

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DE LA FRANCOPHONIE
REGION EUROPE
Athènes, 5-7 Novembre, 2023

Les Constitutions peuvent-elles empêcher les guerres?

par Nicos C. Alivizatos

Professeur émérite à l' Université d' Athènes,
Membre de la Commission de Venise

Existe-t-il un lien entre guerre et Constitution? Et si cela est le cas, comme je le pense, existe-t-il une formule constitutionnelle magique, sinon pour empêcher les guerres tout court, au moins pour dissuader des leaders avides et opportunistes de recourir à la guerre avec comme seul but de renforcer leur mainmise sur leurs peuples?

Il y a au moins deux voies différentes, deux méthodes distinctes, pour répondre à ces questions: selon la première, l' on devrait se

concentrer sur les dispositions constitutionnelles consacrées à la déclaration de la guerre et à la conduite des opérations militaires, les interpréter et, ensuite, en déduire les conclusions appropriées.

Selon la deuxième, il serait plus utile de placer les mêmes dispositions dans leur contexte normatif et en mesurer leur poids dans le cadre du système constitutionnel du pays examiné.

Au lendemain de la 1ère guerre mondiale et plus encore depuis la fin de la 2ème, les guerres et notamment, les guerres offensives sont de plus en plus souvent condamnées par les Constitutions occidentales. L' article 6 de la Constitution républicaine de l' Espagne, en 1931, était, si je ne me trompe, la première à prévoir que l' Espagne renonce à la guerre comme instrument de la politique nationale". En 1946, en outre, dans le préambule de la Consitution de sa IVème République, la France proclamait sa fidélité aux règles du droit international et s' engageait à n' entreprendre "aucune guerre dans des vues de conquête" et à ne jamais employer ses forces "contre la liberté d' aucun peuple". Encore plus explicitement, l' article 9 de la Constitution du Japon, qui est toujours en vigueur, prévoit que "le peuple japonais renonce à l' infini à la guerre comme droit souverain de la nation et à la menace ou à l' usage de la force comme moyen de régler les conflits internationaux"; pour

ajouter immédiatement après que “pour atteindre ce but”, le Japon renonce à maintenir des forces armées ainsi que tout autre potentiel de guerre (war potential). Dans le même sens, l’article 11 de la Constitution italienne de 1948 condamne la guerre comme instrument offensif “contre la liberté d’autres peuples et comme moyen pour résoudre les conflits internationaux”, et la loi fondamentale allemande de 1949 qualifie d’inconstitutionnels les “actes tendant ou intentés dans la but de perturber les relations pacifiques des nations et, en particulier, de préparer une guerre offensive” en allant même jusqu’ à proclamer que les-dits actes “seront criminalisés”.

Sans aucun doute, la signification de tels engagements est importante; elle est pourtant plutôt symbolique que normative, puisque, en principe, aucune sanction n’ est prévue contre ceux qui les violent. En ma connaissance, ces condamnations n’ ont pas empêché les guerres et je crains qu’ elles ne le feront pas dans l’ avenir. Nous devons, en conséquence, porter notre attention aux autres dispositions que les constitutions consacrent à la guerre et, surtout à celles qui confient la déclaration de la guerre à certains organes.

Chronologiquement, la Constitution américaine de 1787 était la première à inclure une règle *ad hoc* à cet effet: la clause 11 de la section 8 de son article premier, énumère comme compétence

exclusive du Congrès la déclaration de la guerre. En même temps, cependant, l' article 2 de la même Constitution qualifie le président américain comme "Commander in Chief of the Army and Navy of the United States". Cette clause a depuis toujours été considérée comme proclamant la primauté des autorités civiles sur les autorités militaires, à savoir comme interdisant l' autonomisation de l' armée dans le système constitutionnel américain. Au surplus, en tant que commandant en chef, le président américain est considéré comme responsable pour le déploiement et les opérations des forces armées en temps de paix comme en temps de guerre et pour définir la stratégie militaire, la tactique et les objectifs à atteindre du moment où la guerre a commencé. Aussi prématurément qu' en 1788, dans le *Federalist No 72*, James Hamilton observait que "*the administration of government*" falls "*peculiarly within the province of the executive department*" et ajoutait que ce pouvoir inclue, en outre, au delà de la conduite des affaires étrangères, la direction des armées et les "opérations militaires".

Les choses pourtant ne sont pas aussi claires qu' elles paraissent. La première question qui se pose est celle de savoir si la "*commander in chief clause*" permet au président de commencer une guerre sans l' approbation du Parlement. Possède-t-il un pouvoir autonome, comme le soutiennent

certain commentateurs, ou bien la “declaration of war clause” confert cette compétence exclusivement au Congrès? J’ imagine que vous connaissez tous le discours historique du président Roosevelt, au lendemain de l’ attaque de Pearl Harbor, dans lequel il demandait l’ approbation du Congrès pour l’ entrée des Etats Unis à la 2ème guerre mondiale. Cela, pourtant, n’ a pas été le cas depuis lors, ni pour l’ intervention des Etats Unis en Corée ni pour les opérations militaires au Vietnam. Cela dit, les critiques adressées contre l’ exécutif américain pour ces omissions ont entraîné des réductions budgétaires qui, elles-même, ont accéléré la fin des opérations militaires mais aussi, en 1973, le vote de la “*War Powers Resolution*” qui, théoriquement au moins, limite le pouvoir du président d’ engager les forces armées, la marine et l’ aviation américaine à des hostilités pour une durée supérieure à six jours, en absence d’ une déclaration de guerre préalable et d’ une autorisation du Congrès. Cette résolution s’ est pourtant avérée insuffisante et, depuis lors, tous les présidents américains, à commencer par Jimmy Carter dans l’ affaire des otages iraniens, ont agi unilatéralement, que ce soit au Liban, en Grenade et en Lybie, qu’ en Bosnie ou au Kosovo plus récemment. Comme attendu, des actions juridiques entamées périodiquement pour que cette Résolution soit effectivement respectée ont toutes été rejetées comme

inadmissibles, en vertu de la doctrine des questions politiques, l'équivalent anglo-saxon des actes de gouvernement.

Les choses sont plus complexes en France, dont toutes les Constitutions, à commencer par celle de 1791-qui instituait la monarchie consitutionnelle- prévoyaient l'engagement du Parlement dans la déclaration de la guerre, tout en confiant au pouvoir executif la direction des opérations militaires. Il est à noter que l'article 35 de la Constitution de 1958 a été révisé en 2008 pour distinguer la guerre *stricto sensu*, d'un côté, qui est autorisée par le parlement, et "Intervention des forces armées à l'étranger", de l'autre, pour laquelle le gouvernement "informe" seulement le Parlement dans un délai de 3 jours après l'intervention. Un débat peut suivre, qui, pourtant, comme spécifié, "n'est suivi d'aucun vote". La confusion est aggravée d'avantage en vue de la qualification du président de la République comme "garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités" (article 5), tandis que les forces armées sont mis à la disposition du gouvernement (article 20) et le premier ministre est proclamé "responsable de la défense nationale" et pour les nominations aux "emplois civils et militaires".

Je voudrais, à ce point, porter votre attention à l'obligation du pouvoir exécutif de rendre compte pour la conduite des affaires

militaires, son *accountability*, pour reprendre un terme anglais, difficilement traduisable, aussi bien en temps de guerre qu' en temps de paix. Dans la mesure où ces affaires sont, pour des raisons évidentes, couvertes du secret, il est évident que la conciliation de l' efficacité d' une part et de la transparence de l' autre est une question très subtile qui désigne notre attention particulière. En mon opinion, le pays qui a réussi dans une large mesure à résoudre cette question avec succès c' est l' Allemagne. Je me réfère, plus particulièrement, à Commission permanente de la Défense du *Bundestag*, qui est prévue par l' article 45A de la Loi Fondamentale. Cette Commission, qui peut siéger même quand le Parlement n' est pas en session et après sa dissolution, au delà des compétences régulières de toutes les Commissions du *Bundestag*, a les pouvoirs des commissions d' enquête et peut, en conséquence procéder à des enquêtes poussées sur des affaires militaires à l' instar un juge d' instruction. Mais ce qui fait de cette Commission un cas particulier c' est qu' elle peut enquêter sur une question spécifique sur demande de l' opposition, puisque le vote de $\frac{1}{4}$ seulement de ses membres est requis. Parallèlement à cette Commission, le Commissaire du *Bundestag* sur les forces armées, l' Ombudsman parlementaire sur les affaires militaires, veille au respect des droits des soldats.

Il est temps de placer ces dispositions dans leur contexte institutionnel. Je procéderai en me concentrant sur trois principes directeurs: la primauté du pouvoir civil, l'obligation de rendre compte du pouvoir exécutif (accountability) et le lien entre Etat de droit et Etat d'urgence

Primauté du pouvoir civil veut dire qu'il ne peut y avoir de pouvoir militaire au dessus de l'autorité civile. A l'origine de ce principe se trouve le principe de la souveraineté populaire. Dans tout pays démocratique, il n'existe pas de zones échappant du contrôle du gouvernement démocratiquement élu. Cela dit, dans les monarchies constitutionnelles actuelles, comme le R.U., l'Espagne, les Pays Bas et les pays scandinaves, le pouvoir de commandement du monarque n'est que symbolique. Comme prévu explicitement par l'article 97 de la Constitution espagnole, c'est au gouvernement que revient la conduite des affaires militaires et, en général, la politique de défense du pays. De l'autre côté, et je tiens ici un aspect extrêmement délicat de la relation du civil et du militaire, les élus doivent éviter à tout prix de profiter de leur primauté à l'égard du militaire pour en tirer des avantages partisans.

La deuxième question se réfère au commandement militaire. Le président de la République serait-il préférable du premier ministre? Le *Oval Office* de la Maison Blanche ou le fameux

Situation Room sont-ils plus appropriés que le War Room de la rue du roi Charles 1er à Londres? J' éviterai de vous rappeler les arguments utilisés dans le débat, assez ancien, il est vrai, entre les adeptes du régime présidentiel et ceux de régime parlementaire. Je me contenterai à rappeler que le second est beaucoup plus flexible que le premier, surtout en cas de circonstances exceptionnelles. D' autant plus qu' il permet le recours au vote populaire à tout instant, ce qui n' est pas le cas dans le régime présidentiel.

Quand à l' obligation du pouvoir exécutif de rendre compte de son action, l' *executive accountability* diraient les anglais et les américains, comme déjà mentionné, les restrictions imposées au vu du secret militaire ne peuvent et ne doivent effacer totalement le principe de la transparence. Le précédent des 38 membres de la Commission de Défense du Bundestag allemand, qui siège à huis-clos, est, me semble-t-il, le meilleur exemple de ce que je veux dire. Cette Commission a un bilan extraordinaire qui va bien au delà du contrôle parlementaire du ministre et des autres responsables dans ce domaine, pour atteindre l' élaboration même du budget militaire, la fourniture d' armes sinon la planification à long terme de l' industrie militaire allemande.

L' autre exemple significatif dans ce domaine sont les Commissions de Défense de la Chambre des Représentants et du Sénat américains. Leurs sous-Commissions spécialisées, notamment sur des questions comme la Cybersecurity et les Menaces stratégiques potentielles jouent un rôle prépondérant dans l' élaboration et la mise en place de la politique de défense du pays. La raison principale pour laquelle de telles commissions, avec un niveau de spécialisation aussi élevé n' existe pas hors des Etats unis est, en mon opinion, qu' en Europe et ailleurs dans le monde, il n' existe guère de "carrière parlementaire", voire une carrière politique qui n' aboutit pas nécessairement à un poste ministériel. Il s' agit là d' une spécificité américaine qui vaud être mentionné dans une rencontre comme la nôtre.

Pour ce qui est enfin du lien entre Etat de Droit et Etat d' urgence, je me permets de vous rappeler que selon le *Rule of Law Checklist* de la Commission de Venise, l' Etat d' urgence doit être prévu bien en avance et les restrictions aux droits de l' homme doivent être limitées au strict minimum imposé par les exigences de la situation concrète. De surcroît, la loi doit exclure toute dérogation à certaines garanties constitutionnelles, comme l' interdiction des tortures et de l' esclavage. Enfin, il est essentiel que le droit de recours à un tribunal indépendant soit en tout état de cause respecté.

Pour conclure, je suis persuadé que des guerres comme l' invasion de la Russie en Ukraine ne seraient jamais intentées par des dirigeants responsables et tenus à rendre compte de leurs actions. Puis-je vous rappeler qu' aussi bien Vladimir Putin et Alexander Lukashenko ont révisé leurs Constitutions respectives en 2020 et en 2022, pour prévoir, entre autres, leur immunité à vie, à savoir même après la fin de leur mandat comme chefs de l'Etat. En mon opinion, ces révisions constitutionnelles sont loin de ne pas être liées à la guerre actuelle. En d' autres termes, à notre époque, les guerres injustes ne sont conduites que par des dirigeants avides qui n' ont rien à craindre de leur Constitutions et qui cherchent leur légitimité non pas à la confiance et au vote des citoyens mais au moyen de démarches opportunistes, sensées leur assurer une soit-disant auréole héroïque, sans la moindre assise politico ou morale.

Athènes, le 6 Novembre 2023