

**LES MESENTENTES POLITIQUES ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL
EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE**

Par

Yawo Kakaty LOGO

Assistant, Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Université Kara (Togo)

INTRODUCTION

I – LE RENFORCEMENT DU DROIT CONSTITUTIONNEL

A – Le renforcement structurel

- 1) La préservation de l'équilibre inter-institutionnel*
- 2) L'arbitrage curatif des désaccords politiques*

B – Le renforcement fonctionnel

- 1) Les régimes d'exception*
- 2) Les dispositions constitutionnelles transitoires*

II – LA DECONSTRUCTION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

A – La menace de rupture de la cohérence constitutionnelle

- 1) Le droit constitutionnel concurrencé*
- 2) Le droit constitutionnel dénormativisé*

B – La trajectoire anarchique du pluralisme organique

- 1) Une prolifération organique imprévisible*
- 2) Un conflit inéluctable de légitimité*

CONCLUSION

INTRODUCTION

« *La nécessité ne connaît point de loi et porte avec elle l'excuse des dispenses qu'elle motive*¹ ». Cette antique sentence sophistiquée a manifestement résisté à l'épreuve du temps, pour se trouver encore illustrée jusque dans les pratiques constitutionnelles contemporaines². Elle semble avoir effectué, immuable, une odyssée depuis son lointain siècle des Lumières, pour venir battre le rythme à l'Etat de droit démocratique d'aujourd'hui³. Depuis cette époque déjà, Montesquieu la justifiait par le fait qu'« *il y a des cas où il faut mettre pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statuts des dieux*⁴ ». Ramenée aux objectifs d'une Constitution dans ces Etats, elle semble induire l'inanité du droit constitutionnel face à des situations qui tendent à anesthésier la Loi fondamentale. Aujourd'hui, en Afrique noire francophone, on a toutes les raisons de douter de la suprématie de cette Loi, régulièrement bafouée par les désirs effrénés de conservation du pouvoir⁵. On peut donc craindre, comme Giorgio AGAMBEN⁶, que cette sentence serve indument de justificatif à la transformation du temporaire *nécessaire* en réglementaire permanent de la gouvernance. Ce qui achèverait d'entonner au pire des cas, le requiem du droit constitutionnel, et au meilleur, de conduire à une adaptabilité malaisée de celui-ci⁷.

Ainsi, on est fondé à se demander si, comme « *à situation exceptionnelle, mesure exceptionnelle*⁸ », il était convenable que, face aux épisodes critiques de la vie des Etats, il faille recourir à des institutions dérogatoires au droit. Autrement dit, il importe de savoir si les institutions constitutionnelles habituelles ne sont pas conçues justement pour juguler ces

¹ Saint BERNARD, *Traité sur le précepte et la dispense*, (Chapitre V, n° 1145), Traduction par l'Abbé Charpentier Vivès, Paris, 1866 ; sur www.abbaye-saint-benoit.ch/precepte, consulté le 10 octobre 2018.

² Michel TROPER, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, Paris, PUF, 2011, p. 99 ; Lauréline FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *RCRDF*, n° 6, 2007, p. 39.

³ Jean GICQUEL, « Les états de nécessité », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, PUAM, 1987, p. 174.

⁴ Se référer au Chapitre 19 du Livre XII de son œuvre *De l'esprit des lois*.

⁵ Cette situation est d'ailleurs abondamment illustrée tant dans la doctrine africaine qu'africaniste. On lira utilement sur ces points, entre autres, Maurice GLELE-AHANHANZO, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, NEA, p. 33-34 ; Joseph OWONA, « L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Étude de quelques "constitutions Janus" », in *Mélanges Pierre-François GONIDEC, État moderne : horizon 2000 : aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985, p. 235 ; Dimitri-Géorges LAVROFF, « Les tendances d'un nouveau constitutionnalisme africain », in *Dynamique et finalité des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 71 ; Jean-Pierre OLIVIER de SARDAN, *Dramatique déliquescence des Etats en Afrique*, Le Monde Diplomatique, 02 - 2000, p. 13.

⁶ Giorgio AGAMBEN, *Etat d'exception*, Traduction de Joël GAYRAUD, Paris, Seuil 2003, p. 16.

⁷ Le Professeur Stéphane CAPORAL-GRECO écrit à ce sujet : « *Présenter le droit constitutionnel comme une branche du droit public, en rapport avec la Constitution, permet de déterminer l'objet du droit constitutionnel, défini par Alvaro d'ORS comme la forme stable par laquelle se structure un Etat avec un type déterminé de gouvernement* » ; *Droit constitutionnel, Théorie* ; Paris, LGDJ, 2017, 398 pages.

⁸ Emmanuel KANT, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Edition Durand, Paris, 1853, p. 49 et s.

épisodes. Mieux, il apparaît nécessaire de s'assurer que, face à ceux-ci, la gouvernance politique n'est pas tout simplement libérée des lests constitutionnels. Il s'agit ici d'une inquiétude justifiée, quand on sait que l'objectif principal du droit constitutionnel, c'est d'organiser la soumission du pouvoir et son exercice au droit, et d'assurer ainsi en tout temps et contre toutes atteintes, la protection des droits et libertés. Pourtant, on admet que certaines circonstances puissent, pour un temps, contrarier ces prévisions essentielles à un Etat de droit. On se demande alors si c'est le droit lui-même qui organise ainsi les choses, les autorise et les encadre. Ou à rebours, parce qu'on admet que le droit peut dès fois être dépassé par les faits, on se demande si ceux-ci, suivant la formule de Gerhard ANSCHUTZ, (« *Ici s'arrête le droit public* »), sont gérés hors du droit⁹. Là est tout l'intérêt des interactions susceptibles de naître lors des discordes politiques¹⁰, entre les institutions politiques et le droit constitutionnel¹¹.

En effet, c'est depuis le XVIII^{ème} siècle que la Constitution s'est imposée comme la source de légitimité du pouvoir ; de sorte qu'exercer ce dernier en dehors de ses bornes, est tout simplement illégitime et illégal¹². Une Constitution est avant tout le fruit de réflexions sur ce qu'on croit à un moment donné être le plus à même d'encadrer l'exercice du pouvoir, tel que le peuple souverain veut qu'il soit exercé¹³. Sa rédaction correspond à la mise en place d'une stratégie presque toujours destinée à produire des effets spécifiques¹⁴. En toile de fond de cette articulation, la conviction qu'en fixant par avance des bornes à l'exercice du pouvoir et en gravant ces bornes dans le marbre constitutionnel, on empêche que celui-ci s'exerce arbitrairement et viole les droits et libertés. Or, rien n'est plus utopique que de croire que l'existence de règles va entraîner les comportements attendus¹⁵. L'occasion des *mésententes politiques*, par le fait que certaines sont de nature à annihiler les fonctions du droit constitutionnel, est révélatrice de ce que la doctrine a appelé « *la mythologie des sociétés*¹⁶ ». Elle interpelle sur la réalité de l'Etat de droit durant leur survenance et sur la nature des institutions en charge de l'Etat en ces périodes critiques. Elle interpelle encore plus sur les

⁹ Gerhard ANSCHUTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7^è Edition, Leipzig, 1919, p. 906.

¹⁰ Cette étude devrait s'intituler « Institutions de crise et droit constitutionnel en Afrique noire francophone » ; un titre qui pourrait être équivoque eu égard à la notion d'*institutions de crise* stricto sensu. Elle est donc largement entendue.

¹¹ Deux arguments sous-tendent ce caractère : éviter le vide fonctionnel de l'Etat et garantir la continuité des pouvoirs ; Francis DELPÉRIÉE, *Droit constitutionnel*, T. II, Les procédures de crise, Bruxelles, Larcier, 1989, p. 401.

¹² Maurice GLELE-AHANHANZO, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, précité ; Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, p. 5.

¹³ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique noire francophone », *RFDC* n° 63, 2005/3, p. 451-491.

¹⁴ Pour Dominique ROUSSEAU, « *la Constitution, c'est la garantie des droits. Assurer la liberté politique des citoyens passe non par une réflexion sur la meilleure organisation des pouvoirs publics, mais par l'élaboration d'une charte des droits et libertés dont les citoyens pourront imposer le respect aux gouvernants ; ...* », *RDP* 1990, n° 1, *op cit*, p. 8.

¹⁵ Lauréline FONTAINE, *op cit*, pp. 39-60.

¹⁶ Dominique ROUSSEAU, « Question de constitution », in *Mélanges Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001, p. 6.

rappports de ces institutions avec le droit, c'est-à-dire *in fine* sur leur légitimité. L'appréhension de ces rappports impose le préalable de quelques définitions.

Une *mésentente* est une notion qui renvoie à l'idée de trouble ou de discorde. Elle peut subvenir « *dans le fonctionnement d'une ingénierie quelconque, c'est-à-dire, une structure organique ou normative. Ses causes peuvent être internes ou externes à la structure, dépendantes ou indépendantes des hommes. Ses ampleurs peuvent être mineures ou majeures, et ses conséquences, réversibles ou irréversibles*¹⁷ ». Pour le droit public, la *mésentente* peut s'entendre « *d'une situation trouble, souvent conflictuelle, qui, en raison de sa gravité, exige des mesures d'exception*¹⁸ ». Elle renvoie, si l'on s'appuie sur le Professeur Gérard CORNU, aux notions de *crises ministérielles* et de *mesures de crise* qui ne rendent que partiellement compte de la complexité et de la globalité du phénomène. La science politique quant à elle l'appréhende comme les antagonismes qui ont pour enjeux, la conquête et l'exercice du pouvoir, par les partis, les groupes sociopolitiques ou les individus qui veulent dominer sur leurs adversaires. Elles peuvent être dues aux imperfections institutionnelles et être alimentées par des rivalités internes et des facteurs externes¹⁹. En somme, la notion connote l'idée de désaccords dans le fonctionnement routinier d'un système organisé²⁰.

En la ramenant au but de cette étude, la notion ainsi entendue, fait par déduction de « *mésententes politiques* », une notion polysémique, susceptible de plusieurs interprétations et pour laquelle le singulier paraît étroit pour héberger la diversité de sens qu'elle peut épouser. D'abord, elle renvoie aux altérités ou conflictualités politiques contre lesquelles, l'ingénierie constitutionnelle prévoit des dispositifs dont la vocation est d'en annihiler les effets, pour maintenir les équilibres de l'Etat²¹. Elle se réfère ensuite aux troubles qui peuvent affecter de l'extérieur, l'exercice du pouvoir et contre lesquelles l'ingénierie constitutionnelle prévoit des dispositifs permettant de se prémunir contre leurs effets²². Elle correspond enfin aux situations constitutionnellement inattendus, face auxquelles des dispositifs ad'hoc sont mis en place en dehors du cadre constitutionnel, pour le suppléer. Au total, la notion de *mésententes politiques* s'accommode de la nuance entre *conflit* et *crise*²³ qu'elle transcende, pour ne considérer que les effets de ces deux situations ; puisqu'elles conduisent en tous les cas, à des troubles

¹⁷ Patrick LAGADEC, « La gestion des crises », *Revue MCGRAW-HILL*, Mars 1991, p. 11-13

¹⁸ Gérard CORNU (Sous la direction), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 252.

¹⁹ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, *op cit*, p. 453.

²⁰ Guy HERMET et alii, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, 6^{ème} Edition, 2005, p. 76

²¹ Michel DOBRY, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de la FNSP, 1986, p. 40.

²² Cet aspect de la notion renvoie à l'idée de prévisibilité du droit. Sur cette question, lire notamment Ulrich BECK, *La société de risque*, traduit de l'allemand par Laure BERNADI, Paris, Aubier, 2001, 521 p.

²³ Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO, « Remarques sur quelques mutations du droit constitutionnel par les crises politiques en Afrique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, PUT, p. 239 et s.

dysfonctionnels certes variés dans leurs natures et degrés de gravité, mais s'inscrivent tous dans une même logique, celle de leur résolution.

Telle est l'ambition du *droit constitutionnel* : permettre à l'Etat, sinon d'éliminer, du moins de limiter les *mésententes*, en contraignant gouvernants et gouvernés à se conformer à ses règles²⁴. Ce droit se présente bien plus « *comme le résultat d'un effort destiné à assujettir le pouvoir à une règle de droit qui garantisse la liberté des citoyens*²⁵ ». Il concerne l'organisation et les activités politiques de l'Etat en général²⁶. Pour certains, il met l'accent sur la notion d'Etat, tandis que pour d'autres, il insiste sur le pouvoir. D'aucuns le réduisent à l'étude des règles concernant l'organisation de l'Etat et le fonctionnement des institutions de gouvernement, tandis que d'autres le ramènent aux règles relatives à l'acquisition, l'exercice et la transmission du pouvoir. Ces acceptions se rapprochent car, en fait, l'organisation de l'Etat se confond avec l'aménagement du pouvoir, et ce dernier ne prend toute sa dimension que dans le cadre de l'Etat²⁷. Ce qui est visé par elles, c'est surtout la pacification de la société²⁸. Le droit constitutionnel veut « *substituer la discussion à la bataille, le dialogue aux fusils, les arguments aux coups de point, le résultat des scrutins à la supériorité des muscles ou des armes, la loi de la majorité à la loi du plus fort*²⁹ ». Sa vocation, c'est de servir de support aux mécanismes par lesquels les crises peuvent s'exprimer moins rudement. Elle veut permettre à ce que la violence puisse être remplacée par des formes de combats pacifiques, intenses durant les périodes d'élection et qui se poursuivent dans les débats parlementaires, les polémiques de presse et autres³⁰.

Mais, la permanence des crises en Afrique, due à une succession ininterrompue de leurs cycles³¹, conforte la thèse du déclin du droit constitutionnel et fait craindre que l'exceptionnel ne devienne indument le référent de la gouvernance sur le continent³². Ceci incite à rechercher comment le *droit constitutionnel* en Afrique interagit avec les *crises*. En effet, le constitutionnalisme³³ en Afrique procède largement de celui français de 1958. Le Professeur Albert BOURGI constate à ce propos : « *tout concourt à expliquer que les constitutions africaines furent le plus souvent un simple décalquage du texte constitutionnel*

²⁴ Francis DELPEREE, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC* n° 74, 2008, pp. 228-233.

²⁵ Jean BOULOIS, « Les limites du droit constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 605.

²⁶ Francis DELPEREE, « Le renouveau droit constitutionnel », *op cit*, p. 228.

²⁷ André BARILARI, *L'état de droit : réflexion sur les limites du juridisme*, Paris, LGDJ, 2000, p. 55.

²⁸ John RAWLS, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1997, p. 91.

²⁹ Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », *RFDC*, n° 52, 2002, pp. 721-748.

³⁰ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, *op cit*, p. 454.

³¹ Francis DELPEREE, *op cit*, p. 228.

³² Carl SCHMITT, *La dictature* (1921), Paris, Seuil, 2000, p. 17 ; *Théologie politique* (1922), Paris, Gallimard, 1988, p. 19.

³³ Jean-Marie-DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme : Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum*, n° 1, Le droit politique, sur <http://www.juspoliticum.com>, consulté le 11 août 2018.

de 1958³⁴ ». Ce constat est conforté par le Professeur Jean-Marie BRETON qui observait que l'histoire des Constitutions africaines s'égrène entre « *le paradoxe d'un mimétisme culturel difficilement contournable et un syncrétisme politique inévitable*³⁵ ». Ceci forge la conviction que l'Etat de droit tel qu'il a été consacré dans les Constitutions africaines, porte une attention particulière à la problématique des situations de crise. On conviendra avec le professeur BRETON que ces Constitutions, inspirées du modèle français de 1958 en particulier, ont prévu, outre les mécanismes de régulation des crises inhérentes au fonctionnement des institutions, des dispositifs de gestion de crises externes³⁶ à ce fonctionnement. En 1958, la doctrine constitutionnelle française a construit la théorie « *des circonstances de crise* » en identifiant des situations précises auxquelles sont affectés des régimes juridiques spécifiques dérogeant pour un temps à la légalité ordinaire. Cette notion renferme les situations prévues à l'article 16 de la Constitution de 1958³⁷, l'état d'exception³⁸, les états de siège et d'urgence³⁹ et leur paroxysme, l'état de guerre⁴⁰. Le droit constitutionnel français a prévu des mécanismes de juridicisation de ces circonstances⁴¹.

Il devrait en être de même en Afrique noire francophone aussi où le phénomène de « *la migration des idées constitutionnelles*⁴² » a été dès les années 90 très fort. On ne peut que le regretter. Le panorama qu'offre ce continent depuis lors, laisse voir un état de crise⁴³ permanent équivalant à un temps-mort entretenu du droit constitutionnel. Les processus de

³⁴ « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 722.

³⁵ Jean-Marie BRETON, « Trente ans de constitutionalisme d'importation dans les pays d'Afrique noire francophone ; entre mimétisme et réception critique : cohérences et incohérences », in *Actes du 6^{ème} congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, juin 2005, sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/accongres.html>, consulté le 23 mai 2018.

³⁶ Voir sur ces questions, Lauréline FONTAINE, *op cit*, p. 39-60.

³⁷ L'effet le plus notable de cet article est de permettre au Président de la République de réunir en ses mains, l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif, comme un « dictateur » au sens antique ; Jacques ROBERT, *op cit*, p. 760.

³⁸ La définition des circonstances exceptionnelles est floue : il s'agit de situations créées par des événements d'origine naturelle ou non, affectant ou bien l'ordre public et la sécurité, ou bien la continuité des services publics et conduisant l'administration à agir en marge des règles normales de la légalité ; Jacques ROBERT, *op cit*, p. 760.

³⁹ Juridiquement, l'état d'urgence est une situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative sont renforcés et étendus pour faire face à un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou à des événements présentant « par leur nature ou leur gravité le caractère de calamité publique ». Cela correspond donc à une situation pouvant ou non résulter de circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure. Il se différencie de l'état de siège qui implique, dans les mêmes circonstances, un transfert de pouvoirs au profit de l'autorité militaire, avec l'élargissement des compétences des tribunaux militaires ; Lexique des termes juridiques, 15^{ème} Edition Dalloz, Paris, p. 274.

⁴⁰ L'état de guerre est la situation résultant d'une déclaration de guerre et entraînant l'application de régimes spéciaux entre belligérants, et aux relations entre belligérants et neutres ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op cit*, p. 442.

⁴¹ Alain BARILARI, *L'Etat de droit : réflexion sur les limites du juridisme*, Paris, LGDJ, Systèmes droit public, 2000, p. 55.

⁴² Giuseppe VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger*, Paris, Dalloz, 2013, p. 47.

⁴³ Giorgio AGAMBEN, *L'état d'exception, Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, pp. 7-11.

démocratisation n'ont pu réaliser que des démocraties de façade, induisant la vanité d'un droit incapable d'orchestrer la soumission du pouvoir à ses règles⁴⁴.

Concrètement, le rituel des élections concurrentielles, essentiel à la construction et à l'animation de l'Etat de droit est régulièrement dévoyé, en raison du souci manifeste de conservation du pouvoir⁴⁵. Il est si souvent tronqué qu'il expose les *démocraties* africaines au risque de graves crises puisque les perdants, estimant qu'on se joue d'eux avec des élections frauduleuses, préfèrent recourir à la force pour conquérir le pouvoir⁴⁶. L'élection est ainsi devenue un facteur de troubles, et a pu conduire dans certains cas, à des révoltes armées⁴⁷, illustrant de manière saisissante, la dégénérescence des confrontations politiques en antagonismes armés⁴⁸. Celles-ci sont jugulées aux moyens d'accords politiques conclus au détriment des Constitutions ainsi contournées⁴⁹. De plus, les révisions opportunistes de Constitutions qui induisent la question des troisièmes ou n^{ième} mandats de certains Chefs d'Etat sont autant d'épines plantées dans le pied d'un *droit constitutionnel terrassé*⁵⁰.

Face à ce tableau qui incite à un regard pessimiste sur un droit défail, mais fortement résilient, se pose la question de savoir comment *les mécontentes politiques* sont réglées. Les moyens de leur règlement sont-ils constitutionnels ou hors Constitution ? En un mot, il s'agit de mettre à nu les interférences entre *les mécontentes politiques* et *le droit constitutionnel*.

Pour y répondre, les observations suivantes méritent d'être préalablement faites, en justification de l'intérêt porté sur cet aspect particulier de la problématique globale du droit constitutionnel aux prises avec les situations de discordes politiques. En effet, il est vrai que des plumes plus autorisées ont mis en évidence les problèmes de la rencontre entre ce droit et les situations de mécontentes politiques⁵¹. Ces études ont montré que ces problèmes sont, dans

⁴⁴ Alioune Badara FALL, « Echech du constitutionnalisme français en Afrique/autonomie du droit constitutionnel africain », in *La costituzione francese, Atti del convegno biennale dell'associazione di diritto pubblico comparato eu europea*, Bari Universita degli Studi, 22-23 maggio 2008, pp. 406-436.

⁴⁵ Jean du Bois de GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les Cahiers du CC*, n° 13, 2002, p. 103.

⁴⁶ Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Revue Pouvoirs* 2009/2, n° 129, p. 115-125.

⁴⁷ Pascal QUANTIN, « Pour une analyse comparative des élections africaines », *Politique africaine*, n° 69, 1998, p. 12-29 ; Francisco MELEDJE-DJEDJRO, « Le contentieux électoral en Afrique », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 143.

⁴⁸ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, *op cit*, p. 453.

⁴⁹ Adama KPODAR, « Politique et ordre juridique ; les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005-4, pp. 2503-2526.

⁵⁰ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, janv. 2013 (<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/bilan-sur-un-demi-siecle-de.html>), consultée le 23 mai 2018.

⁵¹ La littérature est foisonnante sur la question. On lira utilement, l'article du Professeur Jacky HUMMEL, intitulé « Les conflits constitutionnels : Définitions d'un objet d'étude ». Il y a aussi Jean GICQUEL, « Les états de nécessité », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 174 ; Georg SIMMEL, *Le conflit* (1912), Paris, Circé, 1995 ; Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 11 ; Patrick

leurs expressions les plus marquées, des objets d'études pertinents ont été l'occasion où, la texture politique du droit constitutionnel a laissé jaillir l'imprévisible par le constituant qui croit pouvoir prévenir toutes les difficultés⁵². Une rencontre scientifique internationale⁵³ a même été aussi consacrée à cette question. On peut donc croire que tout a été dit. Cependant, les angles d'approche de cette problématique semblent infinis. C'est pourquoi l'aspect institutionnel de ces interférences, insuffisamment abordé, a retenu notre attention. Ainsi, en considérant le droit constitutionnel en Afrique, confronté à d'incessants défis du fait de la persistance des discordes et désaccords politiques, cette étude s'est proposée de porter un regard critique sur les inter-influences entre les mémentes politiques et une discipline en pleines mutations. Un objectif qui incite à une démarche à la fois analytique et déductive.

Pour revenir à la question posée, la logique nous place dans une double vision volontariste et déterministe. D'un point de vue volontariste⁵⁴, le souci de stabilité et de sécurité juridiques a fait prendre en compte par la Constitution elle-même, certaines *mémentes politiques* au moyen d'institutions destinées à permettre à l'Etat d'y faire face. Celles-ci sont ainsi juridiquement encadrées et tendent de ce point de vue à renforcer le droit constitutionnel. Du point de vue déterministe, l'idée que des *mémentes politiques* puissent être prises en compte hors du cadre constitutionnel, est tout aussi vraisemblable que problématique pour ce droit. Dans cette hypothèse, cette prise en compte est étrangère à la Constitution qui se doit, dans le meilleur des cas de se rendre compatible et de coexister avec elle, ou de s'effacer. Elle est alors potentiellement mortifère pour la Constitution qu'elle fragilise, se place ainsi dans une logique de déconstruction du droit constitutionnel.

Ainsi, à l'image d'un paradigme manichéen, *les mémentes politiques* ont une consistance duale qui impacte variablement le droit constitutionnel : d'une part, elles apparaissent comme des facteurs de renforcement du droit constitutionnel (I), en raison du souci d'aménagement de mécanismes de stabilisation de l'ordre constitutionnel qui sous-tend la mission de tout pouvoir constituant qu'elles induisent. D'autre part, en raison du fait que certaines des *mémentes politiques* remettent en cause de l'ordre constitutionnel en vigueur,

LAGADEC, « La gestion des crises : Outils de réflexion à l'usage des décideurs », *op cit*, p. 12 ; Michel TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 99 et s ; Jacques ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel » *op cit*, p. 758 ; Lauréline FONTAINE, *op cit*, pp. 39-41.

⁵² Cyril BRAMI, « Les conflits constitutionnels : Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique » in *Actes de la journée d'étude organisée à la faculté de droit et de science politique de Rennes, le 28 novembre 2008*, sous la direction de Jack Hummel, PUR, Coll. « *L'Univers des Normes* », 2010, 179 pages.

⁵³ 7^{ème} Congrès mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, Athènes, 11-13 juin 2007.

⁵⁴ Gérard CONAC et alii, *Les constitutions africaines*, Tome I et II, Paris, DF, 1997-1998.

celles-ci apparaissent aussi au demeurant comme des facteurs de déconstruction du droit constitutionnel (II).

I – LE RENFORCEMENT DU DROIT CONSTITUTIONNEL

L'idée que *les mécontentes politiques* renforcent le droit constitutionnel prend sa source dans la mission assignée à tout pouvoir constituant de prévoir dans son œuvre d'horlogerie constitutionnelle⁵⁵, des mécanismes de stabilisation de l'édifice que ce pouvoir est appelé à bâtir⁵⁶. Le droit constitutionnel doit à cette idée d'être conçu comme la garantie des droits, par une rationalisation de l'exercice du pouvoir⁵⁷. Les mécanismes de cette rationalisation visent à encadrer les désaccords politiques. Ils tendent ainsi à renforcer le droit constitutionnel au double plan structurel (A) et fonctionnel (B).

A – Le renforcement structurel

La gouvernance est le processus qui matérialise le mieux « *la dialectique du droit et de la politique*⁵⁸ ». Elle est souvent traversée de soubresauts dysfonctionnels. Elle est tissée de mécanismes destinés à encadrer les crises auxquelles ces soubresauts peuvent conduire. Ces mécanismes visent deux objectifs : préserver les équilibres inter-institutionnels (1) et arbitrer les désaccords politiques (2).

1 – La préservation des équilibres inter-institutionnels

Le droit constitutionnel est le fruit de la quête permanente d'une organisation équilibrée de l'Etat et des moyens de préservation de cet équilibre⁵⁹. Il pourfend donc l'instabilité gouvernementale⁶⁰ comme un talon d'Achille de la cohésion institutionnelle de

⁵⁵ Adhémar ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Recueil Général des Lois et Arrêts, Paris, 1896, p. 405 et s.

⁵⁶ Lire à ce propos, Jacques CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 283 ; Francis DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, Tome II, précité.

⁵⁷ Les conflits constitutionnels ; *Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, (Actes), Laboratoire d'Étude du Droit public de l'Université de Rennes 1, PUR, coll. « L'Univers des Normes », 2010, 179 p.

⁵⁸ Armel LE DIVELLEC, « Des conflits constitutionnels dans un « État constitutionnel » : le mécanisme des « litiges entre organes » devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », pp. 99-119, p. 118. Le concept de « droit constitutionnel classique » est, selon le Prof. Jean GICQUEL, une construction de son Maître André HAURIOU. Pour celui-ci, « *qu'il s'agisse, en architecture, du Parthénon, des cathédrales ou du palais de Versailles ; de la musique ou de la tragédie ; le classique s'oppose au baroque ou au romantique, par une organisation équilibrée des masses, des mouvements ou des scènes. Il en va de même du constitutionnalisme occidental, dans sa forme classique, lequel repose sur des équilibres sociaux, politiques et institutionnels* » ; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op cit, pp. 33-39.

⁵⁹ Les conflits constitutionnels ; *Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, (Actes), précité.

⁶⁰ Dans une démarche purement descriptive, cette notion est susceptible de renvoyer à plusieurs situations : la crise de régime est assimilable à la crise gouvernementale. Celle-ci intervient lorsque l'exécutif se voit refuser la confiance du parlement et doit démissionner. Elle peut aussi être synonyme de crise politique, et cette hypothèse a cours lorsque se trouve gravement ébranlé, le consensus des forces politiques autour des procédures constitutionnelles en vigueur. Crise de régime peut aussi s'interpréter comme crise de l'Etat, et cette hypothèse est réalisée, lorsque le fonctionnement efficace des services publics devient problématique. Au demeurant, la crise de régime semble être le point d'aboutissement politique de diverses formes

l'Etat. Cette instabilité est le nœud gordien des institutions, qui, dénoué au moyen de mécanismes prévus, prévient l'aggravation des crises et stabilise l'Etat institutionnel.

En s'appuyant sur la doctrine précurseure du Doyen André HAURIOU, on peut dire que cette quête trouve du répondant dans ses enseignements sur le principe de la séparation des pouvoirs⁶¹. D'une part, la rationalisation du parlementarisme a en fait pour objectif de dénouer les conflits qui peuvent surgir entre les pouvoirs exécutif et législatif, bâtis comme un couple, sur la confiance et la solidarité, pour une collaboration équilibrée⁶². En effet, comme toute communauté de vie qui peut être traversée de troubles, ce mécanisme est prévu pour désamorcer les effets pervers de l'absence d'une majorité cohésive et adhésive qui doit soutenir l'action gouvernementale⁶³. Il est comme une soupape de sécurité des régimes. Ainsi, la responsabilité gouvernementale et le droit de dissolution sont les rouages de ce mécanisme dont la mise en œuvre permet de pacifier les crises dans les régimes⁶⁴.

D'autre part, au cas où la rationalisation est inexistante parce qu'inconcevable, la doctrine constitutionnelle⁶⁵ met l'accent sur d'autres mécanismes qui visent, dans l'optique du maintien de l'édifice institutionnel, l'équilibre de la machinerie constitutionnelle. Les « *Checks and Balances sont conçus pour prévenir les dysfonctionnements que peuvent causer la spécialisation et l'isolement dans lesquels les pouvoirs s'absorbent, ainsi que l'irrévocabilité mutuelle qui les caractérise*⁶⁶ ». La faculté de neutralisation réciproque de l'exécutif et du législatif est contrebalancée par l'existence de moyens qui, sous l'arbitrage du pouvoir judiciaire, permettent d'éviter la paralysie, au cas où le compromis auquel ces pouvoirs sont appelés, n'a pu se réaliser⁶⁷.

Ces enseignements fondent le postulat selon lequel : « *cantonement et collaboration sont les deux piliers du constitutionnalisme occidental qui repose sur la recherche permanente des équilibres sociopolitiques et institutionnels*⁶⁸ ». En somme, pour ce constitutionnalisme, « *l'enjeu essentiel, c'est faire en sorte que l'altérité favorise plutôt la*

d'instabilité qui peuvent traverser une société en évolution ; **Guy HERMET et alii**, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, 6^{ème} Edition Armand-Colin, 2005, p. 76.

⁶¹ Sur une définition du droit constitutionnel, **Adhémar ESMEIN**, *Eléments de droit constitutionnel*, *op cit*, p. 404 et s.

⁶² **André HAURIOU**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Edition Montchrestien, 1966, p. 27.

⁶³ **Philippe LAUVAUX**, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif*, Bruxelles, 1988, p. 17 – 23 ; **Jean-Claude COLLIARD**, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, PUF, p. 42.

⁶⁴ **Jean GICQUEL**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 14^{ème} Edition, 1995, p. 34.

⁶⁵ **Raymond CARRÉ de MALBERG**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. 2, Paris, Dalloz, 1962, pp. 350 et s.

⁶⁶ **Pierre AVRIL**, La présidence à nu, *Commentaire* n° 49, 1990, p. 181. **Maurice DUVERGER**, « Système présidentiel et système semi-présidentiel », *La présidence en France et aux Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Economica, 1986, p. 11-16.

⁶⁷ Selon **Pierre AVRIL** « *les vetos, le parlementarisme de couloir, les initiatives présidentielles en matière législative et conventionnelle, le contrôle des commissions parlementaires, l'impeachment et autres sont autant de moyens pour éviter la paralysie des systèmes de gouvernement* » in « La présidence à nu », *Commentaire* n° 49, 1990, p. 181.

⁶⁸ **Jean GICQUEL**, « Droit constitutionnel, institutions politiques », *op cit*, p. 33.

*complémentarité des pouvoirs, et non leur affrontement*⁶⁹ ». En termes plus clairs, il s'agit pour tout constituant d'admettre la réalité de cet affrontement et de chercher à le civiliser par l'équilibre des pouvoirs, ou le contourner de manière ingénieuse. Dans ce sens, le Professeur Cyril BRAMI écrit : « *Qu'on l'envisage, depuis Aristote jusqu'à Schmitt, sous la forme d'un affrontement politique insusceptible de connaître une résolution autre que politique, ou qu'on admette, après Sieyès ou plus tard Kelsen, la possibilité de sa résolution juridictionnelle, la conflictualité est l'objet traditionnel du droit constitutionnel*⁷⁰ ».

Sous l'effet de « *la migration des idées constitutionnelles*⁷¹ », ce trait originel du droit constitutionnel va marquer profondément⁷² le constitutionnalisme en Afrique⁷³ qui a une part active dans « *le patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques*⁷⁴ ». Eu égard aux impératifs de ce patrimoine⁷⁵, les pays africains vont être partagés entre *les vaches sacrées*⁷⁶ du constitutionnalisme qu'ils s'efforceront d'acclimater, mais le souci primordial de préserver l'essentiel, c'est-à-dire, les divers mécanismes de stabilisation des édifices institutionnels.

Sur ce point, une lecture attentive des constitutions africaines d'à partir des années 1990 édifie sur le regain d'intérêt formel des Etats d'Afrique noire francophone notamment pour la démocratie constitutionnelle, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs et la garantie constitutionnelle des droits, qui donnent sens au mouvement constitutionnel dans lequel ils se sont tous inscrits. Par le biais de ce principe « *mis au panthéon de leur droit constitutionnel*⁷⁷ », ils ont reçu les mécanismes de régulation éprouvés dès le XIX^{ème} siècle européen pour pacifier les conflits constitutionnels⁷⁸. Ces mécanismes ont fini par imprégner leurs pratiques constitutionnelles.

⁶⁹ François SAINT BONNET, « La prévention du conflit constitutionnel en l'an III », *op cit*, p. 31-42.

⁷⁰ Cyril BRAMI, Jacky HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels ; Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, 2010, *Jus Politicum*, n° 6 – 2011, p. 1-2.

⁷¹ Giuseppe VERGOTTINI, *op cit*, p. 47.

⁷² Jean-Marie BRETON, « Trente ans de constitutionalisme d'importation dans les pays d'Afrique noire Francophone, entre mimétisme et réception critique : Cohérences et incohérences (1960-1990) », p. 3 précité ; Jean du Bois de GAUDUSSON, « Mimétisme postcolonial, et après ? » ; Pierre-François GONIDEC parle de « *suivisme, voire de servilisme africain dans le domaine constitutionnel* » ; « Constitutionnalismes africains », *RJPIC*, 1, 1996, p. 49 ; Yves MENY, *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p.17.

⁷³ Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérence et incohérence », *RFDC* 2012/2 (n° 90), p. 57-85.

⁷⁴ Luc SINDJOUN, *La formation du patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques*. Eléments pour une théorie de la civilisation politique internationale, Série des monographies du CODESRIA, Dakar, 1997.

⁷⁵ Jean-Marie BRETON, « Trente ans de constitutionalisme d'importation dans les pays d'Afrique noire Francophone, entre mimétisme et réception critique : Cohérences et incohérences (1960-1990) », précité.

⁷⁶ Léo HAMON, « Multitude et bon usages des vaches sacrées », *Mélanges Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1988, p. 613 ; Maurice DUVERGER, « Les vaches sacrées », in *Mélanges Léo HAMON*, Parsi, Economica, 1982, pp. 639-645.

⁷⁷ Pascal JAN, « La séparation des pouvoirs », in *Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Montchrestien, 2008, p. 255.

⁷⁸ Cyril BRAMI, *op cit*, p. 7.

On se souvient de la motion de censure votée par la majorité parlementaire d'antan contre le gouvernement de l'ex Premier-Ministre togolais, M. Eugène K. ADOBOLI, en 2000, dans un contexte de crise de confiance manifeste que cette majorité a refusé de lui renouveler. Ce qui a eu pour effet notable, un regain de confiance entre le gouvernement et sa majorité, avec pour conséquence la stabilisation de la gouvernance qui s'était retrouvée dans une zone de turbulences. On se souvient aussi de la motion de censure votée contre l'ex Premier-Ministre nigérien Hama AMADOU, en 2007, qui a eu pour effet d'apaiser un contexte sociopolitique au bord de l'explosion. On se rappelle en 2009 de la dissolution du parlement par l'ex-président TANDJA, suite au rejet de son projet de révision de la constitution⁷⁹. Ces exemples édifient sur le fait que les pratiques africaines ne sont pas étrangères ni rétives à la culture qu'exige *le patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques*.

Derrière ces exemples, ce qui est visé, c'est non les motivations politiques que cachent mal le juridisme débridé qui caractérise l'évolution du constitutionnalisme en Afrique. Ce n'est non plus l'ingéniosité des africains à mésuser et à se jouer de l'hiérarchie de la Constitution, mais pour prouver l'existence dans les Constitutions africaines du mécanisme de la responsabilité gouvernementale et du droit de dissolution. A l'exception notable du Bénin, de la Côte-d'Ivoire, du Djibouti, de la Guinée-Conakry et du Congo-Brazzaville qui procèdent d'une logique présidentielle, particulièrement plus marquée au Bénin et au Congo⁸⁰, tous les autres pays africains sont organisés autour de ce mécanisme. C'est pour mettre en évidence, l'existence de règles de régulation des rapports politiques qui matérialisent le mariage sans divorce entre l'exécutif et le législatif, et qui permettent, par le consensus auquel ces règles appellent, d'éviter les crises des régimes⁸¹. Ces dispositifs ont pour but, d'assurer, face aux troubles, le retour à la sérénité institutionnelle⁸².

Pour autant, les édifices institutionnels sont-ils à l'abri de crises dès lors que la machinerie institutionnelle des régimes est fondée sur ces dispositifs et sur l'espoir que leur mise en branle est de nature à désamorcer les tensions politiques ? La persistance des crises n'est-elle pas la preuve de « *la vanité du constitutionnalisme*⁸³ » ? Comme le soutient le Professeur FAVOREU, la résolution de ces crises n'est plus laissée au seul jeu des rapports politiques⁸⁴. Elle passe aussi par des mécanismes d'arbitrage curatif.

⁷⁹ Guy LABERTIT, « Niger, le coup de force du président », sur www.jean-jaures.org, consulté le 14 avril 2018, p. 2.

⁸⁰ Stéphane BOLLE, *Les constitutions d'Afrique francophone*, Paris, Karthala, p. 78.

⁸¹ On a l'avis consultatif de l'AN pour la nomination de tout ministre, les interpellations du gouvernement, etc.

⁸² Aline LAMARCHE, « L'évolution du régime représentatif en Afrique francophone », *Jurisdoctoria*, n° 9, 2013, p.129.

⁸³ Cyril BRAMI, *op cit*, p. 9.

⁸⁴ Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

2 – L'arbitrage curatif des désaccords politiques

Les *mésententes politiques* peuvent aussi être réglées à la fois par l'arbitrage juridictionnel, sous le magistère du juge constitutionnel, et par l'arbitrage non-juridictionnel, sous l'action du Médiateur de la République notamment.

En effet, l'encadrement juridictionnel des désaccords relève de la thèse de *la revanche du constitutionnalisme sur la politique*⁸⁵ dont la réalité est la multiplication des juridictions constitutionnelles sur le continent au tournant des années 1990. Dans sa plus simple expression, cet encadrement postule que lorsque dans l'exercice du pouvoir, le débat politique n'a pu éviter de quitter les sphères politiques, et s'est déplacé dans l'arène juridictionnelle, il y a nécessité de se situer sur la signification et la portée de la décision du juge constitutionnel, et sur l'analyse des impacts de cette décision sur l'ordre constitutionnel en vigueur.

En 2009, le juge constitutionnel nigérian s'est opposé à la volonté manifeste du président TANDJA de dépasser le nombre de mandat constitutionnellement imparti. Une hirondelle ne fait pas le printemps, dira-t-on. Et là, le militantisme juridique du juge béninois, qui se serait érigé en « *shérif de la vie politique, institutionnelle et sociale*⁸⁶ » dans ce pays depuis 1993, vient démentir ce qui n'est in fine qu'un a priori quant à la désespérance démocratique que le juge constitutionnel a pu inspirer sur le continent. Elle marque depuis son émergence, « *une des plus grandes avancées du constitutionnalisme en Afrique*⁸⁷ » en ce qu'« *il n'est plus possible en droit constitutionnel d'étudier la plupart des problèmes, sans prendre en compte les positions*⁸⁸ » de cet organe. La nécessité de tenir compte de la justice constitutionnelle dans le fonctionnement des Etats africains n'est plus à établir. Ce sont des « *organes prévus par les Constitutions, distincts des pouvoirs (classiques), dont le rôle est de trancher les désaccords constitutionnels*⁸⁹ ». Les mécanismes d'encadrement juridictionnel⁹⁰ des crises sont donc bien présents dans le constitutionnalisme en Afrique.

⁸⁵ Les illustrations de cette thèse défrayent régulièrement la chronique juridico-politique marquée le plus souvent sur le continent par les tripatouillages constitutionnels, institutionnels et électoraux aux fins de conservation du pouvoir politique. Une des plus détonantes aura été celle servie par le juge constitutionnel kényan qui a eu la témérité d'invalider la réélection du président en exercice, pour des raisons de fraudes alléguées par le candidat de l'Opposition. On a tout de suite vu dans cet acte, l'expression de la vitalité des institutions des anciennes colonies anglaises devenues des démocraties consolidées, en opposition à celles françaises, qui peineraient encore dans des démocratisations précaires.

⁸⁶ Frédéric-Joël AIVO, « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* 2015, n° 47, p. 99-112.

⁸⁷ Pascal CHAIGNEAU, « Préface », in *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois*, Paris, l'Harmattan, 2006 ; Sory BALDE, « Juge constitutionnel et transition démocratique. Etude de cas en Afrique subsaharienne francophone », sur : www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/16/279.pdf. Consulté le 07/04/2018.

⁸⁸ Christian STARK, « La suprématie de la constitution », *RCADC*, p. 7-11.

⁸⁹ Traité de science politique, sous la direction de Madeleine GRAWITZ et Jean LECA, Tome II, PUF, 1985, p. 406 et s.

⁹⁰ Elise CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Paris, LGDJ, 2006, p. 251

Sur sa vertu stabilisatrice des institutions, notons que, créer une instance distincte des pouvoirs traditionnels d'Etat, à qui on confie spécialement la garde de la Constitution, renouvelle et accentue le poids du sacrosaint principe de séparation des pouvoirs qui renferme toutes les garanties de la stabilité institutionnelle de l'Etat. En suivant cette philosophie, on doit admettre que procéder au contrôle de constitutionnalité des lois, garantit la suprématie de la Constitution par laquelle, les mécanismes de la stabilité institutionnelle de l'Etat sont coulés dans le marbre constitutionnel⁹¹. De plus, reconnaissons aussi que confier les contentieux des élections politiques à cette instance, et faire de l'issue de son arbitrage, une décision insusceptible de recours, revient à faire arbitrer par elle, les affrontements républicains qui battent le rythme de la vie démocratique ; et faire des résultats de cet arbitrage, des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée, c'est donner à cette instance le pouvoir de trancher des désaccords politiques. Enfin, demander à cette instance de réguler les pouvoirs publics, suppose qu'elle a été dotée d'une capacité de contrôle par laquelle, elle concourt à la sérénité de l'Etat⁹².

En s'appuyant sur le cas du juge béninois qui exerce un certain attrait⁹³, on peut soutenir que tous les éléments d'encadrement juridictionnel des crises sont présents, mais pas qu'au Bénin⁹⁴. Ce juge s'est investi à chaque fois à décriper les dissensions entre les pouvoirs constitutionnels traditionnels qui se sont montrés jaloux de leurs domaines de compétence. Dans le cas nigérien, en concluant que « *le président de la République ne saurait poursuivre le changement de la Constitution sans violer son serment constitutionnel* », le juge nigérien a juridiquement tranché la crise politique déclenchée par le bras de fer engagé par l'ex-président TANDJA avec la majorité parlementaire d'antan. Ce faisant, tout comme son homologue du Bénin, il a su faire triompher le constitutionnalisme. Ces exemples mettent en évidence les mécanismes de règlement juridictionnel des crises, soumises aussi à l'arbitrage de mécanismes non-juridictionnels.

⁹¹ Pour le Professeur **Théodore HOLO**, « *ce contrôle se fonde sur l'idée que, la volonté du peuple souverain, exprimée par lui à travers la Constitution, est supérieure à la volonté de ses représentants ordinairement exprimée par la loi. Et en raison de cette hiérarchie, la loi ne sera l'expression authentique de la volonté générale qu'autant qu'elle sera conforme à la norme fondamentale* » ; « Émergence de la justice constitutionnelle au Bénin », in *Pouvoirs* n° 129, 2009, pp. 101- 113.

⁹² **Guy HERMET et alii**, « Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques », *op cit*, p. 293.

⁹³ **Alioune Badara FALL**, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 717 ; **Théodore HOLO**, *op cit*, p. 101- 113.

⁹⁴ Lorsqu'il a été possible à ce juge de faire des injonctions au président béninois de convoquer en 2015 les électeurs suivant un calendrier qu'il a établi ; lorsqu'il a pu enjoindre au parlement béninois d'adopter la loi des finances de l'exercice 2014 ; lorsqu'il s'est de manière décisive imposé dans le dossier de la révision constitutionnelle pour un supposé troisième mandat au profit de M. Yayi BONI ; dans la restriction du droit de grève, ou encore dans l'institution d'un coefficient de revalorisation des traitements indicielles des agents publics et autres ; « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin » *op cit*, p. 101.

Dans cette dernière hypothèse, le néologisme « *médiationnel* » est le qualificatif le mieux à même de mettre l'accent sur les vertus arbitrales de l'institution du Médiateur de la République dans la résolution de certaines crises. L'intérêt de l'invocation de cette institution tient au fait que sa philosophie participe de la nécessité d'une adaptation des mécanismes de résolution des crises aux spécificités de celles-ci. En effet, au regard de la machinerie administrative qui la factualise, la gouvernance débouche souvent sur des dissensions entre l'Administration et les administrés. La cause de ces dissensions, c'est la complexité des procédures. Les mécontentements créés par ces dysfonctionnements constituent des menaces pour la stabilité de l'Etat et justifient l'existence du Médiateur de la République.

Investi d'une logistique pour simplifier les rapports entre l'Administration et les administrés, le Médiateur de la République est chargée d'une mission précise : « *examiner les réclamations présentées par les citoyens qui se plaignent de négligences, d'irrégularités des pouvoirs publics et adresser aux organes compétents, les dispositions nécessaires pour remédier à l'injustice causée. En cela, il contribue à la garantie du droit à une bonne administration, et à sauvegarder les droits qui sont la base de toute démocratie*⁹⁵ ».

Sa capacité de règlement des crises par l'équité⁹⁶ en fait un inter-médiateur plus accessible. Notons à ce sujet que « *si les droits sociaux sont privés de justiciabilité effective, ils ne sont plus des droits. Cette justiciabilité qui est assurée par le juge constitutionnel en ce qui concerne les droits fondamentaux, doit être considérée comme assurée par le Médiateur de la République pour la défense des citoyens contre la mal-administration*⁹⁷ ». La démocratie supposant un équilibre des pouvoirs, « *la réappropriation populaire des pouvoirs qui doit permettre aux citoyens de jouir des dividendes d'un système à l'enracinement duquel ils participent*⁹⁸ », explique l'intérêt porté sur cette institution. La démocratie suppose une culture de l'imputabilité⁹⁹ qui exige « *des organes dotés de pouvoirs extraordinaires face aux actes illégaux de l'Etat*¹⁰⁰ ». Un de ces organes est le Médiateur de la République. Même s'il ne défend que les gouvernés, son rôle est aussi bénéfique pour les institutions : il corrige la mal-administration¹⁰¹, renforçant la démocratie politique par celle administrative.

⁹⁵ Michel LYAN, « La vitalité de la démocratie », in *Le Médiateur : Universalisme et particularisme de l'institution*, p. 14.

⁹⁶ Guy HERMET, Bertrand BADIE et alii, *op cit*, p. 293.

⁹⁷ Michel LYAN, *op cit*.

⁹⁸ Tracy DEXTER, « The Role of Informal Justice Systems in Fostering the Rule of Law in Post-Conflict Situations », Centre for Humanitarian Dialogue, Rapport, July 2005, p.10 et s.

⁹⁹ Michael DODSON, « Horizontal accountability in transitional democracies », *Latin American Politics and Society*, 2004, Vol. 46, n° 4, pp. 1-27.

¹⁰⁰ Guillermo O'DONNELL, « Horizontal accountability in democracies », *Journal of Democracy*, 98, Vol. 9, n° 3, p. 112.

¹⁰¹ Thomas PEGRAM, « The politics of accountability », Annual Workshop, Nuffield College, 27/03/08, p. 11.

B – Le renforcement fonctionnel

La gouvernance est également confrontée à l'assaut de troubles que le droit constitutionnel, du fait de leur imprévisibilité, tente de dompter, pour concilier les exigences du pouvoir à celles des droits et libertés. Cette double exigence s'incarne aussi bien dans les régimes d'exception (1) que dans les dispositions constitutionnelles transitoires (2).

1 – Les régimes d'exception

Les régimes d'exception se réfèrent à des situations particulières que la doctrine constitutionnelle a enfermées dans « *la théorie des circonstances de crise*¹⁰² ». Elles renvoient à des troubles auxquels sont affectés des régimes spécifiques. Ce qui a fait dire que « *ces circonstances n'ont rien d'exceptionnel*¹⁰³ », c'est la prégnance du besoin de les encadrer juridiquement. Pour certains, cet encadrement doit être exceptionnel¹⁰⁴. Pour d'autres, la garantie des droits pose la question de la constitutionnalisation de ces circonstances qui porte la marque du paradoxe apparent de la juridicisation de l'exceptionnel¹⁰⁵.

Ces circonstances ne sont donc pas insusceptibles d'appréhension juridique. La doctrine les réfère à la situation de l'article 16 de la Constitution de 1958¹⁰⁶, aux circonstances exceptionnelles¹⁰⁷, à l'état de siège et d'urgence¹⁰⁸, et enfin à l'état de guerre¹⁰⁹. Elles ont de particulier d'être marquées par un sursis des garanties constitutionnelles¹¹⁰ et interrogent, dans un contexte de tradition de crises, sur comment le transfert de technologie constitutionnelle a fait bénéficier à l'Afrique, des fondamentaux du constitutionnalisme.

Sur la situation prévue par l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'effet le plus notable de cet article, il convient déjà de souligner, c'est le fait que le président de la République réunisse entre ses mains, l'exercice exceptionnel des pouvoirs législatif et exécutif, comme un « *dictateur* » au sens antique du terme¹¹¹.

Relativement aux circonstances qui induisent ces pouvoirs exceptionnels, il convient de retenir qu'il s'agit de situations créées par des événements d'origine naturelle ou humaine, affectant ou bien l'ordre public et la sécurité, ou bien la continuité des services publics, et

¹⁰² Jean BOULOUIS, « Les limites du droit constitutionnel », *RIDC* n° 2, 1986, p. 605.

¹⁰³ Michel TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 99.

¹⁰⁴ Jean BOULOUIS, *op cit*, p. 605.

¹⁰⁵ Jacques ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *op cit*, p. 760.

¹⁰⁶ Philippe COSSALTER, « Légalité de crise et état d'urgence », Note de jurisprudence consécutive au décret n° 2015 – 1475 du 14 /11/2015, relatif à la déclaration de l'état d'urgence en France, suite aux attentats terroristes du 13/11/ 2015.

¹⁰⁷ Jacques ROBERT, *op cit*, p. 760.

¹⁰⁸ *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} Edition Dalloz, Paris, p. 274.

¹⁰⁹ Jacques ROBERT, *op cit*, p. 761.

¹¹⁰ Michel TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », *op cit*, p. 99.

¹¹¹ Philippe COSSALTER, *op cit*.

conduisant l'Administration à agir en marge des règles normales de la légalité. En d'autres termes, ce sont d'une part, les situations pendant lesquelles les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril. Lors de ces situations, on assiste à une concentration du pouvoir, en général au profit de l'exécutif, et d'autre part, à la réduction ou à la suspension des droits jugés fondamentaux pendant les périodes de calme. Il s'agit donc de situations par définition fugaces, temporaires pour faire face à un péril donné. Ce sont d'autre part, des situations qui induisent des modifications en profondeur de certains systèmes juridiques pour faire face à des périls durables tels que le terrorisme, modifications dues au fait que les règles mises en œuvre pour lutter contre ce péril auraient révélé les insuffisances du système politique et juridique dans lequel ces situations se sont produites.

En ce qui concerne *l'état d'urgence*, son hypothèse renvoie à la situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative sont renforcés et étendus pour faire face à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou à des événements présentant par leur nature ou leur gravité, le caractère de calamité publique. Cela correspond donc à une situation pouvant ou non résulter de circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure. Il se différencie de *l'état de siège* qui implique, dans les mêmes circonstances, un transfert de pouvoirs au profit de l'autorité militaire, avec l'élargissement des compétences des tribunaux militaires. *L'état de siège* n'est donc déclaré qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée (ou en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure). *L'état d'urgence* ne suppose pas la confusion des fonctions législative et exécutive (comme dans l'hypothèse de l'article 16 de la constitution de 1958), ni la restriction de la compétence juridictionnelle au profit des juridictions militaires. Il permet de conférer à l'autorité administrative des pouvoirs exceptionnels et constitue le plus strict des régimes de suspension des droits¹¹².

L'intérêt des régimes différenciés de l'état d'urgence et de l'état de siège, c'est que d'une part, tout en conférant aux pouvoirs publics, dans l'hypothèse de l'état d'urgence, des pouvoirs aussi considérables qu'en cas d'état de siège, ce régime permet de ne pas confier à l'autorité militaire dont le pouvoir politique peut légitimement se méfier, des pouvoirs exceptionnels qui étaient plus sûrement exercés par l'autorité civile. D'autre part, l'état

¹¹² Frédéric ROLIN, « L'état d'urgence », in 50^{ème} anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008, p. 611.

d'urgence permet de ne pas se référer de manière plus neutre qu'à une atteinte grave à l'ordre public. L'hypothèse de cette atteinte grave fonde aussi le cas particulier de l'état de guerre.

Sur *l'état de guerre*, il s'agit de la situation de belligérance qui conduit un Etat à l'observation du préalable d'une déclaration officielle de guerre contre à un autre Etat. La Convention de La Haye du 18 octobre 1907 exige à cet effet un « *avertissement préalable et non équivoque* », soit sous forme de déclaration de guerre motivée, soit sous forme d'ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle.

Cependant, le droit de la guerre, suivant à cet égard la doctrine anglo-saxonne peu exigeante en cette matière, considère la déclaration de guerre comme une formalité facultative, dont la non-observation n'entraîne aucune sanction¹¹³. Il arrive donc que, suivant les circonstances et le degré de gravité des faits, ce préalable ne soit pas être respecté. Dans l'hypothèse de l'état de guerre donc, le parlement décide au nom du peuple de déclarer l'Etat en guerre, afin notamment de faire intervenir les forces armées nationales, soit dans un conflit à l'interne (insurrection armée, rébellion), ou à l'étranger (conflit armé entre Etats). Cependant, la déclaration de l'état de guerre, si elle offre au parlement de jouer un rôle important, est aussi l'occasion pour le chef de l'exécutif d'être aux premières loges. La pratique en fait le chef suprême des armées, qui préside les conseils de défense¹¹⁴.

De l'ensemble de ces situations prédéfinies, un constat se dégage : leurs mécanismes de gestion sont marqués par un schéma uniforme. L'identification des institutions dotées de pouvoirs de crises, conforte ce constat. Ces institutions sont pour ainsi dire dédiées aux crises et se déclinent selon le schéma suivant : une institution prépondérante, des institutions consultatives et une institution d'arbitrage. En effet, les diverses circonstances de crise conduisent à reconnaître des pouvoirs exceptionnels au chef de l'exécutif. Ainsi, l'institution présidentielle semble revêtir un habit de circonstance de premier plan durant ces moments. Le principe, en s'appuyant sur la pratique française est : « *le président de la République prend les mesures exigées par les circonstances en cas de crise* ». Même si ce *pouvoir* est soumis à des conditions, il convient d'insister sur la prépondérance du rôle du Chef de l'Etat.

Cette prépondérance se justifie par le fait que l'institution parlementaire se prêterait mal à un rôle de premier plan lors des crises, marquées par l'urgence et exigeant une célérité dans les réactions. Cette situation s'explique d'abord par le fait que le parlement ne peut pas toujours décider rapidement, et ensuite par le fait qu'elle ne peut décider que de façon générale et impersonnelle, suivant une procédure laborieuse. Ce qui laisse la préséance au

¹¹³ Ruizé DAVID, *Jurisprudence comparée sur la notion d'état de guerre*, AFDI, Vol. 5, 1959. p. 396 s.

¹¹⁴ C'est ce qui ressort notamment de l'article 72 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 révisé.

chef de l'exécutif¹¹⁵. Elle est confortée par *la théorie des circonstances de crise* qui pose des conditions¹¹⁶ suivant l'adage « *à menace exceptionnelle, mesure d'exception*¹¹⁷ », permettant au président de prendre des dispositions pour assurer aux pouvoirs publics et dans les brefs délais, les moyens de leurs missions.

De plus, l'obligation faite au président de consulter le gouvernement, le parlement et la juridiction constitutionnelle, loin de diminuer la prépondérance du chef de l'exécutif, renforce plutôt celle-ci, et fait reconnaître, par ailleurs par son effet, à ces autres différents pouvoirs constitutionnels, un rôle (secondaire) non négligeable qui les fait se vêtir le temps de la crise : le fait pour le président de consulter la juridiction constitutionnelle sur chacune des mesures à prendre durant les circonstances de crise, fait jouer à cet organe, un rôle significatif dans la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du président, les deux agissant finalement comme les institutions majeures de gestion de la crise. De même, s'il est reconnu que de plein droit, le parlement doit se réunir et qu'il ne peut être dissout durant ces périodes, on peut en déduire que le constituant a voulu faire jouer à cette institution un certain rôle dans le processus de normalisation de la situation de crise.

Enfin, d'aucuns ont pu qualifier la prépondérance des pouvoirs de crise du président, de « fait du prince » et appelé à son rééquilibrage par un contrôle démocratique sur la durée de son exercice. En effet, la théorie constitutionnelle enseigne que le président est la seule institution habilitée à demander à la juridiction constitutionnelle de constater que les conditions d'application des pouvoirs de crise ne sont plus réunies ; ce qui est de nature à créer des situations d'abus et de comportements liberticides. Il a été suggéré que soit reconnu au parlement la même possibilité de saisine.

2 – Les dispositions constitutionnelles transitoires

Les *dispositions constitutionnelles transitoires*¹¹⁸ s'inscrivent elles aussi dans la logique de la gestion des situations de crise. Ce sont des normes par lesquelles le constituant entend régulièrement faire encadrer par le droit constitutionnel en vigueur, certaines situations de crise. Elles retiennent l'attention dans le cadre de cette étude pour une raison simple : elles incarnent la nécessité de la juridicisation de cette phase charnière qui, entre deux ordres constitutionnels ineffectifs, est susceptible, sans elles, de déboucher sur un vide juridique qui

¹¹⁵ Laurine FONTAINE, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? », *op cit.*

¹¹⁶ Elle enseigne qu'il faut que les institutions de l'Etat, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux de l'Etat soient menacées de manière grave et immédiate. Elle enseigne qu'il faut que le fonctionnement des pouvoirs soit interrompu.

¹¹⁷ Daniel LOCHAK, Les pouvoirs exceptionnels du président (Synthèse), *op cit.*

¹¹⁸ Paul AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », *RDP*, n°1, 2009, p. 7-9.

ferait rater au droit constitutionnel sa mission. Mais, parce qu'elles permettent d'éviter ce vide, elles apparaissent comme un moyen¹¹⁹ de son renforcement. Précisons qu'il s'agit ici de l'hypothèse des transitions pacifiques, régies par le droit constitutionnel en vigueur. Elles diffèrent des transitions révolutionnaires qui y échappent et qui ont plus prise avec « *le droit constitutionnel de crise*¹²⁰ ».

Pour être plus clair, la spécificité des dispositions constitutionnelles transitoires exige qu'elles soient distinguées de notions voisines qui pourraient aisément les faire confondre. Dans un passé récent, la doctrine a utilisé diverses notions pour désigner les normes qui régissent les périodes transitoires. Ainsi, a-t-on évoqué les notions de « pré-constitution », de « constitution intérimaire », de « constitution transitoire » et de « petite constitution ». Il semble toutefois que la notion de « Constitution provisoire¹²¹ » est celle qui permet de mieux décrire le phénomène, les termes « petite Constitution¹²² » ou « pré-Constitution¹²³ » ne mettraient pas suffisamment en exergue le « caractère existentiel¹²⁴ » de ces textes, ainsi que leur fonction de relais¹²⁵ entre les deux ordres juridiques. Il paraîtrait même que le terme « Constitution transitoire¹²⁶ » soit carrément erroné en ce que les normes transitoires ne sont pas adoptées dans l'attente d'une décision ultérieure et définitive du constituant. Le dispositif définitif dans ce cas étant déjà édicté, la norme transitoire a seulement vocation d'en aménager l'entrée en vigueur¹²⁷ ; puisque la Constitution adoptée durant une transition constitutionnelle a pour but d'organiser l'élaboration d'une Constitution définitive.

Ceci dit, pour rester attaché à la préoccupation soulevée, analyser la notion *d'institutions de crise* par le prisme des dispositions constitutionnelles transitoires impose un préalable qui permet d'éviter les lieux communs : aussi, devra-t-on d'abord convenir qu'une transition, en tant que telle, n'est pas une situation de crise. Mais, parce que de part sa nature,

¹¹⁹ Michel DOBRY, *Sociologie des crises politiques*, op cit, p. 40.

¹²⁰ Francisco MELEDJE DJEDJRO, « Les arrangements politiques / la Constitution : le droit constitutionnel de crise », in *Droit constitutionnel*, 9^{ème} édition, ABC, Abidjan, 2012, p. 237.

¹²¹ Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, pp. 273-275.

¹²² Marcel PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, p. 307 ; Otto PFERSMANN, in Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2006, p. 101.

¹²³ N'GUYEN QUOC DINH, « La loi du 2 novembre 1945 », *RDP*, 1946, p. 68 ; Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 267 ; Willy ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes préconstituants », *RDP*, 1995, pp. 385 ; Isabelle THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle*, Thèse, Lille II, 2008, p. 32.

¹²⁴ Willy ZIMMER, *Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, Thèse, Lille III, 1994, p. 6.

¹²⁵ Emmanuel Cartier parle d'un « système juridique relais » qui « a comme fonction première de définir un cadre normatif provisoire destiné à assurer, dans l'attente de l'adoption d'une Constitution définitive, la continuité de l'activité juridique de l'Etat » ; « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n°3, 2007, p. 523.

¹²⁶ Laurent PECH, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », *RRJ*, 1999, p. 1412.

¹²⁷ Emmanuel CARTIER, op cit, p. 513 et s.

elle charrie et « *transpose les effets de la crise dans le temps*¹²⁸ », elle tend à être confondue à elle et se présente bien plus comme la phase de la vie d'un Etat qui est sous influence de crise, marquée surtout par les effets de celle-ci. Elle est plutôt une conséquence de la crise, en ce sens qu'elle est la période sur laquelle celle-ci ouvre ; une période charnière entre la phase de naissance de la crise dont elle est l'expression des effets, et la nouvelle situation sur laquelle la résolution de la crise dont elle est le contexte, va déboucher.

Partant de ces précisions, ce qui fait l'intérêt des dispositions constitutionnelles transitoires pour le droit constitutionnel, ce sont les multiples fonctions que ce droit leur assigne. Pour peu qu'on s'y attarde, on voit vite qu'elles remplissent trois fonctions liées à la gestion de situations de crises. D'abord, elles constituent le moyen par lequel le droit constitutionnel¹²⁹ assure le principe de la continuité de l'Etat, lors du passage d'un ancien ordre constitutionnel vers un nouvel ordre constitutionnel en gestation. Ensuite, elles constituent un moyen de résolution des conflits de lois dans le temps, étant entendu que l'existence de deux ordres constitutionnels concomitants est une porte ouverte aux crises. Enfin, elles permettent de différer les effets d'une disposition nouvelle¹³⁰.

Observons que l'édiction d'une Constitution et son effectivité sont deux moments distincts dans la vie de tout Etat. Lorsqu'une nouvelle Constitution doit rentrer en vigueur, il n'est pas fait table rase de l'ancienne Constitution. Certaines de ses dispositions subsistent et sont censées continuer par produire des effets, en attendant l'application de la nouvelle norme. Cette pratique trouve sa justification dans le fait que toute législation, puisqu'elle est faite pour durer, se débarrasse rarement de manière totale de l'héritage ancien¹³¹. La nouvelle législation est la face apparente d'une superposition de sédiments¹³². C'est là qu'intervient la norme transitoire qui permet « *d'amortir le choc de la rupture qu'introduit la nouvelle norme*¹³³ ». Il s'agit de garantir la sécurité juridique en ce sens que la collision redoutée est écartée, évitant aux institutions discrédit et insécurité juridique.

¹²⁸ **Giuseppe de VERGOTTINI**, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie en Europe centre-orientale », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 702.

¹²⁹ **Francis DELPÉRÉE**, *Droit constitutionnel*, *op cit*, p. 401.

¹³⁰ **Emmanuel CARTIER**, *op cit*, p. 513 et s ; « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n°3, 2007, p. 523.

¹³¹ **Evariste BOSHAB**, « Les dispositions constitutionnelles transitoires relatives à la cour constitutionnelle de la RDC », in *Fédéralisme et Régionalisme* [en ligne], n° 1, consulté le 14 avril 2018.

¹³² **Nicoletta PERLO**, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative atypique au cœur des transitions constitutionnelles en Méditerranée », *Revue méditerranéenne de droit public*, Vol. 3, 3 sept. 2015, p. 13-30.

¹³³ *Idem*.

Et c'est le second rôle de la norme constitutionnelle transitoire : assurer sinon rassurer en résolvant les conflits de lois dans le temps¹³⁴, plus précisément la résolution des conflits occasionnés par la succession des ordres constitutionnels dans le temps¹³⁵. Rappelons que face à l'hypothèse dans laquelle deux lois portant le même objet entrent en conflit, la solution la plus simple consiste à soutenir que la loi la plus récente abroge l'ancienne¹³⁶. Il n'en va pas ainsi automatiquement lors des transitions constitutionnelles pacifiques.

Notons, enfin qu'une nouvelle Constitution peut procéder à la suppression d'anciens organes et prévoir de nouvelles qui nécessiteraient pour leur effectivité, l'accomplissement de plusieurs formalités. Dans ces conditions, l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution ne pourra coïncider avec l'effectivité des organes à créer. Se pose la question de ce qui doit être fait entre temps. La sagesse conseille que les anciens organes subsistent provisoirement, pour éviter un vide qui ne serait comblé que par l'anarchie. Ainsi l'application de la nouvelle norme est différée, en vue d'accorder à la nouveauté plus de chance de se réaliser. Il s'agit de répondre aux exigences de la sécurité juridique. Ainsi, les dispositions constitutionnelles transitoires permettent de régler les conflits éventuels qui peuvent survenir avec l'ancien ordre constitutionnel et le corpus juridique antérieur, les mandats et hauts postes à responsabilité au sein de l'Etat, les nouvelles institutions prévus par la constitution adoptée ainsi que d'autres questions politiques en rapport avec le contexte de chaque transition.

Ce qui permet d'enserrer les dispositions constitutionnelles transitoires dans la notion d'*institutions de crise*, c'est non seulement le contexte de leur activation, le contexte de crise externe, dans sa manifestation, à la gouvernance, mais, c'est surtout le caractère provisoire de leurs existence et missions¹³⁷. La fin de la transition fait éteindre ces dispositions, en ouvrant sur l'avènement d'un nouvel ordre constitutionnel. A en croire Nicoletta PERLO, « *un texte qui consacre la fin d'un ordre juridique précédent, qui impose les modalités d'organisation temporaire des institutions, et qui organise la procédure constituante, rassemble sans doute des énoncés prescriptifs ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité, certains comportements*¹³⁸ ». S'interrogeant sur comment évaluer si ces énoncés prescriptifs ont bien une valeur juridique, elle s'appuie sur la doctrine normativiste pour soutenir qu'une norme n'acquiert sa qualité juridique que si elle appartient à un système de

¹³⁴ Evariste BOSHAB, *op cit.*

¹³⁵ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 1929, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 5 ; Jacques HERON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1996, 168 p. ; Patrice LEVEL, *Essai de systématisation du conflit des lois dans le temps*, thèse Paris, LGDJ, 1959, 344 p.

¹³⁶ Evariste BOSHAB, *op cit.*

¹³⁷ Paul AMSELEK, « Enquête sur la notion de provisoire », *RDP*, n°1, 2009, pp. 7-9.

¹³⁸ Nicoletta PERLO, *op cit.*

règles¹³⁹. Et à la question de savoir si les transitions peuvent donner lieu à un ordre juridique, elle soutient¹⁴⁰ que les dispositions constitutionnelles transitoires, parce qu'elles font partie intégrante du corpus de l'ancien ordre, remplissent la condition de leur existence¹⁴¹.

Il en va autrement, lorsque, de l'hypothèse de la continuité à celle de la rupture, pour juguler les crises, des institutions sont créées en marge du cadre constitutionnel. Dans ces cas, l'ordre constitutionnel existant est contraint de coexister avec ces institutions qui se révèlent potentiellement mortifères pour le droit constitutionnel ainsi fragilisé et déconstruit.

II – LA DECONSTRUCTION DU DROIT CONSTRUCTIONNEL

Les méésententes politiques paraissent relever d'un paradoxe socratique. En même temps que certaines concourent à renforcer le droit constitutionnel, d'autres tendent à le déconstruire. A la vieille croyance qui dit que les crises peuvent être sinon évitées, du moins pacifiquement résolues par les prévisions constitutionnelles¹⁴², s'oppose la dure réalité *d'institutions de crise* qui défient l'existence même de ce droit. Célébrées comme une heureuse mutation de celui-ci par les crises politiques¹⁴³, elles menacent pourtant la cohérence constitutionnelle (A) et anarchisent le pluralisme organique (B).

A – La menace de rupture de la cohérence constitutionnelle

Les méésententes politiques peuvent s'avérer être une menace pour la cohérence constitutionnelle¹⁴⁴. Par elles, le droit constitutionnel bouleversé, est concurrencé (1) sur son propre terrain. Elles catalysent ainsi, la « *dénormativisation* » (2) de ce droit pourtant voué à être la règle suprême d'organisation de l'Etat et de régulation de l'exercice du pouvoir.

1 – Le droit constitutionnel concurrencé

Le Doyen Georges VEDEL célébrait il y a peu les fastes du droit constitutionnel dans les termes suivants : « *Hier décoratif ou fictif, au fond pseudo, violable, droit de façade, le droit constitutionnel est désormais le fondement, dans tous les domaines, de toutes les autres disciplines. Il est le point de départ de toute discipline du droit, pour en fixer les principes de base. L'ex droit flou et mou est devenu discipline-mère, droit englobant,*

¹³⁹ Charles LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1113.

¹⁴⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 210.

¹⁴¹ Willy ZIMMER, *Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, *op cit*, p. 6.

¹⁴² Jacky HUMMEL, « Le conflit constitutionnel prussien de 1862-1866 et la crise du 16 mai. Regards croisés », p. 59-77.

¹⁴³ Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO, « Remarques sur quelques mutations du droit constitutionnel par les crises politiques en Afrique », in « *Démocratie en questions* », *Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, p. 239 et s.

¹⁴⁴ Adama KPODAR, Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone, *op cit*.

*dominant, posant les principes, au sommet de la hiérarchie des normes*¹⁴⁵ ». Cette ode chantée à la gloire d'une discipline majeure a appelé pourtant du Doyen FAVOREU et bien tôt, des réserves que le Professeur CUBERTAFOND a retracées dans une contribution intitulée : « *Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel* ». Pour celui-ci, « *si ce qui précède semble dépeindre une expansion du droit constitutionnel dans son champ, il faut convenir que cette expansion s'est accompagnée de défaites hors champ*¹⁴⁶ ». Certaines évolutions du constitutionnalisme en Afrique noire francophone semblent être des illustrations de ces déconvenues.

La première vient des *Constitutions intérimaires*. Elles diffèrent des *dispositions constitutionnelles transitoires* où l'ordre existant, pourtant en « *déconstitutionnalisation* », a maintenu ses effets, pour conduire à ce qu'il convient d'appeler non sans paradoxe, « *la révolution légale*¹⁴⁷ ». Il s'agit ici des cas de ruptures dans le système des rapports constitutionnels qui porte le principe de la continuité de l'Etat¹⁴⁸. Ces ruptures sont consécutives à des crises, entraînant le remplacement radical de l'ordre existant, marqué, par « *l'introduction d'une nouvelle forme d'Etat porteuse d'une conception différente des relations entre les gouvernants et les gouvernés*¹⁴⁹ ».

C'est donc bien de l'hypothèse de renversement de la Constitution qu'il s'agit, hypothèse à propos de laquelle Raymond CARRE DE MALBERG écrivait : « *après une révolution, entre la Constitution ancienne et la nouvelle, n'existe pas de lien juridique ; mais seulement un intervalle de crise, un interrègne constitutionnel durant lequel la puissance constituante est constituée par des personnages qui, avec la force, se sont emparés du pouvoir, et par certains dispositifs mis en place pour la gestion de ces périodes*¹⁵⁰ ». Ce sont des périodes qui ne donnent pas lieu à un ordre juridique, mais à de purs faits¹⁵¹. Dans ce cas, sont-elles des passages à vide juridiques ?

¹⁴⁵ **Géorges VEDEL**, « La constitution comme base du système juridique », *RJDC*, 1979, p. 859.

¹⁴⁶ **Bernard CUBERTAFOND**, « Du droit au mythe », *Revue Administrative*, 1987, n° 240, pp. 541 à 544.

¹⁴⁷ La notion de révolution légale n'est pas théorisée exclusivement par les normativistes, mais également par l'un des plus éminents auteurs de la théorie institutionnaliste. **Santi ROMANO** dans son essai sur « L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale » (1901), affirme la possibilité qu'un nouvel ordre constitutionnel puisse être instauré dans le respect et ayant recours aux normes en vigueur, et donc dans le cadre de l'ordre juridique précédent ; « L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale », in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 110.

¹⁴⁸ **Joseph SCHMITZ**, *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Thèse, Toulouse I, 2009, p. 110.

¹⁴⁹ **Olivier BEAUD**, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 267.

¹⁵⁰ **Raymond CARRE DE MALBERG**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, p. 497.

¹⁵¹ **Nicoletta PERLO**, précité.

Pour sa part, le Professeur Nicoletta PERLO soutenait que si l'idée de Constitution intérimaire¹⁵² est recevable, c'est d'abord pour conférer une juridicité aux actes de transition, avec pour souci de réaliser la légitimité-validité de ces actes. C'est aussi pour conférer une certaine légitimité aux autorités de transition puisque le droit constitutionnel se voulant permanent¹⁵³, la période transitoire ne peut être un passage à vide juridique. C'est enfin pour légitimer la Constitution définitive puisque la procédure constituante doit être enclenchée dans l'ambiance d'un ordre juridique que devait assurer l'ordre constitutionnel intérimaire¹⁵⁴ : cet ordre suscite un droit constitutionnel atypique¹⁵⁵.

Ainsi, comme au Burundi, avec *la Constitution intérimaire post-transitoire du 20 octobre 2004*, ou en RDC, avec *la Constitution de la transition de 2003*, il s'était agi de l'adoption inorthodoxe de « *normes juridiques, matériellement constitutionnelles, fondatrices d'un ordre juridique et par lesquelles une légitimité est conférée aux actes et aux organes de transition, ainsi qu'à la Constitution définitive*¹⁵⁶ ». Ce qu'il y a d'incommodant dans cette définition et qui est d'ailleurs révélateur de l'atypie de ces normes, c'est que, s'il y a deux êtres dans une Constitution¹⁵⁷, les deux maintenus en duo par l'idée même de Constitution, à chaque adoption de Constitution intérimaire de rupture, l'être substantiel éclipse l'être formel. La dissension créée, fausse la cohérence du processus constituant¹⁵⁸. Marquées du sceau du provisoire, seul leur contenu a les traits d'une Constitution¹⁵⁹.

Pour la doctrine, cette catégorie permet d'établir une branche concurrente du droit constitutionnel : le *droit constitutionnel transitionnel*¹⁶⁰ décrit comme « *une perception dynamique ou un dépassement du schéma normatif classique et sa substitution par un autre schéma plus souple. Il sert d'exutoire pour les changements circonstanciels d'institutions substantielles de la Constitution, sans recours aux précautions formelles. Cette branche*

¹⁵² Pour **Paul AMSELEK**, l'adjectif « provisoire » est une évolution du terme juridique « provision », datant du XV^{ème} siècle ; « Enquête sur la notion de provisoire », *RDP*, n°1, 2009, p. 7-9.

¹⁵³ **Francis DELPÉRÉE**, *Droit constitutionnel*, *op cit*, p. 401.

¹⁵⁴ **Nicoletta PERLO**, *op cit*.

¹⁵⁵ L'idée de ce droit a été injectée dans la doctrine française par le doyen VEDEL qui a utilisé l'appellation de « *Constitution provisoire* » pour désigner la loi du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs ; **Georges VEDEL**, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, pp. 273-275.

¹⁵⁶ **Nicoletta PERLO**, *op cit*.

¹⁵⁷ Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone, *op cit*, p. 8.

¹⁵⁸ **Nicoletta PERLO**, *op cit*.

¹⁵⁹ **Sana BEN ACHOUR**, « Le cadre juridique de la transition : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Nachaz Dissonances*, décembre 2011, <http://www.nachaz.org/index.php/fr/textes-a-lappui/politique/34-sana1.html>.

¹⁶⁰ **Mohammed KEBIR**, Les actes préconstituants ou les constitutions intérimaires, contribution à l'étude des transitions démocratiques, Thèse de doctorat en droit public, sur www.theses.fr, consulté le 16 mai 2018.

*s'accommode des contours formels d'un acte qui donne naissance à un nouvel ordre, contours par lesquels le juriste ordonnance les faits politiques*¹⁶¹ ».

A la suite des Constitutions intérimaires, *les actes des conférences nationales*¹⁶² sont aussi une torsion à l'orthodoxie constitutionnelle. Elles ont permis une revisitation du processus constituant¹⁶³. Présentées par la doctrine comme un pouvoir constituant original¹⁶⁴ et révolutionnaire¹⁶⁵, elles ont été un mécanisme dédié à la réussite des transitions démocratiques africaines¹⁶⁶. D'aucuns y avaient vu des outils de gestion des crises ayant affecté les systèmes à parti unique, offrant des espaces publics de la parole¹⁶⁷. En effet, pendant longtemps sur le continent, la Constitution a servi de technique de légitimation du pouvoir, en portant un faux consensus, en raison de la forme monopolistique des régimes africains. L'opération « *déconstitutionnalisation - reconstitutionnalisation* » que ces conférences ont incarnée, avait jeté les bases d'un nouvel ordre constitutionnel. L'initiative de leur convocation était prise durant la période déconstituante, donc dans l'ambiance de l'ordre constitutionnel en vigueur. Mais, dès leur ouverture, elles ont pris des actes de déclaration de souveraineté rompant avec cet ordre. Or, sous une perspective démocratique, la souveraineté est une prérogative exclusive de l'Etat¹⁶⁸ qui conditionne sa compétence normative, qui le rend seul investi du pouvoir d'éditer des règles obligatoires.

En se déclarant souveraines, ces conférences entendaient dire que c'était désormais à elles d'exercer la souveraineté au nom du Peuple, et par conséquent la compétence normative. Pourtant, le mandat des délégués à ces conférences était discutable, de même que l'argument d'insurrection avancé pour justifier leur convocation. La force constituante de l'Etat s'est donc déplacée de son assise, pour s'incarner dans des acteurs dont la légitimité était incertaine¹⁶⁹. La cohérence du processus constituant est atteinte¹⁷⁰ et l'appellation « *révolutions douces*¹⁷¹ » était euphémique. Il s'agirait d'un exercice « *sans mandat* » de la souveraineté. On l'aura noté, les déclarations de souveraineté ont eu pour effet d'amener les

¹⁶¹ **Victoria CHIU**, Le concept de transition dans la pensée de **G. de VERGOTTINI**, Université de Toulon, p. 2.

¹⁶² Processus constituant d'un genre nouveau, la Conférence nationale a été abondamment analysée, dans son historicité et originalité, dans ses mécanismes et fortunes. Ne seront donc privilégiés ici, ses effets et interactions.

¹⁶³ **Karim DOSSO**, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone », *op cit*, p. 57-85.

¹⁶⁴ **Magalie BESSE**, « La Conférence nationale souveraine, un pouvoir constituant original », in 7ème Congrès de l'AFDC, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, p. 10, sur : www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BesseTXT.pdf.

¹⁶⁵ **Maurice KAMTO**, *Les conférences nationales ou la création révolutionnaire des constitutions*, Karthala, 1997, p. 185.

¹⁶⁶ **Francis AKINDES**, *Rapport introductif n° 3*, OIF, Cotonou, 19-23 février 2000, p. 611.

¹⁶⁷ **Karim DOSSO**, *op cit*.

¹⁶⁸ **Dominique TURPIN**, *Droit constitutionnel*, PUF, 1^{ère} Edition Quadrige, 2003, p. 17-23.

¹⁶⁹ **Palouki MASSINA**, « De la souveraineté des conférences nationales africaines », *RRJ*, PUAM, 1994, n° 3, p. 993-1015.

¹⁷⁰ **Magalie BESSE**, *op cit*, p. 12.

¹⁷¹ **Babacar KANTE**, « Alternance politique et alternance démocratique en Afrique », in *Mélanges Thomas FLEINER*, p. 76.

Chefs d'Etat d'alors, maintenus en fonction, de sanctionner par décrets, certaines décisions des Conférences qui, à défaut, devaient être exécutoires. Les déclarations de souveraineté et les actes des conférences traduisaient une volonté de juridicisation de la transition et de légitimation de leurs actes. Elles procédaient d'une normativisation constitutionnelle dont l'atypie questionne. On retient que les conférences nationales ont eu le mérite d'avoir transformé des faits en actes juridiques¹⁷².

L'autre distorsion que le droit constitutionnel subit du fait des crises, c'est les *accords politiques*¹⁷³. Ce sont des « *compromis signés par des protagonistes d'une crise politique, sous la supervision d'un facilitateur*¹⁷⁴ », qui visent à « réadapter le fonctionnement des différents pouvoirs aux intérêts et aux forces en présence¹⁷⁵ ». Au vu de leur prolifération due au rythme croissant de la multiplication des crises politiques, leur classification s'est imposée, du fait de l'évidence de leurs spécificités¹⁷⁶. Avec elle, on observe que les dénominations sont diverses, mais le problème soulevé est identique : les relations de ces accords avec l'ordre constitutionnel en vigueur, étant donné qu'ils partagent au final avec le droit constitutionnel, le même objet¹⁷⁷.

D'aucuns y ont vu des « *accords politiques à contenus juridiques portant sur les systèmes constitutionnels, qui échappent au droit constitutionnel (qu'ils supplantent dès fois en raison de leur nature d'accord à finalité politique de sortie de crise*¹⁷⁸ ». Pour d'autres, ils procèdent d'un constitutionnalisme alternatif, fruit des mutations du constitutionnalisme. D'autres y voient une négation du droit constitutionnel en ce qu'ils seraient des moyens pour fixer les contours des pouvoirs publics et régir les institutions de l'Etat¹⁷⁹. Le Professeur

¹⁷² **M.S ABDOU-SALAMI**, « La révision du 31 déc. 2002 : une revanche sur la conférence nationale de 1991 », *RBSJA*, n° 19, déc. 2007, p. 53.

¹⁷³ **Francisco MELEDJE-DJEDJRO**, « Les arrangements politiques et la constitution », in *Droit constitutionnel*, 9^{ème} Ed. ABC, Abidjan, 2012, p. 237.

¹⁷⁴ **Innocent EHUENI MANZAN**, « Les accords politiques dans la résolution des conflits en Afrique », *Thèse de doctorat de droit public*, Université de la Rochelle, 2011, 719 pages.

¹⁷⁵ **Adama KPODAR**, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche Droit prospectif d'Aix-Marseille*, p. 2504.

¹⁷⁶ La doctrine a distingué « *d'une part, les arrangements politiques conventionnels et les arrangements politiques autoritaires, et d'autre part, les accords issus des crises postélectorales et les accords issus des crises dues à la contestation de la gestion des affaires publiques* ; **Francisco MELEDJE-DJEDJRO**, *op cit*.

¹⁷⁷ **Paterne MAMBO** relève « *accord politique, accord global inclusif, accord de paix, arrangement, compromis ou convention de sortie de crise* » ; « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les États africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue McGill Law Journal* 574 (2012): 921–952.

¹⁷⁸ **Jean du Bois GAUDUSSON**, « Accords de Marcoussis : entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 1992, p. 47.

¹⁷⁹ **Jean-François AKANDJI-KOMBE** « *Contrôle de constitutionnalité et actes politiques de règlement des crises institutionnelles* », in *Actes du Colloque international de Bamako*, des 26 et 27 avril 2016 ; Afrilex, consulté le 23 mai 2018.

AKANDJI-KOMBE soutient même qu'il s'agit d'actes juridiques destinés à produire des effets de droit et qu'il restait à leur ménager une place dans l'ordonnement juridique¹⁸⁰.

L'accord politique de Marcoussis invite à cette lecture. Certaines de ces dispositions n'étaient pas conformes à la Constitution dont il était pourtant rappelé que ses institutions devaient être respectées. Ainsi, dès lors que par cet accord, les équilibres institutionnels initiaux devaient être bouleversés, la lecture du sens même de la Constitution est modifiée. Ces distorsions tenaient au fait que cet accord avait en réalité pour objectif de redéfinir le dispositif institutionnel de l'Etat.

Par ces accords, la Constitution au départ fétichisée, est tout d'un coup ébranlée dans ses fonctions. Ce sont une voie dérivative au processus constituant et une cause d'affaiblissement du droit constitutionnel. Ainsi, si la crise doit être le baromètre des limites de la Constitution, les accords politiques essaient d'incruster dans le constitutionnalisme, une pratique contraire à l'*obligatorité* qu'abrite l'idée de Constitution¹⁸¹.

2 – Le droit constitutionnel dénORMATIVISÉ

Dans sa « *Contribution à la théorie générale de l'État* », CARRE DE MALBERG rappelait cette vérité essentielle sur le droit constitutionnel : « *le droit constitutionnel (disait-il) présuppose toujours une Constitution en vigueur*¹⁸² ». Cette vérité sous-entend une Constitution positive dont l'effectivité qui plus est, n'a été compromise de quelque manière que ce soit. Pour lui, ce droit s'entend non pas d'un droit qui aurait pour objectif de constituer l'État, mais, qui n'existe que dans l'État déjà constitué et pourvu d'organes réguliers. Il estimait qu'il n'y avait pas à chercher de principes constitutionnels hors des Constitutions positives, car l'argument qui consiste à faire abstraction des règles constitutionnelles en vigueur est inconciliable avec la notion de droit constitutionnel qui ne se conçoit que dans le cadre d'une Constitution existante puisqu'au-delà, ne subsistent que des faits. Donc, « *l'objet exclusif du droit constitutionnel, c'est la Constitution en vigueur*¹⁸³ ».

Cette vérité, le Doyen Léon DUGUIT l'avait décortiquée dans son enseignement sur « *l'histoire du droit constitutionnel*¹⁸⁴ ». Sa remise en cause dans le constitutionnalisme africain n'a pas échappé au Professeur Frédéric-Joël AÏVO qui observait : « *les insuffisances relevées dans le processus [constituant] en Afrique conduisent à penser qu'il se développe en*

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Paul AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », Paris, Bruxelles, LGDJ, 2009, p. 3.

¹⁸² Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T.2, Vol. 2, Paris, 1920, p. 499.

¹⁸³ Stéphane CAPORAL-GRECO et alii, *Droit constitutionnel*, Partie I ; Paris, LGDJ, Editions Ellipses, 2017, 398 pages.

¹⁸⁴ Cours donné à la Faculté de droit de Bordeaux en 1897-1898 publié par la *Revue Jus Politicum*, pp.7- 11

*marge de la norme et dans le dos du constituant, une entreprise de contrefaçon dont la finalité est la maîtrise des effets de la Constitution à l'égard des acteurs politiques, mais dont la conséquence est l'érosion de la normativité de la Constitution par l'application de règles qui lui discutent sa suprématie dans la hiérarchie des normes*¹⁸⁵ ». C'est à se demander, avec le Professeur BOULOUIS, si, avec certaines *institutions de crise*, le processus constituant en Afrique n'est pas plutôt confronté à un véritable dépassement du droit constitutionnel¹⁸⁶.

En tout état de cause, tout semble être fait pour que ce droit perde l'efficacité de ses fonctions d'organisation de l'Etat de droit et de régulation de l'exercice du pouvoir. Ce fait est certain et la doctrine l'a suffisamment étayé en insistant sur l'idée que *les institutions de crises*, en conduisant le constitutionnalisme à intégrer de nouveaux usages, ont aussi réussi à le dévoyer, pour finalement l'affaiblir. Avec ces institutions, une ère de vulnérabilité de la Constitution est ouverte¹⁸⁷, cause du désespoir d'un droit terrassé¹⁸⁸, du fait de l'incapacité de la Constitution d'incarner le socle juridique de l'Etat.

Violation ou dépassement du droit constitutionnel, le Professeur BOULOUIS n'aurait plus eu de peine à se situer, tant les *institutions de crise*, malgré les secours que certaines seraient à même d'apporter à un ordre constitutionnel éprouvé, se moulent dans le moule du constitutionnalisme. Elles seraient une des causes du châtrage du droit constitutionnel dont elles sont la cheville ouvrière. Nombreux sont les facteurs qui ont été identifiés par la doctrine comme les causes du mal. Et d'entre tous, le conventionnalisme politique et la révision instrumentale de la Constitution reviennent comme les faits générateurs récurrents de « *la dénormativisation* » du droit constitutionnel africain durant ces dernières décennies.

En effet, comme le précisait le Professeur AIVO, « *la régression de la force impérative de la Constitution tient davantage au développement d'un conventionnalisme déstabilisateur*¹⁸⁹ » pour l'ordre constitutionnel existant et la cohérence constitutionnelle qui est l'épine dorsale du principe de la continuité de l'Etat. Celui-ci pense à raison que la contiguïté du domaine matériel des conventions avec la Constitution, la concurrence des règles sur une même matière et l'incompatibilité des dispositions de certains accords avec celles de la Constitution sont autant de points d'achoppement qui contredisent les positivistes dans leur conviction sur les piliers fondamentaux qui construisent la raison d'être et la force du droit constitutionnel. A en croire le Professeur AIVO, de la même manière qu'ils défient

¹⁸⁵ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 décembre 0101 n° 1, p. 13.

¹⁸⁶ Jean BOULOUIS, « Les limites du droit constitutionnel », *RIDC*; Vol 38 n° 2, Avril-juin 1986, p. 27 et s.

¹⁸⁷ Frédéric-Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *op cit*, p. 13.

¹⁸⁸ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *op cit*.

¹⁸⁹ Frédéric-Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *op cit*.

l'ordre constitutionnel, les accords politiques défient aussi le droit constitutionnel. C'est d'ailleurs souvent en rapport direct avec ce droit et contre lui que ces actes sont établis. C'est dire que, dans les faits, ces instruments sont construits pour être des concurrents de la Loi fondamentale, voire même leur substitut.

Par conséquent, le droit constitutionnel n'aurait plus pour objet exclusif la Constitution en vigueur puisque cette dernière est concurrencée. Son objet semble donc être par moment les accords politiques, avec pour conséquence la crise du positivisme. On peut résumer cette crise comme suit : « *le droit constitutionnel est aujourd'hui désacralisé. La cause est que la souveraineté est dégradée, la Nation est démythologisée, tandis que ses représentants sont supplantés ; et la Constitution déstabilisée n'est plus ni la Norme suprême, ni le Contrat social. L'Etat est délégitimé et le droit constitutionnel est banalisé*¹⁹⁰ ».

A partir de ce constat, on peut relever que, sur le premier fait générateur de la dénормativisation du droit constitutionnel, le point qui semble faire l'unanimité, c'est que les accords politiques ont pour objet de régler des questions d'essence constitutionnelle, et pour effet, dans les matières abordées, de neutraliser les dispositions contraires de la Constitution formelle. C'est le cas des accords dans lesquels la satisfaction de revendications politiques et institutionnelles apparaît comme la condition de la mise en œuvre des mesures de pacification. En servant à régler les questions de répartition des compétences entre les institutions de l'Etat ou de fonctionnement de celles-ci, ces accords font irruption dans un champ qui était quadrillé par la Constitution en vigueur¹⁹¹. Or, leur entrée dans le champ du droit constitutionnel vise non seulement la modification de la donne existante, mais l'instauration d'un ordre différent de celui préalablement instauré par la Loi fondamentale en vigueur.

Pourtant, la théorie juridique enseigne que les règles de droit sont dotées d'un caractère impératif obligeant les destinataires à se conformer à leurs prescriptions. Dès lors, la force contraignante propre à la règle constitutionnelle, au sommet de la hiérarchie des normes, reste inséparable de sa conception et s'impose comme son critère de définition. Mais, avec *les institutions de crise* (les accords politiques), la charge normative de la Loi fondamentale est atténuée par l'absence d'effet de certaines de ses dispositions remplacées par de nouvelles normes à charge constitutionnelle, par des acteurs dont la légitimité est discutée.

Sur le second fait générateur de la dénормativisation du droit constitutionnel, il procède d'un pseudo légalisme consistant à se jouer de la part prise par l'exigence du droit

¹⁹⁰ Bernard CUBERTAFOND, « Crise positiviste, renouveau sociologique du droit constitutionnel », *Politeia* n°7,2005, p.1.

¹⁹¹ Frédéric-Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *op cit.*

comme le meilleur outil de gouvernance¹⁹². Il ressort des révisions instrumentales de la Constitution par lesquelles, les gouvernants ont découvert l'astuce pour user de la Constitution contre sa philosophie. En effet, au-delà du débat sur la mutabilité de la Constitution, persiste le besoin de prémunir celle-ci contre la fraude à la Constitution¹⁹³. Dans cette hypothèse désormais entrée dans les habitudes, la révision parée des atours d'un légalisme, permet de vider la Constitution de son sens et de son esprit. A ce sujet, Benjamin CONSTANT notait : « *Quand, pour faire un changement à la Constitution, il faut un changement de Constitution, la secousse est forte et, dans cette secousse, la modification de quelques formes devient souvent la violation de tous les principes*¹⁹⁴ ». Cette crainte a trouvé une terre d'élection en Afrique. La technique permet aux gouvernants de dénaturer l'idée de droit contenue dans la Constitution¹⁹⁵.

Ainsi, si par le biais du conventionnalisme politique, le constituant peut être contourné au grand bonheur des intérêts partisans, si par ce biais, il est possible de substituer la volonté de ces acteurs à celle du constituant ; si par le biais de la révision de la Constitution, on peut ou réécrire la Constitution, ou en écrire une nouvelle, on ne peut que regretter de voir le droit constitutionnel dépouillé d'effets. Ce regret devient encore plus grand quand ce droit est confronté à des actes dénotant d'une âme belliqueuse que sa prévisibilité n'a pu contenir.

B – La trajectoire anarchique du pluralisme organique

Les crises de la gouvernance, dans leur expression la plus extrême, éjectent des fois le droit constitutionnel du champ par des actes que la doctrine constitutionnelle a appelés *les procédés constituants extra-juridiques*¹⁹⁶. Ils provoquent une prolifération organique imprévisible (1) qui ouvre *in fine* sur un conflit inéluctable de légitimité (2).

1 – Une prolifération organique imprévisible

La différenciation préconisée par le professeur BOULOUIS entre violation et dépassement du droit constitutionnel¹⁹⁷ trouve un intérêt renouvelé, lorsque la problématique

¹⁹² Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *op cit.*

¹⁹³ Georges LIET-VAUX, « La fraude à la constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *RDP*, 1943, pp. 116-150. 39 ; Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *AJP*, n° 2, Juillet 2006, pp. 44-84 ; Stéphane BOLLE, « Les révisions dangereuses. Sur l'insécurité constitutionnelle en Afrique », in *Constitution et risque (s)*, Paris, L'harmattan, 2010, pp. 251-269.

¹⁹⁴ Benjamin CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*. 2^{ème} Edition, 1879, Tome I, p. 268.

¹⁹⁵ A l'appui de sa position sur la question, il évoque la thèse du Professeur Maurice KAMTO qui soutenait que la révision constitutionnelle peut conduire, soit à la réécriture de la Constitution, soit à l'écriture d'une nouvelle constitution ; Maurice KAMTO, « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelle constitution », *Lex Lata*, n° 23-24, 1996, p. 17-20.

¹⁹⁶ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op cit.*, p. 499-500.

¹⁹⁷ Jean BOULOUIS, « Les limites du droit constitutionnel », *op cit.*

des *mésententes politiques* doit être appréhendée par le prisme des « *procédés constituants extra-juridiques*¹⁹⁸ ». La question mérite d'être posée, vue la nature, le mode opératoire et le but de ces différents actes qui relèvent d'une logique incompatible avec l'idée du droit. La doctrine s'y est intéressée en se refusant au prime abord à l'idée que les révolutions et coups d'Etat puissent être des centres d'intérêt de la science du droit. Pour CARRE de MALBERG, ce sont des faits accomplis qui ne sont pas sous la prévisibilité¹⁹⁹ du droit constitutionnel. Il soutenait qu'« *il n'y a point de place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'Etat ou révolutions ; il n'y a plus ni principes juridiques, ni règles : on se trouve sur le terrain du droit, mais en présence de la force*²⁰⁰ ». Pour le Maître du positivisme, ils doivent être exclus de la science juridique.

Cette opinion ne fait pourtant pas unanime. Dans le prolongement du normativisme kelsénien, le professeur ESMEIN semblait plus ouvert à la possibilité d'une appréhension des coups d'Etat par le droit constitutionnel. Il a pu rendre compte des effets d'un coup d'Etat dans l'ordre constitutionnel, obligeant le droit constitutionnel à prendre en considération ce mode de transfert du pouvoir²⁰¹. Sous l'angle juridique, les coups d'Etat sont à la lisière du droit ; des actes « *durant lesquels le droit cède la place aux faits*²⁰² » : ils s'assimileraient aux situations d'exception²⁰³.

Il s'agit ici à un degré encore plus élevé dans les distorsions au droit constitutionnel, des diverses modalités de conquête du pouvoir dont l'algorithme est la violence armées. Pour Carl Von CLAUSEWITZ, « *dans sa formulation, la loi constitutionnelle qui est l'expression de la souveraineté nationale, prévoit le mode de passation pacifique du pouvoir, assurant une certaine stabilité socio-politique ; de sorte qu'avec les coups d'Etat, la prise du pouvoir est le but, le coup, le moyen*²⁰⁴ ». Variés par leur nature, mais convergents par leur but²⁰⁵, les coups d'Etat obligent à spécifier les formes qu'ils peuvent prendre²⁰⁶.

¹⁹⁸ Palouki MASSINA, « Le coup d'Etat, entre déshonneur et bienveillance », *Afrilex*, 2016, p. 2, consulté le 3/6 /2018.

¹⁹⁹ Selon le sociologue Ulrich BECK, « *la société contemporaine toute entière est organisée autour de la notion du risque. Cela suggère aux acteurs sociaux de chercher à suspendre l'incertitude par des stratégies assurant une certaine prévisibilité. Ce constat se vérifie surtout en droit. La prévisibilité du droit renvoie au caractère de ce qui est prévisible, de ce qui peut être anticipé. Cela suppose une certaine connaissance de l'avenir, ou au moins une capacité à se projeter dans l'avenir. Sous l'expression classique de « sécurité juridique », la prévisibilité requiert une certaine stabilité de la norme, ainsi qu'une intelligibilité permettant aux individus de déterminer leurs comportements en fonction de cette norme* » ; *La société de risque*, traduit de l'allemand par Laure BERNADI, Paris, Aubier, 2001, 521 p.

²⁰⁰ Cette thèse s'oppose à celle du Maître autrichien Hans KELSEN qui prône un normativisme relativement ouvert aux actes normatifs extra-constituants. Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922, Tome II, p. 497 ; Hans KELSEN, *La théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1962, p. 278.

²⁰¹ Adhémar ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose et Tenin, 1909, p. 518 et s.

²⁰² Pierre-Xavier BOYER, « Coup d'Etat et Révolution », in *Le coup d'Etat, recours à la force ou dernier mot du politique ?*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2007, p. 20-21.

²⁰³ Guy HERMET, Bertrand BADIE et alii, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 858-859.

²⁰⁴ Carl Von CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Paris, Astrée, 2014, p. 33.

En effet, l'analyse historique permet de mettre à nu la pluralité de significations que peut recouvrir la notion. Cette appellation n'est donc pas la seule du champ sémantique désignant les interruptions brutales du pouvoir²⁰⁷. Il est donc évident qu'un vocabulaire riche s'est développé²⁰⁸. Du refus de l'aborder comme objet d'étude, la doctrine s'y est ensuite intéressée peu, contrairement à des actes analogues (la guerre ou la révolution) auxquels elle l'assimile. Ces diverses possibilités se réduisent à une « *confrontation délibérée entre deux groupes, qui manifestent l'un à l'égard de l'autre, une hostilité à propos d'un droit*²⁰⁹ », en contraignant l'adversaire, par l'usage de la force. A la différence de la guerre définie comme « *une mise en œuvre collective de l'hostilité, par l'emploi réglé de la force armée* », le coup d'Etat se classe dans l'illégalité, à savoir la haute trahison²¹⁰.

Dans ce sens, Gilles TEXIER soutient qu'en raison du recours à la force, le coup d'Etat se présente comme un procédé anarchique d'accession au pouvoir, et est un antonyme à la révolution²¹¹. Pourtant, « *vouloir établir une différenciation entre révolution et coup d'Etat n'est pas aisé, c'est tant les circonstances et la postérité décident du qualificatif, le référentiel idéologique ou politique du désignateur jouant un rôle central dans ce qualificatif. Sous un prisme démocratique, le coup d'Etat est condamnable à l'inverse de la révolution qui jouit d'une forme de dignité supérieure*²¹² ». En effet, si une révolution accepte un postulat total, le coup d'Etat se limite à une action interne n'intéressant que la forme du régime²¹³. Il nourrit donc un rapport ambigu avec le droit constitutionnel²¹⁴.

²⁰⁵ Pour **Gabriel NAUDE**, c'est le renversement brutal de l'ordre constitutionnel existant et l'exercice provisoirement « a-constitutionnel » du pouvoir ; *Considérations politiques sur les coups d'Etat*, 1639, p. 15.

²⁰⁶ **Guy HERMET, Bertrand BADIE et alii**, *op cit*, p. 75 et s.

²⁰⁷ **Daniel HERMANT**, « Coups de l'Etat et coups d'Etat », in *Etudes Polémologiques* n°41-1^{er} trim. 1987, p. 11-16.

²⁰⁸ « *Coup de force, coup d'Etat militaire, putsch, pronunciamiento, intervention, sédition, rébellion, insurrection, mobilisation, subversion et révolution de palais* », telles sont les différentes formes que peut prendre le phénomène dont les impacts questionnent en le bottant en touche, le droit constitutionnel en vigueur. Pour les détails et renvois aux notions voisines du phénomène du coup d'Etat, se référer à **Guy HERMET, Bertrand BADIE et alii**, *op cit*.

²⁰⁹ **Julien FREUND**, *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, 1983, p. 65.

²¹⁰ **David CUMIN**, *Histoire de la guerre*, Paris, Ellipses, 2014, p. 6.

²¹¹ **Gilles TEXIER**, « Turcs et Coup d'Etat », in *Les clés du Moyen-Orient*, blog consulté le 3 juin 2018.

²¹² *Idem*.

²¹³ **Olivier NAY et Alii**, *Lexique de science politique, vie et institutions publiques*, Paris, 3^{ème} Edition Dalloz, 2014, p. 185-186

²¹⁴ Pour **Daniel HERMANT**, il en est de même des rébellions, des guerres civiles, des insurrections et autres. La rébellion est le fait d'une partie du peuple qui, contestant le pouvoir, s'arme et se retire dans une partie du territoire, ou même sur le territoire voisin, à partir duquel elle lance des attaques contre les symboles et l'armée de son pays d'origine ; « Coups de l'Etat et coups d'Etat », précité. La guerre civile quant à elle oppose les forces armées et le peuple d'un même pays, divisés entre partisans et adversaires du régime en place ; **Olivier DUHAMEL et Yves MENI**, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 476 et s. L'insurrection consiste en le fait qu'une partie du peuple conteste le gouvernement en place au moyen de manifestations de rue, parfois violentes. Quant à la révolution, elle vise le renversement de l'ordre social et juridique établi et son remplacement par un nouvel ordre ; elle « *présuppose la suspension du fonctionnement normal du droit pour instaurer un nouvel ordre* ; **Roberto NIGRO**, « *Quelques considérations sur la fonction et la théorie du coup d'Etat* » Descartes 2013/1 n° 77, p. 73.

Par ailleurs, on peut s'accorder sur l'existence de facteurs qui autorisent à considérer les diverses formes de coups d'Etat comme soudées et qui permettent, dans une analyse systémique d'envisager de leur convergence. On part de l'idée que ces actes, à les supposer réalisés dans de leur hypothèse²¹⁵, renferment un centre de recoupement qui réside dans le scénario de rupture, expression de leur impact symbolique et idéologique²¹⁶. Ils ne prennent sens que « *dans leur articulation sur des conflits portant sur l'organisation politique*²¹⁷ ». C'est donc le contexte qui les spécifie, rendant délicat toute visée universaliste scientifique.

Pourtant, la clé de compréhension de l'unité du phénomène des coups d'Etat se trouverait dans leur but ultime et le positivisme malbergien est clair sur la question : « *les mouvements révolutionnaires et les coups d'État offrent ceci de commun qu'ils constituent des actes de violence perpétrés en dehors du droit établi par la Constitution en vigueur*²¹⁸ ».

Le scénario de leur réalisation suit un schéma presque identique²¹⁹ : une fois le plus dur fait c'est-à-dire la neutralisation des tenants de l'ordre ancien, les meneurs montent au créneau pour expliquer à l'opinion, les raisons de leurs actes, et s'appuient sur des décisions à portée prescriptive, pour réaliser un « *gouvernement de fait*²²⁰ ». Suivent alors des manœuvres diplomatiques pour rassurer l'opinion. Du début des actes à leur pleine réalisation, s'instaure un interrègne où la Constitution cède sa place de socle juridique de l'Etat, à des mesures substantiellement constituantes mais imposées de manière autoritaire²²¹.

Au demeurant, les coups d'Etat se présentent sous l'aspect d'instruments politiques qui renvoient à des modes d'action limités, se positionnant hors de la Constitution. Comme la guerre, ils ne sont jamais des réalités indépendantes, mais dans tous les cas envisageables comme des instruments politiques. Dans nombre de cas, ils jouent ce rôle, par l'idée même d'un retour à la situation antérieure. Dans ce sens, ils peuvent apparaître comme un événement

²¹⁵ Pour **Célestin KEUTCHA-TCHAPNGA**, « *les militaires ne sont pas les seuls à violer les règles formulées par l'ordre constitutionnel en vigueur. Au cours des dernières années, des conflits politiques ont mis aux prises les autorités légales et les groupes armés, souvent aidés par des forces étrangères, qui entrent en rébellion contre le pouvoir central. Il en est ainsi, par exemple, en Côte-d'Ivoire. Cette rébellion n'entraîne des effets sur les plans politique et juridique que lorsqu'elle aboutit à la prise du pouvoir* » ; « Droit constitutionnel et conflits politiques », *op cit*, p. 484.

²¹⁶ **Daniel HERMANT**, *op cit*.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ **Raymond CARRE DE MALBERG** *op cit*.

²¹⁹ **Benoît JEANNEAU**, « Chronologie des coups d'Etat en Afrique », *Revue Sentiers*, 3 septembre 2000, n° 3, p. 24.

²²⁰ Il est décrit comme suit : « *lorsque dans un État où existait un pouvoir organisé, appuyé sur des institutions, et que par suite « une révolution » s'est produite, et qu'un gouvernement, organisé parmi les insurgés, s'est emparé du pouvoir, s'est mis à commander aux fonctionnaires et à la force publique, il y a un gouvernement de fait* ; **André HAURIOU**, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} Edition., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 29.

²²¹ Précisons que c'est par ces actes que la suspension ou l'abrogation de la Constitution en vigueur est prononcée ; de même que la destitution ou le renversement des institutions existantes, en premier lieu, les pouvoirs publics. Il est alors procédé à la mise en place d'institutions devant conduire le pays jusqu'au retour à la normale, à l'identification du nouvel homme fort, à l'imposition de mesures de sécurité ; **Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO**, in *Mélanges HOLO*, *op cit*.

fondateur d'où découle le destin d'une Nation, donnant un sens à l'Histoire : Les coups d'Etat renvoient *in fine* à la question de la légitimité de l'exercice du pouvoir.

2 – Un conflit inéluctable de légitimité

A l'ombre de cet intitulé sans doute audacieux, se découvre une démarche simple dans son énoncé, mais complexe par ses enjeux exégétiques : face aux procédés constitutifs extra-juridiques²²², le processus constituant n'est-il plus qu'une fiction²²³ fluctuant au gré des circonstances ? L'idée d'une « *légitimité de crise* » qui se superposerait ou se juxtaposerait à la légitimité du temps normal n'est-elle *in fine* pas juste ? Il s'agit par ces questions de déterminer l'ordre valide, entre celui constitué et celui institué. Ce but revêt une dimension existentielle, interrogeant l'économie de l'ordre établi, ainsi que la reconnaissance dont jouit ce dernier²²⁴. Sur ce point, la théorie constitutionnelle enseigne que la Constitution est la source de légitimité du pouvoir²²⁵. Rappelons que la souveraineté est une prérogative exclusive qui conditionne la compétence d'édiction des règles obligatoires et sanctionnées²²⁶. Il ressort de cette idée que le problème des *institutions de crise* est celui de leur légitimité²²⁷ ; un concept faussement à géométrie variable²²⁸. Ainsi, affirmer que l'existence et la personnalité de l'État sont dues à sa Constitution, ne veut pas dire que ce soit la Constitution qui soit seule apte à créer les équilibres de l'État. Si donc elle n'est pas la source génératrice de ces équilibres, elle en est l'expression juridique.

Ainsi, la perception la plus juste du concept de légitimité²²⁹ est indiquée ; et cerner les liens entre la problématique de la légitimité et le champ constitutionnel, interagit avec la complexité des approches interprétatives en droit constitutionnel qui soit susceptible

²²² Des actes politiques créateurs de droit ; **Pierre-Marie RAYNAL**, « Révolution et légitimité », Université Paris 2, p. 7.

²²³ **Pierre-Marie RAYNAL**, « *De la fiction constituante ; contribution à la théorie du droit politique* », Thèse de doctorat, option philosophie et sociologie du droit, sous la direction du Professeur Denis BARANGER, Paris 2, 2014.

²²⁴ **Jacky HUMMEL**, « Les conflits constitutionnels ; définitions d'un objet d'étude », *op cit*.

²²⁵ **Géorges BURDEAU**, *Une survivance : la notion de constitution*, *op cit*, p. 53.

²²⁶ **Dominique TURPIN**, *Droit constitutionnel*, PUF, 1^{ère} Edition Quadrige, 2003, p. 17-23.

²²⁷ **Raymond CARRE DE MALBERG** *op cit*.

²²⁸ Il est à rappeler à ce propos que « *dans l'antichambre du positivisme juridique, trône la légitimité constitutionnelle fondatrice du droit constitutionnel positif et dont le contenu dogmatique correspond aux principes du constitutionnalisme libéral qui donnent sens à la souveraineté nationale. De sorte que, ce n'est pas parce que ces principes sont posés qu'ils sont juridiques, mais parce qu'ils sont vrais, qu'ils sont posés, ils acquièrent de ce fait une valeur juridique* » ; **Michel COUTU**, « Légitimité et Constitution », *Droit et société* 2004/1 (n° 56-57), p. 233-256 ; **Eric MAULIN**, *La théorie du droit de Carré de Malberg*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 2003, p. 126

²²⁹ Celle-ci s'entend d'abord d'une prétention à la validité de l'action d'une autorité, le critère de validité étant la reconnaissance *de facto* du bien-fondé de l'action, par les acteurs concernés. Dans ce sens, l'acceptation la plus fondamentale du concept de légitimité relève de la sphère du « *devoir-être* », c'est-à-dire de l'activité telle qu'elle *devrait* se dérouler, suivant un point de vue normatif donné ; **Michel COUTU**, « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », précité, p. 236. Cette acceptation renvoie à « *la qualité d'un pouvoir d'être conforme aux aspirations des gouvernés, ce qui lui vaut assentiment et l'obéissance spontanée* ; **Raymond GUILLIEN** et **Jean-VINCENT**, *Lexique des termes juridiques*, *op cit*, p. 373.

d'intégrer la distinction entre la situation normale et celle exceptionnelle²³⁰. Ce qui veut dire qu'il n'existe qu'une légitimité originelle, source génératrice de l'état des choses. Avec les procédés extra-juridiques donc, le droit cède certes la place aux faits, mais ceux-ci mènent à une Renaissance où la quête du meilleur droit est le but ultime.

Ceci dit, le cœur du problème du conflit de légitimité que provoquent *les institutions de gestion des mésententes politiques* est le chevauchement des ordres que certaines d'entre elles causent²³¹. Face à ce constat, notons que « *bien que la Constitution soit une codification juridique, sa signification politique reste déterminante ; elle vaut par ses relations avec la Constitution au premier sens. Ainsi, une collectivité qui n'est pas solidement constituée, sa Constitution positive, même remarquable, est impuissante à dénouer les dissensions*²³² ». Ceci veut dire que la légitimité vient du peuple qui en a tracé les contours dans la Constitution²³³.

CONCLUSION

« *Le décalage qui existe entre les fonctions traditionnellement libérales et celles non libérales de la Constitution est stigmatisé dans la théorie constitutionnelle africaine, qui a majoritairement parlé du déclin du constitutionnalisme. Il ne suffit donc pas de se trouver en présence d'un texte solennel qui aménage l'exercice et la dévolution du pouvoir, pour en inférer à un régime constitutionnel paré de la vertu de la légitimité* ». Cette réflexion est un aspect des constats établis à l'issue du bilan d'un « demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone²³⁴ ». Elle est faite visiblement sur cette note de constats désolés qui jettent sans circonlocution les bases des interactions que la gestion *des mésententes politiques* peut développer avec *le droit constitutionnel*.

Notion polysémique susceptible de multiples interprétations et pour laquelle le singulier est trop étroit pour héberger la diversité de sens qu'elle peut épouser, *les mésententes politiques* impactent variablement les rapports qui peuvent s'établir entre les institutions qui sont investies de leur gestion et ce droit ; tantôt positivement, tantôt négativement, en fonction de la nature de la mésentente.

D'abord, ces rapports sont voulus volontaristes, faisant des institutions concernées, des facteurs de renforcement du droit constitutionnel. Cette thèse se déduit de la mission assignée

²³⁰ **Olivier BEAUD** écrit à ce propos : « *il semble que « si l'on applique l'option qui veut que « le cas normal ne prouve rien, (que) l'exception prouve tout* », on ne peut que constater l'échec lamentable de cette pensée » ; « Carl SCHMITT ou le juriste engagé », in *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 5 s ; **Michel COUTU**, *op cit*.

²³¹ En effet, « *en raison des insuffisances du droit constitutionnel à encadrer durablement les conflits politiques, l'ordre juridique court le risque de perturbations* ; **Célestin KEUTCHA-TCHAPNGA**, *op cit*.

²³² **Julien FREUND**, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 353-354.

²³³ Sa modalité d'expression pratique en démocratie est l'élection ; Blog *Pétain Vs De Gaulle*, consulté le 20 juillet 2018.

²³⁴ **Adama KPODAR**, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *op cit*, p. 33 et s.

à tout pouvoir constituant de prévoir dans son œuvre constitutionnelle²³⁵, des mécanismes de stabilisation de l'édifice institutionnel dont il est l'architecte²³⁶. Elle se justifie par le fait que ce droit est la technique de la garantie des droits²³⁷, puisque les mécanismes de cette garantie visent à encadrer les crises dans la gouvernance. Ils renforcent donc le droit constitutionnel au double plan structurel et fonctionnel.

Ensuite, lors des crises de gouvernance, la notion subit une sorte de dédoublement conceptuel, pour apparaître comme un paradoxe socratique. Dans un élan déterministe, les institutions qu'elle évoque et invoque, tendent à déconsolider le droit constitutionnel en ce qu'elles peuvent constituer une menace pour la cohérence constitutionnelle, et provoquer de surcroît, l'anarchie dans le pluralisme organique. Cette thèse se justifie d'une part, par le fait que, ces institutions concurrencent le droit constitutionnel et qu'ainsi, elles catalysent sa dénормativisation, alors qu'il est destiné à être la règle exclusive d'organisation de l'Etat et de l'exercice du pouvoir. D'autre part, elle se justifie par le fait que les crises de gouvernance, dans leur expression la plus extrême, conduisent le droit constitutionnel à être évincé du champ, ce qui est de nature à provoquer une prolifération organique imprévisible, aggravant l'inéluctable conflit de légitimité que les *mésententes politiques* renferment en germe.

Les institutions qu'elles suscitent sont pour certains « *une négation choquante de l'Etat de droit*²³⁸ », et sont chantées par d'autres comme une avancée précieuse du droit constitutionnel au prise avec les situations de crise²³⁹. Pourtant, il reste que la problématique des *mésententes politiques* dans leurs rapports avec *le droit constitutionnel*, soit *in fine* celle irrésolue et inextricable de la légitimité de certaines de ces institutions. Fort de ce constat, il nous paraît décisif de conclure cette étude par une sentence. Michel VILLEY disait qu'« *une sentence est une opinion non scientifiquement démontrée, cependant fondée, éclairée par la controverse dialectique, qui a pris en considération sur une même cause, les points de vue de multiples interlocuteurs*²⁴⁰ ». Ainsi, par-delà les divers contours du thème abordé, il nous semble plus qu'opportun de rappeler qu'« *en droit sans doute plus qu'ailleurs, (c'est) l'objet (qui) gouverne la grille*²⁴¹ (de lecture) ». Et l'objet ici a été les interactions entre *les mésententes politiques* et *le droit constitutionnel* tel qu'il est connu et vécu jusqu'ici. On l'a

²³⁵ Adhémar ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Recueil Général des Lois et Arrêts, Paris, 1896, p. 405 et s.

²³⁶ Jacques CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *L'architecture du droit*, in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 283 ; Francis DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, *op cit.*

²³⁷ Les conflits constitutionnels ; *Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Actes, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'Univers des Normes », 2010, *op cit.*, p. 179.

²³⁸ Jean-François AKANDJI-KOMBE, *op cit.*

²³⁹ Frédéric-Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *op cit.*

²⁴⁰ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, Collection « Quadrige », 2008, p. 54.

²⁴¹ « Révolution et légitimité, la dimension politique de l'excursion sociologique du droit constitutionnel », *op cit.*

vu, ces interactions sont variées à la fois en fonction des institutions de leur gestion et en fonction du contexte de désaccord auquel on se réfère.