Union Africaine et de l'O.N.U.*

Cette nouvelle doctrine modifie la position des Nations Unies, face aux conflits internes. Désormais, le principe de souveraineté et ses corollaires n'auront plus libre cours. La pratique de la démocratisation de l'État vient apporter une nouvelle limite au « domaine réservé » de l'État. Or, ces limites vont se creuser avec l'apparition de risque de déviance.

C. Le risque de déviance

En parallèle à l'affirmation de la doctrine démocratique, les Nations Unies sont restées attachées aux principes de souveraineté et de non-ingérence. Cependant, le cadre juridique dans lequel évolue cette nouvelle « tâche » des Nations Unies en matière de démocratisation, est ambigu. L'Assemblée générale recommande, en effet, à la fois, le respect du principe de non ingérence et la démocratie. Or, l'un et l'autre ne sont pas toujours conciliables. Cependant, l'ambiguïté ne provient pas tant du fait que doctrine démocratique et principe de souveraineté ne sont pas conciliables, puisque le processus de démocratisation intervient en principe après acceptation de l'État récepteur. L'ambiguïté a son origine dans une mise en œuvre qui s'éloigne parfois des conditions posées. Une question se pose cependant, celle de savoir s'il existe une hiérarchie entre les principes démocratiques et la souveraineté.

À première vue, il semble que la valeur du principe de légitimité démocratique soit conventionnelle, puisqu'il apparaît dans le P.I.D.C.P. de 1966 à l'article 25⁹⁶. Universellement, il s'agit d'un objectif à atteindre. Régionalement, il constitue une obligation dans le cadre de l'Union européenne. Il y a donc valeur conventionnelle, tout comme en Amérique (au sein de l'O.E.A.) ou en Afrique (au sein de l'U.A.). Régionalement, cette doctrine est aussi déclaratoire de coutume, par exemple, en Europe et en Amérique. Néanmoins, certains auteurs lui donnent une portée bien plus grande. Au delà d'une coutume régionale, le principe de légitimité démocratique aurait, selon eux, valeur de coutume internationale. Ainsi, d'après le professeur Sicilianos, « *La pratique conjuguée des Nations Unies à celle d'un nombre important d'État, a contribué à faire du principe de légitimité démocratique un principe paneuropéen, qui tend à revêtir une portée plus large pour s'inscrire progressivement dans le droit international général* »⁹⁷. Ceci pose deux problèmes, on peut se demander, d'abord, si la démocratie est un modèle applicable universellement ; mais aussi, si la dissidence est encore possible. Car, si la doctrine démocratique fait partie des normes de droit international général, elle est alors internationalement obligatoire.

D'abord, le modèle de démocratie libérale à l'occidentale peut-il être mis en œuvre partout ? Comme le fait remarquer le Professeur Daudet, « *La question se pose donc avec acuité de savoir si les schémas proposés sont toujours adaptés au contexte dans lequel ils se déploient et si, dans ce domaine, il y a bien matière à universalisme* »⁹⁸.

⁹⁶ Article 25 du P.I.D.C.P. « *Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables: a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs; c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays* ».

⁹⁷ SICILIANOS (L.A.), « Rapport introductif, les Nations Unies et la démocratisation de l'État nouvelle tendance », in MEHDI (R.) (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État*, op.cit., p. 47.

⁹⁸ DAUDET (Y.), « La restauration de l'État, nouvelle mission des Nations Unies ? », op. cit., p. 20.

Ensuite, la question du choix de la dissidence a bien été mise en évidence par le professeur Salmon:

« Il y a aujourd'hui contradiction entre démocratisation et souveraineté dans la mesure où une forme de démocratie négatrice d'un choix fondamental pour leur existence est imposée aux États et aux peuples par des moyens de pression extérieurs auxquels ils n'ont plus d'autre possibilité que de donner leur accord. Dans ces conditions, il convient d'être très attentif à ce que la lutte pour la démocratisation ne se transforme pas en un moyen de réduire au silence ceux qui ne participent pas à la pensée unique. On sera particulièrement attentif aux dérives qui voudraient que l'on utilise la force ou les moyens de contrainte économique pour mettre au pas les réfractaires de la mondialisation »⁹⁹.

Ces propos tenus en 2002 sont totalement en phase avec la reconstruction dans nos deux États. En effet, ils pourraient, en partie, servir à décrire leur actualité, pour ce qui est des raisons de l'insécurité. Leur reconstruction est l'incarnation même de cette conciliation difficile entre démocratisation et souveraineté, entre démocratisation et démocratie. En effet, la démocratie est, d'après l'ancien Secrétaire général des Nations Unies Boutros Boutros-Ghali, « un régime politique où l'appareil institutionnel donne corps à l'idéal d'un pouvoir politique exprimant la volonté du peuple »¹⁰⁰. Or, la démocratisation, « processus conduisant à une société plus ouverte et participative et moins autoritaire »¹⁰¹, peut se révéler être une opération impérialiste si les conditions de mise en œuvre ne sont pas strictement respectées.

Il est temps, désormais, de passer au cœur de notre sujet : examinons en quoi, la phase initiale de la reconstruction est une étape à haut risque, en matière d'influence du pouvoir constituant.

SECTION 2 : La phase initiale de la reconstruction en Irak et en Afghanistan, une étape à haut risque

La reconstruction est une épreuve à haut risque, car cette étape, telle qu'elle est menée dans nos deux pays, est le point de rencontre entre des principes contradictoires, à savoir, le principe de souveraineté et les principes issus de la doctrine démocratique de l'O.N.U

Le processus d'élaboration d'une Constitution est d'une importance majeure, puisqu'il donne naissance à un mode de gouvernance spécifique censé correspondre à la volonté du peuple. Or, s'il se déroule dans un contexte institutionnel ambigu ou si le pouvoir constituant exerce sous influence, il y a de grandes chances pour que les risques mis en évidence par le Professeur Salmon se réalisent et que la démocratisation échoue.

C'est pourquoi nous examinerons, dans un premier temps le contexte institutionnel dans lequel évolue le pouvoir constituant, c'est-à-dire les organes d'administration transitoire (§1). Dans un second temps, nous analyserons l'exercice partiellement internationalisé du pouvoir constituant (§2).

⁹⁹ SALMON (J.), « Démocratisation et souveraineté : l'impossible conciliation », in MEHDI (R.) (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État*, op. cit., p. 200.

¹⁰⁰ BOUTROS-GHALI (B.), *Agenda pour la démocratisation : appui du Système des Nations Unies aux efforts déployés par les gouvernements pour promouvoir et consolider les démocraties nouvelles ou rétablies*, 17 décembre 1996, A/51/761, § 1.

¹⁰¹ *Ibidem*, § 1.

Paragraphe 1 : Une administration provisoire internationalisée

La direction de l'administration provisoire est d'une importance capitale puisque, avant même le début du processus d'élaboration de la Constitution, elle va introduire, en Afghanistan ainsi qu'en Irak, certaines normes nouvelles et de ce fait modifier le système politique et juridique existant en raison de son internationalisation. Il faut donc analyser les fondements des organes d'administration établis (I). En second lieu, les compétences d'administration de l'État sont réparties entre divers acteurs, tant internes qu'externes (II).

I. Les fondements

L'établissement de l'administration provisoire de l'État peut trouver ses fondements dans un traité de paix, ce fut le cas pour l'Afghanistan (A). En Irak, elle les trouve d'abord dans la volonté unilatérale de l'autorité d'occupation, puis dans la signature d'un accord (B).

A. L'Accord de Bonn comme fondement d'une reconstruction légitime

Suite à la chute des Talibans, la réunion des différents groupes afghans était une étape obligée sur la voie de la reconstruction. Celle-ci fut, organisée sous l'impulsion de certains acteurs nationaux, mais aussi de l'O.N.U., s'appuyant sur la résolution 1378 qui rappelle notamment le rôle central que doit jouer l'Organisation¹⁰². La conférence « inter-afghane » de Petersberg (Allemagne) fut l'occasion d'un débat, de négociations, puis d'une décision de compromis entre les acteurs internes et les représentants des Nations Unies. Des acteurs étatiques, négociateurs officieux et absents des salles de conférences, étaient également au château de Petersberg¹⁰³. Elle débuta le 27 novembre 2001, pour se terminer par la signature de l'Accord de Bonn, le 5 décembre¹⁰⁴. La base des négociations était le projet d'accord élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général (R.S.S.G.) pour l'Afghanistan, M. Lakhdar Brahimi¹⁰⁵ et son adjoint Francesco Vendrell. Ce projet synthétisait les positions des différents groupes afghans avec lesquels les représentants onusiens avaient discuté à huit clos. « Avec les observations de chaque délégation, L. Brahimi avait pour mission de préparer un texte conciliant les différentes positions et propositions »¹⁰⁶. L'Accord de Bonn, intitulé « Accord sur les arrangements provisoires applicables à l'Afghanistan en attendant le rétablissement d'institutions étatiques permanentes », sera repris par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1383¹⁰⁷. Cette conférence clé de la reconstruction réunit quatre groupes afghans.

¹⁰² Résolution 1378, Conseil de sécurité, 14 novembre 2001, S/RES/1378 (2001), § 1 et 3: « Affirme que l'Organisation des Nations Unies doit jouer un rôle central pour ce qui est d'appuyer les efforts du peuple afghan visant à établir d'urgence une nouvelle administration de transition conduisant à la formation d'un nouveau gouvernement ».

¹⁰³ Par exemples, « James Dobbins envoyé spécial des Etats Unies, ainsi que des représentants de l'Australie, de la Belgique, du Canada, de la Corée du Sud, de la France, de l'Inde, de l'Italie, du Japon, de la Norvège, du Pakistan, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Suisse, de la Turquie et de l'Union européenne », BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁴ Documents d'actualité internationale, 2002-1, n° 3, pp. 94-97, pour le texte intégral de l'Accords de Bonn.

¹⁰⁵ Lakhdar Brahimi fut à nouveau nommé représentant spécial du Secrétaire général pour l'Afghanistan le 3 octobre 2001. Il avait déjà exercé cette compétence pour l'Afghanistan de 1997 à 1999.

¹⁰⁶ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 270.

¹⁰⁷ Résolution 1383, Conseil de sécurité, 6 décembre 2001, S/RES/1383 (2001), § 1.

Il s'agissait, en premier lieu, du groupe représenté par Younes Qanouni¹⁰⁸. Celui-ci incarnait la position du gouvernement légal, à savoir, des partisans du Commandant Massoud au sein du *Front uni* (ou de l'Alliance du nord). Il représente le Gouvernement légal, car ses membres ont libéré Kaboul du joug des Talibans et dirigent ensuite le pays.

Il s'agissait, ensuite, d'un autre groupe de onze membres mené par l'ancien Ministre de la Justice pendant la Monarchie, le professeur Abdul Satar Sirat. En d'autres termes, le groupe des partisans de l'ancien Roi Mohammed Zaher Chah, appelé « groupe de Rome »¹⁰⁹. Son ambition pour l'Afghanistan était de créer « *un Conseil suprême et un Conseil militaire placés sous l'égide du Roi, mais l'entrée solitaire de l'Alliance du nord dans Kaboul a changé la donne* »¹¹⁰.

Par ailleurs, Houmayoun Jarrer dirigeait le groupe des partisans de Gulboddin Hekmatyar, appelé « le groupe de Chypre ». Ce groupe avait été formé dans les années 1990 par des afghans réfugiés en Iran et s'opposait à l'influence de l'ancien Roi¹¹¹.

Enfin, Sayed Hamid Gailani représentait « le groupe de Peshawar ». Celui-ci se voulait être une alternative aux Talibans¹¹².

Le terme de « reconstruction juridique » prend ici tout son sens. Elle est particulièrement repérable, dans le cas de l'Afghanistan, puisque la période de transition est encadrée, du début jusqu'à la fin, par l'Accord de Bonn. Celui-ci aborde tant les volets politique, juridique que sécuritaire et délimite les attributions de chacun. Nous les développerons plus loin, après avoir étudié les fondements de la reconstruction en Irak. Une partie de la population n'est pas représentée à Bonn, celle soutenant la position des Talibans.

B. L'Irak, d'une situation *de facto* à l'accord du 15 novembre 2003

Distinguons deux étapes pour l'établissement de l'administration provisoire irakienne:

La première phase (de la fin de la guerre le 1^{er} mai 2003 au 28 juin 2004) est caractérisée par l'omniprésence de la Coalition dans le processus décisionnel. En effet,

¹⁰⁸ Il dirigea le parti *Jamiat islami* au Pakistan durant la *jihad* contre les Soviétiques et fut également vice-ministre de la défense aux côtés du commandant Massoud, en 1992, puis Ministre de l'Intérieur sous le Président Rabbani. Il quitta le parti *Jamiat islami*, tout comme ses compagnons de route, Massoud, Fahim, et Abdullah, pour rejoindre le parti du *Mouvement national*, créé en 2002 par le frère de Massoud. Informations obtenues dans BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 264 et 272.

¹⁰⁹ En effet, lors du coup d'Etat de Mohamad Daoud, dans la nuit du 16 au 17 juillet 1973, annonçant la mort de la Monarchie constitutionnelle, le Roi Mohammed Zaher Chah était en Italie et y résida par la suite. Pour plus d'information à ce sujet, consulter BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp.115-126.

¹¹⁰ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 265.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 266.

¹¹² Pour ce qui est de la mise en œuvre de la conférence de Petersberg, ainsi que des délégations présentes, consulter HAQUANI (Z.) « Rapport introductif, la crise afghane de 1973 à 2003 », in MEHDI (R.) (dir.), *L'ONU et l'Afghanistan*, colloque des 17 et 18 janvier 2003 en l'honneur de MAHIOU (A.), Paris, Pedone, 2003, pp. 35-36. Consulter aussi LOMBART (L.), « La reconstruction politique de l'Afghanistan post-taliban: de la chute de l'Emirat islamique à la proclamation de la République islamique (2001-2004) », *R.F.D.C.* Tome 60, octobre 2004, pp. 863-866.

l'administration provisoire se fonde, alors, principalement sur la volonté de la Coalition¹¹³, la force d'occupation, est détentrice *de facto* de la souveraineté irakienne.

Toutefois, rapidement, le déficit de légitimité va apparaître. C'est pourquoi, l'accord du 15 novembre 2003, intitulé « *Agreement on Political Process* », entre l'*Autorité Provisoire de Coalition* et le Conseil intérimaire de Gouvernement, va organiser une seconde phase. Il est signé par Paul Bremer, l'administrateur américain de l'Irak, et Jalal Talabani, alors Président par rotation du Conseil Intérimaire de Gouvernement.

Composé de cinq dispositions, son but est d'organiser, à terme, le transfert de souveraineté¹¹⁴, la fin de l'intervention américaine en tant que force d'occupation¹¹⁵ et l'établissement d'une nouvelle administration provisoire et souveraine. Le premier article est relatif à l'établissement d'une Constitution transitoire et à son mode d'élaboration, il s'intitule « *The "Fundamental Law"* ». Elaborée par le Conseil Intérimaire en collaboration avec l'*Autorité*, elle devra être approuvée le 28 février 2004 au plus tard¹¹⁶. Sept éléments en prédisposent le contenu: une Déclaration de droits prévoyant la protection des droits de l'homme ; la forme de l'État (fédérale avec séparation des pouvoirs) ; l'indépendance du pouvoir judiciaire et un mécanisme de « *judicial review* » ; le contrôle des forces armées et de sécurités irakiennes ; une déclaration prohibant l'amendement de cette loi fondamentale ; une date à laquelle la Constitution provisoire disparaîtra. Enfin, elle devra contenir un calendrier prévoyant d'abord, l'édification d'une Constitution permanente par une structure directement élue par la population irakienne, ensuite, la ratification de cette Constitution, et enfin, la tenue d'élections. L'article 5 de l'Accord prolonge ce premier article, puisqu'il a trait à la Constitution permanente. On y apprend qu'elle sera élaborée par une Assemblée constituante désignée directement par le peuple irakien. L'élection de l'Assemblée constituante devra se tenir avant le 15 mars 2005. La Constitution permanente sera adoptée par référendum. De plus, avant le 31 décembre 2005, l'élection du gouvernement irakien aura lieu. La Constitution transitoire pourra alors s'éteindre et la Constitution permanente entrer en vigueur ; ce sera la fin de la période de transition¹¹⁷.

À la différence de l'Afghanistan, où l'Accord de Bonn prévoit la réactivation de la Constitution de 1964 adoptée par les afghans eux-mêmes, une Constitution transitoire est élaborée sous l'égide de l'autorité d'occupation. Or, cette procédure laisse davantage de manœuvres pour l'introduction de principes étrangers au sein du système juridique irakien.

La seconde disposition est également fondamentale. Elle impose l'approbation entre l'*Autorité* et le Conseil Intérimaire d'un Accord bilatéral sur la sécurité, établissant le statut

¹¹³ Le Secrétaire général des Nations Unies utilise l'expression « *Plan de l'Autorité pour la transition politique* », rapport présenté en application du paragraphe 24 de la résolution 1483 (2003) du Conseil de sécurité, 17 juillet 2003, S/2003/715, § 22.

¹¹⁴ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 4: « *By June 30, 2004 the new transitional administration will be recognized by the Coalition, and will assume full sovereign powers for governing Iraq. The CPA [l'Autorité] will dissolve* ».

¹¹⁵ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 2.

¹¹⁶ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 1.

¹¹⁷ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 5.

des forces de la Coalition en Irak. Or, l'Accord bilatéral devra leur laisser une grande marge de manœuvre pour apporter la sécurité et la sûreté à la population¹¹⁸.

En troisième lieu, l'Accord prévoit le mode de désignation des personnes appelées à siéger au sein de l'Assemblée Nationale de transition. D'abord, le Conseil intérimaire n'aura aucun rôle dans la désignation des membres, d'ailleurs, il sera dissout dès que l'Assemblée Nationale provisoire sera mise sur pied, mais ses membres pourront intégrer l'Assemblée¹¹⁹. Or, l'*Autorité* conserve une marge de manœuvre dans la désignation des individus qui représenteront le peuple irakien, futurs détenteurs de la souveraineté de cet État. En outre, la future Assemblée sera l'organe qui désignera le pouvoir exécutif¹²⁰. Or, elle n'est pas désignée au suffrage universel direct.

L'Accord prend également une décision fondamentale quant à la forme de l'État. Or, la Constitution provisoire¹²¹, ainsi que la Constitution permanente suivront ces prescriptions, car elles introduisent des modifications irréversibles concernant le fédéralisme. Cet Accord très bref, probablement même trop bref, fut, par conséquent, critiqué par certains, notamment, par le Grand ayatollah Ali Al-Sistani¹²², mais reconnu par la grande majorité des chiites d'Irak.

Nous constatons enfin, qu'à la différence de la reconstruction en Afghanistan, où les protagonistes nationaux en collaboration avec les Nations Unies avaient établi une « feuille de route » accompagnant la reconstruction du début à la fin, il n'y a pas ici de programme préétabli et précis. « *Il dépendra de la capacité militaire américaine de maintenir la situation actuelle dominante, caractérisée par l'insécurité et la violence quotidienne* »¹²³.

¹¹⁸ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 2: « *wide latitude to provide for the safety and security of the Iraqi people* ».

¹¹⁹ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 3: « *Election of members of the Transitional National Assembly will be conducted through a transparent, participatory, democratic process of caucuses in each of Iraq's 18 governorates. – In each governorate, the CPA will supervise a process by which an "Organizing Committee" of Iraqis will be formed. This Organizing Committee will include 5 individuals appointed by the Governing Council, 5 individuals appointed by the Provincial Council, and 1 individual appointed by the local council of the five largest cities within the governorate. – The purpose of the Organizing Committee will be to convene a "Governorate Selection Caucus" of notables from around the governorate. To do so, it will solicit nominations from political parties, provincial/local councils, professional and civic associations, university faculties, tribal and religious groups. Nominees must meet the criteria set out for candidates in the Fundamental Law. To be selected as a member of the Governorate Selection Caucus, any nominee will need to be approved by an 11/15 majority of the Organizing Committee. Each Governorate Selection Caucus will elect representatives to represent the governorate in the new transitional assembly based on the governorate's percentage of Iraq's population* ».

¹²⁰ *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 4: « *Following the selection of members of the transitional assembly, it will meet to elect an executive branch, and to appoint ministers* ».

¹²¹ Loi d'Administration pour l'État de l'Irak pour la période transitoire, article 4: « *The system of government in Iraq shall be republican, federal, democratic, and pluralistic, and powers shall be shared between the federal government and the regional governments, governorates, municipalities, and local administrations. The federal system shall be based upon geographic and historical realities and the separation of powers, and not upon origin, race, ethnicity, nationality, or confession* ».

¹²² Cité par DETAIS (J.) et ALBINE (G.), « L'établissement de la démocratie en Irak », in KHERAD (K.) (dir.), *Les implications de la guerre en Irak*, Paris, Pedone, 2005. Consulter également MEMRI, « La naissance douloureuse de la souveraineté irakienne », Enquête et analyse n° 157, 14 janvier 2004, www.nuitdorient.com, consulté le 27 avril 2006.

¹²³ KOHEN (M.), « L'administration actuelle de l'Irak : vers une nouvelle forme de protectorat ? », *op. cit.*, p. 312.

II. Les compétences de chacun des acteurs de la reconstruction

Le porte parole de Lakhdar Brahimi, Ahmad Fawzi, indiquait lors des négociations concernant l'Afghanistan que « *les Nations Unies proposent, les Afghans décident* »¹²⁴. Il semble que l'O.N.U. ait voulu éviter « *de faire de l'Afghanistan un protectorat* »¹²⁵. La méthode des bons offices est donc favorisée. Nous allons constater que l'Accord de Bonn définit clairement la compétence de chacun des acteurs de la reconstruction. Il en ira tout autrement pour l'Irak, où la reconstruction est menée principalement par un État tiers, les États-Unis ; l'O.N.U. ne disposant alors que d'un rôle circonscrit.

Le professeur Daillier qualifie cette situation de « *redistribution des compétences étatiques* », car elle a pour conséquence de confisquer certaines prérogatives aux organes de l'État en reconstruction¹²⁶. Il nous faut alors déterminer la compétence de chacun des acteurs de la reconstruction en Irak et en Afghanistan, pour évaluer les sources d'influences potentielles. Ils sont de trois types: les acteurs nationaux (A), les États tiers (B), mais aussi les Nations Unies (C). En principe, les acteurs internes devraient avoir le rôle principal, l'O.N.U. être l'interlocuteur privilégié, et les États tiers, intervenir à la demande des acteurs internes ou pour mettre en œuvre les résolutions de l'Organisation. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas.

A. Le rôle des acteurs nationaux.

En application du principe de souveraineté, les acteurs internes, représentant les citoyens, dirigent la reconstruction. Ce fut le cas en Afghanistan (1), mais ils se sont révélés en partie impuissants, en Irak (2).

1. « L'Autorité intérimaire » confiée aux acteurs nationaux

En premier lieu, la reconstruction juridique, en Afghanistan, va se dérouler sous la direction de deux administrations nationales différentes qui vont s'échelonner dans le temps. Il s'agit, d'abord de « *l'Administration intérimaire* », puis de « *l'Autorité de transition* ». Elles font toutes deux partie de « *l'Autorité intérimaire* » qui se compose également d'une cour suprême, de cours de justice et d'administrations indépendantes¹²⁷. Elle verra le jour le 22 décembre 2001.

L'Accord de Bonn détermine le régime de « *l'Administration intérimaire* »¹²⁸. Elle se compose d'un Président¹²⁹, de cinq vice-présidents et de 24 autres membres¹³⁰.

¹²⁴ AHAMAD FAWZI, cité in LOMBART (L.), « La reconstruction politique de l'Afghanistan post-taliban: de la chute de l'Emirat islamique à la proclamation de la République islamique (2001-2004) », *op. cit.*, p. 865.

¹²⁵ Selon l'expression du professeur Charles-Philippe DAVID, « Après le 11 septembre, le déluge ? », *Actualité de droit international*, 2001, www.ridi.org/adi, consulté le 20 janvier 2006.

¹²⁶ DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *R.C.A.D.I.* 2005, p. 279.

¹²⁷ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 274-276.

¹²⁸ Accord de Bonn, article I.2. et I.3.

¹²⁹ Ce devait être, d'après l'Accords de Bonn article III.A.2., l'ancien Roi Mohammed Zaher. Mais il refusa, préférant que le Président soit choisi par les participants à la Conférence de Petersberg. Par conséquent, ceux-ci désignèrent Hamid Karzaï (voir Annexe IV de l'Accords de Bonn). « *L'Alliance du nord avait un candidat tout prêt : B. Rabbani, « Le Maître » [...] officiellement président de l'État islamique, reconnu par l'ONU [...] [Or, les élèves du maître, présents à Bonn] savaient logiquement qu'entre les monarchistes auteurs de la Constitution de 1964, établissant un début de démocratie, et les partisans d'un État islamique, version Frères musulmans* [en

Celle-ci est, en outre, dépositaire de la souveraineté afghane durant les six premiers mois de la reconstruction et cumule les pouvoirs exécutif et législatif. Elle représente l'Afghanistan dans les relations internationales et aux Nations Unies¹³¹. Sa fonction est de diriger les affaires courantes du pays¹³². Dans ce but, elle peut adopter des décrets pour instaurer la paix, l'ordre et la bonne gouvernance. Sa seconde mission est de créer une Cour Suprême indépendante et représentant le pouvoir judiciaire. « *L'Administration intérimaire* » doit mettre en place une Commission judiciaire qui aura pour mission, aux côtés des Nations Unies, de remettre sur pied un système judiciaire en accord avec les principes du droit musulman, les standards internationaux, l'état de droit et les traditions Afghanes¹³³. Sa troisième mission est d'émettre la monnaie¹³⁴. Elle devait ainsi mettre en place une Banque Centrale afghane avec l'aide des Nations Unies. Diverses Commissions indépendantes, l'une notamment pour la protection des droits de l'homme, doivent également voir le jour.

De plus, la Commission de préparation de la *Loya Jirga* d'urgence est inaugurée le 25 janvier 2002 et présidée par Ismaïl Qasemyar. Elle est indépendante et ses membres sont désignés de façon à respecter certains critères de compétence constitutionnels, mais aussi représentatifs, puisque des professionnels afghans aussi bien que des groupes de la société civile ont été sélectionnés¹³⁵. Sa fonction était de définir les règles permettant la convocation de la *Loya Jirga* d'urgence, notamment pour la désignation de ses membres¹³⁶. Les décisions de la Commission étaient prises par consensus et les membres soumis à un code de conduite tenant compte des standards internationaux. Le 16 avril 2002, débute, avec l'aide de la M.A.N.U.A. (Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan), le processus de sélection des représentants habilités à siéger à la *Loya Jirga* d'urgence et à désigner le futur président. Les travaux se terminent le 6 juin. De nombreux citoyens se sont joints aux réunions. Ils formèrent alors des assemblées de district. Désireux de représenter leurs communautés locales, ils élirent ensuite leurs candidats pour siéger à la *Loya Jirga*. Au total,

italique dans le texte] *et auteurs du projet constitutionnel islamique de 1993, naguère et toujours alliés des Russes, Iraniens et Indiens, le choix des Américains était fait* », BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 270-272.

¹³⁰ Accord de Bonn, article III.A. Par ailleurs, tous les membres de « l'Administration intérimaire » furent désignés par les participants aux négociations de l'Accord de Bonn (Annexe IV). Plusieurs conditions étaient imposées pour leur désignation: sur la base des compétences professionnelles, de l'intégrité personnelle, la composition ethnique, géographique et religieuse devait aussi être prise en compte, ainsi que la participation des femmes (voir article III.A.3 de l'Accord de Bonn). En pratique, les Monarchistes avaient obtenus la présidence, par conséquent, l'Alliance du nord détenait les ministères clés. « *Sur les 29 sièges formant le premier gouvernement post-taliban, l'Alliance en obtint 16 [...] Apparemment, les critères essentiels retenus étaient la compétence et la conscience [...] Selon l'opinion la plus partagée, le critère ethnique a prévalu : 11 ministères aux Pashtouns, 8 aux Tadjiks, 5 aux Hazaras, 3 aux Ouzbeks et 2 postes restant sans noms réservés aux autres ethnies afghanes [...] Mais le problème est que personne ne sait avec exactitude le pourcentage de chaque ethnie composant la population afghane* », BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 272.

¹³¹ Accord de Bonn, article I.3.

¹³² Accord de Bonn, article III.C.1.

¹³³ Accord de Bonn, article II.2.

¹³⁴ Accord de Bonn, article III.C.4.

¹³⁵ Accord de Bonn, article IV.1.

¹³⁶ Accord de Bonn, article IV.

1500 délégués¹³⁷ dont 200 femmes, venus de 400 districts et divisés en trois catégories y participent¹³⁸.

« L'Administration intérimaire » devait être remplacée par « l'Autorité de transition »¹³⁹, mise en place suite à la consultation de la *Loya Jirga* d'urgence. La *Loya Jirga* d'urgence, réunie entre le 11 et le 19 juin 2002, élit Hamid Karzaï comme Président de « l'Autorité transitoire », par 1 265 voix¹⁴⁰. Le nouveau Président de la Cour suprême est également investi, il s'agit du mollah Fazl Hadi Shinwari. Cependant, deux problèmes majeurs se font sentir, d'abord l'insécurité productrice de pressions. De plus, des cas de corruptions furent dénoncés, notamment dans le cadre de la désignation des représentants siégeant à la *Loya Jirga*. Toutefois, la réunion de cette première *Loya Jirga* est un pas important pour la réconciliation nationale. Le Président élu désigne ensuite, les membres de « l'Autorité transitoire »¹⁴¹.

Les membres de « l'Autorité de transition » ont pour principale mission de diriger les affaires courantes de l'État et d'établir une Constitution. Pour y parvenir, une *Loya jirga* constituante doit se réunir et adopter ce texte¹⁴², dans les 18 mois suivant la mise sur pied de « l'Autorité de transition ». En attendant, la Constitution de 1964, établie par l'ancien Roi Mohammed Zaher Chah, s'applique à l'exception des dispositions sur la Monarchie constitutionnelle et en conformité avec l'Accord de Bonn¹⁴³. « L'Autorité de transition » établit, le 3 novembre 2002, une Commission de neuf membres ayant pour mandat d'élaborer une ébauche de Constitution¹⁴⁴.

Par ailleurs, l'Accord de Bonn soumet la compétence des nouveaux organes de l'État afghan au droit international conventionnel et coutumier, aux résolutions du Conseil de sécurité et au respect des droits de l'homme¹⁴⁵. La Constitution reprendra ce type de formule.

En pratique, l'administration provisoire, puis le gouvernement afghan auront pour mission, par exemple, de désarmer, démobiliser et réinsérer les combattants, d'établir et de mettre en œuvre une stratégie nationale de lutte contre la drogue, tant du point de vue de la

¹³⁷ Ce nombre varie selon les sources, celui de 1500 est diffusé par le site de la M.A.N.U.A., BACHARDOUST (R.), pour sa part, évoque 1650 délégués, in BACHARDOUST (R.), *op. cit.* p. 287.

¹³⁸ La première catégorie est composée des membres de plein droit, c'est-à-dire les membres de « l'Administration intérimaire ». La seconde est composée de membres élus dans les circonscriptions. Les délégués de la troisième catégorie sont ceux qui bénéficient d'un quota (notamment, les femmes, les réfugiés afghans, les nomades, les journalistes, les mollahs).

¹³⁹ Accord de Bonn, article I.4.

¹⁴⁰ Conformément à l'Accord de Bonn, article IV.5.

¹⁴¹ Le gouvernement est composé, notamment, de M. Wardak, à la défense, de Y. Qanouni, à l'éducation et de Ashraf Ghani Ahmadzaï, aux Finances. S. Samar, accusée de ne pas adhérer aux principes de la *sharia*, est évincée du poste de Ministre de la condition féminine par la Cour Suprême. Cette décision est significative de la position stricte que conservera la Cour. Elle préside cependant la Commission afghane des droits de l'homme. Enfin, des vice-présidents sont nommés, il s'agit de messieurs Fahim, Khalili, Qadir et Sharani. Une vingtaine de femmes en sont également membres.

¹⁴² Accord de Bonn, article I.6.

¹⁴³ Accord de Bonn, article II.1. A et B.

¹⁴⁴ Voir *infra* note n°233.

¹⁴⁵ Accord de Bonn, article V.2, 3, 4, 5.

culture que du trafic de stupéfiants¹⁴⁶, de lutter contre le terrorisme, d'établir une nouvelle armée et une nouvelle police, de maintenir l'ordre dans le pays. Les organes de l'État sont souverains, ils sont dépositaires de toutes les compétences régaliennes. Ils accompliront ces différentes tâches avec l'aide des Nations Unies et de ses missions (tant la Force internationale d'assistance à la sécurité, que la M.A.N.U.A.).

2. L'exception : des acteurs nationaux impuissants

L'opération « *Iraqy freedom* » prend fin le 1^{er} mai 2003, « *Il n'y a plus d'État, plus de service public, plus de police, plus d'armée, plus rien* »¹⁴⁷. Parallèlement, « *Plus de soixante-dix nouveaux partis se sont alors déclarés, dans leur quasi-totalité parfaitement inconnus des irakiens [...] La presse voit ses titres se multiplier, un ou deux nouveaux journaux apparaissent chaque jour* »¹⁴⁸.

L'ensemble de l'opposition, quant à elle, se retrouve, sous patronage américain, le 15 avril, puis le 28 avril 2003, à Bagdad. Les opposants au régime Baassiste sont de retour d'exil et débattent de l'avenir, aux côtés des américains. Toutefois, la division des acteurs nationaux et les pressions externes vont rapidement être mises au grand jour. Le vide laissé par la chute de Saddam Hussein ne sera pas facile à combler. Malgré la réaction rapide de la société civile irakienne, l'opposition n'est pas organisée, elle n'était pas préparée à une chute si rapide du dictateur irakien. C'est pourquoi, le Conseil Intérimaire de Gouvernement (C.I.G.) est mis sur pied, tout en laissant la majorité des pouvoirs à l'*Autorité*.

En premier lieu, le C.I.G. se compose, de vingt-cinq membres dont trois femmes, représentant presque toutes les tendances politiques et religieuses du pays et désignés par Paul Bremer. Toutes sont représentées sauf trois¹⁴⁹ et sans avoir autant de poids les unes que les autres. En effet, il s'agit d'une représentativité proportionnelle à l'importance démographique de chaque communauté, qui met en arrière plan les convictions politiques¹⁵⁰. En conséquence, le C.I.G. se compose de 60% de chiites représentés par Ahmad Chalabi et Ayyad Allawi, de 20% de sunnites représentés par Adnan Pachechi et Muhsin Abd Al-Hamid et de 20% de Kurdes représentés par Massoud Barzani et Jalal Talabani. Dès lors, « *le spectre de la tyrannie de la majorité* »¹⁵¹, tel que Alexis de Tocqueville l'avait souligné, ressurgit.

« *C'est, là encore, un biais induit par le 'nouveau modèle de gouvernance' qui charrie une conception a-politique du pouvoir en fonction de laquelle l'expertise et/ou l'allégeance à un groupe social en particulier se révèlent in fine plus légitime que l'affiliation partisane et/ou les convictions politiques* »¹⁵².

¹⁴⁶ Ceci est mis en œuvre grâce à l'adoption en mai 2003 de la stratégie nationale de lutte contre la drogue et d'un plan de lutte en 2005. Résolution 1589, Conseil de sécurité, 24 mars 2005, S/RES/1589 (2005), § 7.

¹⁴⁷ LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, Fayard 2004, p. 352.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 353.

¹⁴⁹ Le parti Baath en est exclu, l'*Autorité* est à la recherche de ses membres. De même qu'un courant majoritaire chiite : « *la mouvance des Sadriyyin est apparu très majoritaire sur la scène religieuse et politique chiite [...] ce mouvement a été exclu du Conseil de Gouvernement transitoire* », LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 401. Enfin, une communauté sunnite sans dirigeant est elle aussi exclue.

¹⁵⁰ LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 357.

¹⁵¹ Expression empruntée à DETAIS (J.) et ALBINE (G.), op. cit., p. 217.

¹⁵² DELCOURT (B.), « Les modalités de la gestion de l'après-guerre en Irak : des révélateurs intéressants des enjeux de pouvoir dans le 'Grand Moyen-Orient' », in BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.),

À sa tête, se trouve, en second lieu, une présidence tournante de neuf membres, dont cinq chiites¹⁵³, deux sunnites et deux Kurdes¹⁵⁴. Le premier président du nouvel Irak, sera Ibrahim Al-Ja'fari, chiite du parti *Da'wa*, pour une durée de un mois.

En troisième lieu, le 31 août, un cabinet composé de vingt cinq ministres est désigné par les membres du C.I.G.¹⁵⁵. Le nouveau gouvernement prêtera serment le 3 septembre 2003.

« [Sa] représentativité, [...] semble davantage être symptomatique de la manière dont les États-Unis perçoivent la société irakienne que le reflet d' 'une' volonté politique irakienne. Ainsi, le processus de sélection des élites a été étroitement contrôlé par les occupants qui ont, en outre, permis à la diaspora irakienne qui a soutenu l'intervention de se retrouver en très bonne place »¹⁵⁶.

Bien que le C.I.G. représente l'Irak, dans les Relations Internationales et qu'il soit reconnu par les Nations Unies comme incarnant la souveraineté¹⁵⁷, il ne l'exerce pas effectivement. En effet, il n'a que des prérogatives limitées. Il nomme et révoque les ministres, le personnel diplomatique ainsi que les représentants irakiens au sein des Organisations internationales. Les autres prérogatives sont des compétences partagées avec l'*Autorité*. Par exemple, celle d'établir un calendrier pour l'élaboration d'une nouvelle Constitution et d'organiser des élections, prérogatives partagées, imposées par l'Accord du 15 novembre 2003 et par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1511¹⁵⁸. Il élaborera la Constitution provisoire de l'Irak sous l'égide de « l'*Autorité* ». Or, celle-ci décide de modalités difficilement modifiables (nous avons déjà abordé la question de la forme de l'État, que nous retrouverons. Nous pouvons, par ailleurs, citer l'exemple du mode de gouvernance républicain et démocratique, ou de l'Islam comme religion d'État). De plus, ses compétences se trouvent d'autant plus limitées que Paul Bremer, « *conservait un droit de veto sur toutes les décisions que le Conseil était amené à prendre* »¹⁵⁹. Ainsi, les relations entre le C.I.G. et l'*Autorité Provisoire de Coalition* sont difficiles. L'imposition unilatérale par la puissance occupante de ses décisions à la population, ainsi qu'un gouvernement marqué par les tensions entre communautés, matérialisent l'échec de l'administration provisoire sous occupation¹⁶⁰.

C'est pourquoi il laisse place au Gouvernement Intérimaire de l'Irak, suite au transfert de souveraineté du 28 juin 2004. Les acteurs internes retrouvent alors la totalité de leurs pouvoirs. Cependant, ce transfert, organisé par le C.I.G. en collaboration avec l'*Autorité*, est

KLEIN (P.), *L'intervention en Irak et le droit international*, C.E.D.I.N. Paris I, Cahiers internationaux n° 19, Pedone 2004, p. 348.

¹⁵³ Ayyad Allawi, Ahmad Chalabi, Abd al-aziz Al-Hakim, Ibrahim Al-Ja'fari, et Muhammad Bahral-Ouloum.

¹⁵⁴ Accord sur le fonctionnement du C.I.G., 29 juillet 2003.

¹⁵⁵ Au Ministère de l'Intérieur, Nouri Badran, chiite ; Ministère des Affaires étrangères Hoshyar Zibari, Kurdes ; Ministère des Finances, Kamal Al-Gaylani, sunnite, Ministère du Pétrole, Ibrahim Bahr Al-Ouloum, chiite ; le Ministère de la Culture va aux communistes ; le Ministère du Logement aux Turkmènes et le Ministère des Transports aux chrétiens.

¹⁵⁶ DELCOURT (B.), *op. cit.*, p. 348.

¹⁵⁷ Résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003), § 4.

¹⁵⁸ Résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003), § 7.

¹⁵⁹ DETAIS (J.) et ALBINE (G.), *op. cit.*, p. 216.

¹⁶⁰ « [Le C.I.G.] fut confronté à un déficit de légitimité tant au niveau national qu'international. Il ne fit effectivement pas l'unanimité au sein de la population irakienne et beaucoup ne se reconnaissaient pas dans ce gouvernement aux pouvoirs limités, formé dans des conditions peu transparentes et subordonné à l'ACP [l'*Autorité Provisoire de Coalition*] », DETAIS (J.) et ALBINE (G.), *op. cit.*, p. 217.

soumis à l'influence de la force d'occupation, en vertu de l'Accord du 15 novembre 2003 et de la Constitution provisoire. De plus,

« *le principe d'un gouvernement strictement technocratique a été abandonné au profit d'un recyclage de personnalités politiques, d'une répartition équitable des portefeuilles entre les grands partis d'opposition et d'un critère sous-jacent de représentativité sectaire. Malgré l'intervention du médiateur des Nations Unies, Lakhdar Brahimi, ce gouvernement 'souverain' recèle des signes d'une influence massive de son parrain américain. Du reste, le changement de statut des autorités américaines implantées à Bagdad [...] et des forces d'occupation [...] n'altère guère la nature profonde de leur rapports avec les irakiens [...] disposant de peu de moyens pour faire face à des besoins immenses, ce nouveau gouvernement a peu d'espoir de s'émanciper* »¹⁶¹.

B. La contribution des États tiers

Le rôle de ces États est en principe circonscrit par les résolutions du Conseil de sécurité (1). Toutefois, le cas de l'Irak est exceptionnel, laissant libre cours à leur volonté (2).

1. Le principe : un mandat circonscrit, l'exemple de la F.I.A.S.

Plusieurs hypothèses avaient été envisagées à Bonn, pour l'Afghanistan. Cependant, celle d'une force internationale mandatée par le Conseil de sécurité et neutre, parue être la plus plausible, aux yeux des négociateurs onusiens à la Conférence de Petersberg¹⁶². La Force internationale d'assistance à la sécurité (F.I.A.S.) était « *une force robuste et crédible* », selon les vœux de Lakhdar Brahimi, de 5000 soldats provenant de dix-neuf États tiers.

Dans ce cadre, plusieurs missions sont confiées par l'Accord de Bonn aux États tiers¹⁶³. Le mandat de cette force sera de maintenir la sécurité et de créer une force armée afghane susceptible de prendre en charge le volet sécuritaire, mais aussi de reconstruire matériellement les infrastructures¹⁶⁴.

Toutefois, les États tiers ne pourront la déployer qu'avec l'autorisation des Nations Unies. L'Organisation intervient ici pour légitimer l'intervention de tiers. Cette autorisation se fait sur demande des protagonistes afghans, présents à la conférence de Petersberg. Elle est donc encrée dans la légalité internationale, mais aussi légitime.

La mise en œuvre de l'Annexe I des accords intervint rapidement. Dès le 20 décembre 2001, par la résolution 1386, le Conseil de sécurité établit la F.I.A.S. Il prend soin, systématiquement, de rappeler l'Accord de Bonn, dans le but de légitimer cette intervention. Il lui attribue, par ailleurs, le mandat prévu à l'Annexe I de l'accord, à savoir la sécurité dans Kaboul et l'établissement d'une « *nouvelle force afghane de défense et de sécurité* »¹⁶⁵. Dans ce but, elle devra collaborer avec l'Autorité intérimaire qui dirige l'Afghanistan, mais aussi avec les forces militaires extérieures présentes sur le sol afghan, dans le cadre de l'opération *liberté immuable*. L'Accord confie cette mission aux États membres des Nations Unies, la

¹⁶¹ BARAN (D.), « L'Irak au tournant du 30 juin 2004 : l'incertitude seule souveraine », *RAMSES* 2005, *Les faces cachées de la mondialisation*, DUNOD, p. 108.

¹⁶² BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 277-283.

¹⁶³ Accord de Bonn, Annexe I, « Force internationale de sécurité ».

¹⁶⁴ Accord de Bonn, Annexe I, article 2, 3 et 4.

¹⁶⁵ Résolution 1386, Conseil de sécurité, 20 décembre 2001, S/RES/1386 (2001), § 10.

F.I.A.S. évoluera donc sous leur responsabilité¹⁶⁶. Les États doivent aussi fournir le matériel, le personnel et les ressources suffisantes à l'accomplissement de cette mission.

Initialement prévue pour six mois et sous la direction du Royaume Uni, le Conseil la prorogera, plusieurs fois¹⁶⁷. La résolution 1510 viendra à son tour la proroger pour une année et élargira son mandat à l'extérieur de Kaboul, pour assurer un environnement sûr aux travailleurs humanitaires, de la M.A.N.U.A. et à tous les acteurs de la reconstruction ; ce qui garantit la mise en œuvre de l'Accord de Bonn¹⁶⁸.

De plus, la F.I.A.S. a collaboré à l'établissement d'une nouvelle Armée nationale afghane et d'une Police nationale afghane, qui, à terme, la remplaceront pour maintenir la sécurité et du maintien de l'ordre¹⁶⁹. Leur formation est en cours.

Enfin, dans le cadre de son mandat de restauration, la F.I.A.S. a, en outre, contribué au déroulement d'élections libres sur le plan national¹⁷⁰. Bien que le volet institutionnel de la reconstruction ait été confié à la M.A.N.U.A., la F.I.A.S. y a indirectement participé. Par l'établissement de la sécurité sur tout le territoire afghan, elle permet au gouvernement central d'étendre son autorité à tout le pays et d'organiser le déroulement d'élections libres.

En dernier lieu, il faut mentionner que les États membres des Nations Unies contribuent au financement de la reconstruction, en tant que bailleurs de fonds¹⁷¹.

2. L'exception : des compétences majeures pour les États tiers, le cas de « l'Autorité provisoire de Coalition »

Les États tiers sont une trentaine à être présents militairement sur le territoire irakien. Ainsi, ils se sont attribués deux types de missions, l'une militaire, l'autre politique.

En premier lieu, la responsabilité pour l'administration de la reconstruction irakienne appartient au Département américain de la défense et, plus précisément, à l'Office de Reconstruction et d'Assistance Humanitaire établi en 2003 et initialement dirigé par le général Jay Garner, puis par Paul Bremer. Cette entité établit, le 11 mai 2003, l'*Autorité Provisoire de Coalition*, qui a par la suite en charge de diriger le pays, avec à sa tête Paul Bremer. Sa mission est décrite ainsi, « *Over the course of the last fourteen months the Coalition Provisional Authority has focused on helping Iraqis build four foundational pillars*

¹⁶⁶ Résolution 1386, Conseil de sécurité, 20 décembre 2001, S/RES/1386 (2001), § 2, 3, 8.

¹⁶⁷ D'abord pour une durée de six mois, par la résolution 1413 (Conseil de sécurité, 23 mai 2002, S/RES/1413 (2002), préambule et § 1), et sous commandement de la Turquie. Ensuite, elle sera prorogée pour un an, sous le contrôle conjoint de l'Allemagne et des Pays-Bas par la résolution 1444, (Conseil de sécurité, 27 novembre 2002, S/RES/1444 (2002), préambule et § 1). La résolution 1563 (Conseil de sécurité, 17 septembre 2004, S/RES/1563 (2004), préambule et § 1) prorogera à nouveau son mandat pour douze mois, sous le contrôle de l'*Eurocorps*. Les résolutions 1623 (Conseil de sécurité, 13 septembre 2005, S/RES/1623 (2005), § 1) et 1659 (Conseil de sécurité, 15 février 2006, S/RES/1659 (2006), § 6), prorogent son mandat pour douze mois, sous le contrôle de l'O.T.A.N.

¹⁶⁸ Résolution 1510, Conseil de sécurité, 13 octobre 2003, S/RES/1510 (2003), § 1.

¹⁶⁹ Résolution 1536, Conseil de sécurité, 26 mars 2004, S/RES/1536 (2004), § 13.

¹⁷⁰ Résolution 1623, Conseil de sécurité, 13 septembre 2005, S/RES/1623 (2005), préambule.

¹⁷¹ Voir *infra* p. 70

for their sovereignty: Security, Essential Services, Economy, Governance »¹⁷². Cependant, les fondements de l'*Autorité* ne sont pas clairs. En effet, est-elle créée par la Coalition dans son ensemble¹⁷³ ou uniquement par le gouvernement américain¹⁷⁴ ? L'intérêt dans le cadre de cette étude est de constater que les forces d'occupation vont elles-mêmes gouverner le pays au moyen de règlements qui ont une valeur obligatoire. Le premier règlement adopté par l'*Autorité* est très clair à ce propos : elle doit « *exercise powers of government temporarily in order to provide for the effective administration of Iraq during the period of transitional administration [...] The CPA is vested with all executive, legislative and judicial authority necessary to achieve its objectives* »¹⁷⁵. De plus, ce règlement ajoute que les lois en vigueur en Irak depuis le 16 avril 2003 (date de l'intervention armée), le resteront, à moins qu'elles ne soient pas conformes avec les règlements adoptés par l'*Autorité*. Ceci ouvre la voie à d'éventuelles modifications du système juridique irakien, alors que l'État est sous occupation ; ce qui est, en vertu du Droit International Humanitaire, illégal. En effet, en vertu du droit de l'occupation, la coalition ne peut pas modifier le droit en vigueur. Or, cette violation se prolongera dans le temps, puisque nous le verrons ensuite, la Constitution du 15 octobre 2005 n'abrogera pas les lois antérieures¹⁷⁶. L'*Autorité* reconnaît elle-même que ses règlements auront un effet direct sur la législation irakienne, qui pourra être modifiée. En pratique, le droit en vigueur dans cet État sera modifié, mais également le régime et la forme juridique de l'État. L'*Autorité* commence par dissoudre l'armée irakienne ainsi que les services de sécurité, met sur pied une nouvelle police.

Étrangement, les Nations Unies sans avoir reconnu l'attaque de l'Irak et tout en rappelant les principes de souveraineté et de liberté des peuples à s'autodéterminer, confie la gestion de l'Irak à l'*Autorité* et lui demande de favoriser le bien être de la population. En effet, la résolution 1483, du 22 mai 2003, commence par supprimer les sanctions et la gestion internationalisée du pétrole, puis confie la gestion du pays à l'*Autorité*.

Plusieurs plans sont élaborés par l'*Autorité* pour la phase de transition. Finalement, elle créera un Conseil Intérimaire de Gouvernement (C.I.G.)¹⁷⁷, sans autorité et se composant de personnalités choisies par elle, puis contribuera à la rédaction d'une Constitution provisoire avant de transmettre la souveraineté de l'État à un gouvernement de transition élu. Ce transfert interviendra en juin 2004, soit un peu plus d'un an après la création de l'*Autorité*.

Toutefois, pour que celui-ci se produise, plusieurs critères devaient être remplis, notamment, l'adoption d'une Constitution intérimaire, le respect de l'état de droit et des droits de l'homme, un système judiciaire juste et effectif, des institutions politiques ouvertes et transparentes et la création d'une société civile active. Ces critères, définis par l'*Autorité*, imposent le régime démocratique.

¹⁷² « *Coalition Provisional Authority, Historical Accomplishments* », www.cpa-iraq.org/, consulté le 20 avril 2006.

¹⁷³ Cette appellation apparaît pour la première fois dans la lettre des représentants des États-Unis et de la Grande-Bretagne adressée au Président du Conseil de sécurité le 8 mai 2003.

¹⁷⁴ « *Coalition Laws and Transition Arrangements during Occupation of Iraq* », *A.J.I.L.*, vol. 98, n°3, juillet 2004, pp. 601-606.

¹⁷⁵ *Coalition Provisional Authority*, Regulation Number 1, section 1, 16 mai 2003, CPA/REG/16.05.2003/01.

¹⁷⁶ Article 130 de la Constitution irakienne du 15 octobre 2005.

¹⁷⁷ Accord sur le fonctionnement du Conseil Intérimaire de Gouvernement irakien, 29 juillet 2003.

Malgré l'existence du C.I.G. et les résolutions ambiguës du Conseil de sécurité lui attribuant la souveraineté de l'État, l'*Autorité* demeure le seul organe souverain.

Ne pouvons nous pas alors penser que l'État irakien a, dès lors, disparu, étant dépossédé d'un attribut primordial à l'existence de l'État : la souveraineté ? La démocratisation n'est donc qu'apparente, de surface. Mais comme le rappelle le Professeur Kohen, « *La force est le seul fondement de l'APC, qui s'est auto-érigée en pouvoir supérieur de l'État [...] c'est un pouvoir sans fondement juridique* »¹⁷⁸.

Par conséquent, l'intensification de la lutte contre la présence américaine, ainsi que les résolutions du Conseil de sécurité encourageant au transfert de souveraineté¹⁷⁹ vont accélérer le processus de transfert. L'accord du 15 novembre 2003 fixe la date de fin de l'occupation au 30 juin 2004. Néanmoins, l'*Autorité* et avec elle, américains et britanniques, vont peser de tout leur poids dans l'élaboration, d'abord d'une Constitution provisoire, puis dans la désignation d'un gouvernement souverain apte à diriger l'Irak après le 30 juin. L'autodétermination du peuple irakien est donc limitée. La représentativité de ce futur gouvernement s'avère donc très contestable : les conseils municipaux nommés par l'*autorité* d'occupation désignent une assemblée législative intérimaire, qui permettra la formation d'un gouvernement. Ainsi, l'influence américaine demeure, malgré le transfert de souveraineté.

En second lieu, la Coalition est également présente sur le territoire irakien en tant que force d'occupation. Elle se doit, alors, de respecter le Droit International Humanitaire. Cependant, elle exerce une attribution majeure en matière de souveraineté, qui est le maintien de l'ordre public et de la sécurité. Elle exerce donc les compétences de l'armée et de la police irakienne, après les avoir démantelées. La Coalition participera à leur réhabilitation et laissera ainsi sa marque au plus profond des compétences régaliennes de l'État. Une force de sécurité avait été autorisée par le Conseil en octobre 2003¹⁸⁰. Mais cette résolution est ambiguë, on ne sait pas si l'O.N.U. demande à ses membres de former une force multinationale ou si elle légalise *a posteriori* la présence de la Coalition en Irak. En tous les cas, si nous associons les résolutions de l'O.N.U. qui ordonnent un transfert de souveraineté rapide, avec la résolution 1511, on peut penser que la situation des forces de la coalition après le 30 juin 2004 est légale. Par contre, il n'y a aucune chance que, par la résolution 1511, l'O.N.U. ait voulu valider *a posteriori* l'occupation, vu les débats difficiles qui se sont déroulés au sein du Conseil¹⁸¹.

De plus, malgré le transfert de souveraineté et part l'accord du 15 novembre 2003, le statut des forces d'occupation est recyclé, elles ne sont plus des forces d'occupation, mais des

¹⁷⁸ KOHEN (M.), « L'administration actuelle de l'Irak : vers une nouvelle forme de protectorat ? », in BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), CORTEN (O.), KLEIN (P.), *op. cit.*, p. 302.

¹⁷⁹ Résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003).

¹⁸⁰ Résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003), § 13 : « *autorise une force multinationale, sous commandement unifié, à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq, notamment afin d'assurer les conditions nécessaires à la mise en oeuvre du calendrier et du programme, ainsi que pour contribuer à la sécurité de la Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Iraq, du Conseil de gouvernement de l'Iraq et des autres institutions de l'administration provisoire iraquienne, et des principaux éléments de l'infrastructure humanitaire et économique* ».

¹⁸¹ Sur cette ambiguïté lire STARITA (M.), « L'occupation de l'Irak, le Conseil de Sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *R.G.D.I.P.* 2004, Tome 108/4, pp. 893-902 ; ainsi que KOHEN (M.), « L'administration actuelle de l'Irak : vers une nouvelle forme de protectorat ? », *op. cit.*, p. 302.

forces multinationales acceptées par le C.I.G.¹⁸². Cependant, il n'en demeure pas moins qu'elles sont sur le territoire après le 30 juin 2004, ce qui porte atteinte à la souveraineté irakienne. La résolution 1546, déléguant le mandat de maintien de la paix et de la sécurité en Irak, à la Coalition, sa présence est donc, après le 8 juin 2004 (date de l'adoption de la résolution), légalisée. Mais ceci ne constitue pas une légalisation *a posteriori* de l'occupation. Elle n'autorise un tel mandat que pour l'avenir¹⁸³.

Le 28 juin 2004, l'*Autorité Provisoire de Coalition* transfère la souveraineté à un gouvernement provisoire irakien et elle est du même coup dissoute.

Ainsi, la collaboration des États tiers est très encadrée pour ce qui est de l'Afghanistan, elle l'est bien moins, pour ne pas dire pas du tout, en Irak. Ces interventions militaires, autorisées ou non par les Nations Unies, portent, en outre, atteinte à la compétence exclusive de l'État pour garantir la sécurité sur son sol¹⁸⁴. Passons désormais à la contribution de l'O.N.U.

C. Le rôle des Nations Unies

« *S'agissant d'une assistance constitutionnelle et administrative fournie par les Nations Unies plutôt que dans le cadre bilatéral, on peut [...] penser qu'elle sera perçue comme plus neutre, plus objective, moins marquée de transposition d'un modèle déterminé et d'arrière pensées politiques* »¹⁸⁵. C'est pourquoi la contribution des Nations Unies doit être favorisée.

Alors que l'Organisation est le principal interlocuteur et coordinateur de la reconstruction en Afghanistan (1), elle dispose d'un rôle cantonné en Irak (2).

1. Le principe : Les Nations Unies, interlocuteur et coordinateur principal

Nous l'avons d'ores et déjà constaté, les Nations Unies sont indispensables, notamment pour contrôler le rôle confié aux États tiers. En effet, le Conseil de sécurité agissait déjà en acteur principal, dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord de Bonn. Il intervenait alors, dans le but de légitimer l'action des États, qui étaient ensuite libres dans la mise en œuvre des résolutions. Sans l'autorisation du Conseil, les États ne peuvent intervenir.

Toutefois, l'Annexe II de l'Accord de Bonn est spécifiquement consacrée au « *rôle de l'Organisation des Nations Unies pendant la période intérimaire* ». En premier lieu, elle régit le rôle du Représentant spécial du Secrétaire général¹⁸⁶. Il détient la responsabilité des activités menées par l'O.N.U. en Afghanistan et pourra, à ce titre, assister aux réunions des différents organes de gouvernement et offrir ses bons offices. La résolution 1401 précise

¹⁸² *Agreement on Political Process*, 15 novembre 2003, article 2.

¹⁸³ Résolution 1546, Conseil de sécurité, 8 juin 2004, S/RES/1546 (2004) § 10, 11, 12.

¹⁸⁴ DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 285.

¹⁸⁵ DAUDET (Y.), « La restauration de l'Etat, nouvelle mission des Nations Unies ? », *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁶ Accord de Bonn, Annexe II, articles 1, 2, 4 et 5.

qu'il planifie et conduit les activités des Nations Unies¹⁸⁷. D'autre part, il dirige la M.A.N.U.A.¹⁸⁸. En second lieu, l'Annexe II attribue, aux Nations Unies un rôle important :

« *L'Organisation des Nations Unies conseillera l'Autorité intérimaire dans ses efforts pour créer un environnement politiquement neutre permettant à la Loya Jirga d'urgence de siéger dans des conditions libres et justes [...] [Elle] accordera une attention particulière à la conduite des organes et des départements de l'Administration qui pourraient influencer directement l'organisation et les résultats de la Loya Jirga d'urgence* »¹⁸⁹.

À nouveau le Conseil de sécurité est venu mettre en œuvre les dispositions de l'Accord. Il crée la M.A.N.U.A. par la résolution 1401, pour une durée initiale de douze mois¹⁹⁰. Le mandat sera prorogé à plusieurs reprises¹⁹¹. Il se fonde, par conséquent, sur l'Accord de Bonn, sur la résolution 1401 du Conseil de sécurité, ainsi que sur le rapport du Secrétaire général du 18 mars 2002¹⁹². La M.A.N.U.A. se compose de dix-neuf agences dans le pays (l'administration centrale de Kabul et des antennes régionales), soit, 233 fonctionnaires internationaux et 600 nationaux¹⁹³.

La M.A.N.U.A. a pour mandat de promouvoir la réconciliation nationale et d'accomplir les missions confiées à l'O.N.U. par l'Accord de Bonn, notamment en matière de droit de l'homme, de droit humanitaire, sur les questions de genre, de reconstruction et d'état de droit. Elle intervient en coordination avec le gouvernement afghan, mais aussi avec les Organisations non gouvernementales et les institutions spécialisées. Son but ultime est de renforcer durablement les institutions nationales et de développer les principes de « bonne gouvernance », en tant qu'instruments susceptibles d'apporter la paix. Elle se veut proche des besoins du pays ainsi que des afghans eux-mêmes. « *La M.A.N.U.A. est l'exemple concret d'une mission intégrée conçue pour apporter un appui dans les domaines du processus politique, de la gouvernance et de la consolidation de la paix, tout en répondant aux besoins urgents recensés sur le plan humanitaire et en matière de relèvement* »¹⁹⁴. Son mandat est donc très audacieux. Toutefois, que signifie le terme de « bonne gouvernance » ? Cette notion, plutôt relative, n'ouvre-t-elle pas une brèche dans laquelle pourrait s'engouffrer l'influence du modèle de démocratie libérale à l'occidentale ? Il semble que oui, nous l'examinerons en deuxième partie de cette étude.

D'un point de vue pratique, la M.A.N.U.A. sera chargée de venir en aide à l'administration afghane en matière d'organisation des élections, les premières devant se dérouler dans le courant de l'année 2004. Par ailleurs, il lui faut, notamment, concourir à la

¹⁸⁷ Résolution 1401, Conseil de sécurité, 28 mars 2002, S/RES/1401 (2002), § 2.

¹⁸⁸ Lakhdar Brahimi a d'abord été nommé Représentant spécial du Secrétaire général (R.S.S.G.) pour l'Afghanistan, le 3 octobre 2001 ; ce fut ensuite Jean Arnault, à partir du 11 février 2004 ; puis, Tom Koenigs depuis février 2006. Le représentant spécial à deux adjoints : Aameera Haq et Christopher Alexander.

¹⁸⁹ Accord de Bonn, Annexe II, article 3.

¹⁹⁰ Résolution 1401, Conseil de sécurité, 28 mars 2002, S/RES/1401 (2002), § 1.

¹⁹¹ La dernière résolution qui a prorogé son mandat est la résolution 1662, Conseil de sécurité, 23 mars 2006, S/RES/1662 (2006), § 3.

¹⁹² Secrétaire général des Nations Unies, 18 mars 2002, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », S/2002/278.

¹⁹³ Pour plus d'informations sur la M.A.N.U.A. consulter son site internet, www.unama-afg.org/.

¹⁹⁴ Rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation 2002, A/57/1, p. 8, § 37.

mise en place d'un système judiciaire équitable et transparent, renforcer la légalité¹⁹⁵, réformer l'administration pénitentiaire, asseoir l'état de droit sur l'ensemble du territoire¹⁹⁶, dissoudre les groupes armés illégaux et détruire les stocks d'armes¹⁹⁷.

L'aide apportée par la M.A.N.U.A. en matière de renforcement des institutions trouve une bonne illustration dans le cadre de l'organisation des élections, sa première mission. Elle organise donc des opérations d'inscription sur les listes électorales. Au total, 10.5 millions de votants furent recensés, dont 41% de femmes¹⁹⁸.

Concrètement, les élections présidentielles eurent lieu le 9 octobre 2004. 18 candidats dont une femme se présentèrent. Les observateurs nationaux étaient sur place pour contrôler le bon déroulement du vote. Malgré l'insécurité ambiante et un appel au boycott, les électeurs se rendirent nombreux aux urnes : on dénombre 70% de votants dont 40% de femmes¹⁹⁹. Ceci dénote la volonté de participer des afghans. Le déroulement des élections fut contesté, c'est pourquoi la M.A.N.U.A. établit un panel indépendant composé d'experts internationaux en matière d'élection. Il conclut que les irrégularités n'avaient eu aucun impact sur le résultat des élections, qui désigne, à 55,4% des électeurs, Hamid Karzaï Président²⁰⁰ ; ce qui est un succès pour la mission des Nations Unies.

L'unité électorale de la M.A.N.U.A. se charge, d'autre part, de l'organisation des élections législatives et locales. Avant la tenue des élections, le Président prit un décret approuvant la révision de la loi électorale²⁰¹. De plus, une Commission des médias, ayant pour compétence le contrôle de l'utilisation des médias par les candidats, ainsi qu'une Commission indépendante ayant pour objet de traiter les contestations de votes, furent établies. Après avoir été déplacées, les élections législatives (pour la *Wolesi Jirga*) et locales se déroulèrent le 18 septembre 2005. 6,4 millions d'afghans se déplacèrent. Bien que les élections aient été contestées et que certaines fraudes électorales aient été reconnues, le Secrétaire général des Nations Unies indiquait en mars 2006 : « *The new Lower House reflects Afghanistan's political and ethnic diversity*, »²⁰². La *Meshrano Jirga*, quant à elle, (c'est-à-dire, la chambre haute du Parlement) est composée de cinquante cinq membres. Au cours du mois de novembre 2005, les 34 Conseils provinciaux ont élu chacun un membre pour y siéger et dix-sept furent nommés par le Président de la République. Le 19 décembre 2005, le Parlement inaugurerait sa première session ; un second succès pour la M.A.N.U.A. en matière électorale.

Enfin, l'intervention des Nations Unies se fait aussi par l'intermédiaire des institutions spécialisées. Celles-ci travaillent en collaboration avec la M.A.N.U.A. Par exemple, le Haut Commissariat aux Réfugiés organise le retour des réfugiés ; le Haut Commissariat aux Droits

¹⁹⁵ Résolution 1536, Conseil de sécurité, 26 mars 2004, S/RES/1536 (2004), § 5 et 10.

¹⁹⁶ Résolution 1589, Conseil de sécurité, 24 mars 2005, S/RES/1589 (2005), § 9.

¹⁹⁷ Résolution 1662, Conseil de sécurité, 23 mars 2006, S/RES/1662 (2006), § 7.

¹⁹⁸ La résolution 1471 du Conseil de sécurité, approuve la création, le 8 juillet 2004, d'une unité électorale au sein de la M.A.N.U.A. Résolution 1471, Conseil de sécurité, 28 mars 2003, S/RES/1471 (2003), § 1 et 2.

¹⁹⁹ Information accessible sur le site de la M.A.N.U.A. www.unama-afg.org/about/pa/political_affairs.htm, consulté le 19 avril 2006.

²⁰⁰ Hamid Karzaï était suivie de Yonus Qanooni avec 16,3% des votes, par Haji Mohammad Mohaqeq avec 11,6% des votes et par Abdul Rashid Dostum avec 10% des votes.

²⁰¹ *Electoral law*, de la République islamique d'Afghanistan adoptée le 27 mai 2004.

²⁰² Secrétaire général des Nations Unies, 7 mars 2006, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », S/2006/154, § 6.

de l'Homme a pour mission d'aider la Commission indépendante afghane des droits de l'homme²⁰³. Le Programme des Nations Unies pour le développement (P.N.U.D.), le Programme alimentaire mondial (P.A.M.), ainsi que le Fond des Nations Unies pour l'enfance (U.N.I.C.E.F.) étaient présents de longue date dans le pays. La contribution du P.N.U.D. s'articule autour de la reconstruction des structures gouvernementales, l'aide aux différentes Commissions créées par l'Accord de Bonn et la reconstruction matérielle permettant le fonctionnement des ministères et donc du gouvernement. Comme l'explique Soheyla Chahkar-Farhang, conseillère spéciale auprès de l'Administrateur du Programme, « *la faiblesse des droits et structures est [...] l'une des principales causes de la pauvreté et un des plus grands obstacles à la reconstruction* »²⁰⁴. Après avoir rappelé la nécessité d'une reconstruction durable, elle indique, concernant le cas de l'Afghanistan,

*« Pour la première fois, il y a eu un effort réel d'intégration de l'appel à l'assistance humanitaire pour les besoins immédiats à des efforts à long terme de redressement et de reconstruction. C'est aussi un exemple unique d'une contribution des Nations Unies à une reconstruction totale de l'État. Une contribution délibérément basée sur [...] la participation de la population aux prises de décision et la mise en place dès le début des bases d'une bonne gouvernance »*²⁰⁵.

2. Quand le rôle des Nations Unies se trouve cantonné : le cas de l'Irak

La résolution 1483 avait imaginé une large contribution des Nations Unies. L'Organisation devait intervenir en Irak dans plusieurs domaines, tant pour apporter son concours à un processus de transition politique et contribuer à la sécurité et au bien être des irakiens, que pour assurer la promotion des droits de l'homme et de l'état de droit, ou apporter l'aide humanitaire et l'aide à la reconstruction des infrastructures et de l'économie.

Toutefois, cette contribution va se développer en deux temps. D'abord, l'Organisation aura un rôle restreint. Dans un second temps, lié à l'enlisement de la Coalition, l'O.N.U. interviendra de façon plus intense.

Durant la première période, le rôle des Nations Unies en Irak se trouve cantonné au secteur humanitaire. Un représentant spécial du Secrétaire général est désigné, conformément à la résolution 1483, Sergio Vieira de Mello est nommé le 27 mai 2003²⁰⁶. Son mandat consiste à coordonner l'aide humanitaire, l'aide à la reconstruction apportée par les organes des Nations Unies et par les Organisations non gouvernementales et à faciliter le retour des réfugiés. Mis à part cette compétence restreinte, le Conseil de sécurité ne fait que valider les initiatives prises par la Coalition ; comme par exemple par la résolution 1500, à propos du C.I.G.²⁰⁷. Le Conseil de sécurité n'impose aucun contrôle à l'*Autorité Provisoire de Coalition*.

²⁰³ Résolution 1471, Conseil de sécurité, 28 mars 2003, S/RES/1471 (2003), § 6.

²⁰⁴ CHAHKAR-FARHANG (S.), « La contribution des Nations Unies à la reconstruction de l'État », in MEHDI (R.) (dir.), *L'ONU et l'Afghanistan*, colloque des 17 et 18 janvier 2003 en l'honneur de MAHIOU (A.), Paris, Pedone, 2003, pp. 162.

²⁰⁵ *Ibidem* p. 164.

²⁰⁶ Résolution 1483, Conseil de sécurité, 23 mai 2003, S/RES/1483 (2003), § 8.

²⁰⁷ « *Se félicite de l'établissement, le 13 juillet 2003, du Conseil de gouvernement de l'Iraq, largement représentatif, qui marque une étape importante vers la formation par le peuple iraquien d'un gouvernement* »

Alors que l'Organisation avait pris les devants en matière de reconstruction, en Afghanistan, son rôle est effacé dans le cadre de l'Irak par l'intervention de la Coalition. C'est une transition majeure avec les douze années précédentes. Sans adhérer totalement aux actions menées, le Conseil de sécurité, profondément divisé, adopte des résolutions en demi-teinte, sans s'approprier les mesures mises en œuvre par la Coalition. Il « *se félicite* » seulement de leur existence. Par la résolution 1483, il constate l'occupation de l'Irak, puis par la résolution 1511, il autorise une force multinationale dirigée par la Coalition. Les forces d'occupation sont-elles, dès lors, recyclées en forces multinationales ? « *Les résolutions 1483 et 1511, même si elles n'attribuent pas à ce pouvoir de facto le sceau de la légalité, ne lui en accorde pas moins le bénéfice de la durée, ce qui ne manque pas d'être contradictoire du point de vue juridique* »²⁰⁸. De même sans vouloir légitimer l'occupation après coup, il accorde à l'autorité la direction de certaines missions importantes, par exemple, la formation d'une administration transitoire, le relèvement de l'économie ou la réforme juridique²⁰⁹. C'est en cela que ces résolutions « *permit a colourable claim of legitimation – if not legalization – of the idea that the occupying power is authorized [...]* »²¹⁰. Pour le professeur Ben Achour, « *[l]a première résolution dans l'après-conflit irakien (1483 du 22 mai 2003) ne constitue pas une reconnaissance de la légalité internationale de la guerre. Mais elle autorise la mise en place sous les auspices indirectes de l'ONU d'un régime d'occupation, sans les effets induits d'une agression* »²¹¹.

Or, dès le mois de juillet 2003, le Secrétaire général rappelle, dans son premier rapport, le rôle que devrait mener les Nations Unies conformément à la résolution 1483. Il évoque pour la première fois la création d'une mission d'assistance²¹² et en détaille le mandat²¹³. Ce sont des compétences d'envergure que la mission, sous la direction du Représentant spécial, aura à mener notamment, la fourniture de l'aide humanitaire ; l'aide à l'élaboration des régimes électoraux ; la promotion des droits de l'homme ; le rétablissement des tribunaux et l'établissement d'un Centre de formation judiciaire ; une aide constitutionnelle ; la formation des forces de police ; la démobilisation et la réinsertion des soldats ; la réforme de la fonction publique et l'aide à la bonne gestion des affaires publiques.

Conformément à ce rapport, le Conseil de sécurité établit, par la résolution 1500, la Mission d'assistance des Nations Unies en Irak (M.A.N.U.I.)²¹⁴. Celle-ci aura un mandat originaire de 12 mois qui sera reconduit. Par la suite, l'O.N.U. n'aura de cesse de tenter d'accélérer le processus de transition vers un Irak souverain, en posant des « ultimatums » à

représentatif internationalement reconnu qui exercera la souveraineté de l'Iraq », Résolution 1500, Conseil de sécurité, 14 août 2003, S/RES/1500 (2003), § 1.

²⁰⁸ KOHEN (M.) « L'administration actuelle de l'Irak : vers une nouvelle forme de protectorat ? », *op. cit.*, p. 302.

²⁰⁹ Résolution 1483 du Conseil de sécurité, 22 mai 2003, S/RES/1483 (2003), § 8 et 9.

²¹⁰ BHUTA (N.), « *The Antinomies of Transformative Occupation* », *E.J.I.L.* 2005 Volume 16, n° 14, p. 735.

²¹¹ Ben Achour cité in DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 309.

²¹² Secrétaire général, rapport présenté en application du paragraphe 24 de la résolution 1483 (2003) du Conseil de sécurité, 17 juillet 2003, S/2003/715, § 100.

²¹³ *Ibidem*, § 98 et 99.

²¹⁴ Résolution 1500, Conseil de sécurité, 14 août 2003, S/RES/1500 (2003), § 2.

l'*Autorité*²¹⁵. Le Conseil de sécurité rappelle régulièrement les principes de liberté des peuples à s'autodéterminer, de souveraineté et d'intégrité. Il met, par ailleurs, en exergue les compétences des Nations Unies pour un recours plus important à celle-ci, les qualifiant d'« *uniques* »²¹⁶ ; mais, sa participation demeure sous l'autorité de la Coalition²¹⁷.

La M.A.N.U.I. s'engagera davantage dans une seconde phase, suite au transfert de souveraineté, en juin 2004²¹⁸. En effet, avec l'insécurité grandissante, l'*Autorité Provisoire de Coalition* la sollicite davantage. La résolution 1546 marque un tournant. Après avoir souligné la création d'un gouvernement irakien indépendant, ainsi que la fin de l'occupation²¹⁹, elle détaille le mandat du R.S.S.G. en Irak²²⁰. Toutefois, malgré le franchissement de cette étape cruciale, l'O.N.U. n'a pas le même impact qu'en Afghanistan. Elle demeure en retrait. Malgré la fin officielle de l'occupation, les forces militaires restent sur le terrain²²¹.

Ainsi, ce n'est qu'en apparence, que l'O.N.U. semble étendre ses pouvoirs au détriment de ceux des États en reconstruction, ce qui annoncerait selon certains la fin de l'État. Or, dans le cadre de la reconstruction en Afghanistan, il semble qu'en réalité l'O.N.U. participe simplement à la mise en œuvre de la reconstruction telle que souhaitée par les acteurs internes de l'État. Les États, intervenant sur le terrain, possèdent aussi un rôle phare. Ils apportent les moyens humains, matériels et financiers nécessaires à la reconstruction²²². Mais dans le cadre de l'Irak, les États tiers détiennent des attributions bien plus grandes. Ils ont une influence importante, puisqu'ils gouvernent l'État, dans un premier temps. Nous sommes, par conséquent, loin de la disparition de l'État en tant qu'acteur, mais aussi en tant que sujet du droit international. De plus, l'État est le sujet de droit international qui se situe au cœur du processus de reconstruction.

²¹⁵ Les résolutions précisent, par exemple: « *Engage l'Autorité, dans ce contexte, à remettre dès que possible les responsabilités et pouvoirs gouvernementaux au peuple irakien et la prie, en coopération selon que de besoin avec le Conseil de gouvernement et le Secrétaire général, de lui rendre compte des progrès réalisés* », tel la résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003), § 6.

²¹⁶ Résolution 1511, Conseil de sécurité, 16 octobre 2003, S/RES/1511 (2003), § 10.

²¹⁷ DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op.cit.*, p. 350.

²¹⁸ Ainsi, l'O.N.U. fait évoluer son mandat en fonction des nécessités et surtout des possibilités liées au rapport entre l'Organisation et la Coalition.

²¹⁹ Résolution 1546, Conseil de sécurité, 8 juin 2004, S/RES/1546 (2004), § 1 et 2.

²²⁰ Résolution 1546, Conseil de sécurité, 8 juin 2004, S/RES/1546 (2004), § 7: « *Decides that in implementing, as circumstances permit, their mandate to assist the Iraqi people and government, the Special Representative of the Secretary-General and the United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI), as requested by the Government of Iraq, shall: (a) play a leading role to: (i) assist in the convening, during the month of July 2004, of a national conference to select a Consultative Council; (ii) advise and support the Independent Electoral Commission of Iraq, as well as the Interim Government of Iraq and the Transitional National Assembly, on the process for holding elections; (iii) promote national dialogue and consensus-building on the drafting of a national constitution by the people of Iraq; (b) and also: (i) advise the Government of Iraq in the development of effective civil and social services; (ii) contribute to the coordination and delivery of reconstruction, development, and humanitarian assistance; (iii) promote the protection of human rights, national reconciliation, and judicial and legal reform in order to strengthen the rule of law in Iraq; and (iv) advise and assist the Government of Iraq on initial planning for the eventual conduct of a comprehensive census* ».

²²¹ Pour plus de précision sur le rôle de la M.A.N.U.I., www.uniraq.org, consulté le 28 avril 2006.

²²² Par exemple, résolution 1386, *op.cit.*, § 8, en ce qui concerne la F.I.A.S.

Ce premier paragraphe nous a permis, en outre, de mesurer la variation qu'il pouvait y avoir dans les opérations de reconstruction. Or, ces variations vont avoir un impact sur l'exercice du pouvoir constituant. Lorsque l'État fut administré immédiatement par les acteurs nationaux, les influences sur le pouvoir constituant seront plus limitées, puisque les acteurs externes n'exercent que des compétences accessoires ; mais elles demeurent, vu la déconstruction initiale qu'a subi l'État. Le Secrétaire général des Nations Unies reconnaît lui-même que, « *ces opérations de rétablissement et de consolidation de la paix sont des occasions que les organisations ne doivent pas manquer de saisir de faire bouger des sociétés inadaptées aux exigences contemporaines sur la place du droit dans la vie sociale* »²²³. Alors que, quand l'État est administré unilatéralement par un tiers, ce dernier a la main mise sur les compétences régaliennes et peut donc, à son gré, influencer le pouvoir constituant.

Ainsi, dans les deux cas, en Irak et en Afghanistan, le pouvoir constituant a été, dans une certaine mesure internationalisé. Il nous faut désormais examiner comment.

Paragraphe 2 : L'internationalisation du pouvoir constituant²²⁴

Le processus d'élaboration d'une Constitution est mené, en principe, par le peuple ou la nation et leurs représentants. Il nous faut, par conséquent, étudier les organes représentatifs détenteurs de « la souveraineté interne »²²⁵ et donc, officiellement, de ce pouvoir constituant (I), avant d'analyser son exercice (II).

I. Les organes représentatifs détenteurs officiels du pouvoir constituant

D'après le Professeur Klein, « *Le pouvoir constituant traite tant du pouvoir d'édiction d'une norme particulière à savoir la Constitution, c'est-à-dire du pouvoir d'édicter la norme la plus élevée dans un système juridique, que du pouvoir de révision de cette norme* »²²⁶. Nous allons nous focaliser ici sur le pouvoir constituant originaire.

En Afghanistan, ce pouvoir fut exercé de longue date par la *Loya Jirga* (A), alors qu'en Irak une Assemblée constituante fut désignée (B).

A. La *Loya Jirga* constituante²²⁷

Il nous faut préciser d'abord, que les interlocuteurs afghans présents à la Conférence de Petersberg ne symbolisent pas le pouvoir constituant. Comme le souligne Lakhdar Brahimi,

« [les acteurs internes] *ne sont pas tous là – et ceux qui sont présents ne sont pas toujours représentatifs de toutes les factions, encore moins de l'ensemble*

²²³ Rapport du Secrétaire général S/2004/616, cité in DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 394.

²²⁴ Cette notion est emprunté à MAZIAU (N.), « L'internationalisation du pouvoir constituant, essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *R.G.D.I.P* 2002 n° 106, pp. 549-579.

²²⁵ Nicolas Maziau distingue souveraineté interne et internationale : « *La théorie du droit enseigne qu'il existe deux formes de souveraineté : la souveraineté interne dont le détenteur est le monarque, ou dans les formes modernes de démocratie, le peuple ou la nation ; la souveraineté internationale qui est la capacité dont jouit l'Etat de s'engager par un acte de volonté internationale* », MAZIAU (N.), *op. cit.* p. 550.

²²⁶ KLEIN (CL), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF 1996, p. 4, cité par MAZIAU (N.), *op. cit.* p. 549.

²²⁷ Le terme de *Loya Jirga* peut être traduit par la notion de « Grande Assemblée », selon BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 284.

*de la population afghane. [...] les Talibans ont été mis en déroute et disqualifiés : ils ne pouvaient plus être partie prenante à une négociation de paix »*²²⁸.

De plus, ils n'avaient pas pour mission de rédiger une Constitution. Cependant, ils vont contribuer en partie à l'élaboration et à l'évolution des règles et principes qui seront inscrits dans la nouvelle Constitution, puisqu'ils imposent, par exemple, le principe de l'élection libre au suffrage universel ou la réunion de la *Loya Jirga* pour adopter la Constitution. Toutefois, le pouvoir constituant sera incarné par la *Loya Jirga* constituante.

La *Loya Jirga*, institution coutumière, est l'organe fondateur de l'Afghanistan moderne. Elle fut réunie pour la première fois en 1707, puis en 1747, lorsqu'elle fonda l'État afghan et désigna un Roi, de façon laïque. Elle était alors composée des principaux chefs de tribus Pachtounes, ainsi que d'un contingent militaire Ouzbek²²⁹.

Originellement, la *Loya Jirga* n'avait donc rien de constituant, car l'Afghanistan était alors doté de lois fondamentales non écrites²³⁰. Ce n'est qu'en 1925 qu'une *Loya Jirga* constituante est réunie, dans le but d'adopter la Constitution du Roi Amanullah, élaborée en 1923. Dès cette période, elle agira de façon libre, modifiant le projet du Roi jusqu'à le dénaturer²³¹. La *Loya Jirga* sera institutionnalisée par la Constitution monarchique de 1964, principalement aux articles 78, 79 et 81. La Constitution de 1977 précise dans son article 65, qu'elle incarne « *l'organe suprême du pouvoir et de la volonté du peuple* ». Celle-ci lui attribue également expressément des compétences, telle que la modification de la Constitution²³².

L'Accord de Bonn prévoyait la réunion d'une *Loya Jirga* constituante par « *l'Autorité de transition* ». C'est pourquoi le 3 novembre 2002, cette administration donne pour mandat à une Commission, composée de neuf membres, l'élaboration d'une ébauche de Constitution. Elle se compose de juristes et de chercheurs, de deux femmes et est présidée par le vice-président Ustad Niematullah Sharani. Le R.S.S.G. apporte ses bons offices à la Commission. De même, un Comité d'assistance juridique pour l'Afghanistan a été mis en place pour proposer à l'Administration intérimaire divers modèles²³³. La Constitution de 1964 fut utilisée comme premier document de travail. Or, une fois de plus dans l'histoire afghane, les tensions entre les représentants de l'ethnie majoritaire Pachtoune et les minorités, notamment Tadjik, ressurgirent²³⁴. L'ébauche élaborée par la Commission fut finalement adoptée comme

²²⁸ BRAHIMI (L.), « Allocution d'ouverture », in MEHDI (R.) (dir.), *L'ONU et l'Afghanistan*, *op. cit.*, p. 20.

²²⁹ « *Cette cérémonie symbolisa la naissance, en Afghanistan, de la monarchie et aussi de l'État, dont le processus de désignation et la composition de la Loya Jirga, ainsi que l'appellation de l'heureux élu sont d'une extrême importance, en matière de politique et de droit constitutionnel, par l'absence de toute référence à la religion* », BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 19.

²³⁰ *Ibidem*, p. 28.

²³¹ *Ibidem*, pp. 37-47.

²³² Constitution de l'Afghanistan du 24 février 1977, article 67, cité in BACHARDOUST (R.), *op. cit.*

²³³ Le Comité d'assistance juridique pour l'Afghanistan avait été établi par l'O.N.U., en 2002 et en collaboration avec l'Université de New York. En font parti une cinquantaine de juristes afghans en exil et des occidentaux. BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 307.

²³⁴ « *La méfiance était si grande entre les différents acteurs que Lakhdar Brahimi entraînait dans le jeu à la fois comme recours et arbitre pour tenter de réconcilier les deux camps, pachtounes contre les minorités, qui se radicalisaient d'heure en heure. Deux jours et demi de difficiles négociations en compagnie de l'ambassadeur*

Constitution nationale le 4 janvier 2004, par une *Loya Jirga* constituante, composée de 502 représentants, suite à une étude intense qui avait débuté le 13 décembre 2003.

La *Loya Jirga* constituante semble avoir travaillé de façon indépendante. Elle était d'abord représentative, vu les sélections effectuées par la Commission. Elle fut, ensuite, en mesure de débattre. Elle adopta enfin, la nouvelle Constitution élaborée par la Commission et amendée par ses représentants. En dernier lieu, la *Loya Jirga* est un pouvoir constituant légitime, puisqu'elle est désignée par l'Accord de Bonn et que traditionnellement²³⁵, c'est à elle que revient ce pouvoir.

B. L'Assemblée constituante irakienne

L'Article 5 de l'Accord « *Agreement on Political Process* », indique que le pouvoir constituant sera élu par les irakiens. Son ébauche sera ensuite soumise à référendum. Une fois adoptée, elle entrera en vigueur quand un gouvernement aura été élu²³⁶.

Une Assemblée constituante est donc établie dans le but d'élaborer une Constitution avant le 15 août 2005. Sa composition reflète les résultats de l'élection législative du 30 janvier 2005. Elle est formée de 55 membres, la moitié sont des chiïtes et un quart représente les Kurdes. Huit femmes en font parties²³⁷. Certaines provinces sunnites n'ont pas pu voter aux élections du 30 janvier, en raison des violences et de l'appel au boycott. Ainsi, seulement deux sièges sont attribués aux sunnites au sein de l'Assemblée constituante. Cependant, le 16 juin 2005, les sunnites obtiennent quinze sièges supplémentaires, ainsi que dix sièges d'observateurs. Les tensions entre représentants des différentes communautés furent si grandes, les sunnites étant en opposition avec les propositions communes des chiïtes et des Kurdes en matière de fédéralisme²³⁸, que la date de dépôt du projet de Constitution fut repoussée à deux reprises.

Toutefois, l'Assemblée était-elle vraiment indépendante ? Malgré la fin de l'occupation, l'ambassadeur américain intervint dans le processus, lorsque la constituante était dans l'impasse. Ce fut le cas, par exemple, pour déterminer les sources du droit, plus précisément pour savoir si l'Islam serait « La source » ou une source de la législation²³⁹.

des États-Unis, Zalmay Khalilzad, lui auront été nécessaires pour obtenir un consensus qui paraissait alors très menacé, certains envisageant même un échec de la *Loya Jirga*. », CHIPAUX (F.), « Lakhdar Brahimi, envoyé spécial de Kofi Annan, lance un dernier appel pour le règne de la loi », *Le Monde*, 6 janvier 2004.

²³⁵ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 16-24, puis pp. 284-286.

²³⁶ Agreement on Political Process, 15 novembre 2003, article 5 : « *The constitutional process and timeline will ultimately be included in the Fundamental Law, but need to be agreed in advance, as detailed below. A permanent constitution for Iraq will be prepared by a constitutional convention directly elected by the Iraqi people. Elections for the convention will be held no later than March 15, 2005. A draft of the constitution will be circulated for public comment and debate. A final draft of the constitution will be presented to the public, and a popular referendum will be held to ratify the constitution. Elections for a new Iraqi government will be held by December 31, 2005, at which point the Fundamental Law will expire and a new government will take power* ».

²³⁷ « *Of the eight women on the committee, five represented the UIA [The Shiite United Iraqi Alliance], two were Kurdish representatives and only one, Dr. Rajaa al-Khuzai, was an independant* », COLEMAN (I.), « *Women, Islam, and the New Iraq* », *Foreign Affairs*, janvier/février 2006, volume 85/1, p. 30.

²³⁸ À propos du compromis entre Chiïte et Kurdes, certains le qualifie de *gentleman agreement*. Lire à ce sujet, MOUBAYED (S.), « *A Gentleman's Agreement in Iraq* », *Asia Times*, 5 avril 2005, www.globalpolicy.org, consulté le 30 novembre 2005.

²³⁹ COLEMAN (I.), *op. cit.*, p. 30.

De plus, la remise du projet de Constitution par le Comité de rédaction à l'Assemblée nationale eu lieu sans attendre qu'il y ait consensus. En effet, il a « *déposé son projet [...] sans l'approbation des 15 membres arabes sunnites du comité et sans vote* », or cela « *affaiblit considérablement les perspectives de stabilité à court terme en Irak* »²⁴⁰, de même que la légitimité du projet constitutionnel lui-même, pourrait-on ajouter.

Enfin, la Constitution fut soumise au référendum, le 15 octobre 2005. Elle fut adoptée, malgré les fortes tensions entre communautés et la présence de soldats étrangers. Seulement trois provinces sur dix-huit se sont positionnées contre le projet, les provinces de Ninive²⁴¹ et sa capitale Mossoul, de Al-Anbar²⁴² et sa capitale Ramadi ainsi que celle de Salaheddine²⁴³ et sa capitale Tikrit. Pour les autres provinces les votants adoptèrent le nouveau texte, par une forte majorité. Cependant, cette adoption se fit dans des conditions extraordinaires, puisque des amendements au texte sont intervenus jusqu'au 14 octobre 2005, veille du référendum et alors que le pouvoir constituant avait été internationalisé.

II. Un exercice encadré

« *Il est important lorsque l'on parle d'État de garder à l'esprit que ce n'est pas une figure sociale univoque* »²⁴⁴. Or, l'internationalisation du pouvoir constituant contrevient à ce postulat.

L'exercice du pouvoir constituant est encadré, puisque les acteurs étrangers sont impliqués dans cette phase d'élaboration de la Constitution. Nous allons constater que la forme d'implication des acteurs étrangers varie en fonction du type d'encadrement mis en œuvre (A) et que selon le degré d'implication des acteurs externes, les risques de voir échouer le processus de reconstruction sont plus ou moins probables (B).

A. La forme d'implication des acteurs étrangers dans l'exercice du pouvoir constituant

Que ce soit en Afghanistan, un exemple d'encadrement collectif du processus d'élaboration de la Constitution, ou en Irak, un cas d'encadrement unilatéral par la puissance occupante, certaines actions ou décisions prises par les acteurs étrangers ont pu avoir une influence sur l'exercice du pouvoir constituant.

L'exercice libre et indépendant de ce pouvoir, est-il suffisant et laisse-t-il réellement libre cours à la volonté du peuple ? Une telle question doit être posée si l'on veut déterminer l'influence des systèmes juridiques occidentaux dans ce travail de reconstruction.

En premier lieu, certains cas d'implication directe de la part des acteurs externes, dans l'exercice du pouvoir constituant, furent dénoncés. Par exemple, en Irak, celui de l'Ambassadeur américain Zalmay Khalizad. En effet, d'après les responsables de la M.A.N.U.I., notamment Justin Alexander, « *it is a matter of public record that in the final*

²⁴⁰ JOLICOEUR (P.), « Le fédéralisme en Irak, une solution réaliste ? », *Points de mire* volume 6, n° 7, 14 septembre 2005, www.er.uqam.ca/nobel/cepes, consulté le 20 avril 2006.

²⁴¹ Avec 44,92% de oui et 55,08% de non, selon le site www.nouvelobs.com/articles/p2165/hebdo.html, consulté le 25.10.2005.

²⁴² Avec 03,04% de oui et 96,96% de non, www.nouvelobs.com/articles/p2165/hebdo.html, *op. cit.*

²⁴³ Avec 18,25% de oui et 81,75% de non, www.nouvelobs.com/articles/p2165/hebdo.html, *op. cit.*

²⁴⁴ CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « Ouverture », DAUDET (Y.) (dir.), *op. cit.*, p. 107.

weeks of the process the newly arrived U.S. ambassador took an extremely hands-on role [...] Even going so far as to circulate at least one U.S. draft »²⁴⁵.

En second lieu, les pouvoirs constituants ont été internationalisés du fait de l'implication extérieure dans le processus de reconstruction.

D'abord, malgré la signature de l'Accord de Bonn, par les protagonistes afghans, le choix d'accepter l'aide internationale n'a-t-il pas été fait sous la pression des acteurs extérieurs ? D'une part, l'Accord de Bonn a pour base un projet du Secrétaire général. Les acteurs nationaux ont pu l'amender, cependant, la proposition venait de l'extérieur. Or, cet accord impose certaines obligations au futur pouvoir constituant afghan. N'aurait-il pas été plus protecteur pour la souveraineté nationale de faire venir le projet de l'intérieur, malgré les difficultés que cela entraînait, liées aux positions bien différentes que proposait chaque groupe ? D'autre part, il n'a pas été seulement question de bons offices pour les Nations Unies, mais aussi de « diplomatie de couloir ». Zalmāi Haquani termine, en effet, son paragraphe sur les origines et le déroulement de la Conférence de Petersberg en expliquant : « *Si toutes ces questions ont pu trouver, non sans mal, leurs réponses c'est, d'abord, parce que les Nations Unies et, en particulier, l'Ambassadeur Brahimi et son équipe ont bien utilisé la diplomatie de couloir et les démarches informelles de nuit auprès des uns et des autres* »²⁴⁶. Or, la diplomatie de couloir n'a-t-elle pas pour but d'éliminer les réticences par des techniques de « négociations intensives » ? Le jeu des rapports de pouvoir est inhérent aux relations internationales. Cependant, il s'agit ici de pressions exercées sur les négociateurs afghans, qui ont pu, à terme influencer le pouvoir constituant.

Que dire du pouvoir constituant en Irak ? Son exercice fut conditionné par plusieurs mois d'occupation et organisé par la puissance occupante. En Irak, il y eu, durant une année, substitution totale de l'administration étrangère à l'administration nationale. Or, cette administration a introduit de nouveaux standards au sein du système juridique irakien, à travers les nombreux règlements adoptés.

Les accords signés par les protagonistes nationaux avec les acteurs onusiens ou avec la puissance occupante, tels, l'Accord de Bonn du 5 décembre 2001 ou l'Accord du 15 novembre 2003, *Agreement on Political Process*, contiennent d'ores et déjà l'énonciation détaillée de certains principes, nous l'avons étudié plus haut. Par exemple, ils renferment l'obligation de protection des droits de l'homme ou les principes démocratiques, ou encore, la forme de l'État, en l'occurrence, le fédéralisme pour l'Irak. Or, le pouvoir constituant est tenu de respecter ces obligations auxquelles il n'a pas lui-même souscrit. Le Professeur Maziau donne l'exemple de la Constitution de Namibie du 9 février 1990. Le pouvoir constituant a du respecter des principes issues du plan de paix et imposés par des puissances étrangères soutenues par les Nations Unies. « *Le pouvoir constituant du Souverain namibien était encadré par des principes directeurs qu'il n'a pas adopté* » nous explique-t-il. « *Ils font partie du plan de paix et ont 'force obligatoire pour les parties', selon le Secrétaire général de l'ONU. Ainsi, pour E. Jouve, 'la liberté des constituants n'a pas été entière'* »²⁴⁷. C'est également le cas en Irak et en Afghanistan.

²⁴⁵ Justin Alexander, cité in JAMAIL (D.), « *US Influence 'Too Much'* », *Inter Press Service*, 5 septembre 2005, www.globalpolicy.org, consulté le 30 novembre 2005.

²⁴⁶ HAQUANI (Z.) « Rapport introductif, la crise afghane de 1973 à 2003 », *op cit*, p. 36.

²⁴⁷ MAZIAU (N.), « L'internationalisation du pouvoir constituant, essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *op. cit.*, p. 558.

D'autres part, ces accords subordonnent l'État aux principes du droit international conventionnel, ce qui ne pose pas de problème, mais aussi aux principes de droit international général. Or, comment faire si l'un de nos deux États est objecteur persistant à une coutume de droit international ? Est-ce que cela signifie que par la signature de ces accords, qui admettent la subordination au droit international général, l'État doit renoncer à ses objections ?

En outre, dès la résolution 1378, concernant l'Afghanistan, nous pouvons constater une déviance. Le texte commence par rappeler, dans son préambule les principes directeurs en droit international²⁴⁸. Cependant, le Conseil de sécurité appelle ensuite l'Afghanistan à mettre sur pied une administration provisoire et un Gouvernement selon les principes démocratiques²⁴⁹. S'agissant d'une résolution du Conseil de sécurité, elle est obligatoire pour les membres des Nations Unies. Or, l'État ainsi que le peuple Afghan avaient-ils auparavant exprimé leur choix quant à un modèle de gouvernance ? Répondre par la négative à cette question semble être l'unique possibilité, puisque la résolution 1378 date du 14 novembre 2001 et que l'Accord de Bonn a été signé le 5 décembre. De plus, cette résolution est adoptée alors que le pays est sous le choc d'une intervention militaire et que les forces du gouvernement légal de l'État sont entrées la veille dans Kaboul. Il est douteux qu'une réflexion sereine ait pu, à ce moment là, être établie. Enfin, le Conseil en appelle à l'appui des États, en lieu et place de l'État afghan²⁵⁰. Ainsi, on s'écarte du critère maintes fois souligné par Boutros Boutros-Ghali, quant à l'acceptation de l'aide pourvue par les Nations Unies.

De plus, l'une des missions menée par les acteurs extérieurs était l'assistance constitutionnelle. La Commission pour la *Loya Jirga* constituante en Afghanistan, par exemple, a travaillé en étroite collaboration avec les responsables de la M.A.N.U.A. ainsi qu'avec le R.S.S.G. des Nations Unies. Elle ne s'est pas substituée aux membres de la Commission ou aux représentants de la *Loya Jirga*. Toutefois, la M.A.N.U.A. est à l'origine d'une influence certaine. Il en va de même en Irak avec la M.A.N.U.I. Nous pouvons mettre les exemples afghans et irakiens en corrélation avec l'expérience de l'O.N.U. au Timor oriental. Le Professeur Cahin fait remarquer, à ce sujet :

*« l'administration directe du territoire par l'ONU affecte [...] notablement la portée internationale de l'exercice du pouvoir constituant. [...] L'assistance constitutionnelle fournie dans le cadre de cette administration permet [...] d'opérer avec une efficacité certaine la constitutionnalisation de l'acquis démocratique de l'ordre juridique transitoire »*²⁵¹.

²⁴⁸ « Réaffirmant son vif attachement à la souveraineté, à l'indépendance, à l'intégrité territoriale et à l'unité nationale de l'Afghanistan ». Toutes les résolutions procéderont de façon identique par la suite.

²⁴⁹ Résolution 1378 du Conseil de sécurité, 14 novembre 2001, S/RES/1378 (2001), §1: « Exprime son ferme appui aux efforts du peuple afghan visant à établir une nouvelle administration de transition conduisant à la formation d'un gouvernement, l'une et l'autre devant : – Avoir une large base, être multiethniques et pleinement représentatifs du peuple afghan, et être attachés à la paix avec les voisins de l'Afghanistan; – Respecter les droits de l'homme de tous les Afghans, quels que soient leur sexe, leur appartenance ethnique ou leur religion; – Respecter les obligations internationales de l'Afghanistan, et notamment en coopérant sans réserve à la lutte internationale contre le terrorisme et le trafic de drogues à l'intérieur et à partir de l'Afghanistan; et – Faciliter l'acheminement urgent de l'aide humanitaire et le retour en bon ordre des réfugiés et des déplacés lorsque la situation le permettra ».

²⁵⁰ Résolution 1378, Conseil de sécurité, 14 novembre 2001, S/RES/1378 (2001), § 4.

²⁵¹ G. CAHIN, cité par MAZIAU (N.), « L'internationalisation du pouvoir constituant, essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *op. cit.*, p. 561. Sur le déroulement de la reconstruction au Timor oriental, ABLINE (G.), « De l'indépendance du Timor Oriental », *R.G.D.I.P* 2003, pp. 349-375.

Les membres de ces missions, emprunts de modèles juridiques différents, les diffusent lors de leur participation à la reconstruction de l'État. De plus, au-delà de l'assistance constitutionnelle, l'ampleur du mandat accordé à la M.A.N.U.I. et à la M.A.N.U.A. se traduit par un interventionnisme ou un « degré d'intrusion » facteur d'influences.

Par ailleurs, en Irak, on observe qu'un contrôle de fait du pouvoir constituant est mis en œuvre, puisque les membres de l'Assemblée constituante sont désignés au sein de l'Assemblée nationale transitoire dont les membres sont désignés par les conseils municipaux, eux-mêmes désignés par l'*Autorité Provisoire de coalition*, organe qui détient la totalité des pouvoirs jusqu'au 30 juin 2004 et qui incarne les choix de la puissance occupante. De plus, l'*Autorité* prend part à la rédaction de la Constitution provisoire, or celle-ci contient des modifications irréversibles. Le pouvoir constituant sera obligé d'en tenir compte, lors de la rédaction de la Constitution permanente. En outre, la Constitution permanente renvoie à certains articles de la Constitution provisoire²⁵². Ainsi, la volonté de la Coalition demeure.

Enfin, il existe une spécificité commune à l'Irak et à l'Afghanistan. De façon générale, les ressortissants en exil jouent désormais un rôle important. Or, le problème n'est pas dans le fait qu'ils se soient exilés, mais plutôt, du fait qu'ils puissent manifester le désir d'exercer certaines attributions sous la pression de l'État d'exil²⁵³. Par ailleurs, ayant été au contact d'un système juridique différent, ils ont intégré des normes nouvelles, qu'ils sont susceptibles d'introduire au sein des systèmes juridiques de leurs États d'origine. « *Les postes importants qu'ils occupent aujourd'hui [...] et le lien fort créé pendant l'exil avec le pays d'accueil font d'eux des vecteurs privilégiés de l'influence occidentale* »²⁵⁴. De plus, en Afghanistan, l'O.N.U. a mis en place un Comité d'assistance juridique composé de juristes afghans en exil et d'occidentaux. Il avait pour mandat de proposer toutes sortes de modèles juridiques à l'administration transitoire. Or, ces modèles étant élaborés par des juristes imprégnés du modèle juridique occidental, ils sont vecteurs d'influences.

Par conséquent, malgré l'acceptation officielle de l'aide ainsi que l'intervention d'une *Loya Jirga* constituante et d'une Assemblée indépendante ou l'adoption au référendum de la Constitution, le pouvoir constituant agit toujours sous influence. Il n'est donc pas totalement libre, et n'est alors pas totalement souverain. L'élaboration d'une loi fondamentale nouvelle est, par conséquent, l'occasion d'un « métissage juridique », lorsqu'elle intervient dans un processus de reconstruction de l'État internationalisé.

B. Identification des risques

Les risques s'articulent autour du fait que le pouvoir constituant, en Irak et en Afghanistan, n'est plus totalement libre et indépendant. La Constitution n'est plus, aujourd'hui, le produit de sa volonté unique. Il doit tenir compte, à la fois du droit

²⁵² L'article 143 de la Constitution du 15 octobre 2005 renvoie aux articles 53-A et 58 de la *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period* du 8 mars 2004.

²⁵³ Pour ce qui est de l'Irak : « *De son côté le Pentagone fait valoir qu'il reste trop peu de gens de confiance parmi les membres du régime irakien. Il souhaite donc une véritable restructuration des ministères [...], les rôles principaux dans le nouveau gouvernement étant confiés à des Irakiens exilés* », VULLIAMY (E.) et AHMED (K.), « Guerre ouverte à Washington sur le futur de l'Irak », *Courrier International* n° 649, 10 au 16 avril 2003, p. 40. Pour ce qui est de l'Afghanistan et de l'implication des nationaux en exil, REBOUL (C.), « La France dans la concurrence internationale de la reconstruction de l'Afghanistan », janvier 2005, www.hcci.gouv.fr, consulté le 14 décembre 2005, § 3.1.1.

²⁵⁴ REBOUL (C.), « La France dans la concurrence internationale de la reconstruction de l'Afghanistan », *op. cit.*, § 3.2.5.

international, mais également de la volonté des acteurs externes, c'est-à-dire de l'O.N.U. ou des États tiers. Deux schémas peuvent se réaliser. Dans le premier, on peut penser que le principe de souveraineté est garanti (1), dans le second, le risque d'échec se concrétise, car l'ingérence est accrue et le principe de souveraineté violé (2).

1. La sauvegarde du principe de souveraineté facteur de limitation des risques

Pour que la reconstruction soit efficace, une condition doit être nécessairement respectée : celle de l'acceptation par l'État récepteur de l'aide des Nations Unies et des États tiers. Dans le cas de l'Afghanistan, on pourrait penser que le Conseil de sécurité, agissant sur le fondement du Chapitre VII est exonéré de cette condition. Toutes les résolutions mentionnent en effet, la formule clé, telle que, par exemple, dans la résolution 1386 : « *Constatant que la situation en Afghanistan demeure une menace pour la paix et la sécurité internationales* »²⁵⁵. Cependant, même le Conseil de sécurité devrait en tout temps agir avec l'acceptation de l'aide formulée *a priori*, ou même, et ce serait alors une situation idéale, intervenir suite à la demande par l'État lui-même. Il en va de l'efficacité de l'intervention et de sa viabilité à long terme. Les années 1990 ont démontré à quel point les opérations d'impositions de la paix devaient être évitées, il en va de même d'une reconstruction mal ou pas du tout acceptée et des « *opérations d'impositions de la démocratie* ».

En effet, l'intérêt de cette acceptation demeure dans le respect du principe fondamental de souveraineté. Or, l'O.N.U. ou les États tiers doivent ici agir en temps que conseillers ou que tuteurs. L'Organisation doit aussi permettre le dialogue entre les différents protagonistes nationaux, puis avec les intervenants extérieurs (à savoir, les organisations internationales spécialisées ou régionales et enfin, avec les États tiers). L'O.N.U. garantit à terme l'élaboration d'un projet coordonné. Là s'arrête son rôle. En ce qui concerne les organisations internationales autres, ainsi que les États tiers, ceux-ci ont pour rôle l'apport d'une aide concrète, permettant la mise en œuvre des résolutions du Conseil. Enfin, les décisions adoptées par lui sont fondées sur le respect de la volonté des acteurs nationaux de l'État en reconstruction, ce qui les rend légitimes, puisque les principes de souveraineté, de non-ingérence et d'autodétermination sont respectés. Cela les rend aussi efficace, puisque acceptées *a priori*. Cela permet, en conséquence, à chacun des acteurs de la reconstruction d'avoir un champ de compétence et de le conserver, les acteurs principaux étant internes.

Cette conciliation nécessaire, que nous venons d'exposer, est symbolisée par l'Accord de Bonn du 5 décembre 2001, pour ce qui est de l'Afghanistan. Il est donc un exemple de mise en œuvre de la doctrine démocratique des Nations Unies exposée plus haut. Toutefois, pour l'Irak, l'Accord du 15 novembre 2003, *Agreement on Political Process* ne peut recevoir les mêmes qualifications, car il fut signé alors qu'une puissance étrangère occupait et dirigeait le pays. Ainsi, le risque de contrainte est important. De plus, il intervient entre les représentants d'un État occupé et ceux d'un État occupant, les Nations Unies n'y sont donc pas partie.

En Afghanistan, le principe de souveraineté est sauf, puisque le processus de reconstruction a toujours été mené en priorité par les afghans eux-mêmes avec l'aide de l'extérieur, lorsque celle-ci était sollicitée. En Irak, la Constitution a bien été adoptée par

²⁵⁵ Résolution 1386, Conseil de sécurité, 20 décembre 2001, S/RES/1386 (2001), préambule.

référéndum le 15 octobre 2005. Cependant, cette étape ne vaut pas acceptation *a posteriori* de l'intervention par les forces étrangères ou légalisation de l'occupation. Par conséquent, les risques inhérents à la doctrine démocratique ou à la reconstruction juridique exercée de l'extérieur, par les acteurs non nationaux, se réalisent. Le principe de souveraineté est bafoué, car l'ingérence est alors manifeste. La révolution des sources du droit international n'a pas encore eu lieu ; le principe de souveraineté reste un élément fondamental du droit international. Or, une reconstruction efficace ne s'effectue que par le respect de ce principe et donc après acceptation par l'État récepteur²⁵⁶.

2. Concrétisation des risques et ingérence accrue

L'intervention en Irak débuta le 20 mars 2003 et concrétise les risques mis en évidence par le Professeur Salmon²⁵⁷. Le choix de la démocratie n'est pas pleinement et uniquement venu de l'intérieur, il est imposé par la force. Il s'agit donc, d'une reconstruction qui manque de légitimité, car les principes démocratiques y sont imposés. La population irakienne, toutefois, dans un rapport publié en décembre 2002, était en faveur de l'intervention américaine, vue comme le début de la liberté²⁵⁸. Cependant, les irakiens, comme assommés par des années de dictature, n'avaient aucune aspiration quand à la forme juridique de l'État et au modèle de gouvernance à adopter²⁵⁹. Suite à une guerre de 21 jours, l'administration unilatérale par les forces d'occupations est donc privilégiée. Cependant, les irakiens n'avaient pas explicitement accepté de modèle de gouvernance, pas plus qu'une intervention américaine n'avait été officiellement demandée. En outre, ils aspiraient à s'administrer eux-mêmes. La volonté d'une population ne se suppose pas. Or, les États-Unis, pour leur part, avaient, de longue date, réfléchi et le but était pour eux d'implanter la démocratie au Moyen-Orient :

« Dès le 10 octobre [2002], Washington envisage une administration militaire directe de l'Irak. [...] En même temps, les États-Unis préparent l'après-Saddam : du 14 au 16 décembre, réunis à Londres, trois cents délégués de l'opposition irakienne tentent de présenter un front aussi uni que possible sous le patronage américain et s'accordent sur un 'État démocratique et fédéral' »²⁶⁰.

Or, il y a peu de chance qu'une population ait pu désirer tant d'ingérence. En Irak, elle fut rapidement déçue de cette intervention²⁶¹. En effet, la disparition de l'État fut le point de

²⁵⁶ « Globalement, la densité et l'enrichissement du régime juridique des interventions postérieures aux conflits armés, l'encadrement de plus en plus systématique par des organisations internationales des initiatives étatiques [...] sont des phénomènes favorables à une cohérence et à une efficacité accrue du droit international général, y compris dans ses rapports avec des droits internes. La remise en cause de certains tabous politiques et juridiques en rapport direct avec le concept de souveraineté étatique est de nature à autoriser les espoirs d'une véritable révolution dans les sources de droit et les sujets du droit international public », DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 419.

²⁵⁷ Voir *supra* p. 30

²⁵⁸ « De même qu'une grande majorité de la population irakienne, l'opposition ne voit pas d'autre alternative que la guerre pour en finir avec le cauchemar du régime en place », LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, *op. cit.*, p. 348.

²⁵⁹ International Crisis Group, « Épuisé, les Irakiens aspirent à la normalité », in PLOQUIN (J.C.), (dir.), *Irak : le Moyen-Orient sous le choc, Les Cahiers de Confluences*, l'Harmattan 2003, pp. 15-35.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 345-346.

²⁶¹ BARAN (D.), « L'Irak au tournant du 30 juin 2004 : l'incertitude seule souveraine », *op. cit.*, pp. 104-109.

départ de la reconstruction menée sous domination américaine : « *L'État irakien 'moderne', fondé en 1920 par la puissance mandataire britannique, a cessé d'exister* »²⁶².

Par conséquent, en droit international, le principe de légitimité démocratique est ici violé, de même que les principes de souveraineté, de liberté des peuples à s'autodéterminer ou de non-ingérence, sans parler de l'interdiction du recours à la force. La mise en œuvre de la démocratie, en Irak, intervient de façon contraire aux prescriptions du droit international. Or, ceci explique pourquoi les risques inhérents à une reconstruction mal acceptée se sont réalisés. En effet, la reconstruction de l'extérieur suscite alors « la révolte légitime ». Elle n'a que peu de chance de s'enraciner dans la durée, car le peuple ne se reconnaît pas dans ces nouveaux principes imposés et désormais constitutionnalisés.

Arrivés au terme de ce premier chapitre, nous avons rappelé la difficile conciliation entre des principes fondamentaux, encrés de longue date en droit international, et la pratique récente des organes des Nations Unies, en matière de démocratisation de l'État. Cependant, les reconstructions afghane et irakienne, bien que fondées sur la doctrine démocratique, s'avèrent bien différentes l'une de l'autre. La première, s'effectue en collaboration avec l'O.N.U. et sans administration directe du territoire, il s'agit de la contribution extérieure à l'élaboration de règles constitutionnelles nouvelles ; alors que pour la seconde, la déviance est manifeste puisqu'il s'agit d'un cas d' « *administration unilatérale sous contrôle collectif* »²⁶³. La doctrine démocratique est alors imposée par un État tiers. Dans les deux cas, le pouvoir constituant exerce sous influence, mais la différence de degré est significative. En Irak, la violation de la souveraineté est manifeste. En Afghanistan, bien que les acteurs internes demeurent les acteurs principaux, en conservant la main mise sur la prise de décisions et l'exercice du pouvoir constituant, ils travaillent, en collaboration avec les fonctionnaires des Nations Unies et les États tiers. Ainsi, une influence est incontournable, puisque la doctrine démocratique de l'O.N.U. est inspirée du modèle occidental de démocratie libérale²⁶⁴.

Enfin, on peut se poser la question du contexte dans lequel les pouvoirs constituants ont évolué: il s'agit notamment d'un contexte conflictuel et d'occupation, que nous allons désormais examiner dans un second chapitre.

²⁶² LUIZARD (P.J.), *La question irakienne, op. cit.*, p. 341.

²⁶³ Distinction élaborée par D'ASPREMONT (J.), « La création internationale d'États démocratiques », *R.G.D.I.P.* 2005, Tome 109/4, p. 895 et 902.

²⁶⁴ MENEMENIS (A.), « L'assistance constitutionnelle et administrative comme condition de la restauration de l'État », in DAUDET (Y.) (dir.), *op. cit.*, pp. 46-48.

Chapitre 2 : L'exercice du pouvoir constituant dans un contexte particulier

Le contexte particulier dans lequel évolue le pouvoir constituant peut être exposé en deux axes. Il s'agit d'abord d'un contexte conflictuel (section 1) et ensuite, du rôle des bailleurs de fonds internationaux (section 2).

Section 1 : Le contexte conflictuel

La reconstruction a débuté dans nos deux États, par une destruction²⁶⁵ et par le recours à la force, ce qui fait des armées étrangères une présence constante (§ 1). Par la suite, à nouveau dans nos deux pays et en corrélation avec la présence extérieure, le processus de rédaction de la Constitution s'est poursuivi dans une insécurité grandissante (§ 2).

Paragraphe 1 : La présence d'armées étrangères sur le territoire

En Afghanistan, le Conseil de sécurité avait, de longue date, reconnu la situation comme constituant une menace à la paix et à la sécurité internationale. Suite aux attentats du 11 septembre 2001, aucune mesure au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies n'est prise par lui. Dès le 12 septembre, il rappelle seulement « *le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte* »²⁶⁶. Une réaction centralisée contre les actes terroristes est donc éliminée, la réaction aux attentats n'aura pas lieu sous l'égide des Nations Unies. Elle se déroulera en dehors du cadre des Nations Unies, mais, à la lecture des préambules des résolutions 1368 et 1373, on peut penser qu'un recours à la légitime défense était envisagé par le Conseil. La réponse aux attentats se fit donc, dans un premier temps militairement. L'opération « *Liberté immuable* », qui débuta le 7 octobre 2001, se poursuivit pendant que la Commission de préparation d'une nouvelle Constitution et que la *Loya Jirga* statuaient. Sa mission est de combattre le réseau d'Al-Qaïda en Afghanistan, ainsi que les Talibans. Elle est placée sous le commandement américain²⁶⁷.

L'opération *Iraqi freedom* s'est déroulée, elle aussi, en dehors du cadre des Nations Unies, suite à de nombreuses tentatives américaines et britanniques d'adoption de résolutions au Conseil de sécurité pour légaliser l'intervention *a priori*. Le 8 novembre 2002, la résolution 1441 est votée à l'unanimité. Elle impose le retour des inspecteurs en armement sur le territoire irakien tout en rappelant « *qu'il a averti à plusieurs reprises l'Iraq des graves conséquences auxquelles celui-ci aurait à faire face s'il continuait à manquer à ses obligations* »²⁶⁸. L'Irak accepte d'ouvrir les sites qui pourraient potentiellement abriter des armes de destruction massive, aux inspecteurs de l'U.N.M.O.V.I.C. Le 27 janvier 2003, les rapports de la commission, dirigés par Hans Blix et de L'Agence internationale de l'énergie

²⁶⁵ Certains auteurs la comparent au concept Schumpétérien de destruction créatrice, voir DETAIS (J.) et ALBINE (G.), *op. cit.* p. 213.

²⁶⁶ Résolution 1368, Conseil de sécurité, 12 septembre 2001, S/RES/1368 (2001), préambule et résolution 1373 du 28 septembre 2001, S/RES/1373 (2001), préambule.

²⁶⁷ L'opération *Enduring freedom* se poursuit. Elle est dirigée par le *Central Forces Command-Afghanistan* (CFC-A), sous le commandement du général américain Karl Eikenberry depuis janvier 2005. Elle se compose de 20.000 hommes dont 18.000 Américains- (et quelques 200 membres des forces spéciales françaises).

²⁶⁸ Résolution 1441, Conseil de sécurité, 8 novembre 2002, S/RES/1441 (2002), § 13.

atomique, sont remis au Conseil de sécurité, mais ne dénoncent aucune violation²⁶⁹. Il y a donc recours unilatéral et donc illégal à la force, la résolution 1441 ne l'autorisant pas²⁷⁰.

A nouveau, le pouvoir constituant remplit les fonctions qui sont les siennes avec la présence d'armées étrangères sur son sol. La Constitution provisoire est rédigée sous occupation de la Coalition et en collaboration avec l'*Autorité Provisoire de Coalition*. La Constitution permanente est élaborée suite au transfert de souveraineté. Cependant, les armées étrangères demeurent en territoire irakien. L'occupation illégale modifie l'exercice du pouvoir constituant, car elle porte atteinte au principe de liberté des peuples à s'autodéterminer librement. En effet, certains qualifient ce processus de

« *Transformative occupation* », et ajoutent, « *this move is fraught with political risk, as it implies that the occupant must achieve a much higher threshold of effective power over the territory and its inhabitants: rather than preserving an extant material and formal order as a temporary measure, the occupant must create conditions under which a new political order can be established and legitimated* »²⁷¹.

L'occupation militaire est, par conséquent, un outil contribuant à la modification du système politique et juridique. Ce processus viole le principe d'autodétermination et le droit pour les populations de choisir leur système politique, économique et social. Il n'est pas non plus conforme aux prescriptions du Droit International Humanitaire, qui prohibent la modification de la législation du territoire occupé par l'autorité d'occupation²⁷². D'après le Professeur Marinos Diamantides, le processus d'adoption de la Constitution irakienne est illégal, puisque d'après la Convention de 1907 sur le règlement pacifique des différends, l'autorité d'occupation a le devoir de maintenir en vigueur la législation de l'État occupé existante au moment de l'intervention militaire²⁷³.

Enfin, la simple présence de soldats, en nombre, sur un territoire vulnérable est un facteur suffisant d'influence, puisqu'il peut être comparé à une contrainte tacite.

Paragraphe 2 : La montée de l'insécurité

Une fois la guerre terminée, elle s'est poursuivie par des pillages massifs en Irak²⁷⁴. Par la suite, deux facteurs, liés entre eux, favorisent l'insécurité.

Le communautarisme est d'abord favorisé sur le plan politique, à tel point que certains qualifient la situation politique irakienne par l'expression « libanisation »²⁷⁵. En effet, les personnalités actives sur le plan politique, dès la fin de l'opération militaire, sont présentes

²⁶⁹ Pour plus d'information sur les fonctions de l'U.N.M.O.V.I.C. en Irak, www.unmovic.org, consulté le 3 mai 2006.

²⁷⁰ Résolution 1441, Conseil de sécurité, 8 novembre 2002, S/RES/1441 (2002), § 4: « *Décide que de fausses informations ou des omissions dans les déclarations soumises par l'Iraq en application de la présente résolution et le fait à tout moment de ne pas se conformer à la présente résolution et de ne pas coopérer pleinement dans sa mise en oeuvre constitueront une nouvelle violation patente des obligations de l'Iraq et seront rapportés au Conseil aux fins de qualification* ».

²⁷¹ BHUTA (N.), « *The Antinomies of Transformative Occupation* », *op. cit.*, p. 724.

²⁷² A ce sujet, lire SASSOLI (M.), « *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers* », *E.J.I.L.* 2005 vol. 16 n° 4, pp. 667-681.

²⁷³ Marinos Diamantides cité in, JAMAIL (D.), « *US Influence 'Too Much'* », *op. cit.*

²⁷⁴ LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, *op. cit.*, p. 352.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 357.

pour protéger les intérêts de leurs communautés, plutôt que pour incarner ou promouvoir l'intérêt général. Les tensions entre communautés religieuses, principalement sunnites et chiites, au sein du C.I.G. sont exacerbées. Ce repli communautaire, est visible, par ailleurs, sur le plan social, puisque les tensions se sont développées. Elles sont notables par l'explosion de voitures piégées, puis les représailles, le cercle de la violence n'en finit pas. Les tensions entre communautés ethniques existent aussi, comme entre Kurdes et Turkmènes. De plus, le 19 juillet 2005, deux représentants sunnites à l'Assemblée constituante furent tués par la guérilla. Ainsi, les tensions inter-communautaires suscitent l'insécurité.

Ensuite, l'omniprésence américaine aboutit à un effet de rejet de la part d'une partie de la population irakienne. Cela favorise le recours à des moyens radicaux contre les symboles de l'occupation en Irak (l'armée, les dirigeants et leurs alliés). Le 19 août 2003, l'O.N.U. subit un attentat meurtrier, avec 24 morts, dont Sergio Vieira de Mello, le R.S.S.G. en Irak. L'armée américaine subira les mêmes actions, entre le 1^{er} mai et le 14 septembre 2003, 153 soldats trouveront la mort²⁷⁶. L'insécurité se manifeste aussi à travers les nombreux enlèvements.

En Afghanistan, le facteur principal d'insécurité est incarné par les Talibans toujours présents sur le territoire et susceptibles de se reconstruire avec l'aide d'Al-Qaïda et des réseaux vivants du trafic de drogue. En 2002,

« L'insécurité et le banditisme continuent de freiner les secours dans de nombreuses régions du pays. Le personnel humanitaire n'a toujours pas accès à trois provinces situées à l'est - Pakhtia, Khost et Paktika. Dans de nombreux districts situés au sud du pays, plusieurs routes nationales sont toujours trop dangereuses pour s'y aventurer »²⁷⁷.

En outre, le pouvoir dont disposent les seigneurs de la guerre et les miliciens reste important²⁷⁸.

La question centrale, ici, est de savoir comment le pouvoir constituant peut exercer ses fonctions, alors que le pays et sa population vivent en situation de guerre, avec la présence d'armées étrangères sur leur sol. En effet, cette présence ainsi que la montée de l'insécurité sont deux facteurs de pression. Un pouvoir constituant exerçant ses fonctions dans ces conditions ne sera pas pleinement indépendant et souverain. Ainsi, l'ébauche du texte constitutionnel pourra être modifié au gré des pressions issues de groupes adverses ou de personnalités mécontentes, répandant l'insécurité ou suggérant certaines directions à prendre sous la menace.

²⁷⁶ Cité dans LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 361.

²⁷⁷ RUTSCH (H.), « Afghanistan, sur la voie de la reconstruction », *Chronique des Nations Unies*, volume XXXIX n° 1 2002, département de l'information, édition en ligne, www.un.org/french/pubs/chronique/2002/numero1/0102p7_2.html, consulté le 3 mai 2006.

²⁷⁸ « jusque là, l'échec de la communauté internationale à étendre au-delà de Kaboul un solide parapluie sécuritaire pérennise, voire accroît, le pouvoir politique et économique des seigneurs régionaux de la guerre. Même Kaboul, où plus de deux ans après leur entrée dans la capitale, restent concentrés des miliciens de la vallée du Panshir et de la plaine du Chamali, n'est pas encore démilitarisée », International Crisis Group, « Elections et sécurité en Afghanistan », *Briefing Asia*, 30 mars 2004, www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=1266&l=2, consulté le 3 mai 2006.

Section 2 : Le financement de la reconstruction, un outil à double tranchant

Les bailleurs de fonds internationaux sont primordiaux, car ils vont permettre de mener le chantier de la reconstruction en Irak et en Afghanistan, par l'apport de dons suffisants. Dans nos deux États, leur rôle débutera suite à la réunion de tous les donateurs, lors d'une conférence sur l'aide à la reconstruction (§ 1). Il se prolongera ensuite, par la mise en place de programmes (§ 2).

Cependant, il faut étudier leurs interventions selon le prisme de l'imposition d'un modèle. En effet, comme l'explique le Professeur Daudet :

« Ces États ressentent la nécessité de se doter d'un arsenal institutionnel et normatif conforme à des aspirations démocratiques spontanées ou sollicitées, quand elles ne sont pas imposées par les bailleurs de fonds [...] Le vocabulaire politique rejoint d'ailleurs le vocabulaire économique avec l'expression de conditionnalité politique pour désigner le passage obligé à la démocratie pour l'État qui souhaite bénéficier de l'aide qu'il réclame »²⁷⁹.

Paragraphe 1 : La réunion des donateurs

L'assistance à la reconstruction est le second volet, aux côtés du processus de paix, pour réaliser les projets de paix et de stabilité au sein de nos deux États.

Les bailleurs de fonds internationaux se sont réunis dès la fin des interventions armées en Afghanistan et en Irak. En effet, en parallèle à l'accord de Bonn, du 5 décembre 2001, la Conférence de Tokyo, dite « Conférence internationale sur l'aide à la reconstruction de l'Afghanistan », fut organisée les 21 et 22 janvier 2002, ainsi que la Conférence de Madrid des 23 et 24 octobre 2003, pour l'Irak. Les représentants de l'État en question, d'Organisations internationales telles l'O.N.U. ou les institutions financières internationales et d'États tiers étaient présents dans les deux cas²⁸⁰.

L'argent récolté sera utilisé, dans un premier temps, pour le fonctionnement de l'administration intérimaire afghane, notamment pour le paiement des salaires, mais aussi pour assurer la sécurité du pays²⁸¹. Par ailleurs, la Conférence établit plusieurs groupes : elle reprend *The Implementation Group* créé lors de la Conférence de Bruxelles, qui est présidé par l'administration intérimaire afghane et qui a pour mission de conduire la coordination entre l'Administration afghane et les donateurs, ainsi que *The Afghan Support Group* et *The Single Trust Fund*, administré par la Banque mondiale. La conférence de Tokyo sera suivie de la Conférence de Londres les 31 janvier et 1^{er} février 2006. Les organisateurs lui ont consacré trois axes de discussion. L'un d'entre eux est dédié au financement de la reconstruction. Les donateurs ont promis 10,5 milliards de dollars sur les cinq prochaines années, dans le but d'assurer au Gouvernement afghan des ressources adéquates pour mener à bien ses projets sur un plan national et remplir ses obligations internationales.

²⁷⁹ DAUDET (Y.), « La restauration de l'État, nouvelle mission des Nations Unies ? », *op. cit.*, p. 17.

²⁸⁰ Le coût total de la reconstruction en Afghanistan avait été estimé par la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement et le P.N.U.D., à quinze milliards de dollars sur dix ans. Or, la conférence de Tokyo récoltera 4,5 milliards de dollars de promesses d'aides venues de 61 États, principalement asiatiques, islamiques et européens et 21 Organisations internationales, pour les cinq premières années.

²⁸¹ Pour plus d'information sur la Conférence de Tokio, consulter www.mofa.go.jp/region/middle_e/afghanistan/min0201/index.html.

En ce qui concerne l'Irak, après trente ans d'absence, les institutions financières reprennent leur fonction. Déjà le 24 juin 2003, la Banque mondiale, le P.N.U.D et l'*Autorité Provisoire de Coalition* avaient organisé la première conférence sur la reconstruction en Irak, à New York²⁸². De plus, le nouveau dinar irakien avait été mis en circulation par la Banque mondiale, le 15 octobre. La Conférence de Madrid accueille les représentants irakiens, notamment MM. Allawi, Pachachi et Zebari, respectivement président et membres du Conseil de Gouvernement iraquien. Les donateurs présents, c'est-à-dire, 73 pays et vingt organisations, offriront trente trois milliards de dollars pour reconstruire un nouvel Irak²⁸³. La conférence de Madrid est donc un grand succès²⁸⁴.

Paragraphe 2 : L'établissement de programmes dédiés à la reconstruction

La mise en œuvre de ces programmes est une étape importante, puisqu'elle s'accompagne souvent de conditions. Toutefois, dès la conférence des donateurs, certains critères ont été posés. Par exemple, en ce qui concerne l'Afghanistan, on peut lire dans les conclusions de la conférence internationale de Tokyo, que l'aide sera attribuée à condition que les parties afghanes contribuent à la mise en œuvre et à la réalisation de l'Accord de Bonn, dans le but d'établir la paix, une gouvernance représentative, un Afghanistan stable et d'éliminer le terrorisme, la production et le trafic de drogues²⁸⁵.

Par la suite, plusieurs programmes et fonds sont mis en place par les institutions financières, à savoir, la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (F.M.I.), pour assurer les finances quotidiennes des États et certains investissements. La disponibilité de ces fonds permet d'asseoir, par conséquent, les gouvernements dans leur position de direction. Leur intérêt est également de porter assistance aux gouvernements sur le plan fiscal, le développement des institutions, le soutien à la bonne gouvernance (avec la réforme de l'Administration publique) et enfin le développement du secteur privé²⁸⁶.

²⁸² L'estimation du coût de la reconstruction varie entre 55 et 70 milliards de dollars.

²⁸³ Les États-Unis ont promis vingt milliards de dollars et l'Union européenne sept cent millions d'euro, pour l'année 2004, puis onze millions d'euros supplémentaires annoncés en décembre 2003 par la Commission. La France et l'Allemagne étaient toutes deux restées en retrait des propositions de financement regrettant l'occupation et l'atteinte à la souveraineté irakienne. Consulter le site de la Commission européenne: europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1809&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en, vu le 5 mai 2006.

²⁸⁴ Pour plus d'informations sur la Conférence de Madrid, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20134476~menuPK:34457~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>, consulté le 3 mai 2006.

²⁸⁵ Co-chair's Summary of Conclusions, The International Conference on Reconstruction Assistance to Afghanistan, January 21-22, 2002, § 6, www.mofa.go.jp/region/middle_e/afghanistan/min0201/index.html, consulté le 3 mai 2006.

²⁸⁶ « *The Afghanistan Reconstruction trust fund* » est mis sur pied en mai 2002. Le fond est administré par la Banque mondiale, en collaboration avec plusieurs autres organismes financiers, tels la Banque asiatique ou islamique de développement. Jusqu'à présent le fond a apporté 937 millions de dollars au budget afghan. L'Irak bénéficie également d'un tel fond, administré par la Banque mondiale, le Fond International pour la reconstruction de l'Irak. Celui-ci se compose de deux fonds fiduciaires, l'un financé par la Banque mondiale et l'autre par l'O.N.U.

« *The Japan Social Development Fund* » est un fond administré par la Banque mondiale et établi en 2000 par le Japon. Il a été créé pour venir en aide aux groupes vulnérables afghans et plus précisément pour encourager ces populations à participer au processus de développement. Suite à l'intervention militaire de l'automne 2001, un volet spécial a été dédié à la reconstruction et à la transition économique, sociale et politique.

L'assistance à la reconstruction irakienne se développe aussi sous la perspective des prêts concessionnels à long terme et à taux d'intérêts faibles de la Banque mondiale et plus précisément de son agence de prêts, l'A.I.D. (l'Agence internationale de Développement) ou ceux du F.M.I. L'Afghanistan bénéficie aussi de tel prêt²⁸⁷. Or, ces prêts sont soumis à conditions. Par exemple, la privatisation des entreprises publiques, la fin des subventions aux produits alimentaires de base, la libéralisation des prix des aliments, des licenciements et des gels de salaires et d'avantages dans le secteur public. L'emprunteur peut en bénéficier s'il engage les actions de politique stipulées dans les conditions du prêt. Or, ces principes s'opposent à la justice sociale traditionnellement encrée dans les sociétés afghane et irakienne²⁸⁸. De plus, ils portent atteintes à la souveraineté de l'État en imposant un modèle économique.

Le problème posé par l'intervention des institutions financières et des bailleurs de fonds se trouve donc dans l'imposition d'un modèle économique, le modèle développé en occident. En effet, une fois les programmes mis en place, il devient rapidement nécessaire de rentabiliser ou de rationaliser. C'est ce que prévoit, par exemple, *The Afghanistan Compact* de la Conférence de Londres, adopté en 2006. En effet, avant la fin 2010, la structure du gouvernement afghan devra être revue et rationalisée, pour assurer une Administration publique fiscalement durable. L'exemple du programme de prêt accordé à l'Irak sous conditionnalité politique est encore plus frappant²⁸⁹. Cette fois, l'influence est directe. Or, c'est ici qu'apparaît l'importance du volet économique de la reconstruction. Il permet la mise en œuvre de la reconstruction juridique, politique et sociale. Il est donc inévitable pour l'État en reconstruction et stratégique pour les bailleurs de fonds. Il opère aussi une grande influence sur la voie que prendra la reconstruction : si les projets juridiques et politiques sont suffisamment soutenus financièrement, ils prendront forme et se concrétiseront. Cela veut dire

La Banque mondiale apporte aussi, depuis 2002, une assistance à la réhabilitation ou l'amélioration des infrastructures, à travers le projet de reconstruction d'urgence des infrastructures pour la réhabilitation des infrastructures sanitaires et liées à l'eau. De plus, certains de ses programmes sont consacrés à des domaines spécifiques, tels l'emploi, l'éducation, la santé, les transports, le commerce, l'investissement, l'irrigation. Au total, il s'agit de seize programmes d'urgence à la reconstruction afghane.

« *Afghanistan Transitional support Strategy* » est un programme d'assistance de la Banque mondiale mis sur pied en mars 2003 et qui se déroulera sur deux ans, dans quatre domaines : une action sur les moyens de subsistance, l'assistance au gouvernement sur le plan fiscal, le développement des institutions, le soutien à la bonne gouvernance avec la réforme de l'Administration publique et enfin le développement du secteur privé. Pour plus de précision, Afghanistan country update, www.worldbank.org/af, consulté le 3 mai 2006.

²⁸⁷ « *Since 2002 the World Bank has provided about \$950 million dollars and some of this has been in soft loans. For the past five years we've provided funds one hundred percent as grants and our policy has been to continue to provide around \$270 million a year for the next three years and slightly less after that. For the moment all of this will be in grants, certainly for the next two to three years* », Alastair McKechnie cité, in EDWARDS (A.), « UNAMA press briefing », 8 mai 2006, www.unama.org.

²⁸⁸ Le premier prêt fut accordé en juillet 2004 par le F.M.I., puis, le 18 juillet 2005 un prêt par la Banque mondiale suivit, à la demande du gouvernement. Il s'agit de 500 millions de dollars déboursés pour des projets de développement dans les secteurs prioritaires. Le 29 novembre 2005, un autre prêt de l'A.I.D. fut accordé au gouvernement irakien pour la réhabilitation du système éducatif. Lire à ce propos, « *Iraq : World Bank approves First IDA Credit* » et « *Iraq, World Bank to Extend First Lending to Iraq in Three Decades* », sur le site www.worldbank.org/mna/mena.nsf/French+Documents/7466E2C419C2AEB385256D7A006F5B4C?OpenDocument, dernière consultation le 3 mai 2006.

²⁸⁹ BASAV SEN, HOPE CHU, « Opération liberté d'entreprendre : le FMI et la Banque mondiale en Irak », 28 mars 2006, sur le site du Comité pour l'annulation de la dette du Tiers-Monde, www.cadtm.org/article.php3?id_article=1812, consulté le 3 mai 2006.

que pour qu'ils soient soutenus, il faut d'abord que les bailleurs de fonds adhèrent à ces projets et voient leurs propres intérêts se réaliser²⁹⁰. En Afghanistan,

*« en ce qui concerne l'aide au développement, c'est l'offre (programmes décidés par l'Union européenne, le Congrès américain, la Banque mondiale, le PNUD) qui définit la demande et non l'inverse : l'argent est débloqué pour des programmes jugés souhaitables par les donateurs et pas forcément par les Afghans »*²⁹¹.

Cela rappelle la décision du « Club de Paris », en date du 21 novembre 2004, d'annuler 80% de la dette irakienne. C'est un exemple de limitation de la souveraineté économique de l'État. En effet, trente des 80% de la dette devraient être annulés sous condition, à savoir, dès qu'un programme type du F.M.I. sera approuvé. De cette façon, le F.M.I. pourra imposer certaines conditions à remplir par l'État irakien, pour que le prêt soit mis en oeuvre. L'assistance à la reconstruction d'un État se discute ainsi en termes d'influence²⁹². La diffusion du modèle économique occidental n'est pas un hasard, elle est également stratégique²⁹³, sur le plan économique²⁹⁴.

Cependant, l'atteinte à la souveraineté est manifeste, puisque les populations ne sont plus libres de choisir le modèle économique de leur propre État. Ainsi, de nombreux irakiens se sont opposés à l'imposition du modèle diffusé par la Banque mondiale. De même, le 16 janvier 2006, les syndicats irakiens se sont eux aussi opposés aux programmes de la Banque mondiale et du F.M.I., au sein d'une Déclaration commune, demandant la fin des conditions d'ajustement structurel assorties au prêt, dénonçant la réduction des dépenses sociales, rejetant la privatisation des entreprises publiques, l'augmentation du prix du pétrole²⁹⁵. C'est en cela que les institutions financières, ainsi que les États, principaux bailleurs de fonds, portent atteinte à l'indépendance du pouvoir constituant, qui ne peut qu'intégrer aux projets de Constitutions, des réformes économiques que les populations n'ont pas elles-mêmes impulsées²⁹⁶.

²⁹⁰ Cela limite d'une part, la liberté du législateur à définir sa propre politique économique. De plus, cela permet « l'introduction des règles de l'économie de marché, de la libéralisation des échanges et de l'ouverture aux investissements étrangers », DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p.287.

²⁹¹ ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *Les Cahiers de Chaillot* n° 73, décembre 2004, p. 56.

²⁹² A ce sujet, lire REBOUL (C.), « La France dans la concurrence internationale de la reconstruction de l'Afghanistan », *op. cit.*, § 3.2.

²⁹³ « L'influence anglo-saxonne est forte au sein du FMI, de la banque mondiale et de l'OMC pour des raisons tant conceptuelles qu'historiques: la théorie économique et donc la pratique juridique anglaise ont promu le libre-échange depuis 1840, tandis que les États-Unis avec les pays du Commonwealth ont été à l'origine du GATT », Rapport du Conseil d'État, « L'influence internationale du droit français », *La Documentation Française*, le 19 juin 2001, p. 35.

²⁹⁴ En effet, elle est directement très profitable aux grandes puissances. Leur modèle économique se diffuse et il est d'autant plus facile, pour leurs entreprises de conquérir de nouveaux marchés, qu'elles connaissent parfaitement les rouages du système économique.

²⁹⁵ Déclaration commune des syndicats irakiens au sujet des programmes de la Banque mondiale et du F.M.I., 16 janvier 2006, www.cadtm.org/article.php3?id_article=1812, consulté le 3 mai 2006.

²⁹⁶ MENEMENIS (A.), « L'assistance constitutionnelle et administrative comme condition de la restauration de l'État », *op. cit.*, pp. 48-50.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Cette étude touchant à la période pré-constitutionnelle, c'est-à-dire avant et pendant l'exercice par le pouvoir constituant de ses fonctions, était incontournable. En effet, c'est à ce moment-là que les acteurs externes, États tiers et Organisations internationales peuvent exercer le plus de pression et introduire des principes et fonctionnements nouveaux, nous l'avons constaté dès le début, à travers la doctrine des Nations Unies sur la démocratisation de l'État. L'introduction du fédéralisme par la Constitution provisoire irakienne, l'imposition de l'état de droit et la promotion des droits de l'homme par l'Accord de Bonn ou le respect des conditions de prêts des institutions financières et par là l'introduction du modèle libéral sur le plan économique, ont pour conséquences des modifications profondes, qui, par la suite, au stade de l'élaboration puis de l'adoption d'une Constitution, sont difficilement réversibles, d'autant plus que le pouvoir constituant est internationalisé.

Le but n'est pas ici de se demander si ces introductions sont positives ou non pour le futur des populations. La seule conclusion à tirer demeure dans le constat d'un pouvoir constituant qui n'est pas totalement libre, indépendant et souverain pour produire ce « Pacte social » qu'est la Constitution d'un État. Or, celle-ci, traditionnellement, doit contenir les valeurs profondément enracinées et dans lesquelles les citoyens se reconnaissent. Ce doit être le choix d'avenir des afghans et des irakiens. Cependant, par ce qui précède, nous pouvons douter de cette réalité. Nous allons, par conséquent, le vérifier dans notre seconde partie, en étudiant plus en détail les dispositions de ces Constitutions.

Partie 2 : Les reconstructions afghane et irakienne, vers une troisième génération de Constitutions ?

Nous allons nous consacrer désormais à l'étude des Constitutions établies par le processus internationalisé que nous venons d'examiner. La nouvelle Constitution de la République islamique d'Afghanistan est adoptée par la *Loya Jirga*, le 4 janvier 2004, et promulguée le 26 janvier de la même année par Hamid Karzaï. Quant à la Constitution de la République d'Irak, elle a été adoptée par référendum le 15 octobre 2005. Celles-ci annoncent la dernière étape de la phase transitionnelle.

Nous allons désormais examiner et expliquer ces choix constitutionnels et rechercher les raisons pour lesquelles ils ont été favorisés plutôt que d'autres. « *Afghanistan is an Islamic Republic, independent, unitary and indivisible state* »²⁹⁷, dispose l'article premier de la Constitution afghane de 2004; tandis que, « *the Republic of Iraq is a single federal, independent and fully sovereign state in which the system of government is republican, representative, parliamentary, and democratic, and this Constitution is a guarantor of the unity of Iraq* »²⁹⁸, précise la nouvelle Constitution de l'Irak.

Par conséquent, ces choix ont trait, d'abord, au modèle de gouvernance, (Chapitre 1) et ensuite à la forme juridique de l'État (Chapitre 2).

²⁹⁷ *Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan*, 4 janvier 2004, article 1. La Constitution est disponible sur le site de la M.A.N.U.A. www.unama-afg.org/docs/Docs.htm et en annexe, voir *infra* p 207.

²⁹⁸ *Constitution of the Republic of Iraq*, 15 octobre 2005, article 1. La Constitution est disponible en annexe, voir *infra* p. 226

Chapitre 1 : L'État de droit et la démocratie comme modèle de gouvernance

« Dans un premier sens, presque évident, l'État de droit est l'État défini par le droit et donc lié par le droit [...] Mais cette définition est insuffisante car elle aboutirait à déclarer que tout État étant en général défini par le droit est un État de droit. Précisément, l'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit. Il faut que le système juridique ainsi mis en exergue ait un certain contenu : qu'il soit, par exemple, l'expression de certaines valeurs contenues dans les droits de l'homme. Alors s'ouvre une autre définition de l'État de droit, non plus formelle mais substantielle »²⁹⁹.

Cette définition démontre qu'état de droit, démocratie et protection des droits de l'homme sont largement liés. La démocratie, du grec ancien « *dèmoskratìa* », c'est-à-dire « souveraineté du peuple », est un modèle de gouvernance par lequel le peuple décide.

État de droit, démocratie et droit de l'homme sont-ils les éléments d'un modèle, le modèle européen ? Les Constitutions irakienne et afghane, l'ont-elles importé ? (Section 1). Ce mode de gouvernance est-il alors durable ? (Section 2).

Section 1 : Un modèle importé ?

« La démocratie c'est le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple » expliquait l'homme d'État athénien, Périclès. Nous pouvons donc penser que la démocratie et ses corollaires, que sont l'état de droit et la promotion des droits de l'homme, ont pour racine l'Europe et plus précisément la Grèce antique. Étudions donc les origines et les raisons de ce rayonnement (§1), puis, son incorporation dans nos deux Constitutions (§2).

Paragraphe 1 : Origines et raisons de ce rayonnement

Le modèle démocratique reflète le mode de gouvernance apparu durant l'Antiquité grecque. Il suppose des élections libres et régulières permettant le choix de représentants par tous les citoyens, le pluralisme et le multipartisme, la liberté de penser, d'expression et de la presse. Le siècle des Lumières développa le principe de protection des droits de l'homme. Il introduisit également le principe de séparation des pouvoirs, garantissant la démocratie. La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ainsi que la Constitution américaine du 17 septembre 1787 sont des textes mettant en œuvre ce modèle.

Le modèle démocratique reflète, une certaine philosophie insistant sur l'épanouissement de tous : le « *bonheur de tous* »³⁰⁰ ou le développement du « *bien-être général* »³⁰¹ sont ses objectifs. Or, ces aspirations sont universelles³⁰². C'est pourquoi le contrôle des dirigeants fut prôné en terre d'Islam, dès le XIX^{ème} siècle par les *mujtahids* :

²⁹⁹ MIAILLE (M.), « L'État de droit comme paradigme », in MAHIOU (A.) (dir.), *L'État de droit dans le monde arabe*, C.N.R.S. Éditions, 1997, p. 27.

³⁰⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, préambule.

³⁰¹ Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, préambule, in RIALS (S.) et BARANGER (D.), *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je?, 10^{ème} édition, 2001, p. 33.

³⁰² « Il s'agit là de normes d'application universelle qui ont été adoptées sous les auspices de l'ONU et qui doivent donc constituer le fondement normatif de toutes les activités entreprises [...] en vue de promouvoir la justice et l'état de droit. Les normes de l'ONU ont été élaborées et adoptées par les pays du monde entier et

« ils ont estimé que l'oumma musulmane devait pouvoir contrôler les souverains dont elle reconnaîtrait la légitimité. Et c'est donc presque naturellement qu'ils ont repris des idées qui venaient d'Europe via la Russie et probablement via le Caucase, des idées constitutionnalistes, qui ont probablement été introduites par des Arméniens en Iran puis dans les villes saintes irakiennes. Ce fut alors le début du constitutionnalisme religieux, c'est-à-dire de l'idée selon laquelle le pouvoir des souverains musulmans doit être lié par une Constitution et un Parlement qui permettent à l'oumma musulmane de donner une légitimité islamique à un pouvoir qui, en l'absence de l'imam caché, est normalement illégitime »³⁰³.

La soumission de l'État à la volonté du peuple n'est pas un fonctionnement étranger en Irak, mais il resterait alors importé d'Europe et mis en œuvre pour lutter contre le colonialisme. Il est, cependant, adapté et modifié, puisque le constitutionnalisme religieux fonde la Constitution sur la *charia*.

Pour ce qui est des droits de l'homme, certains sont universels et d'autres sont plus ou moins importants en fonction de la culture et des nécessités. La protection de la famille et du mariage permet d'illustrer ce propos. De telles institutions sont des noyaux primordiaux et particulièrement protégés par des textes comme la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam³⁰⁴ ou les nouvelles Constitutions afghane³⁰⁵ et irakienne³⁰⁶. Ces mêmes noyaux ne reçoivent pas la même protection en Europe. Certains définissent ce phénomène par la notion de « réappropriation de l'universel par le particulier »³⁰⁷. Nous constatons, en conséquence, qu'une protection différenciée est, dans certains cas nécessaire. Est-ce possible pour la démocratie ?

Pour certains, la démocratie et les droits de l'homme ont leur origine en terre d'Islam, puisque le Coran appelle au respect de la liberté de religion et de culte, au respect du droit des minorités et insiste sur la prise de décision en commun. Ceci tend à démontrer qu'il s'agit bien de valeurs universelles. Cependant, pour plusieurs raisons, le modèle démocratique a été diffusé dans nos deux États, par le rayonnement du modèle occidental³⁰⁸.

*incorporées à l'ensemble des systèmes juridiques des Etats membres [...] De la sorte, ces normes possèdent une légitimité dont on ne saurait dire qu'elle caractérise les modèles nationaux exportés », Rapport du Secrétaire général, S/2004/616, cité in DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 396.*

³⁰³ PLOQUIN (J.C.), « Les chiïtes d'Irak veulent leur réinsertion politique, entretien avec Pierre-Jean Luizard », in PLOQUIN (J.C.), *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁴ Déclaration sur les droits de l'homme en Islam adoptée le 5 août 1990, au Caire (Egypte), lors de la 19^{ème} Conférence islamique des Ministres des Affaires étrangères, article 5 : « a) *La famille est le fondement de l'édification de la société. Elle est basée sur le mariage. Les hommes et les femmes ont le droit de se marier. Aucune entrave relevant de la race, de la couleur ou de la nationalité ne doit les empêcher de jouir de ce droit.* b) *La société et l'État ont le devoir d'éliminer les obstacles au mariage, de le faciliter, de protéger la famille et de l'entourer de l'attention requise ».*

³⁰⁵ *Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan*, 2004 (par la suite, Constitution afghane), article 54.

³⁰⁶ *Constitution of the Republic of Iraq*, 2005 (par la suite, Constitution irakienne), article 29.

³⁰⁷ BABADJI (R.) et HENRY (J.R.), « Universalisme et identité juridique : les droits de l'homme et le monde arabe », in MAHIOU (A.) (dir.), *op. cit.*, p. 77.

³⁰⁸ Ce paradoxe est souligné également par le Secrétaire général, « *Malheureusement l'assistance fournie par la communauté internationale en matière de renforcement de la légalité n'a pas toujours été adaptée au contexte local. On a trop souvent privilégié les experts, les modèles et les solutions de l'étranger – au détriment de la recherche d'améliorations durables et de l'acquisition de capacités durables. [...] Une intervention durable et efficace commence par une analyse approfondie des capacités et des besoins nationaux, avec le concours aussi large que possible des compétences présentes dans le pays »*, Rapport du Secrétaire général S/2004/616, cité in

En premier lieu, on peut dater l'introduction de ces principes en Afghanistan, avec la naissance de la monarchie réformatrice, en 1923. Après avoir proclamé l'indépendance de l'État, le Roi Amanullah élabora la nouvelle Constitution du 9 avril 1923, « *inspirés par la philosophie des Lumières, les constituants de 1923 ont introduit pour la première fois en Afghanistan un début d'État de droit en consacrant constitutionnellement les droits fondamentaux de l'homme, à commencer par le principe d'égalité* »³⁰⁹. Toutefois, d'une part, la *Loya Jirga* modifia profondément le texte rédigé par le Roi, d'autre part, aucune véritable séparation des pouvoirs n'était mise en œuvre. Ainsi, la Constitution du 1^{er} octobre 1964 contribue à l'introduction effective du modèle démocratique, par la mise en œuvre d'une monarchie constitutionnelle. On constate par là, que la démocratie et ses corollaires n'étaient pas absents et inconnus de l'Afghanistan. Malgré leur incorporation au sein de textes se situant au sommet de la hiérarchie des normes, deux facteurs de limitation demeurent. D'abord, ils n'ont jamais reçu une application effective. De plus, bien qu'introduits par le Roi Amanullah, celui-ci avait été sensible à la Philosophie des Lumières et en cela, influencé par le modèle développé en Occident. Le conseiller d'État français, Louis Fougère a également collaboré à l'élaboration de la Constitution de 1964³¹⁰.

En second lieu, les opérations d'imposition de la démocratie sont un autre facteur de rayonnement. L'incorporation du modèle démocratique dans la Constitution irakienne de 2005 était une volonté de la majorité des partis d'opposition, créés sous le régime de Saddam Hussein. En effet, les communautés irakiennes sont majoritairement en faveur de l'état de droit et du parlementarisme. Cependant, il s'agissait aussi d'une volonté américaine, reflétant la position des « néo-conservateurs » développée au sein de la *Quadriennial defense review*³¹¹. Ainsi, les États-Unis avaient un modèle prédéfini pour le nouvel Irak, qu'ils ont imposé.

Paragraphe 2 : Le contenu des dispositions dans les récentes Constitutions afghane et irakienne

L'édification d'une large protection des droits et libertés fondamentaux (section 1), ainsi que l'établissement d'un fonctionnement démocratique (section 2), sont deux points communs à la reconstruction juridique dans nos deux États.

I. Une large protection des droits et libertés fondamentaux

Ceux-ci sont d'abord constitutionnalisés (A), de plus, ils disposent de garanties (B).

A. Des droits et libertés constitutionnalisés

DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 397.

³⁰⁹ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 45.

³¹⁰ Pour plus de développements sur l'introduction du modèle démocratique en Afghanistan, BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 37-55 et pp. 80-110.

³¹¹ En effet, l'introduction de la démocratie en Irak est vue comme bénéfique par les États-Unis, car elle permettrait son rayonnement dans tout le Moyen-Orient. Les américains partent du postulat selon lequel la démocratie est un gage de paix, par conséquent, elle garantira la non prolifération d'armes de destruction massive ou nucléaire et donc l'impossibilité pour les groupes terroristes de s'emparer de telles armes. Cette politique contribue, à terme, à un impératif unique : la protection du territoire national des États-Unis. PLOQUIN (J.C.), « Les États-Unis testent une nouvelle doctrine en Irak », in PLOQUIN (J.C.), *op. cit.*, pp. 7-14.

Les droits de l'homme de la première, seconde et troisième génération apparaissent au sein de nos deux constitutions (1). En outre, elles insistent aussi sur la notion de justice sociale (2) ainsi que sur le principe de transparence (3).

1. La diversité des droits et libertés protégés

La Constitution Irakienne consacre sa seconde section aux droits et libertés. La Constitution afghane développe cette protection dans son chapitre intitulé droits et devoirs fondamentaux des citoyens³¹².

La première question consiste à se demander si certains droits sont absolus. En effet, les dispositions sur l'État d'urgence dans la Constitution afghane (l'article 145) précisent que certains droits et libertés, constitutionnellement garantis, peuvent être suspendus. Or, cela concerne quatre dispositions : la poursuite, l'arrestation et la détention des personnes³¹³, le droit de manifester pacifiquement³¹⁴, l'inviolabilité des correspondances, des communications³¹⁵ et de la résidence personnelle³¹⁶. *A contrario*, cela signifie-t-il que la majorité des droits et libertés reçoivent une protection absolue ? Il semble que non, car des limites sont mentionnées. Par exemple, en matière de liberté, la Constitution précise qu'elle n'a pas de limites, à moins qu'elle porte atteinte à d'autres libertés publiques ou à l'intérêt public³¹⁷. Des limitations législatives ou judiciaires sont parfois possibles, par exemple, le droit à la vie, à la sécurité ou à la liberté dans la Constitution irakienne peut être limité par une décision judiciaire ou par la loi³¹⁸. Il en va de même du droit à la vie dans la Constitution afghane³¹⁹. Or, celui-ci ne peut être un droit absolu, puisque la peine de mort est toujours en vigueur. Le principe d'égalité semble également recevoir une large consécration. Cependant, nous l'étudierons dans la seconde section, il pourrait être limité³²⁰. Par conséquent, seuls quelques droits bénéficient d'une protection absolue³²¹.

³¹² Toutes deux consacrent les droits et libertés désormais traditionnels. Par exemple, le droit à la vie, la liberté et la dignité, les droits de la défense, la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, la liberté d'expression, de la presse et des médias, la liberté de réunion, de culte et de religion, l'inviolabilité du domicile et des correspondances, la liberté de mouvement et de communication, le droit à la vie privée.

³¹³ Article 27, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³¹⁴ Article 36 de la Constitution afghane.

³¹⁵ Article 37, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³¹⁶ Article 38, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³¹⁷ Article 24, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³¹⁸ Articles 15 de la Constitution irakienne. La même limitation est posée à son article 46.

³¹⁹ Article 23 de la Constitution afghane.

³²⁰ L'article 6 de la Constitution afghane garantit l'égalité entre toutes les ethnies et tribus. Son article 22 protège l'égalité en droits et en devoirs entre les hommes et les femmes. L'article 14 de la Constitution irakienne précise que les irakiens sont égaux devant la loi, sans discrimination basée sur le genre, la race, l'ethnicité, les origines, la couleur, la religion, l'appartenance communautaire, la croyance, l'opinion ou le statut économique et social.

³²¹ Par exemple, la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, (article 29 de la Constitution afghane et article 37(1)-C de la Constitution irakienne). De même que le principe de dignité humaine, la prohibition du travail obligatoire, de l'esclavage, du trafic de femmes et d'enfants et du commerce sexuel, à l'article 37(3) de la Constitution irakienne. La prohibition de l'esclavage n'apparaît pas dans la Constitution afghane.

Les droits de la seconde génération sont également garantis, tels le droit au travail, à l'éducation gratuite, à la protection de la santé, à l'accès aux sciences, à la culture et à l'art³²².

La protection concerne également des droits de la troisième génération. Celle de l'environnement est un exemple³²³. Cela marque la modernité de ces deux textes, qui est accentuée par la reconnaissance de droits aux personnes handicapées³²⁴.

De plus, la protection de certains droits est propre aux systèmes juridiques afghans ou irakiens. Cela rend ces déclarations de droits en phase avec la culture ou les besoins de chacun des deux États. La famille, par exemple, reçoit une protection spécifique, en tant que fondement ou pilier fondamental de la société³²⁵. La mère, l'enfant ou les personnes âgées reçoivent aussi une protection spécifique dans les Constitutions occidentales. Toutefois, au-delà de la protection individuelle, le noyau familial reçoit ici une protection en lui-même, tel un droit qui ne peut s'exercer que collectivement. Par ailleurs, la Constitution irakienne garantit certaines libertés à la société civile³²⁶. Elle instituerait alors un nouveau droit de la troisième génération, en phase avec les besoins de cet État. Une société civile active et indépendante est une garantie pour la démocratie. Or, la période précédente l'avait totalement anéanti. Cette disposition vient, par conséquent, encourager son développement. La Constitution afghane appelle également à une société civile active³²⁷. Elle contient, en outre, des dispositions en phase avec sa société. Par exemple, elle s'engage à soutenir l'artisanat³²⁸, ainsi qu'à améliorer les conditions de vie des nomades³²⁹. De même que de nombreuses dispositions précisent le statut des femmes, par exemple, l'article 22, alinéa 2, rappelle le principe d'égalité et l'article 44 promeut l'éducation des femmes. Enfin, la diversité culturelle, réalité de l'État afghan vu le nombre d'ethnies recensées³³⁰, est encouragée principalement à travers les langues officielles reconnues³³¹. Pour la première fois, le Dari en fait parti au côté du Pachtoun³³².

Néanmoins, pour ce qui est de l'Irak, certains droits fondamentaux sont rédigés de façon identique, dans la Constitution adoptée le 15 octobre 2005 et dans la Constitution provisoire du 8 mars 2004. Les articles 12 de la Constitution du 8 mars 2004 et 14 de la Constitution du 15 octobre 2005 sont similaires³³³. Il en va de même pour la prohibition de la

³²² Pour l'accès à la culture, article 47 de la Constitution afghane et article 35 de la Constitution irakienne.

³²³ Article 15 de la Constitution afghane. Article 33 de la Constitution irakienne.

³²⁴ Article 53 de la Constitution afghane. Article 32 de la Constitution irakienne.

³²⁵ L'article 29(1)-A de la Constitution irakienne précise: « *The family is the foundation of society; the State preserves its entity and its religious, moral and patriotic values* ». L'article 54(1) de la Constitution afghane dispose: « *Family is the fundamental pillar of the society, and shall be protected by the state* ».

³²⁶ Article 45(1) de la Constitution irakienne.

³²⁷ Préambule, alinéa 8 de la Constitution afghane.

³²⁸ Article 13 de la Constitution afghane.

³²⁹ Articles 14 et 44 de la Constitution afghane.

³³⁰ « *The nation of Afghanistan shall be comprised of Pashtun, Tajik, Hazara, Uzbek, Turkman, Baluch, Pachaie, Nuristani, Aymaq, Arab, Qirghiz, Qizilbash, Gujur, Brahwui and other tribes* », article 4, alinéa 3 de la Constitution afghane.

³³¹ Article 16 de la Constitution afghane.

³³² Article 16, alinéa 1 de la Constitution afghane.

³³³ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 12: « *All Iraqis are equal in their rights without regard to gender, sect, opinion, belief, nationality, religion, or origin,*

torture et de nombreux autres exemples³³⁴. Or, la Constitution provisoire a été élaborée par Paul Bremer, chef de l'*Autorité Provisoire de coalition*, puis approuvée par le C.I.G. Nous pouvons constater, par conséquent, une influence certaine de la Constitution définitive par la Constitution provisoire. Une seconde limite apparaît en raison du renvoi fréquent de la Constitution à la loi. Celle-ci viendra compléter à plus de 40 reprises la Constitution, autant de risques de voir l'esprit du texte être modifié. Ceci peut donner lieu à de nombreuses lacunes. C'est pourquoi le professeur Nathan Brown précise :

« *First, the formula is not used for a portion of the freedom, implying that they do not depend on implementing legislation. Second, the specific phrasing used to render freedoms dependent on legislation is sometimes a little less open than is the norm in the region* », et ajoute, « *many drafting efforts concentrate far more on naming freedoms rather than developing firm structural guarantees to protect them* »³³⁵.

2. La garantie d'une justice sociale

Partant du postulat selon lequel la société est injuste, l'incorporation de mécanismes de compensation permet de rétablir l'égalité des chances, ce qui fait de la société en question, un modèle de justice sociale.

L'introduction, au sein du texte constitutionnel, de droit de la seconde génération participe à la justice sociale, par exemple, à travers la reconnaissance d'un droit à la santé. Celui-ci garantit l'accès gratuit aux soins et traitements³³⁶, mais aussi à la sécurité sociale, à la santé, ainsi qu'au logement³³⁷.

Toutefois, celle-ci est bien plus développée dès le préambule de la Constitution afghane³³⁸ et au sein d'autres articles de nos deux Constitutions. Par exemple, la participation par l'impôt ou les taxes se fait proportionnellement aux revenus de chacun³³⁹.

and they are equal before the law. Discrimination against an Iraqi citizen on the basis of his gender, nationality, religion, or origin is prohibited ». Article 14 de la Constitution irakienne: « *Iraqis are equal before the law without discrimination based on gender, race, ethnicity, origin, color, religion, sect, belief or opinion, or economic and social status* ».

³³⁴ Pour la protection de la torture, « *Torture in all its forms, physical or mental, shall be prohibited under all circumstances, as shall be cruel, inhuman, or degrading treatment. No confession made under compulsion, torture, or threat thereof shall be relied upon or admitted into evidence for any reason in any proceeding, whether criminal or otherwise* », précise le texte provisoire. « *All forms of psychological and physical torture and inhumane treatment are prohibited. Any confession made under force, threat, or torture shall not be relied on, and the victim shall have the right to seek compensation for material and moral damages incurred in accordance with the law* », dispose l'article 37(1)-C de la Constitution permanente irakienne. D'autres exemples peuvent être cités, si l'on compare l'article 12 de la *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004 et l'article 15 de la Constitution du 15 octobre 2005.

³³⁵ BROWN (N.J.), « *The Final Draft of the Iraqi Constitution: Analysis and Commentary* », 16 septembre 2005, p. 4, www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=17423&prog=zgp&proj=zdlr.zme, consulté le 10 avril 2006.

³³⁶ Article 52, alinéa 1 de la Constitution afghane.

³³⁷ Article 30 de la Constitution irakienne. Pour ce qui est du droit au logement dans la Constitution afghane, l'article 14, alinéa 2 dispose: « *The state shall adopt necessary measures for provision of housing and distribution of public estates to deserving citizens in accordance with the provisions of law and within financial possibilities* ».

³³⁸ Constitution afghane, préambule, alinéa 8.

³³⁹ « *Tax rates and duties as well as the method of payment shall be determined, with due respect to social justice, by law* », Article 42, alinéa 3 de la Constitution afghane. Article 28(2) de la Constitution irakienne: «

En ce qui concerne l'Irak, la population ainsi que la majeure partie de l'opposition étaient en faveur d'une Constitution conservant ce modèle de justice sociale.

« Être chiite, c'est d'abord avoir une culture particulière [...] Son hostilité aux pouvoirs en place, son aptitude à lutter contre la domination étrangère et contre le despotisme, ont orienté les esprits vers la contestation de l'ordre gouvernemental, en encourageant un désir de justice sociale et un patriotisme irakien », explique Pierre-Jean Luizard³⁴⁰.

De plus, le Parti Communiste Irakien, bien qu'affaibli, demeure présent, « il n'appelle plus à une rupture préalable avec le capitalisme, mais au contraire réhabilite l'initiative privée dans le cadre d'une économie dirigée par un État interventionniste »³⁴¹. Nous pouvons noter, à ce propos, que le terme de justice sociale n'apparaît pas dans la Constitution provisoire du 8 mars 2004. Par contre, il est régulièrement mentionné dans la section sur les droits et libertés de la Constitution irakienne, du 15 octobre 2005, car il s'agit d'un concept enraciné dans la tradition islamique.

3. Le principe de transparence

Le principe de transparence et la lutte contre la corruption sont constitutionnalisés³⁴².

La Constitution irakienne établit une Commission publique qui a pour mandat de contrôler la répartition des revenus fédéraux. Elle doit notamment garantir la transparence de cette distribution entre État fédéral et États fédérés³⁴³.

La lutte contre la corruption apparaît à l'article 151 de la Constitution afghane³⁴⁴. La prohibition de l'appropriation de la chose publique est aussi constitutionnalisée en Irak³⁴⁵.

Le principe de transparence dispose, enfin, de garanties en Afghanistan: les citoyens bénéficient d'un droit d'information³⁴⁶; un contrôle possible de l'action du gouvernement. Mais, il doit être utilisé de façon proportionnée.

Nos deux États veulent donc apparaître comme des modèles de justice sociale. Les Constitutions insistent également sur le principe de transparence dans le fonctionnement étatique. De nombreux droits et libertés sont, en outre, constitutionnellement protégés. Cependant, les renvois à la loi sont fréquents dans la Constitution irakienne. D'autre part, quelles seront les garanties pour que les droits et libertés soient effectivement protégés ?

Low income earners shall be exempted from taxes in a way that guarantees the preservation of the minimum income required for living ».

³⁴⁰ LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 179.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 213.

³⁴² Articles 50, alinéa 2 et 154 de la Constitution afghane.

³⁴³ Article 106 de la Constitution irakienne.

³⁴⁴ Article 151 de la Constitution afghane: « *The President, Vice-Presidents, Ministers, Chief Justice and members of the Supreme Court, the Attorney General, Heads of the Central Bank and National Directorate of Security, Governors and Mayors, during their term of offices, shall not engage in any profitable business with the state* ».

³⁴⁵ Article 127 de la Constitution irakienne.

³⁴⁶ Article 50, alinéa 3 de la Constitution afghane.

B. Une protection effective ?

L'effectivité de cette protection apparaît à travers trois facteurs. D'abord par l'existence de cours suprêmes et de certaines institutions spécialisées (1), ensuite par la réglementation stricte de l'État d'urgence (2), puis, par la rigidité de la Constitution (3).

1. Les attributions des institutions judiciaires et indépendantes

Chacune des Constitutions établit une Cour Suprême indépendante. Celles-ci, exercent le contrôle de constitutionnalité des lois ou l'interprétation de la Constitution³⁴⁷ et même, dans le cas afghan, le règlement des différends entre personnes physiques et morales ou entre un justiciable et l'administration³⁴⁸. C'est à travers cette attribution que les plus hautes cours de chacun des deux États vont pouvoir établir une protection effective des droits de l'homme et de l'état de droit. En effet, si une norme est contraire aux dispositions constitutionnelles, la cours déclarera le texte inconstitutionnel. Toutefois, la présence d'experts en droit islamique pourrait venir limiter cette capacité de protection³⁴⁹.

En outre, nos deux Constitutions établissent des Commissions indépendantes des droits de l'homme³⁵⁰. En Afghanistan, elle a pour mandat de contrôler, de protéger et d'encourager leur respect. Elle est aussi un relais entre victimes et cours de justice³⁵¹.

Cependant, trop peu d'informations sont apportées par les Constitutions, quant au fonctionnement de ces institutions.

2. Une réglementation stricte de l'État d'urgence

La réglementation de l'État d'urgence par la Constitution, ainsi que la spécification des conditions de recours, est une garantie pour les droits de l'homme, car ces précisions permettent d'assurer un respect minimal, même en situation d'exception.

La Constitution afghane développe ce recours de façon plus détaillée que la Constitution irakienne: le chapitre IX lui est consacré. Les situations dans lesquelles il est possible de recourir à l'État d'urgence sont mentionnées³⁵². Le pouvoir de mise en œuvre appartient au Président de la République³⁵³. Si l'État d'urgence doit être reconduit, l'Assemblée nationale doit se prononcer³⁵⁴, puis, après quatre mois d'application, une *Loya Jirga* intervient³⁵⁵. La séparation des pouvoirs est modifiée, au profit du gouvernement³⁵⁶. Mais, la Constitution présente des garanties valables en matière de droit de l'homme: il est

³⁴⁷ Article 121 de la Constitution afghane et 93(1) et (2) de la Constitution irakienne.

³⁴⁸ Article 120 de la Constitution afghane.

³⁴⁹ D'après le professeur MIRAN, « *Islamic jurisprudence experts are never independent, even from a doctrinal point of view. Therefore, this organ of government will not be able to perform its duty at all* », MIRAN (R.), « *The Constitution Draft is Far from our Goals* », 4 octobre 2005, disponible sur www.niqash.org/content.php?contentTypeID=121&id=954, consulté le 1er juin 2006.

³⁵⁰ Article 58 de la Constitution afghane ; article 102 de la Constitution irakienne.

³⁵¹ Pour plus d'information sur le travail de cette commission, www.aihrc.org.af, consulté le 9 mai 2006.

³⁵² Article 143, alinéa 1 de la Constitution afghane.

³⁵³ Article 143, alinéa 1 de la Constitution afghane.

³⁵⁴ Article 143, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³⁵⁵ Article 147, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³⁵⁶ Article 144 de la Constitution afghane.

impossible de modifier la Constitution³⁵⁷. De plus, seulement quatre articles, expressément spécifiés, peuvent être suspendus³⁵⁸. Or, bien qu'il s'agisse de dispositions protectrices des droits de l'homme, leur possible suspension ne remet pas en cause l'état de la protection.

Pour ce qui est de la Constitution irakienne, la Chambre des Représentants doit voter au deux tiers de sa majorité la déclaration de guerre ou l'État d'urgence, sur proposition du Président de la République et du Premier Ministre³⁵⁹. La conséquence en est également, une concentration des pouvoirs, mais au profit du Premier Ministre³⁶⁰. Toutefois deux limites sont posées. D'abord la période initiale de l'État d'urgence est d'un mois. Il doit être systématiquement reconduit ensuite³⁶¹. L'autorité qui reconduit l'État d'urgence n'est pas spécifiée dans la Constitution. On peut penser, en application du parallélisme des formes, qu'il s'agit de la Chambre des Représentants. Ensuite, une loi doit venir régler les pouvoirs du Premier Ministre en période d'État d'urgence. Or, la protection des dispositions fondamentales de la Constitution pourrait venir de l'article 46, qui interdit la restriction ou la limitation des droits et libertés constitutionnalisés ; à moins qu'une loi, conforme à l'esprit du droit ou de la liberté protégée, soit adoptée³⁶².

3. La rigidité des Constitutions

L'éventuelle modification des Constitutions est encadrée par les deux textes.

Étudions, en premier lieu, les possibilités d'amendements des dispositions en matière de droits de l'homme, dans la Constitution irakienne. L'article 126 en précise les conditions. La réglementation de l'amendement en matière de droit de l'homme est spécifique³⁶³. D'abord, cette modification est interdite durant les deux premiers mandats, c'est-à-dire huit ans³⁶⁴. Une fois les huit années passées, le recours à l'amendement reste très encadré. En effet, la proposition de modification est élaborée par le Président de la République et le Conseil des Ministres ou par un cinquième des membres de la Chambre des Représentants³⁶⁵. Ensuite, la prise de décision revient à la Chambre des Représentants, qui doit adopter la modification par un vote à la majorité des deux tiers de ses membres. S'agissant d'une modification constitutionnelle, et par là d'un vote important, la majorité simple ne suffit pas. Suite au vote de la Chambre, la modification d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle doit être approuvée par référendum. Le passage du texte devant la Chambre, puis devant le peuple fait de la modification une épreuve difficile. Néanmoins, l'article 142 pourrait venir poser une limite. En effet, il suspend l'application de l'article 126 et autorise un comité de l'Assemblée nationale à faire des propositions d'amendements à l'Assemblée nationale durant les quatre

³⁵⁷ Article 146 de la Constitution afghane.

³⁵⁸ Article 145 de la Constitution afghane.

³⁵⁹ Article 61(9)-A de la Constitution irakienne.

³⁶⁰ Article 61(9)-C de la Constitution irakienne.

³⁶¹ Article 61(9)-B de la Constitution irakienne.

³⁶² Article 46 de la Constitution irakienne.

³⁶³ Article 126(2) de la Constitution irakienne.

³⁶⁴ Les articles 56, 72(1) et (2)-A de la Constitution irakienne précisent que les mandats des membres de la Chambre des Représentants et celui du Président de la République sont de quatre ans. Ainsi, nous pouvons penser que la modification des dispositions en matière de droit de l'homme ne pourra intervenir qu'après huit ans d'application de la Constitution.

³⁶⁵ Article 122(1) de la Constitution irakienne.

mois suivant sa première réunion³⁶⁶. Or, il ne pose aucune réserve en matière de droits de l'homme. Cependant, il ne faut pas examiner cet article dans le sens de l'atteinte au principe de rigidité. Ce recours à l'amendement dans les quatre premiers mois, pourra, au contraire, apporter une plus grande légitimité à cette Constitution³⁶⁷. De plus, il prévoit le recours au référendum en cas de modification.

Ainsi, en Irak, une fois adopté, l'amendement n'est plus contestable, car ce recours est encadré par de nombreux verrous. La dernière étape est la ratification de l'amendement par le Président de la République³⁶⁸, ainsi que sa publication au Journal Officiel³⁶⁹. Nous pouvons constater ici, que le pouvoir constituant dérivé est partagé, puisqu'il est systématiquement exercé, à la fois, par la Chambre des Représentants et par le peuple.

Pour ce qui est de l'amendement de la Constitution afghane, les articles 149 et 150 réglementent l'éventualité. Nous pouvons à nouveau qualifier ce texte de rigide, puisqu'il encadre clairement ce recours. En effet, deux séries de limites s'imposent: celles issues de l'article 150 établissant la procédure ; puis, la limite de l'article 149 alinéa 2. L'article 150 établit une série d'étapes à franchir, autant de limites à la quantité des modifications. D'abord, une Commission réunie par décret présidentiel et composée de membres du gouvernement, de l'Assemblée nationale et de la Cour Suprême, a pour mission d'élaborer le projet d'amendement³⁷⁰. Ensuite, un second décret présidentiel intervient pour réunir une *Loya Jirga*, celle-ci incarne à la fois le pouvoir constituant originel et dérivé. Elle doit, par conséquent approuver la modification par un vote positif aux deux tiers de ses membres. À nouveau, la majorité simple est insuffisante, une limite supplémentaire à l'adoption de l'amendement. Enfin, celui-ci doit être approuvé par le Président de la République pour entrer en vigueur. Passons désormais à la seconde limite, plutôt qualitative. En effet, l'article 149 alinéa 2 autorise l'amendement des dispositions constitutionnelles en matière de droit de l'homme uniquement si cela les améliore³⁷¹. Il garantit donc la conservation de l'acquis.

Nous constatons, par conséquent que les droits de l'homme et l'État de droit sont protégés. En effet, toutes les générations de droits apparaissent ; des droits et libertés classiques et universaux, mais aussi modernes, ainsi que liés aux traditions, aux modes de vie et à la culture de ces deux États. La constitutionnalisation de ces droits signifie davantage de protection. Toutefois, les nombreux renvois à la loi sont un bémol important. En outre, l'affirmation d'un modèle de justice sociale enracine à nouveau ces textes dans la tradition et la culture de ces États. La protection semble également effective, puisque des institutions sont prévues à cet effet et que l'État d'urgence et le recours à l'amendement sont strictement réglementés. Il nous faut, désormais, examiner comment la démocratie est garantie.

³⁶⁶ Article 142(1) de la Constitution irakienne.

³⁶⁷ « *On the legal level, the Constitution needs amendments in order to overcome its shortcomings and close loopholes concerning the distribution of power and competencies between the federal state, the regions and the governorates. On the political level, the amendment process should serve as the main instrument for the re-integration of Sunnite parties into the political mainstream* », in POSCH (W.), « *The Iraqi quagmire* », E.U.I.S.S. newsletter n°18, avril 2006, www.iss-eu.org/new/analysis/analy143.html, consulté le 30 mai 2006.

³⁶⁸ Article 122(2) ou 122(5)-A de la Constitution irakienne.

³⁶⁹ Article 122(5)-B de la Constitution irakienne.

³⁷⁰ Article 150, alinéa 1 de la Constitution afghane.

³⁷¹ Article 149, alinéa 2 de la Constitution afghane.

II. Un fonctionnement démocratique garanti

La forme démocratique de l'État (A), aussi bien que les garanties posées dans les Constitutions (B), sont importantes à examiner.

A. Entre démocratie représentative et démocratie semi-directe

La démocratie représentative permet aux citoyens d'exercer la souveraineté par l'intermédiaire de leurs représentants, tandis que la démocratie semi-directe ajoute un contrôle des représentants par le référendum. L'Afghanistan et l'Irak oscillent entre ces deux formes, car l'élection des représentants du peuple et le recours au référendum sont tous deux possibles. Il ne s'agit pas de modèles de démocratie participative purs, le recours à l'avis des citoyens n'est pas assez fréquent. Le préambule de la Constitution afghane précise qu'il tend à établir un ordre juridique se fondant sur la volonté du peuple et la démocratie³⁷², tandis qu'en Irak, le système de gouvernance est représentatif et démocratique³⁷³.

Plusieurs critères doivent être examinés pour le vérifier: l'existence d'élection (2), ou le recours au référendum (3). Mais d'abord, qui a la qualité de citoyen (1) ?

1. La citoyenneté en Irak et en Afghanistan

Le droit d'élire et d'être élu s'applique aux citoyens afghans³⁷⁴. Or, l'article 4 de la Constitution apporte des éléments importants. Il précise d'abord que la souveraineté nationale appartient à la nation qui l'exerce directement ou à travers ses représentants. En outre, il définit la qualité de citoyen, qui appartient aux nationaux, c'est-à-dire aux membres de toutes les ethnies afghanes³⁷⁵. Par conséquent, toute personne ayant la nationalité afghane est considérée comme un citoyen et peut donc voter. La loi électorale du 27 mai 2004 vient préciser les conditions nécessaires pour pouvoir jouir du droit de vote. Elle mentionne, en effet, que l'électeur doit avoir 18 ans, être citoyen afghan, jouir de ses droits civils et politiques et être inscrit sur les listes électorales³⁷⁶.

En Irak, la loi doit être adoptée au nom du peuple, selon l'article 128 de la Constitution³⁷⁷. Par conséquent, on pourrait penser que la souveraineté appartient au peuple. En effet, à la différence de la souveraineté de la nation, la souveraineté du peuple autorise un éventail de citoyens plus important, cette qualité étant reconnue aux membres du peuple et non plus seulement qu'aux nationaux. Or, la notion de peuple est plus vaste que celle de nation, puisqu'un non national peut appartenir au peuple et sera alors détenteurs de droits électoraux. Toutefois, il nous faut étudier deux autres articles de la Constitution, l'article 18 qui régit la nationalité et l'article 20 sur les droits en matière électorale. Le premier impose le droit du sang pour l'obtention de la nationalité (par le père et par la mère, ce qui est nouveau) et reconnaît aussi la possibilité de naturalisation. Or, il mentionne que la citoyenneté

³⁷² Constitution afghane, préambule, point 7.

³⁷³ Article 1 de la Constitution irakienne.

³⁷⁴ Article 33 de la Constitution afghane.

³⁷⁵ Article 4 de la Constitution afghane.

³⁷⁶ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 13 (1), sur www.unama-afg.org/docs/_nonUN%20Docs/_Electoral%20Docs/Afghan-Docs/English%20Translation%20of%20the%20Electoral%20Decree%20and%20Law,%20030604.doc.

³⁷⁷ Article 128 de la Constitution irakienne.

irakienne est un droit pour tous les irakiens et se fonde sur la nationalité³⁷⁸. Par conséquent, nationalité et citoyenneté fonctionnent ensemble. Le citoyen étant le membre d'un État considéré du point de vue de ses devoirs et de ses droits politiques, les droits en matière électorale appartiennent au citoyen, entendu en Irak comme un individu ayant la nationalité irakienne³⁷⁹. Il s'agit donc aussi d'une forme de souveraineté de la nation.

2. La tenue d'élections libres et régulières

La tenue d'élections libres et régulières s'étudie par la forme des élections, directes ou indirectes (a), des échéances (b), ainsi que de la promotion de la représentativité (c).

a. Des élections directes ou indirectes

En Afghanistan, le Président de la République, ainsi que la désignation des membres de la *Wolesi Jirga* (c'est-à-dire, la Chambre basse du Parlement), et des membres des Conseils locaux, fait l'objet d'un vote direct, par les citoyens. La Constitution précise qu'il s'agit d'un vote libre général, secret et direct³⁸⁰. Par contre, s'agissant d'un régime présidentiel, le gouvernement est nommé par le chef d'État³⁸¹. En outre, les membres de la *Meshrano Jirga* (en d'autres termes, le Sénat) sont désignés par une élection indirecte ou nommés par le Président de la République. Il n'en demeure pas moins que les organes clés du régime sont élus par les citoyens.

En Irak, un régime parlementaire est établi par la Constitution du 15 octobre 2005. Par conséquent, la désignation des membres du Conseil des Représentants se fait au moyen d'un vote direct, général et secret³⁸². Le Parlement est l'organe central dans les systèmes parlementaires, c'est pourquoi il doit représenter l'ensemble du peuple. Le Conseil des Représentants détient ensuite la compétence d'élire le Président de la République³⁸³. Il s'agit alors d'une élection indirecte. Toutefois, en ce qui concerne le Premier Ministre, il est, en Irak, nommé par le Président de la République en fonction de l'élection qui se sera tenue à la Chambre des Représentants³⁸⁴. Ensuite, le chef du gouvernement désigne ses ministres. L'élection des membres du Conseil des Représentants, ainsi que la désignation des membres du Cabinet rappellent le régime parlementaire britannique dans lequel la désignation des *Members of Parliament* se fait suite à la tenue d'élections générales. Une fois les membres de la Chambre des Communes élus, le chef du parti qui a obtenu la majorité devient Premier Ministre, il désigne alors son Cabinet.

Une Commission de supervision des élections est établie en Afghanistan³⁸⁵. En Irak, la Constitution prévoit la mise en place d'une Haute Commission électorale indépendante³⁸⁶. La

³⁷⁸ Article 18(1) de la Constitution irakienne.

³⁷⁹ Article 20 de la Constitution irakienne.

³⁸⁰ Articles 61, alinéa 1 ; 83, alinéa 1 ; 138, alinéa 2 et 140, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³⁸¹ Article 71, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³⁸² Article 49(1) de la Constitution irakienne.

³⁸³ Article 61(3) de la Constitution irakienne. Par ailleurs, les dispositions qui ont trait au Président de la République s'appliquent aussi au Conseil Présidentiel établi à l'article 138 de la Constitution pour quatre ans (« *one successive term* » article 138(1))

³⁸⁴ Article 76(1) de la Constitution irakienne.

³⁸⁵ Article 61, alinéa 8 et 9 de la Constitution afghane.

³⁸⁶ Article 102 de la Constitution irakienne.

Cour Suprême a, dans ce pays, une compétence en matière électorale, elle authentifie les résultats de l'élection législative³⁸⁷. Le contrôle des élections est donc prévu.

b. Des élections à échéance régulières

Les élections doivent, en outre, se tenir à échéances régulières. L'élection du Président afghan, ainsi que celle des membres de la *Wolesi Jirga* se tiennent donc tous les cinq ans³⁸⁸. Pour la *Meshrano Jirga*, la durée du mandat varie en fonction de la provenance du candidat³⁸⁹. En Irak, l'élection du Président de la République³⁹⁰ et des membres du Conseil des Représentants se tient tous les quatre ans³⁹¹.

c. La promotion de la représentativité

Les Constitutions promeuvent de façon générale le principe de représentation, en renvoyant à loi électorale. La Constitution afghane renvoie à la loi électorale pour l'adoption de mesures favorisant une représentativité générale et juste de tout le peuple, mais aussi proportionnelle au nombre d'habitants de chaque province et impliquant les femmes³⁹².

Un moyen de mettre en œuvre la représentativité et la participation d'un plus large éventail de citoyens, est d'interdire le cumul de mandats et de limiter le nombre de mandats auxquels un homme politique peut être élu dans le temps. La prohibition du cumul de mandats intervient également: la Constitution afghane interdit aux membres élus de la *Meshrano Jirga* de conserver leurs sièges au sein des Conseils provinciaux et de districts³⁹³. En Irak, les députés ne peuvent exercer aucune autre activité officielle³⁹⁴, cette limitation s'applique également aux ministres³⁹⁵. Pour ce qui est de la limitation des mandats dans le temps, un exemple nous est donné par l'élection du Président de la République en Irak et en Afghanistan. Le même Président ne peut être réélu pour plus de deux mandats³⁹⁶.

Par ailleurs, la représentativité est également promue par la participation obligatoire de certains groupes sociaux à la gestion des affaires publiques. En Afghanistan, la nomination de certains membres de la *Meshrano Jirga*, par le Président de la République, permet la participation de groupes peu représentés et appartenant à des couches sociales ou ethniques importantes au sein de la société afghane, notamment, les femmes ou les handicapés³⁹⁷. Parmi les 34 personnes nommées au sein de la *Meshrano Jirga*, 17 étaient des femmes. Les nomades sont également incités à participer, au sein des Municipalités. En Irak, la Constitution impose

³⁸⁷ Article 93(7) de la Constitution irakienne.

³⁸⁸ Articles 61, alinéa 2 et 83, alinéa 2 de la Constitution afghane.

³⁸⁹ Article 84 de la Constitution afghane.

³⁹⁰ Article 72(1) de la Constitution irakienne.

³⁹¹ Article 56(1) de la Constitution irakienne.

³⁹² Article 83, alinéa 6 de la Constitution afghane.

³⁹³ Article 84, alinéa 6 de la Constitution afghane.

³⁹⁴ Article 49(6) de la Constitution irakienne.

³⁹⁵ Article 77(2) de la Constitution irakienne.

³⁹⁶ Article 62, alinéa 2 de la Constitution afghane ; article 72(1) de la Constitution irakienne.

³⁹⁷ Article 84, alinéas 4 et 5 de la Constitution afghane.

la représentation des femmes, 25% d'entre elles doivent être élues pour siéger au sein du Conseil des Représentants³⁹⁸.

3. Le recours au référendum

Mis à part le recours à l'élection, le référendum suscite la participation. Il est prévu dans la Constitution afghane. Cependant, il est impulsé par le Président de la République. Ainsi, l'Afghanistan se rapproche plus du système de démocratie représentative que participative car, d'une part, les citoyens ne peuvent y avoir recours sans qu'il soit mis en œuvre par le Président, comme c'est le cas avec le référendum local. D'autre part, ce recours n'est prévu que dans le cadre de certains sujets, politiques, sociaux et économiques qui ont une importance nationale³⁹⁹. Il s'agit donc d'une démocratie semi-directe. Quant à l'Irak, aucun article de la Constitution ne régit le recours au référendum. Mais, il est prévu dans certains cas. Par exemple, sur le plan local, lorsque les entités fédérées ou décentralisées veulent adopter une langue officielle différente ou lorsque une entité décentralisée devient fédérée et sur le plan national, en cas d'amendement de la Constitution⁴⁰⁰.

Ainsi, les conditions pour un exercice démocratique de la gestion des affaires publiques sont intégrées à la Constitution. Cependant, sont-elles garanties ?

B. Les garanties constitutionnelles

Pour que la démocratie soit effective, les droits civils et politiques doivent être consacrés (1), et le système judiciaire soumis aux lois (2).

1. La consécration des droits civils et politiques par les Constitutions

La consécration constitutionnelle des droits civils et politiques, tels le droit à la formation de partis d'opposition, c'est-à-dire le « droit à la dissidence », la liberté d'expression, de pensée, de conscience ou de rassemblement, et la liberté de presse et des médias, est un moyen de garantir la démocratie. Il nous faut donc étudier les plus significatives d'entre elles, c'est-à-dire la liberté d'expression, de presse et de rassemblement, (a) puis, la liberté de réunion et le droit de former des partis politiques (b).

a. La liberté d'expression, la liberté de la presse et le droit de se rassembler

La liberté d'expression, de presse et des médias sont liées. Elles supposent le libre recours à l'imprimerie. En Afghanistan, l'article 34 de la Constitution les consacre et les qualifie d'inviolables⁴⁰¹. Elle semble donc plutôt large. Cependant, la place de l'Islam dans la Constitution aura-t-elle un impact sur cette liberté ? Tout dépendra de l'interprétation que fera la Cour suprême de ces dispositions. La liberté de rassemblement est contenue au sein d'une disposition spécifique, qui peut être suspendue lorsque l'État d'urgence est appliqué. Elle n'est donc pas absolue⁴⁰².

³⁹⁸ Article 49(4) de la Constitution irakienne.

³⁹⁹ Article 65 de la Constitution afghane.

⁴⁰⁰ Articles 4(5), 119, 126, 142 de la Constitution irakienne.

⁴⁰¹ Article 34 de la Constitution afghane.

⁴⁰² Article 36 de la Constitution afghane.

En Irak, les libertés d'expression, de presse et de rassemblement sont toutes contenues dans l'article 38 de la Constitution⁴⁰³. Cependant, la Constitution impose une limite, celle de ne pas violer l'ordre et la moralité publique. Or, tout dépendra encore de l'interprétation, plus ou moins stricte, que donnera la Cour suprême de ces notions. Le professeur Nathan Brown indique pour sa part, que cet article prescrit une faible protection à l'égard de libertés fondamentales. Il fait remarquer que la plupart des restrictions mises en oeuvre par les gouvernements autoritaires peuvent être justifiées par l'ordre et la moralité publique⁴⁰⁴. La protection de ces libertés n'est donc pas garantie en Irak.

b. La liberté de réunion et le droit de former des partis politiques, associations et syndicats

En second lieu, la liberté de réunion et le droit de former des partis politiques garantissent le multipartisme, le pluralisme, le droit à la dissidence et donc la démocratie. Les libertés syndicale et d'association sont aussi gages de pluralisme.

La liberté de réunion est consacrée dans le même article que la liberté d'expression, en Irak⁴⁰⁵. Elle est donc soumise aux mêmes restrictions figurant dans le chapeau de l'article 38. La liberté de former et d'adhérer⁴⁰⁶, ainsi que la liberté de ne pas adhérer ou de quitter un parti, sont aussi protégées⁴⁰⁷. Cette fois-ci aucune limitation expresse n'est mentionnée. Cependant, si la liberté de réunion ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et à la moralité, limitations soumises à interprétation, ne peut-on pas penser que celles-ci auront des conséquences sur le droit de former des partis politiques ? En effet, ce droit ne peut être garanti sans la liberté de réunion, puisqu'un parti politique suppose l'adhésion de citoyens, le débat et, par conséquent, la réunion. Mais, ce débat étant encadré par l'ordre et la moralité publique, les citoyens ne peuvent former de partis politiques que dans ces limites. Tout dépend de la lecture que fera la Cour suprême du texte, si elle le lit article par article, isolément, ou selon le contexte.

La question de l'effectivité de ce droit se pose également, en Irak, actuellement. D'abord, du fait d'élites politiques nouvelles et inconnues par les citoyens ; mais aussi du fait de l'impossibilité, pour cause d'insécurité, de créer ou d'adhérer librement à un parti politique⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Article 38 de la Constitution irakienne: « *The state shall guarantee in a way that does not violate public order and morality: A. Freedom of expression, using all means. B. Freedom of press, printing, advertisement, media and publication. C. Freedom of assembly and peaceful demonstration and this shall be regulated by law* ».

⁴⁰⁴ « [This article] *provides surprisingly weak support for [these] basic freedoms [...] insisting that these rights not be allowed to harm morals and the public order. Almost all restrictions placed by authoritarian governments are justified precisely on such grounds* », BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰⁵ Article 38-C de la Constitution irakienne.

⁴⁰⁶ Article 39(1) de la Constitution irakienne.

⁴⁰⁷ Article 39(2) de la Constitution irakienne.

⁴⁰⁸ En Irak, les citoyens ne connaissent pas leurs nouvelles élites politiques. En effet, durant le régime de Saddam Hussein, la population n'a pas été informée du développement d'une opposition. Celle-ci s'est développée à l'étranger et la plus part de ses représentants sont des irakiens qui se sont exilés pendant les différentes vagues d'émigration. Par conséquent, la question de la représentativité effective se pose: comment la population irakienne peut-elle se reconnaître dans ses personnes et rejoindre des partis politiques qu'elle ne connaît pas ? En outre, le pluralisme et le multipartisme inscrits dans la Constitution ne sont pas respectés. La création de partis politiques va de pair avec la construction d'une unité de sécurité pour lutter contre le danger que représente le

En Afghanistan, les limitations sont plus importantes encore. D'une part, la liberté de réunion n'apparaît pas expressément. On pourrait la déduire de la liberté d'expression ou de la liberté de former des partis politiques, car celles-ci supposent la liberté de réunion. Cependant, il s'agit là d'interprétation. Or, en cette matière, tout est relatif. D'autre part, la liberté de former des partis politiques est soumise à deux limites majeures. D'abord, le programme et les statuts du parti ne doivent pas être contraires à l'Islam ainsi qu'à la Constitution⁴⁰⁹. Là encore, on peut se demander avec quelle rigidité la Cour suprême mettra en œuvre cette disposition. Cela veut-il signifier qu'un parti séculier ou reconnaissant une autre religion sera interdit ? Il semble que oui. La liberté d'expression, mais aussi la liberté de conscience et de croyance⁴¹⁰ sont alors largement limitées, voire anéanties. La seconde limite significative est l'interdiction de former des partis politiques basés sur l'ethnicité, la langue, le sectarisme religieux ou l'esprit paroissial ou provincial⁴¹¹. Cependant, au delà de la limite que cela implique en matière de formation des partis politiques, cette disposition doit par-dessus tout être analysée comme une garantie de la forme unitaire de l'État afghan. Il s'agit, en outre, d'un rappel de l'histoire. En effet, les Pachtouns ont longtemps dirigé l'État afghan et opprimé les autres ethnies minoritaires.

Pour ce qui est du droit de former et d'adhérer à un syndicat, il est garanti en Irak dans la Constitution⁴¹². La liberté de former ou d'adhérer à une association est protégée de la même façon que la liberté de former un parti politique⁴¹³. En Afghanistan, l'article 35, alinéa 1 de la Constitution, autorise les citoyens à former des associations qui ont un intérêt moral ou matériel⁴¹⁴. Cette liberté est définie de façon large et peut inclure la liberté syndicale, celle-ci entrant dans le cadre de la réalisation de buts matériels et moraux.

2. Un système judiciaire soumis au droit

La soumission et le respect des lois par le système judiciaire sont des garanties pour la démocratie, prohibant l'arbitraire. Nous allons donc l'examiner, à travers la hiérarchie des normes établie (a), en analysant en second lieu la protection des droits de l'individu en matière pénale, ainsi que les droits de la défense, comme garantie effective de l'absence d'arbitraire (b).

a. Hiérarchie des normes et soumission du système judiciaire au droit

À ce propos, les Constitutions irakienne et afghane indiquent qu'aucune autorité n'est au dessus de la justice mis à part la loi⁴¹⁵. Toutefois, la Constitution afghane pour sa part, établit une hiérarchie, lorsqu'elle mentionne les sources du droit auxquelles peuvent avoir recours les cours de justice : la Constitution et les lois sont au sommet de la hiérarchie. Vient

fait de se déclarer politiquement pour un parti. Or, ceci n'est pas possible pour tous les mouvements, puisque des moyens financiers importants sont alors nécessaires. Enfin, les discussions et débats politiques sont évités.

⁴⁰⁹ Article 35, alinéa 2 (1) de la Constitution afghane.

⁴¹⁰ Elles sont pourtant protégées à l'article 2, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁴¹¹ Article 35, alinéa 3 de la Constitution afghane.

⁴¹² Article 22(3) de la Constitution irakienne.

⁴¹³ Article 39(1) de la Constitution irakienne.

⁴¹⁴ Article 35, alinéa 1 Constitution afghane.

⁴¹⁵ Articles 19(1) et 88 de la Constitution irakienne. Articles 50(2), 130(1), et dans une certaine mesure, les articles 27, 123 et 124 de la Constitution afghane.

ensuite, uniquement en cas de vide juridique, la jurisprudence Hanafite⁴¹⁶. Or, cette interprétation de l'article 130 vient limiter une autre disposition de la Constitution, celle de l'article 3, qui indique que les lois doivent toutes être conformes au droit islamique⁴¹⁷. Il semblerait alors que les principes de la religion islamique s'interposent entre la Constitution et la loi. Cependant, l'Islam n'est en réalité qu'une source incidente du droit, ses principes doivent être mis en œuvre au sein d'une loi pour être applicables.

La Constitution irakienne établit également une hiérarchie. L'article 2 précise le statut de l'Islam. Cette religion est, dit-il, une source fondamentale de la législation ; les lois futures devront donc s'y conformer⁴¹⁸. Mais, elles devront également être conformes à la démocratie et aux droits fondamentaux constitutionnellement protégés⁴¹⁹. Ainsi, au sein de l'article 2, il semblerait que les principes islamiques et la Constitution soient placés au même rang, tout deux au sommet de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique irakien. Toutefois, l'article 13 doit être pris en compte, puisqu'il rappelle que la Constitution est la loi suprême dans l'ordre interne irakien et que la législation fédérée et fédérale doivent s'y conformer⁴²⁰. La Constitution est donc le seul texte au sommet de la pyramide⁴²¹.

Concernant l'autorité judiciaire, cette hiérarchie à une conséquence, elle soumet la justice au respect des lois, mais aussi indirectement au droit islamique.

b. La protection des droits de l'individu en matière pénale et des droits de la défense, comme garanties de l'absence d'arbitraire

L'un des piliers des libertés publiques dans un État démocratique est la consécration des droits issus de la *Magna Carta* ou de l'*Habeas Corpus Act*, introduits en Angleterre en 1215 et 1679, et qui protègent les libertés contre l'arbitraire du pouvoir. Or, les droits de l'individu en matière pénale, c'est-à-dire le droit au juge, les droits de la défense, mais aussi les devoirs du système judiciaire, apparaissent dans chacune des Constitutions.

En matière pénale d'abord, la procédure judiciaire est assurée. La présomption d'innocence⁴²², le principe de personnalité des crimes⁴²³, la poursuite, l'arrestation, et la détention sont réglementés⁴²⁴. Le principe de légalité des crimes et de la sanction est constitutionnalisé⁴²⁵. La Constitution afghane introduit la présomption de connaissance des

⁴¹⁶ Article 130 de la Constitution afghane.

⁴¹⁷ Article 3 de la Constitution afghane.

⁴¹⁸ Article 2(1)-A de la Constitution irakienne.

⁴¹⁹ Article 2(1)-B et -C de la Constitution irakienne.

⁴²⁰ Article 13 de la Constitution irakienne.

⁴²¹ « *This establishment of the Constitution as the supreme law of the country may seem implicit in the very idea of a written constitution [...] But, it may have been an assurance to those who worried that Article 2 implied that Islamic law would prevail over other sources of law* », BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 4.

⁴²² Article 19(5) de la Constitution irakienne et article 25 de la Constitution afghane.

⁴²³ Article 19(8) de la Constitution irakienne et article 26 de la Constitution afghane.

⁴²⁴ Articles 19(12), (13), et 37(1)-B de la Constitution irakienne et article 27, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁴²⁵ Article 19(2) de la Constitution irakienne et article 27 de la Constitution afghane.

lois pour tous citoyens⁴²⁶. Enfin, la Constitution irakienne est parfois plus développée : elle contient le droit à un procès équitable⁴²⁷ et le principe de non rétroactivité des lois⁴²⁸.

Ensuite, les droits de la défense sont protégés. Ils sont qualifiés de sacrés en Irak et s'appliquent à chaque phase de la procédure judiciaire : de l'investigation au procès⁴²⁹. Le recours à un avocat est autorisé dans nos deux États⁴³⁰. Dans certaines situations, l'avocat est désigné et payé par l'État : pour les accusations de crime et les justiciables très pauvres, en Afghanistan ; à partir du délit et pour toute personne non pourvue d'un avocat, en Irak⁴³¹. Par conséquent, cette disposition assure une certaine égalité entre justiciables ainsi que le droit à un procès équitable. La Constitution afghane ajoute également l'inviolabilité et la confidentialité des communications ou discussions entre l'avocat et l'accusé⁴³². On peut supposer que cette immunité est aussi garantie en Irak, par interprétation de l'article 19(4). En effet, celui-ci, étant rédigé de façon large, met en œuvre une ample protection (il impose les droits de la défense « *in all phases of investigation and trial* »). La déduction de corollaires du droit de la défense est possible. Les aveux sous la contrainte ou la torture sont prohibés⁴³³. Par ailleurs, la Constitution irakienne impose le droit d'appel des décisions administratives rendues en première instance⁴³⁴. On peut supposer que ce droit s'applique aussi aux matières civiles et pénales, puisqu'il garanti un procès équitable et non équivoque. La Constitution afghane ajoute le droit pour l'accusé d'être informé de la qualification du crime commis et le droit d'être convoqué devant la Cour dans les temps impartis par la loi.

Par conséquent, la Constitution afghane, à travers cette disposition (« *to be summoned to the court within the limits determined by law* »), mais aussi la Constitution irakienne⁴³⁵, introduisent la notion de célérité de la justice.

Enfin, la création des cours de justice et des tribunaux militaires est réglementée⁴³⁶. De plus, en Irak, les tribunaux d'exception sont interdits⁴³⁷.

Abordons, pour terminer les devoirs du système judiciaire. Certains sont inscrits dans les Constitutions et participent à la garantie d'une justice non arbitraire et donc démocratique. La publicité des procès est assurée et les procédures à huit clos réglementées⁴³⁸. La motivation des décisions est imposée dans la Constitution afghane⁴³⁹.

Pour conclure cette première section, nous constatons que les standards de démocratie, de droit de l'homme et d'État de droit sont introduits par les nouvelles Constitutions afghane

⁴²⁶ Article 56(1) de la Constitution afghane.

⁴²⁷ Article 19(6) de la Constitution irakienne.

⁴²⁸ Article 19(9) et (10) de la Constitution irakienne.

⁴²⁹ Article 19(4) de la Constitution irakienne.

⁴³⁰ Article 19(11) de la Constitution irakienne et article 31, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁴³¹ Article 19(11) de la Constitution irakienne et article 31, alinéa 3 de la Constitution afghane.

⁴³² Article 31(4) de la Constitution afghane.

⁴³³ Article 37(1)-C de la Constitution irakienne. Articles 29(2) et 30 de la Constitution afghane.

⁴³⁴ Article 100 de la Constitution irakienne.

⁴³⁵ Article 19 (6) et (13) de la Constitution irakienne.

⁴³⁶ Articles 96 et 99 de la Constitution irakienne.

⁴³⁷ Article 95 de la Constitution irakienne.

⁴³⁸ Article 19(7) de la Constitution irakienne et article 128 de la Constitution afghane.

⁴³⁹ Article 129, alinéa 1 de la Constitution afghane.

et irakienne. Toutefois, comme nous l'avons remarqué tout au long de cette partie, le fait que la religion islamique soit intégrée par ces deux textes, peut donner une interprétation différente à ces dispositions. De plus, de nombreux articles renvoient à la loi pour de plus amples développements. Or, la loi doit être conforme à la Constitution et pour cela, un contrôle de constitutionnalité est établi. Cependant, la loi est synonyme d'affaiblissement de la protection. De plus, elle peut supposer l'interprétation équivoque de la Constitution. C'est en cela que l'on peut se demander s'il s'agit d'un modèle durable.

Section 2 : Un modèle de gouvernance durable ?

Les nouvelles Constitutions afghane et irakienne, introduisent des principes, tels que l'état de droit, les droits de l'homme ou la démocratie, qui pourraient recevoir des limitations selon l'interprétation d'autres principes constitutionnalisés. Par exemple, intégrer le principe de non discrimination entre les hommes et les femmes n'est-il pas contraire à l'Islam ? Or, l'Islam est religion d'État dans nos deux pays et le principe de non discrimination basé sur le genre est également constitutionnalisé. De plus, certaines dispositions constitutionnalisent des objectifs momentanés, tel la lutte contre le terrorisme, qui ne sont pas compatibles avec la durée d'application liée à un texte constitutionnel.

Il nous faut, par conséquent examiner les conséquences de l'Islam en tant que religion d'État (paragraphe 1), puis les objectifs constitutionnels contestables (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conséquences de l'Islam religion d'État

Un des points commun entre les nouvelles Constitutions afghane et irakienne demeure dans la proximité de la phrase introductive de leurs préambules : « *in the name of God, the most merciful, the most compassionate* », pour ce qui est de l'Irak, et « *in the name of God, Most Gracious, Most Merciful* », pour ce qui est de l'Afghanistan. Ces phrases traditionnelles sont significatives et doivent nous conduire tout au long de la lecture et de l'interprétation de nos deux textes. Malgré l'absence traditionnelle de valeur juridique du préambule, le reste du texte se trouve, en quelque sorte, subordonné à cette ouverture⁴⁴⁰. D'autant plus que les questions de religion sont placées parmi les tous premiers articles. Deux risques peuvent alors se réaliser. D'abord, « *la mise à mal des principes d'universalité de la loi et de la solidarité des articles de la Constitution* »⁴⁴¹ et puis, la limitation ou l'anéantissement de certains droits de l'homme, par la « *compénétration* »⁴⁴² entre droit positif et droit islamique.

Étudions d'abord l'Islam comme religion d'État (I), puis, les implications en matière de droit de l'homme (II).

I. L'Islam religion d'État

Pour mieux comprendre toutes les conséquences juridiques de la constitutionnalisation de la religion et les implications que cela peut avoir, il nous faut dans un premier temps

⁴⁴⁰ « *Such a provision is not unknown internationally, but the usual purpose is to encourage the use of the preamble to guide constitutional interpretation* », BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 1.

⁴⁴¹ DUPRET (B.), « 'La *Chari'a* est la source de la législation' : interprétation jurisprudentielles et théories juridiques », in MAHIOU (A.) (dir.), *op. cit.*, p. 126.

⁴⁴² Cette expression est utilisée par DUPRET (B.), *op. cit.*, p. 130, pour décrire la « *situation d'interrelation accrue* » entre le droit positif et la *Charia*.

donner l'origine et les raisons d'une telle situation (A), avant d'en tirer les conséquences sur le plan démocratique (B).

A. Origine et définition

Nos deux États sont des membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (O.C.I.)⁴⁴³. Trois critères d'adhésion doivent alors être réunis. Il faut d'abord que la population musulmane représente 50% ou plus de la population totale de l'État; il faut ensuite que l'État soit qualifié d'islamique par sa Constitution ; il peut s'agir enfin simplement du chef d'État ou des membres du gouvernement qui ont adopté la religion musulmane. Par conséquent, l'Irak ainsi que l'Afghanistan sont des « États islamiques ».

Il n'est donc pas étonnant de constater que la Constitution irakienne commence ainsi: « *Islam is the official religion of the State and is a foundation source of legislation* »⁴⁴⁴, tandis qu'en Afghanistan, elle précise « *The sacred religion of Islam is the religion of the Islamic Republic of Afghanistan* »⁴⁴⁵ et ajoute « *No law shall contravene the tenets and provisions of the holy religion of Islam in Afghanistan* »⁴⁴⁶.

Commençons d'abord par définir ce que l'on entend par la notion de religion d'État. Elle s'oppose au principe français de laïcité :

« [...] le concept de laïcité renvoie, au sens large, à une perte d'emprise de la religion sur la société. Plus précisément, la laïcité française signifie le refus de l'assujettissement du politique au religieux, ou réciproquement, sans qu'il y ait forcément étanchéité totale de l'un et de l'autre. Elle implique la reconnaissance du pluralisme religieux et de la neutralité de l'État vis à vis des Églises »⁴⁴⁷.

A *contrario*, cela signifie que qualifier l'Islam de religion d'État aurait pour conséquence la confusion des affaires religieuses et politiques et l'absence de diversité sur le plan religieux.

Or, la confusion des pouvoirs est une des caractéristiques de l'Islam dans sa conception de l'État. Les pouvoirs spirituel et temporel appartiennent, après la mort du Prophète, au Calife⁴⁴⁸. « *Pendant le XIII^e siècle, l'organisation musulmane de l'État a été toute entière dominée par l'institution du Califat. Le Calife est le chef d'État qui cumule tous les pouvoirs, il est le successeur de Mahomet* »⁴⁴⁹. Il représente, par conséquent, « *l'assise sur laquelle reposent les principes fondamentaux de la religion et l'institution qui met l'ordre dans les affaires de la nation* »⁴⁵⁰.

⁴⁴³ L'Afghanistan, membre originaire, a ratifié la Charte de l'Organisation en 1970 et l'Irak y a adhéré ultérieurement.

⁴⁴⁴ Article 2 de la Constitution irakienne : le terme « *a foundation source* » est un compromis entre ceux qui voulaient que l'Islam soit une source du droit, et ceux qui souhaitaient que cette religion soit La source du droit.

⁴⁴⁵ Article 2 de la Constitution afghane.

⁴⁴⁶ Article 3 de la Constitution afghane.

⁴⁴⁷ Conseil d'Etat, Rapport public 2004, *Un siècle de laïcité*, 5 février 2004, www.conseil-etat.fr/ce/rappor/index_ra_li0402.shtml, consulté le 10 mai 2006.

⁴⁴⁸ Le Califat est un point de division de la communauté musulmane. En effet, pour les sunnites sa désignation appartient à la communauté par élection, il n'est donc pas héréditaire. Pour les chiites, le pouvoir est réservé aux descendants du Prophète. Lorsque le dernier descendant fut décédé, les chiites adhérèrent à la théorie de l'imam caché. L'imam Al-Sistani représente actuellement, le Prophète, en attendant sa réapparition.

⁴⁴⁹ MILLIOT (L.) et BLANC (F.P.), *op. cit.*, p. 25.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 45.

La Constitution provisoire irakienne, du 8 mars 2004, faisait déjà de l’Islam la religion de l’État⁴⁵¹. L’Irak est un des rares pays arabes dans lequel cohabitent des sunnites avec une forte majorité de chiïtes imâmites⁴⁵². En Afghanistan, la Constitution du 4 janvier 2004 n’est pas la première à consacrer l’Islam comme religion d’État. Toutes les Constitutions afghanes l’introduisent et certaines précisent même que le rite Hanafite est le courant à suivre⁴⁵³. En effet, contrairement à la plupart de ses voisins asiatiques, sous influence russe et laïque, l’Afghanistan a toujours eu une population à majorité musulmane. Il y est religion d’État depuis Abdul Rahmân, qui instaure une fonction publique des Oulémas, dont la hiérarchie est administrative et les salaires payés par l’État. On y voit aussi l’application judiciaire de la *Charia* par plusieurs tribus, en remplacement du droit tribal coutumier. De plus, l’enseignement religieux est nationalisé, l’État a ouvert des madrasas gouvernementales⁴⁵⁴.

Le problème qui se pose est que le fonctionnement d’un État islamique est difficilement conciliable avec le fonctionnement démocratique et la protection de certains droits de l’homme. En effet, la démocratie implique la séparation des pouvoirs et la représentativité. Or, le droit islamique impose des règles différentes. Les Constitutions irakienne et afghane sont attachées à la fois à la démocratie, susceptible d’apporter un progrès social, politique, économique et juridique, et à l’Islam qui les enracine dans la tradition et les valeurs de ces deux pays.

Voyons désormais les conséquences que cela peut avoir en matière de démocratie. L’Islam est-il conciliable avec le modèle démocratique ?

B. Religion d’État et démocratie

Ainsi, dans les deux nouvelles Constitutions, les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires doivent tenir compte des préceptes religieux. La loi doit être conforme aux principes de l’Islam⁴⁵⁵. Ainsi la volonté du peuple est subordonnée à l’Islam, c’est-à-dire à la volonté de Dieu. Ceci s’oppose donc à la démocratie, dans laquelle les citoyens sont au centre du fonctionnement de l’État et des décisions du Parlement. De plus, le Président de la République afghan doit être musulman, d’après les conditions d’éligibilité liées à cette fonction⁴⁵⁶. Or, cette disposition exclut de la présidence les non musulmans. En outre, dans nos deux États, des experts en droit islamique sont autorisés à siéger au sein de la Cour suprême⁴⁵⁷. Précisons enfin que la qualification de République islamique donnée à l’Afghanistan, ne semble pas modifier le statut de l’Islam. Il s’agit d’une simple formule.

On ne peut donc qualifier ces pays d’état de droit, puisque la législation est soumise à Dieu. Pour qu’il y ait état de droit, il faut que l’État soit soumis au droit, que ses organes respectent les dispositions de la loi et de la Constitution telles qu’adoptées par les citoyens. Or, par la reconnaissance de l’Islam religion d’État, nous obtenons un État soumis au droit tel

⁴⁵¹ « *Islam is the official religion of the State and is to be considered a source of legislation* », *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 7(A).

⁴⁵² Les chiïtes imâmites reconnaissent les douze premiers imams. Par la suite, ils adhèrent à la théorie de l’imam caché.

⁴⁵³ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 313-317.

⁴⁵⁴ VINATIER (L.), *L’Islamisme en Asie centrale*, Armand Colin, 2002, p. 181.

⁴⁵⁵ Article 3 de la Constitution afghane et article 2(1)-A de la Constitution irakienne.

⁴⁵⁶ Article 62, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁴⁵⁷ Article 118 de la Constitution afghane et article 92(2) de la Constitution irakienne.

que voulu par Dieu ; ce qui s'avère dangereux, car nul ne sait vraiment ce que Dieu désire. Ainsi, ce droit voulu par Dieu est interprété par des experts en droit islamique ; ce qui ouvre la voie à la subjectivité et à l'arbitraire potentiel. Ce fonctionnement est à l'opposé d'un État démocratique, finalement base unique de l'état de droit, puisque la volonté et donc le droit viennent du peuple. De plus, la notion d'état de droit signifie que l'État doit respecter le cadre du droit ; or dans nos deux États, le cadre à respecter est celui donné par le droit islamique.

Cela limite aussi certains principes développés dans les Constitutions, tel les libertés religieuse et de conscience, la neutralité du service public ou le principe d'égalité. Le droit à l'éducation libre pour tous les citoyens est-il garanti lorsque la Constitution précise que l'État doit mettre en œuvre des programmes éducatifs basés sur la religion sacrée de l'Islam⁴⁵⁸ ?

Les limitations seront plus ou moins grandes selon l'interprétation et selon la place qui sera réservée à l'Islam, par les Cours suprêmes. Celles-ci étant composées d'experts en droit musulman, la conciliation dépendra aussi de l'interprétation de l'Islam faite par ces experts et de leur courant d'appartenance⁴⁵⁹. En Afghanistan, le rite Hanafite semble avoir été privilégié⁴⁶⁰. En effet, si l'on se réfère à l'article 130, qui précise les sources du droit, en cas de vide laissé par le législateur ou le constituant, la jurisprudence Hanafite est appliquée⁴⁶¹. Toutefois, la Constitution précise également que les principes issus des écoles de droit chiïtes doivent être mis en œuvre, lorsque une affaire implique des chiïtes⁴⁶². En effet, les *Hazaras*, une ethnie Afghane, appartiennent à la communauté chiïte. Ainsi, le système juridique afghan subit une forme de fragmentation. Le danger est grand de voir ce système juridique appliquer les « deux poids de mesure ».

En Irak, la Constitution n'est pas explicite, elle ne choisit pas l'un des courants de l'Islam. Au contraire, elle précise à plusieurs reprises que l'Irak est composé de plusieurs religions et courants et garantit en conséquence, la liberté de religion, de culte et de conscience. À ce titre, l'article 41 est très démonstratif, puisque, pour protéger les libertés, il fonde une application différenciée du statut personnel⁴⁶³. Or, cela porte atteinte au principe d'égalité devant la loi, puisque ce statut sera différent en fonction de la religion choisie. C'est pourquoi

« Secularists and women's advocates are [...] worried [...] If Shiite leaders truly meant for the provision to give Iraqis the freedom of choice – allowing Shiites to live under Shiite law and Sunnis to live under Sunni law – then the progressive 1959 code may also be kept on the books for those who want it. Allowing such freedom could lead to a confusing but relatively benign system [...] under which Iraqis with legal questions could choose among different codes and court systems [...] Many secular Iraqis worry, however, that Article 39 will lead instead to an Iranian – style theocracy, which would severely limit women's rights in particular »⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Articles 43 et 45 de la Constitution afghane.

⁴⁵⁹ BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, pp. 307-311.

⁴⁶⁰ Le courant Hanafite est un courant sunnite qui regroupe « les gens de la tradition ». Il s'agit d'un Islam orthodoxe, ainsi, « toute innovation par rapport à la doctrine du fondateur serait suspecte », MILLIOT (L.) et BLANC (F.P.), *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶¹ Article 130, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁴⁶² Article 131 de la Constitution afghane.

⁴⁶³ Article 41 de la Constitution irakienne: « Iraqis are free in their commitment to their personal status according to their religion, sect, belief or choice, and this shall be regulated by law »

⁴⁶⁴ L'auteur se réfère ici à l'ancienne numérotation de la Constitution irakienne, c'est pourquoi l'article 39 est mentionné au lieu de l'article 41, COLEMAN (I.), « Women, Islam, and the New Iraq », *op. cit.*, p. 30 et 31.

En conséquence, tout comme en Afghanistan avec l'article 131 de la Constitution, l'article 41 de la Constitution irakienne instaure une conception personnelle du droit, qui porte atteinte, d'une part, au principe d'universalité des lois, base d'un système démocratique dans lequel règne l'absence de privilèges, et d'autre part au principe d'égalité devant la loi⁴⁶⁵.

II. Les implications en matière de droit de l'homme

Les Constitutions afghane et irakienne semblaient être très protectrices en matière de droits de l'homme⁴⁶⁶. Cependant, nous devons désormais lire ces dispositions de façon à les concilier avec la reconnaissance de l'Islam en tant que religion d'État. Or, les droits de l'homme, bien que qualifiés d'universels, recevront une interprétation différente.

Il nous faut ici étudier les droits de l'homme les plus significatifs, ainsi, le principe d'égalité (A) et la liberté de religion et de conscience (B).

A. Le principe d'égalité⁴⁶⁷

Malgré la consécration du principe d'égalité, l'Islam, religion d'État, crée une forme de discrimination entre les citoyens. Nous venons de le souligner en matière de reconnaissance du statut personnel, mais ce n'est pas tout.

En premier lieu, il existe une discrimination entre musulmans et non musulmans⁴⁶⁸. Par exemple, les non musulmans ne pourront, d'abord, pas accéder au poste de Président en Afghanistan. Légitimité politique et religieuse vont de pair.

« [...] la reconnaissance de l'Islam-religion d'État implique le principe du privilège de l'Islam c'est-à-dire un privilège à l'intention des musulmans. Toutefois, le texte dispose également de l'égalité des citoyens quelque soit leur religion, le privilège de l'Islam étant anéanti. Or, la disposition selon laquelle l'Islam est religion d'Etat est en tête du préambule de la Constitution et chapeaute donc le texte tout entier. Autrement dit, le préambule peut être lu comme posant un principe fondamental, les autres dispositions devant en tirer les conséquences juridiques »⁴⁶⁹.

En second lieu, lorsqu'un rite est privilégié par la Constitution, comme en Afghanistan avec le rite Hanafite, cela crée également une forme de discrimination à l'égard des musulmans de rites différents. Même lorsque ce n'est pas explicite, si les experts en droit musulman siégeant à la Cour suprême ne sont pas représentatifs de tous les courants

⁴⁶⁵ « Article 39 does not explicitly overturn the 1959 law, but it could very well require changing very significant parts of it by requiring that Iraqis be free in matters of personal status [...] Thus, the draft constitution would seem to allow continuation of the 1959 uniform code of personal status for those who wish to use it [...] but, it is not clear who has the authority to determine content of that law [...] The text refers to the law but says nothing about the courts that apply it [...] If individuals may choose among different codes or laws, what will happen when litigants disagree over the law to be applied? », BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶⁶ Voir *supra*, p. 81.

⁴⁶⁷ Sur le principe d'égalité dans la Constitution afghane, ARCHAMBEAUD (G.), *Le principe d'Égalité et la constitution de l'Afghanistan de janvier 2004*, l'Harmattan 2005, 182 p.

⁴⁶⁸ « [L]a reconnaissance de cette liberté religieuse n'équivaut pas à une égalité juridique de confessions. Elle porte forcément la marque de l'inégalité reconnue au statut minoritaire des confessions non musulmanes », DELSENNE (L.), « La Constitution Afghane : entre République islamique et idéal démocratique? », *R.D.P.* 2005, Tome 5, p. 1374.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 1368.

islamiques existant au sein d'un État, ils pourraient interpréter la Constitution en fonction de leur rite. Les musulmans qui n'appartiennent pas à ce rite, pourraient alors être discriminés.

En troisième lieu, l'introduction du principe d'égalité entre les hommes et les femmes est étonnante, en Irak et en Afghanistan⁴⁷⁰, puisque le Coran ne l'admet pas.

« Au niveau du droit musulman classique, l'organisation sociale est celle de la famille patriarcale agnatique consistant en un système de prééminence de la lignée masculine et ayant pour effet d'inférioriser le statut juridique de la femme d'où découle son exclusion de la vie sociale. En Islam, la protection de l'individu n'est pas au centre des systèmes juridiques comme en Occident, mais c'est la famille, en tant que cellule de base de la société qui constitue le sujet essentiel du droit. La femme en est le fondement et sa volonté doit donc s'incliner devant celle du chef de famille : l'homme »⁴⁷¹.

Ainsi, comment l'État peut-il à la fois garantir cette égalité et être soumis aux principes de l'Islam ? Cette question est significative de l'influence occidentale. En effet, la prohibition de la discrimination entre hommes et femmes aurait-elle été spontanément introduite par les afghans ou les irakiens, au côté des articles soumettant la loi au respect de l'Islam ? Il semble que non. Le principe d'égalité n'apparaît pas de façon aussi large dans la Déclaration du Caire, sur les droits de l'homme en Islam. Celle-ci mentionne l'égalité entre hommes et femmes, mais précise aussi tôt qu'il s'agit d'une égalité en dignité, en devoir et en responsabilité⁴⁷². Cette Déclaration proclame, par conséquent, une égalité restreinte. En effet, comme le font remarquer certains auteurs, *« l'égalité se manifeste, seulement, en dignité, en devoir et en responsabilité mais pas en droit ! »⁴⁷³.*

Or, si l'on compare nos deux Constitutions à cette déclaration, on peut noter que leurs dispositions sont ambiguës. La Constitution irakienne mentionne que les irakiens sont égaux en droit, sans discrimination en matière de genre. La Constitution afghane précise que les hommes et les femmes sont égaux en droits et en devoirs, devant la loi. Cependant, aucune ne mentionnent clairement et simplement qu'hommes et femmes sont égaux⁴⁷⁴.

Pour ce qui est de la Constitution irakienne, cette ambiguïté a fait l'objet de nombreuses critiques :

« [F]or this reason, the new document has been condemned by critics both inside and outside Iraq as a fundamental setback for a majority of Iraq's population – namely, its women. According to Isam al-Khafaji, an Iraqi scholar, the document 'could easily deprive women of their rights' [...] These criticisms are not without merit, and the ambiguity of the new constitution is a cause for concern. The centrality of Islamic law in the document, however, does not necessarily mean trouble for Iraqi women. In fact, sharia is open to a wide range of

⁴⁷⁰ Ce principe apparaît à la lecture de l'article 22, alinéa 2 de la Constitution afghane: *« The citizens of Afghanistan, man and woman, have equal rights and duties before the law »*; et de l'article 14 de la Constitution irakienne : *« Iraqis are equal before the law without discrimination based on gender [...] »*.

⁴⁷¹ DELSENNE (L.), *op. cit.*, p. 1373.

⁴⁷² Déclaration des Droits de l'Homme en Islam, Le Caire 5 août 1990, article 1-a. Pour ce qui est de l'article 6: *« La femme est l'égal de l'homme au plan de la dignité humaine. Elle a autant de droit que de devoirs. Elle jouit de sa personnalité civile et de l'autonomie financière, ainsi que du droit de conserver son prénom et son patronyme. La charge d'entretenir la famille et la responsabilité de veiller sur elle incombent au mari »*.

⁴⁷³ AL-MIDANI (M.A.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit musulman », p. 10, www.aidh.org, 2004, consulté le 12 décembre 2005.

⁴⁷⁴ Article 14 de la Constitution irakienne et article 22 de la Constitution afghane.

understandings, and across the Islamic world today, progressive Muslims are seeking to reinterpret its rule to accommodate a modern role for women »⁴⁷⁵.

Or, l'ambiguïté de la nouvelle Constitution tranche avec le passé. En effet, les femmes irakiennes ont pu bénéficier, depuis 1959, des droits les plus étendus au Moyen Orient. L'âge du mariage était fixé à 18 ans, les divorces arbitraires prohibés, la polygamie restreinte et l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'héritage proclamée.

« With the overthrow of Saddam Hussein in March 2003, Shiite leaders quickly made clear that they expected the new Iraq to be an Islamic state [...] In December 2003, a conservative contingent on the U.S. –appointed Iraqi Governing Council (IGC) voted behind closed doors for Resolution 137, which canceled Iraq's existing family laws and placed such issues under the rule of sharia. [...] although the decree seemed to imply that each Islamic community would be free to impose its own rules on issues such as marriage, divorce, and other important family matters. This ambiguity worried not only women groups, but also those who feared that such an Islamic freedom would exacerbate sectarian tensions. [...] L. Paul Bremer [...] ultimately vetoed the IGC's resolution »⁴⁷⁶.

Aujourd'hui, les irakiens sont libres de décider. Une majorité d'entre eux est en faveur de l'application du droit islamique et du statut personnel. Cela s'avère dangereux en termes d'égalité. La démocratie implique l'égalité par l'absence de privilège. Cependant, la démocratie c'est aussi « *la volonté du peuple par le peuple et pour le peuple* ». Ainsi, est-ce démocratique de revenir à l'application du statut personnel ? Est-ce enfin démocratique de refuser à un peuple ce qu'il désire ? Nous ne pouvons ici formuler de réponse tranchée.

Comme l'explique le professeur Brown, les nouvelles Constitutions, irakienne et afghane, ont créé les institutions nécessaires pour protéger les droits de l'homme et les libertés publiques, tels les Cours suprêmes ou les Commissions des droits de l'homme⁴⁷⁷. Cependant, les Cours suprêmes sont notamment composées de juges formés dans des écoles coraniques. Par ailleurs, en Afghanistan, les juges doivent porter serment au nom de Dieu et jurent de soutenir la justice et la vertu en conformité avec les dispositions sacrées de l'Islam, de la Constitution et des autres lois⁴⁷⁸. Ainsi, religion et justice sont à nouveau mêlées, il y a donc de grandes chances pour que les dispositions en matière de droits de l'homme soient interprétées conformément à l'Islam. La seule garantie pour l'égalité entre les hommes et les femmes demeure dans l'impossible éviction des femmes de la scène politique⁴⁷⁹. Néanmoins, rien ne garantit une amélioration de la condition féminine puisque, encore faut-il, que les femmes élues ou nommées y soient favorables et qu'elles soient soutenues par un certain nombre de députés pour former une majorité. Mais, au delà, il faut aussi que les femmes disposent de la qualité de citoyenne. Or, sachant que seulement un à deux pour cent d'entre elles disposent d'une carte d'identité en Afghanistan, il y a peu de chance qu'elles soient inscrites sur les listes électorales, qu'elles accèdent au statut de citoyenne, puis de représentant du peuple⁴⁸⁰. D'autre part, avant d'accéder au statut de représentant du peuple, il faut avoir accès à l'éducation. Or, « *en Afghanistan, alors que la nouvelle constitution prévoit*

⁴⁷⁵ COLEMAN (I.), « *Women, Islam, and the New Iraq* », *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 28 et 29.

⁴⁷⁷ Nathan Brown, cité in COLEMAN (I.), « *Women, Islam, and the New Iraq* », *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷⁸ Article 119 de la Constitution afghane.

⁴⁷⁹ Articles 83, alinéa 6 et 84, alinéa 5 de la Constitution afghane.

⁴⁸⁰ Statistique citée par ARCHAMBEAUD (G.), *op. cit.*, p. 84.

une éducation libre et gratuite jusqu'au collège inclus, les moyens d'éducation sont dramatiquement inadaptés aux nécessités »⁴⁸¹.

Le principe d'égalité est introduit par les deux nouvelles Constitutions. Mais, ce principe, pour ce qui est de l'égalité hommes femmes, n'est pas enraciné dans les mœurs, ce qui pose une limite. Au fond, une Constitution peut bien poser de nombreux principes très protecteurs pour l'individu, tout ce qui compte sera l'interprétation qui en sera faite. En ce qui concerne l'Afghanistan, la Constitution du 4 janvier 2004 représente une avancée pour le statut juridique de la femme, puisque sous les Talibans, il s'agissait « *d'une lecture radicale de l'Islam mêlée à une attitude ancestrale qui refuse toute ouverture vis-à-vis du monde moderne et des changements sociaux et culturels de notre temps* »⁴⁸². Néanmoins, en pratique la condition de la femme fait l'objet de peu d'évolution. Face à la volonté affirmée par le constituant afghan de transformer le statut de la femme, « *la question de fond demeure celle de la reconnaissance de la femme comme un individu juridique autonome, un être humain libre et de plein droit* »⁴⁸³. En Irak, hormis le danger de régression pour l'égalité hommes femmes ; l'invocation de l'égalité entre les citoyens tranche avec la pratique de discrimination du régime de Saddam Hussein⁴⁸⁴.

B. La liberté de conscience et de religion

Les Constitutions afghane et irakienne reconnaissent la liberté de conscience et de religion⁴⁸⁵. Elles précisent que chacun dispose de la liberté de conscience, de croyance et de pensée⁴⁸⁶, que les membres de toutes religions sont libres de pratiquer leurs rites et leurs cultes⁴⁸⁷.

Par contre, les Constitutions ne mentionnent pas la liberté de changer de religion. Or, cette liberté est un corollaire de la liberté de religion ; qui contient traditionnellement la liberté de croire, de ne pas croire et la liberté de changer ou d'abandonner sa religion. Or, la liberté de changer de religion pourrait être déduite de la liberté de penser, de conscience et de croyance en Irak⁴⁸⁸. Cependant, l'Islam ne l'autorise pas. Il semble donc que cette interprétation ne soit pas possible. En Afghanistan, un homme a voulu en 2006 changer de religion. Cela lui a valu d'être poursuivi en justice. Il pouvait être condamné à la peine de mort, l'Italie lui a donc accordé le droit d'asile. Cela démontre que la liberté de changer de religion n'est pas effective, en Afghanistan.

Ce paragraphe « *démontre à quel point la conjugaison de l'Islam constitutionnel et des dispositions constitutionnelles d'origine occidentale peut être ambiguë* »⁴⁸⁹. Cependant, nous

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁸² DELSENNE (L.), *op. cit.*, p. 1373.

⁴⁸³ ARCHAMBEAUD (G.), *op. cit.*, p. 85.

⁴⁸⁴ « *A partir de 1969, sitôt qu'il est arrivé au pouvoir, le régime baathiste [...] a ressorti les conceptions du code de la nationalité de 1924, qui distingue les Irakiens authentiques et ceux de rattachement iranien [...] Les premières victimes ont été les Kurdes faylis, à la fois Kurdes et chiïtes* », PLOQUIN (J.C.), « Les chiïtes d'Irak veulent leur réinsertion politique, entretien avec Pierre-Jean Luizard », in PLOQUIN (J.C.), (dir.), *op. cit.*, p. 50.

⁴⁸⁵ Articles 2 des Constitutions afghane et irakienne.

⁴⁸⁶ Article 42 de la Constitution irakienne.

⁴⁸⁷ Article 43 de la Constitution irakienne.

⁴⁸⁸ Article 43 de la Constitution irakienne.

⁴⁸⁹ DELSENNE (L.), *op. cit.*, p. 1368.

pouvons noter que l'intégration de l'Islam comme religion d'État, avec les limitations aux libertés publiques que cela peut comporter (qui n'en sont peut être qu'aux yeux des occidentaux) apporte à chacune des Constitutions une forme de légitimité. En effet, la Constitution est « un Pacte social » qui organise les relations entre gouvernants et gouvernés, mais aussi entre les gouvernants eux-mêmes. En cela, elle doit intégrer les valeurs auxquelles adhère la majorité des citoyens. Or, l'Islam est l'une de ces valeurs⁴⁹⁰. Par exemple, en Afghanistan, cette religion fut symbole d'union, les Mollahs ont également gardé une autorité décisive, ils structurent la vie sociale du clan ou du village⁴⁹¹. En Irak, la société s'est islamisée, car cette religion apparaît à la population comme seule alternative. Elle est une religion très complète et possède donc des implications en matière sociale, politique et juridique. Ses conceptions juridiques, tel en matière de droits de l'homme, sont aussi celles d'une majorité de la population, puisqu'il s'agit d'une « *pratique sociale dominante* »⁴⁹² (en Afghanistan, 80% de la population est convertie à l'Islam). Les décisions et les choix étant élaborés sur le principe de la majorité, dans les sociétés démocratiques (avec tous les inconvénients que cela implique, notamment pour les minoritaires), les constituants se devaient d'intégrer l'Islam aux Constitutions. Sans cela, elles n'auraient jamais été adoptées, par déficit de légitimité. Ainsi, ce compromis entre droits de l'homme et Islam peut paraître déroutant aux yeux du juriste occidental, mais n'oublions pas que cette conciliation est voulue par le constituant. Enfin, rien n'est acquis. Ainsi, l'interprétation et la mise en œuvre de ces deux textes sera importante et pourra évoluer.

Paragraphe 2 : Des objectifs constitutionnels contestables

La Constitution de la République islamique d'Afghanistan ayant été adoptée le 4 janvier 2004, et la Constitution de la République d'Irak, adoptée le 15 octobre 2005, elles appartiennent toutes deux à l'après 11 septembre 2001. Or, de façon étonnante, le contexte international d'insécurité transparait à leur lecture.

Les Constitutions ne cessent d'imposer la lutte contre le terrorisme⁴⁹³. Cette nette prise en compte du contexte international est un élément nouveau pour une Constitution. En effet, les Constitutions ont pour vocation de régler les affaires internes⁴⁹⁴. Or, le contexte interne y a davantage sa place que le contexte international. De plus, une Constitution s'applique à long terme. Or, le contexte international ne peut être que momentané.

⁴⁹⁰ « *Iraqi draft constitution reflects very clearly the social and cultural Iraqi reality, which is controlled by religious knowledge. What I mean is that Islamic knowledge, in its two divisions - the Sunni and the Shi'ite -, plays a basic role in the social, political, and cultural life. This fact has led to the main role and influence of the religious leaders and institutions* », MIRAN (R.), « *The Constitution Draft is Far from our Goals* », *op. cit.*

⁴⁹¹ VINATIER (L.), *L'Islamisme en Asie centrale*, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁹² Expression empruntée à DELSENNE (L.), *op. cit.*, p. 1368.

⁴⁹³ Article 7, alinéa 2 de la Constitution afghane. Article 7(2) de la Constitution irakienne.

⁴⁹⁴ De plus, lorsqu'on lit la définition du terme Constitution, celle-ci nous indique qu'au sens matériel, il s'agit d'un « *ensemble de règles écrites ou coutumières qui déterminent la forme de l'État (unitaire ou fédéral), la dévolution et l'exercice du pouvoir* », au sens formel, « *document relatif aux institutions politiques, dont l'élaboration et la modification obéissent à une procédure différente de la procédure législative ordinaire (ex. : assemblée constituante, majorité qualifiée) [...]* », GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} édition, 1999, p. 140.

D'autre part, l'article 9(1)-E de la Constitution irakienne est surprenant⁴⁹⁵. Il constitutionnalise les obligations de non-prolifération des armes en Irak, issues des normes internationales, plus précisément des résolutions du Conseil de sécurité. Celles-ci ont été adoptées dans un but sécuritaire sur le plan international. Cependant, leur constitutionnalisation porte atteinte à la souveraineté irakienne, dans le sens où ces obligations limitent les compétences régaliennes de l'État en matière de défense du territoire national et d'armement.

Or, ces limitations ne démontrent-elles pas l'influence occidentale ? Le pouvoir constituant lui-même, aurait-il inscrit ces obligations dans le texte constitutionnel spontanément ? Enfin, l'imposition de la lutte contre le terrorisme n'a-t-elle pas pour effet d'empiéter sur le rôle du Parlement, autorité qui, dans les États occidentaux, a légiféré en la matière ?

Par conséquent, il semble que la lutte contre le terrorisme ainsi que la limitation de souveraineté qui a trait aux compétences d'armement pour ce qui est de l'Irak, inscrites au sein de ces Constitution, soit un principe imposé de l'extérieur.

Enfin, l'incorporation du contexte international participe à la qualification donnée à ces Constitutions, à savoir des Constitutions d'une troisième génération ; car elles pourraient illustrer une forme d'internationalisation du droit constitutionnel (à moins que ce soit une constitutionnalisation du droit international), démontrant ainsi les relations de plus en plus grandes entre droit interne et droit international.

Nous venons de constater que les Constitutions irakienne et afghane contiennent des dispositions ambiguës, tant sur le plan des droits de l'homme, qu'en matière de lutte contre le terrorisme ou d'armement. Les Constitutions étant faites de principes contradictoires, cela implique la conciliation, et par là l'interprétation. C'est en cela que l'on peut se demander s'il s'agit de Constitutions durables. En effet, certaines dispositions sont inscrites dans le texte, par exemple en matière de droit de l'homme, mais on peut douter de leur mise en œuvre effective. Ce compromis difficile s'explique par les influences divergentes, tant issues des traditions nationales que des impératifs posés par la « communauté internationale » lors de la reconstruction. Le choix du modèle de gouvernance démocratique n'est donc pas assuré. Qu'en est-il de la forme juridique de l'État ?

⁴⁹⁵ Article 9(1)-E de la Constitution irakienne: « *The Iraqi Government shall respect and implement Iraq's international obligations regarding the non-proliferation, non-development, non-production, and non-use of nuclear, chemical, and biological weapons, and shall prohibit associated equipment, materiel, technologies, and delivery systems for use in the development, manufacture, production, and use of such weapons* ».

Chapitre 2 : Pluralité de solutions quant à la forme juridique de deux États multiethniques

L’Afghanistan et l’Irak sont tous deux des États multiethniques. En d’autres termes, leurs territoires regroupent une population hétérogène, dans le sens où elle est composée d’ethnies ou de communautés différentes. En cela, ces États n’entrent pas dans le cadre du modèle de l’État-nation ; la langue, la religion ou le mode de vie pouvant varier d’une communauté à l’autre⁴⁹⁶. Cependant, les membres de ces différentes ethnies ont tous la même nationalité. En Irak, il s’agit à la fois d’un critère ethnique, mais aussi d’un critère religieux puisque l’État se compose de Kurdes, de chiïtes et de sunnites⁴⁹⁷. La Constitution indique seulement que l’Irak est un État composé de plusieurs nationalités et religions⁴⁹⁸. L’article 4, en matière de langues officielles, est aussi révélateur de la situation démographique du pays, puisqu’il en reconnaît l’arabe et le kurde et autorise l’apprentissage des langues maternelles aux individus issus de minorités⁴⁹⁹. Or, la forme de l’État va être influencée par le sentiment d’appartenir ou non à une entité qui dépasse celle de la communauté. En effet, soit les divergences seront trop importantes pour évoluer au sein d’une même structure étatique, dans cette hypothèse le choix du fédéralisme pourra prévaloir ; soit les diverses communautés décideront d’évoluer ensemble et d’aller au-delà de leur divergence traditionnelle, elles se positionneront alors en faveur de l’unité. Cependant, l’influence des systèmes juridiques occidentaux a pu également peser. C’est ce que nous allons élucider, à travers les conséquences de ce choix sur la séparation verticale et horizontale des pouvoirs.

Étudions, par conséquent, dans un premier temps le choix du fédéralisme (section 1), puis, le choix de l’unité (section 2).

Section 1 : Le choix du fédéralisme

Le fédéralisme est « *un mode de groupement structurel des collectivités politiques qui vise à renforcer leur solidarité tout en respectant leur particularisme [...] [Sur le plan interne, il] vise à conférer une organisation politique aux cadres intermédiaires d’un État (régions, provinces...) et se présente donc comme un procédé de décentralisation étatique poussée* »⁵⁰⁰. L’Irak a choisi, par sa Constitution du 15 octobre 2005, de devenir un État fédéral⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ La Constitution afghane indique que « *The nation of Afghanistan shall be comprised of Pashtun, Tajik, Hazara, Uzbek, Turkman, Baluch, Pachaie, Nuristani, Aymaq, Arab, Qirghiz, Qizilbash, Gujur, Brahwui and other tribes* », à son article 4, alinéa 3.

⁴⁹⁷ « *Les chiïtes, arabes dans leur immense majorité, forment environ 54% de la population ; les Arabes sunnites et les Kurdes, ces derniers étant également sunnites, sont pratiquement à parité, puisqu’ils représentent chacun entre 22 et 24% de la population* », LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 177. Cependant, aucun recensement n’a été tenu depuis 1957 en Irak et même à cette époque, il ne s’agissait que d’un recensement des différentes communautés religieuses musulmane, chrétiennes, juives et Yazidis.

⁴⁹⁸ Article 3 de la Constitution irakienne.

⁴⁹⁹ Article 4(1) de la Constitution irakienne.

⁵⁰⁰ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 246.

⁵⁰¹ En effet, des références à la forme de l’État apparaissent dès le préambule de la Constitution irakienne, au § 4: « *We the people of Iraq who have just risen from our stumble, and who are looking with confidence to the*

Ce choix comporte deux implications, l'une sur la séparation verticale des pouvoirs (§1) et l'autre en matière de séparation horizontale des pouvoirs (§2).

Paragraphe 1 : La séparation verticale des pouvoirs en Irak

« L'État fédéral est composé de plusieurs collectivités politiques (États fédérés) auxquelles il se superpose [...] La Constitution fédérale répartit les compétences entre l'État fédéral et les États membres (en réservant généralement à l'État fédéral le monopole des affaires étrangères), mais les États membres ont la garantie d'une participation aux décisions fédérales grâce à l'organisation particulière du pouvoir législatif fédéral, qui comporte une chambre des États à côté de la chambre de la population »⁵⁰².

Étudions son fonctionnement en Irak (I), puis les risques que cela implique (II).

I. Le fonctionnement du fédéralisme

Rappelons d'abord l'origine du fédéralisme (A), puis concentrons-nous sur son fonctionnement dans la Constitution du 15 octobre 2005 (B).

A. L'origine du fédéralisme

Le fédéralisme a des origines dans le temps qui sont liées à l'histoire de l'empire britannique (1). Pour plusieurs raisons ce modèle fut implanté en Irak (2).

1. Les origines dans le temps

Cette forme juridique d'État provient de la pratique britannique, dans le cadre de la gestion de ses colonies. D'après le professeur Edward McWhinney:

« the most frequently utilized paradigm of Anglo-Saxon federalism has been the made-in-London model, first devised in the late nineteenth century by the British imperial Government in London as a legal base for devolving powers of internal self-government to older, mainly English-speaking colonies with a majority of the population stemming from immigration from Great Britain itself and the British Isles generally [...] The ideal-type [...] was the Constitution of the United States, adopted towards the close of the eighteenth century after the successful war of independence from imperial Britain, and with strong philosophical influences from the seventeenth-century constitutional struggles in England that culminated in the Puritan revolution and the Cromwellian Commonwealth of the decade of the 1650s »⁵⁰³.

Par conséquent, le fédéralisme détient une origine britannique, puis il s'est transmis, au moment de la décolonisation, aux États nouvellement indépendants issus de cet empire, notamment, au Canada, à l'Australie, à l'Inde et aux États-Unis.

Les États-Unis en devinrent toutefois, les principaux promoteurs. Cet État a développé le modèle et l'exporte. L'Irak n'est pas le premier État auquel les États-Unis le transmettent. L'exemple la République fédérale d'Allemagne le précède.

future through a republican, federal, democratic, pluralistic system [...] ». L'article 1 de la Constitution irakienne poursuit: *« The Republic of Iraq is a single federal, independent and fully sovereign state in which the system of government is republican, representative, parliamentary, and democratic, and this Constitution is a guarantor of the unity of Iraq ».*

⁵⁰² GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 233.

⁵⁰³ McWHINNEY (E.), *« Self-determination of Peoples and Plural-Ethnic States, Secession and State Succession and the Alternative, Federal option »*, op. cit., p. 237.

2. L'implantation du fédéralisme en Irak

Par le passé, l'Irak a toujours été un État unitaire. Par conséquent, la question se pose de savoir pourquoi, la forme de l'État s'est transformée avec la chute de Saddam Hussein. Deux facteurs doivent être pris en compte pour comprendre l'intégration du fédéralisme en Irak. D'abord, la position des représentants politiques de chacune des communautés, puis la raison pour laquelle ce modèle fut promu en Irak par les États tiers.

En Irak, seul les Kurdes ont été, de longue date, les promoteurs du fédéralisme. En effet, le choix de cette forme d'État leur permettait de réaliser leur désir d'autonomie tout en restant irakiens⁵⁰⁴. Pour ce qui est du fédéralisme, le P.D.K. (Parti Démocratique du Kurdistan) de Massoud Barzani, fut le premier à le promouvoir. L'U.P.K. (Union Patriotique du Kurdistan) de Jalal Talabani prit rapidement la même position, ainsi que les Partis communiste et libéral. C'est pourquoi, le 4 octobre 1992, les Kurdes obtiennent un statut d'autonomie. Le Parlement Kurde proclamera ensuite le fédéralisme de façon unilatérale. C'est dans le but de protéger ce statut d'autonomie que les Kurdes ont impulsé, au sein de l'Assemblée constituante, l'idée du fédéralisme⁵⁰⁵. Pour eux, « *le nouvel Irak démocratique doit être constitué de deux régions, arabe et kurde, avec un gouvernement central qui garantit leur autonomie et des garanties constitutionnelles* »⁵⁰⁶. Néanmoins, les représentants chiites (de la grande majorité de la population) sont traditionnellement en faveur de l'unité⁵⁰⁷. Ils sont donc très attachés à l'identité irakienne. C'est également le cas des sunnites, longtemps influencés par la propagande unitaire du Parti Baath, en faveur du panarabisme et contre la partition de l'Irak⁵⁰⁸. Les chiites ne sont, toutefois, pas en faveur d'un centralisme absolu. Tout en s'opposant à la partition de l'Irak, ils veulent voir leur identité reconnue⁵⁰⁹.

Pour ce qui est de la promotion du fédéralisme de l'extérieur, il l'est principalement par les États-Unis. Ce pays a toujours eu une grande influence, notamment à travers le Congrès national irakien (C.N.I.). Cette entité qui réunissait alors l'opposition irakienne est

⁵⁰⁴ Déjà, au moment de la création de l'État irakien, des spécificités furent reconnues aux Kurdes, en matière linguistique, administrative et culturelle. En 1958, la Constitution de la première République d'Irak reconnaît l'existence du peuple Kurde tout en l'incluant au sein du territoire irakien. Dans les années 1960 et 1970, la région va de la reconnaissance d'une décentralisation administrative à l'autonomie politique.

⁵⁰⁵ Pour plus de développement sur les positions politiques kurdes, LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., pp. 197-207.

⁵⁰⁶ BARZANI (S.), « Les projets politiques des Kurdes irakiens », in PLOQUIN (J.C.), (dir.), op. cit., p. 70.

⁵⁰⁷ « *Les chiites semblent donc se distinguer des autres communautés par leur aptitude à penser le politique en des termes qui ne sont pas exclusivement liés au clan ou à la tribu [...] Rien ne prédispose les chiites à une 'sécession' ou à la création d'un 'État confessionnel chiite'* », LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., p. 181.

⁵⁰⁸ Pour la position des sunnites, LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., pp. 207-212.

⁵⁰⁹ Les chiites se divisent principalement en deux parties, le parti *Da'wa* et l'Assemblée suprême de la révolution islamique en Irak (A.S.R.I.I.), dirigée par Muhammad Baqer al-Hakim. Le premier rejette à la fois, l'influence iranienne, ainsi que toute solution américaine. Or, « [le parti *Da'wa*] préconise une décentralisation de l'Irak selon les anciens vilayets ottomans ; cette décentralisation serait géographique, mais non pas fondée sur les divisions ethniques ou confessionnelles, que le parti refuse d'institutionnaliser car il y voit un premier pas vers la partition de l'Irak ». L'A.S.R.I.I., pour sa part, adopte la même position, tout en cultivant ses relations avec les États-Unis et l'Iran. Pour les positions politiques chiites, LUIZARD (P.J.), *La question irakienne*, op. cit., pp. 183-197.

créée en juin 1992, lors de la Conférence de Vienne. Or, ce « *Parlement de l'opposition* »⁵¹⁰ travaille sous influence américaine, puisque les États-Unis étaient considérés comme seule puissance capable d'anéantir le régime de Saddam Hussein. Aujourd'hui, le C.N.I. est principalement représenté par Ahmad Chalabi, qui a « *lancé le débat sur le fédéralisme, dont il s'est fait, avec les Kurdes, le plus fervent avocat* »⁵¹¹. De plus, les États-Unis conservent une influence par les Partis irakiens qui préconisent la démocratie libérale, tel le Mouvement de l'entente nationale irakienne, fondé par Ayyad Allawi en 1992. Enfin, les États-Unis sont entrés en contact avec certains irakiens, par l'intermédiaire de l'Iran, mais aussi par le biais des irakiens exilés.

Ahmad Chalabi ainsi que Ayyad Allawi ont occupé des positions importantes au sein du C.I.G. et du Gouvernement irakien. Rappelons également, que l'*Autorité Provisoire de Coalition* était dirigée par les États-Unis, avec à sa tête Paul Bremer. Or, le principe du fédéralisme apparu, dans un premier temps, au sein de la Constitution provisoire irakienne du 8 mars 2004⁵¹² et fut repris par la Constitution du 15 octobre 2005. En effet, la Constitution provisoire d'inspiration américaine (elle fut rédigée dans un premier temps en anglais, puis traduite en arabe, dit-on) a des incidences sur le fonctionnement actuel. Elle impose le fédéralisme, décision difficilement modifiable, et conserve les acquis kurdes en matière d'autonomie⁵¹³. Or, l'article 53-A de la Constitution provisoire, qui contient cette disposition, ne peut être annulé par la Constitution définitive. Par le ralliement soudain des chiïtes à la position Kurde, la forme fédérale de l'État fut finalement adoptée définitivement⁵¹⁴. En dernier lieu, la Constitution provisoire évoque la raison pour laquelle ce modèle serait utile à l'Irak, il s'agit de rompre avec le passé, la concentration des pouvoirs et la tyrannie⁵¹⁵. De plus, cela permet l'apaisement de la revendication séparatiste kurde ; ce qui pourrait être une sécurité à la fois pour l'Irak et pour ses voisins qui ont également des minorités kurdes et qui sont opposés à la création d'un Kurdistan indépendant. Cependant, certains États voisins de l'Irak sont opposés au fédéralisme pour éviter toute déstabilisation et tout engouement de la part des Kurdes résidant sur leurs territoires.

B. Fédéralisme ou modèle hybride sous la Constitution du 15 octobre 2005 ?

Dès le début de la Constitution, l'Irak est qualifié d'État fédéral. Toutefois, il faut noter qu'à la lecture de la cinquième section du texte, la séparation verticale des pouvoirs en Irak répond à deux schémas. En effet, les Conseils provinciaux sont face à deux possibilités, soit ils décident de devenir des régions et ont alors qualité d'autorité fédérale ; soit ils conservent leur qualité de province (ou *governorate*) et s'appliquent alors à eux les principes

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 176.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 219.

⁵¹² *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, articles 4, 24 et chapitre 8.

⁵¹³ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 53-A.

⁵¹⁴ « *Les religieux chiïtes ont proposé un système qui ferait en sorte qu'une province puisse se lier à d'autres provinces pour former une 'région fédérale', [...] suite à un référendum à majorité simple. [...] Les négociateurs chiïtes ont imaginé ce système pour que les provinces du sud, reposant sur certains des principaux gisements pétroliers de l'Irak, puissent former une 'super région fédérale'. La partie Kurdes a permis l'insertion de cette disposition parce qu'elle renforcera la prétention des Kurdes sur Kirkuk* », JOLICOEUR (P.), « Le fédéralisme en Irak, une solution réaliste ? », *op. cit.*, p. 1.

⁵¹⁵ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 52.

de la décentralisation. L'Irak est, par conséquent, un modèle hybride, qui associe fédéralisme et décentralisation et ce, pour satisfaire l'ensemble des communautés.

Il nous faut donc étudier le système irakien de séparation verticale des pouvoirs (1), avant d'examiner la répartition des compétences (2).

1. Le système irakien

Avant de distinguer autorités fédérées (a) et autorités décentralisées (b), il nous faut préciser que Bagdad dispose d'un statut spécial. « *The governorate of Baghdad* »⁵¹⁶ est une Province qui ne pourra se transformer en Région fédérée.

a. Les autorités fédérées

La fédération est organisée, en Irak, autour de deux entités. D'abord, l'État fédéral, siégeant à Bagdad, symbolisant l'unité, est protecteur de l'intérêt de la fédération toute entière ; ensuite les régions. La Constitution n'en reconnaît qu'une seule, la région du Kurdistan, qui est une autorité fédérée. Cependant, d'autres peuvent être créées⁵¹⁷. Toutefois, à qui appartient le droit de se former en région fédérée ? Cette possibilité est ouverte aux Provinces, après consultation par référendum de leurs populations ou des leurs représentants au sein des Conseils Provinciaux⁵¹⁸. Une fois le choix de se former en autorité fédérée, la région devra élaborer une Constitution en conformité avec la Constitution fédérale, qui aura pour objet de définir la structure régionale, ses organes et son fonctionnement⁵¹⁹. La Constitution fédérale est donc muette à ce propos. Cependant, ces entités fonctionneront certainement autour des cours de justice, parlements et gouvernements fédérés.

Ainsi, la formation d'entités fédérées est très libre et aisément praticable.

b. Les autorités décentralisées

Selon la Constitution du 15 octobre 2005, les provinces irakiennes peuvent également choisir de conserver leur statut. Dans cette hypothèse, leurs seront appliqués les principes de la décentralisation, qui autorisent une large autorité administrative et financière⁵²⁰. Celles-ci disposent d'un pouvoir exécutif, incarné par le gouverneur, et d'un Conseil de gouvernement, élu, indépendant et détenteur de l'autorité financière au sein de la Province. Tandis que les régions disposent d'une autonomie pour les compétences non-exclusives du gouvernement fédéral, les Provinces ne semblent pas fonctionner ainsi. En effet, le principe de la délégation de compétence semble privilégié⁵²¹.

À l'heure actuelle, la majorité des conseils provinciaux ont conservé le modèle décentralisé. Seul le Kurdistan a décidé de se transformer en région et de devenir une autorité fédérée. Cela n'est pas étonnant, puisque les représentants Kurdes étaient les principaux promoteurs du fédéralisme et qu'ils désiraient conserver leur autonomie. Originellement, l'Irak comptait 18 provinces. Cependant, trois entités kurdes se sont réunies en région, le pays

⁵¹⁶ Article 124 de la Constitution irakienne.

⁵¹⁷ Article 117 de la Constitution irakienne.

⁵¹⁸ Article 119 de la Constitution irakienne.

⁵¹⁹ Article 120 de la Constitution irakienne.

⁵²⁰ Article 122 (2) de la Constitution irakienne.

⁵²¹ Article 123 de la Constitution irakienne.

est donc composé actuellement de quinze provinces. De plus, une région dans le sud du pays serait en formation.

2. La répartition des compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées

Traditionnellement, les compétences régaliennes de l'État sont exercées au niveau supérieur, par les autorités fédérales. Les autorités fédérées sont détentrices des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire dans d'autres matières, telles l'éducation ou la culture, et régissent la vie quotidienne.

Par conséquent, trois types de compétences existent : les compétences fédérales (a), les compétences fédérées (b) et les compétences partagées (c).

a. Les compétences fédérales exclusives

L'État fédéral dispose des compétences régaliennes pour protéger l'existence et l'unité de l'État⁵²².

Ces compétences régaliennes exclusives permettent au pays de parler d'une seule voie lorsqu'il s'agit de matières touchant à la souveraineté. Ainsi, le gouvernement fédéral est le seul à réglementer certains domaines. Par exemple, il élabore et exécute la politique étrangère, notamment par la signature des traités ou accords internationaux et par la nomination des représentants diplomatiques⁵²³. Il élabore et met en oeuvre la politique de sécurité et de défense et dirige, à ce titre, l'armée et la police nationale⁵²⁴. Il décide en outre des politiques fiscale, douanière, budgétaire, monétaire, d'asile et d'immigration⁵²⁵.

De plus, il réglemente la politique en matière de ressources naturelles. Il contrôle une politique importante et difficile au Moyen Orient, celle de la distribution de l'eau et le respect de ses droits en la matière⁵²⁶. D'autre part, il contrôle la production de pétrole et de gaz des différentes régions et provinces. Il redistribue les bénéfices à travers l'ensemble du pays et assure ainsi, une égalité entre nationaux, car ces ressources appartiennent au peuple irakien⁵²⁷.

Enfin, il exerce certaines compétences plus pratiques⁵²⁸.

Ces compétences exclusives sont donc peu nombreuses, ce qui est étonnant, vu la traditionnelle répartition des compétences dans les pays arabes.

b. Les compétences partagées

La Constitution prévoit le partage de certaines compétences, entre le gouvernement fédéral et les autorités régionales ou provinciales.

⁵²² Article 109 de la Constitution irakienne: « *The federal authorities shall preserve the unity, integrity, independence, sovereignty of Iraq, and its federal democratic system* ».

⁵²³ Article 110 (1) de la Constitution irakienne.

⁵²⁴ Article 110 (2) de la Constitution irakienne.

⁵²⁵ Article 110 (3), (5) et (7) de la Constitution irakienne.

⁵²⁶ Article 110 (8) de la Constitution irakienne.

⁵²⁷ Articles 111 et 112 (1) de la Constitution irakienne.

⁵²⁸ Par exemple, la réglementation des télécommunications, de la poste et du courrier. Il définit aussi les mesures nationales et organise des recensements. Article 110 (6), (4) et (9) de la Constitution irakienne.

La première d'entre elles concerne la stratégie de développement de la production de gaz et de pétrole⁵²⁹ et la politique de répartition des ressources internes en eau⁵³⁰. Il s'agit ensuite de la mise en œuvre de certains droits de douanes, de la réglementation des sources d'énergie électrique principales et de leurs distributions, de la politique de protection de l'environnement, de la politique publique de santé, de développement et d'éducation⁵³¹. Nous pouvons noter ici que les autorités fédérées et décentralisées participent au même titre à l'exercice de ces compétences partagées. Aucune différence ne les distingue sur ce point.

c. Les compétences fédérées

Les régions peuvent réglementer tout ce qui n'est pas du ressort de l'État fédéral, c'est-à-dire tout ce qui n'entre pas dans le cadre des compétences fédérales et des compétences partagées⁵³². Elles peuvent aller jusqu'à créer des normes qui seront en conflit avec la législation fédérale, lorsqu'il s'agit de matières hors du champ des compétences fédérales exclusives⁵³³. Le droit régional prime même sur le droit fédéral, lorsqu'il s'agit des compétences partagées⁵³⁴. Pour exercer leurs compétences, chacune dispose de revenus issus de l'État fédéral. Mais, la répartition des revenus tient compte des ressources de la région, des besoins et du nombre d'habitants, dans ce partage⁵³⁵. En effet, l'État fédéral est garant de l'égalité entre citoyens des différentes régions.

Plus concrètement, les régions ont à leur charge, leur propre administration et celle de la vie quotidienne ainsi que la formation d'une force régionale de sécurité⁵³⁶.

Ces compétences propres n'appartiennent qu'aux entités fédérées ; elles permettent donc de distinguer les autorités fédérées des autorités décentralisées.

Ce fonctionnement permet le libre développement des spécificités linguistiques et culturelles et donc la reconnaissance des minorités ; tout en conservant, à travers les compétences fédérales, l'égalité des citoyens. Cependant, il est aussi pourvoyeur de risques.

II. Les risques développés par cette forme juridique

La mise en œuvre du fédéralisme, en Irak, comporte un risque de désintégration de l'État (C), d'autant plus que deux facteurs agissent comme des multiplicateurs, à savoir, la question de la répartition des richesses (B) et le sentiment d'appartenance (A).

A. Le sentiment d'appartenance

Avant d'analyser les risques contenus par l'application du fédéralisme en Irak, il nous faut préciser qu'une « *irakité* », c'est-à-dire un sentiment d'appartenance à une identité distincte et dépassant l'identité communautaire, s'est développée durant le XX^{ème} siècle.

⁵²⁹ Article 112 (2) de la Constitution irakienne.

⁵³⁰ Article 114 (7) de la Constitution irakienne.

⁵³¹ Article 114 de la Constitution irakienne.

⁵³² Article 121 (1) de la Constitution irakienne.

⁵³³ Article 121 (2) de la Constitution irakienne.

⁵³⁴ Article 115 de la Constitution irakienne.

⁵³⁵ Article 121 (3) de la Constitution irakienne.

⁵³⁶ Article 121 (5) de la Constitution irakienne.

Pour l'expliquer, plusieurs raisons sont soulignées : la lutte commune contre les britanniques dans les années 1920, la redistribution des richesses issues des ressources naturelles à travers un service public de qualité et un accès à la fonction publique pour tous, la participation de l'ensemble des irakiens au service militaire, la solidarité et l'échange de services pendant les années d'embargo, la diffusion de la culture malgré le contrôle du régime et enfin, l'acceptation du dépassement des clivages communautaires par certains personnages imminents. Le tissu social a donc une capacité à se recréer rapidement⁵³⁷.

Toutefois, ce sentiment d'appartenance à une nation irakienne est contrebalancé par le sentiment parallèle d'appartenance à une des trois communautés, chiite, sunnite ou kurde. Or, actuellement, il semble que le repli sur ces identités communautaires soit très fort. Ceci s'explique par l'absence de leader transcendant les divergences. En effet, les partis politiques actuels reflètent les tendances communautaristes plutôt que l'intérêt général. Par conséquent, aujourd'hui le sentiment d'appartenance à une communauté est plus fort que « l'irakité ». Or le repli identitaire est dangereux, surtout lorsque se développe parallèlement un fonctionnement étatique aussi poussé que le fédéralisme.

B. La question de la répartition des ressources naturelles

S'ajoute à ce qui précède, la question des richesses du pays. En effet, le sentiment communautaire étant fort, chacun des groupes sociaux veut conserver ses intérêts, voire en obtenir davantage. Or, la question de la répartition des ressources naturelles est cruciale, puisqu'elle va de pair avec l'obtention de richesses nouvelles par les entités fédérées.

L'article 112 de la Constitution donne la compétence d'administration des ressources en pétrole et en gaz à l'État fédéral⁵³⁸. C'est un gage d'égalité, pour la population de l'ensemble de la fédération, mais aussi une valorisation de l'intérêt général. Toutefois, cet article manque de clarté. En effet, comme le souligne le professeur Feldman, « *what does it mean for the federal government to do so "with" the regional governments? And what about future wells not covered by the word "current"?* »⁵³⁹. En effet, si un rôle important est laissé aux régions, celles-ci agiront en faveur de leurs propres intérêts. La répartition des richesses deviendrait alors plus que théorique. De plus, le terme « *current* » (ou « *present field* », pour la dernière version de la Constitution) démontre que l'article 112 ne régleme que les sols riches en pétrole découverts actuellement. Or, qu'advient-il des espaces dotés en pétrole et en gaz, non découverts ? La Constitution reste muette à ce propos. Il semble que l'article 112 fasse l'objet d'une proposition de modification ; amendement qui interviendrait sur la base de l'article 142 de la Constitution.

⁵³⁷ « Tout au long de ces péripéties éprouvantes, la cohésion du pays n'a pas été remise en question en faveur des sous-appartenances et les menaces supposées de guerres civiles n'ont jamais pris corps », explique Nahla Chahal, qui ajoute, « cette alliance est née à partir du 17^{ème} siècle dans la vallée sud de l'Euphrate. Elle s'est élaborée et s'est confirmée au fil des soulèvements contre les Ottomans, tout en se démarquant de l'État safavite installé en pays perse : prémices de l'irakité, mais aussi traits de sa genèse qui continue », CHAHAL (N.), « Une irakité latente et en devenir », in PLOQUIN (J.C.), (dir.), *op. cit.*, p. 73 et 78.

⁵³⁸ Article 112 (1) de la Constitution irakienne: « *The federal government, with the producing governorates and regional governments, shall undertake the management of oil and gas extracted from present fields, provided that it distributes its revenues in a fair manner in proportion to the population distribution in all parts of the country, specifying an allotment for a specified period for the damaged regions which were unjustly deprived of them by the former regime, and the regions that were damaged afterwards in a way that ensures balanced development in different areas of the country, and this shall be regulated by a law* ».

⁵³⁹ FELDMAN (N.), « Le constitutionnalisme dans le monde musulman », *Revue électronique du Département d'État Américain* volume 9, 1 mars 2004.

La question de la répartition des richesses est également soulevée par l'avenir de la ville de Kirkuk. En effet, il s'agit d'un espace riche en ressources. Ainsi, la Constitution provisoire impose le règlement de la question du passage de la frontière : les limites intérieures englobent-elles ou non Kirkuk dans la région kurde⁵⁴⁰ ? Or, la Constitution du 15 octobre 2005 renvoie à cette disposition⁵⁴¹ et précise que la décisions, quant à la détermination de la frontière de la région kurde, sera prise avant le 31 décembre 2007 et par référendum local⁵⁴². Cependant, cette décision peut comporter des implications quant au risque de désintégration, que nous allons désormais examiner.

C. Le risque de désintégration de l'État

« Le fait d'appliquer le modèle du fédéralisme américain en Irak pose un problème fondamental. Aux États-Unis, aucune minorité ethnique ne se considère comme une nation séparée ou un « peuple » (à l'exception peut-être de certains peuples autochtones). En revanche, les Kurdes d'Irak se voient eux-mêmes comme une nation à part, enracinée dans son territoire ancestral, et ils sont profondément attachés à leur droit à l'auto-détermination »⁵⁴³.

L'Irak a toujours été un État unitaire et les différentes communautés kurde, chiite et sunnite y ont cohabité depuis la création de l'État, durant la première moitié du XX^{ème} siècle. Ainsi, l'Irak subit le phénomène inverse à de nombreux États fédéraux. En règle générale, ce sont des entités distinctes qui se réunissent au sein d'un État fédéral pour ne former qu'un. Ici, ce sont des entités difficilement différenciables (n'oublions pas, par exemple que certains kurdes sont chiites et d'autres sunnites ; que kurdes, sunnites et chiites cohabitent dans de nombreuses aires géographiques) qui décident de devenir autonome les une des autres. De plus, les frontières des futures régions fédérées ne sont pas déterminées clairement, ni par la Constitution, ni par d'autres textes. Or, ajouter à cela que la population vit un repli identitaire, les possibilités de désintégration de l'État sont réelles.

De plus, la détermination de la frontière au niveau de la ville de Kirkuk pourrait être déterminante. En effet, les kurdes souhaiteraient que le territoire de leur région s'étende à cette ville qui comporte, rappelons le, de nombreuses ressources naturelles. Or, si la détermination de la frontière est en faveur des kurdes, ces derniers auraient alors assez de richesses pour se déclarer indépendants. De façon identique, si les provinces chiites s'unissaient au sein d'une région fédérale, le risque de voir ces provinces faire sécession, sous la pression de l'Iran chiite, pourrait se réaliser :

« un gouvernement central faible dominé par des gouvernements régionaux pourrait par la suite mener au démantèlement de l'Irak selon les aires ethniques – une perspective que les arabes sunnites, dominant dans la région centrale dépourvue des gisements pétroliers du Nord et du Sud, rejetteraient violemment [...] S'il venait à être accepté, le projet de constitution contient en soi tout le potentiel auto-destructeur du fédéralisme ethnique sans la présence d'un gouvernement central fort »⁵⁴⁴.

Toutefois, la Turquie, la Syrie et l'Iran s'opposent à un Kurdistan indépendant.

⁵⁴⁰ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 58-C.

⁵⁴¹ Article 140 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁴² Article 140 (2) de la Constitution irakienne.

⁵⁴³ O'LEARY (B.) et McGARRY (J.), « Constitution et option fédérales en Irak: le défi Kurde », *Droits et Démocratie*, www.dd-rd.ca, consulté le 18 mai 2006, p. 11.

⁵⁴⁴ JOLICOEUR (P.), « Le fédéralisme en Irak, une solution réaliste ? », *op. cit.* p. 2.

À l'opposé, des États plurinationaux, tel que le Canada, ont réussi à trouver un équilibre pour éviter toute sécession du Québec⁵⁴⁵. Tout dépendra donc de la mise en œuvre de la Constitution irakienne et de la volonté de chacune des communautés à construire un vouloir vivre ensemble et créer les conditions pour l'épanouissement de chacun. L'apparition sur la scène politique, d'un représentant fédérant la grande majorité des communautés et une bonne collaboration entre autorités fédérées et État fédéral au sein du Conseil fédéral (la Chambre haute du Parlement), pourraient également s'avérer importantes ; ce serait un palliatif à la faiblesse du gouvernement central face aux régions fédérées.

Ainsi, la séparation verticale des pouvoirs en Irak s'organise autour d'une promotion forte du fédéralisme. Cela ne va pas sans difficultés puisque le risque de sécession existe. Enfin, cette étude révèle une forme d'influence, liée au fait que ce modèle était prévu par la Constitution provisoire d'inspiration américaine et qu'il est conservé, malgré l'absence de consensus (seul les kurdes y sont favorables de longue date). Il s'agit d'une forte ingérence et d'une influence corrélative au sein du nouveau système juridique irakien. Qu'en est-il désormais de la séparation horizontale des pouvoirs ?

Paragraphe 2 : Une séparation horizontale souple des pouvoirs en Irak

Le constituant irakien de 2005 a fait le choix du régime parlementaire⁵⁴⁶. Or, le parlementarisme a des implications en matière de séparation horizontale des pouvoirs, puisqu'il se définit comme un

« régime de collaboration équilibrée des pouvoirs, où le Gouvernement et le Parlement ont des domaines d'action communs [...] et des moyens d'action réciproques, le Parlement pouvant mettre en jeu la responsabilité politique du Gouvernement (le chef de l'État étant, lui, irresponsable) et le Gouvernement prononçant la dissolution du Parlement »⁵⁴⁷.

Le principe de séparation horizontale des pouvoirs a trait aux organes de l'État fédéral uniquement.

Étudions chacun de ces organes (I), avant d'examiner leurs rapports (II).

I. Le régime parlementaire irakien et ses organes

La Constitution établit plusieurs organes au sein de chacun des pouvoirs législatif (A), exécutif (B) et judiciaire (C), qu'il nous faut analyser.

A. Un pouvoir législatif bicaméral ?

Le régime irakien de séparation des pouvoirs rappelle le fonctionnement britannique, car un régime parlementaire est en vigueur dans chacun de ces deux États. Ainsi, le Parlement représente l'organe central, il est d'ailleurs le premier à être réglementé par la Constitution irakienne. À nouveau comme en Grande-Bretagne, il se compose de deux chambres, le Conseil des Représentants (1) et le Conseil fédéral (2)⁵⁴⁸. Cependant, il nous faut garder à l'esprit qu'à la différence de notre voisin d'outre manche, la doctrine de la souveraineté

⁵⁴⁵ Pour une comparaison entre le modèle canadien de fédéralisme et les ambitions Kurdes, O'LEARY (B.) et McGARRY (J.), « Constitution et option fédérales en Irak: le défi Kurde », *op. cit.*, p. 11-13.

⁵⁴⁶ Article 1 de la Constitution irakienne.

⁵⁴⁷ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *op. cit.*, p. 449.

⁵⁴⁸ Article 48 de la Constitution irakienne.

parlementaire y est limitée, du fait de la soumission des lois à l'Islam. De plus, le multipartisme y est en vigueur. Or, cela aura des conséquences en termes de majorité.

1. Le Conseil des Représentants

Examinons son élection (a), les modalités de vote (b) et ses compétences (c).

a. L'élection

Les membres du Conseil des Représentants sont élus au vote direct, par les irakiens, pour quatre ans. Le nombre de représentants est déterminé par le nombre d'habitants au sein de l'ensemble de la fédération⁵⁴⁹. Le mode de scrutin avait été modifié⁵⁵⁰.

En outre, la chambre basse du Parlement irakien doit élire ses Président et vice-Présidents⁵⁵¹ ; actuellement Mahmoud al-Mashhadani, Khaled al-Atiyya et Arif Tayfour.

Une fois élus, les membres disposent tous de l'immunité parlementaire de juridiction pour la durée du mandat et pour la suite, à moins que le député soit accusé de crime et que le Conseil (ou le Président du Conseil si le mandat est terminé) décide de lever l'immunité⁵⁵².

L'Irak est un État au sein duquel de nombreux partis évoluent. Cela aura des conséquences sur l'existence (ou plutôt l'inexistence probable) d'une majorité homogène, nécessaire à la formation d'un gouvernement stable. Par conséquent, lors des élections générales du 15 décembre 2005, 275 représentants ont été élus, dont une forte majorité de chiites⁵⁵³. On pourrait donc penser que cela permette la formation d'un gouvernement homogène et stable. Cependant, l'application du multipartisme liée à la cohabitation de communautés divergentes, ne favorise pas la pacification de la vie politique.

b. Les modalités de vote

L'adoption des lois, ce fait, au sein du Conseil des Représentants, à la majorité simple, à condition que le quorum soit réuni, c'est-à-dire que la majorité absolue des députés soit

⁵⁴⁹ Articles 49 et 56 de la Constitution irakienne.

⁵⁵⁰ « *In the January 2005 balloting, seats were allocated based on the percentage of votes won by tickets won nationwide. However, in the December vote candidates competed for seats by district* », cité in « *Shia alliance wins Iraq elections* », *The Guardian*, 20 janvier 2006, www.guardian.co.uk/Iraq/Story/0,,1691278,00.html, consulté le 19 mai 2006.

⁵⁵¹ Article 55 de la Constitution irakienne.

⁵⁵² Article 63 (2) de la Constitution irakienne.

⁵⁵³ « *Selon les résultats officiels définitifs, l'Alliance unifiée iraquienne restera le principal parti politique au Parlement avec 128 sièges. L'Union du Kurdistan a remporté 53 sièges. Le Front Tawafiq iraquien, une alliance de plusieurs partis qui comprend la Conférence générale pour le peuple iraquien, le Parti islamique iraquien et le Dialogue national iraquien, a obtenu 44 sièges. La Liste nationale iraquienne a remporté 25 sièges et le Front national iraquien (Dialogue), dominé par les sunnites, a obtenu 11 sièges. L'Union islamique du Kurdistan a remporté cinq sièges et le Rassemblement pour la libération et la réconciliation trois sièges. La Liste des progressistes a remporté deux sièges. Enfin, la Liste Al-Rafedeen, le Front turkmène iraquien, la Liste Mithal Al-Aloosi pour la nation iraquienne et le Mouvement Al Ezediah pour le progrès et la réforme ont obtenu chacun un siège* », rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 12.

présente⁵⁵⁴. Certains votes ont lieu avec une majorité des deux tiers ou à la majorité absolue ; cela permettant de leur donner une légitimité plus forte⁵⁵⁵.

L'adoption des lois intervient durant les deux sessions parlementaires annuelles⁵⁵⁶. Des sessions extraordinaires ou des prolongements peuvent se tenir⁵⁵⁷.

c. Les compétences

Le Conseil des Représentants représente le peuple irakien et ses intérêts dans son ensemble. C'est pourquoi de nombreuses prérogatives lui sont attribuées.

Outre l'élaboration et l'adoption de son propre Règlement⁵⁵⁸, le Conseil des Représentants, tout comme de nombreux Parlements dans le monde, approuve les nominations de juges et de membres de Commissions faites par le Président de la République⁵⁵⁹. Il vote l'État d'urgence et approuve aux deux tiers de ses membres les déclarations de guerre⁵⁶⁰. Il approuve aussi le budget annuel⁵⁶¹.

Il dispose également, de deux compétences majeures, l'adoption des lois et la ratification des Traités internationaux. Tout d'abord, les projets, tout comme les propositions de lois sont adoptés par lui. Les premiers sont élaborés par le Président de la République et le Conseil des Ministres. La participation éventuelle du Président, fait de la procédure législative une pratique originale et souple en matière de séparation des pouvoirs⁵⁶². Toutefois, la compétence d'élaboration des projets de lois réapparaît à l'article 80(2) de la Constitution. Elle est alors confiée au Cabinet. Par conséquent, on peut penser que celle-ci sera exercée en priorité par le Premier Ministre et les ministres spécialisés dans la matière légiférée. Les propositions de lois sont élaborées soit par dix députés, soit par l'un des comités créés par le Conseil des Représentants⁵⁶³. Précisons, pour terminer sur l'élaboration des lois, qu'aucune navette entre la chambre haute et la chambre basse du Parlement n'est constitutionnellement prévue ; il semble donc que l'élaboration et l'adoption des lois soient réservées à la chambre basse. Ensuite, le Conseil doit donner son accord pour la ratification des traités et accords internationaux. Il s'agit d'un vote important, puisqu'il se tient à la majorité des deux tiers⁵⁶⁴. Ceci peut permettre à l'opposition de bloquer le vote. De plus, il est nécessaire pour tout types de traités et accords, ce qui qualifie l'Irak d'État dualiste.

Enfin, le Conseil élit et destitue le Président de la République. Ceci, rappelle les attributions de la Chambre des Représentants des États-Unis. Elle dispose également du pouvoir exclusif de mise en accusation du Président de la République⁵⁶⁵. Toutefois, le

⁵⁵⁴ Article 59 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁵⁵ Il s'agit, par exemple des articles 52 (1), 55 et 61 (4).

⁵⁵⁶ Article 57 de la Constitution irakienne.

⁵⁵⁷ Article 58 de la Constitution irakienne.

⁵⁵⁸ Article 51 de la Constitution irakienne.

⁵⁵⁹ Article 61 (5) de la Constitution irakienne.

⁵⁶⁰ Article 61 (9) de la Constitution irakienne.

⁵⁶¹ Article 62 de la Constitution irakienne.

⁵⁶² Article 60 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁶³ Article 60 (2) de la Constitution irakienne.

⁵⁶⁴ Article 60 (4) de la Constitution irakienne.

⁵⁶⁵ Constitutions des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, article 1, Section 1(5).

fonctionnement demeure bien différent, puisque le Sénat est bien plus impliqué. De plus, il dispose d'un rôle dans l'adoption des projets de lois⁵⁶⁶. L'autre différence majeure entre ces deux systèmes juridiques est que l'un, les États-Unis ont un régime présidentiel et que le système irakien, est parlementaire.

2. Le Conseil fédéral irakien

La Constitution prévoit en second lieu, la création d'une chambre haute dénommée « *Federation Council* »⁵⁶⁷. Les représentants régionaux et provinciaux y siègeront. Il permettra la représentation des intérêts des entités fédérées ou décentralisées.

Toutefois, l'article 65 qui le fonde, est bien trop flou. La Constitution renvoie, à nouveau, à la loi pour la réglementation le concernant, sa formation et son élection. Or, la Constitution renvoie ce vote au second mandat de la Chambre des Représentants, c'est-à-dire dans quatre ans. L'Irak, n'est donc pas doté aujourd'hui d'un parlement bicaméral.

Ce renvoi à la loi est dangereux. En effet, ce qu'une loi peut faire, elle peut aussi le défaire. Ainsi l'existence de ce Conseil dépendra de la volonté du Conseil des Représentants. « *It is absolutely extraordinary for the Council of the Union to be formed by a law written by the other house. In essence, this gives one chamber of the Parliament absolute authority over the other* »⁵⁶⁸. Ce renvoi souligne le manque de temps et de consensus des constituants.

B. Un exécutif bicéphale

« *The federal executive power shall consist of the President of the Republic and the Council of Ministers and shall exercise its powers in accordance with the constitution and the law* »⁵⁶⁹. Cet article porte, tout d'abord, la marque de l'état de droit. En effet, il soumet le pouvoir exécutif à la loi ainsi qu'à la Constitution. Il s'agit semble-t-il d'une mise en garde contre les agissements de l'exécutif sous le régime baathiste, puisque l'article 48 qui présente les deux chambres du Parlement ne contient pas une telle référence.

Analysons, les pouvoirs du Président de la République (1), puis le rôle du Cabinet (2).

1. La « tête » de l'exécutif

Celle-ci est caractérisée par le Conseil présidentiel, puis, une fois les quatre premières années passées, un Président de la République le remplacera définitivement. Ils disposent des mêmes attributions et modes de désignation, c'est pourquoi nous les étudieront conjointement.

Examinons d'abord le statut de la présidence (a), avant de constater que cet organe dispose de compétences réelles (b), qualifiant alors ce régime parlementaire de dualiste.

a. Le statut du Président de la République

Avant d'analyser le mode de désignation du Conseil présidentiel et du Président de la République, qui sont identiques, il nous faut expliquer ce qu'est ce Conseil.

⁵⁶⁶ Constitutions des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, article 1, Section 7 (2).

⁵⁶⁷ Article 65 de la Constitution irakienne.

⁵⁶⁸ BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶⁹ Article 66 de la Constitution irakienne.

Le « *Presidency Council* » est composé d'un Président et de deux vice-présidents. Il a ses origines dans la Constitution provisoire du 8 mars 2004⁵⁷⁰. Il prend ses décisions à l'unanimité et restera en vigueur durant le premier mandat, c'est-à-dire durant les quatre premières années suite à l'entrée en vigueur de la Constitution⁵⁷¹. Actuellement, son Président est M. Jalal Talabani ; Adel Abdul Mahdi et à Tareq al-Hashemi en sont les vice-présidents. Une fois les quatre premières années écoulées, un Président de la République unique, ainsi qu'un vice-président, ayant un rôle à jouer uniquement en cas de vacance ou d'absence de la présidence⁵⁷², les remplacera.

La présidence est désignée par le Conseil des Représentants lors d'une élection, à la majorité des deux tiers des membres⁵⁷³. Si la majorité des deux tiers n'est pas atteinte au premier tour, alors un second tour sera organisé pour départager les deux candidats ayant obtenu le plus de votes⁵⁷⁴. Il s'agit donc d'un scrutin indirect, majoritaire à deux tours. La présidence est donc affaiblie, car elle n'est pas désignée au suffrage universel direct. Ce mode de désignation était déjà en vigueur sous la Constitution provisoire de 2004⁵⁷⁵.

Par ailleurs, le Président bénéficie de l'irresponsabilité politique, puisque le Premier Ministre et son Cabinet supportent cette charge dans les régimes parlementaires. Il peut être destitué uniquement pour violation de la Constitution et du serment constitutionnel ou pour haute trahison. En cas de vacance du Premier Ministre, le Président le remplace⁵⁷⁶. Or, ceci est étonnant, puisque le chef de l'État bénéficie également de l'irresponsabilité politique.

Enfin, en cas de vacance ou de retrait de la présidence, le vice-président ou le Président de la chambre basse (« *the Speaker* »), si aucun vice-président n'est désigné, dirige les affaires de la nation jusqu'à ce que le Conseil des Représentants tienne de nouvelles élections⁵⁷⁷. Le Conseil des Représentants peut aussi renvoyer, à la majorité des deux tiers des députés l'un des membres du « *Presidency Council* » et élire un remplaçant⁵⁷⁸ ; alors que concernant le Président de la République, une procédure de destitution doit être mise en œuvre⁵⁷⁹, ce qui garantit une meilleure stabilité.

⁵⁷⁰ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 35.

⁵⁷¹ Article 138 (1) et (2)-A de la Constitution irakienne.

⁵⁷² L'existence de vice-présidents est prévue par la Constitution dans le cadre du Conseil présidentiel, comme par la suite, lorsque l'Irak aura un Président de la République unique. Toutefois, dans la première hypothèse, les vice-présidents ont plus de pouvoir que dans la seconde, puisque les décisions sont prises à l'unanimité (selon l'article 138 (4) de la Constitution irakienne). Dans la seconde hypothèse, le ou les vice-présidents, ne sont, premièrement, pas obligatoire. Deuxièmement, ils exercent des compétences, principalement en cas de vacance ou d'absence de la Présidence (article 75 de la Constitution). Par conséquent, ils perdent leur pouvoir de participation à la prise de décision.

⁵⁷³ Articles 70 (1) et 138 (2)-A de la Constitution irakienne.

⁵⁷⁴ Article 70 (2) de la Constitution irakienne.

⁵⁷⁵ *Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period*, March 8, 2004, article 36.

⁵⁷⁶ Article 81 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁷⁷ Article 75 de la Constitution irakienne.

⁵⁷⁸ Article 138 (2)-B, -C, -D de la Constitution irakienne.

⁵⁷⁹ Article 61 (6) de la Constitution irakienne.

b. Un régime parlementaire dualiste ?

En effet, outre sa qualité de gardien de l'unité, de la souveraineté de l'État et de la Constitution⁵⁸⁰, la présidence dispose de compétences réelles.

Mise à part le règlement de la question de Kirkuk, attribuée à l'exécutif (Conseil présidentiel et Conseil des Ministres), les autres prérogatives sont identiques, qu'elles soient exercées par le Président de la République ou par le Conseil présidentiel⁵⁸¹.

La première d'entre elles est la nomination du Premier Ministre, encadrée par les conditions de majorité au sein du Conseil des Représentants, suite aux élections générales⁵⁸². Ceci, ajouté au fait que le Président de la République dirige le Cabinet, en cas de vacance au poste de Premier Ministre, démontre une certaine domination de la présidence sur le gouvernement.

Ensuite, le Président dispose également du droit d'approuver ou non la dissolution du Conseil des Représentants. S'il l'approuve, il devra préparer la tenue d'élections⁵⁸³.

La troisième série de compétences regroupe les prérogatives traditionnellement attribuées au chef de l'État⁵⁸⁴.

Enfin, une dernière série lui attribue des prérogatives qui font de sa position de Président (c'est identique pour le « *Presidency Council* »), un organe de l'exécutif incontournable. À la différence des autres régimes parlementaires (dans lesquels le chef de l'État est normalement effacé), en Irak, le Président a la possibilité d'émettre des décrets présidentiels⁵⁸⁵. Cette prérogative n'est pas détaillée, mais elle pose la question de la répartition des attributions entre la loi et le règlement. En dernier lieu, le Président approuve et promulgue les lois⁵⁸⁶. C'est une compétence traditionnelle de l'exécutif. Néanmoins, l'approbation, étape nécessaire pour que le projet ou la proposition se transforme en loi, fait du Président un contre pouvoir vis-à-vis du pouvoir législatif.

Nous pouvons, par conséquent conclure à l'existence, aujourd'hui, en Irak, d'un régime parlementaire dualiste. Ceci est confirmé du fait que le Président n'a pas toujours besoin du contreseing du Premier Ministre ou de l'approbation du Conseil des Représentants pour exercer ses attributions. Cependant, il faudra à l'avenir rester attentif aux évolutions, car le dualisme du régime parlementaire pourra se transformer en monisme par la pratique. Ce fut le cas, par exemple, au fil des siècles, en Grande-Bretagne, où la Couronne dispose en droit de prérogatives importantes, mais pas en fait.

⁵⁸⁰ Article 67 de la Constitution irakienne.

⁵⁸¹ Article 138 (6) de la Constitution irakienne.

⁵⁸² Article 76 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁸³ Article 61 de la Constitution irakienne.

⁵⁸⁴ Telles la ratification des traités internationaux, l'autorisation d'exécuter la peine de mort, la grâce présidentielle, la décoration de personnalités, la nomination d'Ambassadeurs. Il est également chef des armées et décide au côté du Premier Ministre et après acceptation du Conseil des Représentants de déclarer la guerre ou de décréter l'état d'urgence. Article 73 (1), (2), (5), (6), (8), (9) de la Constitution irakienne.

⁵⁸⁵ Article 73 (7) de la Constitution irakienne.

⁵⁸⁶ Articles 73 (3) et 138 (5)-A de la Constitution irakienne.

2. Le cabinet

La désignation (a), mais aussi les prérogatives du Cabinet (b) sont révélatrices du régime juridique choisi en Irak, le parlementarisme.

a. La marque du régime parlementaire dans la désignation du Cabinet

Le Cabinet se compose d'une part d'un Premier Ministre, d'autre part de ministres. Il porte la marque du régime parlementaire, puisque sa formation dépend de la majorité au Parlement et non de l'appartenance politique du chef de l'État⁵⁸⁷. Elle dépend également des critères imposés par la Constitution pour exercer ces compétences⁵⁸⁸.

Le Premier Ministre dispose alors du pouvoir de nommer les ministres, dans le but de former son Cabinet⁵⁸⁹. La dernière étape dans la formation du Cabinet est l'acceptation par un vote de confiance du Conseil des Représentants⁵⁹⁰.

Enfin, en cas de vacance au poste de Premier Ministre, le Président de la République le remplace jusqu'à ce qu'une nouvelle nomination soit effectuée.

Le nouveau Premier Ministre irakien, Jawad al-Maliki, a formé un gouvernement d'union nationale, en mai 2006. Cela permettra à l'Irak d'être dirigé par un Cabinet ouvert et représentatif, composé de 37 Ministères. En effet, vu l'existence de tensions politiques élevées entre communautés et le repli identitaire, une participation de tous était nécessaire et gage d'efficacité. Elle est également un premier pas en matière de réconciliation nationale.

b. La distribution des compétences exécutives

Les compétences du pouvoir exécutif sont réparties entre le chef de l'État et le Cabinet. Le premier exerce les compétences en matière de politique étrangère, de nominations et intervient dans la procédure législative, alors que le Cabinet dirige les affaires de l'État sur le plan interne.

Deux types d'attributions doivent être distingués. Les premières sont les compétences quotidiennes d'un gouvernement⁵⁹¹. Il s'agit de mener la politique générale de l'État et d'exécuter les lois. Il dispose aussi de certaines compétences en matière législative. Par exemple, le Cabinet a l'initiative des projets de lois notamment budgétaires. Il émet, enfin, des recommandations à destination du Conseil des Représentants en matière d'approbation de certaines nominations. Le second type d'attributions s'articule autour de compétences plus spontanées. Il s'agit de régler l'autonomie des provinces kurdes et de solutionner à la question de Kirkuk⁵⁹².

En matière de distribution des compétences au sein de l'exécutif, deux remarques sont à faire. L'une a trait à l'attribution du pouvoir réglementaire au Président de la République uniquement et sans partage avec le Premier Ministre, ce qui est étonnant. L'autre, à l'attribution au Premier Ministre des compétences en période exceptionnelle⁵⁹³. Cette

⁵⁸⁷ Article 76 (1) de la Constitution irakienne.

⁵⁸⁸ Article 77 de la Constitution irakienne.

⁵⁸⁹ Articles 76 (2) et 78 de la Constitution irakienne.

⁵⁹⁰ Article 76 (4) de la Constitution irakienne.

⁵⁹¹ Article 80 de la Constitution irakienne.

⁵⁹² Voir *supra*, p. 123 et 124.

⁵⁹³ Article 61 (9)-C de la Constitution irakienne.

attribution révèle l'existence du régime parlementaire en Irak car, dans les régimes présidentiels ou semi-présidentiels, celle-ci est exercée par le Président de la République⁵⁹⁴. Pour le reste, le Président de la République conserve des compétences importantes.

C. Une autorité judiciaire indépendante

Précisons avant tout que l'autorité judiciaire se compose du Conseil Judiciaire supérieur, de la Cour suprême et d'autres cours⁵⁹⁵. Nous n'examinerons ici que les plus significatives, c'est-à-dire le Conseil Judiciaire supérieur (1) et la Cour suprême (2).

1. Le Conseil Judiciaire Supérieur

Il s'agit d'un organe du pouvoir judiciaire, qui n'est pas une cour de justice. Sa fonction est de superviser la justice fédérale, d'élaborer son projet de budget annuel et de nommer après approbation du Conseil des Représentants, certains hauts fonctionnaires au sein de l'autorité judiciaire⁵⁹⁶. Ce sont les seuls détails donnés par le texte⁵⁹⁷.

2. La Cour Suprême

Examinons le mode de désignation des juges suprêmes (a) et leurs attributions (b).

a. La désignation des juges

Les membres siégeant au sein de la Cour suprême peuvent être recensés au sein de deux catégories, d'abord des juges, puis des experts en droit islamique. La Constitution renvoie ensuite à la loi pour le nombre de juges et le mode de désignation⁵⁹⁸.

Cependant, nous pouvons tirer deux conséquences de cet article, la première est que des juges et des experts professionnels y siégeront. Ceci est une garantie pour l'indépendance de la justice. La seconde est que le droit islamique aura sa place au plus haut niveau. Or, tout dépendra de la répartition des sièges entre experts en droit islamique et juges « de droit positif ». Si les premiers sont plus importants ou ont une influence plus grande, le droit islamique prendra davantage de place et l'interprétation de la Constitution ne sera pas la même. Cela pourrait avoir des conséquences sur les dispositions en matière de droit de l'homme, mais aussi sur la mise en œuvre de la démocratie. En outre, la répartition des sièges d'experts en droit islamique entre la communauté chiite et sunnite sera importante pour assurer une interprétation légitime du droit islamique. Une solution serait de répartir équitablement les sièges entre les deux communautés, pour que les décisions soient acceptées de tous.

b. Les attributions de la Cour suprême

La Cour détient plusieurs compétences qu'il faut étudier avec attention, puisque occupant la plus haute position de la hiérarchie judiciaire, ses décisions ne peuvent pas faire l'objet d'appel. De plus, elles sont obligatoires⁵⁹⁹, d'où leur importance.

⁵⁹⁴ Par exemple, Constitution de la République française, 4 octobre 1958, article 16.

⁵⁹⁵ Article 89 de la Constitution irakienne.

⁵⁹⁶ Article 91 de la Constitution irakienne.

⁵⁹⁷ En effet, l'article 90 de la Constitution irakienne, concernant le Haut Conseil Judiciaire, renvoie à la loi.

⁵⁹⁸ Article 92 (2) de la Constitution irakienne.

⁵⁹⁹ Article 94 de la Constitution irakienne.

Quatre séries de compétences lui sont attribuées.

Il s'agit, d'abord, du rôle de gardienne des dispositions de la Constitution⁶⁰⁰. À ce titre, la Cour suprême a le pouvoir d'interpréter ce texte, ce qu'elle effectue lors du contrôle de constitutionnalité des lois et des règlements. Or, l'article 93 (1) précise qu'elle contrôle la constitutionnalité des lois et règlements en vigueur⁶⁰¹. Ne contrôlant que les normes en vigueur, on peut penser qu'elle établit un contrôle *a posteriori* des lois et règlements. De plus, l'article 93 (3) dispose que le droit de saisir la cour appartient à chacun des membres du Cabinet ou à tout individu y ayant intérêt⁶⁰². Ainsi, il semble reconnaître le droit aux citoyens de saisir la Cour, l'exception d'inconstitutionnalité serait alors mise en œuvre. Cependant, l'article 93 (3) n'est pas clair. D'abord, il ne suit pas l'alinéa premier qui régit le contrôle de constitutionnalité et ne mentionne pas sa mise en œuvre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Cependant, si la cour peut être saisie par un citoyen en matière d'application des lois, cela englobe également les questions de conformité des lois à la Constitution et, par conséquent, l'exception d'inconstitutionnalité et le contrôle de constitutionnalité qui devrait s'en suivre. Enfin, il faut noter que les parlementaires ne sont pas des autorités de saisine. Ceci peut se justifier du fait que les citoyens disposent de cette qualité, de même que les membres du Cabinet qui sont issus de la majorité au Conseil des Représentants. De plus, ils pourront le devenir par un amendement de la Constitution, comme ce fut le cas en France.

En second lieu, la Cour suprême est garante de l'unité et des bonnes relations entre les autorités fédérées et fédérale⁶⁰³. Ainsi, elle résout les conflits entre le gouvernement fédéral et les autorités fédérées ou décentralisées, de même que les conflits de compétences.

En troisième lieu, la Cour suprême exerce le contrôle de la régularité du vote dans le cadre de l'élection générale⁶⁰⁴.

En dernier lieu, elle joue un rôle dans la mise en accusation du Président de la République, du Premier Ministre et des ministres⁶⁰⁵. La Cour est l'organe qui condamne le Président pour haute trahison, violation de la Constitution ou du serment constitutionnel. Ici, il existe donc une répartition des compétences entre la Cour et le Conseil des Représentants, puisque la première juge et valide ou non la mise en accusation, alors que le second, la chambre basse du Parlement, prononce la destitution du Président. La mise en œuvre de cette procédure est, par conséquent, bien différente de la procédure d'*impeachment* américaine, dans laquelle le Sénat se transforme en haute cour de justice⁶⁰⁶.

La Cour suprême fonctionne par conséquent de façon classique. On peut toutefois regretter le manque de détail apporté par la Constitution, vu l'importance de cet organe et son rôle majeur en matière de souveraineté et d'unité.

⁶⁰⁰ Article 93 (1), (2) et (3) de la Constitution irakienne.

⁶⁰¹ Article 93 (1) de la Constitution irakienne: « *Oversight of the constitutionality of laws and regulations in effect* ».

⁶⁰² Article 93 (3) de la Constitution irakienne: « *The law shall guarantee the right of each of the Cabinet, the concerned individuals and others of direct contest with the Court* ».

⁶⁰³ Article 93 (4), (5), (8) de la Constitution irakienne.

⁶⁰⁴ Article 93 (7) de la Constitution irakienne.

⁶⁰⁵ Article 93 (6) de la Constitution irakienne.

⁶⁰⁶ Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, article 1, section 3, (6).

Par conséquent, les élections générales constituent une étape cruciale, puisqu'elles permettent, en premier lieu, l'élection directe des représentants du peuple irakien au Conseil des Représentants ; en second lieu, elles laissent place à l'élection indirecte du Président de la République. De plus, les nominations du Premier Ministre par le Président de la République, ainsi que des ministres par le Premier Ministre, pour former le Cabinet, sont alors possibles. Enfin, le Président de la République peut nommer les juges et le personnel nécessaire au bon fonctionnement de l'autorité judiciaire. C'est pourquoi, cette étape a été particulièrement contrôlée par la commission électorale indépendante et par l'équipe internationale d'assistance électorale⁶⁰⁷. Néanmoins, la Constitution fait à nouveau des renvois à la loi. Tous les organes étant liés entre eux, il en va de même en matière de compétence. Il n'y a donc pas de séparation stricte des pouvoirs. C'est ce que nous allons désormais analyser.

II. Les rapports entre organes : un parlementarisme rationalisé ?

S'agissant, d'un régime parlementaire, la caractéristique majeure repose dans un système de collaboration des pouvoirs, c'est pourquoi nous analyserons, dans un premier temps, les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif (A) puis, les relations entre l'autorité judiciaire et les autres pouvoirs (B)⁶⁰⁸.

A. Les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif

Il s'agit d'abord des rapports entre la Chambre des Représentants et le Cabinet (1), puis entre cette chambre et le Président de la République (2).

1. La Chambre des Représentants et le gouvernement

Deux séries de relations sont à examiner: les moyens d'action de la chambre basse sur le gouvernement (a) et les moyens d'action du gouvernement sur la chambre (b).

a. Les moyens d'action du Conseil des Représentants sur le gouvernement

Dès la formation du Cabinet, la chambre basse du Parlement irakien doit lui accorder sa confiance⁶⁰⁹. Il s'agit d'un moyen de contrôle sur la nomination du Premier Ministre et des ministres. Le Cabinet engage, en outre, sa responsabilité sur son propre programme.

Ensuite, des commissions indépendantes travaillent sous le contrôle du Conseil des Représentants, telles la Haute Commission des Droits de l'Homme, la Haute Commission électorale ou la commission publique de contrôle de la distribution des revenus fédéraux⁶¹⁰. Celles-ci permettent au Conseil, soit de contrôler l'action du gouvernement, puisque des représentants du peuple y siègent, soit d'obtenir des informations, par exemple en ce qui concerne les finances de l'État. Toutefois, on peut douter de leur indépendance, fonctionnant sous l'autorité du Parlement.

⁶⁰⁷ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 29, 30, 31, 32.

⁶⁰⁸ La collaboration du Conseil fédéral irakien avec les autres organes ne sera pas étudiée. En effet, la Constitution n'est que peu développée à ce propos et il n'a pas encore été créé.

⁶⁰⁹ Article 76 (4) de la Constitution irakienne.

⁶¹⁰ Articles 102 et 106 de la Constitution irakienne.

D'autre part, le Premier Ministre et les ministres sont tenus de répondre aux questions posées par les membres du Conseil⁶¹¹. Il s'agit de questions directes, en matière de politique générale ou spécifique. La Constitution ne précise pas la régularité des séances réservées aux questions. La pratique indiquera leur efficacité (est-ce que les questions seront dévoilées avant la séance, comme c'est le cas en France ; est-ce que les ministres en prendront connaissance qu'au moment de la séance, comme c'est le cas en Grande-Bretagne ?). Ensuite, 25 des membres du Conseil des Représentants ou un conseiller ayant obtenu l'accord de 25 de ses collaborateurs, ont la possibilité de demander au Cabinet ou à l'un de ses ministres, de venir s'expliquer et discuter devant le Conseil d'une question de politique générale⁶¹².

Enfin, le Conseil peut aussi engager la responsabilité d'un ministre ou du Premier Ministre. Si la majorité absolue est atteinte⁶¹³ le ministre ou le Premier Ministre devra se retirer, le Conseil ayant perdu confiance. Lorsque le Premier Ministre perd la confiance du Conseil, le Cabinet est responsable solidairement et doit se retirer⁶¹⁴. Il s'agit d'un moyen de contrôle dont l'exercice est difficile, vu l'imposition d'un vote à la majorité absolue. Cependant, elle permet de conserver une stabilité gouvernementale.

b. Les moyens d'action du Cabinet sur le Conseil des Représentants

Quatre séries de moyens d'action sont à la disposition du Cabinet.

Nous venons de l'examiner à travers les questions au gouvernement, le Premier Ministre et ses ministres disposent du droit d'entrer et de parole au sein du Conseil.

Par ailleurs, lorsque le Cabinet est opposé à l'adoption d'une loi au Conseil des Représentants, il dispose de deux moyens d'action. D'abord, il peut saisir la Cour suprême, alléguant de l'inconstitutionnalité de la loi⁶¹⁵. D'autre part, exerçant la compétence d'exécution des lois, selon l'article 80 (3) de la Constitution, il peut retarder cette mise en œuvre en ne créant pas les infrastructures ou les institutions nécessaires.

De plus, le Cabinet dispose de l'initiative des projets de loi. Il peut ainsi influencer le pouvoir législatif. Sachant que l'origine des lois est le plus souvent gouvernementale dans les démocraties occidentales, on peut penser que cette attribution de l'article 60 (1) s'avèrera importante en termes d'immixtion du pouvoir exécutif dans l'exercice du pouvoir législatif. On peut également se demander si une place véritable sera laissée aux propositions de lois.

Enfin, il dispose de l'initiative de la dissolution du Conseil des Représentants⁶¹⁶. La mise en œuvre de cette prérogative peut, d'une part, être interprétée comme une sanction du Conseil des Représentants, mais elle peut surtout être un instrument stratégique à la

⁶¹¹ Article 61 (7)-A de la Constitution irakienne.

⁶¹² Article 61 (7)-B et -C de la Constitution irakienne.

⁶¹³ Article 61 (8) de la Constitution irakienne.

⁶¹⁴ Article 83 de la Constitution irakienne. Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité du gouvernement n'intervient que dans trois cas. Lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la responsabilité d'un ministre, ce dernier devra avoir échoué à répondre, durant la discussion, de façon satisfaisante au Conseil. La motion de censure sera en outre demandée par 50 membres du Conseil. Pour ce qui est de la mise en œuvre de la responsabilité du Premier Ministre, elle a son origine, soit dans une question de confiance posée par le Président de la République au Conseil, soit dans une motion de censure qui intervient à l'initiative d'un cinquième des membres du Conseil, après une séance de questions.

⁶¹⁵ Conformément à l'article 93 (3) de la Constitution irakienne.

⁶¹⁶ Article 64 (1) de la Constitution irakienne.

disposition du Cabinet et de sa majorité au Conseil. En effet, exercée en période favorable à l'action du gouvernement, elle permettra sans doute la réélection d'une majorité identique.

2. Le Conseil des Représentants et la présidence

Les rapports entre le Conseil des Représentants et la présidence se divisent, à nouveau, entre des moyens d'action du Conseil sur le Président de la République (a), et vice-versa (b).

a. Les moyens d'action du Conseil sur le Président de la République

Le Conseil des Représentants peut, d'une part, choisir le Président par le biais de l'élection indirecte⁶¹⁷ et d'autre part, il peut prononcer sa destitution.

Il dispose, en outre, à l'égard du Président, d'un moyen d'information, qui peut s'avérer être un moyen de contrôle, à travers la possibilité de le questionner, une seule condition pour cela, un vote des Représentants à la majorité absolue⁶¹⁸. Or, il s'agit d'une innovation curieuse, car le Président n'est pas politiquement responsable devant le Parlement⁶¹⁹.

Enfin, il prononce sa destitution par un vote à la majorité absolue et après que le Président de la République ait été condamné pour haute trahison ou violation de la Constitution ou du serment, par la Cour suprême⁶²⁰. S'agissant d'une décision importante pour la stabilité de l'État, il est normal qu'un partage de compétence entre deux pouvoirs distincts soit instauré. Cela garantit, en outre, la légitimité de la décision.

b. Les moyens d'action du Président de la République sur le Conseil

Le Président convoque, tout d'abord, par décret et après validation des élections générales, le Conseil des Représentants à sa première session⁶²¹. De plus, il fait partie des autorités qui disposent du pouvoir d'appeler le Conseil à une session extraordinaire, il peut aussi prolonger l'une des sessions parlementaires⁶²². Le Président doit également consentir à la dissolution du Conseil⁶²³, on peut y voir une application de la doctrine du parallélisme des formes. Cependant, il ne s'agit que d'un consentement à donner, le Président ne dispose donc pas de l'initiative, ce qui limite grandement ce moyen d'action. D'autre part, la Constitution précise que l'initiative des projets de lois appartient au Cabinet ainsi qu'au Président de la République⁶²⁴. Il pourrait en conséquence intervenir dans l'exercice du pouvoir législatif. Toutefois, si l'on tient compte de la répartition des fonctions au sein de l'exécutif, il semblerait que cette initiative soit laissée au Premier Ministre.

Par ailleurs, le moyen d'action le plus remarquable sur l'action du Conseil, réside dans la possibilité de bloquer les lois. En effet, le Président de la République doit approuver les lois

⁶¹⁷ Article 60 (3) de la Constitution irakienne.

⁶¹⁸ Article 60 (6)-A de la Constitution irakienne.

⁶¹⁹ « *Allowing the interpellation of the president is an odd innovation because the president is not politically responsible to the parliament once elected* », BROWN (N.J.), *op. cit.*, p. 8.

⁶²⁰ Article 60 (6)-B de la Constitution irakienne.

⁶²¹ Article 54 de la Constitution irakienne.

⁶²² Article 58 de la Constitution irakienne.

⁶²³ Article 64 (1) de la Constitution irakienne.

⁶²⁴ Article 60 (1) de la Constitution irakienne.

votées par le Conseil, selon l'article 73 (3) de la Constitution. On peut, par conséquent, penser que s'il ne les approuve pas, les décrets nécessaires à leurs applications ne pourront être pris et les lois ne pourront être mises en œuvre. L'article 138 (5) de la Constitution, régit la matière telle qu'elle sera exercée par le « *Presidency Council* ». Or, il est bien plus détaillé que l'article 73 (3) et on peut penser qu'il initiara une pratique en la matière, puisque le « *Presidency Council* » existera avant qu'un Président unique soit élu. C'est pourquoi, il faut prendre en compte les dispositions de cet article. Or, l'article 138 (5)-B établit un droit de veto sur les lois à disposition du Conseil présidentiel⁶²⁵. En effet, si celui-ci désapprouve une des lois votées par le Conseil des Représentants, il renverra le texte devant la chambre du Parlement pour qu'il soit à nouveau examiné. Une navette s'instaure alors entre le Conseil présidentiel et le Conseil des Représentants. Adoptée pour la seconde fois à la majorité simple des membres de la chambre, la loi retournera pour approbation devant le Conseil présidentiel. Si celui-ci la désapprouve à nouveau, le texte devra être voté à la majorité des trois cinquièmes pour entrer en vigueur. Cette fois-ci, le Conseil présidentiel ne pourra la désapprouver. Ainsi, le Conseil des Représentants dispose du dernier mot. On peut penser que l'instauration de cette navette se prolongera après la transformation du Conseil présidentiel en un Président unique, car la Constitution établit une compétence d'approbation des lois à la disposition du Président, sans nous donner plus de détails sur les conséquences d'une potentielle désapprobation.

Enfin, il dispose du pouvoir réglementaire⁶²⁶. Or, aucune disposition de la Constitution ne prévoit la répartition entre les matières réglementaire et législative. Ainsi, tout dépendra de la pratique, si de nombreux domaines sont attribués au pouvoir réglementaire, l'action du Parlement sera limitée. Le régime pourrait alors se voir transformer *de facto* en régime semi-présidentiel, voire présidentiel.

B. Les relations entre l'autorité judiciaire et les autres pouvoirs

Évoluant au sein d'un régime parlementaire, des rapports entre l'autorité judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif existent (1). Néanmoins, l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie (2).

1. Les rapports entre ces organes

Trois types de moyens d'action existent : d'abord un moyen de contrôle de l'exécutif sur le pouvoir judiciaire en matière d'approbation de certaines décisions judiciaires (a) ; puis, un moyen d'action du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, par l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois (b) ; enfin, un moyen de contrôle du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif, par l'existence d'une procédure de mise en accusation (c).

a. Pouvoir exécutif et contrôle de certaines décisions judiciaires

Certaines décisions de justice doivent être approuvées par le Président de la République pour pouvoir être exécutées⁶²⁷. Il s'agit de la condamnation la plus grave qui

⁶²⁵ La procédure législative sous la Constitution de la République d'Irak du 15 octobre 2005, rappelle ici le système juridique des États-Unis d'Amérique. En effet, le Président de la République des États-Unis dispose également d'un droit de veto. Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, article 1, section 7 (2) et (3).

⁶²⁶ Article 73 (7) de la Constitution irakienne.

⁶²⁷ Article 70-H de la Constitution irakienne.

puisse être mise en œuvre en Irak : la peine de mort. C'est pourquoi, son application aux cas d'espèces est contrôlée.

b. Le contrôle de constitutionnalité

La Constitution irakienne prévoit deux types de contrôle : le contrôle de constitutionnalité des lois et des règlements⁶²⁸. Disposant de ces deux contrôles, la Cour suprême sera amenée à arbitrer les conflits entre les pouvoirs législatif et réglementaire.

Le contrôle de constitutionnalité des règlements est un moyen de contrôle sur l'action du pouvoir exécutif. Cependant, les membres du Parlement n'étant pas des autorités de saisine, on peut penser que les autorités de saisine sont ici limitées.

Le contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par le Conseil des Représentants est un pouvoir de contrôle attribué à la Cour suprême sur le pouvoir législatif, car il permet de protéger l'intégrité de la Constitution. La volonté des représentants du peuple est donc encadrée. Cela a pour conséquence de protéger les citoyens de l'arbitraire potentiel de leurs représentants. Ce contrôle garantit, en outre, le respect des libertés publiques par l'ensemble des organes de l'État. Celles-ci deviennent alors des libertés fondamentales. Malheureusement, les membres du Conseil des Représentants ne sont pas définis par la Constitution comme autorité de saisine. Or, ceci aurait été un instrument de contrôle entre les mains des minorités parlementaires, sur les lois adoptées par la majorité. Faire des parlementaires une autorité de saisine aurait pu être une solution judicieuse pour renforcer la légitimité des lois. En effet, une loi contestée par une minorité, passée au crible d'un contrôle de constitutionnalité effectif et déclarée conforme, ne peut qu'en sortir renforcée.

De plus, les décisions de la Cour suprême en la matière disposent de l'autorité de la chose jugée, elles sont donc obligatoires, pour tous les pouvoirs. Toutefois, cette autorité de chose jugée n'est-elle pas limitée, sachant que le contrôle de constitutionnalité est un contrôle *a posteriori* ? La norme contraire aura donc, un temps déployé ses effets.

Pour conclure sur ce contrôle, il garantit la séparation des pouvoirs:

*« le Conseil constitutionnel va annuler ces dispositions qui sont en contradiction avec la séparation des pouvoirs. Cette dernière accorde en effet au parlement le vote de la loi et à l'exécutif l'application de la loi. Le parlement ne peut intervenir qu'au niveau des commissions d'enquête en cas de défaillance dans l'application de la loi. Le Conseil constitutionnel constate donc que ces dispositions transgressent la répartition des compétences entre le législatif et l'exécutif »*⁶²⁹.

Ce contrôle garantit la séparation des pouvoirs, la démocratie et l'état de droit. Cependant, il n'est pas établi sur le modèle Kelsenien, mais sur le modèle américain, c'est-à-dire, dès qu'un litige se présente.

c. La procédure de mise en accusation comme moyen de contrôle du pouvoir exécutif

L'article 93(6) donne à la Cour suprême le pouvoir de juger et de condamner pour haute trahison, violation de la Constitution et du serment constitutionnel, le Président de la

⁶²⁸ Article 93 (1) de la Constitution irakienne.

⁶²⁹ BENDOUROU (O.), « Conseils constitutionnels et Etat de droit au Maghreb », in MAHIOU (A.) (dir.), p. 235.

République. Elle peut également juger et condamner les ministres, ainsi que le Premier Ministre. On peut penser que les raisons de leurs condamnations sont les mêmes que pour le Président. Il ne s'agit que d'atteintes graves, ce qui garantit la stabilité de l'État.

L'autorité judiciaire garantit la séparation des pouvoirs, puisqu'elle contrôle les autres pouvoirs, ce qui permet la transparence et la démocratie.

2. Une indépendance garantie

L'indépendance du pouvoir judiciaire et des juges est proclamée par les articles 87 et 88 de la Constitution. Toutefois, elle doit être entourée de garanties pour être effective.

Or, l'absence d'arbitraire au sein du pouvoir judiciaire est un moyen de garantir l'indépendance. La prohibition du cumul des fonctions de juge avec l'activité politique, permet d'éviter la corruption de l'autorité judiciaire⁶³⁰.

De plus, le Conseil judiciaire supérieur est un organe qui garantit cette indépendance en tant que superviseur de l'autorité judiciaire. Grâce à son existence, ce pouvoir s'administre de façon autonome, par exemple, par l'élaboration du projet de budget annuel.

Enfin, l'imposition de juges professionnels par la Constitution⁶³¹ est une garantie supplémentaire. Leur inamovibilité est également prévue⁶³². Cependant, la Constitution renvoie à la loi pour les motifs permettant le renvoi d'un juge, ce qui est source d'incertitude. La loi étant modifiable par une autre loi, l'indépendance des juges est susceptible d'être mise en danger. De plus, le statut du juge dépend d'un pouvoir « concurrent », le Parlement. Un second type de risque existe. En effet, l'indépendance du juge vis-à-vis du politique est assurée. Néanmoins, qu'en sera-t-il de l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir religieux ?

Arrivés au terme de cette section, nous constatons que la Constitution irakienne du 15 octobre 2005, tout en prévoyant une séparation des pouvoirs, établit également de nombreux « *checks and balances* ». En effet, la collaboration des pouvoirs est inhérente au régime parlementaire. Toutefois, la Constitution, par son manque de clarté et par l'absence de détails suffisants, risque de transformer ce régime en régime semi-présidentiel. D'abord, l'initiative parlementaire sur les lois est limitée par l'importance probable des projets de lois et par la consécration du droit de veto présidentiel. Cependant, vu le désaccord existant aujourd'hui entre les différents partis politiques présents au Parlement, l'adoption d'une loi sera synonyme de consensus. Or, bloquer une telle loi pourrait avoir pour conséquence la destruction du consensus et, à plus long terme, cela pourrait bloquer l'exercice de la compétence législative. Le droit de veto dont dispose le Conseil présidentiel, et à terme dont bénéficiera le Président de la République, devra donc être utilisé avec prudence. Ainsi, de façon étonnante pour un régime parlementaire, le chef de l'État dispose de nombreuses prérogatives.

Passons désormais à l'étude de la forme juridique de l'État Afghan.

⁶³⁰ Article 98 de la Constitution irakienne.

⁶³¹ Article 92 (2) de la Constitution irakienne.

⁶³² Article 97 de la Constitution irakienne.

Section 2 : Le choix de l'unité

L'Afghanistan, malgré l'existence de nombreuses ethnies, a fait le choix de rester un État unitaire⁶³³. Un État unitaire est un, « *État comportant un centre unique d'impulsion politique auquel la population est uniformément soumise sur tout le territoire, les circonscriptions territoriales ne jouissant d'aucune autonomie politique* »⁶³⁴.

Nous allons, par conséquent, étudier les conséquences de ce choix, d'une part sur la séparation verticale (§1) puis, sur la séparation horizontale des pouvoirs (§2).

Paragraphe 1 : La séparation verticale des pouvoirs en Afghanistan

L'article 137 de la Constitution afghane indique

*« The government, in preserving the principles of centralism, shall transfer necessary powers, in accordance with the law, to local administrations in order to accelerate and improve economic, social as well as cultural matters, and foster peoples' participation in developing national life »*⁶³⁵.

Cette disposition a l'avantage d'être claire: l'État afghan est un État comportant une administration centrale forte (I), mais il est également décentralisé (II).

I. L'administration centrale

Nous allons examiner dans un premier temps les organes de l'administration centrale (A), les prérogatives qui lui sont réservées (B), puis les raisons pour lesquelles le constituant afghan a favorisé la reconstruction d'un État unitaire (C).

A. Les organes

L'administration centrale se compose d'un gouvernement, dirigé par le Président de la République⁶³⁶.

Le Président de la République est un symbole fort pour l'unité du pays. Il faut noter qu'il doit toujours prendre en compte l'intérêt supérieur du peuple afghan. C'est la raison pour laquelle il ne peut agir en fonction de considérations linguistiques, ethniques, religieuses, politiques ou régionales⁶³⁷. L'Afghanistan étant un État composé de plusieurs ethnies, un Président fort au sein d'un État unitaire permet de fédérer toutes les communautés. Ceci explique que la définition de la politique fondamentale de l'État lui revienne. En outre, son élection au suffrage universel direct, apporte une légitimité supplémentaire à l'importance des prérogatives dont il dispose. Par conséquent, l'Afghanistan n'a pas de Premier Ministre, le chef de l'État dirige directement le gouvernement.

⁶³³ Constitution afghane, préambule, alinéa 4: « *Comprehending that a united, indivisible Afghanistan belongs to all its tribes and peoples* ». De plus, à l'article premier du texte, la République islamique est qualifiée également d'unitaire et d'indivisible. L'État, doit donc assurer l'unité nationale, selon l'article 6.

⁶³⁴ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 234.

⁶³⁵ Article 137 de la Constitution afghane.

⁶³⁶ Article 136, alinéa 2 de la Constitution afghane: « *The central administration shall be divided into several administrative units, each headed by a Minister* ».

⁶³⁷ Article 66, alinéas 1 et 3 de la Constitution afghane.

Le gouvernement se compose des différents ministres nommés par le Président de la République⁶³⁸. Chaque ministre dirige son administration et sera responsable de cette gestion devant le Président et la Chambre des Représentants. Par ailleurs, tout comme le Président, ils ne doivent pas privilégier des intérêts linguistiques, ethniques, régionaux ou religieux⁶³⁹.

B. Des prérogatives importantes

L'administration centrale en Afghanistan est d'abord garantie de la souveraineté, de l'indépendance, de la sécurité et de la défense de l'État. En outre, elle dirige la politique étrangère⁶⁴⁰. De plus, elle est la seule à pouvoir disposer des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Ce qui confirme le caractère unitaire de l'État. Elle a également en charge le maintien de l'ordre public ; ce qui exclut, par exemple, l'existence d'une police décentralisée. Les politiques favorisant le progrès social, culturel, économique et technologique sont décidées par les institutions centrales⁶⁴¹. Enfin, les services publics sont rattachés à un centre unique, ce qui assure l'égalité des citoyens.

Par conséquent, c'est au gouvernement central, au Président de la République et au Parlement qu'il revient de décider de la politique à mener dans la plupart des domaines. L'administration centrale impulse donc les grandes lignes de conduite de l'État.

C. La justification de ce choix

Un État unitaire et décentralisé était un choix opportun aux yeux du constituant, puisqu'il permet aux nombreuses ethnies d'évoluer ensemble, avec des lois et des institutions identiques, tout en conservant leurs traditions ; ce qui permet la sauvegarde du principe d'égalité. Les inconvénients de la forme unitaire de l'État sont atténués grâce à la prise de décision en commun. La décentralisation permet également la participation de tous et atténue le risque d'hégémonie ethnique.

Or, par la Constitution du 4 janvier 2004, il s'agit de rompre avec le passé, par conséquent, de rompre également avec les tendances hégémoniques d'une ethnie sur les autres. Les autorités décentralisées, la reconnaissance du *Dari* comme langue officielle et l'élaboration des décisions en commun, sont des instruments qui limitent les inconvénients de la forme unitaire. En effet, les frontières afghanes sont anciennes et un vouloir de vivre ensemble demeure, malgré des traditions parfois différentes. La décentralisation qui, « *a pour objectif de concilier l'unité de l'État avec un centre d'impulsion et de décision politique central, national, et les aspirations, les particularités, les besoins de chaque commune, province, région* »⁶⁴², permet de le conserver, tout en laissant place à la diversité culturelle.

Un dernier point doit être abordé. Pourquoi ne pas avoir appliqué le fédéralisme à l'Afghanistan ? Certains étaient en sa faveur⁶⁴³. Cependant, comme nous l'avons souligné pour l'Irak, le fédéralisme comporte un risque de désintégration de l'État, lorsqu'il est appliqué à un État initialement unitaire. Or, en Afghanistan, une ethnie a souvent revendiqué son indépendance, il s'agit du groupe majoritaire Pachtoun. En effet, une partie d'entre eux

⁶³⁸ Article 71 de la Constitution afghane.

⁶³⁹ Article 80 de la Constitution afghane.

⁶⁴⁰ Article 64 de la Constitution afghane.

⁶⁴¹ Article 75 de la Constitution afghane.

⁶⁴² BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 390.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 396.

vit en Afghanistan et une autre au Pakistan. Or, le mouvement autonomiste du Pachtounistan a longtemps été actif en Afghanistan (jusque dans les années 1970) et préconise la réunion des territoires afghans et pakistanais sur lesquels vivent les Pachtouns pour créer un État nouveau et indépendant. Faire de l'État unitaire afghan une fédération comporterait le risque de voir renaître cette volonté séparatiste. De plus, le Pakistan s'oppose à une quelconque autonomie des Pachtouns pakistanais et verrait donc d'un mauvais œil la renaissance de ces revendications. Enfin, l'État afghan a toujours été unitaire. Ainsi, la question des frontières entre les autorités fédérées serait insolvable.

II. L'administration décentralisée

Une administration décentralisée, à la différence du nouvel Irak fédéral, est établie. Analysons ses organes (A) et les compétences propres des autorités locales (B).

A. Les autorités décentralisées

Tout d'abord, cette décentralisation est qualifiée en Afghanistan de territoriale car, à la différence de la décentralisation régionalisée, aucun pouvoir législatif n'est attribué aux autorités locales par la Constitution⁶⁴⁴. L'intérêt majeur demeure la promotion de la participation⁶⁴⁵.

Ainsi, la décentralisation en Afghanistan fonctionne autour de trois organes : les conseils provinciaux, les conseils de districts et les municipalités⁶⁴⁶. Les membres de ces conseils sont tous élus par le recours à l'élection directe. La répartition des compétences entre ces organes n'est pas établie par la Constitution. Toutefois, il semble, à la lecture des articles 139 alinéa 1 et 141 alinéa 1, que chaque conseil administre son territoire, en respectant les lois et les lignes directrices données par l'administration centrale. Une répartition des compétences sera organisée, par la suite, entre chaque conseil, pour que la décentralisation soit viable et efficace. Par exemple, l'article 139 indique que les conseils de provinces s'assurent du développement des décisions étatiques dans le cadre de son territoire. Une collaboration entre les conseils de provinces et l'administration centrale est mise en oeuvre, puisque ceux-ci doivent donner leur point de vue sur les décisions étatiques importantes prises dans le cadre de leurs territoires⁶⁴⁷. Cette coopération intervient également par l'administration locale et par la *Meshrano Jirga* où siègent des conseillers locaux⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ On peut le déduire de l'article 136, alinéa 1 qui indique « *in accordance with the law* », mais aussi de l'article 139, alinéa 1 qui précise « *in the manner prescribe by laws* ».

⁶⁴⁵ Article 140 de la Constitution afghane: « *Councils shall be established to organize activities as well as attain active participation of the people in provincial administrations in districts and in villages [...] Participation of nomads in these local councils shall be regulated* ». L'article 137 promeut lui aussi cette participation.

⁶⁴⁶ Chapitre VIII de la Constitution afghane.

⁶⁴⁷ Article 139, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁴⁸ L'Afghanistan se compose de 34 provinces. Des élections au sein de chacune d'entre elles se sont tenues le 18 septembre 2005 pour désigner les membres des conseils de provinces. Le nombre de sièges au sein de chaque conseil dépend du nombre d'habitants dans la province. Ainsi, il varie, de neuf pour les provinces de moins de 500 000 habitants, à 29, pour les provinces de plus de trois millions d'habitants (article 29 de la loi électorale du 27 mai 2004). La promotion des femmes intervient aussi sur le plan local, puisque un quart des sièges leurs sont réservés dans les conseils locaux.

B. Des compétences propres exercées sous contrôle

En premier lieu, la Constitution, bien qu'étant plutôt vague sur les compétences attribuées à ces conseils, mentionne, outre l'administration locale, qu'ils auront en charge l'accélération et la promotion des affaires économiques, sociales et culturelles, dans le cadre local⁶⁴⁹.

En second lieu, chaque conseil de province élit un de ses membres à la majorité absolue pour siéger au sein de la *Meshrano Jirga*, c'est-à-dire la chambre haute du Parlement afghan⁶⁵⁰. En effet, un tiers des membres de cette chambre provient de ces conseils.

Cependant, il est nécessaire de préciser ici, que quelque soit les compétences des autorités décentralisées, à la différence des régions fédérées irakiennes, elles devront toujours exercer leurs prérogatives conformément à la Constitution de 2004, mais aussi en application de toute autre norme (loi, décret ou décision) édictée par l'administration centrale.

Par ailleurs, la décentralisation signifie l'attribution parallèle de compétences. Toutefois, comme nous venons de le constater celle-ci est très vague, de même que la répartition, d'une part entre l'administration centrale et les administrations locales et d'autre part, entre les différents conseils locaux établis. Ainsi, s'agit-il réellement de décentralisation? Si l'on veut répondre objectivement à cette question, il faut dans un premier temps noter que la Constitution utilise le mot « administrer »⁶⁵¹. De plus, elle reconnaît les bienfaits de la proximité du pouvoir à travers une plus ample participation citoyenne. D'autre part, il ne peut s'agir d'une simple déconcentration du pouvoir, puisque les membres des conseils locaux sont élus. Néanmoins, la Constitution ne garantit pas le principe de libre administration des collectivités territoriales, base de toute décentralisation réelle ; le terme n'apparaissant nulle part dans le texte. Par ailleurs, l'autonomie financière n'est pas organisée par la Constitution. Ainsi, tout dépendra de la mise en œuvre. Un faisceau d'indices positif apparaît en matière de répartition des compétences entre l'administration centrale et locale. En effet, l'article 137 de la Constitution, censé fonder la décentralisation, mentionne le terme « *shall transfer necessary powers* »⁶⁵². Or, le transfert par l'administration centrale implique l'attribution de compétences, ce n'est donc pas une simple délégation. Le cas de la simple déconcentration peut être éliminé. En outre, l'État déterminant lui-même les compétences à attribuer aux collectivités locales; la loi pourra donc venir compléter le texte. Enfin, la décentralisation en Afghanistan, n'est pas achevée, l'État est toujours en phase de reconstruction, par conséquent, comme en Irak, les institutions ne fonctionnent pas encore correctement.

Par conséquent, à la différence de l'Irak, la prise de décisions appartient, en Afghanistan, de façon générale à l'administration centrale. L'administration locale permet une mise en œuvre de la législation qui s'accorde avec les besoins des entités décentralisées. En outre, elle administre son territoire. Cependant, elle reste soumise, tout au long de cet exercice, aux dispositions de la loi, ce qui assure une certaine égalité entre les citoyens des différentes provinces. De plus, elle ne dispose que des compétences transférées par le pouvoir central et le principe de spécialité leur est appliqué, dans le sens où elles ne peuvent

⁶⁴⁹ Article 137 de la Constitution afghane.

⁶⁵⁰ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 25.

⁶⁵¹ Article 141, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁵² C'est-à-dire doit transférer les pouvoirs nécessaires, article 137 de la Constitution afghane.

administrer qu'une partie du territoire. D'autre part, la promotion de la participation favorise la démocratie. L'est-elle également du fait de la séparation horizontale des pouvoirs ?

Paragraphe 2 : Le régime présidentiel, en Afghanistan

La séparation des pouvoirs se caractérise, en Afghanistan, par l'existence d'une séparation stricte atténuée par l'attribution de contre-pouvoirs. La seconde caractéristique est que la Constitution dote le pays d'un Président fort. Il s'agit, par conséquent, d'un régime présidentiel, qui à côté du choix en faveur d'un État unitaire, est le second élément pour la cohésion de l'État. En effet, le régime établi en Afghanistan correspond à la définition du système présidentiel, puisque, « *l'équilibre du pouvoir est obtenu par leur séparation (à la fois organique et fonctionnelle) : le pouvoir exécutif est détenu en totalité par un Président élu par le peuple et irresponsable devant le Parlement qui, de son côté, ne peut être dissous par le Président* »⁶⁵³.

L'instauration d'un exécutif fort peut représenter un danger pour le pouvoir législatif (I), cependant, plusieurs organes et certains moyens d'actions garantissent l'équilibre constitutionnel et la démocratie (II).

I. Pouvoir exécutif versus pouvoir législatif

La Constitution instaure un exécutif fort (A) et un pouvoir législatif bicaméral (B)

A. Un pouvoir exécutif fort

Le pouvoir exécutif se compose, en Afghanistan, de plusieurs organes (1) qui disposent de fonctions importantes (2).

1. Les organes du pouvoir exécutif

La Constitution commence par réglementer la fonction de Président de la République (a), puis celle d'un gouvernement dépourvu de Premier Ministre (b).

a. Le statut du Président de la République

La désignation du Président de la République se fait par le recours au suffrage universel direct, pour une période de cinq ans⁶⁵⁴. Nous allons pouvoir le constater par la suite, la Présidence est un organe central, à la fois au sein du pouvoir exécutif, mais également vis-à-vis des autres pouvoirs. Par conséquent, le choix de ce mode de désignation (l'élection directe et universelle), le mode de scrutin (scrutin majoritaire à deux tours⁶⁵⁵) le mandat court de cinq ans⁶⁵⁶, ainsi que la limitation des mandats (en effet, le même Président ne peut bénéficier que de deux mandats⁶⁵⁷), sont des facteurs importants qui assurent à la fois la légitimité d'une présidence forte et un équilibre démocratique.

⁶⁵³ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 449.

⁶⁵⁴ Article 61 de la Constitution afghane.

⁶⁵⁵ L'article 61, alinéas 1, 4, 5 et 6 de la Constitution précise que le candidat élu président doit obtenir plus de 50% des voix au premier tour, c'est-à-dire la majorité absolue des suffrages exprimés. Si aucun n'obtient la majorité requise, un second tour est organisé. Les deux candidats avec le nombre de suffrages le plus élevé au premier tour doivent être départagés. Celui qui obtient le plus de suffrage au second tour, devient Président.

⁶⁵⁶ Article 61, alinéa 2 de la Constitution.

⁶⁵⁷ Article 62, alinéa 2 de la Constitution afghane.

De plus les conditions d'éligibilité au poste de Président permettent aux candidats d'obtenir une certaine confiance de la part de la population. Le candidat doit être un afghan musulman, n'ayant aucune autre nationalité, d'au moins 40 ans. Une condition d'intégrité est ajoutée : il ne doit pas avoir été condamné pour crime ou crime contre l'humanité et doit bénéficier de ses droits civils et politiques⁶⁵⁸.

Par ailleurs, le candidat à la présidence doit désigner deux vice-présidents⁶⁵⁹. Ceux-ci ont des compétences uniquement en cas d'absence, de retrait ou de décès du Président⁶⁶⁰. La précision de ces dispositions est significative de l'importance de cette fonction.

Par conséquent, le Président, actuellement Hamid Karzaï, est un élément fédérateur.

b. Un gouvernement sous l'autorité du chef d'État

Les ministres sont nommés par le Président de la République et ce choix doit être approuvé par la chambre basse du Parlement⁶⁶¹. Il doit également être conforme aux conditions d'éligibilité au poste de ministre⁶⁶². Par conséquent, le gouvernement travaille sous l'autorité directe du Président et est responsable à la fois devant celui-ci et devant le Parlement⁶⁶³. Les ministres sont aussi pénalement responsables pour les crimes graves⁶⁶⁴. Ceci confère, à nouveau, un pouvoir fort au Président de la République.

2. L'importance des prérogatives exécutives

La distribution des compétences au sein de l'exécutif révèle une présidence puissante (a) et un gouvernement effacé (b).

a. La concentration des pouvoirs à l'égard du Président

Le Président apparaît comme un organe essentiel à la lecture de la Constitution, car il bénéficie à la fois de compétences attribuées traditionnellement à un Président, mais aussi de compétences plus importantes, qui en font un organe puissant⁶⁶⁵.

En ce qui concerne les compétences traditionnelles, le Président est le gardien de la Constitution, de la souveraineté, de l'indépendance et de l'intégrité de l'État. Il est également, le commandant des armées. Il accorde les remises de peines, la grâce présidentielle et distribue les titres honorifiques. Il convoque la *Loya Jirga* lorsqu'un amendement à la Constitution doit être voté ou quand une question liée aux intérêts supérieurs de l'État se pose. Il exerce aussi certaines prérogatives partagées. En effet, il possède les compétences essentielles en matière de déclaration de l'État de guerre ou d'exception. Il nomme également les ministres et un certain nombre de hauts fonctionnaires, tels les juges de la Cour suprême

⁶⁵⁸ Article 62, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁵⁹ Article 60, alinéas 2 et 3 de la Constitution afghane.

⁶⁶⁰ D'après les articles 60, alinéa 4 ; 67 alinéa 5 et 68 alinéa 2 de la Constitution afghane, en cas de vacance de la présidence le premier vice-président dirige les affaires de la Nation. En cas de décès de celui-ci, le second vice-président le remplace.

⁶⁶¹ Article 71 de la Constitution afghane.

⁶⁶² Article 72 de la Constitution afghane.

⁶⁶³ Article 77, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁶⁶⁴ D'après l'article 78 de la Constitution afghane, les Ministres sont pénalement responsables pour crime, crime contre l'humanité ou haute trahison.

⁶⁶⁵ Article 64 de la Constitution afghane.

ou les diplomates, mais doit obtenir l'approbation de la chambre basse du Parlement. Le pouvoir de nomination des juges rappelle la procédure américaine⁶⁶⁶. Il est encadré par les dispositions de la Constitution, notamment pour ce qui est des conditions d'éligibilité à la fonction de juge suprême⁶⁶⁷. Toutefois, le Président pourra ainsi influencer sur l'importance ou l'affaiblissement de l'Islam vis-à-vis du droit positif, en nommant ou non une majorité d'experts en droit islamique. L'importance des pouvoirs traditionnels est ici atténuée par une collaboration avec la *Wolesi Jirga* (chambre basse du Parlement).

Parmi les prérogatives qui rendent sa fonction essentielle, la détermination de la politique fondamentale de l'État avec l'approbation du Parlement, est importante et ce, pour deux raisons. D'abord, elle confère au Président une importance vis-à-vis du gouvernement, renforcée du fait qu'il soit chef d'État et de gouvernement. Ensuite, elle confère au Président une position favorable dans ses rapports avec le Parlement, puisqu'il lui revient de définir cette politique, le Parlement ne peut que donner son avis. Il s'agit certes d'un avis obligatoire et contraignant ; cependant, le Parlement ne peut pas déterminer cette politique.

Trois autres prérogative, exercées par le Président de la République, confirment ce rapport de pouvoir vis-à-vis du Parlement. En premier lieu, l'approbation des lois et des décrets législatifs. En effet, le Président dispose d'un droit de veto sur les lois, comme cela existe aux États-Unis et en Irak⁶⁶⁸. Ainsi, en cas de désapprobation d'une loi par le Président, celle-ci sera renvoyée devant la chambre basse du Parlement afghan qui devra voter à nouveau, mais cette fois en obtenant une majorité plus forte, de deux tiers des membres de la chambre. Le Parlement conserve ainsi sa compétence législative pleine et entière, puisqu'il peut dépasser ce veto. Ceci permet à une loi contestée par une minorité de devenir incontestable. En second lieu, il peut avoir recours au référendum comme moyen de contourner le vote du Parlement, pour les décisions d'intérêt national en matière politique, économique et sociale⁶⁶⁹. En dernier lieu, le Président investit le Parlement et la *Loya Jirga*⁶⁷⁰.

Ainsi, le Président dispose de prérogatives importantes et bénéficie de moyens d'actions sur les autres pouvoirs.

b. Un gouvernement effacé

Le gouvernement dispose de plusieurs attributions. Néanmoins, il faut garder à l'esprit qu'il exerce ses fonctions sous l'autorité du Président de la République. Or, ceci renforce la concentration des pouvoirs à l'égard du Président et l'effacement du gouvernement.

Le gouvernement possède certaines prérogatives propres⁶⁷¹, telles l'exécution des lois, le maintien de l'ordre public, l'initiative budgétaire et la compétence fiscale. Il a en charge également, l'administration des ministères respectifs et décide des politiques économiques, sociales, culturelles et technologiques.

⁶⁶⁶ Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, article 2, section 2 (2).

⁶⁶⁷ Article 118 de la Constitution afghane.

⁶⁶⁸ Articles 64 et 94 de la Constitution afghane.

⁶⁶⁹ Article 65 de la Constitution afghane.

⁶⁷⁰ Article 64 de la Constitution afghane.

⁶⁷¹ Article 75 de la Constitution afghane.

En outre, il dispose du pouvoir réglementaire⁶⁷², soumis au respect des lois. Il peut également disposer de l'initiative législative⁶⁷³. Or, une priorité est donnée aux projets de lois lorsqu'ils doivent être adoptés de façon urgente. Ainsi, ceci peut limiter grandement l'initiative des lois accordée aux parlementaires. D'autre part, à la différence du Président de la République, les ministres peuvent intervenir dans l'enceinte du Parlement⁶⁷⁴.

Enfin, deux hypothèses sont intéressantes à mentionner, celles des articles 79 et 144 de la Constitution.

Le gouvernement peut d'abord disposer de compétences plus étendues en cas de circonstances exceptionnelles, selon l'article 144 de la Constitution. En effet, lorsque l'État d'urgence est décrété, le Président de la République avec l'approbation de la chambre basse du Parlement, peut transférer certaines compétences attribuées initialement au pouvoir législatif, au gouvernement⁶⁷⁵. L'immixtion du gouvernement en matière législative demeure, bien que ce recours soit réglementé et que les décisions prises soient annulées par la volonté du Parlement, une fois l'État d'urgence levé⁶⁷⁶.

En second lieu, il nous faut évoquer une autre hypothèse, qui, à la différence de l'État d'urgence, est peu encadrée. Il peut adopter des décrets législatifs d'urgences, lorsque la chambre basse du Parlement est vacante⁶⁷⁷. Il s'agit ici d'une hypothèse différente de celle de l'État d'urgence, car d'une part, la chambre basse étant vacante, elle ne peut voter le transfert de compétence au gouvernement. D'autre part, à la différence de l'État d'urgence, les conditions de recours sont plutôt vagues. Or, cette compétence semble être réservée à des situations exceptionnelles. Toutefois, ne peut-elle pas être un moyen à la disposition du gouvernement pour contourner le vote de la chambre basse ? Nous devons répondre par la négative, car d'une part l'utilisation de cette prérogative conformément à la Constitution suppose la vacance du pouvoir législatif, il n'y a donc rien à contourner. De plus, une fois la chambre basse rétablie, elle devra approuver ces décrets. Si elle refuse, ils seront annulés. Cependant, cette disposition pourrait ouvrir une brèche en matière de séparation stricte des pouvoirs. En effet, bien que la Constitution mentionne la possibilité d'annuler les décrets une fois la chambre rétablie, rien n'empêche à ces décrets de déployer tous leurs effets à partir de l'adoption et jusqu'à l'annulation. De plus, l'article 79 ne prévoit aucune restriction : il ne précise pas que dans cette hypothèse, le gouvernement ne pourra légiférer que dans le but d'administrer les affaires courantes de la nation.

Par conséquent, la Constitution établit-elle les garde-fous suffisants à la préservation de la démocratie et de l'état de droit ? Les ministres travaillent sous la direction du Président⁶⁷⁸ et le Président dispose de nombreuses prérogatives ; ce qui fait du pouvoir exécutif une autorité puissante. Cela limite le principe de séparation des pouvoirs, puisqu'il s'agit alors davantage d'une concentration des pouvoirs à l'égard du Président de la

⁶⁷² Article 76 de la Constitution afghane.

⁶⁷³ Article 95 de la Constitution.

⁶⁷⁴ Article 103 de la Constitution afghane.

⁶⁷⁵ Article 144 de la Constitution afghane.

⁶⁷⁶ Les articles pouvant faire l'objet d'une suspension sont mentionnés dans la Constitution, ce qui signifie, *a contrario* que ceux dont le texte ne précise pas qu'ils peuvent l'être, ne peuvent être suspendus. De plus la Constitution ne peut être modifiée durant cette période (articles 145 et 146 de la Constitution afghane).

⁶⁷⁷ Article 79, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁷⁸ Article 71, alinéa 1 de la Constitution afghane.

République. Le modèle afghan ne va pas sans rappeler la mise en place de régimes présidentiels quasi absolus, suite à la décolonisation des États d'Afrique⁶⁷⁹. Ce choix permet toutefois de fédérer les afghans. Cependant, quelle place est réservée au Parlement ?

B. Le cantonnement des fonctions parlementaires

Le Parlement symbolise, selon la Constitution, l'organe législatif⁶⁸⁰. Il est composé de deux chambres (1) et possède des attributions traditionnelles. Cependant, celles-ci pourraient être perturbées par une séparation trop souple des pouvoirs (2).

1. Un Parlement bicaméral

Le Parlement afghan se compose de deux chambres, la *wolesi Jirga*, c'est-à-dire « la maison du peuple » et la *Meshrano Jirga*, en d'autres termes « la maison des anciens ». Étudions le mode de désignation des membres de chacune de ces chambres (a), les conditions d'éligibilité (b) et le statut de parlementaire (c).

a. La désignation des membres du Parlement

Deux procédures de désignation doivent être analysées, car les membres de la *Wolesi Jirga* sont élus au suffrage universel direct, alors que les membres de la *Meshrano Jirga* sont soit désignés par le biais d'élections indirectes, soit nommés.

D'abord, pour ce qui est de l'élection à la *Wolesi Jirga*, les citoyens au sein de chaque circonscription doivent désigner un représentant. Le nombre de siège au sein de cette chambre dépend du nombre d'habitants de chaque circonscription. À terme, la chambre basse du Parlement doit être composée de 249 membres⁶⁸¹ qui y siègeront durant cinq ans⁶⁸².

Ensuite, pour la désignation des membres de la *Meshrano Jirga*, il s'agit d'une part d'une élection indirecte, par le biais des conseils de provinces et de districts⁶⁸³, ce qui correspond à la désignation des deux tiers des membres⁶⁸⁴. Pour ce qui est du tiers restant, le Président doit nommer des personnes expérimentées, des handicapés, des représentants Kochis et 50% de femmes, pour cinq ans.

Enfin, une fois désignés, les membres du Parlement sont prêts à siéger. Le Président convoque alors la première assemblée⁶⁸⁵.

⁶⁷⁹ HENRY (L.), « La démocratisation en Afrique Subsaharienne : Une problématique de l'État », *L'Observateur des Nations Unies* n° 9, pp. 19-37.

⁶⁸⁰ Article 81, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁸¹ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 18.

⁶⁸² Article 83 de la Constitution afghane.

⁶⁸³ Article 84, alinéas 2 et 3 de la Constitution afghane.

⁶⁸⁴ Les conseils locaux désignent chacun un représentant qui siègera au sein de la chambre haute, durant quatre ans, pour les représentants provinciaux et trois ans pour les représentants des Conseils de district.

⁶⁸⁵ Le Parlement afghan s'est réuni pour la première fois le 19 décembre 2005. Les 249 membres de la chambre basse dont 68 femmes, ainsi que les 102 conseillers siégeant à la *Meshrano Jirga* peuvent désormais légiférer. Dès le début, les chambres ont élu parmi leurs membres un Président d'assemblée, deux vice-présidents et deux secrétaires, conformément à l'article 87 de la Constitution. Les Présidents d'assemblée sont Sighbatullah Mojaddedi pour la chambre haute et Yunus Qanuni pour la chambre basse.

Les sessions sont, en principe, publiques⁶⁸⁶ et se tiennent séparément mais au même moment⁶⁸⁷. Certaines peuvent être extraordinaires, d'autres communes, lorsque le Président de la République l'impose, il s'agit alors de la réunion de l'Assemblée nationale.

b. Conditions d'éligibilité

Tous les citoyens remplissant les conditions d'éligibilité peuvent être désignés au sein de l'une des chambres. Pour cela, il faut être afghan depuis 10 ans et être intègre, c'est-à-dire ne pas avoir commis de crime, de crime contre l'humanité et disposer de ses droits civils et politiques. De plus, une condition d'âge est imposée : avoir 25 ans pour la *Wolesi Jirga* et 35 pour la *Meshrano Jirga*⁶⁸⁸.

Par ailleurs, une condition supplémentaire est imposée à certains candidats de la chambre haute: pour les membres désignés par l'élection indirecte, il faut qu'ils siègent initialement au sein d'un conseil de province ou de district.

Les candidats ne doivent pas représenter une ethnie, une religion, une langue ou une région en particulier ou promouvoir une forme de discrimination en la matière⁶⁸⁹.

Enfin, la loi électorale ajoute certaines conditions. Il s'agit d'abord de se conformer aux dispositions de l'Islam et de la Constitution ; de ne pas porter atteinte ou risquer de porter atteinte aux droits et libertés publiques et à l'ordre public ; il ne faut pas avoir de relations avec l'armée, recevoir de fonds de l'étranger ou de groupes illégaux. Enfin, les cotisations relatives à la candidature doivent avoir été payées⁶⁹⁰.

c. Le statut des parlementaires

Il s'agit d'une part de l'immunité parlementaire, d'autre part, des incompatibilités et enfin de la fin de la qualité de parlementaire.

En premier lieu, les membres du Parlement disposent de l'immunité politique. Cependant, celle-ci n'est ni absolue ni perpétuelle et ne couvre pas l'immunité pénale. En effet, lorsqu'il s'agit d'accusations de crimes, les autorités judiciaires ont uniquement à faire part de ces accusations à la chambre pour que l'immunité soit suspendue. Aucun vote ou aucune autorisation n'est donc nécessaire⁶⁹¹.

En second lieu, certaines incompatibilités sont constitutionnalisées. Tout d'abord, un membre de la *Wolesi Jirga*, ne peut siéger simultanément au sein de la *Meshrano Jirga*⁶⁹². En outre, les membres de la *Meshrano Jirga*, élus au suffrage indirect, doivent abandonner leurs fonctions au sein des différents conseils locaux⁶⁹³. Enfin, un membre du Parlement nommé en tant que ministre doit également abandonner ses fonctions de représentant⁶⁹⁴. Ces dispositions sont favorables à une plus ample participation des citoyens.

⁶⁸⁶ Article 105 de la Constitution afghane.

⁶⁸⁷ Article 104, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁶⁸⁸ Article 85 de la Constitution afghane.

⁶⁸⁹ Article 81, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁶⁹⁰ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 20 (2) et (3).

⁶⁹¹ Article 102 de la Constitution afghane.

⁶⁹² Article 82, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁶⁹³ Article 84, alinéa 6 de la Constitution afghane.

⁶⁹⁴ Article 73, alinéa 2 de la Constitution afghane.

En dernier lieu, la fin de la fonction de parlementaire intervient à l'arrivée du terme du mandat, mais aussi en cas de décès, de retrait ou d'incapacité du représentant ⁶⁹⁵.

2. Des attributions traditionnelles

Le Parlement dispose des compétences traditionnellement attribuées au pouvoir législatif (a). Il bénéficie également de moyens d'action sur le pouvoir exécutif (b).

a. Les compétences propres

On peut diviser les compétences du Parlement en deux catégories, d'abord des compétences « passives » et des compétences actives.

En ce qui concerne les compétences « passives », c'est-à-dire des attributions pour lesquelles le Parlement doit simplement apporter son approbation, on peut citer comme exemple l'acceptation des nominations décidées par le Président de la République. Le Parlement doit également approuver le budget élaboré par le gouvernement, ainsi que la politique fondamentale de l'État et la politique économique, sociale, culturelle et technique, respectivement définies par le Président et les ministres⁶⁹⁶. Le Parlement ne pourra définir ces politiques. C'est en cela qu'il demeure passif. Toutefois, il dispose d'un moyen d'information à l'égard de ces matières, lui permettant d'orienter son vote : l'établissement de commissions qui ont pour mission d'étudier les matières en discussion⁶⁹⁷.

Par contre, le Parlement détient une réelle compétence dans deux domaines, d'abord en matière d'élaboration et d'adoption des lois, puis en matière de ratification des conventions internationales.

En premier lieu, l'attribution de la compétence de ratification des traités⁶⁹⁸ au Parlement, a pour conséquence la soumission de ces normes aux lois, dans le cadre de la hiérarchie des normes. Pourtant, parallèlement, l'article 7 de la Constitution soumet l'État afghan à la Charte des Nations Unies, à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ainsi qu'aux traités et aux conventions adoptées par l'Afghanistan⁶⁹⁹. Néanmoins, que signifie le terme d'État ? Nous pouvons nous référer à deux définitions, la première mentionne qu'il s'agit de « *l'ensemble des organes politiques* », la seconde indique que dans un sens plus étroit ce peut être la « *personne morale titulaire de la souveraineté* »⁷⁰⁰. Le Parlement est donc inclus. Il serait alors soumis au respect des conventions adoptées par l'État afghan. Toutefois, à la lecture de ces définitions, on peut noter que le terme « État » est plutôt vague. De plus, les traités en cours de ratification demeurent soumis à la volonté du peuple. Ces dispositions reflètent donc l'appartenance à la conception dualiste de l'État afghan.

En second lieu, étudions les compétences d'élaboration et d'adoption des lois. Pour ce qui est de l'élaboration des lois, le Parlement partage cette attribution avec le gouvernement⁷⁰¹. Une proposition de loi peut être élaborée par dix parlementaires. Si cette

⁶⁹⁵ Article 108 de la Constitution afghane.

⁶⁹⁶ Articles 90, 96, 98 et 99 de la Constitution Afghane.

⁶⁹⁷ Article 88 de la Constitution afghane.

⁶⁹⁸ Article 90 de la Constitution afghane.

⁶⁹⁹ Article 7 de la Constitution afghane: « *The state shall observe* ».

⁷⁰⁰ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 232.

⁷⁰¹ Article 95 de la Constitution afghane.

proposition est adoptée par un cinquième des membres dans chacune des deux chambres, elle sera inscrite à chacun des ordres du jour⁷⁰². Or, nous l'avons déjà mentionné, cette compétence est largement limitée⁷⁰³. En outre, le Parlement conserve la compétence d'adoption des lois pleine et entière (hormis, le veto présidentiel, le pouvoir réglementaire et le recours au référendum par le pouvoir exécutif). En la matière, l'article 97 régit la procédure législative. Cet article, ainsi que les articles 91 et 100 établissent un privilège à l'égard de la chambre élue au suffrage direct. Ainsi, les projets de lois sont d'abord déposés devant la *Wolesi Jirga*⁷⁰⁴ puis, suite au vote, ils sont présentés à la *Meshrano Jirga*. Dans le cas où les deux chambres ne sont pas d'accord, un comité de conciliation est établi. S'il échoue, le projet est soit annulé, soit il est approuvé uniquement par la chambre basse. Le vote de la chambre haute est alors contourné, pour tout projet de loi, même budgétaire⁷⁰⁵.

Ainsi, le Parlement dispose de compétences d'approbations et également de compétences réelles, à travers l'adoption des lois et la ratification des traités. Enfin, la procédure législative reflète la traditionnelle domination entre chambre basse et chambre haute, ce qui est légitime, puisque la première est élue au suffrage universel direct.

b. Les moyens d'action suffisants à la disposition du Parlement?

Des moyens d'action sur le pouvoir exécutif et d'information sont à la disposition du Parlement.

Les moyens d'information du Parlement sont au nombre de quatre. D'abord, l'information par des sources alternatives à celles du gouvernement, en matière fiscale⁷⁰⁶. Ensuite, par l'instauration et le recours à des commissions parlementaires⁷⁰⁷. Deux types de commissions peuvent être établies. D'une part, des commissions parlementaires classiques, mises en place par chacune des chambres, qui se focalisent sur les matières à l'ordre du jour. D'autre part, l'instauration d'une commission d'enquête spéciale, par la *Wolesi Jirga*, dans le but de contrôler l'action du gouvernement. Pour cela, un tiers des membres de la chambre doit voter en faveur de sa création et le règlement intérieur de la chambre doit détailler ce recours⁷⁰⁸. Enfin, les commissions parlementaires peuvent questionner les membres du gouvernement⁷⁰⁹. Il semble que ce moyen à la fois d'information et de contrôle n'appartienne qu'aux Commissions parlementaires. Ceci doit être distingué des séances de questions, auxquelles participent tous les membres du Parlement, chacun ayant un droit à poser des questions. L'ensemble des membres de la *Wolesi Jirga* dispose d'un droit de questionner le gouvernement sur son action, à travers l'interpellation d'un ministre. Néanmoins, les conséquences sont importantes, puisque cette procédure permet la mise en œuvre de la question de confiance.

⁷⁰² Article 97, alinéa 8 de la Constitution afghane.

⁷⁰³ Du fait de la priorité accordée aux projets de lois déclarés urgents par le gouvernement (article 97 alinéa 7 de la Constitution) et en raison de la procédure plus longue prévue pour les propositions de lois.

⁷⁰⁴ Article 97, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁷⁰⁵ Articles 91 et 100 de la Constitution afghane.

⁷⁰⁶ Article 97, alinéa 2 de la Constitution afghane.

⁷⁰⁷ Articles 88 et 89 de la Constitution afghane.

⁷⁰⁸ Article 89 de la Constitution afghane.

⁷⁰⁹ Article 93, alinéa 1 de la Constitution afghane.

Ainsi, le Parlement, et plus précisément la *Wolesi Jirga*, dispose d'un moyen d'action réel sur le gouvernement, par la mise en œuvre de la responsabilité des ministres, à travers le vote d'une motion de censure⁷¹⁰. En effet, un dixième des membres de cette chambre peuvent interpeller un des ministres sur une question spécifique. Si la réponse apportée n'est pas satisfaisante, la chambre peut émettre une motion de censure. Pour que celle-ci aboutisse au renvoi du ministre, il faut qu'elle soit votée à la majorité de tous les membres de la chambre basse. Le gouvernement n'est pas solidairement responsable⁷¹¹.

On peut penser que la Constitution afghane du 4 janvier 2004 n'établit qu'une séparation des pouvoirs bien trop souple et déséquilibrée entre les affaires exécutives et législatives. Cependant, certains principes et institutions et au-delà, l'autorité judiciaire, viennent rétablir un équilibre nécessaire.

II. Un équilibre assuré ?

L'équilibre qu'apporte le respect du principe de séparation des pouvoirs pourrait venir davantage de certaines garanties constitutionnelles (A), de l'existence d'institutions ou commissions indépendantes (B), ainsi que de l'autorité judiciaire (C).

A. Les garanties constitutionnelles

La définition de la séparation des pouvoirs indique que la séparation « *peut être rigide (indépendance des pouvoirs caractéristique du régime présidentiel) ou souple (collaboration des pouvoirs caractéristique du régime parlementaire)* ». Ainsi, malgré la concentration des pouvoirs à l'égard de l'exécutif et l'existence de contre-pouvoirs, la séparation des pouvoirs est une séparation rigide, en Afghanistan, pour trois raisons.

La première réside dans l'interdiction faite au Président de la République de siéger au Parlement. Celle-ci n'est pas explicite. Toutefois, l'article 103 de la Constitution afghane qui autorise les ministres à siéger durant les séances parlementaires, n'a pas d'équivalent à l'égard du Président de la République.

De plus, il n'est pas non plus responsable devant la chambre. Au contraire, les ministres portent la totalité de la responsabilité politique, par l'instauration du mécanisme de la question de confiance⁷¹². Ainsi, le Parlement ne peut renverser le Président de la République, ce qui est un gage de stabilité.

Enfin, la Constitution n'offre pas au Président de la République l'initiative de la dissolution de la chambre basse du Parlement.

Par conséquent, les principaux instruments de la séparation souple des pouvoirs ne sont pas constitutionnalisés. Ainsi, chacun des pouvoirs ne peut les utiliser. *A contrario*, cela signifie qu'il s'agit d'un régime de séparation stricte des pouvoirs, pourvu d'un exécutif fort et de contre-pouvoirs à l'égard des autres organes, pour atténuer le régime présidentiel.

⁷¹⁰ Articles 77, alinéa 2 et 92 de la Constitution afghane.

⁷¹¹ Article 92, alinéa 1 de la Constitution afghane.

⁷¹² Article 92 de la Constitution afghane.

B. Des institutions garantes de l'équilibre constitutionnel

Deux institutions sont importantes en la matière, la Commission électorale indépendante (1) et la *Loya Jirga* (2).

1. La commission électorale indépendante

Nous avons d'ores et déjà examiné le rôle des commissions parlementaires et l'hypothèse de la commission spéciale d'enquête. Il s'agit donc d'analyser le rôle de la Commission indépendante pour la supervision des élections. La loi électorale afghane, établissant cette Commission, est très précise à ce propos.

En ce qui concerne sa composition : le secrétariat de la Commission a pour mission de sélectionner et de nommer des citoyens au niveau national, provincial et de district. Leur neutralité et leur impartialité doivent être garanties, de même que leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics ou des candidats. Ainsi, il ne peut s'agir de membres ou de dirigeants de partis politiques, de candidats aux élections ou de membres de leurs familles⁷¹³.

Celle-ci est compétente dans tous les cas d'élections ou de référendums⁷¹⁴. Sa mission est de les préparer, de les organiser matériellement et d'en contrôler le processus⁷¹⁵. Elle a également en charge l'établissement et le contrôle des règles pour que la campagne électorale se déroule de façon équitable⁷¹⁶. Pour cela, elle peut attribuer le statut d'observateur national ou international⁷¹⁷. Son intervention est prévue en ce qui concerne les élections présidentielles⁷¹⁸, législatives et locales. Elle contrôle le respect des conditions d'éligibilité des candidats et les disqualifie si celles-ci ne sont pas remplies⁷¹⁹. De plus, elle est compétente en matière de règlement des différends électoraux⁷²⁰. Elle règle, en dernier ressort les plaintes liées à la tenue des élections et à la contestation des résultats⁷²¹. Elle doit également répartir les sièges en fonction du nombre d'habitants dans les provinces, pour l'élection à la *Wolesi Jirga*⁷²², aux conseils de province⁷²³ et de district et mettre en œuvre les droits d'éligibilité accordés aux femmes pour chaque élection. Enfin, elle présente le résultat des scrutins.

Par conséquent, elle dispose de tous les moyens nécessaires pour garantir la tenue d'élections libres et justes, ce qui assure la démocratie et la transparence.

⁷¹³ *Electoral law*, 27 mai 2004, articles 9 et 10.

⁷¹⁴ Articles 61, alinéa 9 et 156 de la Constitution afghane.

⁷¹⁵ *Electoral law*, 27 mai 2004, articles 7 et 37.

⁷¹⁶ *Electoral law*, 27 mai 2004, articles 39 et 56.

⁷¹⁷ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 43.

⁷¹⁸ Article 61, alinéa 8 de la Constitution afghane.

⁷¹⁹ Article 86 de la Constitution afghane ; *Electoral law*, 27 mai 2004, articles 16 (4) et 45.

⁷²⁰ Par exemple, elle règle les conflits touchant à la délimitation des limites entre circonscriptions, à l'enregistrement sur les listes électorales, ou encore en matière de décompte et d'attribution des voix. *Electoral law*, 27 mai 2004, article 12.

⁷²¹ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 57.

⁷²² *Electoral law*, 27 mai 2004, article 19 (2).

⁷²³ *Electoral law*, 27 mai 2004, article 31.

2. La Loya Jirga

La *Loya Jirga* ou grande assemblée, représente le pouvoir constituant afghan. Elle est définie ainsi par la Constitution⁷²⁴. Toutefois, elle bénéficie également d'autres compétences, qui en font un contre-pouvoir.

Examinons dans un premier temps sa composition. Deux catégories de membres peuvent y siéger, bénéficiant ou non du droit de vote. La première catégorie comporte les membres du Parlement et les Présidents des conseils provinciaux et de districts. Les seconds sont les ministres, le Président de la Cour suprême (« *Chief Justice* »), les juges de la Cour suprême, ainsi que le Procureur général (« *Attorney general* »)⁷²⁵ ; ils ne votent pas.

Trois compétences lui sont attribuées⁷²⁶. D'abord, elle représente le pouvoir constituant dérivé. Le pouvoir de modifier la Constitution appartient donc à un organe indépendant, différent et plus représentatif que le Parlement. Cette institution rappelle le principe de la *shura* dans la tradition islamique, qui veut que les décisions soient prises en commun et suite au dialogue. Elle garantit une Constitution rigide et protège le texte contre d'incessantes modifications. En second lieu, la *Loya Jirga* doit être consultée pour la prise des décisions les plus importantes, c'est-à-dire lorsque les intérêts supérieurs de la nation sont en jeu ; par exemple, en matière de souveraineté, d'indépendance et d'intégrité territoriale. Ainsi, elle fait ici contrepoids à la concentration des pouvoirs dont bénéficie le Président de la République. En dernier lieu, elle destitue le Président de la République, en cas de crime contre l'humanité, de haute trahison et de crime, à côté de la *Wolesi Jirga*⁷²⁷. La procédure est déclenchée par un vote à la majorité des deux tiers des membres de la *Wolesi Jirga* en faveur de la poursuite du Président. Suite à ce vote, la chambre doit saisir la *Loya Jirga*. Si la Grande assemblée confirme les accusations par un vote au deux tiers de ses membres, le Président de la République sera démis de ses fonctions. La *Loya Jirga* porte ensuite l'affaire devant une Cour spéciale, composée du Président de la *Meshrano Jirga* et de six membres choisis par elle à proportion égale parmi la *Wolesi Jirga* et la Cour suprême. Cette cour jugera le Président de la République, qui auparavant se sera retiré.

Par conséquent, la *Loya Jirga* est un rempart important contre les risques d'hégémonie présidentielle que suscite la concentration du pouvoir à l'égard du Président. Elle est un gage de démocratie et de respect de l'état de droit, au même titre que la commission électorale.

C. Le principe de séparation des pouvoirs et l'autorité judiciaire

Le pouvoir judiciaire est principalement attribué à la Cour suprême (1), qui est une autorité indépendante (2). Enfin, on peut constater qu'elle garantit l'équilibre de la séparation des pouvoirs, à travers ses moyens d'action (3).

1. La Cour suprême

La Cour suprême se situe au sommet de la hiérarchie judiciaire. Elle se compose de neuf juges, tous nommés par le Président de la République avec approbation de la *Wolesi*

⁷²⁴ Article 110, alinéa 1 de la Constitution afghane: « *The Loya Jirga is the highest manifestation of the will of the people of Afghanistan* ».

⁷²⁵ Article 110, alinéas 2 et 3 de la Constitution afghane.

⁷²⁶ Article 111 de la Constitution afghane.

⁷²⁷ Article 69 de la Constitution afghane.

Jirga, pour une période de dix ans non renouvelable. Son Président, le *Chief Justice*, est désigné par le Président de la République, il n'est donc pas élu par ses pairs⁷²⁸.

Toutefois, le rôle du Président de la République, quant à ces nominations, est encadré par un certain nombre de conditions. Pour pouvoir devenir juge à la Cour suprême, une condition d'âge doit d'abord être remplie, avoir 40 ans. Ensuite, il faut être afghan. Deux conditions qualitatives sont également prévues : d'une part, il faut avoir étudié le droit positif ou islamique et avoir de l'expérience dans le cadre du système juridique afghan. D'autre part, il faut avoir fait preuve d'une éthique personnelle. De plus, le futur juge doit être intègre, il ne doit pas avoir été condamné pour crime ou crime contre l'humanité et doit bénéficier de ses droits civils et politiques. Enfin, il ne doit pas être membre d'aucun parti politique⁷²⁹.

La Cour suprême dispose de deux compétences majeures. Se trouvant au sommet de la hiérarchie judiciaire, elle exerce la fonction de cassation⁷³⁰ et celle d'un juge constitutionnel.

2. Un pouvoir indépendant

L'autorité judiciaire, pour avoir un rôle effectif, doit être un pouvoir indépendant. Ce principe est rappelé dès le premier alinéa de l'article 116⁷³¹.

Or, cette indépendance doit être accompagnée de certaines règles. D'abord, la justice est indépendante vis-à-vis du pouvoir exécutif. Ainsi, le Président qui nomme les juges de la Cour suprême ne peut les révoquer⁷³². Le renvoi d'un juge suprême ne peut intervenir que pour cause de crime et il est exercé par la chambre élue du Parlement⁷³³. De plus, la procédure de jugement des juges de droit commun pour crime se fait avec l'intervention majeure de la Cour suprême, en matière d'enquête et de décision. En effet, si la Cour propose la destitution du juge, le Président approuve ou non cette décision⁷³⁴. Le Président détient donc une compétence restreinte et encadrée.

Ensuite, les juges de la Cour suprême doivent être indépendants vis-à-vis du politique⁷³⁵, ce qui garantit une séparation stricte entre les affaires politiques et juridiques et la séparation de l'autorité judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs, l'exécutif et le législatif.

La justice bénéficie également d'une indépendance budgétaire. Plus précisément, la Cour suprême élabore son budget prévisionnel à côté du gouvernement, celui-ci est ensuite approuvée par le Parlement. La Cour suprême est indépendante dans sa mise en œuvre⁷³⁶.

Comme nous l'avions constaté en Irak, l'indépendance de la justice semble être garantie en Afghanistan également. Le seul bémol se retrouve : la séparation entre les affaires

⁷²⁸ Article 117 de la Constitution afghane.

⁷²⁹ Article 118 de la Constitution afghane.

⁷³⁰ Article 120 de la Constitution afghane.

⁷³¹ Article 116, alinéa 1 de la Constitution afghane: « *The judiciary shall be an independent organ of the state of the Islamic Republic of Afghanistan* ».

⁷³² Article 117, alinéa 5 de la Constitution afghane: « *Members of the Supreme Court, except under circumstances stated in Article One Hundred Twenty Seven of this Constitution, shall not be dismissed till the end of their term* »

⁷³³ Article 127 de la Constitution afghane.

⁷³⁴ Article 133 de la Constitution afghane.

⁷³⁵ Article 118, alinéa 6 de la Constitution afghane.

⁷³⁶ Article 125 de la Constitution afghane.

juridiques et spirituelles. En effet, par leur serment, les juges de la Cour suprême jurent de se soumettre aux dispositions de la religion islamique⁷³⁷. De plus, parmi les conditions d'éligibilité à la fonction, l'une d'entre elle autorise les experts en droit islamique. Or, l'interprétation de la Constitution risque d'être différente.

3. Des moyens d'action comme rééquilibrage?

Le moyen d'action essentiel à la disposition de la Cour suprême est le contrôle de la constitutionnalité des normes⁷³⁸. Ce contrôle intervient en matière de lois, mais également de décrets législatifs et de conventions internationales.

Les autorités de saisine se composent du gouvernement et des autres cours de justice. Il s'agit, par conséquent d'un contrôle *a posteriori*. Tout comme pour l'Irak, on constate donc l'influence du système américain.

Nous pouvons également tirer une seconde conséquence. Le contrôle de constitutionnalité étant établi également pour les conventions internationales, celles-ci doivent donc être conformes à la Constitution. Elles occupent donc une position inférieure dans la hiérarchie des normes. Elles semblent devoir se conformer aux lois, puisque ce même article précise que la Cour suprême contrôle la conformité des normes vis-à-vis de la Constitution et les interprètes conformément à la loi⁷³⁹. Ainsi, la hiérarchie des normes est dominée par la Constitution, viennent ensuite, les lois, puis les conventions internationales. L'article 7 de la Constitution, qui impose à l'État afghan le respect des traités internationaux ratifiés par l'Afghanistan, se trouve donc profondément limité. L'État pourrait en effet respecter les normes internationales, mais conformément à la Constitution et aux lois, ce qui implique la conformité au droit islamique.

La Cour exerce aujourd'hui sous la présidence de Mawlazi Fazl Hadi Shinwari, *Chief Justice*, et a une position plutôt fermée en matière de droits, puisqu'elle est dirigée en grande majorité par des religieux conservateurs. En effet, d'après l'Organisation Reporter sans frontière, par une décision du 19 janvier 2003, elle a interdit l'utilisation de la télévision câblée, pour le motif que certains programmes étaient anti-islamiques. Il s'agit, pour l'Organisation non gouvernementale, d'une atteinte à la liberté d'expression, « *Notre organisation est choquée de voir la justice afghane utiliser les mêmes arguments que les talibans pour priver la population de programmes de divertissement et d'information* »⁷⁴⁰. De plus, le 15 janvier 2004, selon l'agence Reuters, la Cour a également rétabli l'interdiction faite aux femmes de chanter et danser à la télévision⁷⁴¹. Ainsi, actuellement, l'utilisation du contrôle de constitutionnalité au profit de la protection des droits de l'homme semble hypothétique.

⁷³⁷ Article 119 de la Constitution afghane.

⁷³⁸ Article 121 de la Constitution afghane.

⁷³⁹ Article 121 de la Constitution afghane: « *the Supreme Court shall review the laws, legislative decrees, international treaties as well as international covenants for their compliance with the Constitution and their interpretation in accordance with the law* ».

⁷⁴⁰ BROSEL (V.), « *Afghanistan : Supreme Court bans cable TV* », 21 janvier 2003, www.hrea.org/lists/hr-media/markup/msg00080.html, consulté le 24 mai 2006.

⁷⁴¹ Les informations issues de l'agence Reuters sont citées in SALAHUDDIN (S.), « *Afghanistan's Supreme Court Protests women singing on TV* », 15 janvier 2004, www.rawa.org/tvban.htm, consulté le 24 mai 2006.

L'Afghanistan a fait le choix de conserver sa forme unitaire et d'établir, par la Constitution du 4 janvier 2004, un régime présidentiel fort. On aurait pu penser que, dans le but d'éviter les dérives, la Constitution favorise une séparation stricte des pouvoirs. Or, ce texte fondamental, tout en interdisant au Président de la République de se présenter physiquement devant le Parlement ou de le dissoudre, organise une importante concentration des pouvoirs à son égard, mais autorise également des moyens d'action aux autres pouvoirs.

La séparation des pouvoirs, horizontale et verticale est consacrée, en Irak et en Afghanistan, sous des formes différentes. En effet, en Irak, une séparation souple des pouvoirs est organisée du fait de la mise en œuvre du régime parlementaire. En Afghanistan, il s'agit d'un régime présidentiel et d'une séparation stricte bien qu'autorisant de nombreux *checks and balances*, pour atténuer le risque d'hégémonie présidentielle dû à la concentration des pouvoirs à son égard. En outre, la séparation verticale est appliquée à travers deux instruments. Un modèle hybride en Irak consacrant la décentralisation et le fédéralisme; un centralisme fort en Afghanistan contrebalancé par l'application de la décentralisation.

Cette séparation des pouvoirs étant un pilier fondamental pour l'existence de la démocratie, on peut donc conclure à la lecture de nos deux Constitutions, qu'elles ont pour effet de mettre en œuvre un modèle de gouvernance démocratique avec séparation des pouvoirs.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

La séparation des pouvoirs, verticale et horizontale, assure l'existence d'un État démocratique. Elle prévient les abus puisqu'elle va de pair avec la répartition des prérogatives publiques. Elle instaure également des contre-pouvoirs capables de se contester mutuellement. L'existence de la séparation des pouvoirs renforce le modèle démocratique. En effet, les Constitutions mises en place établissent un système protecteur des droits de l'homme et de la démocratie. Cependant, elles contiennent des ambiguïtés qui ont trait à l'instauration de l'Islam comme religion d'État. De plus, la Constitution irakienne renvoie trop souvent à la loi, or ceci pourrait venir vider de leur sens les dispositions de la Constitution. Ce risque pourra être évité si le Bureau d'appui au processus d'élaboration de la Constitution de la M.A.N.U.I. contribue efficacement et comme prévu par son mandat à la mise en place des lois, des institutions et des procédures nécessaires pour assurer l'application effective de la Loi fondamentale⁷⁴².

Du point de vue de l'influence des systèmes juridiques occidentaux, celle-ci existe, puisque la démocratie, la séparation des pouvoirs ainsi que la protection des droits de l'homme sont des valeurs dites occidentales. La séparation des pouvoirs, par exemple, avait été formulée par Locke, puis par Montesquieu. Néanmoins, nous avons constaté tout au long de cette étude que ces mêmes valeurs pouvaient être qualifiées d'universelles : quel individu pourrait se positionner objectivement en faveur de la destitution de ses droits ? De plus, les droits de l'homme sont revendiqués par certains comme dérivant de la lecture du Coran, œuvre bien plus ancienne que la philosophie des Lumières. Par ailleurs, les Constitutions sont empreintes des traditions et de la culture de nos deux États. Nous le notons, à travers la présence de l'Islam, l'application du statut personnel ou du principe de *shura*, propre à la tradition islamique. Ainsi, il n'y a pas eu transposition pure et simple d'un modèle. L'influence occidentale est incidente, à travers l'application d'un modèle d'État plus ou moins effectif en Occident (par l'application de la démocratie, du fédéralisme, du parlementarisme par exemple, qui ont été d'abord mis en œuvre en occident). De plus, les puissances occidentales ou les Nations Unies se sont toujours appuyées sur la volonté initiale de certains acteurs internes (ayant souvent vécu en Occident) pour transposer le modèle de gouvernance ou la forme juridique de l'État. Enfin, le dernier facteur d'influence repose sur les rapports de domination et de puissance contenus au sein du système de relations internationales. Les grandes puissances auront bien plus de facilité à imposer un modèle qui va dans leur intérêt que les petits États affaiblis ; elles disposent de moyens pour cela. Or, n'oublions pas que la reconstruction a commencé, dans nos deux États, par l'anéantissement du système juridique précédent. Elle s'est poursuivie en Irak par la gestion de ce pays de l'extérieur, ce qui s'est traduit par la conservation de la réglementation en vigueur sous l'occupation. Ainsi, la réception du modèle occidental par nos deux États est réelle, mais elle reste « souple », puisque les Constitutions sont imprégnées de tradition. On pourrait la qualifier de « réception-conservation ». En d'autres termes, il s'agit en partie de la réception d'un modèle occidental étranger, mais aussi de la conservation de valeurs ancestrales, le tout imposé par un pouvoir constituant internationalisé. C'est en cela que ces Constitutions sont d'une troisième génération.

⁷⁴² Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 35.

Toutefois, la démocratie ou les droits de l'homme ne s'appliquent pas si facilement. Ils peuvent être désirés par les partis politiques, par les dirigeants d'État. Cependant, pour une mise en œuvre effective, il faut également qu'ils soient ancrés dans les mœurs. Or, celles-ci se transforment lentement. « *Il n'est pas vrai qu'un droit occidental étranger puisse être arraché de son milieu et donné à l'Irak, un pays qui ne s'est pas accommodé, ni familiarisé à son application, car le droit ce n'est pas la création de la volonté du législateur, il est avant tout le fruit de son milieu et l'enfant de la longue tradition* »⁷⁴³ ; il en va de même pour l'Afghanistan. C'est pourquoi ces deux Constitutions sont ambiguës : elles reposent à la fois sur un modèle traditionnel et proclament également les droits de l'homme et la démocratie. Or, on a constaté tout au long de cette étude que la conciliation était délicate. La situation en Afghanistan est révélatrice, avec un président et des ministres plutôt « pro-démocrates » et une Cour suprême en faveur de l'application d'un Islam strict, à tel point que pour certains, la reconstruction post-taliban n'a rien changé.

Ainsi, l'étude des Constitutions était nécessaire, néanmoins, comment saisir toute l'envergure du problème si sa mise en œuvre n'est pas examinée ? Passons par conséquent, à la troisième partie : l'internationalisation de la reconstruction : un processus limité.

⁷⁴³ EL SANHOURY cité par AL DABBAGH (H.), « La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », *R.I.D.C.* 2005 Tome 2, p. 270.

PARTIE 3 : L'INTERNATIONALISATION DE LA RECONSTRUCTION : UN PROCESSUS LIMITE

« Nous savons tous que cette Constitution n'est qu'un nombre de pages en dari et pachtou que (...) vous avez, tous, la responsabilité de traduire en réalités vivantes »⁷⁴⁴.

Lakhdar Brahimi, dimanche 4 janvier 2004.

L'adoption d'une nouvelle Constitution, puis les premières élections, ont marqué la fin du processus de transition. Désormais, le but est de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles et de renforcer les structures de gouvernance.

Démonstration est faite, par les reconstructions juridiques irakienne et afghane, que l'internationalisation de ce processus est nécessaire. En effet, les deux États avaient besoin d'une intervention extérieure pour être restaurés, en raison du néant causé par la guerre. Cependant, ce processus présente des limites, du fait de sa jeunesse, mais également par la transmission de modèles qui lui est inhérente et par les bouleversements juridiques corrélatifs.

Plusieurs facteurs, précédemment développés, qu'il nous faut rappeler, sont sources d'influences: l'internationalisation partielle du pouvoir constituant, l'occupation ou la présence sur le sol de ces États d'armées étrangères, la gestion de l'État par l'occupant, le financement de la reconstruction, le retour en nombre de dirigeants exilés empreints du modèle occidental ou la constitutionnalisation de principes liés à une gestion occidentalisée de l'État. Bien sûr, certaines valeurs et principes communs, ancestraux, ont été conservés. Ainsi, les Constitutions irakienne et afghane matérialisent « le choc » entre deux systèmes juridiques, ce qui les transforme en véritable « *bric à brac* ». La majorité des sujets de ces nouveaux systèmes internes n'avait déjà pas fait le choix de la réception de normes nouvelles, or, aujourd'hui, comment peut-elle les intégrer ?

Ainsi, l'amélioration promise a de grande chance de se transformer en échec. Il est encore trop tôt pour en avoir la certitude, mais les signes avant-coureurs sont visibles à travers deux éléments: d'abord, un État de droit embryonnaire (chapitre 1), puis la question de la sécurité humaine (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'État de droit embryonnaire

La notion d'état de droit a été définie dans un rapport du Secrétaire général des Nations Unies en 2004, « *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies* ». Il s'agit d'un principe de gouvernance par lequel toute personne, institution et entité, publique ou privée, ainsi que l'État lui-même, sont responsables devant la loi, celle-ci étant conforme aux normes internationales protectrices des droits de l'homme et face à laquelle ils sont tous égaux. L'état de droit suppose également la garantie du principe

⁷⁴⁴ Lakhdar Brahimi cité par CHIPAUX (F.), « Lakhdar Brahimi, envoyé spécial de Kofi Annan, lance un dernier appel pour le règne de la loi », *op. cit.*

de suprématie du droit, d'égalité devant la loi, de séparation des pouvoirs, la participation au processus de décision, la connaissance des lois, l'absence d'arbitraire et la transparence⁷⁴⁵.

La reconstruction s'est poursuivie par une assistance à la consolidation des structures démocratiques. En Afghanistan, par exemple, cette seconde phase de la reconstruction se matérialise par *The Afghanistan Compact*⁷⁴⁶, qui fait suite à l'Accord de Bonn. Cet accord, entre la République islamique d'Afghanistan et la « communauté internationale », a ciblé trois domaines à consolider: d'abord, la sécurité, puis la gouvernance, l'État de droit et les droits de l'homme et enfin, le développement économique et social. Nous n'aborderons toutefois que la notion d'état de droit, qui touche aux structures politiques, sociales et gouvernementales.

Ainsi nous allons nous concentrer sur l'étude du système de gouvernance (section 1), de la protection des droits de l'homme (section 2) et du système judiciaire (section 3).

Section 1 : Un système de gouvernance libre et efficace ?

Analysons, dans un premier temps comment s'effectue la gestion de nos deux États (paragraphe 1), puis, rappelons dans un second temps, que la corruption reste forte (paragraphe 2). Il semble nécessaire de préciser que l'action des organes de gouvernance irakiens est difficile à évaluer, puisque les résultats des élections législatives n'ont été annoncés que le 10 février 2006 et que le gouvernement n'est entré en fonction que le 20 mai.

Paragraphe 1: La gestion de l'État

Un constat et deux limites doivent être faits pour ce qui est de la gestion de l'Irak et de l'Afghanistan. Le pouvoir exécutif effectue un travail important et décisif. Toutefois, les résultats restent faibles⁷⁴⁷.

D'une part, le gouvernement échoue à mettre en place les services publics nécessaires⁷⁴⁸. Ceux-ci s'améliorent; cependant, ils restent difficiles d'accès et de mauvaise qualité (en Afghanistan par exemple, les moyens de communication sont développés en zones

⁷⁴⁵ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies S/2004/616, 3 août 2004, § 6 cité in, HURWITZ (A.) et STUDDARD (K.), « *Rule of Law Programs in Peace Operations* », Policy Paper, The Security-Development Nexus Program, Académie internationale de la paix, août 2005, p. 2, www.ipacademy.org/Programs/Research/ProgReseSecDev_Pub.htm, consulté le 30 novembre 2005

⁷⁴⁶ *Afghanistan Compact*, Conférence de Londres sur l'Afghanistan, 31 janvier et 1^{er} février 2006, www.unama-afg.org/news/_londonConf/_docs/06jan30-AfghanistanCompact-Final.pdf, consulté le 15 avril 2006.

⁷⁴⁷ Pour ce qui est de l'Afghanistan, « *President Karzai is a positive symbol of national unity and hope, but the Afghan government remains weak* ». Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », 25 juillet 2005, Centre international d'études stratégiques, Post-Conflict Reconstruction Project, p. 4 et 11, www.csis.org, consulté le 10 janvier 2006.

⁷⁴⁸ « *Health conditions for women, infants and under-5 children are amongst the worst in the world. Average life expectancy stands at only 44.5 years, as much as 20 years less than the regional average in South Asia. Nearly 7 in 10 rural dwellers and 4 in 10 urban residents do not have access to safe water. Food insecurity is severe across the country, and chronic malnutrition is disturbingly high; between 40 and 60 percent of Afghan children are stunted or chronically malnourished [...] however, the Afghan population is at risk on a number of fronts, including lack of health services, unsafe blood supply, very low prevalence of condom use, increasing numbers of injecting drug users, high levels of poppy production and absence of public awareness* », rapport du P.N.U.D., « *United Nations Development Assistance Framework (UNDAF) for the Islamic Republic of Afghanistan 2006-2008* », mars 2005, disponible sur www.undp.org.af/media_room/archives/key_docs/docs/undp_country_programme_2006_2008.pdf, consulté le 15 avril 2006, p. 14.

urbaines seulement, la population n'a pas accès à l'électricité, la réhabilitation du système d'irrigation n'est pas suffisante, le service public de la santé est inefficace par manque d'infrastructures et de médecins qualifiés). Ceci est lié, en Afghanistan, au manque de moyens du gouvernement. En effet, la reconstruction est financée de l'extérieur, le gouvernement ne disposant d'aucune ressource propre. De plus, le financement de la reconstruction s'affaiblit et a du mal à être acheminé jusqu'aux interlocuteurs afghans.

D'autre part, l'exploitation des relations entre les administrations centrale et décentralisées est insuffisante, sans parler de la corruption des gouvernants locaux. À travers ces limites, un risque apparaît en Afghanistan, inhérent à la forme centralisée de l'État: celui d'un déséquilibre entre le centre, Kaboul, et le reste du pays. La réduction du fossé existant entre les régions décentralisées et Kaboul sera un grand défi pour l'avenir du pays. Pour la grande majorité des Afghans vivant en province, Kaboul reste une capitale lointaine et les décisions qui y sont prises n'ont que peu d'impact sur la vie des habitants. Cette mauvaise collaboration est également notable, à travers la non transmission des taxes prélevées sur le plan local, au niveau national, notamment en raison des revenus illicites et de la corruption des élites locales. Ceci est un obstacle pour le gouvernement en matière de lutte contre le trafic de drogue et les revenus illicites. En Irak, la coordination entre le centre et les régions est toujours effectuée par la M.A.N.U.I. Son rôle s'avère primordial en la matière. Elle assure également la coordination avec les donateurs et les oriente vers les secteurs appropriés, tels la santé, l'éducation, l'état de droit ou l'énergie. Ce travail important, que seul une Organisation telle que l'O.N.U. peut exercer, est positif, puisqu'il a permis « *des gains d'efficacité* »⁷⁴⁹.

Malgré certains progrès, par exemple, la fin des régimes d'oppression en Irak et en Afghanistan et l'amélioration des droits et de la gouvernance en Afghanistan, la promotion par les nouvelles Constitutions de la démocratie et la tenue d'élections libres ne sont pas des indices suffisants pour assurer l'existence d'un système démocratique. Les fondements des deux États restent faibles. Ils ne sont pas encore en mesure de fournir à la majorité des afghans et des irakiens les services de base de la vie quotidienne⁷⁵⁰. Or, ce n'est qu'avec un gouvernement crédible et efficace, capable de subvenir à leurs besoins, que les Afghans et les Irakiens pourront acquérir la conviction selon laquelle la démocratie est la meilleure solution actuellement. Une telle gouvernance permettra également de lutter contre l'insécurité.

Paragraphe 2: La corruption

La question de la corruption apparaît d'abord comme un instrument de disqualification du pouvoir (I). Des moyens de lutte sont donc mis sur pied (II).

I. La corruption, instrument de disqualification du pouvoir

La corruption des élites politiques est élevée en Afghanistan. Or, celle-ci décrédibilise les structures de gouvernance. En effet, les cultivateurs ou trafiquants de drogue ainsi que

⁷⁴⁹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 41.

⁷⁵⁰ « *Immediate social well-being and governance needs remain unmet* », Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 17. Cette situation apparaît également à la lecture du rapport du Secrétaire général qui indique, « *there are signs that the population is becoming impatient at the lack of meaningful progress on these issues* », Rapport du Secrétaire général des Nations unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 10.

certains Talibans siègent au Parlement et dans les assemblées locales. Ceci disqualifie non seulement l'action de ces organes, mais n'encourage pas la population à avoir confiance en l'avenir. En outre, cette situation démontre l'état dans lequel se trouve la justice, qui échoue à juger les auteurs de crimes et d'infractions, et celui de la police qui n'arrête pas les délinquants:

« *Independent observers believe that around 15 per cent of MPs are commanders, Taliban defectors or drug traffickers. Human rights groups put the figure significantly higher. "These war criminals have not gone on trial [...] Instead they are given more power and authority in the decision-making of the country with their blood-stained hands," said outspoken female legislator Malali Joya, speaking to the press at the assembly opening* »⁷⁵¹.

La corruption est également liée à l'appartenance de certains dirigeants à des groupes armés illégaux. « *In September, the Joint Secretariat of the Disarmament and Reintegration Commission, comprising all relevant national and international security agencies, compiled a list of about 450 Government officials suspected of having links to illegal armed groups* »⁷⁵². Ce phénomène est important au niveau local, ce qui est à nouveau dévastateur en termes de confiance publique, puisque la population est davantage en contact avec les Conseils locaux et provinciaux, qu'avec le pouvoir central. Les seigneurs de guerre ont une grande influence en Afghanistan, sur le plan local.

En Irak, le système politique reste peu crédible, par manque d'efficacité et parce qu'il ne parvient pas à améliorer le quotidien de la population, mais aussi par l'opacité du système et le manque de transparence, pourtant proclamée par la Constitution. Les structures capables de faire respecter les lois sont insuffisantes. Enfin, les autorités centrales et régionales doivent encore s'affirmer pour disposer d'une autorité réelle. Or, cette situation et la corruption élevée marquent l'absence d'État de droit.

II. Les moyens de lutte

Des moyens de lutte contre la corruption existent. Il s'agit, par exemple, de l'établissement de mécanismes de nomination transparents, de la mise en place de commissions de lutte contre la corruption, pour la réforme administrative et des services. En outre, la redistribution des revenus et la responsabilité politique des dirigeants seront deux autres outils permettant de gagner la confiance des citoyens. L'acquisition de revenus propres et de moins en moins issus de l'assistance internationale, sera un instrument de crédibilisation du gouvernement.

Ces instruments ont été mis en œuvre, en Afghanistan, par les participants à la conférence de Londres durant l'hiver 2006, qui ont posé quelques règles dans le cadre de la restructuration de l'administration. L'*Afghanistan Compact* prévoit également la ratification par cet État de la Convention des Nations Unies contre la corruption avant 2007⁷⁵³.

En Irak, la Commission électorale indépendante et la commission de débaassification jouent un rôle important dans la disqualification des candidats non éligibles, dans l'élimination des

⁷⁵¹ Rapport de la M.A.N.U.A., *Afghan Update*, janvier 2006, n°11, p. 4, www.unama-afg.org.

⁷⁵² Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 12.

⁷⁵³ *Afghanistan Compact*, *op. cit.*, p. 3 et 7.

risques de fraude et dans la vérification des résultats et la tenue du scrutin⁷⁵⁴. La commission de débaassification contrôle et interdit aux membres du parti Baath d'occuper des postes au sein de l'administration publique, de la police et de la justice, mais aussi des fonctions de représentation. Elle opère sous le contrôle de la chambre basse du Parlement irakien⁷⁵⁵. Uniquement les membres actifs, ayant participé à la commission de violations sont évincés et jugés.

On ne peut donc pas qualifier le système de gouvernance d'efficace sur un plan démocratique, en Irak et en Afghanistan. Il échoue d'abord à établir un service public minimum. Les avantages offerts par la séparation verticale des pouvoirs, mise en place par les deux Constitutions, ne sont pas exploités, puisque la coordination entre l'administration centrale ou fédérale et les périphéries est mauvaise. Enfin, la corruption affectant une minorité de gouvernants décrédibilise l'ensemble des dirigeants. Le fait que ces personnes ne soient pas jugées démontre qu'elles ne sont pas soumises au droit et que le principe d'égalité devant la loi n'est pas mis en œuvre; cela porte atteinte à l'état de droit.

Section 2 : la protection des droits de l'homme et ses conséquences

Le niveau de protection des droits de l'homme est un paramètre important pour l'activité de la « société civile ». En effet, lorsque les droits de l'homme bénéficient d'une large protection, la « société civile » a plus de chance d'être active. La protection des droits de l'homme n'est pas le paramètre unique pour que la « société civile » soit active; une culture de la participation est également importante. Cependant, le niveau de protection reste primordial.

C'est pourquoi nous allons étudier, dans un premier temps, l'état de la protection (paragraphe 1), puis l'activité de la « société civile » (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'état de la protection

La protection des droits de l'homme en Irak et en Afghanistan a, soit régressé, soit ne s'est pas améliorée. De plus, les femmes sont particulièrement touchées.

Il nous faut donc examiner la situation générale (I), puis la condition des femmes en particulier (II).

I. Situation générale

Malgré la proclamation par les Constitutions afghane et irakienne de nombreux droits et la ratification par ces deux États de plusieurs conventions internationales en la matière⁷⁵⁶, la protection des droits de l'homme reste limitée.

⁷⁵⁴ Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 7 et 8.

⁷⁵⁵ Constitution irakienne du 15 octobre 2005, article 135 (6).

⁷⁵⁶ L'Afghanistan et l'Irak ont notamment ratifié le Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels et le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques, la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes discriminations à l'égard des femmes, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention relative aux droits de l'enfant. L'Afghanistan a également ratifié le statut de Rome instituant la Cour Pénale Internationale, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en

L'étude du Centre international d'études stratégiques indique que « *Afghans enjoy more political, economic, and social rights now than at any time in the recent past* »⁷⁵⁷. Cependant, certaines libertés, telle la liberté d'expression ou l'égalité entre les hommes et les femmes, ne sont pas respectées. Les droits les plus fondamentaux sont également violés, les arrestations et la détention arbitraire de même que les cas de torture commis par les représentants de la sécurité nationale⁷⁵⁸. La répression par les groupes armés, la discrimination ethnique, l'intimidation politique et les abus liés au droit de propriété, à la liberté de mouvement et de participation, sont courants. La présidente de la Commission indépendante pour la protection des droits de l'homme en Afghanistan, Sima Samar déplorait elle-même, lors de la Conférence de Londres en 2006 la violation systématique de nombreux droits de l'homme⁷⁵⁹.

Cette question est plus particulièrement liée à la situation des prisons et du droit des détenus, qui reste très préoccupante en Irak⁷⁶⁰. En novembre 2005, le Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme avait dénoncé les cas de mauvais traitements infligés aux détenus d'une prison dirigée par le Ministère de l'intérieur⁷⁶¹. En outre, le rapport de la M.A.N.U.I., sur la situation des droits de l'homme dans le pays, publié le 23 mai 2006 souligne les conditions de détention préoccupantes auxquelles sont soumis 28 700 individus. De plus, les affrontements intercommunautaires sont la cause principale de violations. Les meurtres interethniques, les intimidations et les menaces se sont intensifiés depuis l'attaque du 22 février 2006 contre le mausolée d'Al Askari, à Samarra. En conséquence, les déplacements de population à l'intérieur du pays se sont accentués. Les civils (surtout les femmes et les enfants) et les religieux continuent massivement, dans ce pays, à être pris pour cibles⁷⁶². Certaines professions, pourtant nécessaires à l'apparition d'une « société civile » active, sont particulièrement touchées; par exemple, les professeurs et les journalistes.

Enfin, la peine de mort est en vigueur dans nos deux États. En Irak, elle avait été suspendue à la suite de l'attaque de la coalition en 2003, puis rétablie le 8 août 2004 par le C.I.G., pour certaines infractions comme l'homicide, le trafic de stupéfiants et le kidnapping. Des condamnations ont été prononcées et treize personnes exécutées le 9 mars 2006. La

scène des enfants. Statut des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, disponible sur www.ohchr.org.

⁷⁵⁷ Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 12.

⁷⁵⁸ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 29. La situation est identique en Irak, selon le rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 81.

⁷⁵⁹ Tels les cas d'arrestations arbitraires, de torture, de conditions de détention inhumaines, l'absence de procédure de contrôle et d'autres protections légales majeures, la saisie illégale de propriétés privées, les violations significatives et répandues au droit des femmes, de même que l'enlèvement, le trafic d'enfants et l'absence de droits économiques et sociaux. SAMAR (S.), « *Build on Success* », Conférence de Londres sur l'Afghanistan, 31 January -1 February 2006, www.aihrc.org.af/dr_samar_statment_london.htm.

⁷⁶⁰ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 54 et 55.

⁷⁶¹ Dépêche des Nations Unies, « Louise Arbour réclame une enquête indépendante sur les conditions de détention », 18 novembre 2005, www.un.org/apps/newsFr/storyFAr.asp?NewsID=11428&Cr=Iraq&Cr1=Arbour&Kw1=iraq&Kw2=droits&Kw3=homme, consulté le 18 novembre 2005.

⁷⁶² Rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, 23 mai 2006, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%2006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 6.

lapidation n'est plus en vigueur en Afghanistan, mais la peine de mort le demeure, malgré la chute des Talibans. Or, certains ont revendiqué sa mise en œuvre dernièrement, en mars 2006, lorsqu'un Afghan musulman a été jugé pour avoir changé de religion⁷⁶³. Elle n'a cependant pas été prononcée par la Cour suprême, vu les nombreuses pressions issues de la « communauté internationale », mais démontre la possibilité d'atteinte éventuelle aux droits de l'homme. Elle le fut dernièrement, à l'encontre d'un ex-dirigeant des services de renseignement afghan sous le régime communiste, le 25 février 2006, condamné pour crime de guerre entre 1978 et 1979. Maintenu en détention sans inculpation ni jugement pendant treize ans et n'ayant pas bénéficié du respect des droits de la défense, la décision risque d'être annulée en appel⁷⁶⁴.

Les Commissions indépendantes des droits de l'homme auront pour tâche, dans chacun des deux pays, de promouvoir la culture des droits de l'homme. En Afghanistan, cette commission s'est fermement opposée à l'application de la peine de mort, mais n'a pas été écoutée. De plus, elle dénonce l'ensemble des violations des droits de l'homme et notamment les cas dans lesquels le procès n'est pas équitable. L'apprentissage de la culture des droits de l'homme et de la démocratie se fera également à l'école. Enfin, les organes de l'État dans leur ensemble doivent s'engager, car, dépositaire de la souveraineté, l'État a pour mission de protéger les citoyens et donc de faire respecter les droits de l'homme.

II. La condition des femmes en particulier

La condition des femmes, en Irak et en Afghanistan, est très préoccupante. Celle-ci ne s'est pas améliorée, malgré les dispositions de la nouvelle Constitution afghane, et elle se dégrade en Irak, en raison du conflit, mais également à cause du retour en force de l'Islam.

La tendance nouvelle en Afghanistan, en matière de condition des femmes, est à l'ouverture. Durant les longues années de guerre, les femmes ont été les principales victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, par la commission de viols, d'enlèvements et l'organisation de mariages forcés. Sous le régime des Talibans, la politique en matière de genre aurait pu se résumer comme ceci: « *'cleansing' public space of women* »⁷⁶⁵. Néanmoins, aujourd'hui, les progrès impulsés par la reconstruction, (la nouvelle Constitution de 2004, imposant l'égalité entre les hommes et les femmes⁷⁶⁶), ne sont pas allés jusqu'à transformer les habitudes et les mœurs. Les femmes demeurent les principales victimes de la violence et de l'insécurité; leur espace privilégié reste la sphère privée et celles qui décident de se prévaloir des dispositions de la Constitution sont peu nombreuses et constamment menacées. Les tribunaux ou les conseils locaux conservent une position réfractaire et conservatrice à leur égard⁷⁶⁷.

⁷⁶³ Dépêche de presse du 23 mars 2006 – AP, « Des responsables religieux afghans exigent la peine de mort pour un musulman converti au christianisme », disponible sur www.peinedemort.org/document.php?choix=1809, consulté le 6 juin 2006.

⁷⁶⁴ Dépêche de presse du 1^{er} mars 2006 – AFP, « Human Rights Watch dénonce le procès d'un ex-dirigeant communiste afghan », disponible sur www.peinedemort.org/document.php?choix=1779, consulté le 6 juin 2006.

⁷⁶⁵ Rapport de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, « *Integration on the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Mission to Afghanistan* », 15 février 2006, E/CN.4/2006/61/Add.5, § 7.

⁷⁶⁶ Constitution afghane, article 22.

⁷⁶⁷ Rapport du P.N.U.D, « *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities* », National Human Development Report 2004, p. 5.

De façon étonnante, le même constat doit être fait à l'égard de l'Irak. Les femmes étaient victimes de violences déjà sous le régime de Saddam Hussein. Cependant, des lois protectrices et égalitaristes étaient en vigueur. C'est pourquoi le recul des droits des femmes était craint par de nombreuses personnes, lors de la présentation du projet de Constitution à l'automne 2005⁷⁶⁸. Or, ces craintes sont devenues réalité. La propagande en faveur d'un retour des femmes à la sphère privée et de la réduction de leurs droits est diffusée partout.

Aujourd'hui, trois constats communs peuvent être faits: d'abord la confrontation des femmes à la violence, puis l'insuffisance des services publics, enfin, leur exclusion de la sphère publique.

Elles sont d'abord les cibles privilégiées de la violence, dans l'espace privé comme dans l'espace public. Les mariages forcés et d'enfants ont encore libre cours⁷⁶⁹. En Afghanistan, elles sont même données en échange de bonnes relations ou pour le règlement de conflits entre deux familles. Leur mariage, alors qu'elles sont enfants, est une source de revenu pour la famille⁷⁷⁰. La violence ou le viol conjugal sont acceptés comme norme. Une enquête de l'Organisation non gouvernementale « *Physicians for Human Rights* » effectuée en Irak, en 2003, a démontré que 50% de la population interrogée (autant de femmes que d'hommes) admettaient qu'un homme avait le droit de battre sa femme lorsqu'elle lui désobéissait. En vertu de l'article 41 (1) du code pénal de 1969 toujours en vigueur, l'homme ne sera alors pas tenu pour pénalement responsable⁷⁷¹. Les femmes irakiennes sont également victimes du conflit et par là, d'homicides, d'enlèvements et de viols par les troupes américaines et les groupes armés illégaux. C'est pourquoi elles se cantonnent désormais à la sphère privée, ce qui porte indirectement atteinte à leur liberté de mouvement et au droit qui leur est offert de travailler. En outre, l'excision est encore pratiquée, même si elle est en baisse. Le principe de dignité humaine, pourtant proclamé par les Constitutions, ne semble donc pas s'appliquer aux femmes en Afghanistan et en Irak.

De plus, l'application d'un droit différencié en fonction du statut personnel, désormais en vigueur avec la nouvelle Constitution irakienne de 2005, ne favorise pas la liberté des femmes. Le principe d'égalité devant la loi, pilier de l'état de droit, n'est déjà pas respecté, puisque les hommes sont favorisés. Par l'application du statut personnel, cette atteinte s'accroît.

Elles sont ensuite victimes de l'absence ou de l'insuffisance du service public. Elles sont la cible privilégiée (avec les enfants) de la malnutrition, en Afghanistan. Ne pouvant se déplacer seules à l'hôpital et celui-ci se trouvant souvent loin, elles sont victimes d'un service de santé peu performant et qui tend à les ignorer, en raison des traditions. En effet, elles ne peuvent se déplacer seules en public et doivent consulter une femme médecin, ce qui est rare.

⁷⁶⁸ COLEMAN (I.), « *Women, Islam, and the New Iraq* », *op. cit.*, pp. 24-38.

⁷⁶⁹ En Afghanistan, 60 à 80% des mariages sont des unions forcées et 57% des filles sont mariées avant l'âge de 16 ans.

⁷⁷⁰ Rapport de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, « *Integration on the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Mission to Afghanistan* », 15 février 2006, E/CN.4/2006/61/Add.5, § 22-28.

⁷⁷¹ Amnesty International, « *Iraq: Decades of suffering, Now women deserve better* », 22 février 2005, disponible sur web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE140012005?open&of=ENG-IRQ, consulté le 7 juin 2006.

Par ailleurs, elles sont exclues de l'espace public. En Afghanistan, les rares femmes qui travaillent reçoivent des menaces de mort. De plus, la grande majorité d'entre elles ne sont pas reconnues comme citoyennes, puisqu'elles n'ont pas de papiers ou ne sont pas enregistrées sur les listes électorales⁷⁷², ce qui limite la participation des femmes à la prise de décisions. Une fois élues, elles doivent faire face à des menaces constantes⁷⁷³.

« *Women in Afghanistan continue to face serious restrictions in the exercise of their rights, including obstacles to education, widespread discrimination, restrictions on movement and hence access to justice, and pervasive violence against women and girls. The Afghanistan Independent Human Rights Commission has established women's rights units across the country. Five shelters or safe houses were established for women in Kabul and the provinces. A small pilot Family Response Unit staffed by policewomen was created and officially inaugurated in 2006* »⁷⁷⁴.

En Irak, des menaces de mort sont envoyées aux femmes ou à leurs familles lorsqu'elles font du sport, ne sont pas voilées ou travaillent. « *[W]omen's lives are being curtailed by the rise of religious fundamentalists who have stepped into the power vacuum [...] this kind of experience is new to most women in Iraq, who enjoyed economic and social freedom before the occupation* », explique une journaliste irakienne⁷⁷⁵. Aujourd'hui, elles doivent faire face à l'apparition de lois discriminatoires, à une justice qui n'est pas équitable à leur égard, aux menaces et à la mort lorsqu'elles se prononcent en faveur de la protection des droits de l'homme ou lorsqu'elles s'engagent en politique. Elles peuvent alors être condamnées pour « crime d'honneur », lorsque leur comportement porte atteinte à l'honneur de la famille. Le « crime d'honneur » a augmenté en 2006: 534 en auraient été victimes depuis le début de l'année⁷⁷⁶. Amnesty International qualifie cet état, de « *backlash from conservative social and political forces threatens to stifle their attempts to gain new freedoms* »⁷⁷⁷.

Cinq facteurs expliquent cette absence d'évolution pratique. L'ordre social, traditionnellement patriarcal, l'érosion des mécanismes sociaux de protection, l'absence d'état de droit, la pauvreté et l'insécurité⁷⁷⁸. La justice entretient également cet état, puisqu'elle refuse l'évolution. Or l'application des lois et de la Constitution lui revient. D'une part les juges locaux appliquent la *charia* et la coutume locale. D'autre part, la Cour suprême, qui contrôle la conformité de la loi à la Constitution et la conformité des décisions judiciaires, est dominée par des experts islamistes conservateurs, qui s'opposent à une lecture de la

⁷⁷² Seulement un à deux pour cent des femmes en Afghanistan en 2004, disposaient de carte d'identité.

⁷⁷³ WALSH (D.) et GAH (L.), « *This is Freedom, Say Courageous Women Risking all for Democracy* », *The Guardian*, 22 mai 2006, disponible sur www.guardian.co.uk/afghanistan/story/0,,1780261,00.html, consulté le 29 mai 2006.

⁷⁷⁴ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 31.

⁷⁷⁵ WALTER (N.), « *'No one knows what we are going through'* », *The Guardian*, 8 mai 2006, www.guardian.co.uk/Iraq/Story/0,,1769815,00.html, consulté le 29 mai 2006.

⁷⁷⁶ Rapport de la M.AN.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%2006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 8.

⁷⁷⁷ Amnesty International, « *Iraq: Decades of suffering, Now women deserve better* », *op. cit.*

⁷⁷⁸ Rapport de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, « *Integration on the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Mission to Afghanistan* », 15 février 2006, E/CN.4/2006/61/Add.5, § 20.

Constitution favorable à la liberté des femmes. Cela s'explique par le fait que la société afghane est très conservatrice et traditionnelle. « *L'islam reste un facteur socio-culturel extrêmement fort qui peut à tout moment faire irruption sur la scène politique, mais de manière réactive, en liaison avec un nationalisme afghan diffus, sans que cela ne prenne la forme d'un mouvement politique constitué* »⁷⁷⁹. Or, il est important de faire évoluer peu à peu ces traditions, sous peine de rejet total de la transformation par la société afghane⁷⁸⁰. Il s'agit d'un « *réformisme en douceur* »⁷⁸¹.

La scolarisation des filles sera un instrument de cette évolution, de même que la création d'un Ministère de la condition féminine. À plus court terme, l'établissement de maisons de transit, où les femmes peuvent se réfugier lorsqu'elles sont victimes de violences, est important. Elles peuvent alors avoir accès à l'éducation. Cependant, ces lieux sont encore mal vus au sein de la société afghane; ils apparaissent comme étant déshonorants et mal fréquentés. De plus, le fait, pour une femme afghane, de fuir son domicile est assimilé à un crime. Ainsi, peu de femmes se rendent dans ces refuges et lorsqu'elles s'y sont abritées, elles ont peu de chance de retrouver une vie sociale normale. De tels foyers existent aussi en Irak. Le premier fut créé en 1998, pour accueillir les femmes victimes de violences à l'intérieur de leurs familles. Mais, tout comme en Afghanistan, ils sont difficilement accessibles.

Les Constitutions afghane et irakienne, qui imposent l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté, la dignité humaine et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants sont, par conséquent, régulièrement violées. Il en va de même pour la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée en 1980 par le régime communiste afghan et en 1988 par l'Irak. Les articles du code civil afghan de 1977 et du code pénal de 1976, instaurent une inégalité entre hommes et femmes en matière de demande de divorce ou de preuve par exemple⁷⁸². Il en va de même de la législation irakienne⁷⁸³. La violation de certaines normes constitutionnelles était prévisible, vu la difficulté de concilier la liberté et l'égalité entre les sexes, avec le principe de soumission des lois à la *charia*. L'État échoue à protéger ces femmes: la violence à leur égard est tolérée et l'impunité de leurs tortionnaires favorisée par le dysfonctionnement de la justice. Or, ceci porte atteinte à l'état de droit en ce que le droit n'est pas suprême. De plus, du fait des inégalités entre les hommes et les femmes, le principe d'égalité face à la loi est bafoué.

Par conséquent, la culture des droits de l'homme et de l'égalité sont deux autres secteurs à promouvoir, dans chacun des deux États, pour qu'à terme l'on puisse les qualifier d'États de droit. Aujourd'hui, les principes de suprématie du droit, d'égalité devant la loi et de participation de l'ensemble des citoyens au processus de décision ne sont pas respectés.

⁷⁷⁹ ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸⁰ La Constitution afghane du Roi Amanullah, de 1923 était très moderne en matière de droits et de libertés publiques, mais cette protection avait été largement amendée par la *Loya Jirga* de l'époque et mal accueillie par la population. Lire à ce propos, BACHARDOUST (R.), *op. cit.*, p. 61.

⁷⁸¹ Expression empruntée à ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸² Rapport de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, « *Integration on the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Mission to Afghanistan* », 15 février 2006, E/CN.4/2006/61/Add.5, § 39 et 40.

⁷⁸³ Amnesty International, « *Iraq: Decades of suffering, Now women deserve better* », *op. cit.*

Paragraphe 2 : Une « société civile » muselée

Il faut entendre le terme de « société civile » ici, dans son sens le plus large, c'est-à-dire englobant non seulement les organisations non gouvernementales, mais également les médias et les citoyens. Structure indispensable à la construction d'une société démocratique, puisqu'elle permet la participation de tous, le contrôle de l'action du gouvernement et la mise en œuvre de sa responsabilité. Or, une société civile active est un rempart contre la corruption et l'inefficacité de l'action du gouvernement.

Aujourd'hui, en Irak et en Afghanistan, cette société civile est muselée, en raison des limites imposées à la liberté d'expression et des médias (I). Son inactivité est également liée à la question de l'éducation (II).

I. La liberté d'expression et des médias

Cette liberté est proclamée par nos deux Constitutions⁷⁸⁴. Cependant, les journalistes continuent à s'autocensurer et évitent les critiques vis à vis des gouvernements.

En Irak, quatre-vingts journalistes ont trouvé la mort depuis mars 2003. De plus, les journalistes et les citoyens refusent de dévoiler leurs opinions politiques par peur de représailles⁷⁸⁵. Les troubles intercommunautaires, mais également la présence de troupes américaines, limitent la liberté d'expression. Les journalistes ne sont pas libres de donner leur avis sur la situation actuelle du pays et sur les atteintes aux droits de l'homme. « *Either you are a journalist who is working with the Americans - embedded with them - or you jeopardise your life to cover these stories.* »⁷⁸⁶. La M.A.N.U.I. est très préoccupée par ces atteintes⁷⁸⁷.

En Afghanistan, ils ne sont pas indépendants vis-à-vis des autorités locales et subissent des menaces lorsqu'ils formulent des critiques ou traitent de la situation des droits de l'homme dans le pays⁷⁸⁸. Ils sont menacés, détenus, jugés ou perdent leurs emplois, s'ils évoquent des sujets malvenus, par exemple à propos de la liberté de religion ou de l'égalité entre les hommes et les femmes. En juin 2005, le directeur de la télévision locale, ainsi que le président de l'Association des Journalistes Indépendants de la province de Takhar, furent renvoyés par le Gouverneur suite à la formulation de critiques. Une explication est apportée:

*« Differing interpretations of the relationship between freedom of expression and interpretations of Islamic Law have created much discussion about the freedom of journalists to carry out their work. While Islamic law is generally consistent with human rights values, contradictory laws in relation to the freedom of expression pose a challenge to journalists who seek to question mainstream Afghanistan's interpretations of Islam »*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Constitution afghane, article 34; Constitution irakienne, article 38.

⁷⁸⁵ WALTER (N.), « *No one knows what we are going through* », *op. cit.*

⁷⁸⁶ *Ibidem.*

⁷⁸⁷ Rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%202006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 11.

⁷⁸⁸ « [I]n large parts of country the media – particularly radio and television - continue to be seen as largely in the hands of local authorities. Reporting critical of local officials has led to reprisals against journalists », in SAMAR (S.), « *Build on Success* », *op. cit.*

⁷⁸⁹ BENNETT (R.), « *Journalism in Afghanistan: Fettered or Free?* », in Rapport de la M.A.N.U.A., *Afghan Update*, *op. cit.*, p. 6.

Ainsi, la liberté d'expression et de la presse n'est pas garantie en Afghanistan et en Irak. Cela est contraire aux Constitutions et au P.I.D.C.P. ratifié par ces États en 1971 pour l'Irak et en 1983 pour l'Afghanistan. Or, comment peut fonctionner la démocratie sans liberté d'expression ? Comment la société civile pourrait-elle être active sans l'exercice d'une telle liberté ? « *The right to freedom of expression is protected in the Constitution and by law. However, article 31 of the Law on Mass Media, which allows for the prohibition of coverage of subjects contrary to principles of Islam in the mass media, continues to expose journalists to arbitrary decisions and punishment by the courts* »⁷⁹⁰. On constate ainsi que de nombreuses lois (c'est le cas ici de la loi sur les médias mais il en allait de même pour certaines lois du code civil et pénal concernant les femmes) restent contraires à la protection des droits de l'homme, ce qui dénote un dysfonctionnement du contrôle de constitutionnalité (probablement pas mis en œuvre pour ces lois).

Les populations de ces États conservent toutefois une volonté importante de participer. Elles exercent le droit de vote⁷⁹¹ et elle s'est exprimée, en Afghanistan, sur le processus de réconciliation. La tradition du dialogue existe, à travers les *Jirga* et les *shuras*, assemblées qui se situent au niveau local. Cette volonté est positive, mais insuffisante pour faire de la société civile un contre-pouvoir. De plus, les *shuras* sont composées en majorité d'hommes ou de notables, ce qui ne laisse pas place à la participation de toutes les franges de la population. Or, une société civile active et représentative de l'ensemble de la population est nécessaire pour une reconstruction démocratique et une paix durable. Il faut également qu'elle puisse s'exprimer sans crainte, librement. Comme l'expliquait Boutros Boutros-Ghali:

« *Les élections, en soi ne sont pas la marque de la démocratie pas plus qu'elles ne l'instaurent. Elles ne sont pas une fin mais une simple étape, si importante, voire essentielle soit-elle, sur la voie qui mène à la démocratisation des sociétés et à la réalisation du droit de participer à la direction des affaires publiques de son pays prévu dans les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Il serait regrettable de confondre la fin et les moyens et d'oublier que la démocratie signifie bien plus que le simple fait d'exprimer périodiquement un suffrage et s'applique à l'ensemble du processus de participation des citoyens à la vie politique de leurs pays* »⁷⁹².

II. La question de l'éducation

Sans l'accès de tous à l'éducation, la participation, le contrôle du gouvernement et les possibilités d'action par une société civile active sont largement compromis. Participer à la prise de décisions est une chose; mais pour cela, il faut avant tout savoir lire, écrire et compter. Comment une femme pourra-t-elle être autonome et libre si elle ne sait pas lire ? Comment l'évolution des mœurs aura-t-elle lieu si l'école n'inculque pas aux individus, dès leur plus jeune âge, qu'ils sont tous égaux et se doivent le respect ?

⁷⁹⁰ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 30.

⁷⁹¹ Lors des dernières élections, le taux de participation était de 75%, en Irak. Les sunnites se sont également déplacés plus nombreux aux urnes, selon le rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137. La même constatation peut être faite sur l'exercice du droit de vote en Afghanistan, selon ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 47.

⁷⁹² BOUTROS-GHALI (B.), *Renforcement de l'efficacité du principe d'élections libres et honnêtes*, 19 novembre 1991, A/46/609, § 76.

En Afghanistan, 80% des écoles ont été endommagées par le conflit ; le taux d'inscription à l'école primaire est de 54,4%⁷⁹³ et 70% des filles vivant en zones rurales ne sont toujours pas scolarisées⁷⁹⁴. En outre, seulement 28,7% des Afghans ayant plus de quinze ans savent lire. Le taux d'inscription au sein des universités est également l'un des plus faibles du monde. Concernant l'Irak, la situation s'est largement dégradée dans les années 1990. Le taux brut de scolarisation combiné, du primaire au supérieur, est de 57% de la population pour l'année scolaire 2001/2002, et le taux net de scolarisation dans le primaire, de 91% pour la même période⁷⁹⁵. Aujourd'hui, être enseignant est une profession à risque, puisqu'ils sont nombreux à se faire tuer. Une campagne de violence est menée contre eux. En conséquence, les professeurs, enseignants et intellectuels sont nombreux à arrêter leur travail et à s'exiler. De plus, les étudiants se mettent en danger en fréquentant les universités⁷⁹⁶.

Cette situation limite l'action en faveur de la promotion des droits de l'homme et de l'égalité entre les sexes, anéantit les possibilités d'amélioration de la condition de la femme et d'une société civile active. La question de l'éducation est un exemple de l'inefficacité de l'action gouvernementale en matière de service public et de mise en œuvre de la Constitution, qui insistait pourtant sur la scolarisation des filles⁷⁹⁷. Comme dans l'ensemble des services publics, le service de l'éducation est victime, en Afghanistan, du manque de ressources, puisqu'il doit faire face à l'insuffisance d'enseignants qualifiés. Il démontre aussi, pour l'Afghanistan, que la conservation du modèle unitaire échoue à réduire les inégalités entre régions, puisque les disparités régionales en termes d'éducation sont importantes.

Une société civile active ne va pas sans accès à l'éducation, puisque l'école est le seul moyen d'accès au savoir et à la compréhension disponible pour tous. Elle permet une société civile active, apte à contrôler l'action du gouvernement, mais également, la formation d'élites, permettant l'amélioration de la situation économique et représentant le pays dans le monde.

C'est pourquoi, l'*Afghanistan Compact*, dans le cadre du développement économique et social, impose la mise en œuvre d'instruments permettant l'amélioration de cette situation. Il organise dans un premier temps une aide à l'éducation scolaire et universitaire. Il prévoit l'établissement d'écoles primaires, d'universités pour les filles et pour les garçons et de nouveaux programmes, ainsi que la formation des enseignants. À travers ses programmes éducatifs, il permettra d'accentuer la conscience en matière de droits. Dans un second temps, il prévoit le recensement des trésors culturels afghans et un programme de protection⁷⁹⁸. Un troisième outil est mis en œuvre en Irak, il s'agit de la stratégie d'éducation des électeurs au

⁷⁹³ Rapport du P.N.U.D., « *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities* », National Human Development Report 2004, disponible sur www.undp.org.af/nhdr_04/NHDR04.htm, consulté le 4 juin 2006, p. 4.

⁷⁹⁴ Cité par la P.N.U.D., rapport du P.N.U.D., « *United Nations Development Assistance Framework (UNDAF) for the Islamic Republic of Afghanistan 2006-2008* », mars 2005, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁹⁵ Rapport du P.N.U.D., *Mesurer le développement humain : accroître les choix...*, rapport mondial sur le développement humain 2004, disponible sur www.undp.org, consulté le 17 avril 2006.

⁷⁹⁶ Rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%2006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 9 et 10.

⁷⁹⁷ Constitution afghane, article 44.

⁷⁹⁸ *Afghanistan Compact*, *op. cit.*, p. 10.

vote, qui permet de leur expliquer le processus électoral et de les sensibiliser à l'importance de l'élection, à travers la diffusion de brochures et l'organisation de conférences⁷⁹⁹.

Ainsi, la situation des droits de l'homme et des femmes, en Irak et en Afghanistan, ne s'est pas améliorée, malgré la reconstruction. Celle-ci se répercute en outre, sur le fonctionnement de la société civile. Le non-respect de ces droits de l'homme spécifiques que sont la liberté d'expression et des médias et l'accès à la scolarisation, diminue grandement les chances de voir une société civile active. Ce qui n'est pas de bon augure pour l'état de droit, qui suppose une participation active de tous, tant à la prise de décision qu'en terme de contrôle.

Le dernier pilier de l'état de droit consiste en une justice effective. Étudions désormais son fonctionnement en Irak et en Afghanistan.

Section 3 : une justice effective ?

L'effectivité de la justice peut être analysée à court terme, à travers la mise en œuvre d'une justice transitionnelle (paragraphe 1) et, à plus long terme, par l'activité du système judiciaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La justice transitionnelle

La notion de justice transitionnelle est récente. Elle est liée aux commissions « vérités-réconciliation » qui se sont tenues dans certains États d'Amérique latine. Le terme en lui-même est issu d'un rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité, en date du 3 août 2004 et intitulé « *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* ». On peut définir la justice transitionnelle ainsi:

« a notion with multiple dimensions that is closely linked with concepts such as rule of law, security sector reform, judicial sector reform and governance reform. [...] As a first step, transitional justice strategy aims to realise peace and national reconciliation, to restore co-existence and co-operation, to heal the wounds and pains of the victims and to re-integrate the citizens into a peaceful life in the society. Reparations, healing of the physical and psychological suffering and re-integration in the community of citizens, whose social relationships have been damaged, are all attempts that go beyond concepts such as court, prison and revenge and run counter to them [...] Efforts to promote the culture of forgiveness, affection, brotherhood and sisterhood and to strengthen the solidarity between the country's today and tomorrow generations [...] »⁸⁰⁰.

La justice transitionnelle est donc un instrument de consolidation du processus de paix et assure sa durabilité, par l'apaisement des tensions.

Elle se développe autour d'un outil principal, la réconciliation nationale (I), et d'outils secondaires (II).

I. La réconciliation nationale

Un processus de réconciliation nationale est prévu tant en Irak qu'en Afghanistan.

⁷⁹⁹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 32.

⁸⁰⁰ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », The Hague Conference, 6-7 Juin 2005, www.aihrc.org.af/tra_jus.htm, préambule.

La compétence en la matière revient, en Afghanistan, à la Commission indépendante des droits de l'homme, créée en 2002. En janvier 2005, L'A.I.H.R.C. (*Afghan Independent Human Rights Commission*), publie son rapport à l'intention du Président de la République, intitulé « *A Call for Justice* ». Ayant enquêté auprès de nombreux Afghans, elle démontre alors qu'ils se manifestent largement en faveur de la fin de l'impunité et pour la radiation des auteurs de crimes des organes d'État. En ce qui concerne l'Irak, une réunion préparatoire s'est tenue au Caire du 19 au 21 novembre 2005, sous l'égide de la Ligue des États arabes. Le dialogue, qui est un instrument apte à réduire la violence intercommunautaire, a été privilégié. Toutefois, le processus n'a pas encore été mis en œuvre, en raison du retard dans la formation du nouveau gouvernement. Il réunira les représentants des différentes communautés irakiennes, mais également des membres de la M.A.N.U.I. et de la Ligue des États arabes, autour d'une conférence à Bagdad⁸⁰¹.

L'accord signé à Londres début 2006, intitulé *Afghanistan Compact*, prévoit l'assistance de la M.A.N.U.A. pour la mise en œuvre du plan d'action pour la paix, la justice et la réconciliation, élaboré par le gouvernement afghan, en juin 2005 et adopté par le gouvernement le 12 décembre 2005⁸⁰². Quatre aspects sont définis par ce plan. Il prévoit d'abord le jugement des individus auteurs de crimes⁸⁰³, mais ce n'est pas tout. Il est également nécessaire de reconnaître les faits, pour restaurer la confiance⁸⁰⁴. Ainsi, des mesures symboliques, à travers l'évaluation et la reconnaissance des souffrances⁸⁰⁵, l'établissement d'institutions d'État crédibles et responsables⁸⁰⁶, la recherche de la vérité⁸⁰⁷, puis la réconciliation et la promotion de l'unité seront menées⁸⁰⁸. Enfin, pour que ce processus de justice transitionnelle soit efficace, l'ensemble de la population doit y participer.

⁸⁰¹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, en application du paragraphe 30 de la résolution 1546 (2004), 3 mars 2006, S/2006/137, § 21 et 22.

⁸⁰² *Afghanistan Compact*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁰³ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, Key action 5: « *Considering the lofty values of the sacred religion of Islam and in accordance with internationally recognised standards; the perpetrators war crimes, crimes against humanity and other serious human rights violations will not be ignored* ».

⁸⁰⁴ « *Acknowledging the suffering of the victims, accepting the fact that innocent humans have been oppressed in the country, recording the past events in a historical and comprehensive way, reparations, promoting national reconciliation, removing human rights violators from official positions and restore the trust of people and victims in state, are the minimums to be addressed* », « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, préambule.

⁸⁰⁵ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, Key action one : le plan d'action prévoit, par exemple, une journée nationale du souvenir, un mémorial en l'honneur des victimes au sein des municipalités et la création d'un musée.

⁸⁰⁶ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, Key action 2: ceci passe notamment par la suppression des individus corrompus et auteurs de crimes, de la fonction publique et de la prise de décisions.

⁸⁰⁷ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, Key action 3 : à travers un processus de consultation de la population pour s'accorder sur un mécanisme de recherche de la vérité et savoir comment régler les questions de violation de droits et notamment en matière de genre. En outre, le plan d'action prévoit également l'élaboration d'une loi et l'établissement d'un centre de documentation sur le conflit passé.

⁸⁰⁸ « *Peace, Reconciliation and Justice in Afghanistan Action Plan of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan* », *op. cit.*, Key action 4 : initier un débat national, organiser des conférence à l'étranger, établir un

Quant à la mise en œuvre, celle-ci se déroulera sur trois ans. Elle débuta par la conférence pour la recherche de la vérité, qui s'est tenue à Kaboul les 13 et 15 décembre 2005. Celle-ci rappelle, « *There is a need for reconciliation on multiple levels. However, reconciliation should not be at the expense of justice.... The removal of human rights violators from government is regarded as a prerequisite to improving security conditions.* »⁸⁰⁹. Son but était de discuter de la mise en œuvre de la réconciliation nationale en Afghanistan. Elle réunit les dirigeants afghans sur le plan local et national, mais également des représentants du Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme et de la M.A.N.U.A. Une participation plus grande, réunissant l'ensemble de la population, est prévue lors de la phase sur la recherche de la vérité. Des institutions capables de recevoir, d'écouter et de rendre compte des dépositions des victimes et des témoins de crimes, devraient être établies dans tout le pays. Les antennes locales, travaillant sous l'autorité de l'A.I.H.R.C., devraient se composer d'afghans et de représentants de la M.A.N.U.A. Elles devront se trouver à proximité de la population (en commençant par se présenter auprès des *Jirga* ou *Shuras* locales), pour gagner la confiance des afghans et surtout des femmes. Ce sont ces antennes locales, sous l'égide de l'A.I.H.R.C., qui détermineront ensuite les différentes catégories de crimes, ce qui ouvrira la voie au jugement des auteurs. En effet, la réconciliation aura lieu, en Afghanistan et en Irak, de façon originale puisqu'elle inclut à la fois un processus de justice transitionnelle sous la forme des commissions « vérités-réconciliation », mais aussi un recours à la justice par le procès des auteurs de crimes graves.

II. Les outils secondaires de la réconciliation

Deux outils secondaires peuvent favoriser la réconciliation, d'une part la réparation des dommages aux victimes et d'autre part le recours au jugement des auteurs de violations des droits de l'homme. Toutefois, il nous faut d'ores et déjà préciser que ces outils secondaires s'éloignent de la notion de justice transitionnelle telle que mise en œuvre par les commissions « vérités-réconciliation ». En effet, l'intérêt de ces commissions est de pacifier les relations entre citoyens d'un même État en ayant recours à l'amnistie en échange de la reconnaissance du crime commis par son auteur. La philosophie est toute autre pour ce qui est de la réparation des dommages et pour le jugement des criminels puisqu'un aspect pénaliste est alors intégré. Or, par principe, les commissions « vérités-réconciliation » ne fonctionnent pas au même moment que les procès, puisque l'un anéantit l'aboutissement de l'autre. Le fonctionnement et le succès des commissions est dû à la promesse d'amnistie, or, si un procès se déroule ensuite, les auteurs de crimes ne viendront pas se dénoncer et demander pardon au sein des commissions. Par conséquent, les citoyens irakiens et afghans devront favoriser l'une ou l'autre de ces solutions. En Afghanistan, la fin de l'impunité est une demande qui revient systématiquement. Il semble ainsi, que le recours au procès des auteurs de violations doit être favorisé, plutôt qu'une commission « vérité-réconciliation ». En Irak, les membres actifs, qui ont exercé au sein de l'exécutif du parti Baath et qui sont accusés de violations graves sont actuellement jugés. Cependant, les autres bénéficient d'une amnistie, puisque la Constitution précise que la simple adhésion au parti ne peut faire l'objet de poursuite⁸¹⁰.

comité vérité-réconciliation qui aurait pour tâche la médiation et le règlement des différends en la matière. Enfin, promouvoir le retour des réfugiés et la réintégration de tous.

⁸⁰⁹ PERRIELLO (T.), « *Accommodating a Culture of Justice* », *Afghanistan Update*, op. cit., p. 8.

⁸¹⁰ Article 135 (5) de la Constitution irakienne.

En Irak, un Tribunal spécial a été établi Par l'*Autorité Provisoire de Coalition*. Il a pour compétence de juger tout irakien auteur de crime de guerre⁸¹¹, crime contre l'humanité⁸¹², génocide⁸¹³, (la juridiction du tribunal spécial prime alors sur tout autre tribunal irakien) mais aussi violation de certaines lois irakiennes⁸¹⁴, commis entre le 17 juillet 1968 et le 1^{er} mai 2003, en Irak, en Iran durant la guerre opposant ces deux États et pendant l'invasion du Koweït, sur le sol koweïtien. Le statut de ce tribunal impose la mise en œuvre de la responsabilité individuelle des auteurs et s'oppose à l'amnistie⁸¹⁵. Le droit pénal irakien doit être mis en œuvre, mais le droit et la jurisprudence internationaux doivent être pris en compte, de même que les droits de la défense et le principe du procès équitable⁸¹⁶. La peine de mort pourra être requise. Le procès de Saddam Hussein et de sept autres inculpés se tient donc actuellement à Bagdad. Ils sont notamment accusés de crime de guerre, crime contre l'humanité et de génocide. Cependant, une minorité d'auteurs de crimes sont jugés. De plus, les règles d'impartialité, d'indépendance, d'équité et du droit de la défense sont parfois mises en cause⁸¹⁷ et l'insécurité a des répercussions sur sa tenue, un des avocats de Saddam Hussein ayant été assassiné.

En Afghanistan, l'enquête « *A Call for Justice* » de l'A.I.H.R.C. démontrait que la population souhaitait voir jugés les dirigeants de l'ancien régime et les personnes coupables de crimes de guerre et de crime contre l'humanité⁸¹⁸. « *Peace without justice will not be sustainable in Afghanistan [...] The people of Afghanistan are tired of waiting for justice. The action plan now needs to be implemented as soon as possible* », indiquait la présidente de l'A.I.H.R.C., Sima Samar⁸¹⁹. Hamid Karzaï a promis qu'aucune amnistie ne serait accordée, en matière de violations graves des droits de l'homme. Cependant, certaines franges puissantes de la population voient cette idée d'un mauvais œil. Le plan d'action pour la paix, la justice et la réconciliation du gouvernement afghan prévoit tout de même un volet permettant le jugement des criminels. La fin de l'impunité est une revendication qui revient

⁸¹¹ *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, article 13, disponible sur www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm, consulté le 15 juin 2006.

⁸¹² *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, article 12.

⁸¹³ *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, article 11.

⁸¹⁴ *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, article 14 : il s'agit par exemple de la violation de l'indépendance du pouvoir judiciaire, du gaspillage des ressources naturelles ou financières nationales et de la menace de l'emploi de la force contre un pays arabe.

⁸¹⁵ *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, article 15.

⁸¹⁶ *Statute of the Iraqy Special Tribunal*, 10 décembre 2003, articles 17 et 20.

⁸¹⁷ Rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%2006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 8.

⁸¹⁸ « *68 per cent of Afghans say they or a member of their immediate family have been victims of war crimes. 94 per cent of Afghans support establishing justice for past crimes. 76 per cent of Afghans believe bringing war criminals to justice soon will increase stability. Only 8 per cent thought it would weaken stability. While there is strong support for truth seeking (95 per cent) and reconciliation (90 per cent), Afghans are three times more likely to place a greater priority on criminal justice [...] In my personal experience working on justice and security issues in a number of post-conflict countries, I have never seen such overwhelming support for war crimes prosecutions and vetting of public officials based on past abuses. Afghans explained that justice is one of the highest values within Afghan culture and Islamic tradition* », indique PERRIELLO (T.), « *Accommodating a Culture of Justice* », *op. cit.*, p. 8.

⁸¹⁹ *Conference on Truth-Seeking & Reconciliation Conference*, disponible sur www.aihrc.org.af/tra_jus.htm, consulté le 18 avril 2006.

constamment. Elle peut s'organiser autour de trois éventualités: soit le Conseil de sécurité avec l'aval du gouvernement afghan peut imposer, au sein d'une résolution, l'établissement d'un Tribunal Pénal International ; soit le Parlement afghan établit lui-même un tribunal national qui jugera les auteurs de crimes en application des lois afghanes ; soit il peut s'agir d'un tribunal mixte, jugeant à la fois en fonction des lois du pays et de standards internationaux. Certains jugements sont en cours devant les tribunaux afghans, tel celui de Asadullah Sarwari, ex-Premier Ministre afghan sous l'ère communiste, en février 2006. Mais la première étape est de rebâtir une justice pénale, à travers des tribunaux crédibles et des normes nationales de droit pénal sûres.

Par conséquent, la justice transitionnelle, en Afghanistan et en Irak, peut avoir lieu soit autour d'une commission « vérité-réconciliation », soit, par le jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme et du droit de la guerre. Aujourd'hui, les deux perspectives sont envisagées, ce qui semble à la fois original et difficile à mettre en œuvre, mais qui peut paraître également complet. Perspective difficile à mettre en œuvre, car les commissions « vérités-réconciliation » et le recours à la justice s'excluent mutuellement. Mais perspective originale et complète, car elle permettrait à la fois de satisfaire le désir de populations lassées de l'impunité (il s'agit alors du recours à la justice) et les commissions « vérités-réconciliation » seraient un outil intéressant pour apaiser les tensions entre communauté, base d'un débat national et d'un « vouloir vivre ensemble » recyclé. Il s'agit enfin, dans les deux cas, d'une action à long, voire très long terme. Mais, la justice transitionnelle est une étape nécessaire pour assurer le retour de la confiance nationale. Elle implique également le retour des réfugiés. Le jugement des auteurs de crimes pourrait être un instrument important pour la crédibilité du système judiciaire. Plus généralement, elle assurera la stabilité et une paix durable.

Paragraphe 2 : L'activité du système judiciaire

Pour avoir une approche exacte de cette activité, étudions d'abord le fonctionnement actuel de la justice (I), puis, les outils mis en œuvre, pour une amélioration de la justice (II).

I. Les lacunes du fonctionnement actuel de la justice

Il nous faut évoquer ici, en premier lieu l'inefficacité du système judiciaire (A), puis son inaptitude à mettre en œuvre les dispositions protectrices des droits de l'homme (B). Précisons également que le cas de l'Irak ne sera que peu évoqué, car le fonctionnement de la justice ne peut être évalué, en raison du manque de recul.

A. L'inefficacité du système judiciaire

Selon l'étude du Centre international d'études stratégiques, le système judiciaire, tout comme la protection des droits de l'homme et la gouvernance, se situe, en Afghanistan, dans la zone la moins favorable définie par le Centre, nommé « zone dangereuse »⁸²⁰. En effet, celui-ci fut détruit par des années de guerre. Deux éléments démontrent cette inefficacité: l'impunité et le fait que l'autorité judiciaire n'ait pas le monopole de la justice. Une explication peut être apportée: le manque de moyens auquel fait face la justice.

En effet, le problème majeur est que les criminels de guerre sont libres et que la justice échoue à les juger dans nos deux États. À titre d'exemple, la *Wolesi Jirga* est représentative, mais, « *many of whom were prominent in the Communist Government of the 1980s, some*

⁸²⁰ Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 12.

former commanders, jihadis, a small number of reconciled Taliban, and some individuals accused of serious human rights abuses »⁸²¹. Or, la présence d'ex-Talibans et d'auteurs de violations des droits de l'homme au sein de la chambre basse du Parlement est un signe de l'inefficacité du système judiciaire. Les criminels ne sont pas jugés, mais ils bénéficient en outre de compétences en matière de représentation et de prise de décisions. Cette inefficacité de la justice rejaillit sur la confiance que portent les afghans dans les structures de gouvernance. La même situation d'impunité est soulignée par le dernier rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak. La justice et la police ne mènent aucune enquête lorsque des violations graves des droits de l'homme sont commises⁸²². De plus, l'existence de centres de détention illégaux, de même que la situation des détenus, porte atteinte aux droits de l'homme et à la crédibilité du système judiciaire⁸²³.

En second lieu, le pouvoir judiciaire afghan est mal établi et son autorité n'est pas effective partout. Ainsi, des jugements illégaux ont lieu au sein d'enceintes extérieures à l'autorité judiciaire. En mai 2006, par exemple, un tribunal taliban et donc illégal, a condamné un homme accusé de meurtre à la peine capitale ; l'exécution eut lieu en public. Ceci démontre encore une fois la faiblesse de l'état de droit, le monopole de l'administration de la justice n'appartenant pas effectivement à l'État⁸²⁴.

En outre, le système judiciaire afghan manque de moyens, de matériel et de juges professionnels. En septembre 2005, 170 nouveaux juges sont entrés en fonction, grâce à la formation apportée par la Cour suprême. On peut constater que les experts en droit islamique conservent une place importante, si l'on regarde leur provenance, « *118 from the Sharia Faculty of the University of Kabul, 29 from the Madrasans and 23 from the Law and Political Science Faculty of the University of Kabul. Only 12 of whom are women* »⁸²⁵. De plus, le personnel compétent demeure insuffisant, vu le manque de juges formés et disponibles dans le pays. La qualité des juges nommés et la représentativité de l'ensemble de la population sont enfin négligées. La majorité d'entre eux ne connaît pas le droit positif afghan, « *They have no knowledge of the official legal system and no access to collections of laws or official gazettes, which are unavailable in most of Afghanistan's courthouses* »⁸²⁶, ce qui démontre la nécessité des formations. En Irak, les juges et l'ensemble de la profession doivent constamment faire face aux menaces. Ils sont même parfois tués.

B. L'échec de l'autorité judiciaire en matière de protection des droits de l'homme

Nous l'avons évoqué dans la seconde partie de cette étude ; la Cour suprême afghane a conservé une interprétation peu encline à promouvoir la protection des droits de l'homme.

⁸²¹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 6.

⁸²² Rapport de la M.A.N.U.I. sur la situation des droits de l'homme en Irak, disponible sur www.uniraq.org/documents/HR%20Report%20Mar%20Apr%2006%20EN.PDF, consulté le 5 juin 2006, p. 5.

⁸²³ *Ibidem*, p. 6 et 7.

⁸²⁴ Information disponible sur le site de la M.A.N.U.A., www.unama-afg.org, consulté le 12 juin 2006.

⁸²⁵ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 26.

⁸²⁶ Rapport de la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, « *Integration on the Human Rights of Women and a Gender Perspective: Violence against Women, Mission to Afghanistan* », 15 février 2006, E/CN.4/2006/61/Add.5, § 49.

En effet, l'autorité judiciaire n'a pas subi de réforme. Elle demeure très conservatrice et dirigée par des mollahs plutôt que des juges. D'après le Professeur Barnett R. Rubin, « *the lack of judicial reform has become a bottleneck for security, governance and economic development* »⁸²⁷. L'autorité judiciaire est donc un obstacle majeur à l'application des droits de l'homme et à l'existence de la démocratie⁸²⁸. Sa réforme constitue donc un échec dans la reconstruction.

La Cour suprême avait d'abord commencé par évincer Sima Samar de toutes fonctions ministérielles en 2003, décision motivée par son aveu de ne pas croire en l'Islam. Elle a ensuite pris plusieurs décisions portant atteinte à la liberté d'expression et des médias, ainsi qu'à l'égalité entre les hommes et les femmes, constitutionnellement protégées. Les décisions de la Cour restent motivées par les dispositions du droit islamique. De plus, les principes du procès équitable sont régulièrement bafoués par les tribunaux afghans. Les droits de la défense ne sont pas garantis, des cas d'exécutions secrètes existent, de même que des jugements sans enquête préalable ou des décisions prises suite à des témoignages et des présentations de preuves factices⁸²⁹. Enfin, alors que la lapidation est interdite dans ce pays, une femme fut condamnée par un tribunal local à cette sanction, pour adultère. Il en va de même du « crime d'honneur » en Irak, désormais illégal, mais qui demeure impuni lorsqu'il est commis. Ceci démontre l'insubordination des tribunaux locaux au droit positif et à la Constitution ou aux Conventions internationales ratifiées par l'Afghanistan, qui prohibent la torture ou les traitements inhumains. La justice locale reste empreinte de traditions, s'opposant à l'existence d'un état de droit. Cela porte atteinte au principe d'égalité devant la loi et ne satisfait pas au critère du procès équitable.

Par conséquent, les droits de l'homme n'étant pas garantis aujourd'hui, l'état de droit s'en trouve affaibli. « *The formal justice system in Afghanistan remains unable to confront impunity or criminal networks, adjudicate land disputes, or protect citizens' rights* »⁸³⁰. Les afghans n'ont aucune confiance en la justice de leur pays. Ce sentiment est légitime puisque, d'une part, les cas de corruption sont nombreux, d'autre part, les criminels de guerre sont libres, malgré le processus établi pour la justice transitionnelle. De plus, les juges ne sont pas formés.

II. Les outils pour une amélioration de la justice

En règle générale, plusieurs critères permettent au système judiciaire d'être crédible. Il doit d'abord être accessible, complet, mais doit également, satisfaire les principes d'intégrité, d'impartialité, de neutralité, d'indépendance (une indépendance institutionnelle de l'autorité judiciaire et personnelle attribuée à chacun des juges), de responsabilité, de transparence et rendre des procès équitables. Il faut aussi que la législation condamne l'ensemble des atteintes aux droits de l'homme et par conséquent, que les mêmes droits soient accordés aux hommes et aux femmes. La prévention et la réparation doivent donc être systématiques. Cette consolidation du fonctionnement de la justice renforcera la confiance publique.

⁸²⁷ Barnett R. Rubin est cité par MUNADI (M.), « *Afghan Lawmakers Review Court Nominee* », *The New York Times*, 17 mai 2006, www.nytimes.com/2006/05/17/world/asia/17afghan.html, consulté le 24 mai 2006.

⁸²⁸ « *Judicial authorities and the conservative elements who hold official posts are continuing to impose restrictions on freedom of expression* », SAMAR (S.), « *Build on Success* », *op. cit.*

⁸²⁹ SARWARI (A.), « *Afghanistan, peine de mort procès inique* », document public, 17 mars 2006, disponible sur web.amnesty.org/library/Index/FRAASA110072006?open&of=FRA-392, consulté le 6 juin 2006.

⁸³⁰ Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 4.

L'*Afghanistan Compact* prévoit l'établissement d'une administration et de prisons nouvelles. L'accord incite à la rédaction de codes, au renforcement des capacités du personnel judiciaire et à la réhabilitation des infrastructures⁸³¹. Des procédures de révision des décisions seront établies, veillant à ce que les procès soient équitables. La « communauté internationale », plus précisément la M.A.N.U.A., prend part à la réforme du système judiciaire, à l'établissement de tribunaux civils, pénaux et administratifs, avec des compétences distinctes, claires, prédéfinies et instaure également des ateliers de formation pour les juges. La rédaction de codes et une refonte de la hiérarchie judiciaire, par l'établissement de nouveaux tribunaux, sont deux outils pour garantir la transparence. Les lois et leur application seront ainsi connues d'avance, ce qui permettra le contrôle de la mise en œuvre par la société civile. Mais cette intervention de la M.A.N.U.A., bien que nécessaire, constitue une atteinte à la compétence de l'État en matière judiciaire⁸³². Parallèlement, les gazettes ou journaux officiels devraient être disponibles dans chaque commune et accessible au public.

L'adoption d'un code de déontologie judiciaire, dans chacun des deux États, pourrait être utile pour encadrer leur fonctionnement et éviter les dérives qui tendent à privilégier la tradition plutôt que la Constitution et les droits de l'homme. Il sera nécessaire, par ailleurs, de diffuser dans ces États une culture de la justice⁸³³.

Plusieurs paramètres, que nous venons d'analyser, entrent en compte, pour qualifier l'état de droit, en Afghanistan et en Irak, d'embryonnaire. D'abord la faiblesse et les lacunes des structures de gouvernance, puis l'absence de protection complète et minimum des droits de l'homme et des femmes, une société civile muselée et un système judiciaire inefficace. Or, l'état de droit est la pierre angulaire de la démocratie et de la paix. C'est pourquoi malgré l'adoption de Constitutions garantissant la séparation des pouvoirs, les droits et les libertés publiques, on ne peut affirmer aujourd'hui que ces deux États sont effectivement démocratiques. La question qui se pose alors est de savoir pourquoi il y a un tel décalage entre les dispositions des lois fondamentales des deux États et la réalité. Une première explication vient du fait que le texte constitutionnel représente l'État sur la scène internationale. L'État tente donc d'y apparaître comme protecteur des droits de l'homme et démocratique, pour satisfaire aux standards internationaux. Mais une seconde explication peut être apportée. Un tel décalage existe en raison de l'influence exercée sur ces États. Le pouvoir constituant, composé de nombreux représentants ayant longtemps vécu en exil et assisté par des représentants d'États occidentaux ou d'organisations internationales, peut être à l'origine de ce décalage, ayant intégré des valeurs différentes de celle de la population. Une troisième explication provient de la pression de la « communauté internationale » exercée sur les pays en développement, pour qu'ils adoptent les standards démocratiques considérés comme gages de paix. Cette pression est, à terme, une forme d'influence.

L'état de droit n'est donc pas assuré et l'état actuel de la sécurité humaine n'aidera pas à son développement. C'est ce que nous allons désormais examiner.

⁸³¹ *Afghanistan Compact*, *op. cit.*, p. 3.

⁸³² DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 288.

⁸³³ « *Currently, there are few legal professionals comprehensively trained in these different systems and no tradition of 'practicing law'* », Rapport du P.N.U.D., « Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities », National Human Development Report 2004, *op. cit.*, p. 10.

Chapitre 2 : La nécessaire promotion de la sécurité humaine

D'après le Rapport du P.N.U.D sur le développement humain de 1994, la sécurité humaine peut être définie ainsi, « *safety from chronic threats such as hunger, disease, and epression as well as protection from sudden and harmful disruptions in the patterns of daily life – whether in homes, in jobs or in communities* »⁸³⁴.

Deux causes d'insécurité existent, en Irak et en Afghanistan. D'abord, l'insécurité liée à la violence quotidienne. La seconde cause a trait à la pauvreté et à la question du développement. Or, l'une et l'autre participent à la faiblesse des structures et de l'état de droit.

Etudions d'abord l'échec de l'État à sécuriser son territoire (section 1), puis, la pauvreté comme source d'insécurité (section 2).

Section 1 : L'échec de l'État à sécuriser son territoire

Examinons en premier lieu les sources de la violence (paragraphe 1), puis les moyens de lutte développés (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les sources de la violence

Les groupes armés illégaux ne sont pas démantelés et désarmés dans leur totalité. En Irak, les groupes armés d'opposition sont « *de plus en plus sophistiqués* » et font de cet État, un espace dangereux. Les actes de violence se multiplient dans chacun des deux États, notamment par le recours aux attentats suicides ou aux enlèvements⁸³⁵. Le kidnapping est un moyen de revanche et permet l'obtention de financement par les rançons. Ces actes touchent en particulier les individus travaillant aux côtés des acteurs étrangers, c'est-à-dire les nationaux luttant aux côtés des forces internationales, ces forces elles-mêmes⁸³⁶, les organisations internationales et les acteurs privés étrangers. Ils agissent également contre les gouvernements, l'ensemble des institutions et les individus. « *These activities pose an increasing threat to the local population, national security forces, international military forces and the international assistance effort. Violence and threats against local officials, religious leaders, teachers and staff and facilities of the education system have continued and intensified* »⁸³⁷. Ainsi, la remise des armes, leur destruction et le recyclage des groupes

⁸³⁴ *Id.*, Rapport du P.N.U.D, « *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities* », National Human Development Report 2004, *op. cit.*, p. 3.

⁸³⁵ Les attentats-suicides se sont multipliés en Afghanistan. Pour l'année 2005, sur 19 attaques, 13 ont été commises en novembre et décembre 2005. De plus, en mars 2006, Sebghatullah Mojadeddi, Président de la chambre haute du pays en fut victime. Le 12 mai 2006 un véhicule de l'U.N.I.C.E.F. qui circulait entre Badghis et Herat a été attaqué, provoquant la mort de deux travailleurs humanitaires. Trois facteurs alimentent cette insécurité, la présence de groupes armés illégaux, le développement des réseaux de trafiquants de drogue et les lacunes de l'administration. Conseil de sécurité, débat public sur la situation en Afghanistan, 14 mars 2006, CS/8660.

⁸³⁶ Pour les actes de violence contre les forces internationales en Irak les plus récents : le 3 juin 2006, l'ambassade de Russie à Bagdad fut attaquée, un employé tué et quatre autres enlevés, selon la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 5 juin 2006, SC/8738.

⁸³⁷ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 39.

illégaux doivent être organisés rapidement pour éviter l'anéantissement du processus de reconstruction⁸³⁸.

Les Talibans demeurent une menace vis-à-vis du gouvernement afghan. En effet, l'intervention armée a supprimé leur emprise sur l'appareil étatique. Cependant, elle ne les a pas éliminés. Trois facteurs ont permis cette survivance. D'abord, deux formes de soutien : celui des madrasas pakistanaises et des solidarités tribales. Puis, le fait que des troupes afghanes aient été utilisées durant l'opération Liberté immuable. Ceci a sans doute permis la négociation entre combattants d'un même pays⁸³⁹. Les Talibans ont toujours été actifs depuis 2001. Cependant, cette activité s'intensifie en 2006, notamment dans le sud du pays⁸⁴⁰.

En outre, le trafic de drogue et la culture du pavot se poursuivent, en Afghanistan. Ce pays est le principal pourvoyeur d'opium dans le monde, approvisionnant 87% du marché. Ceci est lié à l'échec du recyclage des cultivateurs dans des branches légales et à l'absence de politique de développement rural effective. En effet, la culture du pavot et le trafic de drogue rapportent davantage⁸⁴¹. C'est pourquoi la culture du pavot « *is a vital short-term economic strategy in rural areas, but it neither sustainable nor legal* »⁸⁴². La culture et le trafic de drogues sont liés au milieu de la criminalité, mais également aujourd'hui au milieu terroriste et aux groupes armés illégaux, en raison de l'apport financier qu'ils constituent. C'est pourquoi cette culture est une source interne d'insécurité, mais aussi une menace sur le plan international. Une loi anti-drogue a été votée le 17 décembre 2005, mais l'éradication est difficile⁸⁴³. En effet, sur le plan local et national, les gouverneurs sont impuissants et certaines élites sont corrompues⁸⁴⁴.

Toujours en Afghanistan, et lié au trafic de drogue, dans le sens où ils se sont longtemps soutenus, les seigneurs de guerre sont une source d'insécurité. Ils ont été utilisés, dans un premier temps, par les forces armées étrangères, au commencement de l'opération « Liberté immuable ». Bien que cette stratégie ait été abandonnée en 2003⁸⁴⁵, ils continuent à diriger certains territoires et infiltrer la police locale, car leur intérêt est de faire basculer le rapport de force en leur faveur pour conserver la domination sur un territoire ou en obtenir davantage⁸⁴⁶.

« Many former warlords have re-armed "demobilized" forces under the guise of local police through funds provided by drug trafficking [...] Provincial leaders still find themselves in an

⁸³⁸ DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 400.

⁸³⁹ ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴⁰ TISDALL (S.), « *Trouble spots threaten perfect storm of global crises - study* », *The Guardian*, 25 mai 2006, www.guardian.co.uk/afghanistan/story/0,,1782478,00.html, consulté le 29 mai 2006.

⁸⁴¹ *Afghanistan Compact*, *op. cit.*, p. 6 et 10.

⁸⁴² Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 10 et 13. Lire également ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 51 et 52.

⁸⁴³ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 20, 21, 22, 23.

⁸⁴⁴ Pour plus d'information sur les relations entre les milieux de la drogue, de la criminalité et du terrorisme, lire MONTANARO-JANKOVSKI (L.), « Les coopérations sécuritaires face à la criminalité transnationale en Asie centrale », *A.F.D.I.* 2005, pp.357-372.

⁸⁴⁵ ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁴⁶ Il s'agit, à titre d'exemple, de M. Atta dans la région de Mazar-i Sharif, ou de Ismaïl Khan à Hérat.

uncertain political environment of shifting alliances and extralegal challenges to their authority, making private militias necessary to maintaining power »⁸⁴⁷.

Cependant, à la différence des Talibans, ils ne contestent ni l'État ni la présence de troupes étrangères. « *Leur combat est en fait une recherche de reconnaissance et d'équilibre* »⁸⁴⁸. Corrélativement au renforcement de l'État afghan, leur légitimité diminuera, puisque la protection de la population contre les menaces sera assurée par l'État, avec l'aide des acteurs internationaux. Ainsi, par cette perte de légitimité, mais également par leur marginalisation ou leur intégration au sein des organes de l'État, les seigneurs de guerre sont amenés à disparaître. L'organisation « *shura-ye nazar* », en d'autres termes l'Alliance du Nord du commandant Massoud, est un exemple de cette intégration, avec les Généraux Fahim et Qanouni qui détiennent aujourd'hui des fonctions importantes au sein de l'appareil d'État. Par contre, les hommes de la *shura* ont pour leur part, deux solutions : soit la marginalisation, soit le recyclage au sein de la police ou de l'armée afghane⁸⁴⁹.

Enfin, les tensions entre communautés tant en Irak qu'en Afghanistan⁸⁵⁰, sont une dernière source de déstabilisation. En Irak, « *Radical elements among the Sunni Community - ex-Baathis and neo-Salafis, perhaps in cooperation with Al Qaeda - are trying to foment a civil war between the two religious communities [...] sectarian strife has reached a new pitch that is likely to spread throughout the region [...]* »⁸⁵¹. Ces troubles intercommunautaires, se matérialisent à travers les enlèvements ou les assassinats d'irakiens de tous bords. Ils se sont également manifestés par l'homicide de candidats durant les campagnes électorales, dans les deux États. En Irak, ils se sont intensifiés suite à l'attentat contre le mausolée chiite de Samarra, le 22 février 2006⁸⁵², causant de nombreuses violations des droits de l'homme. « *La violence sectaire est devenue la principale menace à la sécurité et à la stabilité de l'Irak* »⁸⁵³. Or, elle porte atteinte au processus de réconciliation nationale.

Le recours à la violence porte atteinte à plusieurs droits de l'homme les plus fondamentaux, tels le droit à la vie, la prohibition de la torture ou la liberté ; mais empêche également la population de participer activement à la prise de décision, par crainte de représailles. Ainsi, elle ne favorise pas le renforcement de l'état de droit.

Paragraphe 2: Les moyens de lutte contre la violence

La lutte contre la violence se poursuit à plusieurs niveaux.

En premier lieu, les opérations « *enduring freedom* » et « *iraqi freedom* » se poursuivent en Afghanistan et en Irak, sous l'égide des États-Unis. De plus, la « communauté internationale » continue d'apporter son soutien, à travers la F.I.A.S. déployée désormais dans

⁸⁴⁷ Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴⁸ ROY (O.), « Afghanistan, la difficile reconstruction d'un État », *op. cit.*, p. 37.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, pp. 37-43.

⁸⁵⁰ « *Tensions persist between ethnic, religious, regional, and social groups in Afghanistan, as well as between returning refugees and those who never left* », Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 19.

⁸⁵¹ POSCH (W.), « *The Iraqi quagmire* », *op. cit.*

⁸⁵² Par exemple, avec l'attaque, le 12 mars 2006, de quatre marchés de Sadr city, le quartier chiite de Bagdad, tuant 64 personnes et en blessant 300 autres. En représailles, 81 lieux de culte sunnites ont été attaqués et huit détruits à Bagdad.

⁸⁵³ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 73.

l'ensemble de l'Afghanistan par l'O.T.A.N et ce jusqu'en 2010. La M.A.N.U.I. et la M.A.N.U.A. participent indirectement à la consolidation des institutions⁸⁵⁴. Elles devront également achever la construction d'armées et de polices nationales⁸⁵⁵. En effet, sans un soutien prolongé, l'Irak et l'Afghanistan ne sortiront pas de la guerre. Mais, aujourd'hui, les deux États eux-mêmes doivent exercer les rôles de premier plan. La « communauté internationale », pour sa part, doit intervenir en marge de cette action, pour la soutenir et apporter les moyens nécessaires à la consolidation des institutions établies durant les périodes de transition.

En second lieu, l'armée nationale afghane se compose aujourd'hui de 26 900 hommes de troupe, c'est-à-dire 38 bataillons. Ce chiffre devrait être porté à 70 000 d'ici à 2010. Durant les quatre prochaines années, il faudra également développer des corps spéciaux. Cette armée travaille aujourd'hui aux côtés des forces de la coalition. La police afghane se compose de 54 000 officiers. La difficulté ici est d'éliminer les auteurs de violations en matière de droit de l'homme. En outre 70% de ses membres sont illettrés⁸⁵⁶. L'action de la police est donc limitée. Elle contrôle mal les provinces afghanes. En dehors de la capitale, son action est très réduite, en raison du manque de moyens et de la domination des chefs de guerre. Même au sein de Kaboul, lundi 29 mai 2006, elle n'a pas réussi à préserver l'ordre public contre les pillages, les heurts et la colère d'une minorité de la population suite à un accident de la route causé par les troupes américaines⁸⁵⁷. La reconstruction de l'armée et de la police irakienne est en cours, après son démantèlement, décidé par Paul Bremer, en 2003, pour éliminer les membres du parti Baath. Bien que la construction de ces institutions ne soit pas achevée, à plus long terme elle s'avèrera être très positive, puisqu'elle ramènera la question de la sécurité dans le giron des autorités nationales, qui disposent, en principe, du monopole de la violence légitime. Une police nationale formée à la protection des droits de l'homme est enfin un critère nécessaire à la promotion de l'état de droit.

Troisièmement, la coopération régionale doit être renforcée pour pouvoir lutter contre les trafics, notamment le trafic de drogue en Afghanistan⁸⁵⁸. De plus, les pays d'une même région sont encouragés à partager leurs données et informations disponibles en matière d'insécurité. La M.A.N.U.I., la M.A.N.U.A. et les gouvernements travaillent au renforcement des relations avec les États voisins, comme instrument de stabilité.

Enfin, des solutions à court terme sont apportées, à travers la limitation de la liberté de mouvement. Des couvre-feux sont instaurés, de même que la fermeture des aéroports. Toutefois ces restrictions atteignent le travail des organisations internationales et humanitaires, qui ne peuvent se déplacer librement et seules du fait de l'insécurité sur les

⁸⁵⁴ La M.A.N.U.A. et la F.I.A.S. ont été prorogées pour un an, respectivement par les résolutions 1662, du Conseil de sécurité, 23 mars 2006, S/RES/1662 (2006), § 3 et par la résolution 1623, du 13 septembre 2005, S/RES/1623 (2005), § 1.

⁸⁵⁵ *Afghanistan Compact*, op. cit., p. 3.

⁸⁵⁶ Rapport du Secrétaire général des Nations unies au Conseil de sécurité, « *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security* », 7 mars 2006, A/60/712 – S/2006/145, § 17.

⁸⁵⁷ Plus d'informations sur le site de la M.A.N.U.A. www.unama-afg.org/, consulté le 6 juin 2006.

⁸⁵⁸ C'est ce que prévoit la Stratégie nationale de contrôle des stupéfiants afghane, présentée à conférence de Londres les 31 janvier et 1^{er} février 2006. Le Pakistan a par exemple mis en œuvre une politique de lutte contre la perméabilité de ses frontières, qui entraîne de nombreuses infiltrations tant de terroristes que de trafiquants.

voies de communication. Par ailleurs, l'état d'urgence fut instauré en Irak en novembre 2004 et en mai 2005.

L'insécurité grandissante, illustre l'état de la situation dans ces deux États en 2006. Les situations de nos deux États, malgré l'achèvement des processus de transition et une reconstruction des institutions menée depuis plusieurs années, demeurent des menaces pour la paix et la sécurité internationales⁸⁵⁹.

Section 2 : la pauvreté comme source d'insécurité

Depuis la fin de la Guerre Froide, l'individu se trouve de plus en plus au centre des préoccupations internationales. C'est pourquoi la pauvreté et l'absence de ressources suffisantes sont analysées comme des sources d'insécurité pour l'individu. Or, en Afghanistan et en Irak, la sécurité humaine n'est pas garantie et ceci porte atteinte à la fois aux droits de l'homme mais également à l'état de droit.

L'Indice de développement humain est un indicateur important dans l'évaluation de la sécurité humaine.

Pour l'Afghanistan, il est de 0,346, ce qui situe le pays à un niveau très faible de développement. De plus, l'espérance de vie à la naissance est de 44,5 ans, c'est-à-dire 6,1 années en dessous de la moyenne des pays les moins développés. Pour l'Irak, elle était, entre 2000 et 2005 de 60,7 ans. L'Afghanistan détient encore l'un des taux de mortalité des femmes et des enfants à la naissance les plus élevés du monde. En Irak, ce taux a augmenté dans les années 1990. Malgré la reprise de la croissance économique afghane, le partage et la redistribution des bénéfices n'est pas juste ; ce qui accentue les inégalités⁸⁶⁰. 20,4% de la population rurale consomme moins de 2,070 kilocalories par personne et par jour. 60% de la population consomme de l'eau malsaine. En Irak, la malnutrition touchait 27% de la population entre 1999 et 2001. 80% du revenu moyen de la population est constitué par les tickets de rationnement en Irak et la malnutrition a augmenté. En outre, dans ce pays, un tiers de la population urbaine et plus de la moitié en zone rurale n'a pas accès à l'eau potable⁸⁶¹.

En ce qui concerne l'Irak, l'obtention de données statistiques est difficile.

« Selon l'Indice de développement humain (IDH) publié annuellement par le PNUD, l'Irak se trouvait dans les 60 premiers pays du monde en 1990. Après la guerre du Golfe, il avait déjà rétrogradé en 96^{ème} position. Il se trouve aujourd'hui à la 127^{ème} place d'un classement qui compte 142 pays. Aucune autre nation au monde n'a connu pareille chute qui, selon certains commentateurs, a ramené ce pays à l'ère pré-industrielle »⁸⁶².

Les conséquences de l'embargo des Nations Unies sur l'Irak et les années de dictature sont connues. La population irakienne a manqué de ressources durant les années 1990 et est sortie totalement traumatisée de la guerre du Golf et des années difficiles qui ont suivi. Le

⁸⁵⁹ C'est également l'avis de John Chipman, directeur de l'institut international d'Etudes stratégiques, cité par TISDALL (S.), « *Trouble spots threaten perfect storm of global crises - study* », *op. cit.*

⁸⁶⁰ « *In 2003, a Da Afghanistan Bank study found that the poorest 30% of the population receive only nine per cent of the national income, while the upper 30 per cent receive 55 per cent* », Rapport du P.N.U.D., « *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities* », *op. cit.*, p. 4.

⁸⁶¹ ZEEBROEK (X.), « Irak: le coût humain d'un conflit et la mobilisation humanitaire », 26 février 2003, www.grip.org/bdg/g2050.html, consulté le 6 juin 2006.

⁸⁶² *Ibidem*.

niveau de vie a considérablement chuté pendant cette période. Or, malgré la chute de Saddam Hussein, ces marques ne disparaîtront qu'avec le temps. En Afghanistan, d'après les conclusions de l'enquête du P.N.U.D. en 2004, la majorité de la population peut être qualifiée de pauvre⁸⁶³. Les causes de la pauvreté sont la sécheresse, les épidémies (notamment de peste) et la fluctuation des prix. Cette population est pauvre, mais elle est également traumatisée par des années de guerre⁸⁶⁴.

Au même titre que la violence, la pauvreté génère l'insécurité. L'État se montre incapable de garantir les droits de l'homme: par exemple, le droit à la vie de ses citoyens. Lorsque la population vit dans une telle situation, comment peut-elle trouver les ressources nécessaires à la participation et au contrôle de l'action du gouvernement? Ainsi, ces conditions de vie particulièrement difficiles rendent presque impossible l'émergence d'une société civile active, puisque les individus se soucient avant tout de leur vie quotidienne précaire. Comment les Constituants afghan et irakien ont pu s'afficher aussi positifs, jusqu'à consacrer des droits dont la garantie était impossible?

La sécurité humaine est une garantie importante pour l'état de droit, puisqu'elle agit sur les piliers de l'état de droit, tels que les droits de l'homme ou la participation. Elle permet la pacification de la sphère publique (mais aussi privée, dans une certaine mesure), ce qui crée un contexte dans lequel la population sera plus encline à participer. Elle participe ainsi, avec l'état de droit, à la réalisation d'une paix durable. C'est en cela que la sécurité est un paramètre important. Cependant, elle n'existe pas aujourd'hui, ni en Irak, ni en Afghanistan.

⁸⁶³ « *Human poverty in Afghanistan is a multidimensional problem that includes inequalities in access to productive assets and social services ; poor health, education and nutritional status ; weak social protection systems ; vulnerability to macro- and micro-level risks ; human displacement ; gender inequities and political marginalization. In 2003, a Da Afghanistan Bank study found that the poorest 30% of the population receive only nine per cent of the national income, while the upper 30 per cent receive 55 per cent* », Rapport du P.N.U.D., « *Security with a Human Face: Challenges and Responsibilities* », *op. cit.*, p. 4.

⁸⁶⁴ 95% des Afghans sont affectés psychologiquement par ces années de conflit, 30% des Afghans souffriraient d'anxiété, de dépression, de problèmes psychosomatiques tels que l'insomnie.

CONCLUSION DE LA PARTIE 3

La progression de l'état de droit agit positivement sur le problème de l'insécurité, et *vice versa*. Or, aujourd'hui, l'Irak et l'Afghanistan sont enfermés dans un cercle vicieux qui aboutit à l'échec du processus de reconstruction. En effet, la faiblesse de l'état de droit favorise l'insécurité et l'insécurité est un obstacle à l'amélioration de l'état de droit. Les perspectives de développement sont par conséquent bloquées. L'une des causes de cette situation vient de l'influence occidentale, trop importante, exercée sur ces systèmes. En effet, l'absence d'une culture de la démocratie et des droits de l'homme suffisamment solide ne permet pas la garantie des mécanismes mis en place. Ce qui marque la limite des opérations de démocratisation dans ces États, profondément affaiblis et ayant longtemps fonctionné sur un autre modèle, celui de la dictature.

Cela ne veut pas dire que la démocratisation est impossible. Il faut simplement revoir la méthode et l'appliquer de façon différenciée, en fonction des nécessités du pays, comme l'affirmait déjà Boutros Boutros-Ghali. Toutefois, malgré cette adaptation, cela ne signifie pas que les opérations de démocratisation seront systématiquement efficaces. Il faut que « la communauté internationale » se résigne: elle ne pourra pas tout transformer rapidement. La démocratie doit être acceptée. Or, ceci demande au préalable une bonne connaissance de ses règles et de son fonctionnement. Ceci demande aussi une grande volonté de la part de l'ensemble des composantes de la société. Il ne faut pas simplement que les gouvernants soit prêts, il faut également que toute la population se mue en une société civile active et citoyenne et que les juges, les journalistes et les enseignants réapprennent leurs missions, ce qui demande du temps. Comme l'affirme Sima Samar, présidente de la Commission indépendante des droits de l'homme en Afghanistan :

« Durable peace in any country must be built on strong foundations. Among the essential ingredients are respect of human rights, justice, accountability, transparency, representative government freely elected by the people, and a functioning system of government that can be trusted by the people. But in Afghanistan, only a few of the ingredients are in place. My countrymen and women do not yet have human security: freedom from fear and want. In short, they are still a long way from enjoying their basic human rights »⁸⁶⁵.

⁸⁶⁵ SAMAR (S.), « *Build on Success* », *op. cit.*

CONCLUSION GENERALE

La reconstruction juridique de l'État, lorsqu'elle est internationalisée, est-elle pourvoyeuse d'influences ? Quel impact cette influence a-t-elle sur le processus de reconstruction ?

Arrivé au terme de cette étude, un constat doit être fait : les influences sont certaines, puisque la reconstruction est l'occasion de grands métissages de normes ou d'un « *enchevêtrement des ordres juridiques* »⁸⁶⁶. En effet, la fondation d'un « mieux vivre ensemble » suppose une consultation nationale, pour que l'État une fois restauré réponde à la volonté des citoyens. Or, selon le point de vue de la « communauté internationale », la restauration de l'État, pour permettre l'épanouissement de chacun, la paix et la sécurité internationale, doit se faire au moyen de la démocratisation de l'État. Cette doctrine a des conséquences importantes en Irak et en Afghanistan, puisque la reconstruction se déroule sous l'égide d'acteurs extérieurs (d'organisations internationales telle que l'O.N.U. et d'États tiers, en grande partie occidentaux et démocratiques) qui ont intégré cette conviction. Ainsi, la démocratie et une large protection des droits de l'homme et de l'État de droit, apparaissent au sein des nouvelles Constitutions irakienne et afghane. La séparation des pouvoirs est ainsi organisée. D'une part, une séparation verticale, au travers de l'introduction d'un modèle hybride en Irak, assimilant décentralisation et fédéralisme et par la décentralisation en Afghanistan, dans le but d'assouplir le centralisme étatique. D'autre part, avec une séparation horizontale des pouvoirs, souple dans le cas de l'Irak et un régime parlementaire ; plus strict en Afghanistan, par l'incorporation du modèle présidentiel, organisant une concentration des pouvoirs à l'égard du chef de l'État doit être atténuée par la reconnaissance de moyens d'action aux différents pouvoirs.

Toutefois, nous en avons fait le constat, le résultat, à court terme, des processus irakien et afghan de reconstruction est mitigé. Malgré des progrès significatifs depuis la chute des Talibans, l'Afghanistan n'a pas encore atteint une reconstruction viable et son destin demeure dans la balance⁸⁶⁷. Le constat est identique en Irak.

Or, comment l'analyser ? Ce constat marque-t-il l'échec des opérations internationalisées de reconstruction⁸⁶⁸ ? La réponse ne peut être tranchée. D'une part, l'action des Nations Unies et des États tiers reste nécessaire au cours du processus de reconstruction. Sans eux, les perspectives d'amélioration sont anéanties, vu l'état de faiblesse et de déliquescence de ces structures étatiques. Ainsi, les opérations de restauration internationalisées de l'État doivent se poursuivre. Cependant, elles sont d'autre part, vecteurs d'influences extérieures et l'occasion d'une ingérence trop intense dans nos deux États. Ceci explique l'échec à court terme. L'ingérence s'identifie, en premier lieu, par la limitation de la

⁸⁶⁶ Expression empruntée à DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 387.

⁸⁶⁷ « *Despite significant progress since the fall of the Taliban, this comprehensive study of Afghanistan's reconstruction progress reveals that Afghanistan has not yet reached the Viable Zone, and its fate remains "in the balance."* » Barton (F.) et Crocker (B.), « *In The Balance Measuring Progress in Afghanistan* », *op. cit.*, p. 16.

⁸⁶⁸ On entend ici par le terme « opération internationalisée de reconstruction », les opérations de reconstruction menées par l'État et les acteurs externes, c'est-à-dire tant les Organisations internationales que les États tiers.

volonté du peuple seul souverain. Elle se manifeste en Afghanistan, à travers l'assistance constitutionnelle et l'assistance au maintien de l'ordre et de la sécurité, qui portent atteinte à la souveraineté de l'État et à sa capacité de choix sur la forme et le modèle interne à adopter. Elle est visible en Irak, par la modification et l'imposition de la forme de l'État. En effet, le modèle fédéral est imposé par la puissance occupante au sein de la Constitution provisoire du 8 mars 2004. L'ingérence se manifeste également à travers l'assistance financière, qui impose certains critères de gouvernance en échange de dons. L'ingérence s'identifie, en second lieu, par la diffusion du modèle démocratique, supposant le respect des droits de l'homme et de l'État de droit. La diffusion de ce modèle ne s'est pas faite par le recours à la transposition pure et simple de règles issues des systèmes juridiques occidentaux, car le pouvoir constituant internationalisé a également conservé les valeurs nationales, par exemple à travers l'Islam. Toutefois, cette tentative de conciliation, entre démocratie et Islam est un leurre ; vu sa mise en œuvre et l'état des principes d'égalité, notamment entre les hommes et les femmes, et de liberté de religion.

On touche ici aux limites de la restauration démocratique de l'État. L'échec momentané s'explique dans un premier temps, par une démocratisation non préparée. En effet, l'éducation à la démocratie ainsi que l'acquisition d'une culture des droits de l'homme sont nécessaires à une mise en œuvre efficace. N'est-ce pas très ambitieux de penser que l'on peut apporter la démocratie dans un État, qui n'a pas une culture démocratique répandue au sein de sa population ? C'est en cela que la mise en œuvre des Constitutions est difficile. Elle montre la difficulté d'appliquer un modèle non intégré par tous. L'échec momentané s'explique, dans un second temps, par le contexte international de défiance et profondément divisé dans lequel interviennent ces deux opérations de reconstruction. Elles sont alors vécues par une minorité d'afghans et d'irakiens comme une nouvelle forme d'impérialisme, étant soutenues par d'importants moyens issus des puissances occidentales.

Cela ne veut pourtant pas dire que ce processus ait été inutile. Au contraire, des améliorations ont été acquises en Irak et en Afghanistan. L'O.N.U. doit donc rester très active durant les phases de transition démocratique et de consolidation. De plus, le transfert total de souveraineté doit se faire progressivement⁸⁶⁹. Mais quelles en sont les issues ? Deux solutions sont possibles, une fois le transfert de souveraineté effectué. Soit les États irakien et afghan ainsi que leurs citoyens auront intégré les normes introduites durant la reconstruction et du fait de l'ingérence, sans doute au moyen d'un « modelage de norme » en fonction de la culture. Il s'agit là d'une solution plausible, car les difficultés à court terme peuvent disparaître et laisser place, avec le temps, à une démocratie désirée. La seconde solution s'articule autour du rejet du modèle imposé. Ceci caractériserait l'échec de la reconstruction telle qu'elle est menée actuellement.

Ainsi, tout en restant saisi de la mise en œuvre des opérations de reconstruction, l'O.N.U. et ses États membres doivent également remettre en cause les méthodes de la démocratisation. Une méthode nouvelle n'est pas nécessaire, peut-être suffirait-il de revenir aux conditions initiales posées par Boutros Boutros-Ghali, notamment à une assistance à la reconstruction démocratique suscitée par l'État lui-même. Cette condition comporte des

⁸⁶⁹ « Il est évidemment, dans la logique même de l'opération multinationale de prévoir et de gérer le transfert progressif des responsabilités et des moyens de l'autorité internationale vers les institutions locales [...] Il suppose pour sa mise en œuvre des mesures de préparation et d'accompagnement », DAILLIER (P.), « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *op. cit.*, p. 405 et 406.

inconvenients : comment la « communauté internationale » doit réagir face à des États violant continuellement les droits de l'homme à l'égard de sa population ou abritant des terroristes ? Mais cette condition permettrait à « la communauté internationale », entendue selon son sens le plus large, d'échapper à un danger : la création d'une différenciation entre sujets premiers du droit international, c'est-à-dire entre États dont l'ingérence serait légitimée du fait de leur modèle, et États récepteurs de cette ingérence.