

**LES CHARTES DE TRANSITION DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL DES
ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : ETUDE A PARTIR DES
EXEMPLES DU BURKINA FASO ET DE LA REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE**

Par

Charles TUEKAM TATCHUM*

*Doctorant en Droit Public à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
de l'Université de Dschang/Cameroun*

B.P 66 Dschang/Cameroun. Tel : (+237). 94.40.20.63

Email: charlestuekam@yahoo.fr

Résumé

Plus de deux décennies après l'expérience du constitutionnalisme libéral, l'Afrique noire francophone éprouve encore de réelles difficultés à faire des Constitutions de véritables normes contraignantes. La recrudescence de sa violation par les acteurs politiques démontre à suffisance le malaise à s'approprier les valeurs qui sont celle d'un Etat 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 de rattachent mieux soit aux conventions de Constitution soit aux petites Constitutions.

* Mode de citation : Charles TUEKAM TATCHUM

« Les chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des états d'Afrique noire francophone : étude a partir des exemples du Burkina Faso et de la république centrafricaine », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 25-50

INTRODUCTION

L'Afrique ne cessera jamais de surprendre. C'est probablement encore le seul continent 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 tiré lorsque l'on observe la perversion des pratiques constitutionnelles sur le continent. Les conférences nationales souveraines n'ont certainement pas produits les effets escomptés. Elles auraient dans l'urgence enfantées des Constitutions boiteuses et incapables de servir de véritable socle à l'exercice du pouvoir. Il ne fait de nos jours l'ombre d'aucun doute que l'importation du modèle démocratique occidental résiste à s'acclimater à l'environnement socio-politique des Etats africains en crise permanente.

La primauté du droit sur la politique en Afrique francophone, qui semblait inhiber les mentalités et habitudes politiques avec le constitutionnalisme de la troisième vague, loué pour les valeurs démocratiques et libérales qu'il véhiculait en conformité avec les aspirations profondes des peuples résiste difficilement à l'épreuve des faits. On a ignoré que les pratiques politiques, en Afrique traduisent encore une certaine ténacité à s'approprier les valeurs qui sont celles d'un véritable Etat de droit. Sur le continent noir, la politique tend résolument à supplanter le droit¹.

¹ Lire, D. G. LAVROFF, « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la Ve république », *Politeia*, n°25, 2014, pp. 23-46 ; contrairement au Doyen FAVOREU qui développait la thèse contraire, L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

C'est pourquoi, dans la recherche des solutions durables, on assiste de plus en plus à un processus de re-création 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 la volonté d'acteurs politiques internes qu'internationaux semble être devenu la norme.

Les récents événements sur le continent notamment au Burkina Faso avec la révolution populaire ayant entraîné la déchéance du régime de Blaise COMPAORE et en Centrafrique suite au coup d'Etat qui renversa le Président François BOZIZE pour ne citer que ces exemples qui ont suivi les fameux printemps arabes en sont une illustration saisissante. Les Chartes de la transition, catégorie normative particulièrement complexe du point de vue de la théorie constitutionnelle participent ainsi du renouveau de la science constitutionnelle africaine² et méritent qu'on leur accorde une attention particulière. Il s'agit de ce corpus de règles 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 crise³. 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*

² El HADJ MBODJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, n° 2, 2010, p. 444

³ F.J. AIVO, « Crise de la normativité des Constitutions en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, pp. 141-170

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 »⁴.

Selon l'auteur, « la légalité constitutionnelle en Afrique a un caractère trop formaliste et l'histoire de plusieurs pays a montré que leurs stabilités constitutionnelles n'est que apparente »⁵. Il conclut par ce constat d'évidence : « en Afrique c'est le relativisme constitutionnel qui domine »⁶.

Le Professeur KAMTO à sa suite observait à propos du constitutionnalisme africain que, « l'Afrique est le continent des incertitudes et des espoirs perpétuellement déçus »⁷ ; tandis que pour le Professeur KPODAR, « la fétichisation de la Constitution dans les Etats d'Afrique noire d'expression française, cache mal son incapacité à servir véritablement d'assise juridique au pouvoir politique »⁸. La doctrine ressent ainsi un malaise dans le droit constitutionnel⁹, une crise de l'ordre

constitutionnel à travers des signes inquiétants d'inadéquation entre la norme et la pratique qui oscille de ce point de vue entre « succès et résistances »¹⁰.

Bref, en Afrique, la Constitution est tout simplement 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 parle à juste titre d'un « printemps des arrangements a-constitutionnel »¹¹, qui renouvelle la problématique du droit constitutionnel transitoire en Afrique francophone¹².

En effet, les Chartes de transition sont adoptées en Afrique dans le cadre de la résolution des crises politiques¹³ nées d'un

Mélanges Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, pp. 691-742

¹⁰ B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009/2, pp. 5-26.

¹¹ F.J. AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », article précité, p. 10

¹² Lire avec intérêt sur cette question M. ZAKI, « Petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP*, n°6, 2012, pp. 1667-1696

¹³ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n° 63, pp. 451-491 ; pour approfondir sur cette notion lire également, I. EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université La Rochelle et Université de Cocody-Abidjan, 2011, 718 pages ; S. SADY, *La résolution des conflits en Afrique*, Thèse de Doctorat d'Etat en Sciences politiques, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 2003, 281 p. ; J. ASSOUGBA: *Les acteurs internationaux dans la crise ivoirienne*, Thèse de Doctorat, Université de Nantes, 2010 ; Dahirou Olatundé SANT-ANNA, *Conflits internes, crises humanitaires et droit international*, Thèse de Doctorat, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Université de Limoges, septembre 2011 ; P. HUGON, « Les conflits armés en Afrique : apports, mythes et limites de l'analyse économique », in *Revue Tiers Monde*, t. XLIV, N° 176, octobre-décembre 2003,

⁴ G. CONAC, « Les Constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité », in *Dynamiques et finalités des droit africains* (dir) G. CONAC, Paris, Economica, 1980, pp. 385-413; lire pour compléter P.-F. GONIDEC, « À quoi servent les constitutions africaines ? Réflexions sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, oct-déc. 1988, n°4, p. 849 ;

⁵ *Idem*, p. 386

⁶ *Idem*, p. 387

⁷ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 491.

⁸ A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Revue électronique Afrilex, Université de Bordeaux IV*, p. 9

⁹ Voir D. MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? », *Mouvement du droit public*,

coup d'Etat ou d'une révolution populaire et 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, le Burkina avec la Charte de la transition du 13 novembre 2014 et la Centrafrique avec la loi n° 13/001 portant Charte constitutionnelle de transition sont assez illustratifs à cet égard. Ce qu'il est convenu désormais d'appeler Chartes de transition constituent de ce fait, un terrain privilégié pour observer les mutations significatives que connaît le nouveau droit constitutionnel en Afrique francophone¹⁴.

Ce constat qui peut heurter les adeptes de l'Etat de droit¹⁵ amène naturellement à s'interroger sur le sens qu'il faut donner à la Constitution en Afrique francophone aujourd'hui¹⁶. Cette vision pessimiste des

p. 829 ; P. CHAIGNEAU: «Pour une typologie des conflits africains », in *Des conflits en mutation ? : De la guerre froide aux nouveaux conflits*, Actes du colloque de Montpellier, 6-9juin 2001

¹⁴ E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, tome 126, p. 2 ; G. LIET-VEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Paris, Sirey, 1943.

¹⁵ R. ARNOLD, « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », *RFDC*, 2014/4 n° 100, pp. 769-776.

¹⁶ Lire sur cette question relative à la notion de Constitution S. PIERRE-CAPS, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel », *Civitas Europa*, mars 2001, n° 6, pp. 39 et svtes. ; G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62 ; D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, pp. 5-22 ; D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2007, pp. 1-10 ; P. AVRIL, « Une revanche du droit constitutionnel », *Revue Pouvoirs*, n° 49, 1989, pp. 5 et ss ; M. GUERRINI, « Vingt-cinq ans de constitutionnalisme vus par un jeune chercheur », *RFDC*, 2014/4 n° 100, pp. 981-989. Toute une

transformations du droit constitutionnel n'emporte cependant pas l'adhésion unanime de la doctrine constitutionnelle. Pour le Professeur Denis BARANGER, ces pratiques, assimilables aux « *changements constitutionnels informels* »¹⁷, « *n'implique 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* »¹⁸.

En tout état de cause, la déconstruction de l'ordre constitutionnel sensé 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 à travers l'examen respectif de leur validité discutée d'une part **(I)** et de leur nature juridique controversée d'autre part **(II)**.

série de mélanges rendent également compte de cette évolution : Mélanges B. JEANNEAU, *Les mutations contemporaines du droit*, Paris Dalloz, 2002 ; Mélanges en l'honneur de G. CONAC, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001 ; Mélanges en l'honneur de F. MODERNE, *Mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004 ; Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU, *Le renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007.

¹⁷ M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Edité par l'Institut Universitaire Varenne, diffusé par LGDJ-Lextenso éditions, coll. Collection des thèses (Fondation Varenne), n° 76, 2013, XIII-627p.

¹⁸ D. BARANGER, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels », *Jus politicum*, n°11, 2013, p. 1

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* »¹⁹. La validité est ainsi le mode spécifique d'existence des normes²⁰.

Les divergences doctrinales au sujet de la théorie de la validité nous incite à exclure du champ de la présente l'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* »²¹ entre l'assignation d'un certain contenu moral minimum aux règles juridiques et la réalisation du projet minimal de conservation que les hommes forment en s'associant²². La « *moralité interne du droit* »²³ devient alors la condition même d'existence d'un système juridique²⁴. On dira que de telles théories ne permettent pas une bonne séparation entre le droit et la morale. Un acte n'existe pas en raison de la moralité ou de la justice de son contenu²⁵.

¹⁹ J- Ch. JOBART, « Remarques sur la validité des actes unilatéraux en droit administratif français », *Revue Juridique Thémis*, 2006, n°40, pp.651-676

²⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch EISENMANN, Paris, Sirey, 1962, p. 148.

²¹ H. HART, *Le Concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 239

²² *Idem*, p. 232

²³ L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. révisée, New Haven-Londres, Yale University Press, 1964, p. 4 ; L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », 71 *Harvard Law Review* 645 (1958).

²⁴ L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 39.

²⁵ D. De BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 256.

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 les chefs de file de deux tendances majeures du positivisme juridique contemporain, le normativisme chez le premier et le réalisme chez le second²⁶. 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 d'autre part où elle est véritablement soutenable (B).

A- La difficile validité formelle des Chartes de transition dans l'approche normativiste

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

1- La signification de la théorie normativiste de la validité

Le maître Autrichien KELSEN affirmait catégoriquement qu'« *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*

²⁶ M. 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* ». V. M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et société*, 2002/1 n°50, p. 44 ; H. HART, « Le réalisme scandinave », trad. Française d'E. Millard, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 4, 2000, p. 46 ; A. A. RODRIGUEZ VILLABONA, « La Validité Des Systèmes Juridiques: Les Théories De La Norme Basique », *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, Edición 12, Vol. 6, n°2, julio – diciembre 2011, 188 pages

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 »²⁷.

L'approche normativiste est la plus répandue et propose une conception formelle de la validité²⁸. Selon la hiérarchie dynamique des normes développée par KELSEN, une norme est rendue valide par une norme supérieure. « Une 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 »²⁹. Pour être valide, la norme doit être formée conformément aux prescriptions de la norme supérieure. Donc pour KELSEN, « la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme »³⁰. La validité est ainsi la conformité à une norme supérieure.

C'est « son inscription dans un ordre juridique qui confère à une norme sa validité, c'est-à-dire son caractère spécifiquement juridique souligne Cyril BRAMI »³¹. Il n'existe pas dans la nature des normes juridiques isolées³². 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 : elle tire sa validité d'autres qui sont dites, pour cette raison, supérieures. Dans la perspective Kelsénienne, le rapport hiérarchique, consubstantiel à l'ordre juridique apparaît

comme un mode de relation entre norme qui conditionne leur validité³³.

Ce rapport normatif se dédouble en rapport ascendant de conformité et descendant de production. Sur le rapport de conformité, Charles EISENMANN distingue deux types la conformité simple reproduction et la conformité réalisation concrète³⁴. 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 validité³⁵. 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 ?

²⁷ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruxelles-Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p.55

²⁸ J.Ch. JOBART, article précité, p. 656

²⁹ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 314.

³⁰ *Idem*, p. 256.

³¹ C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français : essai d'analyse systémique*, Thèse pour le Doctorat en droit public, Université Cergy Pontoise, 2008, p. 1

³² M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *RDP*, 1966, p. 32

³³ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 345

³⁴ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957-11, pp. 25 et ss.

³⁵ C. BRAMI, thèse précitée, p.2

2- L'application difficilement admissible 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, acte du souverain originaire n'ont pas règlementé 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 réussite en son préambule la Constitution qui avait été suspendue par la junte militaire arrivée au pouvoir sous la conduite du Colonel ZIDA ; mais affirme paradoxalement la primauté de la première sur la seconde en son article 25 qui dispose qu' « *en cas de contrariété entre la Charte de la transition et la Constitution, les dispositions de la présente charte prévalent* ».

Sur cette base la Charte qui prime sur la Constitution ne saurait tirer sa validité de cette dernière qui lui est inférieure, toute chose qui remet au grand jour la théorie de la supraconstitutionnalité³⁶. 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'Etat 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 formel³⁷. Selon lui, « *pour être constitutionnelle la production de la Charte n'a pas respecté la procédure d'élaboration et d'adoption des règles formellement constitutionnelles au Burkina Faso. La Charte est donc un instrument à valeur matériellement constitutionnelle à portée juridique transitoire* »³⁸.

Le Professeur Christophe CHARBOT en des termes révélateurs qu'il convient de les citer entièrement, affirme dans une réflexion sur la transition constitutionnelle en France qu'« *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 réalisé sans condition de temps. La Constitution est conçue comme*

³⁶ L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 71-77 ; G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 79-97

³⁷ A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES, Science Juridique et Politique*, n°001, 2015, pp. 3-9

³⁸ *Idem*, p. 9

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 »³⁹.

Mis à part l'hypothèse de la *Grundnorm*, les Chartes de transition tirent ainsi leur validité d'un fait et non d'une norme valide, d'où l'intérêt de l'approche réaliste. La séparation du fait et du droit serait donc inopérante pour fonder la validité d'une norme.

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'un 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 ainsi se résumer. Dans une acception large, la validité est un fait social ; c'est le fait que la norme soit en vigueur. Au sens strict, la validité serait selon la conception rossienne, la qualité d'être obligatoire, c'est-à-dire non seulement juridiquement, mais même

moralelement obligatoire⁴⁰. C'est ce que Jean-Charles JOBART qualifie de « *validité empirique reposant sur l'effectivité de la norme* »⁴¹. Les normes valides sont celles qui sont appliquées. Or elles sont appliquées parce qu'elles sont perçues comme socialement obligatoires.

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, a peut-être le défaut de confondre sur le plan de la technique juridique les notions de validité, effectivité et 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 quelque chose de différent de son efficacité. L'efficacité est le fait que la norme soit effectivement appliquée, obéit ou suivie, que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement, fini paradoxalement par affirmer que « *l'efficacité est une condition de validité de la norme juridique (...) entend qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édicition pour ne pas perdre leur validité* »⁴². L'efficacité ne serait donc pas à proprement parler la condition d'existence d'une norme.

Est 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

³⁹ Ch. CHARBOT, « Le transition constitutionnelle en France », Vème Séminaire franco-japonais de Droit public, Colmar-Lyon, 4-10 septembre 2002, in *La Constitution et le Temps*, ed. L'Hermès, Lyon 2003, p. 95

⁴⁰ Lire avec intérêt A. ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », in Alfred ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. Par Éric MILLARD et Elsa MATZNER et présentation par Éric MILLARD, Paris, LGDJ, 2004.

⁴¹ J-Ch. JOBART, article précité, p. 654

⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, ouvrage précité, p. 15

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* »⁴³. 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 questionner véritablement le concept d'effectivité.

« *La question de l'effectivité en droit est au cœur des paradoxe affirme Julien BETAILLE* »⁴⁴. Définie de manière très générale comme « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »⁴⁵, ou encore comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »⁴⁶, l'effectivité est une notion

fréquemment utilisée par les juristes et par les sociologues du droit⁴⁷.

Elle ne constitue 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* »⁴⁸.

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* »⁴⁹.

Le Professeur RANGEON, observe qu'« *à une conception restrictive de l'effectivité, défendue principalement par les juristes, s'oppose une conception*

⁴³ M. TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 2001, p. 33. Du même auteur *Philosophie du droit*, coll. « Que sais-je ? », n° 857, Paris, PUF, 2003, p. 48 et 49.

⁴⁴ D'un côté, le droit serait « *fait pour être appliqué* ». V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 20. De l'autre, le « *destin du droit* » serait selon Denys DE BECHILLON « *de demeurer partiellement inefficace* ». V. D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 61; lire aussi M. VIRALLY, *La pensée juridique*, 1960, Ed. Panthéon Assas, LGDJ, 1998, p. 137 et ss. ; P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962, pp. 332 et ss. ; V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité – contribution à l'étude d'une notion*, thèse, droit, Paris II, 2003 ; Yann LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, thèse, droit, Nancy, LGDJ, 2011.

⁴⁵ G. CORNUU et al., *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, « effectivité ».

⁴⁶ P. LASCOUMES, « Effectivité », in À. J. AMAUD et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J. et Storyscientia, 1988.

⁴⁷ J. CARBONNIER, « Effectivité et inefficacité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1957-1958, repris dans *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1976, pp. 99 et ss. ; P. LASCOUMES et Evelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, pp. 101-123.

⁴⁸ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 128.

⁴⁹ J. BETAILLE, thèse précitée, p.2

extensive illustrée par les travaux de sociologie 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 »⁵⁰.

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 »⁵¹. 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 »⁵². 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 »⁵³.

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 »⁵⁴, on comprend pourquoi validité et effectivité serait susceptible 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 axé 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 le peuple qui résista une fois de plus au coup d'Etat du Général DIENDERE dont la réussite aurait à coup sûr neutralisée 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 apparaît avant tout inhérente à la nature de la norme juridique.

Pour Rudolf VON JHERING, « l'essence du droit est la réalisation pratique »⁵⁵. L'effectivité est « l'expression essentielle »⁵⁶ du droit selon François TERRE. Elle apparaît comme une exigence inhérente à la norme juridique puisque celle-ci est, pour Jean RIVERO, « faite pour régir le réel, et pour se

⁵⁰ F. RANGEON, article précité, p. 130

⁵¹ *Idem*, p. 128

⁵² P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 127.

⁵³ M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges P. AVRIL, La république*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 203.

⁵⁴ F. OST, « Validité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

⁵⁵ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, rééd., Dalloz, 2006, p. 54.

⁵⁶ F. TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 66.

traduire dans les faits »⁵⁷. Quid de la théorie institutionnaliste.

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

Si l'on admet avec CARRE 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* »⁵⁸, alors, on ne peut toujours 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 juste 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, CARRE DE MALBERG considère qu'il « *n'existe pas de lien 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* »⁵⁹. Ce point de vue semble s'apparenter à la pensée décisionniste défendue notamment par Carl SCHMITT⁶⁰.

En effet, en cohérence avec la philosophie « *décisionniste* »⁶¹, cette signification particulière de la charte ne peut être établie que par une volonté particulière, la volonté constituante, qui fonde politiquement le pouvoir constituant⁶². La validité de la charte est donc liée à cette volonté spécifique de l'auteur du pouvoir constituant⁶³ 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* »⁶⁴. Mais, dans le cas d'espèce il ne s'est agi dans l'élaboration des chartes de transition ni de l'œuvre directe du peuple 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 mandat direct de lui.

Le raisonnement du Professeur PERLO est particulièrement édifiant à cet égard. Elle considère et nous sommes entièrement d'accord avec elle « *qu'aucune instauration d'un nouvel ordre juridique ne peut se faire de façon légale, c'est-à-dire en respectant l'ordre précédent* »⁶⁵. Pour autant, cela ne l'a 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*

⁵⁷ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 675.

⁵⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922 p. 496

⁵⁹ *Idem*, p. 497.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution* (1928), Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1993

⁶¹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 49 à 58

⁶² *Idem*, p. 212

⁶³ *Idem*, p. 152

⁶⁴ *Idem*, p. 154

⁶⁵ N. PERLO, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *AFDC*, 2014, *Atelier F « Transitions constitutionnelles »*, 33 pages, p. 7

provisoire est la première expression formalisée de cet équilibre. En organisant les pouvoirs et en structurant les rapports de production et de validité entre les normes, elle est la norme fondamentale de l'ordre juridique transitionnel »⁶⁶.

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 COSTANTINO MORTATI⁶⁷, une « *institution* », selon la notion élaborée par MAURICE HAURIUO⁶⁸ et SANTI ROMANO⁶⁹ - 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* »⁷⁰. L'harmonie que ces pouvoirs non formels 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* »⁷¹. En ce sens, les Chartes de transition issues d'un pacte politico-social, présupposent l'équilibre des pouvoirs enracinés dans la société. Mais il 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 juridique précise* »⁷². 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* »⁷³. 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'impossible rattachement 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

⁶⁶ *Idem*

⁶⁷ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. V. aussi l'analyse de F. LAFFAILLE sur la doctrine de Mortati in « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum*, n°7, <http://www.juspoliticum.com/La-notion-de-constitution-au-sens.html>.

⁶⁸ M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929.

⁶⁹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, (trad. Pierre Gothot et Lucien François), Paris, Dalloz, 1975.

⁷⁰ N. PERLO, article précité, p.7

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1988, vol. I, p. 22.

⁷² *Ibid.*

⁷³ EL hadj MBODJ, article précité, p. 445

lesquelles il n'existe qu'une affinité incomplète (1) et encore moins aux accords politiques car ici, 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'apparente du point de vue de la doctrine majoritaire aux actes matériellement constitutionnels. Le raisonnement ici 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 provisoire de la transition et formalisent directement comme en République Centrafricaine⁷⁴ ou indirectement comme au Burkina⁷⁵ l'ensemble des droits et libertés fondant l'ordre juridique transitoire.

⁷⁴ Le préambule de la Charte de la constitution centrafricaine énumère explicitement le droit et libertés fondant l'ordre juridique de la transition.

⁷⁵ 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.

Pour le Professeur PERLO parler de Constitution formelle pour les Chartes de transition semble fort déplacé car cette catégorie normative a un contenu spécifique « *qui formalisent 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* »⁷⁶.

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 formelle 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* »⁷⁷. Deux raisons sont évoquées pour justifier son propos à savoir que, ce sont des Constitution sans peuple d'une part et conditionnée d'autre part⁷⁸. 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

⁷⁶ N. PERLO, article précité, p. 9

⁷⁷ El Hadj MODJ, « Constitution de transition et résolution des conflits en Afrique... », Article précité, p. 445

⁷⁸ *Idem*

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 sous celui du pouvoir constituant originaire.

Si le premier argument à savoir qu'il s'agit des Constitution 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 adoptée le 6 mars 2003 posait clairement que « *la Constitution de transition de la RDC est élaboré 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 Prétoria 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'Etat et les parties prenantes à les respecter scrupuleusement* ».

Néanmoins, on ne saurait logiquement assimiler les Chartes de transition aux Constitution purement formelle dans la mesure où le peuple souverain, constituant

originaire n'exprime en l'espèce « *aucune volonté normative* »⁷⁹.

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 suspendu 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 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 octroyés qui semble 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* »⁸⁰ des Chartes excluant 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*

⁷⁹ O. CAYLA, « Le Conseil Constitutionnel et la constitutionnalisation de la science du droit », in *Le Conseil Constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1998, p. 106

⁸⁰ El Hadj MODJ, « Constitution de transition et résolution des conflits en Afrique... », Article précité, p. 445

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 constitution »⁸¹.

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 »⁸². Pour qu'on puisse parler de Constitution, l'œuvre constituante du peuple devait pouvoir s'activer souverainement et sans partage⁸³. Les Chartes ne seraient pas la concrétisation d'une volonté souveraine, donc inconditionnelle du peuple car leur nature négociée traduit inévitablement leur caractère conventionnelle en la forme et constitutionnelle 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 durée de vie est limitée dans le

temps, pour les besoins d'une cause bien déterminée »⁸⁴.

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 »⁸⁵.

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 »⁸⁶, à

⁸¹ *Idem*

⁸² M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Tome 1. Théorie générale des régimes politiques, Paris, PUF, Coll. Thémis, 4^e éd. 1959, p. 217.

⁸³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1949, réimp., 1984, pp.114-115

⁸⁴ El Hadj MODJ, « Constitution de transition et résolution des conflits en Afrique... », article précité, p. 446

⁸⁵ *Idem*, p. 449

⁸⁶ F.J AIVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *op.cit.*, p.141 ; J. du Bois de GAUDUSSON, « Le recours au contrat, une chance pour le constitutionnalisme contemporain, en Afrique et ailleurs ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 803 ; Magalie BESSE, « L'écriture multilatérale

travers la multiplication des « *arrangements a-constitutionnel* »⁸⁷, ce qui donne tout le sens au « *para-constitutionnalisme* »⁸⁸ mis en exergue par le Professeur Luc SINDJOUN. Sans revenir sur les rapports souvent complexes et controversés que les accords politiques entretiennent avec la Constitution⁸⁹ 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

des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *AFDC*, 2014, Atelier F « Transitions constitutionnelles », 22 pages

⁸⁷ *Idem*

⁸⁸ L. SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africaines en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *RCSP*, juin 2007, n°40 :2, p.467 ; du même auteur, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'État en crise ou en reconstruction », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, Mélanges Slobodan MILACIC*, Paris, p. 994.

⁸⁹ Lire avec intérêt J. du Bois de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2, n°206, p.41-55 ; A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *RRJ Droit prospectif*, 2005, no 4II, pp. 2503-2526 ; I. AHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université La Rochelle et Université Cocody-Abidjan, 2012, 718 pages ; P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les états africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de McGill*, 2012, n°57, pp. 921-949 ; Y. 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 Master en Droit Public, Université de Dschang, 2011, 172 pages ; D. POLLET-PANOUSIS, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, 2008/3 n° 75, p. 451-498 ; F. 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 n° 91, p. 45-66.

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 voir 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 Charte de transition. De l'avis du Professeur DE GAUDUSSON, les accords politiques auraient une « *finalité politique de sortie de crise* »⁹⁰. Le professeur Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU pour sa part estime que les accords politiques peuvent s'entendre « *tout accord conclu entre les protagonistes d'une crise politique interne ayant pour but de la résorber, quelle que soit sa dénomination* »⁹¹. Pour M. Innocent AHUENI MANZAN, les accords politiques ont pour « *objectif premier de trouver une solution aux causes profondes d'un conflit* »⁹². Leur objet est « *d'organiser le passage ou le retour à la*

⁹⁰ J. du Bois de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », article précité, p. 45

⁹¹ J-L ATANGANA AMOUGOU, « Les accords des paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RASJ*, vol 4, n°1, 2007, p. 236

⁹² I. AHUENI MANZAN, thèse précitée, p.35

paix à la fois par la liquidation de la situation de ce qui prévalait. »⁹³.

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 »⁹⁴. 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 »⁹⁵. Cette vision finaliste est largement partagée par le Professeur Miranda METOU lorsqu'elle définit les accords politiques 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'Etat ou la région concernée »⁹⁶.

Les accords politiques, comme les Chartes de transition ont pour finalité la

⁹³A. D. OLINGA, « Les accords de paix et le Droit humanitaire, un aperçu à la lecture de quelques instruments juridiques africains relatifs à la paix », in *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, juillet 2006, p.75

⁹⁴F.J. AIVO, article précité, p. 151

⁹⁵ International Human Council on Right : *Négocier la justice ?*, *Droits Humains et Accord de Paix*, Versoix, 2007, P.6

⁹⁶ M. B. METOU, « La validité des accords de paix » in *de la Paix en Afrique au XXI^e siècle* : journée scientifiques du centre d'études et de recherche en droit international et communautaire, Yaoundé, Presse de l'Université Catholique d'Afrique Centrale, juillet 2006, p.75

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 groupes ou les individus qui entendent imposer leur domination sur leurs adversaires »⁹⁷.

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 Constitution⁹⁸. D'ailleurs, la défaillance des mécanismes constitutionnels de résolution de ces antagonismes peut déterminer la mobilisation de ressources complètement étrangères à la Constitution⁹⁹. Ce sont des ressources dont la généralisation est le signe sinon de leur efficacité, du moins de leur vitalité comme produits de l'ingénierie constitutionnelle en œuvre dans les États africains en crise¹⁰⁰.

⁹⁷ C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », art. cit., p. 453.

⁹⁸ F.J. AIVO, article précité, p. 151

⁹⁹ *Idem*

¹⁰⁰ S. 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 Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2013, 712 pages

Pour ce qui est du critère matériel, les accords politiques autant que les Chartes de transitions sans être des Constitutions au sens formel du terme seraient tous deux des actes matériellement constitutionnels¹⁰¹ car ils règlementent 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* »¹⁰². Ils procèdent très souvent à une reformulation partielle ou totale des Constitutions et constituent ce que le Professeur SINDJOUN qualifie de « *Constitutions dont l'écriture est dictée par la nécessité de la codification de la transition* »¹⁰³.

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* »¹⁰⁴. Dans le même sens, le Professeur OUEDRAOGO souligne 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* »¹⁰⁵. Faut-il alors inférer que les Chartes de transition sont assimilables aux accords politiques ?

¹⁰¹ F. HOURQUEBIE, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnel », in X. PHILIPPE, N. DANELCIUC-COLODROVOSCHI (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles*, Institut Universitaire Varenne, Collection transition et justice, 2014, p.53.

¹⁰² J. du Bois de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », article précité, p. 148 et ss.

¹⁰³ L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition... », art. cit., p. 995

¹⁰⁴ F.J. AIVO, article précité, p. 152

¹⁰⁵ S. MAHAMADOU OUEDRAOGO, article précité, p. 11

La réponse à cette question est négative et le Professeur Segni MAHAMADOU OUEDRAOGO, invoquant le critère formel s'est attelé dans une démonstration que nous reprenons à notre compte à souligner que les Chartes de transition seraient des para-constitutions au-delà des accords politiques de sortie de crise¹⁰⁶.

Les accords politiques, comme les Chartes de transition « *procèdent de la contractualisation et sont le produit d'un compromis* »¹⁰⁷. 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* »¹⁰⁸, 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 auxquels le Burkina sera confronté* » ; de même que celle centrafricaine 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*

¹⁰⁶ *Idem*

¹⁰⁷ *Idem*

¹⁰⁸ B. GUEYE et M. P. TINE, « La légitimité et la légitimation de la transition constitutionnelle par les élections en Afrique », in X. PHILIPPE, N. DANELCIUC-COLODROVOSCHI (dir.), *op. cit.*, p. 200

Suivi des Accords de Libreville et du Groupe International de Contact sur la République Centrafricaine du 02 au 03 mai 2013 et engagé l'Etat et les parties prenantes à les respecter scrupuleusement ». Mais, il n'en reste pas moins que la Charte n'est pas le fruit d'une médiation internationale comme l'a par exemple été les accords politiques de Linas Marcoussis ou d'Ouagadougou qui ont vu les acteurs politiques ivoiriens arrêter des clauses grâce aux bons offices des autorités françaises et burkinabè. 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* »¹⁰⁹.

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* »¹¹⁰. 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* »¹¹¹.

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 déchéance des autorités au pouvoir*

quoique celles-ci soient affaiblies à la suite de remous militaires, politiques ou civils »¹¹². 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, ils disputent tout de même dans la pratique à la Constitution sa fonction de norme positive d'encadrement du pouvoir politique¹¹³. De ce qui précède, il est beaucoup plus possible de 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

Si 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 homogène tant il est vrai que la situation au Burkina a enfanté un modèle original, se rattachant plus aux conventions de Constitutions.

La Charte de la transition burkinabè n'a pas complètement détruit l'ordre constitutionnel ancien. Elle a ressuscité la

¹⁰⁹ L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition... », article précité, p. 995

¹¹⁰ S. MAHAMADOU OUEDRAOGO, article précité, p. 13

¹¹¹ *Idem*

¹¹² *Idem*

¹¹³ *Idem*

Constitution qui avait été suspendue¹¹⁴. 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 concernent le gouvernement, le parlement, la désignation du Chef de l'Etat intérimaire* »¹¹⁵. 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. En raison de ce qu'elle ne détruit pas complètement l'ordre constitutionnel ancien mais le complète ou opère en rapport 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 juristes¹¹⁶, catégorie de règles insolites et mystérieuses pour d'autres¹¹⁷, l'expression « *conventions de la Constitution* » apparaît dans la doctrine

¹¹⁴ Le préambule de la Charte est assez clair sur la question lorsqu'il énonce : « Nous fondant sur la Constitution du 2 juin 1991 ».

¹¹⁵ A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », article précité, p. 8

¹¹⁶ J. STUART MILL, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin et Cie, 1865, p. 100

¹¹⁷ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p.105

sous la plume d'Albert DICEY¹¹⁸ et plus tard chez Ivor JENNINGS¹¹⁹. DICEY les définit comme de « *simples accords politiques non écrits n'ayant aucune valeur juridique* ».

La convention constitutionnelle est définie 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* »¹²⁰. Plus simplement, les constitutionnalistes français¹²¹ considèrent que les conventions de la Constitution représentent un ensemble de pratiques et d'usages qui visent soit à compléter les dispositions constitutionnelles, soit à s'y substituer.

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*

¹¹⁸ A. V. DICEY. *An introduction to the study of the law of the constitution*, 10ème éd., London, The Mac Millan Press LTD, 1959

¹¹⁹ I. JENNINGS, « Les caractéristiques du droit anglais », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT*, Paris, LGDJ, p. 340 et suiv.

¹²⁰ O. DUHAMEL et Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 232

¹²¹ G. 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 », in *Mélanges Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, pp. 81-96 ; P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, op. cit. ; S. RIALS, « Réflexion sur la notion de coutume constitutionnelle : à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Revue administrative*, juillet 1979, pp. 265-273 ; Q. CAMERLENGO, « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *RFDC*, 2015/1 n° 101, pp. 3-25.

en marge du texte pour l'éclairer, le modifier, voire le contredire »¹²².

Les conventions constitutionnelles n'apparaissent pas toujours clairement dans un système juridique. Il y a comme une difficulté à les dégager et à les formuler. D'ailleurs, la doctrine francophone en général, ne s'est exprimée qu'avec parcimonie sur les critères d'identification de celles-ci¹²³. Sa très grande proximité avec la coutume constitutionnelle complexifie son identification et sa singularité. Elle apparaît pour certains auteurs comme une sorte de coutume¹²⁴ sans la condition de durée¹²⁵.

En invoquant le caractère non écrit et donc tacite¹²⁶ des conventions de Constitution dans leur acception traditionnelle, on conclurait difficilement que la Charte burkinabè est une convention

de Constitution. Ainsi, la transposition des conventions de Constitutions dans le système de droit écrit a pendant longtemps été fermement contesté en doctrine par CARRE DE MALBERG notamment¹²⁷.

Mais, ainsi que l'observe le Professeur ATANGANA AMOUGOU, « *une telle affirmation relève de ce qu'il est convenu d'appeler une fausse évidence. A 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* »¹²⁸. En conséquence, ce critère serait de plus en plus non opératoire d'où notre adhésion à la conception française de la notion.

De ce fait seule la vérification des critères retenus par Sir IVOR JENNINGS permettrait de vérifier l'appartenance de la Charte de transition burkinabè aux conventions de Constitution. Pour lui, l'existence d'une convention peut être vérifiée à l'aide d'un test à trois questions classiques. « *Premièrement quels sont les précédents, deuxièmement, les acteurs croyaient ils qu'il étaient tenus par une règles et troisièmement y a-t-il une raison à la règle ?* »¹²⁹.

Pour ce qui est de la répétition des précédents, force est de reconnaître que l'adoption des Chartes de transition n'est pas une innovation ou un cas isolé en droit

¹²² Y. MENY, « Les conventions de la constitution », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 55

¹²³ Voir J. ROSSETO, *Recherches sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Thèse, Poitiers, 1982 ; U. BORWOMSAK, *Les conventions de la constitution en Grande Bretagne*, Thèse de troisième cycle de Nanterre, 1982

¹²⁴ J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel », *RDP*, 1970, p. 1334 ; R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1979, p. 959. On peut souscrire au commentaire d'Olivier BEAUD, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°6, 1999, p. 68, selon lequel il est possible de s'intéresser sur la justification de l'abandon de la notion de coutume au profit de celle de convention (p. 11) ; voir aussi du même auteur, « Les conventions de la constitution : à propos de deux thèses récentes », *Droits*, n° 3, 1986, p. 127

¹²⁵ Y. MENY, « Les conventions de la constitution », *op. cit.* p. 55. Pour une distinction complète, F. LEMAIRE, « Les conventions de Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, n° 35, 1998, pp. 451, 462

¹²⁶ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, tome 4, 1987, p.37

¹²⁷ R. CARRA DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, ouvrage précité, p.582 ; voir aussi Julien LAFERRIERE, « La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20

¹²⁸ J.L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique » article précité, p. 244

¹²⁹ I. JENNINGS, ouvrage précité, p. 129

constitutionnel burkinabè, même si pour le Professeur Pierre AVRIL, « le nombre de précédents est indifférent à la formation d'une convention constitutionnelle »¹³⁰. Le précédent ne serait donc pas un élément fondamental selon les adeptes de la conception française de la notion.

Quant au sentiment d'obligatorité, la question est de savoir ce qui justifie le caractère contraignant de la Charte. C'est un problème complexe en droit constitutionnel puisqu'il n'est pas aisé d'établir le fondement du caractère obligatoire d'une Constitution tant il est vrai que la sanction de la norme constitutionnelle est particulière. En tout état de cause le maintien de l'ancienne Constitution et de la Cour Constitutionnel gardien de la norme fondamentale illustre parfaitement la volonté des acteurs à faire de la Charte un document obligatoire.

Enfin, le critère relatif à la raison de la règle semble également opératoire car les Chartes de la transition semblent exprimer l'essence d'une convention. Il s'agit d'un « *compromis politique qui vise la réorganisation des institutions et des pouvoirs publics. C'est le désir de l'harmonie institutionnelle qui pousse les acteurs constitutionnels à adopter de tels accords salutaires pour le régime tout entier* »¹³¹. Très souvent, il « *tend à rendre à l'Etat sa fonction d'autorité et peut permettre de pacifier le pays* »¹³².

La Charte de la transition burkinabè serait donc à la fois une convention de complémentarité « *dont la fonction est de*

¹³⁰ P. AVRIL, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnelles », in *Mélanges J. VELU*, 1992, p. 292

¹³¹ J.L. ATANGANA AMOUGOU, article précité, p. 246-247

¹³² A. KPODAR, « Politique et ordre juridique... », article précité, p. 2515

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 »¹³³ 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* »¹³⁴. 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 « *Constitution provisoire* »¹³⁵, de « *Constitution de transition* »¹³⁶, ou encore de « *pré-constitution* »¹³⁷, de « *Constitution intérimaire* ».

¹³³ Y. MENY, « Les conventions de Constitution », article précité, p. 56

¹³⁴ *Idem*, p. 57

¹³⁵ G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, pp. 273-275 ;

¹³⁶ Laurent PECH, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ*, 1999, p. 1412.

¹³⁷ N'GUYEN QUOC DINH, « La loi du 2 novembre 1945 », *RDP*, 1946, p. 68 ; O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, Puf, 1994, p. 267 ; Willy ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes préconstituants », *RDP*, 1995, pp. 385 ; I. THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle*, Thèse, Lille II, 2008, p. 32.

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 Constitution* »¹³⁸. Si l'on a précédemment attribué la nature de « *convention de Constitution* » à la Charte de la transition burkinabè, il ne fait en revanche l'ombre d'aucun doute qu'elle ne saurait être considérée comme une « *petite Constitution* » comme cela semble être le cas en Centrafrique¹³⁹ 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 PRELOT. L'auteur limita cependant la notion à des normes formellement constitutionnelles investissant un gouvernement de fait dans le cadre d'un « *régime semi-constitutionnel* »¹⁴⁰. Plus récemment, le Professeur PFERSMANN mentionne l'existence de « *petites Constitutions* » qu'il définit comme

¹³⁸ La notion de « *petites constitutions* » est critiquée par le Professeur 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. V. N. PERLO, article précité, p.2. 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. V. N. PERLO, article précité, p.2

¹³⁹ Lire A. N'DUI-YABELA, « Mise au point sur les interprétations fallacieuses de certaines dispositions de la Charte constitutionnelle de transition en Centrafrique », *Centre de Droit Constitutionnel*, consultable sur le site www.cdcbenin.org, 24 avril 2015, 19 pages

¹⁴⁰ M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, p. 307 et ss. ; du même auteur *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 6e éd., 1975, p. 290-291

des normes, « *provisoires, parfois même formalisées, souvent uniquement matérielles, intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet* »¹⁴¹.

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 de « *petites Constitution* ». Selon lui, au-delà de l'ambiguïté de la notion de « *petite* » adossée à l'expression¹⁴², « *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* »¹⁴³.

Si le premier élément relatif à la rupture de l'ordre constitutionnel précédent est insoutenable dans la Charte de la transition burkinabè¹⁴⁴, l'avis est incontestablement

¹⁴¹ O. PFERSMANN, L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, ouvrage précité, p. 102 et ss .

¹⁴² E. CARTIER, article précité, pp. 114-115

¹⁴³ *Idem*

¹⁴⁴ La remise en vigueur de la Constitution de la IVe République 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

différent à propos de la Centrafrique. En Centrafrique l'article 107 de la Charte constitutionnelle de la transition est sans équivoque¹⁴⁵.

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* »¹⁴⁶. C'est dans cette perspective que se trouve

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* ».

¹⁴⁵ 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 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* ».

¹⁴⁶ E. CARTIER, article précité, p. 520

justifié le second élément relatif à la définition d'un cadre normatif du 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 mot¹⁴⁷ naît comme dérivé du terme juridique « *provision* », qui, au XVe siècle, renvoyait à une décision judiciaire provisoire, adoptée « *avant que la décision à prendre soit arrêtée définitivement* »¹⁴⁸.

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* »¹⁴⁹. 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'intervention du pouvoir constituant par l'adoption d'actes qui mettent fin à l'ordre constitutionnel précédent, mais aussi réglementent l'existant et organisent la procédure d'élaboration et d'adoption de l'ordre constitutionnel nouveau* »¹⁵⁰.

Par son caractère progressif et la cohérence de ses enchainements, 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* »¹⁵¹. Cette formalisation

¹⁴⁷ La racine étymologique de ce mot est le verbe latin *providere*.

¹⁴⁸ P. AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », *RDP*, n°1, 2009, pp. 7-9.

¹⁴⁹ Idem, p. 11

¹⁵⁰ N. PERLO, article précité, p. 2

¹⁵¹ Selon O. PFERSMANN, la formalisation correspond à « une technique juridique qui modifie

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-constituant¹⁵², 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 »¹⁵³.

Même si la Charte de la transition centrafricaine comme d'ailleurs celle burkinabè ne définissent pas « les paramètres de formalisation de la constitution future »¹⁵⁴, 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 104¹⁵⁵ montrent à

la hiérarchie des normes et permet en même temps d'organiser cette même hiérarchie ». V. O. PFERSMANN, L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, ouvrage précité, p. 103.

¹⁵² Baptiste JAVARY, « Le rôle pré-constituant des comités d'experts », *Jurisdoctoria*, n° 10, 2013, pp. 177-200

¹⁵³ E. CARTIER, article précité, p. 515

¹⁵⁴ W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *article précité*, pp.383-411.

¹⁵⁵ D'après cette disposition, « le Chef de l'Etat de la Transition ne porte pas le titre de Président de la

suffisance que la Charte de la transition n'a pas une espérance de vie éternelle.

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 d'avis avec le 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* »¹⁵⁶.

En définitive, un constat évident s'impose : le droit constitutionnel africain connaît de profondes mutations. Les recettes issues des conférences nationales

République. Il reste en place jusqu'à la prise de fonction effective du Président de la République, Chef de l'Etat démocratiquement élu. Le Premier Ministre 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 de la Communication de transition issue de la future Constitution ».

¹⁵⁶ E. CARTIER, article précité, p. 534

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 grand jour le réalisme constructiviste qui caractérise le nouveau constitutionnalisme africain¹⁵⁷. 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 en rapport notamment avec les théories classiques.

¹⁵⁷ S. PINON, « Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel (50 ans de la Constitution de 1958)*, ATELIER n°2 : « Constitution, enseignement et doctrine », Samedi 27 septembre 2008 à Paris, 9 pages.