

Les chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des États d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina Faso et de la République Centrafricaine

*Charles TUEKAM TATCHUM**

The Transitional Charters in Constitutional Order of French Speaking Black Africa States : Case Study Example of Burkina Faso and Central Africa Republic

Las cartas de transición en el orden constitucional de los Estados del África negra francófona : un estudio basado en los ejemplos de Burkina Faso y la República Centroafricana

As cartas de transição na ordem constitucional dos Estados da África negra francófona : estudo a partir dos exemplos de Burkina Faso e da República Centro-Africana

黑非洲法语国家宪政秩序中的过渡宪章：以布基纳法索和中非共和国为例

Résumé

Plus de deux décennies après l'expérience du constitutionnalisme libéral initié dans les années 1990, l'Afrique noire francophone éprouve encore de réelles difficultés à faire des constitutions de

Abstract

More than two decades after the experience of liberal constitutionalism initiated in the 1990's, francophone black Africa still faces real difficulties in making constitutions true binding norms.

* Docteur en droit public, Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang/Cameroun, charlestuekam@yahoo.fr. La présente étude est une version révisée d'un article paru dans la *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2016, p.25-50.

véritables normes contraignantes. La recrudescence de leur violation par les acteurs politiques démontre à suffisance le malaise à s'approprier les valeurs qui sont celles d'un État de droit. Il faut alors désormais se référer non plus aux constitutions au sens formel de l'expression, mais de plus en plus aux accords politiques et aux chartes constitutionnelles qui constituent une catégorie normative en plein essor en Afrique dans un contexte de multiplications des crises et conflits politiques. L'utilité pratique des chartes de transition ne saurait cependant occulter l'ampleur des controverses autour non seulement de leur validité mais aussi de leur nature juridique. Dans cette mouvance, on peut relever d'une part que seule l'approche réaliste permet de justifier leur insertion dans l'ordre constitutionnel transitoire; d'autre part les chartes étudiées se rattachent mieux soit aux conventions de constitution soit aux petites constitutions.

Resumen

Más de dos décadas después de la experiencia del constitucionalismo liberal iniciado en la década de 1990, el África negra francófona aún enfrenta dificultades reales para hacer de sus constituciones verdaderas normas constrictivas. El recrudecimiento de su violación por parte de los actores políticos demuestra suficientemente la dificultad de apropiación de los valores que son los de un Estado de derecho. Es necesario entonces referirnos no a las constituciones en el sentido formal de la expresión, sino a acuerdos políticos y cartas constitucionales que constituyen una categoría normativa en pleno auge en África dentro de un contexto de multiplicación de crisis y conflic-

The recrudescence of their violation by the political actors demonstrates to a sufficient extent the discomfort to appropriate the values which are those of the rule of law. It has become imperative to no longer refer to constitution in the formal sense of the term, but more and more as political agreements and constitutional charters that constitute a growing normative category in Africa in a context of increasing political crisis and conflicts. The practical usefulness of transitional charters however cannot overshadow the extent of the controversy around not only their validity but also their legal nature. In this respect, it can be noted that on the one hand, only the realistic approach justifies their inclusion in the transitional constitutional order; on the other hand, the studied charters are more closely related to either the constitutional conventions or small constitutions.

Resumo

Mais de duas décadas depois da experiência do constitucionalismo liberal iniciado nos anos 1990, a África negra francófona enfrenta ainda dificuldades reais para fazer das constituições normas verdadeiramente vinculantes. O recrudecimento de sua violação pelos atores políticos demonstra suficientemente o desconforto em se apropriar dos valores que são aqueles de um Estado de direito. Deve-se então referir-se não mais às constituições no sentido formal da expressão, mas cada vez mais aos acordos políticos e às cartas constitucionais que constituem uma categoria normativa em pleno crescimento na África em um contexto de multiplicação de crises e conflitos políticos. A

tos políticos. La utilidad práctica de las cartas de transición, sin embargo, no puede ocultar la magnitud de las controversias en torno a su validez como a su naturaleza legal. En este contexto, se puede inferir de una parte que solo el enfoque realista permite justificar su inclusión en el orden constitucional transitorio; por otro lado, las cartas estudiadas se asocian mejor sea a las convenciones constitucionales sea a las pequeñas constituciones.

utilidade prática das cartas de transição não chegaria, entretanto, a ocultar a amplitude das controvérsias em torno não apenas de sua validade, mas também de sua natureza jurídica. A esse propósito, podemos notar que, de um lado, só o realismo permite justificar sua inserção na ordem constitucional transitória; de outra parte, as cartas estudadas estão mais próximas de convenções de constituição ou de pequenas constituições.

摘要

自上世纪九十年代启动自由宪政主义已有二十多年，黑非洲法语国家对于如何将宪法变为真正具有拘束力的规范仍面临许多实际困难。政治人物屡见不鲜的违宪行为充分证明其对接受法治的价值仍觉不适。今后需要遵守的不仅仅是形式意义上的宪法，更要遵守在政治危机与冲突迸发的背景下非洲越来越多的规范性政治协议和宪法性宪章。但是，过渡宪章的实用性仍无法掩盖围绕其效力和法律性质展开的争议。就这点而言，应当注意的是：一方面，将这些宪法性规范纳入过渡性宪政秩序只能以现实角度为依据；另一方面，本文研究的宪章更接近宪法性协议或小宪法。

Plan de l'article

Introduction	205
I. La validité discutée des chartes de transition	210
A. La difficile validité formelle des chartes de transition dans l'approche normativiste	211
1. La substance de la théorie normativiste de la validité	212
2. La pénible application de la théorie normativiste de la validité en l'espèce	213
B. La plausible validité matérielle des chartes de transition dans l'approche réaliste	216
1. La validité matérielle des chartes de transition selon le réalisme positiviste: l'effectivité des chartes	216
2. La validité matérielle des chartes de transition selon l'approche institutionnaliste.....	220
II. La nature juridique ambigüe des chartes de transition	222
A. L'éloignement des chartes de transition aux constitutions formelles et aux accords politiques	223
1. Les chartes de transition, une affinité incomplète avec les constitutions formelles	223
2. Les chartes de transition, une ressemblance imparfaite avec les accords politiques	227
B. Le rattachement des chartes de transition aux conventions de constitution et aux petites constitutions respectivement au Burkina et en Centrafrique	233
1. La Charte de la transition burkinabè, une convention de constitution à valeur supraconstitutionnelle.....	233
2. La Charte constitutionnelle de la transition en République Centrafricaine, une petite constitution.....	236
Conclusion	242

Décidemment, l'Afrique a fait des curiosités sa marque de fabrique! Sans qu'aucun domaine ne soit véritablement épargné par une telle réalité, ce continent demeure sans doute le seul où instabilités socio-politiques et incertitudes constitutionnelles font très bon ménage. Cette union coupable consolide un fait devenu désormais certain : les constitutions africaines de l'ère libérale sont malades. C'est peut-être la conclusion effroyable du diagnostic qui mérite d'être tirée lorsque l'on observe la perversion des pratiques constitutionnelles sur le continent. Les conférences nationales souveraines des années 1990, louées pour leur inspiration libérale, n'ont certainement pas produit les effets escomptés. Elles auraient dans l'urgence enfanté des constitutions boiteuses et incapables de servir de véritable socle à l'exercice du pouvoir en Afrique. Il ne subsiste pas de nos jours l'ombre d'un doute que le modèle démocratique occidental importé résiste à s'acclimater à l'environnement socio-politique des États africains en crise permanente.

Alors que tous les espoirs étaient tournés vers le constitutionnalisme de la troisième vague¹ comme manifestation du règne de la démocratie et de l'État de droit en Afrique francophone, c'est en termes de crises et de déceptions que cette problématique est aujourd'hui abordée. L'écart entre le postulé et le vécu est si grand que les pratiques politiques en Afrique s'éloignent le plus souvent des prescriptions de la norme fondamentale, marquant ainsi la primauté de la politique sur le droit².

C'est pourquoi, dans la recherche de solutions durables, on assiste de plus en plus à un processus de recréation du constitutionnalisme africain. Le recours aux accords politiques, aux chartes de transition, sur fond d'une dépossession du constituant originaire (le peuple) qui se voit imposer tant

¹ Le constitutionnalisme est ici envisagé sous l'angle de l'attachement à la constitution comme instrument de limitation de l'arbitraire du pouvoir politique. Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique correspond à celui consécutif à l'avènement du renouveau démocratique sur le continent dans les années 1990. Les constitutions issues des travaux des conférences nationales souveraines de cette époque étaient fortement inspirées des préceptes de la démocratie et de l'État de droit comme nouvelles fondations des États africains.

² Voir: Dmitri-Georges LAVROFF, «Le droit saisi par la politique: l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la V^e république», (2014) 25 *Politeia* 23; contrairement au Doyen Favoreu qui développait la thèse contraire: Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

la volonté d'acteurs politiques internes qu'internationaux semble être devenu la norme.

Les récents évènements survenus sur le continent suite aux fameux printemps arabes, notamment l'insurrection populaire ayant entraîné la déchéance du régime de Blaise Compaoré au Burkina Faso en 2014 et le coup d'État qui renversa le Président François Bozize en Centrafrique en 2013, pour ne citer que ces exemples, en sont une illustration saisissante. Le choix de ces deux pays pour mener la présente étude tient autant à l'actualité qu'à la spécificité de la question sur le continent. Quelques faits méritent toutefois d'être brièvement présentés pour mieux comprendre les enjeux théoriques et pratiques du problème.

En 2013, un coup d'État militaire renverse le Président centrafricain François Bozize et plonge le pays dans un chaos généralisé. Au bord d'une guerre civile consécutive aux affrontements entre les membres de deux groupes rebelles rivaux dénommés l'« *ex seleka* » et l'« *anti-balaka* », conflit entre opposants et nostalgiques du régime déchu pour le contrôle du pouvoir, les tentatives de résolution de ce dernier sous la pression de la communauté internationale se soldent par l'abrogation de la loi fondamentale et l'adoption d'une charte constitutionnelle de transition. Cette dernière devait régir la période de troubles qui va durer jusqu'au début 2016, moment auquel une nouvelle constitution sera adoptée par référendum et les nouvelles autorités désignées avec Faustin Archange Touadera comme Président.

Dans la même perspective, en novembre 2014, un mouvement insurrectionnel au Burkina Faso contraint le Président Blaise Compaoré à la démission pour avoir tenté, au mépris des prescriptions de la loi fondamentale, de réviser celle-ci en vue de faire sauter le verrou de la limitation du nombre de mandats présidentiels afin de garantir sa représentation aux prochaines élections. Après ce renversement, le colonel Yacouba Isaac Zida s'empare du pouvoir et ordonne la suspension de la constitution. Son attitude qui manifestement frisait le coup d'État militaire est vivement condamnée par la communauté internationale qui exige que le pouvoir soit transmis à une autorité civile. Ce sera chose faite avec l'investiture de Michel Kafando comme président de la transition conformément aux prescriptions de la charte de transition alors adoptée pour la circonstance. Cette charte, qui fait référence dans son préambule à la Constitution suspendue, affirme néanmoins sa primauté sur cette dernière en cas d'incom-

patibilité avec ses dispositions. C'est sur la base de ce texte que la transition sera conduite malgré quelques attermoissements jusqu'à l'investiture, à la fin 2015, de Roch Marc Christian Kabore qui marque sa fin.

Les chartes de la transition, catégorie normative en plein essor et particulièrement complexe du point de vue de la théorie constitutionnelle en Afrique francophone participent ainsi du renouveau de la science constitutionnelle africaine³. C'est pourquoi elles méritent qu'on leur accorde une attention particulière. Il s'agit en effet d'un corpus de règles particulier, à caractère transitoire, destiné à résorber les crises et incertitudes politiques nées de la destruction partielle ou totale de l'ordre constitutionnel initialement en vigueur.

La normativité de la constitution en Afrique est réellement en crise⁴. Cette problématique avait déjà été perçue par le professeur Conac lorsqu'il affirmait que :

le juriste lorsqu'il cherche à évaluer la portée du constitutionnalisme africain doit se garder de deux tentations contradictoires. S'il est naturellement porté aux travaux d'exégèse et à l'art des classifications, il cèdera à l'euphorie. [...] Si au contraire, il a tendance à s'attacher plus à l'application des textes qu'à leur contenu, il ne peut manquer d'être déçu, il tiendra pour négligeables les Constitutions qui sont très souvent éphémères ou peu contraignantes pour les pouvoirs publics.⁵

Selon cet auteur, « la légalité constitutionnelle en Afrique a un caractère trop formaliste et l'histoire de plusieurs pays a montré que leurs stabilité constitutionnelle n'est qu'apparente »⁶. Il conclut par ce constat d'évidence : « en Afrique c'est le relativisme constitutionnel qui domine »⁷.

Le professeur Kamto, à sa suite, observait quant à lui à propos du constitutionnalisme africain que « l'Afrique est le continent des incerti-

³ El Hadj MBODJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDJ* 2010.2.444.

⁴ Frédéric Joël AIVO, « Crise de la normativité des Constitutions en Afrique », *RDJ* 2012.1.141-170.

⁵ Gérard CONAC, « Les Constitutions des États d'Afrique et leur effectivité », dans Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 385-413. Lire pour compléter : Pierre-François GONIDEC, « À quoi servent les constitutions africaines ? Réflexions sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC* 1988.4.849.

⁶ *Id.*, 386.

⁷ *Id.*, 387.

tudes et des espoirs perpétuellement déçus »⁸; tandis que pour le professeur Kpodar, « la fétichisation de la Constitution dans les États d'Afrique noire d'expression française, cache mal son incapacité à servir véritablement d'assise juridique au pouvoir politique »⁹. La doctrine ressent ainsi un malaise¹⁰, une crise de l'ordre constitutionnel, à travers des signes inquiétants d'inadéquation entre la norme et la pratique qui oscille entre « succès et résistances »¹¹.

Bref, en Afrique, la constitution est réduite à un simple décor en raison de la multiplication des actes, comportements et stratégies qui sont mis en place afin de détourner celle-ci de son objectif premier, à savoir l'encadrement juridique du pouvoir. Le professeur Aivo traite à juste titre d'un « printemps des arrangements a-constitutionnel »¹², qui renouvelle la problématique du droit constitutionnel transitoire en Afrique francophone¹³.

En effet, les chartes de transition sont adoptées en Afrique dans le cadre de la résolution des crises politiques¹⁴ nées d'un coup d'État ou d'une

⁸ Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 491.

⁹ Adama KPODAR, *Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone*, Université de Bordeaux IV, Faculté de Droit et de Science politique de Kara, 2013, en ligne : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf> (consulté le 26 novembre 2017), p. 9.

¹⁰ Voir : Didier MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? », *Mouvement du droit public, Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691.

¹¹ Babacar GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Revue Pouvoirs* 2009.129.5-26.

¹² F. J. AIVO, préc., note 4, p. 10.

¹³ Lire avec intérêt sur cette question : Moussa ZAKI, « Petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP* 2012.6.1667-1696.

¹⁴ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *RFDC* 2005.3.63.451-49. Pour approfondir sur cette notion lire également : Innocent AHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, thèse pour le doctorat en droit public, Abidjan, Université La Rochelle et Université de Cocody, 2011 ; Sidy SADY, *La résolution des conflits en Afrique*, thèse de doctorat d'État en sciences politiques, Dakar, Université Cheikh Anta Diop, 2003 ; J. A. ASSOUGBA, *Les acteurs internationaux dans la crise ivoirienne*, thèse de Doctorat, Nantes, Université de Nantes, 2010 ; Dahirou Olatundé SANT-ANNA, *Conflits internes, crises humanitaires et droit international*, thèse de Doctorat, Limoges, Université de Limoges, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 2011 ; Philippe HUGON, « Les conflits armés en Afrique : apports, mythes et limites de l'analyse économique », (2003) 176 *Revue Tiers Monde* 829 ; Pascal

insurrection populaire ayant rendues inapplicables les dispositions constitutionnelles en vigueur. Les exemples de la Tunisie avec le *Décret-loi n° 14-2011 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics*¹⁵, le Burkina avec la *Charte de la transition*¹⁶ du 13 novembre 2014 et la Centrafrique avec la *Loi n° 13/001 portant Charte constitutionnelle de transition*¹⁷ sont assez illustratifs à cet égard. Ce qu'il est convenu désormais d'appeler « charte de transition » constitue de ce fait, un terrain privilégié pour observer les mutations significatives que connaît le nouveau droit constitutionnel en Afrique francophone¹⁸.

Ce constat, qui peut heurter les adeptes de l'État de droit¹⁹, amène naturellement à s'interroger sur le sens qu'il faut donner aujourd'hui à la constitution en Afrique francophone²⁰. Cette vision pessimiste des transformations du droit constitutionnel n'emporte cependant pas l'adhésion

CHAIGNEAU, « Pour une typologie des conflits africains », dans *Des conflits en mutation ? : De la guerre froide aux nouveaux conflits*, Actes du colloque de Montpellier du 6 au 9 juin 2001, Paris, Complexe, 2001.

¹⁵ En ligne: <<http://www.legislation.tn>> (consulté le 14 décembre 2017).

¹⁶ En ligne: <<http://www.ambaburkina-fr.org/charte-de-la-transition/>> (consulté le 26 novembre 2017).

¹⁷ En ligne: <<http://citizenshiprightsafrika.org/republique-centrafricaine-loi-n-13-001-du-2013-la-charte-constitutionnel-de-transition/>> (consulté le 27 novembre 2017),

¹⁸ Emmanuel CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, t. 126, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, p. 2; Georges LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943.

¹⁹ Rainer ARNOLD, « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », 2014.4.100.769-776.

²⁰ Lire sur cette question relative à la notion de Constitution: Stéphane PIERRE-CAPS, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel », *Civitas Europa* 2001.6.39; Georges BURDEAU, « Une survivance: la notion de constitution », dans *L'évolution du droit public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53; Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection: la notion de constitution », *RDP* 1990.5-22; Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2007, p. 1-10; Pierre AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel », *Revue Pouvoirs* 1989.49.5; Marc GUERRINI, « Vingt-cinq ans de constitutionnalisme vus par un jeune chercheur », *RFDC* 2014.100.981-989. Toute une série de mélanges rendent également compte de cette évolution: Mélanges Benoît JEANNEAU, *Les mutations contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2002; Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001; Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, *Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004; Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, *Le renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007.

unanime de la doctrine constitutionnelle. Pour le professeur Denis Baranger, par exemple, ces pratiques, assimilables aux « changements constitutionnels informels »²¹,

n'impliquent pas qu'il faille diagnostiquer la faillite du droit, mais cela conduit à insister sur sa permanente adaptation, et aussi sur le fait que par « droit », on doit comprendre dans ce contexte, des formes de prise en charge du politique beaucoup plus souples et protéiformes que celles habituellement envisagées.²²

En tout état de cause, la déconstruction de l'ordre constitutionnel censé réguler les situations de crise justifie que l'on questionne la juridicité des chartes constitutionnelles dans l'ordre juridique burkinabè et centrafricain, au regard des théories juridiques et à travers l'examen respectif de leur validité discutée d'une part (I) et de leur nature juridique controversée d'autre part (II).

I. La validité discutée des chartes de transition

Jean-Charles Jobart, au sujet de la validité, affirmait qu'elle « a ceci de spécifique et de difficile qu'elle interroge [...] le rapport de la norme juridique avec elle-même, son existence en droit, son appartenance à un ordre juridique »²³. La validité est ainsi le mode spécifique d'existence des normes²⁴.

Les divergences doctrinales au sujet de la théorie de la validité nous incitent à exclure du champ de la présente étude le paradigme jusnaturaliste qui postule que la validité d'une norme peut être axiologique, c'est-à-dire reposer sur sa légitimité, sur une relation de nécessité naturelle entre l'assignation d'un certain contenu moral minimum aux règles juridiques et

²¹ Manon ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, coll. des thèses (Fondation Varenne), n° 76, XIII, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso éditions, 2013.

²² Denis BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels », *Jus politicum* 2013.11.1.

²³ Jean-Charles JOBART, « Remarques sur la validité des actes unilatéraux en droit administratif français », (2006) 40-3 *Revue Juridique Thémis* 651, 651-676.

²⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Paris, Sirey, 1962, p. 148.

la réalisation du projet minimal de conservation que les hommes forment en s'associant²⁵. La « moralité interne du droit »²⁶ devient alors la condition même d'existence d'un système juridique. On dira que de telles théories ne permettent pas une bonne séparation entre le droit et la morale car nous nous alignons derrière ceux qui estiment que la validité d'un acte n'est pas tributaire de la moralité ou de la justice de son contenu²⁷.

C'est donc sous l'angle du positivisme que sera envisagée la question de la validité des chartes de transition. La controverse a farouchement opposé Hans Kelsen à Alf Ross, qui sont des chefs de file de deux tendances majeures du positivisme juridique contemporain, le normativisme chez le premier et le réalisme chez le second²⁸. Il faudra donc distinguer la validité des chartes de transition selon l'approche normativiste où elle est difficilement admissible d'une part (A) et réaliste où elle est véritablement soutenable d'autre part (B).

A. La difficile validité formelle des chartes de transition dans l'approche normativiste

Présenter le substrat de la théorie normativiste de la validité (1) est le préalable nécessaire pour mieux saisir son application difficile en l'espèce (2).

²⁵ *Id.*, p. 232.

²⁶ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1964, p. 4; Lon L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », (1958) 71 *Harvard Law Review* 645.

²⁷ Denys DE BECHILON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 256.

²⁸ Michel Troper affirme à cet égard que « c'est sur le concept de validité que s'est jouée la bataille la plus importante, parce que ce sont les conceptions de la validité qui constituent le meilleur révélateur non de toutes les différences qui pourraient exister entre deux théories du droit quelconques, mais de celles qui opposent deux théoriciens du droit se réclamant tous les deux du positivisme et d'une conception empirique de la science du droit ». Voir: Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société* 2002.1.50.44; H. L. A. HART, « Le réalisme scandinave », traduction Française d'Éric MILLARD, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n° 4, Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, 2000, p. 46; Andres A. RODRIGUEZ VILLABONA, « La Validité Des Systèmes Juridiques: Les Théories De La Norme Basique », (2011) 12-6-2 *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi* 188.

1. La substance de la théorie normativiste de la validité

Le maître autrichien Kelsen affirmait catégoriquement :

il est impossible de saisir la nature du droit si nous nous limitons à une règle isolée. Les relations qui unissent les règles particulières d'un ordre juridique sont elles aussi essentielles à la nature du droit. Il faut donner un sens clair aux relations qui unissent l'ordre juridique, alors seulement nous comprenons la nature du droit.²⁹

L'approche normativiste est la plus répandue et propose une conception formelle de la validité³⁰. Selon la hiérarchie dynamique des normes développée par Kelsen, une norme est rendue valide par une norme supérieure ; « [u]ne norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre »³¹. Pour être valide, la norme doit être formée conformément aux prescriptions de celle hiérarchiquement plus élevée. Donc pour Kelsen, « la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme »³². La validité est ainsi la conformité à une norme plus haute.

C'est « son inscription dans un ordre juridique qui confère à une norme sa validité, c'est-à-dire son caractère spécifiquement juridique »³³, souligne pour sa part Cyril Brami. Il n'existe pas dans la nature des normes juridiques isolées³⁴. Toute norme doit sa qualité de norme au fait d'avoir été produite conformément aux conditions posées par l'ordre juridique dans lequel elle s'insère. Dans la perspective kelsénienne, le rapport hiérarchique, consubstantiel à l'ordre juridique, apparaît comme un mode de relation entre normes et conditionne leur validité³⁵.

Ce rapport normatif se dédouble en rapports ascendant de conformité et descendant de production. Sur le rapport de conformité, Charles

²⁹ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 55.

³⁰ J.-C. JOBART, préc., note 23, p. 656.

³¹ H. KELSEN, préc., note 29, p. 314.

³² *Id.*, p. 256.

³³ Cyril BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français: essai d'analyse systémique*, thèse pour le doctorat en droit public, Cergy, Université Cergy-Pontoise, 2008, p. 1.

³⁴ Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *RDP* 1966.32.

³⁵ Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 345.

Eisenmann distingue deux types: la conformité simple reproduction et la conformité réalisation concrète³⁶. Le rapport de conformité est selon lui susceptible de connaître de substantielles variations et suppose toujours une mise en œuvre, une concrétisation, de la norme haute par la norme basse. Dire d'une norme qu'elle est conforme à une autre exprime l'idée d'infériorité et d'obligation de conformité, sous peine, pour la norme non conforme, de perdre sa validité³⁷. Le «test de conformité» met donc en œuvre la validité de la norme soumise à l'exigence de stricte adéquation.

Le rapport de production pour les tenants de la conception normativiste de l'ordre juridique est une manière de désigner la «cascade de validité». Pour Kelsen, «une norme qui règle la validité d'une autre norme sera supérieure dans l'ordre de production. Les conditions de validité sont la même chose que les règles de la production». Le rapport de production est donc purement formel car la norme supérieure encadre le mode d'élaboration de la norme basse, détermine ses coordonnées procédurales et organiques, mais l'autorité habilitée à produire la norme jouit d'un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de son contenu. Peut-on alors, sur la base du raisonnement qui précède soutenir la validité des chartes de transition au Burkina et en Centrafrique?

2. La pénible application de la théorie normativiste de la validité en l'espèce

Les chartes de transition seraient dépourvues de toute validité juridique selon la théorie normativiste. En effet, aucune autre norme positive supposée supérieure ne règle les conditions de leur production, sauf à postuler l'hypothèse d'une validité fondée sur l'existence d'une norme transcendantale que Kelsen appelle la «*grundnorm*». Les constitutions, actes du souverain originaire, n'ont pas réglementé les conditions formelles et matérielles de production de telles catégories normatives, qui opèrent une rupture partielle ou totale avec l'ordre constitutionnel en vigueur.

Les rapports entre les chartes de transition et les constitutions sont complexes. Au Burkina, les deux normes coexistaient dans l'ordre juridique transitoire car la charte ressuscite en son préambule la constitution

³⁶ Charles EISENMANN, «Le droit administratif et le principe de légalité», *EDCE* 1957.11.25.

³⁷ C. BRAMI, préc., note 33, p. 2.

qui avait été suspendue par la junte militaire arrivée au pouvoir sous la conduite du Colonel Zida; tout en affirmant paradoxalement sa primauté sur cette dernière. Ainsi, peut-on lire à l'article 25 de la Charte de transition qu' «en cas de contrariété entre la Charte de la transition et la Constitution, les dispositions de la Charte prévalent».

Comment justifier la primauté des dispositions de la Charte de transition burkinabè sur celles de la Constitution placée au sommet de l'ordre juridique? Bien plus, la Charte n'aurait pas été produite selon les prescriptions prévues par la constitution initiale en matière de révision. En Centrafrique, fonder la validité de la charte sur une norme supérieure est pratiquement impossible à partir du moment où, après le coup d'État, la constitution a été abrogée, créant ainsi un vide juridique ou une situation de non-droit.

Le professeur Soma a soutenu la validité du mouvement insurrectionnel contre le régime au Burkina mais n'a pas tiré une conclusion semblable pour ce qui est de la validité de la Charte de la transition tout au moins du point de vue formel³⁸. Selon lui :

la production de la Charte n'a pas respecté la procédure d'élaboration et d'adoption des règles formellement constitutionnelles au Burkina Faso. Elle est donc, moins en raison de sa forme que de son contenu un instrument à valeur matériellement constitutionnelle ayant pour finalité la gestion d'un processus de transition.³⁹

Le professeur Christophe Charbot, en des termes révélateurs qu'il convient de citer entièrement, affirme dans une réflexion sur la transition constitutionnelle en France :

un aspect particulier des transitions est qu'il ne s'agit pas ici de droit à proprement parler. En effet, si la plupart des Constitutions envisagent les modalités de leurs révisions, aucune n'envisage sa faillibilité, aucune ne prévoit les contraintes ou le cadre posé pour ce passage d'une Constitution à une autre. La notion de transition semble bien ne pas être un problème de droit en général ni de droit constitutionnel en particulier. Ce passage relève du fait, des crises sociales et politiques des régimes constitutionnels qui ne peuvent évidemment pas envisager leur fin. Le pacte constitutionnel est en effet supposé

³⁸ Abdoulaye SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES, Science Juridique et Politique*, 2015.001.3-9.

³⁹ *Id.*, p. 9.

réalisé sans condition de temps. La Constitution est conçue comme un contrat social à durée indéterminée, ou plus exactement indéterminable. La transition se distingue alors de la révision en cela qu'elle sort du cadre juridique posé par les hommes. Elle survient, elle se fait, elle s'impose plus qu'elle ne suit des règles précises. Elle a ceci de magique que sortie du droit, supprimant l'ordre ancien, elle fait néanmoins apparaître ce pouvoir constituant originaire qui est au fondement mythique de tout ordre constitutionnel.⁴⁰

La production des chartes de transition dans les pays étudiés ne repose sur aucune relation de logique formelle avec les constitutions en vigueur. À ce titre, la validité de telles normes dans la pensée normativiste ne pourrait avoir pour seule explication logique que la conformité de celles-ci à une norme supérieure transcendante non posée mais supposée. En effet, précise le maître autrichien :

une pluralité de normes constitue une unité, un système ou un ordre, quand leur validité repose en dernière analyse sur une norme unique. Cette norme fondamentale (*Grundnorm*) est la source commune de la validité de toutes les normes appartenant au même ordre et elle en constitue l'unité. L'appartenance d'une norme à un ordre déterminé résulte uniquement de la possibilité de faire dépendre sa validité de la norme fondamentale qui est à la base de cet ordre.⁴¹

Une telle proposition est avancée pour éviter une régression à l'infini. Car lorsqu'on remonte l'échelle de la validité, on se retrouve au bord du vide dès lors qu'aucune norme positive ne permet de justifier la validité de la première constitution. Si dans les cas en l'espèce il ne s'agit pas de justifier la validité de la première constitution historique du Burkina Faso et de la Centrafrique, force est de reconnaître que l'adoption des chartes de transition intervient dans un contexte de vide constitutionnel certain du fait de la suspension ou de l'abrogation de la norme fondamentale initialement en vigueur. Du coup, la seule façon de justifier la validité formelle des chartes de transition est de supposer leur conformité à une norme fondamentale par définition même non posée, mais supposée, hypothétique, ne faisant pas partie du droit positif mais correspondant selon Kelsen à « une hypothèse logique-transcendante »⁴².

⁴⁰ Charles CHARBOT, « Le transition constitutionnelle en France », 5^e Séminaire franco-japonais de droit public, Colmar-Lyon, 4-10 septembre 2002, dans *La Constitution et le Temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 95.

⁴¹ H. KELSEN, préc., note 24, p. 119.

⁴² *Id.*, p. 266.

Une telle démarche ne pouvait échapper aux critiques les plus sévères d'Alf Ross qui n'a pas hésité à qualifier Kelsen de pseudo-positiviste ou de jusnaturaliste déguisé⁴³. Par une telle alchimie, Kelsen aurait bafoué son rêve de construire une théorie pure du droit à partir du postulat méthodologique fondamental selon lequel une proposition normative ne peut être déduite de prémisses factuelles conformément à la loi de Hume. Il aurait ainsi ébranlé sa mythique construction théorique reposant sur l'idée d'une séparation radicale de « l'être » et du « devoir être ». En conséquence, mis à part l'hypothèse de la *grundnorm*, les chartes de transition tirent leur validité d'un fait et non d'une norme valide, d'où l'intérêt de l'approche réaliste.

B. La plausible validité matérielle des chartes de transition dans l'approche réaliste

Pour justifier la validité tout au moins matérielle des chartes de transition, il convient peut-être de dissocier deux conceptions du réalisme, l'une positiviste (1) et l'autre institutionnaliste (2).

1. La validité matérielle des chartes de transition selon le réalisme positiviste : l'effectivité des chartes

La pensée réaliste d'Alf Ross au sujet de la validité peut se résumer comme suit. Dans une acception large, la validité est un fait social ; c'est le fait que la norme est en vigueur. Au sens strict, la validité serait donc selon la conception rossienne la qualité d'être obligatoire, c'est-à-dire non seulement juridiquement mais aussi moralement obligatoire⁴⁴. C'est ce que Jean-Charles Jobart qualifie de « validité empirique reposant sur l'effectivité de la norme »⁴⁵. Les normes valides sont celles qui sont appliquées. Or elles sont appliquées parce qu'elles sont perçues comme socialement obligatoires.

⁴³ Alfred Ross, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », (1961) IV *Revista Juridica de Buenos Aires*, traduction française par Éric MILLARD et Elsa MATZNER, dans Alfred Ross (dir.), *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004.

⁴⁴ Lire avec intérêt : Alfred Ross, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », dans Alfred Ross (dir.), *Introduction à l'empirisme juridique*, traduction d'Éric MILLARD et d'Elsa MATZNER et présentation par Éric MILLARD, Paris, LGDJ, 2004.

⁴⁵ J.-C. JOBART, préc., note 23, p. 654.

La conception de Ross de la validité, si elle permet de soutenir plus aisément la validité matérielle des chartes de transition à partir du moment où elles commencent à être appliquées, présente peut-être néanmoins le défaut de confondre sur le plan de la technique juridique les notions de validité, d'effectivité et d'efficacité qui ne sont pas synonymes. Comment alors identifier les normes juridiques ?

Les propos de Kelsen à ce sujet ne sont pas sans ambiguïté. Pour lui, la validité d'une norme est distincte de son efficacité. L'efficacité est le fait que la norme soit effectivement appliquée, obéie ou suivie, que le comportement humain qui y correspond se produise effectivement. Dès lors, affirmer par la suite que « l'efficacité est une condition de validité de la norme juridique en tant qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édicition pour ne pas perdre leur validité »⁴⁶ paraît pour le moins paradoxal. L'efficacité ne serait donc pas à proprement parler la condition d'existence d'une norme.

Est donc juridique la norme effectivement observée. Mais pour cela, la norme doit préexister à son observation, ce qui est contraire à la définition de la validité comme effectivité. Une telle définition de la validité « ne permet plus de définir la norme, puisqu'on ne sait pas comment la définir indépendamment de l'observation et qu'on ne sait pas ce qui est observé »⁴⁷. Un décret ou un arrêté qui n'est pas appliqué, voire qui est même violé, n'en conserve pas moins sa valeur et son existence en droit. Le flou créé par ces acceptions de la validité amène à se questionner véritablement le concept d'effectivité.

Or, « [l]a question de l'effectivité en droit est au cœur des paradoxes »⁴⁸, affirme Julien Betaille. Définie de manière très générale comme « le

⁴⁶ H. KELSEN, préc., note 24, p. 15.

⁴⁷ Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », dans Michel TROPER (dir.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2001, p. 33. Du même auteur : Michel TROPER, *Philosophie du droit*, coll. Que sais-je ?, n° 857, Paris, PUF, 2003, p. 48 et 49.

⁴⁸ Julien BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'efficacité des normes en droit public interne : illustration en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat en droit, Limoges, Université de Limoges, 2012, p. 1. D'un côté, le droit serait « fait pour être appliqué » selon Jean Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 20). De l'autre, le « destin du droit » serait selon Denys De Bechillon, « de demeurer partiellement inefficatif » (*Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 61). Lire aussi : Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon Assas, LGDJ, 1998, p. 137 et suiv.; Paul AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de*

caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement»⁴⁹, ou encore comme «le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit»⁵⁰, l'effectivité est une notion fréquemment utilisée par les juristes et par les sociologues du droit⁵¹.

Elle ne constitue toutefois pas, selon le professeur Rangeon

à proprement parler une notion juridique, et n'appartient pas à la définition de la règle de droit, elle ne qualifie pas une situation juridique et elle n'entraîne pas par elle-même d'effets juridiques. L'effectivité désigne d'une part un fait vérifiable, voire mesurable, celui de l'application, susceptible de degrés (car l'effectivité n'est jamais totale) d'une règle de droit, d'autre part les effets réels de la règle sur les comportements sociaux.⁵²

Cette définition minimale étant admise, il faut toutefois constater qu'il ne règne aucun accord sur la signification précise, la portée et le statut de cette notion. Ainsi, pour Julien Betaille, l'effectivité peut, dans le premier sens, renvoyer à ce qui engendre un «effet», mais aussi, dans le second sens, à ce qui est «réel». Autrement dit, l'utilisation du terme «effectivité» peut chercher d'une part à exprimer que quelque chose a produit un effet sur la réalité ou, d'autre part, que quelque chose est réel, c'est-à-dire «existe dans les faits». Ce mot indique donc tantôt une action en cours à savoir l'«effectivité-action», tantôt un état résultant du passé notamment l'«effectivité-état»⁵³.

Le Professeur Rangeon observe que :

à une conception restrictive de l'effectivité, défendue principalement par les juristes, s'oppose une conception extensive illustrée par les travaux de socio-

phénoménologie juridique), Paris, LGDJ, 1964, p. 332 et suiv.; Vincent RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse de doctorat en droit, Paris, Université Paris II, 2003; Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Nancy, LGDJ, 2011.

⁴⁹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987.

⁵⁰ Pierre LASCOUMES, «Effectivité», dans André-Jean AMAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, Story-scientia, 1988.

⁵¹ Jean CARBONNIER, «Effectivité et ineffectivité de la règle de droit», *Année sociologique* 1957-1958, repris dans *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1976, p. 99 et suiv.; Pierre LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du Droit», *Droit et Société* 1986.2.101-123.

⁵² François RANGEON, «Réflexions sur l'effectivité du droit», dans C.U.R.A.P.P., *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 128.

⁵³ J. BETAILE, préc., note 48, p. 2.

logie du droit. La première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre des rapports droit/application du droit, alors que la seconde l'élargit aux relations droit/société. Dans le premier cas l'effectivité est conçue de manière normative: le droit ayant par nature vocation à être appliqué, l'effectivité traduit une application correcte du droit, conforme à sa lettre ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur. Dans le second cas, l'effectivité résulte essentiellement de l'acceptation de la règle de droit par ses destinataires.⁵⁴

L'effectivité a ici une «vocation pratique dans la mesure où elle vise à évaluer les degrés d'application du droit, à préciser les mécanismes de pénétration du droit dans la société»⁵⁵. Ainsi, la notion d'effectivité est dans ce cadre «l'instrument conceptuel d'évaluation [du] degré de réception [de la norme], le moyen de mesurer des "écarts" entre pratique et droit»⁵⁶. En ce sens, le professeur Cohendet perçoit l'effectivité d'une norme comme «la relation de conformité entre les comportements qu'elle prescrit et les comportements réels»⁵⁷.

Si donc, dans un sens plus large, la validité désigne «le caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont les effets juridiques que leurs auteurs entendent leur conférer»⁵⁸, on comprend pourquoi validité et effectivité sont susceptibles de confusion. La validité et l'effectivité supposent toutes les deux l'acceptation de la règle, la conscience de son importance et de sa légitimité. L'effectivité ne peut alors servir de critère de validité d'une norme que si l'on adopte l'approche axée sur la réalisation de son contenu et non sur celui de son mode de production.

Ne pouvant donc pas fonder la validité des chartes de transition sur leur conformité à une norme positive supérieure, seule leur effectivité, c'est-à-dire le fait qu'elles sont réellement applicables, pourrait justifier leur existence et leur insertion dans l'ordre juridique. Dans les faits, au Burkina Faso notamment, cette application a été défendue autant par les autorités de la transition que par le peuple qui résista une fois de plus au

⁵⁴ F. RANGEON, préc., note 52, p. 130.

⁵⁵ *Id.*, p. 128.

⁵⁶ P. LASCOURMES et E. SERVERIN, préc., note 51, p. 127.

⁵⁷ Marie-Anne COHENDET, «Légitimité, effectivité et validité», dans *Mélanges Pierre Avril, La république*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 203.

⁵⁸ François OST, «Validité», dans André-Jean AMAUD (dir.), préc., note 50.

coup d'État du Général Diendere, dont la réussite aurait à coup sûr neutralisé la Charte. De même, en République Centrafricaine, malgré les difficultés observées, la Charte constitutionnelle de la transition demeure la seule norme principale organisant l'ordre juridique transitoire et véritablement appliquée par les organes de la transition. On peut dès lors donner raison à ceux qui pensent que l'exigence d'effectivité paraît avant tout inhérente à la nature de la norme juridique.

Pour Rudolf Von Jhering, «l'essence du droit est la réalisation pratique»⁵⁹ et l'effectivité est «l'expression essentielle»⁶⁰ du droit selon François Terré. Elle apparaît comme une exigence inhérente à la norme juridique puisque celle-ci est, tel que l'avance Jean Rivero, «faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits»⁶¹.

Parallèlement au positivisme réaliste ci-dessus présenté, la théorie de l'institution pourrait par contre également être avancée pour justifier la validité matérielle des chartes de transition dans les pays objets de la présente étude.

2. La validité matérielle des chartes de transition selon l'approche institutionnaliste

En admettant avec Carré de Malberg que lors d'une révolution, «la Constitution nouvelle ne sera point confectionnée selon la procédure, le mode constituant et les formes, qui avaient été prévus et prescrits par sa devancière. Celle-ci ayant été radicalement détruite par l'effet même du coup d'État ou de la révolution»⁶², on ne peut à sa suite soutenir l'idée d'une validité des chartes de transition qu'en posant qu'il n'y aurait donc pas de droit au cours des périodes de transition constitutionnelle, mais seulement des règles issues de la volonté de la force politique dominante dont la juridicité ne pourrait pas être établie.

Dès lors, à partir du moment où, entre la constitution ancienne et la charte de transition, Carré de Malberg considère qu'il «n'existe pas de lien

⁵⁹ Rudolf VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 54.

⁶⁰ François TERRE, *Le droit*, Paris, Dominos, Flammarion, 1999, p. 66.

⁶¹ Jean RIVERO, «Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique», dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 675.

⁶² Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, p. 496.

juridique», on doit logiquement conclure qu'entre les deux normes, il y a « un intervalle de crise, un interrègne constitutionnel durant lequel la puissance constituante serait constituée par des personnages qui, avec la force, se sont emparés de ce pouvoir »⁶³. Ce point de vue semble s'apparenter à la pensée décisionniste défendue notamment par Carl Schmitt⁶⁴.

En effet, en cohérence avec la philosophie « décisionniste »⁶⁵, cette signification particulière de la charte ne peut être établie que par une volonté particulière, la volonté constituante, qui fonde politiquement le pouvoir constituant⁶⁶. La validité de la charte est donc liée à cette volonté spécifique de l'auteur du pouvoir constituant⁶⁷ car « avant toute normation, on rencontre la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la vraie monarchie »⁶⁸. Mais, dans le cas d'espèce, l'élaboration des chartes de transition ne relevait ni de l'œuvre directe du peuple constituant, ni, même encore moins, de celle d'un monarque. Les chartes sont néanmoins la résultante d'un certain consensus entre des forces politiques agissant au nom du peuple sans toutefois avoir reçu de lui un mandat direct.

Le raisonnement du professeur Perlo est particulièrement édifiant à cet égard. Elle considère, et nous sommes entièrement de son avis, « qu'aucune instauration d'un nouvel ordre juridique ne peut se faire de façon légale, c'est-à-dire en respectant l'ordre précédent »⁶⁹. Pour autant, cela ne la conduit pas à affirmer que la constitution provisoire est dépourvue d'une validité juridique *hic et nunc*. Pour elle, en effet :

l'ordre juridique n'est pas auto-fondé, mais il est issu d'un équilibre politique concret, qui exprime des règles non formalisées, régissant une société déterminée, à un moment historique donné. La Constitution provisoire est la première expression formalisée de cet équilibre. En organisant les pouvoirs et en

⁶³ *Id.*, p. 497.

⁶⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1993.

⁶⁵ *Id.*, p. 49 à 58.

⁶⁶ *Id.*, p. 212.

⁶⁷ *Id.*, p. 152.

⁶⁸ *Id.*, p. 154.

⁶⁹ Nicoletta PERLO, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *AFDC*, 2014, Atelier F « Transitions constitutionnelles », en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLF/F-perlo_T2.pdf> (consulté le 26 novembre 2017), p. 7.

structurant les rapports de production et de validité entre les normes, elle est la norme fondamentale de l'ordre juridique transitionnel.⁷⁰

Le professeur Perlo adhère ainsi aux théories institutionnalistes selon lesquelles il ne peut y avoir aucune règle juridique formelle, constitutionnelle ou infra-constitutionnelle, qui n'ait pas été produite par une organisation – une « constitution matérielle », selon le terme utilisé par Constantino Mortati⁷¹, ou encore une « institution », selon la notion élaborée par Maurice Hauriou⁷² et Santo Romano⁷³ – déjà existante :

Avant toute Constitution formelle, soit-elle provisoire ou définitive, doit donc exister une organisation, un ordre concret capable de l'exprimer. Cet ordre est formé par l'équilibre entre des pouvoirs, des forces, matérielles et spirituelles, qui, d'une part, veulent et imposent le nouvel ordre juridique, et, d'autre part, subissent de façon plus ou moins passive l'ordre voulu par les premiers.⁷⁴

L'harmonie que ces pouvoirs informels atteignent est à l'origine de la structure fondamentale du système des sources du droit – l'ordre juridique – et de la structure fondamentale des « processus d'intégration politique »⁷⁵. En ce sens, les chartes de transition issues d'un pacte politico-social présupposent l'équilibre des pouvoirs enracinés dans la société. Mais reste à résoudre la question de la nature juridique de ces chartes de transition.

II. La nature juridique ambiguë des chartes de transition

La nature juridique est « ce qui définit en droit une chose en l'occurrence une institution et qui permet de le ranger dans une catégorie juri-

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Costantino MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. Voir aussi sur la doctrine de Mortati l'analyse de Franck LAFFAILLE, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum*, n° 7, en ligne : <<http://juspoliticum.com/article/La-notion-de-constitution-au-sens-materiel-chez-Costantino-Mortati-458.html>> (consulté le 26 novembre 2017).

⁷² Maurice HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929.

⁷³ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction de Pierre GOTHOT et Lucien FRANÇOIS, Paris, Dalloz, 1975.

⁷⁴ N. PERLO, préc., note 69, p. 7.

⁷⁵ Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol. I, Torino, Utet, 1988, p. 22.

dique précise»⁷⁶. Rechercher la nature juridique d'un concept revient donc à donner sa qualification juridique. C'est pourquoi questionner la nature juridique des chartes de transition s'avère être un exercice complexe dans la mesure où « jusqu'ici, les théories classiques du droit constitutionnel, en particulier le normativisme juridique qui sous-tend la théorie pure du droit de Hans Kelsen, n'avaient pas encore envisagé cette catégorie juridique inédite »⁷⁷. A cet effet, on pourra constater que les chartes de transition ne sont ni des constitutions dans leur acception formelle, ni des accords politiques d'une part (A) et que, d'autre part, elles pourraient selon le cas être soit des conventions de constitution, soit des petites constitutions (B).

A. L'éloignement des chartes de transition aux constitutions formelles et aux accords politiques

Du point de vue strictement juridique, on ne saurait assimiler les chartes de transition aux constitutions formelles avec lesquelles il n'existe qu'une affinité incomplète (1) et encore moins aux accords politiques puisque la ressemblance n'est qu'imparfaite (2).

1. Les chartes de transition, une affinité incomplète avec les constitutions formelles

Quelle que soit la dénomination retenue, à savoir, « décret-loi » en Tunisie, « charte de la transition » au Burkina, « charte constitutionnelle de la transition » en Centrafrique, « constitution de transition » en République Démocratique du Congo (RDC), les catégories normatives mises en exergue ici ne sont point des constitutions formelles mais s'apparentent du point de vue de la doctrine majoritaire aux actes matériellement constitutionnels. Le raisonnement se fonde sur la distinction théorique opérée entre constitutions formelles et constitutions matérielles.

L'approche matérielle appréhende la constitution à travers trois dimensions, à savoir : les normes, les institutions et les libertés. Vu sous cet angle, les chartes de transition sont véritablement des normes en ce qu'elles règlent les conditions de production d'autres normes de l'ordre juridique transitoire. Elles déterminent également le cadre de l'action des institutions provisoires de la transition et formalisent directement, comme

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ E. H. MBODJ, préc., note 3, p. 445.

en République Centrafricaine⁷⁸, ou indirectement, comme au Burkina⁷⁹, l'ensemble des droits et libertés fondant l'ordre juridique transitoire.

Pour le professeur Perlo, qualifier de constitution formelle les chartes de transition semble fort déplacé car cette catégorie normative a un contenu spécifique :

qui formalise trois décisions issues de l'équilibre entre les forces politiques et sociales en présence : premièrement, la décision dé-constituante, deuxièmement, la décision constituante, et troisièmement, la décision constitutive d'un ordre juridique transitoire. La décision dé-constituante met fin au régime constitutionnel précédent. La décision constituante attribue et organise le pouvoir constituant. La décision constitutive crée un ordre juridique transitoire, en instituant et en réglementant les pouvoirs publics provisoires et en établissant les règles sur la production des normes.⁸⁰

En conséquence, les chartes constitutionnelles sont pour ainsi dire incontestablement des actes matériellement constitutionnels sans pour autant être des constitutions formelles ; étant entendu que les constitutions formelles sont celles dont le processus d'élaboration et de révision est différent de celui des lois ordinaires. C'est en tout cas le point de vue du professeur Mbodj qui, interrogeant la nature juridique de la « Constitution de transition » en République Démocratique du Congo conclut qu'il s'agit d'une « atypie au regard des théories classiques »⁸¹. Deux raisons sont évoquées pour justifier son propos à savoir que ce sont des Constitutions sans peuple d'une part et conditionnées d'autre part⁸². Des doutes peuvent néanmoins s'installer lorsqu'on constate que les chartes de transition en étude ici ont chacune aménagé leur régime spécial de révision qui pourrait justifier leur classement parmi les actes formellement constitutionnels à caractère transitoire. Toutefois, ce n'est pas sous l'angle du pouvoir de révision qu'il faut poser le problème à notre sens mais plutôt sous celui du pouvoir constituant originaire.

⁷⁸ Le préambule de la Charte de la constitution centrafricaine énumère explicitement le droit et libertés fondant l'ordre juridique de la transition.

⁷⁹ La référence aux droits et libertés dans la Charte de la transition burkinabè est indirecte en ce qu'elle ressuscite la Constitution originaire dont le préambule proclame son attachement aux nombreux droits et libertés de l'homme.

⁸⁰ N. PERLO, préc., note 69, p. 9

⁸¹ E. H. MBODJ, préc., note 3, p. 445.

⁸² *Id.*

Si le premier argument à l'effet qu'il s'agit de constitutions sans peuple est le plus déterminant, le second semble plus relatif car l'adoption de la Charte de la transition au Burkina, ne dérivait d'aucune norme préexistante. Or l'article 1 de la *Constitution de transition congolaise*⁸³ adoptée le 6 mars 2003 posait clairement que « la Constitution de transition de la RDC est élaborée sur la base de l'accord global et inclusif et sur la transition en République Démocratique ».

Cet accord global et inclusif est celui signé à Pretoria le 17 septembre 2002. De même, le préambule de la *Loi n° 13/001 portant Charte constitutionnelle de la transition en Centrafrique* dispose que :

les Représentants des forces vives de la Nation réunis au sein du Conseil National de Transition (CNT) [...] réitèrent leur pleine adhésion aux Accords de Libreville du 11 janvier 2013, aux décisions des troisième et quatrième sommets extraordinaires élargis des Chefs d'Etats et de Gouvernement de la CEEAC des 03 et 18 avril 2013, ainsi qu'à celles du Comité de Suivi des Accords de Libreville et du Groupe International de Contact sur la République Centrafricaine du 02 au 03 mai 2013 et engagent l'État et les parties prenantes à les respecter scrupuleusement.⁸⁴

Néanmoins, on ne saurait logiquement assimiler les chartes de transition aux constitutions purement formelles dans la mesure où le peuple souverain, constituant originaire, n'exprime en l'espèce « aucune volonté normative »⁸⁵.

En effet, les chartes ont été adoptées par « les représentants des forces vives de la Nation réunis au sein du Conseil National de Transition (CNT) » en Centrafrique, par les « représentants des partis politiques, des organisations de la société civile, des forces de défense et de sécurité, des autorités religieuses et coutumières » qui dans la charte ont même ressuscité la constitution suspendue au Burkina et par les « délégués des composantes et entités au dialogue inter-congolais » sans que nulle part ces délégués et représentants ne puissent prétendre agir au nom du peuple détenteur exclusif du pouvoir constituant originaire, qui seul crée une

⁸³ En ligne: <<https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/5522/2811.pdf?sequence=1>> (consulté le 30 janvier 2018).

⁸⁴ *Loi n° 13/001 portant Charte constitutionnelle de la transition en Centrafrique*, préc., note 17.

⁸⁵ Olivier CAYLA, « Le Conseil Constitutionnel et la constitutionnalisation de la science du droit », dans *Le Conseil Constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1998, p. 106.

constitution, du moins à s'en tenir aux procédés démocratiques d'élaboration des constitutions. Les chartes ne sont pas la résultante d'un travail accompli par une assemblée constituante désignée par le peuple. Elles s'apparentent pour ainsi dire aux constitutions octroyées qui semblent inappropriées à l'évolution actuelle des sociétés démocratiques qui mettent le peuple au centre de leur action à la fois comme un moyen et comme une fin. Il y a de ce fait manifestement « l'exclusion du peuple dans le processus d'élaboration et d'adoption »⁸⁶ des chartes empêchant alors tout rattachement aux constitutions formelles.

La constitution, affirme le professeur Mbodj, héritière des grandes constructions théoriques du siècle des Lumières, est la traduction institutionnelle du « pacte social » par lequel les individus abandonnent l'état de nature pour fonder la société politique. Les clauses de ce pacte devaient être l'expression du consentement de toutes les parties à la convention. Tirant la conséquence logique de l'origine populaire de la Constitution, la Convention posait, le 21 septembre 1792, le principe selon lequel : « Il ne peut y avoir de Constitution que celle acceptée par la nation ». Au demeurant, c'est ce principe qui attribue au peuple l'exercice du pouvoir constituant. Le souverain primaire peut intervenir soit en amont pour élaborer, directement ou indirectement par le biais des représentants qu'il a désignés, le projet constitutionnel, soit en aval pour approuver la constitution⁸⁷.

Ainsi que le faisait remarquer Maurice Duverger, « en pratique, le mode normal d'établissement des Constitutions c'est donc l'élection d'une assemblée spéciale, dite "assemblée constituante" »⁸⁸. Pour qu'on puisse parler de constitution, l'œuvre constituante du peuple devait pouvoir s'activer souverainement et sans partage⁸⁹. Les chartes ne seraient pas la concrétisation d'une volonté souveraine, donc inconditionnelle du peuple car leur nature négociée traduit inévitablement leur caractère conventionnel en la forme et constitutionnel sur le fond. Elles se conçoivent dans la perspective « non pas d'une légitimation populaire et démocratique du régime provisoirement institué, mais de l'instauration d'un régime dont la

⁸⁶ E. H. MBODJ, préc., note 3, p. 445.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Maurice DUVERGER, *Droit constitutionnel et Institutions politiques. Théorie générale des régimes politiques*, t. 1., 4^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1959, p. 217.

⁸⁹ Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1984, p.114-115.

durée de vie est limitée dans le temps, pour les besoins d'une cause bien déterminée»⁹⁰.

On peut donc conclure avec le professeur Mbodj que :

l'ingénierie constitutionnelle contemporaine privilégie le pragmatisme dans l'œuvre constructive conduisant, de ce fait, à des aménagements institutionnels productifs au regard des objectifs recherchés, mais souvent au détriment de la cohérence théorique [...]. Ainsi, ces Constitutions transitionnelles, atypiques au regard des théories classiques, induisent à privilégier l'auscultation des mécanismes générés par l'ingénierie constitutionnelle qui, dans un contexte de crises, se préoccupe davantage de solutions pragmatiques consensuelles que de l'application mécanique des principes théoriques qui peuvent se révéler inappropriés dans la construction d'un régime politique considéré.⁹¹

Autant on éprouve des difficultés à rattacher les chartes de transitions aux constitutions classiques, autant elles seraient très difficilement envisagées au plan juridique comme des accords politiques.

2. Les chartes de transition, une ressemblance imparfaite avec les accords politiques

Les chartes de transition comme les accords politiques ont en commun la particularité de marquer le triomphe du « conventionnalisme constitutionnel »⁹², à travers la multiplication des « arrangements a-constitutionnel »⁹³, ce qui donne tout le sens au « para-constitutionnalisme »⁹⁴

⁹⁰ E. H. MBODJ, préc., note 3, p. 446.

⁹¹ *Id.*, p. 449.

⁹² F. J. AIVO, préc., note 4, p. 141 ; Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le recours au contrat, une chance pour le constitutionnalisme contemporain, en Afrique et ailleurs ? », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Markham, LexisNexis, 2012, p. 803 ; Magalie BESSE, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *AFDC*, 2014, Atelier F « Transitions constitutionnelles », en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-45/l-ecriture-multilaterale-des-constitutions-facteur-de-reussite-des-transitions-democratiques.142409.html>> (consulté le 26 novembre 2017).

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Luc SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *RCSP* 2007.40.2.467 ; Luc SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », dans *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, Mélanges Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 994.

mis en exergue par le professeur Luc Sindjoun. Sans revenir sur les rapports souvent complexes et controversés que les accords politiques entretiennent avec la constitution⁹⁵, en raison non seulement de son éloignement du champ de notre réflexion mais aussi de l'abondante littérature doctrinale sur la question, on se demande si, à partir des critères d'identification des accords politiques, il est possible de rattacher les chartes de transition à cette catégorie. La question n'est pas facile à démêler et suppose au préalable que la notion d'accord politique soit clarifiée. En mettant en évidence les critères formel, matériel et finaliste, on peut appréhender les accords politiques comme les actes constitutionnels signés par les protagonistes dans un conflit à l'effet de résoudre une situation de crise.

Il convient de vérifier tour à tour les différents critères de reconnaissance des accords politiques afin de déterminer s'il est possible de déboucher sur une synonymie ou une antinomie entre les notions de chartes constitutionnelles et d'accords politiques.

En ce qui concerne le critère finaliste, qui est celui le plus souvent mis en relief par la doctrine lorsqu'elle définit les accords politiques, le test ne permettrait pas de dissocier accords politiques et chartes de transition. De l'avis du professeur De Gaudusson, les accords politiques auraient une « finalité politique de sortie de crise »⁹⁶. Le professeur Jean-Louis Atangana Amougou, pour sa part, estime que les accords politiques peuvent s'entendre de « tout accord conclu entre les protagonistes d'une crise politique

⁹⁵ Lire avec intérêt: Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine* 2003.2.206.41-55; Adama KPODAR, « Politique et ordre juridique: les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *RRJ Droit prospectif* 2005.4II.2503-2526; I. AHUENI MANZAN, préc., note 14; Paterné MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les États africains: réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », (2012) 57 *Revue de droit de McGill* 921; Yves FOTSO NTEMEU, *La nature juridique des accords de paix dans les conflits politiques en Afrique au sud du Sahara: le cas de la Côte d'Ivoire*, thèse de maîtrise en droit public, Cameroun, Université de Dschang, 2011; Delphine POLLET-PANOUSSIS, « La Constitution congolaise de 2006: petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008.3.75.451-498; Franc DE PAUL TETANG, « De quelques bizarreries constitutionnelles relatives à la primauté du droit international dans l'ordre juridique interne: la Côte d'Ivoire et l'affaire de l'élection présidentielle », *RFDC*, 2012.3.91.45-66.

⁹⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, préc., note 95, p. 45.

interne ayant pour but de la résorber, quelle que soit sa dénomination»⁹⁷. Pour M. Innocent Ahueni Manzan, les accords politiques ont pour « objectif premier de trouver une solution aux causes profondes d'un conflit »⁹⁸. Leur objet est « d'organiser le passage ou le retour à la paix à la fois par la liquidation de la situation de ce qui prévalait »⁹⁹.

Ils « s'incarnent parfaitement dans le compromis politique que recherchent les acteurs d'un conflit armé ou d'une crise politique pour mettre un terme à une situation de rupture de la paix ou de l'ordre constitutionnel »¹⁰⁰. C'est également dans ce sens que l'International Human Council on Right appréhende les accords de paix comme des « accords conclus suite à un conflit violent ou potentiellement violent qui établissent les principaux points de convergence entre les protagonistes militaires et politiques d'un conflit et/ou des acteurs internationaux tiers »¹⁰¹. Cette vision finaliste est largement partagée par le professeur Miranda Metou lorsqu'elle définit l'accord politique comme « toute rencontre de volonté des parties à un conflit (interne ou international), qu'il soit consigné dans un ou plusieurs documents connexes destinés à régir les rapports entre ces parties pendant la crise en vue de faciliter le rétablissement de la paix dans l'État ou la région concernée »¹⁰².

Les accords politiques, comme les chartes de transition, ont pour finalité la résolution des antagonismes sociopolitiques qui affectent les sociétés politiques africaines. Ces antagonismes ont « pour enjeu la conquête, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique par les partis, les clans, les

⁹⁷ Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « Les accords des paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », (2007) 4-1 RASJ 236.

⁹⁸ I. AHUENI MANZAN, préc., note 14, p. 35.

⁹⁹ Alain Didier OLINGA, « Les accords de paix et le Droit humanitaire, un aperçu à la lecture de quelques instruments juridiques africains relatifs à la paix », dans Jean Didier BOUKONGOU et Jean-Claude TCHEUWA (dir.), *De la Paix en Afrique au XXI^e siècle : journée scientifiques du centres d'études et de recherche en droit international et communautaire*, Yaoundé, Presse de l'Université Catholique d'Afrique Centrale 2007, p. 75.

¹⁰⁰ F. J. AIVO, préc., note 4, p. 151.

¹⁰¹ CONSEIL INTERNATIONAL POUR L'ÉTUDES DES DROITS HUMAINS, *Négocier la justice?, Droits Humains et Accord de Paix*, Versoix, 2007, en ligne: <http://www.ichrp.org/files/reports/38/128_report_fr.pdf> (consulté le 26 novembre 2017), p. 6.

¹⁰² Miranda Brusil METOU, « La validité des accords de paix », dans Jean Didier BOUKONGOU et Jean-Claude TCHEUWA (dir.), préc., note 99.

groupes ou les individus qui entendent imposer leur domination sur leurs adversaires »¹⁰³.

Ils sont la manifestation d'une rupture du consensus sur une question essentielle, d'une divergence de vue, d'un défaut ou d'un déficit de dialogue ou encore d'une redistribution inéquitable des positions, honneurs ou prébendes générés par l'État. Cette motivation dominante du discours contestataire fonde et ravive ces conflits dont la liste déjà longue impressionne par le nombre d'États affectés.

Ce sont donc des antagonismes d'intensité variable, mais capables d'affecter directement ou incidemment le bon fonctionnement des institutions et la stabilité du régime. Ils peuvent aussi avoir pour conséquence de rendre difficile l'application de certaines dispositions de la constitution¹⁰⁴. D'ailleurs, la défaillance des mécanismes constitutionnels de résolution de ces antagonismes peut déterminer la mobilisation de ressources complètement étrangères à la constitution¹⁰⁵. La généralisation de ce phénomène témoigne, sinon de son efficacité, du moins de la vitalité de l'ingénierie constitutionnelle en œuvre dans les États africains en crise¹⁰⁶.

Pour ce qui est du critère matériel, les accords politiques autant que les chartes de transition, sans être des constitutions au sens formel du terme, seraient tous deux des actes matériellement constitutionnels¹⁰⁷ car ils réglementent l'organisation et le fonctionnement des institutions durant la période de transition. Les chartes de transition ont donc, comme les accords politiques un « contenu juridique »¹⁰⁸. Ils procèdent très souvent à une reformulation partielle ou totale des constitutions et constituent ce

¹⁰³ C. KEUTCHA TCHAPNGA, préc., note 14, p. 453.

¹⁰⁴ F. J. AIVO, préc., note 4, p. 151.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Séverin ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo*, thèse de doctorat, Dakar, Université Cheikh Anta Diop, 2013.

¹⁰⁷ Fabrice HOURQUEBIE, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnel », dans Xavier PHILIPPE et Natasa DANELCIUC-COLODROVOSCHI (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles*, coll. transition et justice, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 53.

¹⁰⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, préc., note 95, p. 148 et suiv.

que le professeur Sindjoun qualifie de « Constitutions dont l'écriture est dictée par la nécessité de la codification de la transition »¹⁰⁹.

Ce sont des actes qui, matériellement, dérogent au droit constitutionnel normal. Selon le professeur Aivo, les accords politiques sont des « instruments politiques à finalité ou prétention constitutionnelle »¹¹⁰. Dans le même sens, les professeurs Ouedraogo soulignent que « ces accords dont la finalité est de mettre fin à la fracture entre instances belligérantes ou entre autorités gouvernantes et oppositions politiques ont un objet essentiellement constitutionnel »¹¹¹. Faut-il alors inférer que les chartes de transition sont assimilables aux accords politiques ?

La réponse à cette question est selon nous négative et le professeur Segni Mahamadou Ouedraogo, invoquant le critère formel, s'est attelé à en faire une démonstration que nous reprenons à notre compte et qui consiste à souligner que les chartes de transition seraient des para-constitutions au-delà des accords politiques de sortie de crise¹¹².

Les accords politiques, comme les chartes de transition « procèdent de la contractualisation et sont le produit d'un compromis »¹¹³. Cependant, les secondes sont des documents typiquement internes. En effet, s'il a été remarqué que « la conclusion de ces accords fait intervenir le plus souvent une tierce partie, à savoir une puissance étrangère et/ou une institution internationale »¹¹⁴, les chartes au Burkina et en Centrafrique ont été élaborées et adoptées à l'initiative des seuls acteurs internes, sans une intervention tout au moins directe des instances internationales.

Certes, le préambule de la Charte burkinabè fait référence « à l'accompagnement de la communauté internationale pour relever les défis majeurs

¹⁰⁹ L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », préc., note 94, p. 995.

¹¹⁰ F. J. AIVO, préc., note 4, p. 152.

¹¹¹ Segni Mahamadou OUEDRAOGO et Djibrihina OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de transition », en ligne : <<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/libres-propos-sur-la-transition.html>> (consulté le 14 décembre 2017), p. 11.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Babacar GUEYE et M. P. TINE, « La légitimité et la légitimation de la transition constitutionnelle par les élections en Afrique », dans X. PHILIPPE et N. DANELCIUC-COLODROVOSCHI (dir.), préc., note 107, p. 200.

auxquels le Burkina sera confronté¹¹⁵; de même que la centrafricaine qui dispose que :

les Représentants des forces vives de la Nation réunis au sein du Conseil National de Transition (CNT) [...] réitérent leur pleine adhésion aux Accords de Libreville du 11 janvier 2013, aux décisions des troisième et quatrième sommets extraordinaires élargis des Chefs d'États et de Gouvernement de la CEEAC des 03 et 18 avril 2013, ainsi qu'à celles du Comité de Suivi des Accords de Libreville et du Groupe International de Contact sur la République Centrafricaine du 02 au 03 mai 2013 et engagent l'Etat et les parties prenantes à les respecter scrupuleusement.¹¹⁶

Mais, il n'en reste pas moins que la charte n'est pas le fruit d'une médiation internationale directe comme l'ont par exemple été les accords politiques de Linas Marcoussis ou d'Ouagadougou pour la résolution de la crise politique en Côte d'Ivoire. Les accords politiques sont avant tout « issus de la dynamique d'un pouvoir constituant originaire usurpé de type mixte intégrant la société internationale et les parties au conflit »¹¹⁷.

Il est intéressant, ainsi que souligne le professeur Ouedraogo à propos du Burkina, de relever « qu'à la différence des accords politiques de sortie de crise, le procédé de révision de la Charte de la transition la rapproche de la définition de la Constitution au sens formel »¹¹⁸. Ceci, poursuit-il, « confirme le caractère typiquement interne de la Charte de la transition par rapport aux accords politiques de sortie de crise. En général, la modification de ces derniers accords suit le régime de leur conclusion et s'opère sous l'auspice d'un acteur international »¹¹⁹.

De même, contrairement aux accords politiques, les chartes de transitions concrétisent leur rupture par rapport à l'ordre constitutionnel ancien en excluant les représentants du régime contesté. Or, justement, « les accords de sortie de crise interviennent alors même qu'il n'y a pas

¹¹⁵ En ligne: <<http://www.ambaburkina-fr.org/charte-de-la-transition/>> (consulté le 26 novembre 2017).

¹¹⁶ En ligne: <<http://citizenshiprightsafrika.org/republique-centrafricaine-loi-n-13-001-du-2013-la-chartre-constitutionnel-de-transition/?lang=fr>> (consulté le 27 novembre 2017).

¹¹⁷ L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition: éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », préc., note 94, p. 995.

¹¹⁸ S. MAHAMADOU OUEDRAOGO, préc., note 111, p. 14.

¹¹⁹ *Id.*

déchéance des autorités au pouvoir quoique celles-ci soient affaiblies à la suite de remous militaires, politiques ou civils»¹²⁰. Il est dès lors important de ne pas confondre accords politiques et chartes de transition afin de mieux saisir la forte dimension pragmatique du droit constitutionnel africain.

En raison de leur effet pacificateur et stabilisateur, elles disputent tout de même dans la pratique à la constitution sa fonction de norme positive d'encadrement du pouvoir politique¹²¹. En conséquence, on peut facilement rattacher les chartes de transition soit aux conventions de constitution, soit aux petites constitutions.

B. Le rattachement des chartes de transition aux conventions de constitution et aux petites constitutions respectivement au Burkina et en Centrafrique

À notre sens, la Charte de transition au Burkina Faso s'apparente fort bien à une convention de constitution à valeur supraconstitutionnelle (1), celle de la République Centrafricaine n'est rien de mieux qu'une petite constitution (2).

1. La Charte de la transition burkinabè, une convention de constitution à valeur supraconstitutionnelle

Les chartes de transition ne constituent pas en Afrique une catégorie juridique homogène tant il est vrai que la situation au Burkina a enfanté un modèle original, se rattachant à la conception française des conventions de constitutions.

La Charte de la transition burkinabè n'a quant à elle pas complètement détruit l'ordre constitutionnel ancien. Elle a ressuscité la constitution qui avait été suspendue¹²² confirmant de ce fait la coexistence des deux normes suprêmes, l'une conjoncturelle (la Charte) et l'autre structurelle (la Constitution), et l'ambiguïté de leur rapport formel contraste avec une certaine unité matérielle.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² Le préambule de la Charte est assez clair sur la question lorsqu'il énonce : « Nous fondant sur la Constitution du 2 juin 1991 » (*Charte de la transition*, préc., note 16).

Pour le professeur Soma :

la Charte de la transition est réputée compléter la Constitution pendant la durée de la transition. Elle est supposée supprimer les dispositions constitutionnelles non pertinentes et les suppléer par ses propres dispositions, notamment concernant le gouvernement, le parlement, la désignation du Chef de l'Etat intérimaire.¹²³

Cela est d'autant plus vrai que le dernier alinéa du préambule de la Charte dispose: « approuvons et adoptons la présente Charte de la transition qui complète la Constitution du 2 juin 1991 et dont le présent préambule est partie intégrante ».

Au regard de ce qui précède, la Charte de la transition prendrait toute les allures d'une convention de constitution au Burkina Faso. En fait, elle ne détruit pas totalement l'ordre constitutionnel ancien mais le complète en coexistant avec lui, par opposition aux petites constitutions. On ne saurait rattacher cependant la Charte burkinabè à une convention de constitution sans préciser les contours de cette notion dont l'appréhension en droit constitutionnel ne relève pas de l'évidence.

Maximes non écrites de la constitution pour certains juristes¹²⁴, catégorie de règles insolites et mystérieuses pour d'autres¹²⁵, l'expression « conventions de la constitution » apparaît dans la doctrine sous la plume d'Albert Dicey¹²⁶ et plus tard chez Ivor Jennings¹²⁷. Dicey les définit comme de « simples accords politiques non écrits n'ayant aucune valeur juridique ». Cette approche anglo-saxonne des conventions constitutionnelles ne sera pas retenue ici du fait de l'inopérationalité de la définition ci-dessus avancée dans le cas d'espèce. La Charte de transition burkinabè n'est pas un accord non écrit en raison de sa formalisation explicite et encore moins un texte dépourvu de valeur juridique en ce qu'il structure le cadre et s'impose aux acteurs de la transition avec force et vigueur.

¹²³ A. SOMA, préc., note 38, p. 8.

¹²⁴ John STUART MILL, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin et Cie, 1865, p. 100.

¹²⁵ Pierre AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1997, p. 105.

¹²⁶ Albert Venn DICEY, *An introduction to the study of the law of the constitution*, 10^e éd., London, The Mac Millan Press LTD, 1959.

¹²⁷ Ivor JENNINGS, « Les caractéristiques du droit anglais », dans *Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, LGDJ, p. 340 et suiv.

La transposition des conventions de constitution dans le système de droit écrit a pendant longtemps été fermement contestée en doctrine, par Carré de Malberg notamment¹²⁸, en raison de leur caractère originellement non écrit et donc tacite¹²⁹. C'est pourquoi, à cause des difficultés à les dégager et à les formuler, la doctrine francophone en général ne s'est exprimée qu'avec parcimonie sur les critères d'identification de celles-ci¹³⁰.

Mais, pour le professeur Atangana Amougou :

une telle affirmation relève de ce qu'il est convenu d'appeler une fausse évidence. À bien y penser, il se peut que le caractère non écrit des conventions de la Constitution tient son origine dans le fait que celles-ci sont nées dans le cadre d'un système qui ne privilégiait pas le droit constitutionnel écrit. [...] Toutefois, il semble bien que l'on puisse imaginer l'existence d'accords explicites.¹³¹

La convention constitutionnelle est définie selon la conception française que nous retenons ici comme « une révision politique de la constitution ou à tout le moins une interprétation plus ou moins laxiste qui s'impose grâce à l'accord des acteurs politiques comme une norme obligatoire tant que le consensus persiste ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée »¹³². Plus simplement, les constitutionnalistes français¹³³ considèrent que les conventions de la constitution représentent un

¹²⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, préc., note 62, p. 582; voir aussi: Julien LAFERRIERE, « La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France », *RDP* 1944.20.

¹²⁹ Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 4, Paris, LGDJ, 1987, p. 37.

¹³⁰ Voir: Jean ROSSETO, « Recherches sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rosseto*, Paris, LGDJ, 2016; Uwanno BORWOMSAK, *Les conventions de la constitution en Grande Bretagne*, thèse de troisième cycle, Paris X, Université Nanterre, 1982.

¹³¹ J.-L. ATANGANA AMOUGOU, préc., note 97, p. 244.

¹³² Olivier DUHAMEL et Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 232.

¹³³ Georges VEDEL, « Le droit, le fait, la coutume », *Le Monde*, 27 juillet 1968, p. 7; Denis LEVY, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », dans *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81-96; P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, préc., note 125; Stéphane RIALS, « Réflexion sur la notion de coutume constitutionnelle: à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Revue administrative* 1979.265-273; Quirino CAMERLENGO, « Entre le droit et la politique: l'actualité des conventions constitutionnelles », *RFDC* 2015.1.101.3-25.

ensemble de normes, de pratiques et d'usages qui visent soit compléter les dispositions constitutionnelles, soit s'y substituer. Dans cette perspective, on partage le point de vue du professeur Pierre Avril selon lequel « le nombre de précédents est indifférent à la formation d'une convention constitutionnelle »¹³⁴.

Dans cette optique, « il est possible d'affirmer qu'il existe des conventions qualifiées de "praeter constitutionem" ainsi que des conventions "contra constitutionem" en ce sens que ces pratiques s'appliquent en complément ou en marge du texte pour l'éclairer, le modifier, voire le contredire »¹³⁵.

La Charte de la transition burkinabè serait donc à la fois une convention de complémentarité « dont la fonction est de pallier les silences du texte, tantôt pour trouver des solutions de bon sens à un problème non réglé, tantôt pour répondre à des besoins que la Constitution n'a pas pris en considération »¹³⁶ et une convention de substitution parce qu'elle « se traduit par un véritable transfert de compétences et de pouvoirs au profit d'une autorité autre que celle désignée par la Constitution »¹³⁷. Elle affirme sa primauté matérielle sur la Constitution, car en cas de conflit entre une disposition de la Charte et une disposition constitutionnelle en vigueur, la première devrait prévaloir. La notion de constitution est ainsi vidée de sa consistance et apparaît comme un texte purement décoratif quand elle n'est pas purement et simplement annihilée par les petites constitutions comme en Centrafrique.

2. La Charte constitutionnelle de la transition en République Centrafricaine, une petite constitution

La terminologie « petites constitutions » ne fait certainement pas l'unanimité au sein de la doctrine publiciste. L'on parle souvent de

¹³⁴ Pierre AVRIL, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnelles », dans *Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 292.

¹³⁵ Yves MENY, « Les conventions de la constitution », *Revue Pouvoirs* 1989.50.55.

¹³⁶ *Id.*, 56.

¹³⁷ *Id.*, 57.

« constitution provisoire »¹³⁸, de « constitution de transition »¹³⁹, ou encore de « pré-constitution »¹⁴⁰ et de « constitution intérimaire ».

Sans revenir sur ces querelles terminologiques dont l'intérêt est sans importance pour mieux saisir l'objet de la question ici traitée, notre préférence est donnée plutôt à l'expression « petites constitutions »¹⁴¹. Si l'on a précédemment attribué la nature de « convention de constitution » à la Charte de la transition burkinabè, il ne fait pas en revanche l'ombre d'un doute qu'elle ne saurait être considérée comme une « petite constitution » comme cela semble être le cas en Centrafrique¹⁴² ou encore en Tunisie avant l'adoption de la Constitution de 2014.

L'expression « petite constitution », attribuée la première fois à la Constitution polonaise de 1919, a ensuite été conceptualisée par Marcel Prélot. L'auteur limita cependant la notion à des normes formellement constitutionnelles investissant un gouvernement de fait dans le cadre d'un « régime semi-constitutionnel »¹⁴³. Plus récemment, le professeur Pfersmann mentionne l'existence de « petites constitutions » qu'il définit

¹³⁸ Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 273-275.

¹³⁹ Laurent PECH, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ* 1999.1412.

¹⁴⁰ Dinh Quoc N'GUYEN, « La loi du 2 novembre 1945 », *RDP* 1946.68; Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 267; Willy ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958: contribution à l'étude des actes préconstituants », *RDP* 1995.385; Isabelle THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle*, thèse de doctorat en droit, Lille, Université Lille II, 2008, p. 32.

¹⁴¹ La notion de « petites constitutions » est critiquée par la professeure Perlo qui estime que cette expression, comme celle de « pré-constitution » ne mettent pas suffisamment en exergue le « caractère existentiel » de ces textes, ainsi que leur fonction de relais entre les deux ordres juridiques. Elle rejette également l'expression « constitution transitoire », car à son sens, le terme est carrément erroné. Les normes transitoires ne sont pas adoptées dans l'attente d'une décision ultérieure et définitive du constituant; préférant ainsi parler de « constitution provisoire », terme que nous ne contestons pas. Voir: N. PERLO, préc., note 69, p. 2.

¹⁴² Lire: Alexis N'DUI-YABELA, « Mise au point sur les interprétations fallacieuses de certaines dispositions de la Charte constitutionnelle de transition en Centrafrique », en ligne: <<http://centrafrique-presse.over-blog.com/2014/01/mise-au-point-du-vice-doyen-de-la-facult%C3%A9-des-sciences-juridiques-et-politiques-de-l%E2%80%99universit%C3%A9-de-bangui-sur-les-interpr%C3%A9tation>> (consulté le 12 décembre 2017).

¹⁴³ Marcel PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, p. 307 et suiv.; Marcel PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1975, p. 290-291.

comme des normes « provisoires, parfois même formalisées, souvent uniquement matérielles, intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet »¹⁴⁴.

Sur cette base, le professeur Emmanuel Cartier dégage trois éléments caractéristiques des petites constitutions dont l'examen nous permettra de juger si les normes régissant la transition en Centrafrique pourraient être logiquement qualifiées telles. Selon lui, au-delà de l'ambiguïté de la notion de « petite » accolée à l'expression¹⁴⁵ :

les petites Constitutions s'inscrivent dans une triple dimension temporelle. Par rapport au passé d'abord, issues d'une rupture avec l'ordre juridique précédent, elles participent à la réception d'une partie de ses composantes dans un ordre nouveau. Par rapport au présent ensuite, elles organisent à titre provisoire les rapports entre les pouvoirs publics, sur la base d'un texte non nécessairement de forme constitutionnelle, et contribuent ainsi à la définition d'un ordre juridique de transition, relais plus ou moins formalisé. Par rapport au futur enfin, les petites Constitutions participent à la détermination du titulaire du pouvoir constituant dit « originaire » en définissant les modalités de production de la Constitution définitive.¹⁴⁶

Si le premier élément relatif à la rupture de l'ordre constitutionnel précédent est insoutenable dans la Charte de la transition burkinabè¹⁴⁷, l'avis est incontestablement différent à propos de la Centrafrique. En Centrafrique, l'article 107 de la Charte constitutionnelle de la transition est sans équivoque¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Louis FAVOREU, Patrik GAÏA et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004, p. 102 et suiv.

¹⁴⁵ E. CARTIER, préc., note 18, p. 114-115.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ La remise en vigueur de la Constitution de la IV^e République au Burkina Faso pourrait être analysée comme une continuité de l'ordre constitutionnel précédent après une période d'éclipse constitutionnel marquée par la suspension de la Constitution. Les protagonistes de l'insurrection populaire avaient exigé un rétablissement de la Constitution dont la suspension par le colonel ZIDA entérinait à leurs yeux un coup d'État militaire. On peut donc estimer qu'il n'y a pas eu de volonté de rompre avec l'ordre constitutionnel ancien. Il y a ici un élément pour relativiser l'enseignement d'Esmein qui considère que « les révolutions et les coups d'État entraînent en principe ipso facto la destruction de l'ensemble des règles constitutionnelles ». Voir Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e éd., t. II, 1921, p. 67.

¹⁴⁸ Cet article dispose que « la présente Charte Constitutionnelle abroge la Constitution du 27 décembre 2004, l'Arrêté n° 005 du 13 avril 2013 portant création du Conseil National de Transition, modifié et complété par l'Arrêté n° 007 du 30 avril 2013, ainsi que toute

Mais, ainsi que le révèle le professeur Cartier :

la rupture avec l'ordre juridique précédent traduit une discontinuité formelle avec le passé normatif qui n'implique pas de discontinuité matérielle. En effet, à l'exception des normes constitutionnelles, les composantes de l'ordre juridique précédent font l'objet d'une réception, sélective, au sein de l'ordre juridique nouveau. Cette réception, qui leur confère une nouvelle base de validité, est le plus souvent implicite mais est parfois formalisée par les textes, soit lors de la période précédant l'adoption de la Constitution définitive, soit dans la Constitution définitive elle-même.¹⁴⁹

C'est dans cette perspective que se trouve justifié le second élément relatif à la définition d'un cadre normatif provisoire de formalisation totale ou partielle d'un ordre juridique relais.

L'étymologie du mot « provisoire » rend compte du caractère particulier de cette typologie normative. Dans une étude consacrée à la notion de « provisoire », Paul Amselek explique que ce mot¹⁵⁰ naît comme dérivé du terme juridique « provision », qui, au XV^e siècle, renvoyait à une décision judiciaire provisoire, adoptée « avant que la décision à prendre soit arrêtée définitivement »¹⁵¹.

La provision ne liait pas juridiquement la décision définitive, puisque son but était « de pourvoir à des besoins immédiats plus ou moins urgents pendant la période d'attente, mais aussi de préparer ou d'aider la prise de mesures définitives »¹⁵². Il y a donc dans l'intervalle qui se situe entre la fin d'un ordre constitutionnel et l'instauration d'un nouvel ordre la formalisation d'un nouvel ordre juridique qui, non seulement « prépare l'inter-

disposition Constitutionnelle, législative et réglementaire antérieure contraire. L'acte Constitutionnel n° 1 du 26 mars 2013 et l'acte Constitutionnel n° 2 du 26 mars 2013 portant organisation provisoire des pouvoirs de l'État, sont abrogés. Sauf abrogation expresse ou tacite, les lois et règlements en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la présente Charte Constitutionnelle de Transition demeurent entièrement applicables. Il en va de même pour les Accords et Traités dûment ratifiés au moment de l'adoption de la présente Charte Constitutionnelle de Transition ». Voir: RÉPUBLIQUE DE CENTRA-FRAÏQUE, *Loi n° 13001 portant Charte constitutionnelle de transition*, en ligne: <https://www.sangonet.com/afriqg/PAFF/Dic/actuC/ActuC12/ch/Charte-constitution_18072013_mdj_adopt5j.pdf> (consulté le 26 novembre 2017), art. 107.

¹⁴⁹ E. CARTIER, préc., note 18, p. 520.

¹⁵⁰ La racine étymologique de ce mot est le verbe latin « *providere* ».

¹⁵¹ Paul AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », RDP 2009.1.7-9.

¹⁵² *Id.*, p. 11.

vention du pouvoir constituant par l'adoption d'actes qui mettent fin à l'ordre constitutionnel précédent, mais aussi régleme l'existant et organisent la procédure d'élaboration et d'adoption de l'ordre constitutionnel nouveau »¹⁵³.

Par son caractère progressif et la cohérence de ses enchaînements, la formalisation peut être définie en droit comme « un processus normatif permettant la structuration d'un ordre juridique donné en aménageant les rapports de production et de validité entre ses différentes composantes »¹⁵⁴. Cette formalisation suffisante de l'ordre juridique transitoire est un gage de stabilité juridique et de confiance pour les justiciables réels ou potentiels. On peut constater que les principaux pouvoirs publics ont été nouvellement définis dans la Charte constitutionnelle de la transition en Centrafrique par dérogation aux prescriptions constitutionnelles antérieures.

Le dernier élément afférent à la formalisation de la constitution future se trouve également exprimé dans la Charte de la transition centrafricaine. Il faut entendre ici que la petite constitution doit apparaître comme un acte pré-constituant¹⁵⁵, en ce qu'il définit les bases d'un ordre constitutionnel naissant ou à naître.

Les petites constitutions « sont donc à la fois provisoires par leur durée et transitoires du fait qu'elles permettent le passage d'une Constitution à une autre, c'est-à-dire la succession de deux ordres juridiques »¹⁵⁶.

Même si la Charte de la transition centrafricaine, comme d'ailleurs la burkinabè, ne définissent pas « les paramètres de formalisation de la constitution future »¹⁵⁷, force est de reconnaître pour ce qui est de la Centrafrique que la fixation de la durée de transition à l'article 102 et les mentions figurant à l'article 104¹⁵⁸ montrent à suffisance que la Charte de la transition n'a pas une espérance de vie éternelle.

¹⁵³ N. PERLO, préc., note 69, p. 2.

¹⁵⁴ Selon Otto Pfersmann, la formalisation correspond à « une technique juridique qui modifie la hiérarchie des normes et permet en même temps d'organiser cette même hiérarchie ». Voir : L. FAVOREU, P. GAÏA et al., préc., note 144, p. 103.

¹⁵⁵ Baptiste JAVARY, « Le rôle pré-constituant des comités d'experts », (2013) 10 *Jurisdoctoria* 177.

¹⁵⁶ E. CARTIER, préc., note 18, p. 515.

¹⁵⁷ W. ZIMMER, préc., note 140, 83-411.

¹⁵⁸ D'après cette disposition, « le Chef de l'État de la Transition ne porte pas le titre de Président de la République. Il reste en place jusqu'à la prise de fonction effective du Président de la République, Chef de l'État démocratiquement élu. Le Premier Ministre

Par conséquent, elle sera vouée à la disparition dès lors que la transition sera assurée et qu'il faudra redéfinir l'ordre constitutionnel normal avec l'adoption de la nouvelle Constitution. Nous sommes donc entièrement de l'avis du professeur Cartier lorsqu'il reconnaît que les petites constitutions ont un statut particulier, car :

souvent édictées en période de crise, elles participent à un processus transitoire en permettant, lors du passage entre deux ordres juridiques, d'assurer un certain degré de formalisation de la production normative et d'organiser les rapports entre les pouvoirs publics pendant la période précédant l'entrée en vigueur de la future Constitution. Elles se distinguent ainsi de la Constitution définitive par leur caractère provisoire, par degré plus ou moins fort de formalisation qu'elles comportent ainsi que par le fait qu'elles déterminent in fine les conditions de production de la Constitution définitive.¹⁵⁹

En définitive, un constat évident s'impose : le droit constitutionnel africain connaît de profondes mutations. Les recettes issues des conférences nationales souveraines auraient enfanté des constitutions incapables d'encadrer véritablement l'exercice du pouvoir. C'est d'ailleurs pourquoi, en Afrique francophone, la politique a très vite rejailli sur le droit en mettant au jour le réalisme constructiviste qui caractérise le nouveau constitutionnalisme africain¹⁶⁰. On a de ce fait pu observer que les transitions politiques sont de plus en plus gérées en marge du droit constitutionnel en vigueur. Les raisons de la multiplication de telles pratiques sont tout autant juridiques que politiques et les solutions retenues révélatrices de toute l'originalité et la nouveauté qu'il faut désormais donner au droit constitutionnel en Afrique par rapport notamment aux théories classiques.

reste en place jusqu'à la nomination de son successeur par le futur Président élu démocratiquement. Le Conseil National de Transition reste en place jusqu'à l'installation effective de l'Assemblée Nationale élue. La Cour Constitutionnelle de Transition reste en place jusqu'à l'installation effective de la Cour Constitutionnelle issue de la future Constitution. Le Haut Conseil de l'Information et de la Communication reste en place jusqu'à l'installation effective de l'institution ayant les attributions identiques ou similaires au Haut Conseil de l'Information et de la Communication de transition issue de la future Constitution». Voir : RÉPUBLIQUE DE CENTRAFRIQUE, préc., note 148, art. 104 ; E. CARTIER, préc., note 18, p. 520.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 534.

¹⁶⁰ Stéphane PINON, «Le "nouveau droit constitutionnel" à travers les âges», VII^e Congrès français de droit constitutionnel (50 ans de la Constitution de 1958), ATELIER n° 2 : «Constitution, enseignement et doctrine», 27 septembre 2008, Paris, en ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC2/PinonTXT.pdf>> (consulté le 26 novembre 2017).

*
* * *

L'œuvre constituante en Afrique francophone n'est plus la manifestation visible d'un pouvoir souverain du peuple qui se trouve dépossédé et supplanté par les acteurs politiques dépourvus de toute légitimité. La banalisation de la norme constitutionnelle en Afrique traduit un besoin urgent de refondation d'un droit constitutionnel en phase avec les aspirations réelles du peuple. La difficulté à saisir les enjeux théoriques des chartes de transition comme nouvelles catégories normatives sur le continent contraste avec leur nécessité pratique. Elles permettent dans une approche consensuelle et inclusive de désamorcer les crises politiques majeures qui entravent la construction des États africains en favorisant l'alternance et la consolidation des acquis démocratiques sans lesquels aucun développement n'est possible.