

**Les interactions entre guerre et constitution :
approche historico-constitutionnelle**

Pré rapport sur le droit international public

Romain Le Bœuf

Professeur de droit public

Université d'Aix-Marseille – Faculté de droit

UMR DICE – CERIC

Sommaire :

I.	Guerre et constitution : définition des termes	2
A.	La notion de guerre en droit international : déclin et substitut	2
1.	<i>Le déclin de la notion de guerre</i>	3
2.	<i>La prévalence du concept de conflit armé</i>	4
B.	La notion de constitution en droit international : équivocité et indifférence	6
1.	<i>L'utilisation internationale de la notion de constitution</i>	6
2.	<i>L'appréhension internationale des constitutions étatiques</i>	7
II.	Guerre et constitution : relations entre les termes.....	8
A.	L'absence de règles générales relatives au contenu des constitutions en matière de guerre.....	9
1.	<i>Principe</i>	9
2.	<i>Limites</i>	9
B.	L'existence de règles spécifiques applicables à certains États à l'occasion ou à l'issue d'une guerre	10
1.	<i>La guerre peut affecter l'existence des constitutions</i>	11
2.	<i>La guerre peut affecter le contenu des constitutions</i>	12

Le présent rapport aborde la question des rapports entre guerre et constitution à la lumière du droit international public¹.

Cette question soulève des difficultés à la fois conceptuelles et méthodologiques, dès lors qu'elle se situe à l'interface de deux disciplines différentes. Elle implique pour le droit constitutionnel de se saisir de notions définies sur le plan international et pour le droit international de se saisir de problématiques de nature constitutionnelle.

Cette difficulté impose, dans un développement préliminaire, de clarifier les termes de guerre et de constitution tels qu'ils sont saisis par le droit international (I.).

Les enjeux terminologiques exposés, il s'agira d'envisager sur le plan normatif la manière dont la problématique de la guerre exerce une influence sur les constitutions (II.).

I. Guerre et constitution : définition des termes

Envisager les rapports entre guerre et constitution du point de vue international soulève d'importantes difficultés, notamment terminologiques. Le risque est important, malgré l'emploi des mêmes mots, de ne pas parler des mêmes choses.

Cela vaut tout d'abord pour le terme « guerre », qui n'est pas nécessairement appréhendé de la même manière par le droit international et par les droits internes (A.).

Cela vaut également pour le terme « constitution », que le droit international envisage d'une manière qui lui est propre (B.).

A. La notion de guerre en droit international : déclin et substitut

La définition de la guerre en droit international a soulevé de très importantes difficultés, aussi bien théoriques que pratiques. Restrictive et équivoque, la notion de guerre a été écartée (1.) au profit de celle de conflit armé (2.).

¹ La question, assurément, n'est pas nouvelle, et a donné lieu à un nombre important de travaux : voy. récemment en langue française les thèses de Manon Bonnet, *Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude d'un instrument de reconstruction de l'État*, Université d'Aix-Marseille, 2022 ; Caroline Chaux, *Les contraintes internationales sur le pouvoir constituant national*, Université Paris 2, 2021 ; et Abdoulaye Sylla, *Droit international et Constitutions dans des États post-conflits*, Université de Nanterre, 2021.

¹ H. Dorandeu, *La fin de l'état de guerre sans traité de paix - Contribution à l'étude de la *debellatio* et de l'accord indirect*, thèse, Université de Montpellier, 1965, 2 t., pp. 340-507.

1. Le déclin de la notion de guerre

Malgré l'évidence apparente du concept, la doctrine a considéré que « l'image qui émerge de toute étude du concept de guerre est celle de la confusion »², certains auteurs allant jusqu'à considérer que « la définition de "la guerre au sens juridique du terme" est impossible »³.

Les difficultés, pour le formuler sommairement, sont de deux ordres. En effet, la guerre est un concept restrictif qui n'inclut pas toutes les violences armées internationales (a.) et qui exclut absolument les violences armées internes aux États (b.).

a. Le concept de guerre n'inclut pas toutes les violences armées internationales

Si la guerre est habituellement définie comme un affrontement armé entre États⁴, tout affrontement armé entre États n'endosse pas nécessairement la qualification juridique de guerre. De nombreux exemples historiques attestent de cette distinction.

Dès la fin du 19^e siècle, le sénateur français de Broglie déclarait devant la chambre que

« Autrefois, rien n'était si simple que de distinguer la paix de la guerre. La guerre, c'était la force, tout usage, tout emploi de la force. Mais aujourd'hui la définition en est devenue presque impossible : on bombarde les villes sans être en guerre avec leurs possesseurs »⁵.

Dans les années 30, la Chine et le Japon s'affrontent militairement au Mandchoukouo, tout en refusant d'appliquer à ces affrontements la qualification de guerre, et donc les règles qui en résultent. Dans les années 70, les États-Unis contestent l'existence d'une guerre au Viet Nam. En 2022 encore, la Russie rejette la qualification de guerre en Ukraine au profit de celle d'opération militaire spéciale.

Les auteurs ont abondamment débattu des critères précis du concept de guerre, sans jamais s'accorder. Certains exigent un seuil minimal de violence, qui exclut les simples escarmouches ou attaques ponctuelles (mesures dites « short of war »). D'autres exigent, en plus de l'élément matériel, un élément intentionnel (*animus belligerandi*). Beaucoup réclament une déclaration formelle, ou à tout le moins une reconnaissance de la situation. Les critères varient selon les auteurs et les périodes.

² Ch. Greenwood, « The concept of War in modern International Law », *ICLQ*, 1987, vol. 36, n° 2, p. 303 : « [t]he picture which emerges from any study of the concept of war in modern international law is one of confusion ».

³ F. Grob, *Relativity of Peace and War: A study in Law, History and Politics*, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 189 : « the definition of "war in the legal sense" is impossible of achievement ».

⁴ Le dictionnaire de droit international public définit ainsi la guerre comme « % » (J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Guerre »). Cette définition correspond par ailleurs à celle donnée par les dictionnaires généralistes.

⁵ Cité in R. Blin de Bailleul, *Des hostilités sans déclaration de guerre pendant le XIX^e siècle et les années suivantes*, L. Larose et L. Tenin, 1907, p. 5.

Si bien que de nombreux recours à la force armée entre États échappent à la qualification de guerre, sans bénéficier pour autant d'aucune qualification ou régime idoine.

b. Le concept de guerre exclut les violences armées internes

Le concept international de guerre exclut de la même façon les conflits qui n'ont pas une nature interétatique. Le droit international ne connaît pas l'expression guerre civile⁶. Pendant une longue période, ces conflits internes ne sont ni saisis ni régis par le droit international : ils sont, pour l'essentiel, des questions d'ordre intérieur pour les États et relève du seul maintien de l'ordre.

L'ensemble de ces questions va sensiblement évoluer suite à la Seconde Guerre mondiale.

2. La prévalence du concept de conflit armé

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, la question est discutée à l'occasion de l'adoption des Conventions de Genève du 12 août 1949. Ces conventions cessent de se référer au concept de guerre pour lui préférer celui de conflit armé (a.). Si le concept de guerre n'est pas abandonné, il revêt désormais un caractère résiduel dans la pratique juridique (b.).

a. Généralisation du concept de conflit armé

Le concept de conflit armé recouvre un ensemble beaucoup plus étendu de situations et se ramifie quant à lui en diverses sous-catégories, selon que le conflit armé est interne ou international.

Un « conflit armé international » existe dès lors qu'il existe un recours à la force armée entre des forces étatiques. La nature et l'intensité des violences sont sans incidence sur la qualification du conflit armé international, de même que l'intention ou la reconnaissance du conflit par les belligérants⁷. Est assimilé à un conflit international un conflit, formellement interne, dans lequel un État combat des forces armées non étatiques agissant pour l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (lutte contre un régime colonial, raciste ou étranger)⁸.

⁶ Voy. néanmoins R. Kolb, « Le droit international public et le concept de guerre civile depuis 1945 », *Relations internationales*, n° 105, Editions Belin, 2001, pp. 9-29.

⁷ L'article 2 est commun aux 4 conventions conclues à Genève le 12 août 1949. Sa partie pertinente se lit ainsi : « la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, *même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* » (italiques ajoutées).

⁸ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, art. 1, par. 3.

Un « conflit armé interne » oppose un État à des groupes armés non étatiques ou des groupes armés non étatiques entre eux. Il est soumis à des régimes juridiques différents selon la gravité des affrontements et le degré d'organisation des forces en présence : on distingue ainsi les conflits internes de haute intensité⁹ et de basse intensité¹⁰.

Les « troubles et tensions intérieurs » désignent quant à eux les affrontements qui, au regard de leur gravité ou du faible degré d'organisation des forces en présence, ne constituent pas des conflits armés. Ces troubles et tensions intérieurs sont considérés comme de simples mesures de police soumises au droit commun, sans entrer dans le champ d'application du droit des conflits armés¹¹.

b. Caractère résiduel de la notion de guerre

Le concept de guerre, s'il ne disparaît pas du lexique international, s'estompe au point de perdre toute signification opératoire sur le plan juridique. La guerre n'est plus qu'une espèce de conflit armé, se singularisant par deux critères spécifiques, l'un personnel, l'autre formel.

D'un point de vue personnel, et comme il a été dit, la guerre est un conflit armé entre États, qui continue à exclure tout affrontement armé entre des entités ayant un caractère non étatique.

D'un point de vue formel, elle est un conflit armé que les États belligérants reconnaissent en tant que guerre.

Toutefois, il est à noter que la notion de guerre en tant que telle n'emporte plus aucun effet juridique complémentaire dans le droit international contemporain par rapport à celle de conflit armé international. Le refus par un État de qualifier une situation de guerre est désormais sans incidence aucune sur le droit international applicable.

*

Ces évolutions et nuances concernant la notion de guerre en droit international soulèvent alors d'importantes questions du point de vue du droit constitutionnel : auxquelles de ces diverses

⁹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, art. 1, par. 1.

¹⁰ Article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949.

¹¹ Cette exclusion a été formalisée par l'article 1, par. 2 du deuxième Protocole additionnel de 1977 : « Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés ». Toutefois, il était déjà admis que l'article 3 commun n'avait pas vocation à s'appliquer à ces situations qui ne pouvaient pas être caractérisées comme conflit armé (voy. J. Pictet, *Les conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire*, 4 vols, Genève, C.I.C.R., 1952, vol. 1, pp. 34 et s.).

catégories renvoie le terme guerre lorsqu'il est employé dans une constitution nationale ? la définition constitutionnelle de la guerre est-elle autonome par rapport au droit international ? Peut-elle être propre à chaque État ? Le risque de cacophonie et de malentendus est en tout état de cause important aux regards du caractère équivoque et évolutif du terme.

B. La notion de constitution en droit international : équivocité et indifférence

Des difficultés de même nature se posent également, quoiqu'avec une acuité moins importante – lorsque le droit international fait référence à l'idée de constitution. Le concept de constitution renvoie en droit international à plusieurs idées, qui ne correspondent que de façon vague avec l'acceptation classique du terme en droit interne. Le concept de constitution renvoie d'abord à des usages propres au droit international (1.), et l'idée de constitution étatique – si elle est connue – est appréhendée de manière très distanciée (2.).

1. L'utilisation internationale de la notion de constitution

Il existe des usages du terme constitution qui sont propres au droit international (a.), même si ces usages entretiennent des liens évidents avec les droits internes (b.).

a. Emplois

Le terme « constitution » est ainsi l'un des intitulés possibles pour l'instrument international portant création d'une organisation internationale. Les documents instituant l'Organisation internationale du travail (OIT) ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) sont ainsi dénommés « Constitution ». De manière plus générale, un accord créant une organisation internationale a, quelle que soit sa dénomination propre, le caractère d'un traité « constitutif ».

Dans ce même ordre d'idées, le terme constitution est utilisé avec une volonté mimétique plus évidente encore pour désigner des traités constitutifs d'organisations jugées particulièrement importantes, même si ces instruments endossent formellement un autre intitulé. Il est connu que le « Traité » de Rome ayant fondé la Communauté économique européenne a été qualifié par la Cour de Justice comme la « Charte constitutionnelle de base » de cette organisation¹². De façon plus générale, mais avec des motifs juridiques de nature analogue, la Charte des Nations Unies est habituellement envisagée comme formant la « Constitution mondiale »¹³.

¹² CJCE, arrêt du 22 avril 1986, *Les Verts*.

¹³ R. Chemain, A. Pellet, *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, France, Pedone, 2006, 237 p.

b. Pertinence

L'analogie avec le droit interne est essentiellement correcte, dans la mesure où les traités constitutifs d'organisations internationales établissent les institutions et les pouvoirs au sein de l'organisation, que son respect conditionne la validité des actes adoptés et que sa révision est soumise à une procédure spécifique. Le texte constitutionnel n'assure toutefois pas nécessairement la protection des droits fondamentaux, à supposer ce critère pertinent.

Cependant, en dépit de cette correspondance fonctionnelle, le droit international n'attache pas d'importance au terme employé et un document international intitulé « constitution » ne possède en soi aucune valeur juridique particulière par rapport à un accord portant une autre dénomination.

2. L'appréhension internationale des constitutions étatiques

Le droit international n'ignore sans doute par l'existence des constitutions étatiques. Pour autant, le concept est envisagé de façon très abstraite (a.) et sans faire l'objet de ménagements particuliers (b.).

a. Une définition abstraite

D'une manière générale, le droit international envisage la constitution des États de manière matérielle, pour désigner la forme d'organisation des pouvoirs publics au sein d'un État donné. La constitution au sens formel constitue quant à elle une simple contingence qui n'exerce aucune influence sur la structure de l'ordre juridique et sur les obligations des États. Le droit international envisage le droit interne comme un bloc, sans se soucier de sa structuration interne. Que ce bloc contienne une constitution ou non, que la constitution ait un contenu ou un autre, qu'elle soit au sommet ou non de l'ordre juridique national, est en principe sans importance. Il s'agit là du choix d'organisation interne par chaque État, dans lequel le droit international n'interfère pas en principe.

L'instrument constitutionnel n'acquiert une véritable singularité en droit international que dans des cas exceptionnels. Tel est notamment le cas lorsque l'État est tenu, en vertu du droit international, de donner un certain contenu ou un certain effet à cet instrument¹⁴.

¹⁴ Sur cette question, voy. *infra*.

b. Une protection limitée

La constitution des États ne bénéficie en droit international que d'une protection limitée. S'il existe un principe d'autonomie constitutionnelle, ce principe rencontre d'importantes exceptions.

Conformément à la conception internationale de la souveraineté, le principe d'autonomie constitutionnelle signifie que l'État est libre de choisir son modèle d'organisation politique tant que les choix qu'il opère ne se heurtent à aucune obligation internationale¹⁵.

Cependant, dès lors qu'il est établi qu'une règle internationale (quelle qu'elle soit) impose à un État une obligation donnée, l'État sera tenu de s'y conformer, y compris si cette règle a les incidences les plus sérieuses sur son modèle constitutionnel¹⁶.

Ainsi, le principe d'autonomie constitutionnel agit à la manière d'une présomption en faveur de l'État, présomption qui peut être renversée par la preuve de l'existence d'une règle contraire¹⁷. Cette structure explique les contraintes que le droit international peut faire peser sur la constitution des États.

De fait, il n'existe que peu de règles générales en droit international limitant la liberté des États en matière constitutionnelle. Les États, soucieux de leur propre liberté, respectent en tendance celle des autres. Ils n'ont souvent ni le souhait, ni les moyens, d'imposer des contraintes pesant sur la structure constitutionnelle de leurs voisins. Toutefois, certaines circonstances vont fournir à la fois la volonté et les moyens de faire émerger de telles contraintes, ainsi qu'il va être montré ci-après.

II. Guerre et constitution : relations entre les termes

De façon générale, le droit international n'impose que très peu d'obligations aux États en ce qui concerne leur organisation et principes constitutionnels. Il n'en va pas différemment en ce qui concerne l'organisation par les États de leurs pouvoirs en matière militaire : ils conservent en

¹⁵ Ce principe a été consacré par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif concernant le Sahara occidental : « De l'avis de la Cour, aucune règle de droit international n'exige que l'État ait une structure déterminée, comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde ».

¹⁶ Dans la célèbre affaire Nicaragua, la Cour a affirmé que « 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* » (italiques ajoutées).

¹⁷ Voy., *mutatis mutandis*, Affaire du lac Lanoux, sentence du 7 novembre 1957 : « La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, mais ne doit céder que devant elles ».

principe à cet égard une liberté entière (A.). Toutefois, il peut arriver qu'à la suite de certaines circonstances – parmi lesquelles la guerre figure en bonne place – certains États voient leur constitution profondément affectées par le droit international (B.).

A. L'absence de règles générales relatives au contenu des constitutions en matière de guerre

Depuis maintenant un siècle, le droit international a considérablement limité le droit d'employer la force armée. L'interdiction de la guerre figure en bonne place parmi les règles les plus fondamentales de l'ordre juridique contemporain. Pourtant, cette prohibition n'a pas été accompagnée de mesures destinées à la reporter dans l'ordre juridique interne des États, qui conservent en ce domaine une liberté entière (1.), à laquelle on peine à trouver des exceptions (2.).

1. Principe

Certains États ont fait le choix d'inclure dans leur constitution des limitations de diverses natures à l'emploi de la force armée. Ces limitations peuvent revêtir un caractère déclaratoire, prenant la forme d'une déclaration solennelle de renonciation à la guerre¹⁸. Les limitations peuvent également reposer, de façon plus technique, sur la mise en place d'un système de contre-pouvoirs destiné à prévenir ou limiter le risque de recours à la force.

Toutefois, il importe de souligner qu'il s'agit là de politiques nationales, et non d'une obligation juridique internationale en ce sens. En effet, le droit international n'impose aucunement aux États d'inscrire la renonciation à la guerre dans leur ordre juridique. Il ne leur interdit pas davantage de confier l'ensemble de la chaîne de commandement entre les mains d'un autocrate réunissant les fonctions de dirigeant politique, de guide spirituel et de chef des armées habilité à enclencher unilatéralement le feu nucléaire.

Le principe d'autonomie constitutionnelle des États est donc largement respecté dans le domaine militaire.

2. Limites

Cependant, il est important de préciser que cet état du droit international est parfaitement contingent : il est le résultat d'un certain développement historique à un moment donné. D'un point de vue juridique, rien n'interdit d'envisager l'édiction d'une règle qui imposerait aux États certaines contraintes d'ordre constitutionnel en ce qui concerne le recours à la force armée et

¹⁸ Sur cette question, voy. les différents rapports nationaux.

l'organisation des pouvoirs militaires. Une telle règle pourrait naître de la volonté des États eux-mêmes, par la conclusion d'un traité, ou de façon spontanée, par la consécration d'une coutume ou d'un principe général en ce sens. Assurément, les circonstances politiques actuelles ne se prêtent guère à une telle hypothèse : elle n'est toutefois pas inenvisageable sur le plan théorique ; elle pourrait même être pleinement crédible sur le plan pratique si les circonstances politiques venaient à changer du fait d'un bouleversement majeur, tel que celui qui avait présidé à la naissance de la SDN ou des Nations Unies.

Il convient d'ailleurs de relever qu'il existe déjà quelques linéaments en ce sens.

Les Conventions de Genève du 12 août 1949 prévoient ainsi certaines obligations pour les États parties de mettre en œuvre, dès le temps de paix, certaines mesures destinées à favoriser la bonne application du droit international en temps de guerre¹⁹. Une telle obligation pourrait être étendue du *jus in bello* au *jus ad bellum*, et imposer aux États d'inscrire dans leur texte juridique fondamental le principe de l'interdiction de l'emploi de la force en premier. Si une telle extension paraît ambitieuse sur le plan politique, rien n'interdit en tout état de cause de l'envisager sur le plan juridique.

Une brève d'extension en ce sens pourrait d'ailleurs déjà exister, sur le fondement de la règle internationale interdisant aux États de menacer d'employer la force armée : une disposition constitutionnelle belliqueuse, qui engagerait par exemple les pouvoirs publics d'un État à s'orienter vers une guerre pourrait être considérée comme étant en soi contraire au droit international, car constitutive d'une menace d'emploi de la force. De ce point de vue, il est ainsi probable qu'il existe déjà, en droit international, une règle interdisant aux États d'inscrire dans leur constitution ce type de mesures²⁰.

B. L'existence de règles spécifiques applicables à certains États à l'occasion ou à l'issue d'une guerre

La guerre – ou la paix qui y met fin – peut affecter de façon très sensible le contenu des constitutions étatiques (2.), mais également leur existence même (1.).

¹⁹ Convention de Genève du 12 août 1949, n° 1, art. 47.

²⁰ Si l'exemple semble spéculatif, il n'est pas entièrement sans précédents : récemment encore, la Grèce avait soutenu devant la Cour internationale de Justice que le nom constitutionnel de la Macédoine constituait une revendication territoriale implicite. Certains avaient pu constater dans la Constitution Libyenne de 1977 et dans son affirmation de la volonté de défendre la révolution socialiste « en Libye et dans tout autre pays au monde » une forme de menace, incompatible avec la Charte des Nations Unies.

1. La guerre peut affecter l'existence des constitutions

La disparition d'une constitution du fait d'une guerre est une hypothèse, sinon fréquente, du moins connue. En effet, la guerre provoque par sa nature même un bouleversement social profond, qui peut aboutir, selon les cas, à un effondrement du régime politique en place (a.), sinon de l'État lui-même (b.).

a. Les modifications constitutionnelles constitutives à des changements de régime

À plusieurs reprises dans l'histoire, l'existence d'une situation de guerre ou de conflit armé a provoqué un effondrement du régime politique en place et sa substitution par un régime politique nouveau. Très souvent, ce changement implique un changement radical de constitution, et donc une disparition intégrale de la constitution précédente. Les exemples sont nombreux : que l'on pense à la chute du Second Empire suite à la défaite de Sedan en 1870, à l'effondrement du régime tsariste en 1917 suite à la révolution soviétique, à la chute du Reich allemand 1918, remplacé par la République de Weimar, à la disparition du 3^e Reich et à la prise de contrôle de l'Allemagne par les Alliés, voire aux conditions du basculement de la 4^e à la 3^e République à l'occasion de la lutte pour l'indépendance de l'Algérie.

b. Les modifications constitutionnelles constitutives à des disparitions ou apparitions d'États

De façon plus radicale, la guerre peut provoquer – au-delà de l'effondrement du régime – la disparition de l'État lui-même, et donc de son ordre constitutionnel, supplanté par l'ordre constitutionnel d'un État voisin ou nouveau, qui s'étend au territoire conquis : la terminaison d'une guerre par cette forme d'annihilation de l'adversaire est connue sous le nom de *debellatio*²¹. Les exemples sont assez rares et ne plaident assurément pas en faveur de l'institution²². L'hypothèse a pu être réhabilitée par Kelsen à propos de l'Allemagne suite à la capitulation nazie²³.

²¹ H. DORANDEU, *La fin de l'état de guerre sans traité de paix - Contribution à l'étude de la debellatio et de l'accord indirect*, thèse, Université de Montpellier, 1965, 2 t., pp. 340-507.

²² À s'en tenir aux exemples classiquement rapportés par la doctrine, la pratique ne plaide pas en faveur de l'institution : *debellatio* imposée par Napoléon à l'Électorat de Hesse-Cassel en 1806 (H. Dorandeu, *La fin de l'état de guerre sans traité de paix...*, précit., t. I, pp. 108-110)²² ; par la Sardaigne aux États italiens (Deux-Siciles, Toscane, Parme et Modane) en 1860 ; par la Prusse aux États allemands (Hanovre, Hesse, Nassau et Francfort) en 1866 ; par la Grande-Bretagne à l'État libre d'Orange en 1908 (sur ces exemples, H. Dorandeu, t. I, pp. 110-115.²² ; par l'Allemagne et la Russie à la Pologne en 1939 (Sur ces exemples, voy. A. Pillet, *Les lois actuelles de la guerre*, précit., p. 371 ; E. Nys, *Le droit international*, t. III, p. 738 ; H. Dorandeu, *La fin de l'état de guerre sans traité de paix...*, précit., t. I, pp. 104-115 ; W. C. Martel, *Victory in war : foundations of modern military policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 129 (voy. également la bibliographie proposée dans ce dernier ouvrage).

²³ H. KELSEN, « Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable ? », *Am. Pol. Sci. Rev.*, vol. 41, n° 6, 1947, pp. 1188-1193.

La guerre peut également aboutir, non à la disparition, mais à l'apparition de nouvelles constitutions, notamment lorsqu'elle aboutit à la création de nouveaux États : en 1815, à l'issue des guerres révolutionnaires et napoléoniennes, le Congrès de Vienne entérine les dispositions constitutionnelles de la confédération germanique, qui succède à l'éphémère confédération du Rhin²⁴ et de la ville libre de Cracovie²⁵. En 1878, le Traité de Berlin prévoit la création d'une commission chargée de fixer le régime constitutionnel de la nouvelle Roumélie orientale, fixant « les pouvoirs et les attributions du Gouverneur général ainsi que le régime administratif, judiciaire et financier de la province »²⁶. À la fin de la Première Guerre mondiale, la Constitution de la Ville libre de Dantzig est élaborée « d'accord avec un haut commissaire la Société des Nations »²⁷. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, le traité de paix conclu avec l'Italie détermine le Statut permanent du Territoire Libre de Trieste²⁸. En 1947, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Autriche – qui avait été annexée au Reich, est reconstituée et le traité conclut avec elle prévoit que « [l] » Autriche aura un gouvernement démocratique fondé sur des élections au scrutin secret »²⁹. Les mouvements de décolonisation donnent lieu à de nombreux conflits armés dont l'issue est la création d'États nouveaux, dotés de constitutions nouvelles. Les conflits sécessionnistes s'inscrivent dans une logique analogue : à la fin du 20^e siècle, l'intervention militaire de l'Otan au Kosovo aboutit à la mise en place d'un régime d'administration internationale qui mènera à la création d'un nouvel État et à l'adoption d'une nouvelle constitution.

2. La guerre peut affecter le contenu des constitutions

Lorsqu'elle n'aboutit pas à la création d'une constitution, la guerre affectera souvent le contenu des constitutions nationales, en leur imposant des réformes plus ou moins importantes. Si Montesquieu considérait en principe qu'il fallait conserver au vaincu ses lois et son gouvernement³⁰, il admettait que de tels changements puissent être apportés à l'ordre interne des belligérants :

« [l]es États que l'on conquiert ne sont pas ordinairement dans la force de leur institution. La corruption s'y est introduite ; les lois y ont cessé d'être exécutées ; le gouvernement est devenu oppresseur. Qui peut douter qu'un État pareil ne gagnât et ne tirât quelques avantages de la

²⁴ Acte principal du Congrès de Vienne, 1815, art. 53 et s.

²⁵ *Ibid.*, art. 10.

²⁶ *Traité de Berlin*, 1878 (Allemagne, Autriche-Hongrie, Empire ottoman, France, Grande-Bretagne et Italie ; Russie), art. 18.

²⁷ *Traité de Versailles*, 1919 (Allemagne), art. 103.

²⁸ *Traité de Paris*, 1947 (Italie), art. 21 et annexe 6.

²⁹ *Traité de Vienne*, 1955 (Autriche), art. 8.

³⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Gallimard, Paris, 1995 (publication originale : 1748), t. I, L. X, ch. III, p. 301.

conquête même, si elle n'étoit pas destructrice ! Un gouvernement parvenu au point où il ne peut plus se réformer lui-même, que perdrait-il à être refondu ? »³¹.

Selon les cas, la guerre peut conduire à affecter le fonctionnement institutionnel de l'État (a.) ou ses orientations matérielles (b.).

a. Les modifications du fonctionnement institutionnel

Dès 1648, les célèbres traités de Westphalie – loin de consacrer le principe de souveraineté – modifient en profondeur le fonctionnement du Saint-Empire Romain germanique³². De nombreux traités s'immiscent dans la création du régime constitutionnel des États nouveaux, ainsi qu'on l'a montré précédemment³³.

En 1995, à l'issue des guerres de dissolution de l'ex-Yougoslavie, la Bosnie-Herzég témoigne également du degré avancé de pénétration peut avoir le droit international dans la rédaction des constitutions nationales : les accords de Dayton – le fait est inédit – modifient intégralement le cadre constitutionnel d'un État déjà constitué (l'existence de la Bosnie en tant qu'État a été affirmée par la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie en 1992 et reconnue par l'Union européenne la même année). La constitution, annexée à l'accord de paix fixe la forme fédérale de l'État³⁴ aussi bien que le fonctionnement détaillé de ses différents pouvoirs publics³⁵.

Dans le cadre de conflits armés internes, la pratique des modifications constitutionnelles comme modalité de règlement du conflit est abondante, le plus souvent aux fins d'assurer une meilleure répartition du pouvoir entre les différentes factions politiques³⁶.

b. Les modifications des orientations matérielles

Concernant le contenu matériel du droit de l'État vaincu, Montesquieu considérait que :

« [L]e plus beau traité de paix dont l'histoire ait parlé, est je crois celui que Gélon fit avec les Carthaginois. Il voulut qu'ils abolissent la coutume d'immoler leurs enfans. Chose admirable ! Après avoir défait trois cents mille Carthaginois, il exigeoit une condition qui n'étoit utile qu'à eux »³⁷.

³¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, précit., t. I, L. X, ch. IV, p. 304.

³² *Traité de Munster*, 1648 (France ; Saint-Empire romain germanique), par. 62 à 65.

³³ Voy. *supra*.

³⁴ *Ibid.*, annexe 4, art. 1, par. 3 et art. 3.

³⁵ *Ibid.*, annexe 4, spéc. art. 4 (Assemblée parlementaire), art. 5 (Présidence collégiale), art. 6 (Cour constitutionnelle), art. 7 (Banque centrale).

³⁶ Voy. récemment, en France, les thèses de Manon BONNET, *Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude d'un instrument de reconstruction de l'État*, Université d'Aix-Marseille, 2022 ; Caroline CHAUX, *Les contraintes internationales sur le pouvoir constituant national*, Université Paris 2, 2021 ; et Abdoulaye SYLLA, *Droit international et Constitutions dans des États post-conflits*, Université de Nanterre, 2021.

³⁷ *Ibid.*, t. I, L. X, ch. V, p. 306.

De fait, la pratique ultérieure a montré que la plupart des orientations imposées au vaincu touchaient aux libertés fondamentales. En 1648, le traité de Munster obligeait le roi de France à certaines obligations en matière de libertés de culte. À la fin de la Première Guerre mondiale, plusieurs États issus du démantèlement des empires allemand et austro-hongrois devront accepter des règles relatives à la protection des minorités³⁸, voire aux droits de l'homme³⁹. Il est vrai que ces obligations, si elles lient les États, les lient au plan international sans nécessairement emporter de modification de la constitution en tant que telle. L'Allemagne, obligée par le traité de Versailles à « faire promulguer, à maintenir en vigueur et à publier toute législation, tous règlements et décrets qui pourraient être nécessaires pour assurer la complète exécution des présentes stipulations »⁴⁰ protesta vigoureusement en indiquant dans ses remarques sur les conditions de paix que « l'Allemagne ne peut admettre qu'on lui impose de promulguer des lois et des ordonnances »⁴¹. On imagine bien que les protestations eussent été plus fortes encore si l'Allemagne avait dû modifier sa constitution, voire si le traité avait prétendu directement la modifier directement.

Pourtant, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les traités de paix imposent aux vaincus de « prend[re] toutes les mesures nécessaires » en vue d'assurer les droits fondamentaux consacrés par les traités⁴², y compris le cas échéant des mesures de nature constitutionnelle. Plus encore, à Dayton, en 1995, l'accord de paix établit directement la constitution de l'État, qui prévoit que « [l]a Bosnie-Herzégovine est un État démocratique »⁴³ qui « garanti[t] les droits de l'homme et les libertés fondamentales internationalement reconnus les plus étendus »⁴⁴ dont elle établit d'ailleurs le catalogue⁴⁵. L'accord de paix ne se borne d'ailleurs pas, dans la constitution qu'il édicte, à la question des droits et libertés : la constitution oblige la Bosnie à « promouvoir le bien-être général et la croissance économique », non seulement « en protégeant la propriété privée », mais aussi « en encourageant l'économie de marché »⁴⁶. Pourtant, sur le plan formel, cette constitution ne résulte pas d'une élaboration souveraine : elle résulte d'un accord

³⁸ Voy. p. ex. : *Traité du Trianon*, 1920 (Hongrie), Partie III, Section VI.

³⁹ *Traité du Trianon*, 1920 (Hongrie), art. 55. Sur ce glissement du droit des minorités aux droits de l'homme, voy. R. LE BOEUF, *Le traité de paix - Contribution à l'étude juridique du règlement conventionnel des différends internationaux*, Paris, Pedone, 2018, spéc. p. 117.

⁴⁰ *Traité de Versailles*, 1919 (Allemagne), art. 241.

⁴¹ Remarques de la délégation allemande sur les conditions de paix, s.l.n.d., p. 55.

⁴² Voy. p. ex. : *Traité de Paris*, 1947 (Italie), art. 15. Voy. identiquement l'obligation faite à certains États de « s'engag[er] à ne pas tolérer la reconstitution sur [leur] territoire d'organisation de cette nature, ayant un caractère politique, militaire ou paramilitaire, et dont le but est de priver le peuple de ses droits démocratiques » (voy. p. ex. : *Traité de Paris*, 1947 (Italie), art. 17).

⁴³ *Accord-cadre général de Dayton*, 1995 (Bosnie-Herzégovine), annexe 4, art. 1, par. 2.

⁴⁴ *Ibid.*, annexe 4, art. 2, par. 1.

⁴⁵ *Ibid.*, annexe 4, art. 2, par. 3 et annexe 6.

⁴⁶ *Ibid.*, annexe 4, préambule, al. 4 (nous soulignons).

international signé avec deux États voisins⁴⁷ en présence de nombreux autres représentants étrangers.

⁴⁷ La constitution figurant à l'annexe 4 de l'*Accord-cadre général* est « approuv[ée] » à l'article 4 de cet accord par « [l]es Parties », c'est-à-dire, outre la Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie.