



« L'office du juge constitutionnel en circonstances exceptionnelles : réflexion à partir des exemples du Burkina Faso et du Mali »

Par Dr. Abdoulaye HAMADOU

Maître-Assistant de droit public

Université Djibo HAMANI de Tahoua (Niger)

RESUME

La multiplication et la régularité des coups d'Etat dans certains pays d'Afrique, notamment dans sa partie francophone, impactent fortement l'ordre juridique constitutionnel. Ces coups de force, auxquels, il faut ajouter les insurrections populaires, même si elles sont rares, constituent des circonstances exceptionnelles en ce sens qu'ils provoquent une rupture constitutionnelle, une crise profonde dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels. Ces circonstances interrogent la place et le rôle des juridictions constitutionnelles, en tant que juge des pouvoirs publics constitutionnels. Aux moyens de compétences diversifiées, de missions ordinaires et extraordinaires, les juridictions constitutionnelles ont rendu des décisions qui ont suscité des débats sur leur juridicité. Les expériences burkinabé et malienne montrent qu'en circonstances exceptionnelles, l'office du juge constitutionnel présente deux facettes. L'office est d'abord dérogatoire, en ce sens qu'il accomplit son juridictio en dehors du cadre normatif constitutionnel. L'office est ensuite controversé, car pour l'essentiel, le juge privilégie des normes para constitutionnelles au détriment de la constitution formelle, pour régler la crise et assurer la garde de la transition.

Mots-clés : circonstances exceptionnelles, Constitution, coup d'Etat, insurrection populaire juge constitutionnel, office, para constitution, transition.

ABSTRACT

The multiplication and regularity of coups d'etat in certain African countries, particularly in its French-speaking part, have a strong impact on the constitutional legal order. These coups, to which are added popular uprisings, even though they are rare, constitute exceptional circumstances in the sense that they cause a constitutional rupture, a deep crisis in the constitutional public powers functioning. These circumstances question the place and the role of constitutional jurisdictions as a judge of the constitutional public powers. By means of diversified competences of ordinary and extraordinary missions, the constitutional courts have rendered decisions which have given rise to debates on their legality. The Burkinabé and Malian experiences show that in exceptional circumstances, the constitutional judge office has two facets. The office is first of all derogatory, in the sense that it fulfills its juridictio outside the constitutional normative framework. The office is then controversial, because essentially, the judge favors para-constitutional norms to the detriment of the formal constitution, to settle the crisis and ensure the transition custody.

Keywords: exceptional circumstances, Constitution, coup d'etat, popular insurrection, constitutional judge, office, para constitution, transition.



Sommaire

I. Un office dérogoire

A. Le déclenchement extraconstitutionnel de la procédure

1. La prise en compte des circonstances exceptionnelles

2. L'adaptation des règles de saisine

B. La conduite para constitutionnelle de la procédure

1. L'acclimatation de la légalité d'exception dans le bloc de constitutionnalité

2. La banalisation de la constitution formelle

II. Un office controversé

A. Le rétablissement inconstitutionnel des institutions républicaines

1. La validation du changement anti constitutionnel de Gouvernement

2. La légitimation des autorités de fait

B. La constitutionnalité discutable des décisions

1. Les motivations extraconstitutionnelles des décisions

2. La volonté de consolider le pouvoir putschiste et insurrectionnel



INTRODUCTION GENERALE

Au moment fort de la crise sanitaire liée à la Covid 19, Sylvie PERDRIOLLE, en répondant à la question : « Qu'est-ce que juger ? », a pu avancer l'argument suivant : « *penser la loi comme seule abstraction ne suffit pas. Le droit permet de produire des généralités s'appliquant à tous, crée la sécurité nécessaire aux liens sociaux mais le droit s'élabore également à partir de situations concrètes, d'accidents, d'évènements quotidiens, de conflits, de désordres, dans le mouvement de la vie.* »¹. Ces propos illustrent avec pertinence les dynamiques juridiques des sociétés contemporaines, mais interpellent aussi les organes de l'Etat, le pouvoir judiciaire en premier, sur la nécessaire adaptabilité de son office. Ceci n'est d'ailleurs qu'un utile rappel, puisque pendant longtemps, lorsque l'État se trouvait en circonstances de crises (pandémies meurtrières, terrorismes, guerres, insurrections, etc.) et que le respect des règles limitatives du pouvoir nuisait à l'efficacité ou à la célérité de leurs actions, les autorités politiques sortaient tout bonnement des limites de la légalité *lato sensu*², dans l'objectif de contenir ces crises. L'idée qu'une menace, une crise, quelle qu'elle soit, autorise rapidement une dérogation à la règle de droit et au cadre juridique de protection, n'est donc guère nouvelle.

En s'appuyant notamment sur les régimes d'exception prévus par la Constitution³, les organes de l'Etat un peu partout⁴ fonctionnent avec une légalité d'exception, en dépit de l'insécurité juridique pour les citoyens et l'Etat⁵. A ce sujet, Jacques ROBERT rappelait que les organes de l'Etat, face aux crises, devraient se servir sans timidité, ni scrupule, des armes que le droit, et notamment le droit constitutionnel, met à la disposition des gouvernants pour leur permettre de surmonter des circonstances exceptionnelles⁶.

Dans ce contexte, la question se pose de la responsabilité du juge. En effet, si en littérature ou en art, les situations exceptionnelles peuvent inspirer l'artiste⁷ ; en droit, ces situations mettent le juriste, l'artiste du droit, devant une responsabilité exceptionnelle. C'est pourquoi, dans cette

¹ S. PERDRIOLLE, « Qu'est-ce que juger ? », Dalloz | *Les Cahiers de la Justice*, n° 4, 2020/4 | pages 585 à 593.

² F. SAINT-BONNET, Rapport introductif : Les trois âges de l'état d'exception. In : *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36-2020, 2021, pp. 91-98.

³ Il s'agit de l'état d'urgence (article 68) et l'état de siège (article 105), au titre de la Constitution du 25 novembre 2010 pour le Niger ; l'état de mise en garde, l'état d'alerte (article 29a) et l'état de siège (article 25) de la Constitution du Gabon.

⁴ Aussi bien les grandes démocraties que les démocraties en construction ou pas, aussi bien en Afrique que sur les autres continents, le monde est confronté à une sorte d'« *overdose d'états d'exception* » (nous soulignons) : voir à ce sujet des illustrations d'une trentaine de pays africains, asiatiques, américains et européens, in : *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36-2020, 2021, *L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? Du terrorisme à l'urgence sanitaire - L'opinion publique aujourd'hui. Regards pluridisciplinaires* : https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2021_num_36_2020_2893.

⁵ On en vient à cette situation paradoxale d'états d'urgence de plus en plus fréquents, de plus en plus longs où l'argument de l'urgence décrit moins la gravité de la menace qui afflige un pays que l'ampleur des atteintes que l'on croit nécessaire d'infliger aux droits et aux libertés : F. SAINT-BONNET, « la banalisation des états d'urgence », communication prononcée au Conseil d'État, sur le thème général « Les états d'urgence : quelles leçons de l'histoire ? », le 9 décembre 2020.

⁶ J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42, n°2, avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, pp.751-764.

⁷ On peut rappeler ici l'exemple du *Décameron de Boccace*, écrit entre 1349 et 1352 se jouant dans le contexte de la peste noire qui a atteint Florence en 1348. Exemple cité par : P.P. KRUSZLICZ, « L'État d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire : le cas de la Hongrie », *Annuaire international de justice constitutionnelle* n°36, 2020-2021, p.459.



contribution, il est nécessaire de questionner le rôle et la responsabilité du juge constitutionnel à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, ce qu'il peut faire en période de crises dans un Etat de droit. En effet, il est admis dans tous les systèmes juridiques que le droit connaît l'exception et cherche à l'intégrer en son sein. A ce titre, on peut dire que le propre des *circonstances exceptionnelles* est de rendre « l'illégal » juridique, voire constitutionnel⁸. De ce point de vue et à l'épreuve de l'actualité⁹, analyser l'office du juge constitutionnel en circonstances exceptionnelles paraît pertinent.

L'idée que le juge constitutionnel conserve un office en circonstances exceptionnelles, étant peu évidente à *priori*¹⁰, ne saurait se comprendre qu'en procédant préalablement et nécessairement à une élucidation des différents concepts du thème. On insistera d'une part, sur les termes « office », « juge constitutionnel », avant de dégager le sens que recouvre leur articulation, et d'autre part, sur l'expression « circonstances exceptionnelles ».

Ainsi, le terme « office », du latin *officium*, exprime l'idée que le juge assure une mission, celle de juger, c'est-à-dire qu'il détient des prérogatives pour contrôler l'accès à son prétoire, pour mener à bien son instruction, pour statuer en toute connaissance et pour faire exécuter efficacement ses décisions. Cette conception est celle qui est répandue et donc qui est accessible à chacun¹¹. En effet, l'expression « office du juge » est abondamment utilisée tant dans la jurisprudence¹² que dans la doctrine¹³. Dans sa thèse consacrée à l'office du juge constitutionnel, Jacques NORMAND distingue deux sens de l'expression. Dans un premier sens, l'office du juge « désigne la, ou plus exactement, les fonctions ; la ou les missions, dont le juge est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnement juridique ». Dans un sens plus technique, « l'office du juge concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues »¹⁴. Ce dernier sens est celui qui retient aujourd'hui l'attention des juristes dans la mesure où il souligne l'étendue et le mode d'exercice des prérogatives que le juge peut ou doit exercer en vue du bon accomplissement de la mission qui lui est assignée¹⁵.

⁸ P.P. KRUSZLICZ, « L'État d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire : le cas de la Hongrie », *Annuaire international de justice constitutionnelle* n°36, 2020-2021, p.459.

⁹ Au moment où nous écrivons ces lignes, le monde est encore confronté à des crises de tout genre : la guerre russo-ukrainienne qui menace la paix mondiale ; en Afrique, en particulier, on observe de nombreux foyers de tensions, notamment au Soudan avec le coup d'Etat manqué qui s'est transformé en conflit entre le régime en place et les putschistes présumés ; au Burkina Faso, au Mali et au Niger avec les attaques terroristes qui se multiplient, provoquant ainsi la généralisation, voire la banalisation des états d'exception, etc.

¹⁰ La notion de « circonstances exceptionnelles » est apparue et a connu ses meilleurs développements en droit administratif.

¹¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4^e édition, LexisNexis, Paris, 2022, p.1488.

¹² CE., 13 octobre 2003, Département de Seine-et-Marne, n° 250143 ; CE., 19 mai 2004, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, n° 253375 ; CE., 10 avril 2009, M. Séverin Q. et autres, n° 317821 ; Cass. com., 25 avril 1989, n° 88- 11894 ; Cass. civ., 12 décembre 1990, n° 89-18450 ; Cass. soc., 19 mai 1998, n° 95-45575 ; Cass. civ., 3 octobre 2002, n° 01-02073 ; Cass. Ass., 31 mai 2010, n° 09-70716 ; etc.

¹³ R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », in CHAPUS R., *L'administration et son juge*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1999, p. 293-370 ; G. DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND DEVILLER. Confluences*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 288 ; P. OURLIAC, « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 624-644 ; P. PESCATORE, *La séparation des pouvoirs et l'office du juge*, de Montesquieu à Portalis, Rapport présenté le 23 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du code civil, Bruxelles, Bruylant, 2009, 89 pages ; etc.

¹⁴ J. NORMAND, « Office du juge », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 925.

¹⁵ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op.cit.*, p.1488.



Le vocable « juge constitutionnel » renvoie, ici, à la juridiction constitutionnelle, c'est à dire l'organe prévu par la constitution, distinct du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire classique ayant pour mission de trancher les questions d'ordre constitutionnel, de garantir le fonctionnement régulier des organes étatiques, de protéger les libertés et d'assurer le respect de la Constitution¹⁶. C'est le rôle assigné à la Cour constitutionnelle par la Constitution nigérienne¹⁷. Dans l'exercice de ces fonctions, le juge constitutionnel assure la justice constitutionnelle que le Doyen Favoreu considère comme « l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée sans restriction, la suprématie de la constitution »¹⁸. Selon le système juridique, la juridiction constitutionnelle peut être soit une juridiction spécialisée¹⁹, soit une juridiction de droit commun²⁰, mais dont la sentence rendue a autorité de la chose jugée, ou encore force de vérité légale²¹.

Qu'est-ce que donc « l'office du juge constitutionnel » ?

Charles-Édouard SENAC propose de définir le concept d'*office du juge constitutionnel* comme « un ensemble de pouvoirs et devoirs en vue d'assurer la garantie de la Constitution dans le système juridique »²². En d'autres termes, « l'étendue et le mode d'exercice des pouvoirs du juge en vue de la réalisation d'une mission spécifique »²³. Suivant les éléments de définition présentés ci-haut, l'office du juge constitutionnel renvoie aux fonctions que la juridiction constitutionnelle assure selon des règles de fond et de procédure spécifiques en vue, non seulement de garantir la supériorité de la constitution, mais aussi de stabiliser le système politique.

L'expression « circonstances exceptionnelles » renvoie, couramment et d'un point de vue matériel, à une situation de trouble, de conflit ou de crise²⁴ dans la société, et plus précisément

¹⁶ D. SY, « les fonctions de la justice constitutionnelle », in O. NAREY, La justice constitutionnelle, actes du colloque international de l'ANDC, Niamey, 2016, p. 46. Dans le même sens, voir Th. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », Pouvoirs, n° 129, 2009, p. 101-126.

¹⁷ La Cour constitutionnelle est la juridiction compétente en matière constitutionnelle et électorale. Elle est chargée de statuer sur la constitutionnalité des lois, des ordonnances ainsi que de la conformité des traités et accords internationaux à la Constitution. Elle interprète les dispositions de la Constitution. Elle contrôle la régularité, la transparence et la sincérité du référendum, des élections présidentielles et législatives. Elle est juge du contentieux électoral et proclame les résultats définitifs des élections (art.120, Const.).

¹⁸ L. FAVOREU et al, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p.227.

¹⁹ C'est le modèle conçu par Hans Kelsen et diffusé en Europe à partir des années 1920 et qui est adopté majoritairement dans le nouveau constitutionnalisme africain. Ces juridictions spécialisées prennent des appellations différentes suivant les pays : Conseil constitutionnel (Côte d'Ivoire, Burkina Faso, Sénégal) ou Cour constitutionnelle dans la plupart des pays (Benin, Gabon, Mali, Niger). De nombreuses études sont consacrées à ce sujet dont entre autres : A. KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : le cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », RBSJA, 2006, n° 16, p. 17 ; Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », Pouvoirs, n° 129, 2009; D. KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques », RBSJA, n° 18, 2007, pp. 87-1280

²⁰ C'est le modèle américain où le contrôle de constitutionnalité est exercé par l'ensemble des tribunaux coiffés par une Cour suprême qui exerce son autorité sur toutes les autres juridictions.

²¹ R. MBALLA OWONA, « L'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel en Afrique francophone », in O. NAREY, La justice constitutionnelle, actes du colloque international de l'ANDC, Niamey, 2016, p. 422.

²² C.-E SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions*, op. cit. note 16, p. 1.

²³ C.-E. SÉNAC, op. cit., note 16, p. 29.

²⁴ Le mot « crise » est perçu comme un terme de médecine et désigne, d'après le dictionnaire Littré, un « changement qui survient dans le cours d'une maladie et s'annonce par quelques phénomènes particuliers... ». L'usage du mot s'est étendu à tous les phénomènes tant naturels que sociaux : crise climatique, crise géographique,



dans un Etat. Au sens juridique, on parle de circonstances exceptionnelles lorsque, soit le fonctionnement des pouvoirs publics est affecté par une crise suffisamment grave ; soit des mesures d'exception sont prises par les pouvoirs publics pour faire face à une période « crisogène »²⁵, soit la légitimité des gouvernants est remise en cause par une partie du corps social et/ou politique, notamment en période insurrectionnelle ou séditionnelle. En droit public spécifiquement, la notion de « circonstances exceptionnelles » en tant qu'objet d'étude a vu le jour et s'est développé en droit administratif »²⁶. On y retient que, lorsqu'une menace grave risque de troubler l'ordre public ou d'entraver le fonctionnement des services publics, il convient d'écarter le principe strict de la légalité et d'admettre dans certaines conditions la régularité des mesures en cause²⁷. On ira même jusqu'à dire que l'existence de circonstances exceptionnelles peut faire apparaître l'existence d'une légalité d'exception. Dans cette perspective, les terminologies employées sont variables : état de siège, état d'urgence, état de guerre, état de tension, état d'alerte, état de danger public, état de guerre extérieure, état de commotion intérieure et état d'urgence économique²⁸. Il s'agit là des figures classiques des circonstances de crises qui sont généralement retracées dans les textes constitutionnels, tels qu'illustrés à partir des exemples nigériens et gabonais, plus haut.

Quelle que soit la terminologie utilisée, les circonstances exceptionnelles représentent un péril pour l'ordre juridique établi et l'équilibre des institutions. Dans cet ordre d'idées, et dans le contexte de certains pays de l'Afrique francophone, il y a lieu d'élargir le champ de ces circonstances aux « coups d'Etat militaires »²⁹ et « insurrections populaires ». D'un point de vue juridique, le coup d'Etat est « une violation du droit interne et une atteinte brusque et réfléchie aux règles juridiques qui ont pour objet l'organisation et le fonctionnement des autorités constituées dans un pays, la police des libertés publiques et le maintien de l'ordre sur le territoire »³⁰, ou plus précisément « un changement de gouvernants opéré hors des procédures constitutionnelles en vigueur »³¹. TUEKAM TATCHUM ajoutera que c'est fondamentalement

crise sociale, crise économique, crise financière, crise politique, crise institutionnelle, etc. Le mot est présent aussi bien dans le langage commun que dans le langage scientifique. Il n'est donc pas de domaine qui, aujourd'hui, ne soit hanté par l'idée de crise : Cour constitutionnelle du BÉNIN, « Les juridictions constitutionnelles et les crises », Communication au 5^e congrès de L'ACCPUF, Cotonou, le 9 avril 2009

²⁵ C'est l'hypothèse des pouvoirs exceptionnels du Président de la République : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend des mesures exigées par ces circonstances après consultation officielle du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle. (...) » (Article 67, Constitution nigérienne). On retrouve le même principe dans les Constitutions ivoirienne (art.48), béninoise (art.68), malienne (article 50), sénégalaise (article 52).

²⁶ En effet, on date couramment la naissance de la théorie des circonstances exceptionnelles de l'arrêt du 28 juin 1918 – Heyriès (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, GAJA, n°31, p. 188), qui admet, « à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, les pouvoirs publics » le 10 septembre 1914, la légalité du décret de ce jour du président de la République suspendant l'application d'une loi, le célèbre article 65 de la loi du 22 avril 1905, qui prescrit la communication de son dossier à tout fonctionnaire avant que soit prise à son encontre une mesure disciplinaire. Se référer utilement à : J. MASSOT, « Le conseil d'Etat face aux circonstances exceptionnelles », *Dalloz / Les Cahiers de la Justice*, 2013/2 N° 2, p.28.

²⁷ J. MASSOT, « Le conseil d'Etat face aux circonstances exceptionnelles », *op.cit.*, p.28.

²⁸ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Circonstances exceptionnelles », *Dictionnaire d'administration publique*, Presses universitaires de Grenoble, 2014, pp. 60-61.

²⁹ Pour une étude approfondie sur les coups d'Etat survenus sur le continent africain au cours de ces trois dernières décennies, voir : É.M. NGANGO YOUNBI et B. CISSÉ, « Chronique de trente-deux ans de coups d'Etat en Afrique (1990-2022) », *Revue française de droit constitutionnel*, n°133, 2023, pp. 25-52.

³⁰ Th. HOLO, « L'étude d'un Régime militaire. Le cas du Dahomey (Bénin) », Thèse de doctorat en droit public, Paris I, 1979, p. 17-18.

³¹ O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1992, PUF, Grands dictionnaires, p. 240.



un acte négateur du constitutionnalisme³². Dans certains cas, il peut être fatal pour le chef de l'Etat en exercice, comme au Niger en 1999 et en Guinée Biseau en 2009, où ils ont été carrément assassinés³³.

Le terme « insurrection », du latin « *insurrectio* », désigne un soulèvement offensif. Il s'agit d'un mouvement populaire tendant à renverser les pouvoirs publics établis dans une société politique³⁴. L'insurrection, lorsqu'elle aboutit, crée un vide institutionnel, en l'occurrence présidentiel, gouvernemental et parlementaire³⁵. Comme le coup d'Etat, l'insurrection rend subséquemment nécessaire l'instauration d'une transition politique pour la restauration d'un ordre constitutionnel normal.

Ces deux évènements constituent des circonstances exceptionnelles, en ce sens qu'ils provoquent une rupture constitutionnelle, ou pour reprendre les mots du doyen Louis FAVOREU une « *situation de dissolution de l'État comme ordre juridique* »³⁶, un vide constitutionnel et donc un désordre dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels. Concrètement, à l'issue d'un coup d'Etat ou d'une insurrection populaire, on assiste généralement à la suspension de la Constitution, à la dissolution du Gouvernement et du parlement en place, ainsi qu'une limitation des libertés individuelles. A propos du coup d'Etat, Jacky HUMMEL écrivait qu'à cette occasion, « [...] *le droit cède la place aux faits qui, à leur tour, donnent naissance à un droit nouveau* »³⁷. Se pose alors la question de l'intervention du juge constitutionnel, juge des pouvoirs publics constitutionnels, mais aussi en tant que mécanisme d'arbitrage dans le fonctionnement de l'Etat constitutionnel à l'épreuve de ces évènements. A juste titre, le juge constitutionnel nigérien a pu dire du coup d'Etat qu'il est « une situation de fait extraconstitutionnel »³⁸.

Partant de cette hypothèse, la présente réflexion vise un double objectif : d'une part, proposer une relecture des circonstances exceptionnelles dans le sillage de la compétence du juge constitutionnel burkinabé et malien sollicité à l'occasion des coups d'Etat et insurrections populaires ; et d'autre part, démontrer que celui-ci peut, lorsque lui seul en a la compétence, intervenir à l'occasion de tels évènements.

Un succinct rappel historique permet de comprendre que l'idée selon laquelle le juge constitutionnel officiant à l'épreuve des situations exceptionnelles n'est pas nouvelle. En effet, l'hypothèse a été émise dans les années 2000 par le professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER³⁹ qui a abordé les implications de la transposition de la technique de circonstances

³² C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspensions de la Constitution dans les États d'Afrique francophone : le cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et de la République centrafricaine », *RDP* 2018, n° 2, p. 573 à 596.

³³ L'ancien président nigérien Ibrahim BARE MAÏNASSARA a été tué lors d'un coup d'État perpétré le vendredi 04 avril 1999 par la garde présidentielle. En Guinée Bissau, le président Joao Bernardo VIEIRA a été tué par l'armée le lundi 02 mars 2009 à Bissau.

³⁴ Ch. DEBBASCH et autres, *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 7^e édition, 2001, pp. 215-216.

³⁵ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », in O. NAREY, *La justice constitutionnelle, actes du colloque international de l'ANDC*, Niamey, 2016, p.99.

³⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Précis », 2019, 21^e éd., p. 47

³⁷ J. HUMMEL, « Coup d'État », in P. MBONGO, Fr. HERVOUËT et C. SANTULLI, *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p. 176.

³⁸ Avis n° 02/CC du 25 mai 2009 sur l'interprétation des articles 1, 5, 6, 36, 37, 39, 49 et 136 de la Constitution.

³⁹ ROBLOT-TROIZIER A., « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFD Adm.*, n° 4, juillet 2006, p. 788-799.



exceptionnelles en contentieux constitutionnel. Sa contribution a conforté l'idée que la jurisprudence du juge constitutionnel français est traversée par un « changement de circonstances »⁴⁰. Pour sa part, le professeur Jean du Bois DE GAUDUSSON estime qu'aucune juridiction constitutionnelle, ni au Nord, ni au Sud, n'échappe à cette confrontation avec les crises⁴¹. De manière générale et dans le contexte occidental, les situations exceptionnelles qui sont soumises à l'office du juge constitutionnel tiennent majoritairement aux crises du quotidien politique et démocratique (conflits de compétence entre institutions centrales et collectivités territoriales, crises politiques inhérentes au jeu démocratique) et depuis les années 2019, à la crise sanitaire liée à la Covid-19⁴². En Afrique noire francophone, la question a également suscité un intérêt scientifique depuis quelques années en raison de la multiplication, voire de la permanence des crises⁴³. Pour une large part, la doctrine africaine trouve des similarités avec le contentieux constitutionnel des crises tel qu'il est observé en occident⁴⁴.

La nouvelle dynamique du contentieux constitutionnel en Afrique noire francophone, considérée aujourd'hui comme « un désert de la démocratie, un champ de ruines démocratiques » par une partie de la doctrine⁴⁵, tient à l'entrée au prétoire du juge constitutionnel du coup d'Etat militaire et de l'insurrection populaire, comme objets contentieux. C'est une évolution majeure, si l'on se rappelle du débat controversé autour de la question : faut-il aborder le coup d'Etat en droit public, plus précisément en droit constitutionnel ? A ce sujet, le professeur Elhadj MBODJ soutient que celui-ci ne doit pas retenir l'attention du juriste⁴⁶, à la suite de plusieurs auteurs, dont Raymond CARRE DE MALBERG. Celui-ci a écrit ceci : « Il n'y a point de place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'État »⁴⁷. Pour pertinentes que ces positions paraissent, il demeure qu'en Afrique noire francophone les coups d'Etats, en particulier, s'imposent comme un objet du droit constitutionnel⁴⁸. De ce point de vue, il faut convenir avec Éric YOUMBI NGANGO qu'à la différence des grandes démocraties occidentales, qui en ont très peu connu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, en Afrique,

⁴⁰ L. KOUOMOU SIMO, *Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse pour obtenir le grade de Doctorat, École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-sorbonne, 504 pages.

⁴¹ J. du B. de GAUDUSSON, *Rapport général du colloque sur les juridictions constitutionnelles et les crises*, (Cinquième congrès), Cotonou, du 23 au 25 juin 2009, p.125.

⁴² Voir sur ce point J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », dans les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 54, janvier 2017 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-urgence-et-le-conseil-constitutionnel>, consulté le 20 janvier 2023.

⁴³ On notera à ce titre qu'un colloque a été organisé à Cotonou en 2009 (ACCPUF, *Les juridictions constitutionnelles et les crises*, (Cinquième congrès), Cotonou, du 23 au 25 juin 2009).

⁴⁴ Voir en ce sens F.J. AIVO : « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises : le cas du Bénin », communication au 5^e CONGRÈS DE L'ACCPUF, p.3. L'auteur identifie au moins trois foyers de tension ou « périodes crisogènes » qui sont soumis à l'office du juge constitutionnel, notamment au Bénin : les crises électorales, les crises liées au fonctionnement des institutions et Les rapports entre Exécutif et Législatif.

⁴⁵ Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », RBSJA, 2006, p. 31

⁴⁶ E. MBODJ, « La succession du chef d'État en droit constitutionnel africain (analyse juridique et impact politique) », thèse de Doctorat, Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 1991, p. 11.

⁴⁷ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1922, Paris, CNRS., 1962, t. 2, p. 137 e

⁴⁸ Dans certains pays africains, les coups d'Etat font l'objet d'une certaine constitutionnalisation négative : Voir par exemple l'article 65 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 (révisée en 2019) : « Toute tentative de renversement du régime constitutionnel par les personnes des forces armées ou de sécurité publique sera considérée comme une forfaiture et un crime contre la nation et l'État et sera sanctionnée conformément à la loi » ; Article 121, alinéa 3, Constitution du Mali 1992 : « Tout coup d'Etat ou putsch est un crime imprescriptible contre le peuple malien ».



ils sont fréquents, voire permanents et devraient donc intéresser le constitutionnaliste⁴⁹. Sans contester, le coup d'Etat comme l'insurrection ont forgé une certaine « ingénierie constitutionnelle des acteurs politiques et juridictionnels africains »⁵⁰ qui a favorisé la formalisation d'un « droit para constitutionnel »⁵¹, un « constitutionnalisme alternatif »⁵² ou un « droit constitutionnel hétérodoxe »⁵³ constitué de Chartes de transition ou Actes fondamentaux de la transition, Communiqués, prises de positions, décisions de justice, etc.

Ainsi, depuis une dizaine d'années, l'on assiste à un dynamisme jurisprudentiel de certaines juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone lié aux coups d'Etat et insurrections. En effet, en tant qu'elles sont dédiées à la stabilisation du corps social et/ou politique, les juridictions constitutionnelles sont interpellées par les coups d'Etat, mais encore faudrait-il qu'elles soient saisies quand elles ne disposent pas du droit d'auto saisine.

On citera, ici, les exemples du conseil constitutionnel burkinabé et la cour constitutionnelle malienne. Ces deux juridictions ont rendu des décisions qui ont façonné un droit constitutionnel d'exception qui a suscité cette réflexion-ci. En effet le Burkina Faso et le Mali ont connu de 2012 à 2022 une série de coups d'Etat et une insurrection populaire en 2014 (pour le Burkina Faso) ayant entraîné, à un, moment donné, un vide constitutionnel et une paralysie de certaines institutions constitutionnelles. Dès lors, les juges constitutionnels ont été sollicités aux fins de délibérer sur les conséquences juridiques provoquées par ces événements. Aux moyens de compétences diversifiées, de missions ordinaires et extraordinaires, les juridictions constitutionnelles ont rendu des décisions controversées sur le plan juridique⁵⁴, mais efficaces sur le plan politique⁵⁵. Il s'agit principalement *des Décisions n°2014-003/CC/Transition portant validation de la désignation du président de la Transition du 17 novembre 2014*⁵⁶ et *n° 2022-004/CC, 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso du Conseil constitutionnel burkinabé et de la décision n° 2021-02/CC/du 28 mai 2021, portant vacance du poste du président de la Transition au Mali, rendue par la Cour constitutionnelle du Mali*. L'on retiendra que, pris dans le tourbillon et le cycle infernal de sortie de crise⁵⁷, et par une interprétation parfois maladroite de la constitution, le juge constitutionnel a pu valider des changements anticonstitutionnels de gouvernement : la vacance du fauteuil présidentiel est constatée ; les coups d'Etat et l'insurrection populaire sont validés ; les putschistes sont légitimés en tant que gouvernants et leurs décisions sont intégrées dans l'ordonnancement

⁴⁹ É.M. NGANGO YOUMBI et B. CISSÉ, « Chronique de trente-deux ans de coups d'État en Afrique (1990-2022), *op.cit.*, p. 29.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ P. TAILLON, « Les sources para constitutionnelles : un supplément et parfois un succédané à la Constitution formelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36-2020, 2021, pp. 15-27.

⁵² K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone », RFDC, 2012/2, n° 90, p. 73

⁵³ É.M. NGANGO YOUMBI et B. CISSÉ, « Chronique de trente-deux ans de coups d'État en Afrique (1990-2022), *op.cit.*, p. 29.

⁵⁴ Sur le plan juridique, les décisions rendues ont donné l'impression à l'imaginaire populaire que les coups d'Etat militaires, notamment, constituent des procédés d'accession au pouvoir d'Etat, ce qui est une hérésie.

⁵⁵ Sur le plan politique, ces décisions permis de trouver une solution aux blocages institutionnels nés des coups d'Etat, en permettant la dévolution du pouvoir d'Etat à des autorités, quoi que non démocratiquement désignées.

⁵⁶ Cette décision a été rendue pendant la période post-insurrectionnelle de 2014.

⁵⁷ B. KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in O. NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle. Actes du colloque international de l'ANDC*, L'Harmattan, Dakar, 2015, pp.24-25.



juridique. La justice constitutionnelle est ainsi saisie, bon gré, mal gré, par ces évènements particuliers.

Au-delà des expériences burkinabé et malienne, la réflexion sera aussi nourrie des exemples d'autres juridictions constitutionnelles ayant rendu des décisions en périodes de crises similaires. On évoquera particulièrement la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle de Madagascar. Ainsi, le curseur de l'analyse sera porté sur la jurisprudence issue de ces contentieux spécifiques, une jurisprudence somme toute dynamique et intrigante. Mais, la présente réflexion n'abordera pas les « coups d'Etat constitutionnels » ou « manipulations constitutionnelles », très répandus sur le continent et que Mathieu FAU-NAUGARET assimile à une manœuvre conduite par un organe de l'ordre constitutionnel normal (l'exécutif) afin de le modifier, avec la complicité d'autres organes de l'ordre constitutionnel existant, et le plus souvent les cours constitutionnelles⁵⁸. Elle n'abordera pas non plus les pouvoirs exceptionnels du président de la République⁵⁹, considérés à tort ou à raison comme des « circonstances exceptionnelles »⁶⁰.

La réflexion a un double intérêt théorique et pratique. Sur le plan théorique, elle propose une redéfinition de la théorie des « circonstances exceptionnelles » en droit constitutionnel. En effet, les circonstances exceptionnelles, telles qu'elles sont classiquement intégrées dans cette discipline, recouvrent essentiellement les pouvoirs exceptionnels du chef de l'Etat et les périodes singulières comprenant « l'état d'urgence et l'Etat de siège ». La particularité de ces régimes est, en plus de renforcer les pouvoirs des autorités administratives et politiques, de créer une instabilité dans l'ordonnement juridique. De ce point de vue, il y a une similarité d'effet juridique entre ces régimes classiques et les coups d'Etat militaires et insurrections. L'originalité de cette contribution réside dans l'analyse de l'office du juge constitutionnel face à ces circonstances extraordinaires, plus prégnantes au Burkina Faso et au Mali, notamment. En cela, l'étude est menée pour relever un double défi. Le premier est d'assumer le choix d'analyser les coups d'Etat militaires et insurrections en lien avec les procédures contentieuses constitutionnelles ; le second est d'apporter une contribution dans un domaine où les écrits ne sont pas abondants. De ce double point de vue, cette réflexion cherche à contribuer à l'essor de la doctrine africaine dédiée à l'analyse de la justiciabilité des coups de force devant le juge constitutionnel⁶¹.

⁵⁸ M. FAU-NOUGARET, « Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone », *afrilex-u-bordeaux4.fr.*, pdf., p. 2, consulté le 7 mai 2022.

⁵⁹ Ces pouvoirs renvoient aux moyens exorbitants mis à la disposition du chef de l'Etat pour assurer la continuité de la République dans le cadre d'une crise politique : LAMARQUE, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », RDP, 1961, p.606.

⁶⁰ Voir à ce sujet : A. AKA LAMARCHE, « De l'exercice des pouvoirs exceptionnels dans la gestion de la crise ivoirienne », *afrilex*, <http://afrilex.u-bordeaux.fr/2012/10/23/de-lexercice-des-pouvoirs-exceptionnels-dans-la-gestion-de-la-crise-ivoirienne/>, consulté le 03 janvier 2023.

⁶¹ B. KANTE, « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », in O. NAREY, *La justice constitutionnelle*, actes du colloque international de l'ANDC, Niamey, 2016, p.99 ; S.F. SOBZE, « Justice constitutionnelle en période de crise », RDP, mars 2023, p. 563 ; E. M. NGANGO YOUMBI, « Coups de force et droit constitutionnel en Afrique : brèves réflexions théoriques Étude en l'honneur du Professeur Michel DURUPTY (1937-2020) », RDP, mars 2023, p. 534 ; E. L. AMYE et A. BLAISE DRAMANE, « Coup d'État et permanence du pouvoir judiciaire dans les États d'Afrique francophone », RDP, mars 2023, p. 511.



Du point de vue pratique, l'étude entend relever, de l'analyse de la jurisprudence pertinente, les conséquences socio politiques de l'office du juge constitutionnel à l'épreuve des coups d'Etat militaires et insurrections. Ces retombées tiennent d'abord à l'impact de ses décisions sur l'opinion publique. A ce niveau et selon la décision rendue, le juge peut être célébré ou décrié dans l'opinion publique⁶². Les implications tiennent ensuite à la résilience, à la capacité du juge constitutionnel d'assurer son indépendance vis-à-vis des autorités putschistes ou insurrectionnelles. Le juge est ainsi écartelé entre deux options difficilement conciliables : faut-il obéir à la force du droit ou au droit de la force ? Quand on ajoute l'actualité du sujet à ces différentes dimensions, l'intérêt de l'étude se justifie amplement.

Au regard de cet intérêt à multiples dimensions, le sujet suscite deux questions dont une principale et une subsidiaire. La question principale peut être formulée comme suit : Qu'est ce qui caractérise l'office du juge constitutionnel lorsqu'il statue en circonstances exceptionnelles ? La question subsidiaire est celle de savoir si le juge accepte-t-il de moduler le droit, comme le pouvoir politique le fait, afin le mettre en phase avec les nécessités de l'espèce ? Se fondant essentiellement sur une analyse jurisprudentielle, donc une analyse juridique de tendance comparative, cette réflexion veut mettre en exergue les fonctions, les orientations et les difficultés des juridictions constitutionnelles à l'épreuve des coups d'Etat militaires et insurrection populaire. Dans un premier temps, on admet qu'en circonstances exceptionnelles, le contrôle du juge constitutionnel est exercé sur des faits, c'est à dire à la suite d'évènements, donc un contrôle concret, par opposition au contrôle abstrait. Cette hypothèse conduit à soutenir que son office est dérogoire (I). Dans un second temps, et au regard de ses missions constitutionnelles d'assurer notamment la suprématie de la Constitution, face aux actes des pouvoirs constitués, et à l'épreuve des décisions rendues dans ces circonstances, on retiendra que son office est souvent controversé (II).

I. Un office dérogoire

Dire que le juge constitutionnel exerce un « office dérogoire » suppose qu'il accomplit son *juridictio* en dehors du cadre normatif constitutionnel. Cela peut surprendre, si l'on se rappelle que, fondamentalement en empruntant l'heureuse formule de François Mitterrand, l'office du juge repose sur « *la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution* »⁶³. En effet, il peut arriver que le gardien de l'ordre constitutionnel soit dans l'incapacité de répondre aux exigences constitutionnelles, de trouver les solutions exigées par les circonstances du moment et procède à la rupture ou à la menace de rupture de l'ordre en question à la suite d'un coup d'Etat, d'une guerre ou d'une révolution⁶⁴. Toute l'idée que le juge constitutionnel exerce un « office dérogoire » réside dans une telle hypothèse. Ainsi lorsqu'il est saisi, à l'occasion d'un coup d'Etat, d'une insurrection/révolution ou de toute sorte de crise provoquant la rupture de la légalité constitutionnelle, les décisions rendues permettent de constater qu'il déroge à la procédure ordinaire, aussi bien dans le déclenchement de la procédure (A), que dans la conduite de la procédure (B).

⁶² Lire utilement en ce sens : O. ALBERT, « Opinion publique et jugement politique. *In*: Annuaire international de justice constitutionnelle, 36-2020, 2021. pp. 707-715.

⁶³ Cette formule est issue de son message adressé au Parlement à la veille de la première cohabitation de 1986, et à l'occasion de l'ouverture de la session parlementaire, sur les pouvoirs respectifs du président de la République, du gouvernement et du Parlement, Paris, 8 avr. 1986, citée par

⁶⁴ S.F. SOBZE, *op.cit.*, p. 563



A. Le déclenchement extraconstitutionnel de la procédure

La procédure juridictionnelle renvoie à la manière de procéder juridiquement, une série de formalités qui doivent être observées pour parvenir à une solution juridictionnelle. En temps normal, la procédure devant le juge constitutionnel est déclenchée par des requérants compétents et conformément aux règles prévues par les textes pertinents, notamment la Constitution. Mais, en temps de crises liées notamment aux coups d'Etat et insurrection populaire, cette procédure connaît de sérieux chamboulements. La jurisprudence des juridictions sous étude montre qu'au gré des circonstances, la procédure est déclenchée de manière extraconstitutionnelle, c'est-à-dire en dehors des règles constitutionnelles prédéterminées. Deux éléments permettent d'illustrer ce déclenchement extraconstitutionnel de la procédure à savoir : la prise en compte des circonstances exceptionnelles (1) et l'adaptation des règles de saisine du juge constitutionnel (2).

1. La prise en compte des circonstances exceptionnelles

Pour rendre sa décision en circonstances de coup d'Etat militaire ou d'insurrection, le juge constitutionnel prend nécessairement en compte les faits constitutifs de ces « circonstances ». Mise à l'épreuve de ces crises mettant à mal l'organisation constitutionnelle, le juge constitutionnel fait preuve de résilience audacieuse dans son office. Pour la continuité de l'Etat et afin de prévenir un blocage institutionnel au plus haut sommet de l'Etat, il prend acte des événements contraires à l'ordre constitutionnel. On dira, de façon ironique, que le juge qui assure, par son interprétation, la suprématie de la Constitution, accepte impuissant, de connaître des actes désacralisant « *sa majesté, la Constitution* » (nous soulignons). La question ici est de savoir comment procède-t-il, étant entendu que cela ne relève pas de ses missions classiques ? Au regard des décisions rendues dans ce contexte, le juge procède généralement par une technique alliant « constatation de la rupture constitutionnelle » et « appréciation des actes matérialisant la rupture constitutionnelle », en un temps.

La constatation de la rupture constitutionnelle renvoie au fait que le juge constitutionnel prend acte de l'accession au pouvoir d'Etat des autorités issues d'un processus extraconstitutionnel. En effet, en parcourant les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans ces circonstances, il ressort des considérants une reconfiguration des instruments juridiques visés, qui symbolise la dimension exceptionnelle de la décision⁶⁵. En intégrant ces actes dérogatoires dans son office, le juge valide aussi les décisions rendues par les nouvelles autorités. A ce titre, il faut retenir que « le coup d'Etat fait naître autour de la Constitution plusieurs types d'actes hétérodoxes qui peuvent être classés suivant leur degré de normativité (actes normatifs, quasi normatifs ou non normatifs). Parmi ces actes, on citera : l'acte de démission du président de la République, les *pronunciamientos*, les communiqués (de l'armée, notamment), les feuilles de route (de la transition), les déclarations constitutionnelles, les accords et compromis, et enfin les Chartes de transition »⁶⁶. La particularité, ici, est que ces actes interviennent souvent après

⁶⁵ Vu la Constitution ; Vu l'Acte fondamental du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) du 29 janvier 2022 (Décision n° 2022-004/CC, 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso) ; Vu la Constitution ; Vu la Charte de la Transition (Cour const. Mali, Arrêt N°2020-07/CC du 18 décembre 2020, le contrôle de conformité à la Constitution, du Règlement Intérieur du Conseil national de Transition adopté le 11 décembre 2020

⁶⁶ E. M. NGANGO YOUNBI, « Coups de force et droit constitutionnel en Afrique : brèves réflexions théoriques Étude en l'honneur du Professeur Michel DURUPTY (1937-2020) », *op.cit.*, p. 534.



que la Constitution en vigueur a été soit suspendue, soit maintenue conditionnellement⁶⁷. Dans le premier cas, l'application de la Constitution est seulement suspendue pour un temps déterminé et réactivé après⁶⁸ ; dans le deuxième cas, la Constitution est maintenue, mais concurrencée par une Charte de transition, qui l'emporte en cas de contradiction.

Si l'on considère le cas du maintien conditionné de la Constitution dans l'ordre juridique transitoire, les décisions analysées révèlent qu'au rang des actes juridiques caractérisant les circonstances exceptionnelles figurent la démission du Chef de l'Etat en exercice, les communiqués ou lettres informant de la vacance du fauteuil présidentiel, et les actes fondamentaux qui deviendront par la suite des Chartes de transition.

L'acte de démission du chef de l'Etat, généralement obtenue par la contrainte et médiatiquement maquillée, ouvre officiellement la vacance ou la prise officielle du pouvoir par les putschistes⁶⁹. Dans ce contexte et en visant l'acte de démission du président de la République en exercice, le juge constitutionnel constate la vacance de poste, prend acte de la rupture de l'ordre constitutionnel et accepte de statuer dans un ordre juridique chamboulé. L'acte de démission est généralement suivi d'une série de communiqués émis par les putschistes pour informer l'opinion du renversement de l'ordre constitutionnel ou du dirigeant en place, de la suspension ou l'abrogation de la Constitution, de la dissolution des institutions et d'autres mesures s'y rapportant, notamment la prise du pouvoir par un homme ou un conseil transitoire⁷⁰. Dans cette perspective, il est fréquent de trouver dans les visas et considérants du juge constitutionnel la mention de communiqués⁷¹ et lettres⁷² annonçant le chamboulement de l'ordre constitutionnel établi.

⁶⁷ Le maintien conditionnel de la Constitution renvoie à la situation où les *putschistes* ne portent pas atteinte à l'existence de la Constitution, ou alors la réactivent après l'avoir suspendue, en la faisant coexister avec un ou plusieurs textes circonstanciels, tels que les Chartes de transition. C'est l'hypothèse la plus répandue, notamment ces dix dernières années. Rentrant dans cette catégorie la transition insurrectionnelle de 2015 au Burkina où le lieutenant-colonel Yacouba ISAAC ZIDA restaura la Constitution du 2 juin 1991 qui avait été suspendue après la chute de Blaise Compaoré ; la transition conduite par le Lieutenant-colonel Paul Henri DAMIBA où, une semaine après le coup d'Etat du 24 janvier 2022, la Constitution qui avait été suspendue, fut réactivée et assortie d'une Charte de transition le 1^{er} mars 2022.

⁶⁸ De ce point de vue, la suspension est un moindre mal par rapport à l'abrogation qui est une décision radicale, car elle implique l'annulation pour l'avenir du caractère exécutoire de la Constitution.

⁶⁹ Dans l'espace ouest africain, on peut citer plusieurs cas : la lettre de démission d'Amadou Toumani Touré en 2012 suite au coup d'Etat d'Amadou Haya Sanogo, intervenue dans le cadre d'un accord-cadre de sortie de crise ; le message de démission d'Ibrahim Boubacar Keïta en 2020 suite au premier coup d'Etat d'Assimi GOITA, la lettre de démission de Bah N'DAW en 2021, suite au deuxième coup d'Etat d'Assimi GOITA ; la lettre de démission de Roch Marc Christian Kaboré en janvier 2022 suite au coup d'Etat de Paul Henri DAMIBA.

⁷⁰ E. M. NGANGO YOUNBI, « Coups de force et droit constitutionnel en Afrique : brèves réflexions théoriques Étude en l'honneur du Professeur Michel DURUPTY (1937-2020) », *op.cit.*, p. 534.

⁷¹ « Considérant que le communiqué n°1 du 24 janvier 2022 signé de monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA, Lieutenant-colonel des forces armées Nationales, porte avènement du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration : Décision n° 2022-004/CC du 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso ; Communiqué n°2 du MPSR du 30 septembre 2022 portant décision de « déchoir » Paul Henri Sandaogo DAMIBA du pouvoir d'Etat, Communiqué n°3 du MPSR du 30 septembre 2022 portant suspension de la Constitution, de la Charte de la Transition du 1er mars 2022, du Gouvernement, de l'Assemblée législative et annonce de la convocation des forces vives de la nation « ... à l'effet d'adopter une nouvelle Charte de la Transition et de désigner un nouveau président du Faso civil ou militaire » : Décision n°2022-025/CC sur la vacance de la Présidence de la Transition, la désignation par les Assises nationales, tenues le 14 octobre 2022, du Président de la Transition, Chef de l'Etat, Chef suprême des Forces armées nationales et sur son investiture.

⁷² La lettre n°000145 du 27 mai 2021 du Ministre Directeur de Cabinet du Vice-président de la Transition transmettant au Président de la Cour constitutionnelle la lettre de démission en date du 24 mai 2021 du Président



De tous les instruments juridiques d'exception visés par le juge constitutionnel, c'est la « Charte de transition », définie par la doctrine comme « l'arrangement constitutionnel *ad'hoc* transitoire, c'est-à-dire un instrument constitutionnel qui comble les vides constitutionnels et s'adapte à la situation exceptionnelle⁷³. Dans l'architecture des décisions rendues par les juges constitutionnels burkinabé et malien, elle apparaît en deuxième position des textes visés, elle talonne la Constitution dans la recherche d'une solution⁷⁴. C'est à ce titre qu'elle est assimilée à une para-constitution, c'est-à-dire un acte matériellement constitutionnel issu des sources autres que les sources classiques du droit constitutionnel⁷⁵.

C'est cet ensemble d'« actes para-constitutionnels unilatéraux »⁷⁶ ou de « para-légalité constitutionnelle »⁷⁷, qui permet au juge constitutionnel de constater, de prendre en compte les circonstances exceptionnelles qui saisissent son office, et pour lesquelles il procède à une adaptation des règles de saisine.

2. L'adaptation des règles de saisine

La saisine est définie en droit constitutionnel comme un « acte ayant pour objet de solliciter l'intervention d'une institution, et plus spécifiquement, acte de procédure déclenchant l'intervention d'une juridiction »⁷⁸. Progressivement érigée en règle dans la protection de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux⁷⁹, la saisine du juge constitutionnel obéit à des règles prédéfinies⁸⁰ et connues des acteurs du contentieux constitutionnel⁸¹. L'idée de base

de la Transition et le Décret n°2021-0355/P-T du 24 mai 2021 mettant fin aux fonctions du Premier ministre et des membres du Gouvernement : CC, Arrêt n°2021-02/CC/ Vacance DU 28 mai 2021.

⁷³ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.106.

⁷⁴ Vu la Constitution ; Vu l'Acte fondamental du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) du 29 janvier 2022 (Décision n° 2022-004/CC, 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso) ; Vu la Constitution ; Vu la Charte de la Transition (Décision n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs Mory Aldiouma Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et TRAORE Bossobé en exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal) ; Vu la Constitution ; Vu la Charte de la Transition (Cour const. Mali, Arrêt N°2020-07/CC du 18 décembre 2020, le contrôle de conformité à la Constitution, du Règlement Intérieur du Conseil national de Transition adopté le 11 décembre 2020.

⁷⁵ E. M. NGANGO YOUNBI, « Coups de force et droit constitutionnel en Afrique : brèves réflexions théoriques Étude en l'honneur du Professeur Michel Durupty (1937-2020) », *op.cit.*, p. 534.

⁷⁶ *ibidem*

⁷⁷ S.F. SOBZE, *op.cit.*, p. 563,

⁷⁸ M. DE VILLIERS et A. LE DIVEELLEC, Dictionnaire de droit constitutionnel », Paris, 9^{ème} édition, Sirey, p.327.

⁷⁹ Voir les articles 123 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 ; 132 et 133 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 ; 92 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 ; 122 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée ; 61 de la Constitution française du 04 octobre 1958 : voir à ce sujet, O. NAREY, « la saisine du juge constitutionnel », I. MADIOR FALL, (dir.), Théorie et contentieux constitutionnel en Afrique », Mélanges en l'honneur du professeur Elhadj MBODJ, Dakar, l'Harmattan, 2022, p.735.

⁸⁰ Les règles de saisine du juge constitutionnel sont généralement énoncées dans les textes constitutionnelles et précisées dans les lois organiques déterminant l'organisation, le fonctionnement, les attributions et la procédure suivie devant la juridiction constitutionnelle. Il en est ainsi de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant Loi organique pour la Cour constitutionnelle du Bénin ; de la Loi organique n° 2012-35 pour la Cour constitutionnelle du Niger ; de la Loi organique n°97-010 du 11 Février 1997 pour la Cour constitutionnelle du Mali ; de la Loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel du Sénégal ; etc.

⁸¹ Il s'agit pour l'essentiel des membres des pouvoirs publics constitutionnels tels que le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et les députés nationaux. En ce qui concerne les citoyens, ils ne peuvent saisir ces juridictions que par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion d'une affaire pendante devant une, à l'exception notable du Bénin où la possibilité existe (article 35 loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant Loi organique pour la Cour constitutionnelle du Bénin). Voir en ce sens : M. NGUELE ABADA, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel », in O. NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle*, L'Harmattan, Paris, 2016.



ici est que dans les procédures juridictionnelles contentieuses en Afrique francophone, le juge ne dispose pas le plus souvent de la faculté d'ouvrir son prétoire de sa propre initiative⁸², conformément à l'adage selon lequel, « le juge ne peut se saisir d'office »⁸³. Cependant, des blocages institutionnels provoqués par des coups de force dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels a amené certaines juridictions constitutionnelles à adapter les règles de saisine en activant soit l'auto saisine, soit en ouvrant le prétoire à des acteurs non prévus par les règles de saisine, l'objectif étant de trouver une solution à la crise. Les décisions n°2022-003/CC et 2022-004/CC du Conseil constitutionnel burkinabé et n° 2021-02/CC/VACANCE du 28 mai 2021 de la Cour constitutionnelle malienne, témoignent des capacités d'adaptation de la procédure de saisine par le juge constitutionnel, en fonction des circonstances

Au Burkina Faso, dans ses décisions 2022-003/CC et 2022-004/CC en date du 08 février 2022, le Conseil constitutionnel s'est autosaisi sur le fondement de l'article 157 alinéa 3 de la Constitution du 2 juin 1991. Cette auto saisine constitutionnelle permet de résoudre un blocage institutionnel en constatant la vacance de la présidence de la République (n°2022-003/CC) et en désignant le nouveau chef de l'Etat (n°2022-004/CC). En droit constitutionnel, l'auto saisine doit être distinguée de la saisine d'office. En effet, l'auto saisine « permet au juge, spontanément, de créer de toutes pièces le procès », se saisir soi-même⁸⁴ ; alors que la saisine d'office « désigne un mécanisme en vertu duquel le juge constitutionnel a la faculté d'examiner d'office le problème de la constitutionnalité d'une loi à partir d'un cas d'espèce, ce juge étant initialement saisi d'un recours »⁸⁵. L'auto saisine est ainsi différente de la saisine d'office en ce que dans le premier cas, c'est le juge lui-même qui crée le procès, alors que dans le second cas, le juge ne fait que développer le procès sur des points non soulevés par la partie ayant introduit le recours⁸⁶.

On en vient ainsi à relever que l'auto saisine du juge burkinabé découle du texte constitutionnel lui-même. De ce point de vue, elle ne pose pas de problème particulier. Mieux, et comme l'a écrit Jean Pierre DUBOIS dans un autre contexte, elle vient multiplier les possibilités offertes au juge constitutionnel de contrôler de sa propre initiative la légalité des actions entreprises par le Gouvernement⁸⁷. Cependant, la capacité d'auto saisine du juge constitutionnel burkinabé est cantonnée à l'examen de certains domaines précis : le blocage institutionnel lié à la vacance de la présidence de la République, le contentieux électoral et la constitutionnalité des normes affectant les droits fondamentaux⁸⁸. Dans cette perspective, nul ne contestera que la décision n°2022-003/CC portant « Constatation de la vacance de la présidence du Faso » est fondée en

⁸² B. BA, « L'évolution constitutionnelle des pays africains de succession française », *Les Annales africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'UCAD*, Vol.2, 2020, n°13, p.48.

⁸³ A. BANI, Citation et adages juridiques, Bibliothèque nationale du Bénin, Cotonou 2018, p.253, cité par O. NAREY, « la saisine du juge constitutionnel », I. MADIOR FALL, (dir.), *Théorie et contentieux constitutionnel en Afrique*, Mélanges en l'honneur du professeur Elhadj MBODJ, Dakar, l'Harmattan, 2022, p.735.

⁸⁴ M. DE VILLIERS M., A. LEDIVELLE, *op. cit.*, p.20.

⁸⁵ T. DI MANO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens soulevés d'office*, Paris, Economica, 1994, p.171. cité par L. DUMONT, « L'autosaisine du juge constitutionnel : retour sur le cas du Burkina Faso », *Revue Internationale de Droit comparé*, n°4, Octobre-Décembre 2022, p. 844.

⁸⁶ Par exemple, la Cour constitutionnelle du Bénin a la possibilité de se saisir d'office de la constitutionnalité de lois ou textes réglementaires portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux, à condition qu'elle soit saisie au préalable : Communiqué du Secrétariat général de la Cour constitutionnelle du Bénin faisant exercice 2014 par l'Assemblée Nationale, 4 février 2014.

⁸⁷ J.-P DUBOIS, « Le conseil constitutionnel : couronnement de l'Etat de droit ? », *Après demain*, n° 41, NF, 2017/1, pp.8-12.

⁸⁸ Articles 143, al.2 et 152, al.2. de la Constitution du 2 juin 1991, modifiée par la révision constitutionnelle de 2012 (loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012).



droit. D'un point de vue historique, ce n'est pas la première fois que le Conseil constitutionnel fait recours à l'auto saisine pour constater la fin d'un mandat présidentiel. On se rappelle qu'au lendemain de l'insurrection d'octobre 2014, il a, dans une décision du 16 novembre 2014, pris acte de la démission de Monsieur Blaise Compaoré de ses fonctions de président du Faso et constate officiellement la vacance de la présidence du Faso⁸⁹. Pour prendre cette décision, le Conseil a dû activer pour la première fois de son histoire, l'auto saisine, consacré à l'article 157 nouveau *in fine* de la Constitution révisée en 2012⁹⁰. Comme dans l'espèce n° 2022-003/CC du 08 février 2022, l'usage de l'autosaisine dans la Décision n°2014-001/CC/Transition, était régulière et nécessaire, les institutions et autorités habilitées à saisir la juridiction ayant disparu.

A l'inverse de la première, la seconde décision portant « dévolution des fonctions du Président du Faso au lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo DAMIBA » pose un problème juridique, en ce sens que son auto saisine est intervenue en dépit d'un blocage institutionnel jugé inconstitutionnel par la communauté internationale⁹¹, emportant certaines interrogations relatives à son domaine de compétence : la désignation d'un chef de l'Etat avec fonctions du président du Faso, dont la nomination ne résulte pas d'une élection régulière relève-t-elle de la compétence du juge constitutionnel ? si l'on sait que le changement inconstitutionnel de Gouvernement ne figure pas dans les domaines de compétences d'auto saisine du conseil constitutionnel, on est tenté de soutenir que la décision n°2022-004/CC du 08 février obéit plutôt à d'autres considérations. En étendant de la sorte ses compétences, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas commis un excès de pouvoir flagrant, qui ressuscite le vieux débat sur les dangers réels ou supposés que recèle cette procédure⁹² ?.

S'il faut admettre qu'historiquement et ontologiquement, le constitutionnalisme a pour vocation de prévenir les crises⁹³, est-il raisonnable de considérer que la nécessité de résoudre un blocage institutionnel puisse justifier un assouplissement conséquent des règles constitutionnelles en matière de choix du chef de l'Etat ? Confrontée à la même difficulté que le juge burkinabé et dans des contextes similaires, la Cour constitutionnelle du Mali a pu répondre par l'affirmative. En effet, à la suite du coup d'Etat du 24 mai 2021 mené par le Vice-président de la Transition, la Cour, saisie par le ministre directeur de cabinet du Vice-président de la Transition, un requérant de fait, a relevé « la paralysie et le dysfonctionnement des organes de la Transition à la suite de la démission du président de la Transition et la dissolution du Gouvernement »⁹⁴. Elle en vint à constater la vacance et à désigner le Vice-président comme étant le nouveau Chef de l'Etat⁹⁵. La décision a certes permis au juge constitutionnel de débloquent la crise institutionnelle en validant la désignation de Chef de l'Etat, mais sur l'initiative d'un requérant non habilité. Cette jurisprudence ravive encore la question de l'auto saisine. On prétextera que s'il pouvait s'autosaisir, on n'allait pas arriver à une telle navigation à vue. Cependant, à l'image de son homologue burkinabé, l'octroi de la compétence d'auto saisine n'est pas nécessairement

⁸⁹ Décision n°2014-001/CC/Transition portant constatation de la vacance officielle de la présidence du Faso.

⁹⁰ A. SOMA, *La Constitution du Burkina Faso. L'Espérance d'une démocratie intègre*, Ouagadougou, Maison du droit, 2013, p.199.

⁹¹ Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, Communiqué sur la situation au Burkina Faso, 1062^e réunion, 31 janvier 2021 ; Conseil de sécurité de l'ONU, communiqué de presse SC/14790 ; CEDEAO

⁹² J. du B.DE GAUDUSSON, *Rapport général du colloque sur les juridictions constitutionnelles et les crises*, op.cit., p.128.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n°2021-02/CC/Vacance, 28 mai 2021.

⁹⁵ Articles 1 et 2 du dispositif de l'arrêt.



une garantie inconditionnelle de réussite dans la régulation du fonctionnement des institutions. Seul un usage régulier et proportionnel peut en garantir son succès.

Ces deux décisions nous rappellent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle burundaise rendue dans une période de crises, mais dans laquelle le juge a été audacieux en argumentant dans le sens contraire de ses homologues burkinabé et malien. Ainsi, saisie d'une question portant sur blocage institutionnel, la Cour constitutionnelle du Burundi a adopté une position divergente de celles malienne et burkinabé. En effet, elle invalida une loi octroyant à l'Assemblée Nationale le pouvoir d'élire le prochain président du Burundi alors même que la présidence de la République était vacante⁹⁶. L'on retiendra que le blocage institutionnel n'est pas un motif suffisant pour justifier la désignation inconstitutionnelle d'un Chef d'Etat. C'est aussi en ce sens que va la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance qui a pour objectif de « *promouvoir et renforcer l'adhésion au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la suprématie de la Constitution et de l'ordre constitutionnels dans l'organisation politique des Etats parties* »⁹⁷.

En plus du déclenchement extraconstitutionnel de la procédure, le caractère dérogoire de l'office du juge tient également à la conduite para constitutionnelle de la procédure.

B. La conduite para constitutionnelle de la procédure

L'office du juge constitutionnel en circonstances exceptionnelles semble obéir à une cohérence et un impératif. La cohérence, c'est de ne pas se contredire dans le déroulement de son office ; l'impératif, c'est de contribuer à sortir de la crise née des circonstances qui saisissent son office. Pour ce faire, il conduit la procédure à se référant essentiellement à des instruments para constitutionnels, c'est-à-dire proches, mais distincts de la Constitution. A ce titre, il procède à l'acclimatation de la para constitutionnalité au bloc de constitutionnalité (1), qui aboutit irrémédiablement à la banalisation de la Constitution formelle (2).

1. L'acclimatation de la para constitutionnalité au bloc de constitutionnalité

L'idée d'acclimatation renvoie à l'action d'adapter, d'accoutumer une chose, à un nouveau milieu. Il s'agit en l'occurrence ici, d'adapter ce que la doctrine appelle « la para constitutionnalité »⁹⁸ aux normes ordinaires déterminant l'office du juge constitutionnel. La « norme para constitutionnelle » est celle qui existe en parallèle, « à côté » ou en marge de la Constitution. Elle est un complément qui exploite « les possibilités qu'offre la Constitution »,

⁹⁶ La Cour constitutionnelle burundaise avait estimé « *qu'il est clair que l'élaboration d'une telle loi constitutionnelle... même urgente, ne rentre pas dans la notion des affaires courantes qu'un Gouvernement démissionnaire a à expédier* ». La loi avait été adoptée afin de faire face à la vacance de la présidence, laquelle emportait démission du Gouvernement (art.85, al. 5 de la Constitution du Burundi du 13 mars 1992), chargé uniquement de l'expédition des affaires courantes, en attendant la formation d'un nouveau gouvernement : voir Cour const. Burundi, décision numéros RCCB 40 et 41, constitutionnalité de la loi n°1/002 du 13 janvier 1994 portant amendement de l'article 85 de la constitution du 18 avril 1944.

⁹⁷ Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, 2007, Article 2, parag2.

⁹⁸ Il s'agit des actes matériellement constitutionnels issus des sources autres que les sources classiques du droit constitutionnel.



des possibilités qui sont révélatrices d'un espace d'évolution et d'adaptation informelles⁹⁹. En d'autres termes, les instruments para constitutionnels se situent en marge de la constitution apparente, officielle et formelle¹⁰⁰. Dans un contexte de coup d'Etat militaire ou d'insurrection populaire, ces instruments peuvent être désignés sous diverses expressions : les « pronunciamientos, c'est-à-dire les communiqués de l'armée, notamment ; les feuilles de route de la transition ; les déclarations constitutionnelles, les accords et compromis, et surtout les « Chartes de transition ».

Pour rendre sa décision dans ce contexte, le juge constitutionnel intègre ces instruments cas par cas, et selon l'objet contentieux. Cela nécessite de sa part une autoadaptation, une nouvelle manière d'interpréter les normes déterminant son *juridictio*, d'autant plus que la norme référentielle de son office est concurrencée par les sources para constitutionnelles. Au regard des décisions rendues, l'on remarquera que le juge constitutionnel tente d'assurer la garde de deux catégories de sources. Ainsi, aux côtés de la Constitution et des autres sources déterminées, il vise en permanence le principal instrument constitutionnel dérogatoire : la Charte de transition ou Charte constitutionnelle. Désignée parfois sous le nom de « Constitution provisoire ou intérimaire »¹⁰¹, l'expression « Charte de transition » est donc apparue avec la crise institutionnelle née au Burkina Faso suite à l'insurrection populaire des 30 et 31 octobre 2014 qui a conduit à la déchéance du régime de Blaise COMPAORE¹⁰². Après le Burkina Faso en 2014, une charte de transition a été adoptée en 2015 en Centrafrique, en 2019 au Soudan, en 2020 au Mali et au Tchad, en 2021 en Guinée¹⁰³ et en 2022 au Burkina Faso à nouveau.

D'un point de vue matériel, c'est-à-dire au regard de son contenu, la « Charte de Transition » n'est pas si déférente de l'Ordonnance à vocation constitutionnelle à laquelle recourent le plus souvent les *putschistes*, pour organiser les modalités d'exercice du pouvoir d'Etat¹⁰⁴. Mais, à la différence de l'Ordonnance constitutionnelle qui renvoie à l'idée de domination d'un pouvoir, d'expression d'une volonté unilatérale, l'expression « Charte » paraît moins brutale en ce qu'elle suppose une norme consensuelle, négociée, une volonté partagée des acteurs. En cela, elle reflète une sorte d'ingénierie para constitutionnelle pour les militaires et leur soutien en vue de conférer une légalité constitutionnelle aux coups de force¹⁰⁵. C'est cet instrument constitutionnel d'exception, dont la prolifération en Afrique inquiète certains auteurs¹⁰⁶, qui

⁹⁹ P. TAILLON, « Les sources para constitutionnelles : un supplément et parfois un succédané à la Constitution formelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36-2020, 2021, p. 25.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n°71, 2007, p. 513-534 ; M. ZAKI, « Petites Constitutions et droit transitoire en Afrique », *Revue de droit public*, n°6, 2012 ; E. MBODJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, 2010, n°2, p. 441.

¹⁰² Une Charte de transition a été initiée, négociée et adoptée le 13 novembre 2014 par consensus entre les différentes composantes des forces vives de la Nation.

¹⁰³ S. M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, « Propos inquiets sur la dissémination des régimes de transition constitutionnelle en Afrique », *afrilex*, 2021, p. 12.

¹⁰⁴ Voir à ce sujet : S. NOUROU TALL, *Droit constitutionnel et ordonnance dans les états d'Afrique noire francophone*, Harmattan Sénégal, 2021, 396 p.

¹⁰⁵ S. M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, « Propos inquiets sur la dissémination des régimes de transition constitutionnelle en Afrique », *afrilex*, 2021, p. 12

¹⁰⁶ S. M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, *op.cit.*, p. 12



apparaît en bonne place dans les visages du juge constitutionnel pendant son office. Soumis à l'épreuve de la transition constitutionnelle, militaire ou insurrectionnelle, le juge constitutionnel burkinabé¹⁰⁷, centrafricain¹⁰⁸, malien¹⁰⁹ évoque formellement, cette source para-constitutionnelle aux côtés de la Constitution formelle, en vue de délibérer sur les questions dont il est saisi.

Qu'il soit saisi pour des questions liées au fonctionnement des pouvoirs publics de la transition, ou des questions liées au respect des droits et libertés reconnus aux citoyens, la juridiction constitutionnelle s'y réfère pour trancher le conflit élevé devant lui. Ainsi, dans le domaine du fonctionnement des pouvoirs publics, le juge burkinabé s'est appuyé sur les dispositions de la Charte de la transition de novembre 2014 (articles 5 et 9) pour valider la désignation de Monsieur Michel KAFANDO comme président de la Transition¹¹⁰ ; sur les dispositions de l'Acte fondamental du MPSR (articles 26, 28 al.1 et 35 al.3) pour décider de la dévolution des fonctions du Président du Faso au Lieutenant-colonel Paul Henri DAMIBA¹¹¹ ; sur la Charte de la transition du 14 octobre 2022 (article 6) pour désigner le Capitaine Ibrahim Traoré comme président de la deuxième Transition, après la démission du président de la première transition¹¹². Dans la même dynamique, le juge constitutionnel malien motive ses décisions en référence, en grande partie, aux dispositions de la Charte de la Transition du 12 septembre 2020. A ce titre, on peut évoquer l'arrêt n°2021-02/CC/vacance du 28 mai 2021 où, conformément aux articles 3, 7, 8 et 10 de ladite Charte et en lien avec les dispositions pertinentes de la Constitution rétablie du 25 février 1992, il a constaté la vacance de la Présidence de la Transition suite à la démission de Monsieur Bah N'DAW, Président de la Transition.

Dans son office, le juge constitutionnel évoque également d'autres instruments dont la nature juridique reste à déterminer et la normativité pose problème¹¹³. Il s'agit en l'occurrence des Communiqués et des Lettres. Ainsi, c'est à travers l'évocation des « communiqués » que le juge constitutionnel burkinabé dit prendre acte de la décision de démettre Paul Henri Sandaogo de ses fonctions de président du MPSR et la désignation de Monsieur Ibrahim TRAORE, en qualité de président du PMSR¹¹⁴ ; de la décision de « déchoir » Paul Henri Sandaogo DAMIBA du

¹⁰⁷ Vu la Constitution ; Vu l'Acte fondamental du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) du 29 janvier 2022 (Décision n° 2022-004/CC, 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso) ; Vu la Constitution ; Vu la Charte de la Transition (Décision n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs Mory Aldiouma Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et TRAORE Bossobé en exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal)

¹⁰⁸ Décision n°010/15/CCT du 28 août 2015, relative à l'interprétation de l'article 106 de la Charte constitutionnelle de transition ;

¹⁰⁹ Vu la Constitution ; Vu la Charte de la Transition (Cour const. Mali, Arrêt N°2020-07/CC du 18 décembre 2020, e contrôle de conformité à la Constitution, du Règlement Intérieur du Conseil national de Transition adopté le 11 décembre 2020

¹¹⁰ Décision n°2014-003/CC/Transition portant validation de la désignation du président de la Transition, 17 novembre 2014, considérant 3.

¹¹¹ Décision n° 2022-004/CC, 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso

¹¹² Décision n°2022-025/CC sur la vacance de la Présidence de la Transition, la désignation par les Assises nationales, tenues le 14 octobre 2022, du Président de la Transition, Chef de l'Etat, Chef suprême des Forces armées nationales et sur son investiture.

¹¹³ C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspensions de la Constitution dans les États d'Afrique francophone : le cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et de la République centrafricaine », *op.cit.*, p. 573 à 596

¹¹⁴ Communiqué n°1 du MPSR du 30 septembre 2022.



pouvoir d'Etat¹¹⁵ ; de la suspension de la Constitution, de la Charte de la Transition du 1^{er} mars 2022, du Gouvernement, de l'Assemblée législative et annonce de la convocation des forces vives de la nation « ...à l'effet d'adopter une nouvelle Charte de la Transition et de désigner un nouveau président du Faso civil ou militaire »¹¹⁶. Au Mali, c'est sur la base d'une « lettre frappée du sceau de l'urgence »¹¹⁷, introduite par un requérant dépourvu de la qualité à agir, que le juge constitutionnel est arrivé à constater la vacance de la Présidence de la Transition et d'inviter le Vice-Président de la Transition à exercer les fonctions, attributs et prérogatives de Président de la Transition pour conduire le processus de transition à son terme.

Dans cette œuvre d'acclimatation de la para constitutionnalité au bloc de constitutionnalité, le juge constitutionnel devient le garant par excellence de l'ordre juridique transitoire, un ordre juridique dont l'appréciation prétorienne risque de contribuer à la banalisation de la Constitution formelle.

2. La banalisation de la constitution formelle

Que n'a-t-on pas dit pour défendre et justifier la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne de l'État ? A ce sujet, il a été soutenu pendant longtemps que la Constitution, en tant que rempart contre l'arbitraire du pouvoir politique¹¹⁸, s'est, en effet, trouvée placée au sommet de la pyramide des normes¹¹⁹, y compris au-dessus du bloc de supra légalité¹²⁰. Le respect de la Constitution s'impose donc comme un préalable nécessaire à la validité de toute réglementation nationale ou internationale¹²¹. Cependant, il faut retenir avec le professeur Joel AIVO, que l'universalité de la notion ne doit pas masquer la pluralité de sa pratique ainsi que la diversité de sa condition dans les ordres juridiques internes. À cet égard, la pratique politique en Afrique a révélé des symptômes de la pathologie dont souffre la Constitution¹²². Autrefois, on expliquait la banalisation de la Constitution sous l'autel de la révision constitutionnelle¹²³. Aujourd'hui, le curseur de cette banalisation s'est déplacé vers le double mouvement de l'intervention de l'armée sur la scène politique et, paradoxe, de l'office du juge constitutionnel.

¹¹⁵ Communiqué n°2 du MPSR du 30 septembre 2022.

¹¹⁶ Communiqué n°2 du MPSR du 30 septembre 2022.

¹¹⁷ Lettre n°000145 du 27 mai 2021 du Ministre Directeur de Cabinet du Vice-président de la Transition transmettant au Président de la Cour constitutionnelle la lettre de démission en date du 24 mai 2021 du Président de la Transition et le Décret n°2021-0355/P-T du 24 mai 2021 mettant fin aux fonctions du Premier ministre et des membres du Gouvernement.

¹¹⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel Tome II*, Paris, Librairie de la société du Recueil Général des Lois et des arrêts 1911, p.12.

¹¹⁹ Pour HAMON et TROPER, la Constitution est « l'ensemble des normes dont la valeur est supérieure à celle de toutes les autres normes et qui constitue le fondement ultime de leur validité sans que les normes qu'il contient soient elles-mêmes fondées sur d'autres normes juridiques ». F. HAMON et TROPER, *Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2003, p 22.

¹²⁰ Traités internationaux, directives européennes, etc. Toutefois, cette suprématie fait débat, notamment dans le cadre des réflexions sur le traité constitutionnel européen

¹²¹ J. du B. DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique » in *Afrique contemporaine*, 2003, pp40-54. Parlant de l'accord de Marcoussis, l'auteur évoque la « faiblesse rédhitoire » dont souffre cet accord, faute pour lui d'être compatible avec la Constitution ivoirienne, et qui s'il était appliqué malgré cette incompatibilité, entraînerait « des difficultés insurmontables dans un État de droit ».

¹²² F.-J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, 2012, p.3.

¹²³ I. S. BOINA, « La malédiction constitutionnelle en Afrique : la révision », Presses Universitaires de France, *Revue française de droit constitutionnel*, 2021/4 N° 128, pp. 27 et suivantes



Sous les régimes issus des coups d'Etat militaire, la Constitution subit la pression des événements. Lorsqu'elle n'est pas suspendue, elle ne sert que de paravent¹²⁴, aux actions des putschistes. En effet, il est fréquent de trouver dans des Chartes de transitions des dispositions désacralisant la Constitution que le peuple s'est librement donnée. Les formules utilisées à cette fin ne laissent subsister aucun doute : « *La présente Charte abroge la Constitution du 27 décembre 2004...* »¹²⁵ ; « En cas de contrariété entre la Charte de la transition et la Constitution du 02 juin 1991, les dispositions de la présente Charte s'appliquent »¹²⁶ ; « en cas de contrariété entre la Charte de la transition et la Constitution du 25 février 1992, les dispositions de la présente Charte s'appliquent »¹²⁷. Tel est le premier acte de la banalisation de la Constitution formelle : elle est maintenue, mais elle perd son rang, de sorte qu'elle ne semble plus avoir une quelconque emprise sur l'État, son organisation et son fonctionnement.

Le second acte de la banalisation de la Constitution formelle en circonstances exceptionnelles, découle de l'interprétation minimaliste, peu valorisante par le juge constitutionnel des dispositions de la Constitution par rapport à la Charte de Transition. Pour illustrer, on peut convoquer les Décision n° 2022-004/CC du 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso et l'arrêt n°2021-02/CC/ du 28 mai 2021, portant vacance de la présidence de la Transition au Mali. Dans la première décision, le juge constitutionnel burkinabé conditionne l'application de la Constitution, aux dispositions de l'Acte fondamental du Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration adoptée le 1^{er} mars 2022, pour décider de la dévolution du pouvoir d'Etat au chef des *putschistes*¹²⁸. Or, s'il devait appliquer strictement la Constitution, rien que la Constitution, mais toute la Constitution dans sa rigueur, le moyen tiré de la vacance du poste de la présidence du Faso ne suffirait pas pour désigner un président par un moyen inconstitutionnel d'accès au pouvoir, c'est-à-dire le coup d'Etat. Dans la seconde décision, le juge constitutionnel malien a d'abord écarté l'application de la Constitution aux faits¹²⁹, avant de décider de la dévolution du pouvoir d'Etat au vice-président de la transition, uniquement sur la base de la Charte de la Transition. A l'analyse, il est regrettable de constater que les dispositions visées (articles 7 et 8 de la Charte) par le juge constitutionnel ne sont pas pertinentes pour régler la question de la vacance. La Charte étant silencieuse sur cette question, c'est à la Constitution que le juge devait se référer. Celle-ci prévoit en effet que c'est le président de l'Assemblée nationale qui assure la vacance, en l'espèce le président du Conseil national de transition qui fait office d'Assemblée nationale¹³⁰.

Le juge constitutionnel malgache a aussi entériné en 2009 la reconnaissance d'un transfert non constitutionnel du pouvoir. En effet, après deux mois de bras de fer avec l'opposition, le président Marc RAVALOMANANA, contraint à la démission le 17 mars 2009, confie les pleins pouvoirs à un Directoire militaire dirigé par le plus ancien des officiers¹³¹. Cette instance non prévue par la Constitution a transféré à son tour les pouvoirs à une Haute Autorité de Transition, présidée par Monsieur Andry RAJOELINA, Chef de l'opposition et maire d'Antananarivo¹³². Par une lettre n° 79-HCC/G du 18 mars 2009, la Haute Cour Constitutionnelle, a entériné les deux

¹²⁴ F. WODIE, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique », PENANT, juin-sept. 1990, p. 196.

¹²⁵ Article 107 de la Charte constitutionnelle du 18 juillet 2013 de la RCA

¹²⁶ Article 24, Charte de la Transition du Burkina Faso, du 14 octobre 2022

¹²⁷ Article 20 de la Charte de la transition du Mali, du 12 septembre 2020.

¹²⁸ Voir considérants n°3 et suivants.

¹²⁹ Voir considérants 1 et 2 de l'arrêt.

¹³⁰ E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 507

¹³¹ Ordonnance n° 2009-001 du 17 mars 2009.

¹³² Ordonnance n° 2009-002 du 17 mars 2009.



ordonnances et déclaré que Monsieur Andry Nirina RAJOELINA exerce les attributions du Président de la République¹³³. Il fut installé dans ces fonctions le 21 mars 2009 par la Haute Cour Constitutionnelle, qui affirme clairement le passage à une période de transition pour la gestion des affaires nationales.

On en vient ainsi à relever que, dans les trois cas, les règles constitutionnelles de succession n'ont pas été observées. Peu d'audace, trop de prudence, devrait-on dire. A travers ces illustrations, le professeur Abdoulaye SOMA, à la suite de Jean Pierre PASSERON¹³⁴, a peut-être eu raison de dire que « le juge constitutionnel africain est un juge instrumentalisé par le pouvoir politique »¹³⁵. Sans gêne apparente, le juge constitutionnel statuant en circonstances de coup d'Etat militaire, devient un défenseur, un gardien des normes d'exception, au détriment de la constitution formelle, dont il est sensé être la bouche, en écho aux propos de Montesquieu, lorsqu'il soutenait que « le juge est la simple bouche de la loi »¹³⁶. *Contra legem*, la norme para constitutionnelle arrive à s'imposer comme une « réalité politique effective »¹³⁷ contre la réalité normative, qu'est la constitution.

Quand on ajoute à toutes ces péripéties, la non justiciabilité des actes para constitutionnels devant les tribunaux, l'office du juge constitutionnel dans ces circonstances n'en sera que controversé.

II. Un office controversé

Dès lors que le juge constitutionnel privilégie les normes para constitutionnelles au détriment de la constitution formelle dans son office, il crée lui-même les conditions d'une controverse autour de ses décisions. En effet, en raison du contexte de son intervention, il semble intégrer l'idée que les solutions constitutionnelles de sortie de crise ne sont pas adaptées à la situation. Devant le vide institutionnel provoqué par le coup d'Etat ou l'insurrection, il va donc recourir à une interprétation malaisée de la Constitution en lien avec les normes secrétées à cette occasion pour rétablir, de façon inconstitutionnelle, les institutions républicaines (A). De ce fait, il devient un acteur du jeu politique et sa jurisprudence suscitera un débat du point de vue de sa juridicité (B).

A. Le rétablissement inconstitutionnel des institutions républicaines

Le « rétablissement inconstitutionnel des institutions républicaines » renvoie à la mission de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, mais non effectuée suivant les règles constitutionnelles. La fonction de régulation¹³⁸ est expressément

¹³³ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 concernant des requêtes relatives à la situation de transition ; Avis n° 02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution

¹³⁴ J.P. PASSERON, *Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et Madagascar*, Paris, Pédone, p.158, et suivants.

¹³⁵ A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, p. 467.

¹³⁶ L'auteur de *L'Esprit des lois* a soutenu que le juge devait être la simple « bouche de la loi ». La formule a fait l'objet de nombreuses analyses. Voir à ce sujet : C. SPECTOR, « La bouche de la loi ? Les figures du juge dans *L'Esprit des lois* », *Montesquieu Law Review*, 2015, n°3, p. 87-102.

¹³⁷ P. TAILLON, *op.cit.*, p.25.

¹³⁸ La régulation confère à la juridiction constitutionnelle une « fonction d'aiguilleur », c'est-à-dire d'organe « chargé d'indiquer la voie normative à suivre pour réaliser telle ou telle réforme, ou pour prendre telle ou telle mesure » : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21e éd., 2019, p. 354.



prévue dans certaines constitutions¹³⁹. En période normale, elle consiste pour la juridiction à faire échec à une situation de paralysie imminente ou réelle d'une ou de plusieurs institutions de la République. Autrement dit, elle s'emploie à débloquent la paralysie du fonctionnement de certaines institutions, en évitant par exemple un vide institutionnel ou un blocage du processus électoral. Cependant, à l'épreuve des coups de force, le juge constitutionnel tend à excéder ses compétences en validant le changement anticonstitutionnel de Gouvernement (1) et en légalisant des autorités de fait (2).

1. La validation du changement anticonstitutionnel de Gouvernement

A *priori*, l'idée de valider un changement anticonstitutionnel de Gouvernement par un juge constitutionnel est, au mieux, surprenante, au pire inconcevable. En effet, dire que le juge constitutionnel valide une telle action, c'est soutenir qu'il régularise les prises anticonstitutionnelles et non démocratiques du pouvoir ; qu'il approuve les atteintes portées contre l'ordre juridique, et plus précisément contre la Constitution qui lui donne sa légitimité. Ce qui en temps normal, constituerait une hérésie, devient en circonstances exceptionnelles un levier de normalisation d'un « régime de fait ».

Pour comprendre cette « anormalité juridique », il convient de rappeler que le procédé de changement anticonstitutionnel de Gouvernement ou de pouvoir a fait l'objet, très tôt en Afrique d'une prohibition sans faiblesse à tous les niveaux : continental, communautaire et national. A l'échelle continentale d'abord, la prohibition de tout mode inconstitutionnel d'accession au pouvoir découle d'une part de l'Acte constitutif de l'Union africaine¹⁴⁰, et d'autre part de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (CADEG). À travers cette dernière, les coups d'État font désormais l'objet d'une incrimination et d'une pénalisation. À cet effet, le chapitre VIII de ce texte énonce un éventail de sanctions on ne peut plus contraignantes à l'encontre des États mis en cause, et surtout des auteurs des putschs de manière individuelle¹⁴¹. A l'échelle communautaire (Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'ouest-CEDEAO), les chefs d'État et de Gouvernement ont convenu, à travers le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance¹⁴² de dissuader et de condamner toute entreprise de « changement anticonstitutionnel de Gouvernement » et « tout mode non démocratique d'accession au pouvoir »¹⁴³. A l'échelle nationale, nombreuses sont les Constitutions des Etats africains qui interdisent fermement le recours aux modes

¹³⁹ Constitution malienne 25 février 1992 (la Cour constitutionnelle est ...l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des Pouvoirs Publics, article 85) ; Constitution béninoise du 11 décembre 1990 (La Cour constitutionnelle est... l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, article 114) ; etc.

¹⁴⁰ L'article 30 de ce texte prévient en ces termes : « Les gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union ».

¹⁴¹ Ces éventails de sanctions sont prévus à l'article 25 et mis en œuvre par le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine. Voir en ce sens : E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 507.

¹⁴² Ce protocole vient compléter, de façon précise, celui relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité du 10 décembre 1999 relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, et de maintien de la paix et de la sécurité, adopté le 10 décembre 1999

¹⁴³ Le Protocole a pour enjeu principal la consolidation de l'Etat de droit, la construction d'un espace démocratique solide à travers l'adoption de principes communs de bonne gouvernance et le respect des droits et libertés des citoyens dans l'espace CEDEAO. Son article 1 er (b) dispose ainsi que « Toute accession au pouvoir doit se faire à travers des élections libres, honnêtes et transparentes », tandis que le (c) du même article prévoit que « Tout changement anticonstitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir »



anticonstitutionnels de changement des gouvernants. Tout d'abord, elles ont posé l'exigence selon laquelle le pouvoir émanant du peuple ne peut être transféré que par voie d'élection. Ensuite, elles ont proscrit les coups d'État militaires et les coups de force en les qualifiant de crimes ou de délits imprescriptibles. C'est le cas aussi bien dans la Constitution malienne de 1992¹⁴⁴, la Constitution du Burkina Faso de 1991¹⁴⁵ et celle de Mauritanie du 20 juillet 1991¹⁴⁶. Au regard de ces considérations juridiques, on peut dire que les coups d'État et autres formes de changements anticonstitutionnels du pouvoir ne doivent pas être tolérés par les juges constitutionnels dans un Etat de droit¹⁴⁷.

Désarçonné face à une équation dont il ne maîtrise pas tous les variables, le juge constitutionnel peine à cerner son office dans ces circonstances. Ainsi, face à ces changements anticonstitutionnels du pouvoir, il réalise maladroitement, au moyen d'une interprétation extensive, et sous l'influence de facteurs politiques, le droit objectif¹⁴⁸. Par une ingénierie juridique aux motivations politiques, il procède, laborieusement, par des opérations « a-constituantes », c'est-à-dire concourant soit à la mise entre parenthèses, soit à la désacralisation de la Constitution¹⁴⁹ ; il « constitutionnalise » des pouvoirs dont l'investiture sort de l'orbite du droit constitutionnel établi. L'office du juge constitutionnel burkinabé de la transition insurrectionnelle de 2014 et militaire de 2022 d'une part, et du juge constitutionnel malien de la transition militaire de 2021 d'autre part, illustrent parfaitement cette adaptabilité, déplorable, de celui qu'une certaine doctrine appelle le « gardien vénéré de la Constitution »¹⁵⁰.

Le juge constitutionnel burkinabé a donc, par deux fois, validé un changement anticonstitutionnel de Gouvernement. La première concerne la validation des autorités issues de l'insurrection populaire des 30 et 31 octobre 2014. Intervenu en deux temps, le juge constitutionnel burkinabé a d'abord engagé la transition insurrectionnelle, avant de la valider dans un second temps. Dans l'engagement de la transition, il a du assumer deux missions extraordinaires : l'invention d'une procédure constitutionnelle dérogatoire et la validation d'un instrument constitutionnel dérogatoire¹⁵¹. S'agissant de la procédure constitutionnelle dérogatoire, la juridiction constitutionnelle a dû activer, l'auto saisine pour assurer la continuité de la République, dans une légalité constitutionnelle acceptable¹⁵². En effet, les conditions de dévolution des fonctions de président du Faso, telles que prévues par l'article 43 de la

¹⁴⁴ L'article 121 prévoit que « Le fondement de tout pouvoir en République du Mali réside dans la Constitution »

¹⁴⁵ L'article 167 contenu dans le titre XVI consacré aux dispositions finales rappelle que « ...Tout pouvoir qui ne tire pas sa source de la Constitution, notamment celui issu d'un coup d'État ou d'un putsch, est illégal »

¹⁴⁶ L'article 2 de la loi constitutionnelle n° 2012-015 portant révision de la Constitution de Mauritanie du 20 juillet 1991 prévoit, dans son nouvel article 2, que « Le pouvoir politique s'acquiert, s'exerce et se transmet, dans le cadre de l'alternance pacifique, conformément aux dispositions de la Constitution : (... Les coups d'État et autres formes de changements anticonstitutionnels du pouvoir sont considérés comme crimes imprescriptibles dont les auteurs ou complices, personnes physiques ou morales, sont punis par la loi ... »).

¹⁴⁷ On peut cependant déplorer qu'en pratique, aucun de ces mécanismes n'est strictement respecté. Dans le cas spécifique des instruments de l'UA et de la CEDEAO, la doctrine africaine dénonce l'impuissance des organisations africaines à gérer les coups d'Etat singulièrement et les changements anticonstitutionnels de façon générale : S. M. OUEDRAOGO et D. OUEDRAOGO, « Propos inquiets sur la dissémination des régimes de transition constitutionnelle en Afrique », *op.cit.*, p.8.

¹⁴⁸ D.E. ADOUKI EMMANUEL, « La justice constitutionnelle à l'épreuve de la politique », in O. NAREY (dir.), « Droit, pouvoir et politique », actes du séminaire scientifique, l'Harmattan, 2022, p.520.

¹⁴⁹ S.-F SOBZE, *op.cit.*, p. 564

¹⁵⁰ M. DAGRA, « Les cours constitutionnelles africaines : des gardiens de la constitution vénérés ou...déciés », in O. NAREY, *La justice constitutionnelle*, actes du colloque international de l'ANDC, Niamey, 2016, pp.411-416.

¹⁵¹ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.105.

¹⁵² *ibidem*.



Constitution, n'étant pas réunies¹⁵³, le juge constitutionnel s'est autosaisi pour statuer sur la dévolution à titre transitoire des fonctions du président du Faso¹⁵⁴. La technique qu'il a trouvée, à cet effet, a consisté pour lui à inviter « les forces vives de la nation, y compris les forces armées nationales, à se concerter pour désigner une personnalité civile consensuelle chargée d'exercer à titre transitoire les fonctions de Président du Faso »¹⁵⁵. En statuant ainsi, il est évident que le juge constitutionnel a dérogé à la procédure constitutionnelle de désignation du président du Faso.

Secundo, pour engager la transition militaire de 2022, le Conseil constitutionnel burkinabé a, par la décision n°2022-004/CC en date du 08 février 2022 également mis en œuvre sa compétence d'auto saisine. Cette auto saisine constitutionnelle permet de résoudre, comme en 2014, un blocage institutionnel en désignant le nouveau chef de l'Etat. Mais la décision portant « dévolution des fonctions du Président du Faso au lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo DAMIBA » pose un problème juridique, en ce sens que son auto saisine est intervenue à l'occasion d'un événement (coup d'Etat militaire) en violation des obligations du Burkina Faso en matière de démocratie de bonne gouvernance telles que mentionnées plus haut, au titre de la CADEG et du Protocole de la CEDEAO portant sur la démocratie et la bonne gouvernance

Au-delà de ces considérations de conformité-compatibilité au droit régional pertinent, la question qui se pose est la suivante : la désignation d'un Chef de l'Etat avec fonctions du président du Faso, dont la nomination ne résulte pas d'une élection régulière, relève-t-elle de la compétence du juge constitutionnel ? Si l'on sait que le changement inconstitutionnel de Gouvernement ne figure pas dans les domaines de compétences d'auto saisine du Conseil constitutionnel, on est tenté de soutenir, avec Lorraine DUMONT, que la décision n°2022-004/CC du 08 février obéit plutôt à d'autres considérations¹⁵⁶. Dans ce cas d'espèce, la justification d'un tel assouplissement des règles constitutionnelles en matière de choix du chef de l'Etat semble résider dans la nécessité de résoudre le blocage institutionnel provoqué la vacance du poste de président et l'anéantissement des solutions constitutionnelles prévues à cet effet¹⁵⁷. Qualifiée de « Catastrophe constitutionnelle »¹⁵⁸ ou d'« excès de pouvoir »¹⁵⁹, par la doctrine africaine, cette décision a ouvert la boîte de pandore en érigeant le coup de force, comme mode d'accession au pouvoir d'Etat au Burkina Faso. Profitant de cette brèche, des

¹⁵³ L'insurrection avait provoqué une situation institutionnelle complexe au moment de la constatation par le juge constitutionnel de la vacance de la présidence du Faso : le Gouvernement habilité à saisir le Conseil constitutionnel a été dissout et le président de l'Assemblée Nationale habilité à assurer l'intérim était en fuite. Ainsi les deux pouvoirs publics décisifs dans le déclenchement et fonctionnement de l'intérim étaient dans l'impossibilité formelle et matérielle d'assumer leurs prérogatives institutionnelles :

¹⁵⁴ Décision n°2014-002/CC/Transition portant dévolution à titre provisoire des fonctions de président du Faso, considérants 2 et 3.

¹⁵⁵ Décision n°2014-002/CC/Transition portant dévolution à titre provisoire des fonctions de président du Faso, article 1.

¹⁵⁶ L. DUMONT, « L'autosaisine du juge constitutionnel : retour sur le cas du Burkina Faso », *Revue Internationale de Droit comparé*, n°4, Octobre-Décembre 2022, p. 844.

¹⁵⁷ Face à un président démissionnaire, un parlement et un gouvernement dissouts, le conseil constitutionnel était l'institution constitutionnelle en posture de fournir une solution juridiquement correcte pour le rétablissement République dans les circonstances exceptionnelles d'alors : A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.104.

¹⁵⁸ Le professeur Abdoulaye SOMA a estimé qu'en argumentant de la sorte, « le Conseil constitutionnel tue la Constitution. Le Conseil constitutionnel tue la démocratie. Le Conseil constitutionnel tue le droit constitutionnel, en même temps qu'il tue l'autorité du Conseil lui-même » : <https://burkina24.com/2022/02/10/burkina-le-conseil-constitutionnel-tue-la-constitution-et-tue-la-democratie-pr-soma/>, consulté le 19 septembre 2022.

¹⁵⁹ S.F. SOBZE, *op.cit.*, p. 569.



citoyens burkinabés poursuivis devant le tribunal militaire pour « tentative de coup d'Etat », ont saisi le juge constitutionnel, par un recours en exception d'inconstitutionnalité, afin de déclarer inconstitutionnels les articles 313-1 et 313-2 du Code pénal¹⁶⁰. Les requérants invoquent notamment l'argument selon lequel, la décision n°2022-004/CC du 08 février 2022 consacrerait la prise de pouvoir par la force comme un mode constitutionnel d'accès aux fonctions de président du Faso ; elle rendrait les articles 313-1 et 313-2 du Code pénal contraires à la Constitution, et par voie de conséquence, l'infraction pour laquelle, ils sont poursuivis¹⁶¹.

La Cour constitutionnelle malienne, dans une affaire très similaire, a tiré une conclusion semblable, un an auparavant. En effet, à la suite du coup d'Etat du 24 mai 2021 mené par le Vice-président de la Transition¹⁶², la Cour, saisie par le ministre directeur de cabinet du Vice-président de la Transition, a relevé ceci : « *la paralysie et le dysfonctionnement des organes de la Transition à la suite de la démission du président de la Transition et la dissolution du Gouvernement* ». Elle en vint à constater la vacance et à désigner le colonel Assimi GOÏTA comme étant le nouveau Chef de l'Etat »¹⁶³. Cette décision, qui ne peut être justifiée que par des considérations politiques, constitue un raisonnement très faible qui ne résiste pas à la critique. En effet, et la procédure de saisine, taillée à la mesure des circonstances¹⁶⁴ ; et la motivation de la décision orientée sur la charte de transition¹⁶⁵, n'ont eu pour objectif que de valider le coup de force.

Ces décisions font échos, dans un passé récent, à la succession au Président togolais Gnassingbé Eyadema en 2005 par son fils, Faure Gnassingbé, alors ministre au moment du décès du Président, et qui passera successivement président de l'Assemblée Nationale, puis Chef de l'Etat en quarante-huit heures. En son temps, cette succession a été aussi considérée comme une validation d'un changement anticonstitutionnel de gouvernement¹⁶⁶.

De l'analyse de ces jurisprudences, on en arrive à considérer que le juge constitutionnel des périodes de coup d'Etat et d'insurrection est un juge peu audacieux face au pouvoir politique ; qu'il est tenu en l'état par la politique et la force lui dicte son droit, le droit constitutionnel de crises. Dans les trois cas, en effet, la Constitution, maintenue dans sa vigueur quoi que relative,

¹⁶⁰ Ces deux dispositions définissent le coup d'Etat comme une infraction d'attentat à la sûreté de l'Etat, consistant en un changement par la violence d'un régime légal, prévue et punie par le Code pénal (article 313-1 et suivant).

¹⁶¹ Décision n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs Mory Aldiouma Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et TRAORE Bossobé en exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal : considérants 1, 2 et 3.

¹⁶² Le 24 mai 2021, dans l'après-midi, le président malien de la transition, Bah N'DAW, ainsi que son Premier ministre Moctar OUANE ont été interpellés par des éléments des forces armées maliennes, puis conduits au camp militaire de Kati. Sur place, le président de transition et le Premier ministre vont être amenés à démissionner sous la contrainte et le vice-président, un militaire de formation en la personne du colonel Assimi GOÏTA, va s'autoproclamer président de la République lors d'un discours télévisé : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/05/31/au-mali-la-semaine-ou-le-colonel-goita-s-est-couronne-president_6082131_3212.html, consulté le 14 février 2023.

¹⁶³ Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n°2021-02/CC/Vacance du 28 mai 2021.

¹⁶⁴ L'auteur de la saisine n'a pas qualité pour saisir la Cour.

¹⁶⁵ Tirant bénéfice des articles 7 et 8 de la Charte qui prévoient que le président de la Transition est secondé par un vice-président tous deux civils ou militaires, la Cour constitutionnelle estime qu'en cas de vacance, le second remplace le premier.

¹⁶⁶ A. ASSOUMA, « Les juridictions constitutionnelles et les crises : l'expérience de la Cour constitutionnelle du Togo », *Les juridictions constitutionnelles et les crises, op. cit.*, p. 44..



n'a servi que de paravent au juge constitutionnel pour envelopper sa décision de son encens légitimateur.

2. La légitimation des autorités de fait

Les autorités de fait sont les autorités issues des changements anticonstitutionnels de Gouvernement, et plus précisément des coups d'Etat ou d'insurrection populaire. D'un point de vue juridique, le processus de leur désignation n'obéit pas aux principes démocratiques, ce qui pose un problème majeur : La légitimité de la justice constitutionnelle ne sera-t-elle pas écorchée lorsqu'elle accepte le serment d'un individu qui usurpe presque la fonction exécutive sans égard à la Constitution ? Comment le juge constitutionnel procède-t-il pour légitimer une autorité issue d'un processus extraconstitutionnel ? Toute hypothèse de réponse à cette question devrait être précédée d'une clarification du concept « légitimer ». Ainsi, selon le dictionnaire Larousse, le verbe « légitimer » renvoie à : « rendre conforme au droit » et « faire admettre comme juste, raisonnable, excusable »¹⁶⁷. La doctrine considère que ces définitions ne sont pas exclusives l'une de l'autre¹⁶⁸. Dans cette perspective et dans le contexte du constitutionnalisme de crises, la légitimation des autorités extraconstitutionnelles par le juge constitutionnel suppose la justification juridique d'un « fait anti constitutionnel », le coup d'Etat ou l'insurrection populaire, à travers la Constitution, considérée comme l'acte juridique par excellence¹⁶⁹. De ce point de vue, la logique de départ devrait être respectée : c'est le juge constitutionnel qui a validé le changement anticonstitutionnel de Gouvernement, devrait également et logiquement légitimer les autorités qui en sont issues. Comme dirait l'autre, le vin étant tiré, il faut le boire.

Tirant les conséquences du vieux précepte de Rousseau selon lequel, « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir »¹⁷⁰, certains auteurs de coups d'État ont prévu, dans les Chartes de transition, la formalité de la prestation de serment devant le juge constitutionnel¹⁷¹. De fait, le serment devient ainsi, le juridique par excellence de légitimation d'une autorité. Selon le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, le serment renvoie à l'« affirmation solennelle, orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ou atteste (en le jurant aussi) la véracité d'une déclaration »¹⁷². Au sens de la doctrine, le serment est aussi un engagement solennel donné, selon les formes et devant l'autorité qualifiée, de remplir au mieux sa mission¹⁷³, ou « une affirmation ou une promesse solennelle, publique, engageant, invoquant

¹⁶⁷ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/l%C3%A9gitimer/46595>, consulté le 20 décembre 2022.

¹⁶⁸ X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *Le Seuil | « Pouvoirs »*, 2019/2 N° 169, p. 35.

¹⁶⁹ La distinction entre « acte juridique » et « fait juridique » réside dans la « volonté ». Les deux produisent des effets juridiques, mais alors que la volonté de produire ces effets est caractéristique de l'acte juridique, les effets juridiques sont inférés des agissements ou des éléments constituant le « fait juridique ». L'on définirait donc le « fait juridique constitutionnel » comme un événement ou un agissement produisant des effets sur l'ordre constitutionnel (en le renversant, le suspendant ou le modifiant). Voir à ce sujet : E. M. NGANGO YOUNBI, « Coups de force et droit constitutionnel en Afrique : brèves réflexions théoriques Étude en l'honneur du Professeur Michel DURUPTY (1937-2020) », *op.cit.*, p. 531.

¹⁷⁰ J.J. Rousseau, *Du contrat social, livre I, chap. 3*, « Du droit du plus fort », 2012, Flammarion, GF, p. 176-177

¹⁷¹ Article 10, Charte de la Transition malienne ; article 47, Charte de la transition guinéenne.

¹⁷² G. ORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11 e éd., 2016, PUF, Quadrige, p. 958

¹⁷³ E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 509.



un être ou objet sacré et dont la rupture entraîne une sanction »¹⁷⁴. L'idée de base ici est qu'à travers la prestation de serment, le nouveau chef de l'Etat doit le montrer par la possession de quelques symboles et attributs du pouvoir, et le démontrer par une représentation à tous qu'il est désormais le souverain. Mieux, et c'est un paradoxe, la prestation de serment devant le juge constitutionnel se présente pour les autorités de fait comme un adoubement afin de se draper d'oripeaux démocratiques¹⁷⁵.

En droit constitutionnel, la prestation de serment n'est pas un OJNI (objet juridique non identifié). En effet, dans les États d'Afrique francophone, cet engagement solennel est une exigence constitutionnelle générale imposée au président de la République avant son entrée en fonction¹⁷⁶. La nouveauté est que, de nos jours, avec les régimes d'exception, cette exigence est reprise dans des instruments para constitutionnels, notamment la Charte de transition. Ainsi, c'est sur la base de Chartes de transition que le Colonel Assimi GOITA chef de la junte militaire malienne¹⁷⁷; le Colonel Mamadi DOUBOUYA, chef de la junte militaire guinéenne¹⁷⁸; le Lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo DAMIBA, après lui, le capitaine Ibrahim TRAORE, chefs de la junte militaire burkinabé¹⁷⁹, ont prêté serment devant la justice de leurs pays respectifs¹⁸⁰. Dans sa mise en œuvre, la prestation de serment obéit à des règles de procédure et de fond. Au plan procédural, il appartient à la juridiction compétente d'enclencher et de conduire de bout en bout l'opération, conformément à sa compétence d'investiture¹⁸¹. Au fond, les exigences de fond de la prestation de serment tiennent au respect d'une formule précise sans possibilité de modification¹⁸², imposée à l'autorité, par la Charte de la transition.

Au-delà de cette solennité, il faut reconnaître que dans un contexte de coup d'Etat, la recherche d'une légitimation constitutionnelle par *des régimes a-démocratiques*, pour reprendre l'heureuse expression de Xavier PHILLIPE, repose moins sur la volonté scrupuleuse de respecter les formes et procédures imposées par le droit constitutionnel que de s'en servir dans leur discours et leur politique de communication pour justifier le bien-fondé de leur démarche¹⁸³. En fait, cet adoubement par le gardien de la Constitution présente un intérêt pour les autorités de fait aussi bien au plan interne qu'au plan international. Sur le plan interne, elle permet de maintenir l'illusion d'une certaine continuité institutionnelle et procédurale ; sur le

¹⁷⁴ D. CHAMBODUC DE SAINT PULGENT, « Le serment. Un instrument au service de la reconstruction politique de Lucques à la fin du XIV e siècle », *Histoire urbaine*, avril 2014, n° 39, p. 29, cité par E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 509.

¹⁷⁵ <https://lefaso.net/spip.php?article111269>, consulté le 04 juillet 2023.

¹⁷⁶ Article 64, Constitution togolaise ; article 39, Constitution ivoirienne ; article 37, Constitution sénégalaise.

¹⁷⁷ Article 9 Charte de la transition de la République du Mali

¹⁷⁸ Article 47 de la Charte de la transition de la République de Guinée

¹⁷⁹ Article 6 de la Charte de la transition burkinabé.

¹⁸⁰ C'est la juridiction constitutionnelle pour le Burkina Faso et la Cour suprême pour le Mali et la Guinée.

¹⁸¹ « Le président de la Transition est investi par le Conseil constitutionnel », (article 6, Charte de la transition burkinabé) ; « Avant son installation, le Président de la Transition prête le serment ci-dessous, devant la Cour Suprême », (Article 47, Charte de la transition guinéenne) ; « avant d'entrer en fonction, le président et le vice-président de la transition prêtent serment devant la Cour suprême... », (art. 9, Charte de la transition).

¹⁸² « Moi , *Président de la Transition, je jure devant le peuple de Guinée de préserver en toute loyauté la souveraineté nationale, de respecter et de faire respecter les dispositions de la Charte de la Transition, la dignité humaine, les lois et règlements de la République, de remplir mes fonctions dans l'intérêt supérieur de la Nation, de consolider les acquis démocratiques, de garantir l'indépendance de la patrie et l'intégrité du territoire national*

Je m'engage solennellement, et sur mon honneur, à collaborer avec les organes de la transition pour la réalisation et la préservation de la cohésion nationale. En cas de parjure, que je subisse les rigueurs de la loi; je le jure ».

¹⁸³ X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *Le Seuil* | « Pouvoirs », 2019/2 N° 169, p. 35.



plan international, elle permet de maintenir un « vernis de respectabilité »¹⁸⁴ du régime d'exception. En somme, la prestation de serment d'une autorité de fait devant le juge constitutionnel est un précédent anticonstitutionnel, qui illustre le primat du pouvoir politique sur la juridiction constitutionnelle.

C'est l'une des raisons qui amènent parfois le juge constitutionnel à rendre des décisions dont la juridicité est discutée.

B. La constitutionnalité discutable des décisions

A priori, l'idée que la constitutionnalité, c'est-à-dire le caractère de ce qui est constitutionnel, conforme à la constitution, des décisions du juge constitutionnel soit discutée ou discutable peut surprendre, voire inquiéter, en temps normal. L'explication d'un tel paradoxe est certainement à rechercher dans les situations de crises qui conditionnent souvent son office¹⁸⁵. Dans un contexte de coup d'Etat ou d'insurrection, le juge constitutionnel cherche à donner un sens de légalité, mais aussi de légitimité¹⁸⁶ à ses décisions. En effet, il a conscience qu'il ne peut oblitérer la dynamique insufflée par les nouvelles autorités de fait du pays. Le peuple (ou une frange importante) attend implicitement du juge, une certaine compatibilité de ses décisions à la dynamique putschiste ou insurrectionnelle. Il en découle que, dans un tel contexte, ses décisions sont rendues souvent au moyen de motivations extraconstitutionnelles (1), en vue de consolider, *in fine*, le pouvoir putschiste ou insurrectionnel (2).

1. Les motivations extraconstitutionnelles des décisions

L'idée de « motivations extraconstitutionnelles des décisions » renvoie à l'hypothèse où le juge constitutionnel officie, délibère, dans des circonstances de crises, en motivant ses décisions sur la base des considérations étrangères à la Constitution. Cette perception peut paraître surprenante, voire paradoxale quand on sait que la légitimité de la justice constitutionnelle dans la tradition africaine, découle de sa loyauté à l'endroit de la Constitution¹⁸⁷. Dans le même sens le Professeur Elhadj MBODJ, dans ses nombreuses analyses de l'office du juge constitutionnel, a écrit : « la volonté du juge est subordonnée à celle des autorités investies du pouvoir normatif. Le juge applique les textes en s'abstenant d'aller à l'encontre de la volonté exprimée par le constituant ou le législateur. Même si l'interprétation qu'il peut faire du texte lui confère une certaine marge de manœuvre lui permettant de traduire ou même d'aller au-delà de la volonté des autorités normatives, il ne doit cependant pas dénaturer un texte en lui donnant un sens autre que celui expressément voulu par celles-ci »¹⁸⁸. Ces propos, rappellent au juge les repères balisant son office. Cette position idéaliste de l'expert du droit constitutionnel doit cependant être nuancée, relativisée. En effet, il faut aussi reconnaître avec le Professeur Jean du BOIS de

¹⁸⁴ *Ibid*, p.37.

¹⁸⁵ M.F. DIOP, « L'étendue des compétences des juges constitutionnels dans les situations de crise politique en Afrique francophone subsaharienne », *Annales africaines, CREDILA*, 2019, pp.121-187.

¹⁸⁶ Pour aller loin dans ce sens, voir : A.B. FALL, « le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in J.-Y MORIN (dir.), *Les défis des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.309 et suivants.

¹⁸⁷ O. OURAGA, *Droit constitutionnel et science politique*, 4e éd., 2011, Abidjan, éditions ABC, p. 44.

¹⁸⁸ E. MBODJ, « le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? », in *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de GAUDUSSON*, Tome 1, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p.432, cité par B. BA, « De la Cour suprême au Conseil constitutionnel : entre rupture et continuité », pp. 707-708.



GAUDUSSON, qu'à l'épreuve des transitions politiques observées dans les Etats africains, l'office du juge constitutionnel est sous tension, parce qu'il a pour mission de faire respecter le droit, un droit instable, déconstruit, reconstruit et en devenir¹⁸⁹.

Pour rester dans le contexte des transitions post-coup d'Etat et insurrectionnelles de ces dix dernières années, on peut observer que la justice constitutionnelle est prise en tenaille entre plusieurs forces concurrentes : les autorités de fait du pays, les partis politiques, la communauté internationale, la société civile et par extension, le peuple. En fonction des enjeux (investiture des autorités de fait, organisations des élections, libertés politiques, respect des droits et libertés fondamentaux) et lorsque le juge est sollicité, chaque acteur tente de le convaincre pour prendre fait et cause pour ses intérêts. Il en découle que le juge constitutionnel n'est plus seulement le gardien de la Constitution ; il devient un juge saisi par le sentiment insurrectionnel ou la fièvre *putschiste*, un arbitre des débats politiques et des débats de société. C'est dire qu'en officiant dans ce contexte de résistances et de reflux démocratiques, le juge peut mettre en avant toute une série de références ou de valeurs¹⁹⁰, lui permettant d'interpréter et d'appliquer les prescriptions constitutionnelles. C'est le sens qu'il convient de donner aux propos de JHERING lorsqu'il soutenait que « le droit n'est pas un but en soi, il n'est que le moyen de réaliser un but qui est le maintien de la société humaine »¹⁹¹. Dans cette perspective et au regard d'un courant doctrinal francophone africain il est désormais, voire indéniablement, établi que le corpus juridique secrété pendant la transition, un droit constitutionnel d'exception, est la source déterminante de nombreuses décisions constitutionnelles, quoiqu'assez controversées¹⁹².

L'analyse de l'arrêt n°2021-02/CC/ du 28 mai 2021, portant vacance du poste de président de la transition au Mali et la décision n° 2022-004/CC, du 08 février 2022, portant dévolution des fonctions de Président du Faso, confortent l'idée que le juge constitutionnel érige les Chartes de transition en normes référentielles de décision, en supplantant la Constitution. En effet, dans l'arrêt n°2021-02/CC/ du 28 mai 2021, le juge constitutionnel malien constate la vacance de la présidence de la Transition, et nomme président de la Transition le colonel Assimi GOÏTA, alors vice-président de la Transition, au motif de la démission de son prédécesseur¹⁹³. On y

¹⁸⁹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « jurisprudences constitutionnelles et transitions politiques en Afrique : arrêt sur quelques cas concrets », *Machel Book*, p.95.

¹⁹⁰ Voir à ce sujet : D. SY, « Le juge, la Constitution et les valeurs », I.M. FALL (dir.), *Théorie et contentieux constitutionnels en Afrique, Mélanges en l'honneur du professeur El Hadj Mbodj*, Dakar, l'Harmattan, 2022, pp.673-683. L'auteur y définit l'expression « valeurs » comme « des attributs et des perceptions qu'une personne partage avec des membres de son groupe social ou culturel. Les valeurs, qui peuvent être individuelles et collectives, sont censées orienter les actions des individus dans une société en fixant des buts et des idéaux. Elles se présentent alors comme des mécanismes ou des technologies indispensables à la structuration profonde du jeu du pouvoir et des rapports de pouvoirs au sein de l'Etat ainsi qu'au sein des forces qui l'incarnent ». Dans le même sens, le professeur Fabrice HOURQUEBIE s'interroge sur le recours implicite ou explicite aux valeurs, qu'elles soient morales, politiques ou idéologiques par le juge constitutionnel : F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Dalloz, Les Cahiers de la Justice*, 2022/1, pp.7-14

¹⁹¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p.717.

¹⁹² De façon illustrative, les professeurs Abdoulaye SOMA parle d'« insurrectionnalité des décisions du juge constitutionnelle » ; Serge François SOBZE soutient que « la para-légalité constitutionnelle est désormais la source première de nombreuses décisions constitutionnelles très controversées » ; Éric Ngango Youmbi identifie une série d'« actes para-constitutionnels unilatéraux et concertés » qui concurrencent la majesté constitutionnelle, jusque dans le prétoire du juge constitutionnelle.

¹⁹³ « Considérant la paralysie et le dysfonctionnement des organes de la Transition suite à la démission du Président de la Transition et la dissolution du Gouvernement ; Qu'en conséquence, il y a lieu de pourvoir à la vacance de la Présidence de la Transition ; Considérant que le Vice-président de la Transition, Colonel Assimi GOÏTA, et le Président démissionnaire de la Transition, Monsieur Bah N'DAW, ont été désignés dans leurs fonctions respectives dans les mêmes formes et conditions et ont prêté la même formule de serment devant la Cour suprême



retient que la Cour valide la démission du président de la transition et son remplacement par le vice-président de la transition, essentiellement sur le fondement de la Charte de transition (articles 3, 7, 8 et 10). Cette décision a suscité des commentaires controversés au sein de la doctrine africaine. Raisonnablement déplorable pour certains¹⁹⁴, décision salubre pour d'autres¹⁹⁵, nous pensons pour notre part qu'en raisonnant de la sorte, il fait preuve d'extrême prudence.

De son côté, le juge constitutionnel burkinabé, à travers la décision n° 2022-004/CC, du 08 février 2022 a considéré l'Acte fondamental du Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration élaboré le 29 janvier 2022¹⁹⁶, comme « une norme juridique provisoire à valeur constitutionnelle »¹⁹⁷. Ensuite, c'est en se référant aux dispositions dudit « Acte » en lien avec l'article 157, alinéa 3 de la Constitution dont la suspension a été levée par le même Acte, (art. 35, alinéa 2), qu'il a constaté que le « le président du Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration est le président du Faso, Chef de l'Etat... »¹⁹⁸. Là encore, comme le cas précédent, le juge constitutionnel s'est principalement fondé sur la Constitution provisoire, pour valider le coup de force, tout en s'inspirant de la Constitution.

Critiquables dans le fond, ces deux décisions ne peuvent être justifiées que sous le prisme de la nécessité d'apporter des solutions au blocage institutionnel provoqué par la rupture de l'ordre constitutionnel et de l'ordre dirigeant. Sur un registre plus proche, ces décisions rappellent l'office du juge constitutionnel malgache dont la jurisprudence conforte l'idée de motivations extraconstitutionnelles des décisions. En effet, la Haute Cour constitutionnelle malgache, saisie de la conformité des deux ordonnances à la Constitution (ordonnance n° 2009- 001 du 17 mars 2009 et ordonnance n° 2009-002 du 17 mars 2009) va rendre le 23 avril 2009 une décision qui étonne car elle retient une notion encore inconnue du paysage constitutionnel, à savoir l'« ordonnance transitionnelle »¹⁹⁹. En l'espèce, la Cour démontre que l'ordonnance incriminée ne rentre dans aucune des six hypothèses constitutionnelles préétablies, et notamment celle de l'article 60 qui les autorise en cas de situation d'exception proclamée, après avis des trois présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et de la Haute Cour constitutionnelle. Ces deux ordonnances ont été approuvées par la Cour par une simple lettre du 18 mars 2009²⁰⁰, laquelle n'a pas à être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité²⁰¹.

Au-delà des critiques acerbes assénées par la doctrine contre ces décisions évoquées plus haut, nous estimons sur un autre registre et à l'épreuve de ces circonstances, que la jurisprudence du juge constitutionnel burkinabé, malien et malgache, présente une certaine ambivalence. Elle est

; Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la Charte de la Transition, le Vice-président seconde le Président de la Transition ; Qu'en raison de la vacance de la Présidence de la Transition, il y a lieu de dire que le Vice-président de la Transition assume les prérogatives, attributs et fonctions de Président de la Transition, Chef de l'Etat... ».

¹⁹⁴ E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 511.

¹⁹⁵ L. ZEVOUNOU, « Mali, les sanctions de la CEDEAO sont illégales », Bulletin du CODESRIA, 2022 (1), p. 20.

¹⁹⁶ Cet Acte sera abrogé par la Charte de la transition du 1er mars 2022.

¹⁹⁷ C'est en substance ce que l'on peut retenir du quatrième considérant de l'arrêt.

¹⁹⁸ Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-004/CC, 8 févr. 2022, art. 1 er : « Monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA, lieutenant-colonel des Forces armées nationales, est le président du Faso pour compter du 24 janvier 2022 ».

¹⁹⁹ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 portant sur les requêtes relatives à la situation de transition ; Avis n° 02-HCC/AV du 31 juillet 2009 portant sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.

²⁰⁰ C'est la Lettre n° 79-HCC/G du 18 mars 2009 à travers laquelle la Haute Cour Constitutionnelle, a entériné les deux ordonnances et déclaré que Monsieur Andry RAJOELINA, Chef de l'Etat, président de la République.

²⁰¹ Voir les commentaires de : S.F. SOBZE, *op.cit.*, p. 569.



d'abord complaisante face aux régimes d'exception, car le juge a peut-être conscience que son existence est en sursis. Il joue ainsi la prudence. Or, dans de telles circonstances, il est attendu de lui, un sursaut d'activisme, dans le sens de la consolidation des principes constitutionnels et démocratiques. Ensuite, elle gagne assurément en souplesse, car le juge a aussi conscience qu'il délibère dans un contexte de rejet d'un système par une frange importante de la population ; qu'il est attendu pour décrier la situation de tension politique et de cristallisation des oppositions ; et *in fine*, qu'il doit apaiser le corps social, en consolidant le pouvoir putschiste et insurrectionnel.

2. La volonté de consolider le pouvoir putschiste ou insurrectionnel

Vigilance, prudence, voilà bien « le comportement », plus que des mots, qui caractérise l'office du juge constitutionnel en circonstances de coup d'Etat ou d'insurrection. Face à l'adhésion populaire exprimée et assumée au nouveau pouvoir militaire ou insurrectionnel, le juge constitutionnel se retrouve, *nolens, volens*, trempé dans une mouvance qui ne semble pas lui faciliter la tâche. A cet égard, le président Robert DOSSOU n'a pas manqué de rappeler que « le droit est un fait social qui régit des réalités et le juge constitutionnel ne saurait l'ignorer dans ses décisions. Il a le devoir, tout en restant fidèle à sa mission et dans le cadre de ses attributions, de rester à l'écoute du peuple et de considérer la manifestation de l'opinion publique comme un élément essentiel de veille citoyenne qui l'invite à plus de vigilance »²⁰². On estime qu'en période normale, le juge constitutionnel, en tant que « juge du politique »²⁰³, officie dans un contexte social en accalmie, qui favorise l'expression normale de son génie juridictionnel. Mais, en temps de crises, il est appelé à officier dans un contexte social en effervescence, et cela peut impacter le mouvement normal de son glaive²⁰⁴.

Selon qu'il officie dans un contexte d'insurrection ou de coup d'Etat militaire, le juge constitutionnel a conscience, en tant que membre du corps social, qu'il ne doit pas briser la dynamique de rejet du régime déchu. Dans l'hypothèse contraire, il risquerait de rajouter une couche à la crise, car l'opinion publique favorable au nouveau pouvoir, très dynamique²⁰⁵, n'admettrait pas une quelconque « hardiesse juridique, dans leur exercice d'interprétation et de construction des normes juridiques »²⁰⁶. Par exemple, au Burkina Faso, dans le contexte post insurrectionnel, le peuple a manifesté son rejet de la pérennisation d'un régime et d'un individu au pouvoir, l'objectif étant de faire une sorte d'exorcisme politique et constitutionnel du corps social de l'Etat en y extirpant l'esprit et les manifestations du système Compaoré. Certaines

²⁰² R. DOSSOU et C. G. AFOUDA, « Le juge constitutionnel et l'opinion publique », *Bulletin n°10, ACCF*: <https://accf-francophonie.org/publication/bulletin-n10/#le-juge-constitutionnel-face-a-lopinion-publique-et-aux-instances-internationales>, consulté le 10 janvier 2023.

²⁰³ Y. AGUILA, *le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1994, pp.79 et s.

²⁰⁴ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.106.

²⁰⁵ Au lendemain des coups d'Etat, les populations sortent massivement pour exprimer leur joie et leur soutien à ceux qu'elles considèrent comme des héros ou des « acteurs de la rectification démocratique. D'autres moyens sont également utilisés aujourd'hui, à l'ère du numérique : le soutien aux militaires sur les réseaux sociaux se fait aussi à travers l'usage de Facebook, *Twitter ou WhatsApp*. Ces outils ont réussi à prendre place dans l'espace de production de l'opinion publique.

²⁰⁶ J. du B. de GAUDUSSON, *Rapport général du colloque sur les juridictions constitutionnelles et les crises*, *op.cit.*, p.127.



incantations de cet exorcisme se font par le juge constitutionnel. Il n'est agréé dans son office que lorsqu'il le fait²⁰⁷.

Ce « non-dit » de l'office du juge constitutionnel peut être expliqué et illustré à partir de certaines pratiques propres aux régimes d'exception. En effet, il est indéniable qu'à l'issue d'un coup d'État militaire, les auteurs ont pour ambition de consolider leurs pouvoirs, le temps au moins de la transition²⁰⁸. Pour ce faire, ils vont développer des stratégies visant à contrôler les institutions de l'État, le pouvoir judiciaire en priorité, et à neutraliser toute volonté de remise en cause de leurs pouvoirs. Dans cette stratégie de consolidation de leurs pouvoirs, la juridiction constitutionnelle apparaît comme un maillon essentiel permettant de neutraliser les personnes et les groupes susceptibles d'avoir une force de nuisance et de contribuer à donner un visage acceptable au pouvoir des putschistes²⁰⁹.

Le juge constitutionnel déjà mobilisé en amont, pour la légitimation des autorités de fait, sera également mobilisé en aval pour assurer la garde juridictionnelle du régime. Une mission peu honorable, quand on sait, avec le doyen Babacar KANTE, que les régimes d'exception engendrent souvent des lois d'exclusion²¹⁰. Tant dans les rapports entre personnes privées que dans la vie politique, des atteintes sont souvent portées à certains principes fondamentaux, notamment celui d'égalité des citoyens devant la loi. Dans les faits, c'est essentiellement en matière électorale que le juge constitutionnel est amené souvent à délibérer sur des lois d'exclusions des anciens dignitaires du régime renversé. Par exemple, le juge constitutionnel de la transition insurrectionnelle burkinabé a, par deux décisions²¹¹, validé l'exclusion des listes électorales des dirigeants du système Compaoré. Sur le plan pénal, ses décisions²¹² ont permis le déploiement des résolutions parlementaires de mise en jeu de la responsabilité pénale des dirigeants du régime pour crimes de sang et crimes économiques. Il en découle qu'à la fin de la transition, on peut constater qu'à la faveur conjuguée des pressions du peuple et des décisions du juge constitutionnel, les hauts dignitaires du régime Compaoré sont absents des hautes échéances électorales et sphères politiques²¹³. Ces décisions, empreintes du sceau de l'insurrection, illustrent l'office d'un juge constitutionnel aux antipodes de l'audace, refusant presque tout effort de rejet de l'ordre juridique exceptionnel. Violant notamment le principe fondamental d'égalité des citoyens devant la loi électorale, les décisions du juge en matière électorale n'ont pas longtemps résisté à la contradiction, car la Cour de justice de la CEDEAO viendra invalider le code électoral qui interdisait aux soutiens de Blaise Compaoré de se présenter aux prochaines élections²¹⁴. En effet, la Cour constate que la loi électorale institue des discriminations injustifiées, et excessives en l'absence d'infractions graves commises par les personnes victimes. En conséquence, elle a invité l'État burkinabé à lever tous les obstacles à la

²⁰⁷ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.106.

²⁰⁸ La durée de la transition varie selon les pays. Par exemple, les chartes malienne (art.22) et tchadienne (art.97) prévoient une transition sur dix-huit mois, même si au gré des événements, ce calendrier peut être amené à changer.

²⁰⁹ E. LAZARE AMYE et A. BLAISE DRAMANE, *op.cit.*, p. 507

²¹⁰ B. KANTE, *op.cit.*, p.25.

²¹¹ Voir décisions 2015-021/élections du 25 août 2015 ; décision n°2015-19/CC/EL du 25 août 2015.

²¹² Voir Décisions n°2015-30 DU 28 juillet 2015 ; 2015-33 ; 2015-34 du 07 août 2015.

²¹³ A. SOMA, « La justice constitutionnelle de la transition insurrectionnelle au Burkina Faso », *op.cit.*, p.106.

²¹⁴ Cour de justice de la CEDEAO, arrêt du 13 juillet 2015, CDP et autres c/ État du Burkina. Lire utilement à ce sujet : Y. OUEDRAOGO, « Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, CDP et autres c/ État du Burkina », *Les Annales de droit*, 10 | 2016, 197-232



libre participation aux élections²¹⁵, invitation que les autorités de transition et le Conseil constitutionnel ont royalement ignorée.

Ce phénomène d'exclusion des anciens dignitaires du régime déchu pendant les régimes de transitions que le professeur Delphine ADOUKI désigne sous le vocable de « lustration »²¹⁶ est soutenu, parfois, par des juridictions spécialisées²¹⁷. L'un des objectifs de cette pratique, est de punir tous ceux qui ont participé, à un niveau de responsabilité quelconque, à l'ancien régime. De ce point de vue, la lustration peut être considérée comme l'expression de la vengeance des vainqueurs²¹⁸, un autre défi à relever dans un Etat de droit.

CONCLUSION

Au terme de la présente réflexion, on arrive à observer que l'office du juge constitutionnel est saisi par les circonstances exceptionnelles, en tant qu'événements entraînant une remise en cause de l'ordre constitutionnel. Qu'il s'agisse du coup d'Etat militaire ou de l'insurrection populaire, lorsqu'il/elle se produit, on assiste à un bouleversement de l'ordre constitutionnel qui débouche sur une transition. A cet égard, toute transition est une circonstance exceptionnelle. Face à ces épreuves, le juge constitutionnel assume un rôle dans lequel, il adapte son office, bon gré, mal gré. Entre « être, dans un paradoxe, » ou « ne pas être, avec fierté », il choisit d'être, au prix de mobiliser le droit au service de la force. L'office de la juridiction constitutionnelle est ainsi instrumentalisé à l'épreuve des coups d'Etat et insurrections. Dans certains cas, la juridiction est purement remplacée par une nouvelle formule²¹⁹.

Le résultat est qu'à l'image de son homologue administratif dont l'office a favorisé l'éclosion d'une théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles²²⁰, le juge constitutionnel de l'espace étudié, face aux crises, semble dégager une jurisprudence aux tendances similaires. De la prise en compte de ces circonstances dans son office à leur appréciation cas par cas, l'office du juge constitutionnel gagne en souplesse aussi bien sur la forme, dans la procédure, que le fond. Il statue donc dans un sens favorable aux auteurs des régimes d'exception. Par manque d'audace, il arrive à avaliser des changements anti constitutionnels de gouvernement et à légitimer leurs auteurs. Un tel office n'est pas sans impact sur l'ordonnement juridique dont le sommet est en proie à une concurrence entre la norme constitutionnelle et la para légalité constitutionnelle. La norme suprême de l'ordre juridique interne est fortement concurrencée dans l'office du juge constitutionnel en circonstances exceptionnelles. Par ironie, on en arrive à penser que la pyramide du doyen de Vienne est reconfigurée à travers cet office dérogatoire

²¹⁵ Cour de Justice CEDEAO, 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ Etat du Burkina*, Aff. n° ECW/CCJ/APP/19/15 ; jugement n° ECW/CCJ/JUG/16/15.

²¹⁶ D.E. ADOUKI, « La lustration », *Afrilex* : <http://afrilex.u-bordeaux.fr/2021/12/08/la-lustration/>, consulté le 10 février 2023.

²¹⁷ C'est le cas en Guinée où, les autorités putschistes ont créé une Cour de répression des infractions économiques et financières dont la mission est de connaître « des détournements, commis par des agents publics, du blanchiment d'argent, d'enrichissement illicite et corruption. Voir Ordonnance n° 2021/06 portant création d'une Cour de répression des infractions économiques et financières.

²¹⁸ D.E. ADOUKI, « La lustration », *op.cit.*, p.2.

²¹⁹ C'est le cas au Niger où, après le coup d'Etat du 18 février 2010, la Cour constitutionnelle a été remplacée par un Conseil constitutionnel de Transition, régi par l'ordonnance n° 2010-038 du 12 juin 2010. La Cour reviendra à travers l'adoption de la Constitution du 25 novembre 2010 (articles 120-135).

²²⁰ CE, 28/06/1918, Heyriès ; CE, 28/02/1919, Dames Dol et Laurent ; CE, 18/04/1947, Jarrigion



et controversé, de sorte que le juge constitutionnel place au-dessus de la loi fondamentale, les normes transitoires.

S'il se défend de reconnaître les coups de force comme mode d'accès de droit commun au pouvoir, en mettant en avant certains impératifs tels que la prévention d'un vide constitutionnel, la sauvegarde de l'Etat de droit²²¹, la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics²²², le juge constitutionnel est vraisemblablement, désarmé face aux régimes post-coups d'Etat et insurrectionnel. Sans l'assumer, le juge constitutionnel participe à la consolidation d'un droit constitutionnel d'exception dont les tendances jurisprudentielles se dessinent en pointillé, mais qui pourraient s'affirmer en lignes continues, si la gouvernance démocratique ne s'améliore pas./.

²²¹ Avis n° 02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.

²²² Décision n°2022-025/CC du 28 mai 2021 sur la vacance de la Présidence de la Transition ; Décision n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs Mory ALDIOUMA et autres.