

Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone

*Par Matthieu FAU-NOUGARET
Maître de conférences HDR en Droit Public
Université de Bordeaux*

L'idée de manipulation induit en elle-même l'usage néfaste fait de la norme constitutionnelle. « Jouer avec les mains » le contrat social d'un Etat, est pourtant une chose assez commune dans tous les régimes constitutionnels.

Après tout, il n'a jamais été prétendu qu'une constitution devait être immuable. Son adaptation est nécessaire à l'évolution de la société qu'elle est censée régir. Mais l'idée de manipulation sous-tend une utilisation orientée de la Constitution au profit des intérêts de certains.

La chose constitutionnelle est devenue affaire de spécialistes. Ceci est d'autant plus vrai depuis la victoire idéologique (temporaire) des normativistes chez les juristes. La Constitution, utilisée dans un sens générique, est devenue une somme de normes, de techniques. Cet état de fait est renforcé par l'émergence, et la généralisation de la notion d'Etat de droit. Comme l'écrivait si justement J. Chevallier « *Tout Etat qui se respecte est désormais tenu de se présenter sous l'aspect avenant, de se parer des couleurs chatoyantes de l'Etat de droit, qui apparaît comme un label nécessaire sur le plan international* »¹. La Constitution se trouvant au sommet de la hiérarchie des normes, sa complexité, sa précision ou au contraire ses flous vont permettre au juriste, constitutionnaliste, de s'épanouir...

Or, en tant que somme de techniques juridiques, elle peut aisément faire l'objet de manipulation, nous préférons parler de « cogipulations », c'est-à-dire, littéralement conduire avec l'esprit.

Le juriste constitutionnaliste (mais il n'est pas le seul) peut, dès lors, tout à fait « s'amuser » avec la Constitution en fonction des desideratas du commanditaire.

« Dis-moi ce que tu veux, je te dirai comment y parvenir ! ».

¹ Chevallier (J.), « La mondialisation de l'Etat de droit », in *Mélanges Philippe Ardant*, « Droit et politique à la croisée des cultures », LGDJ, 1999, pp.325-337.

Cette perversion du droit constitutionnel n'est pas spécifiquement africaine, mais elle est largement utilisée en Afrique et plus particulièrement en Afrique francophone.

Le coup d'Etat constitutionnel recouvre quant à lui une réalité assez récente. Il ne doit pas être, selon nous, confondu avec les changements anticonstitutionnels de pouvoir. En effet, il ne constitue qu'une des modalités, que l'on pourrait qualifier de « raffinée », de ces derniers.

Le coup d'Etat classique est celui mené afin de renverser l'ordre constitutionnel existant, le coup d'Etat constitutionnel est celui mené par un des organes de l'ordre constitutionnel existant (l'exécutif) afin de modifier ce dernier. Cela étant, dans les ordres juridiques d'Afrique Francophone, ce coup d'Etat constitutionnel ne peut avoir lieu qu'avec la complicité d'autres organes de l'ordre constitutionnel existant, et le plus souvent les cours constitutionnelles. Quelque soit le nom donné à ces dernières, les ordres constitutionnels internes leur ont donné les voies et moyens juridiques de pouvoir accepter ou non les modifications constitutionnelles souhaitées par l'exécutif. Or rares sont celles ayant exercé ce pouvoir de refus.

Dès lors face à cette réalité, plusieurs réactions sont possibles : soit tenter par la précision, par l'anticipation, de se prémunir des coups d'Etat constitutionnels en tentant de « verrouiller » un maximum les Constitutions afin d'éviter que l'exécutif (car c'est de lui qu'il s'agit) ne manipule la Constitution ; soit s'interroger sur la norme constitutionnelle elle-même qui permet ce genre de manipulations.

Plutôt que de s'enfoncer dans une technicité toujours plus grande, plutôt que d'ergoter sur le sens de tel terme, de telle ponctuation, n'est-il pas nécessaire que les Etats africains francophones s'interrogent d'abord sur leurs Constitutions ?

Il conviendra, dès lors, d'étudier dans un premier temps les rapports entre le constitutionnalisme africain francophone et les manipulations constitutionnelles (I) pour dans un second temps s'interroger sur les bases d'un renouveau constitutionnel africain francophone (II).

I) Manipulations constitutionnelles et Constitutionnalisme africain francophone

C'est truisme, toujours bon à rappeler, que les Etats d'Afrique francophone ont dans leur grande majorité transposé et acclimaté la Constitution de la Vème République française au moment du vent de la démocratisation².

Cette transposition est due à deux facteurs qu'il faut énoncer avec lucidité : le financement par les bailleurs de fonds des experts constitutionnels (« les fameux pèlerins »³ devenus parfois postérieurement mercenaires) et une passivité intellectuelle.

Concernant le premier de ces facteurs, au nom d'une internationalisation du constitutionnalisme et de la démocratie, les coopérations multilatérales et bilatérales ont accompagné leurs partenaires dans la mise en place des constitutions de « l'ère démocratique ». Si cet accompagnement peut être compréhensible, force est de constater que les experts recrutés pour l'assurer sont plus venus prêcher une bonne parole constitutionnelle que participer à la mise en place d'une ingénierie constitutionnelle propre à l'état soutenu. Bien souvent, l'expertise consistait essentiellement en l'adaptation à la marge d'une sorte de « kit constitutionnel »⁴.

Concernant le deuxième facteur, les quelques constitutionnalistes nationaux ayant fait l'essentiel de leurs études en France maîtrisaient la technique constitutionnelle française⁵. Il était ainsi aisé pour eux d'en assurer l'acclimatation dans leurs ordres juridiques internes. Cette transposition avait aussi une vertu : étant peu nombreux dans leurs Etats respectifs à disposer de ces connaissances, ils s'assuraient un rôle central dans l'application et l'interprétation subséquente.

Pourtant, dans la théorie constitutionnelle, la Constitution de l'Etat est censé correspondre au fameux « contrat social » de Rousseau. Ainsi, elle doit être propre à l'Etat qu'elle est censée régir. Même si l'affirmation de Montesquieu selon laquelle « *Les lois doivent être*

² Pour s'en rendre compte, il suffit de se référer au recensement des constitutions post-90 fait dans Gaudusson (J. du Bois de), Conac (G.) et Desouches (Ch.), « Les Constitutions africaines publiées en langue française », *La Documentation Française*, Coll. Retour aux textes, vol. 1 et 2, Bruylant, 1997-1998.

³ Dorandeu (R.), « Les pèlerins constitutionnels », in Y. Mény (sous la direction de), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Logiques politiques, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 83-112.

⁴ Darbon (D.), « A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique », in Y. Mény (sous la direction de), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, Logiques politiques, L'Harmattan, Paris, 1993, pp. 113-138.

⁵ Le concours d'agrégation CAMES en droit public, jusqu'à une période récente, ne comportait que des leçons en droit constitutionnel ou administratif français.

tellement propre au peuple pour lesquelles elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁶ est devenue partiellement datée du fait de la mondialisation, il n'en demeure pas moins que, même un observateur peu averti, s'apercevra assez rapidement des différences existantes entre les sociétés sénégalaises, maliennes, burkinabè et la société française. Paradoxalement la duplication, au nom d'un certain modernisme, de constitutions du Nord nous semble, dans bien des cas, être à l'origine des coups d'état constitutionnels actuels car ayant une faible légitimité, ces Constitutions sont des objets malléables laissés entre les mains des gouvernants et de leurs conseillers.

A) Les coups d'Etat constitutionnels rendus possible par le constitutionnalisme africain francophone

Plusieurs raisons expliquent les faiblesses du constitutionnalisme africain francophone actuel. Mais, parmi celles-ci, il semble qu'il y en ait une particulière : le fossé existant entre le rôle que sont censées jouer les cours constitutionnelles et le rôle effectivement joué.

Rares sont celles à avoir exercé leur devoir d'ingratitude pour reprendre les mots de Robert Badinter. Les cas, à notre connaissance, peuvent se compter sur les doigts d'une main. Il y a tout d'abord celle du Bénin⁷, tant citée et tant vantée, et ensuite celle du Niger dans ce que l'on peut appeler l'affaire Tandja⁸.

Qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel sénégalais et de sa fameuse décision controversée du 29 janvier 2012 sur le troisième mandat inconstitutionnel d'Abdoulaye Wade⁹, ou encore de la décision en certains points similaires du Conseil constitutionnel burkinabè du 14 octobre 2005¹⁰, ou encore de la décision rocambolesque du Conseil constitutionnel ivoirien du 3 décembre 2010 proclamant la victoire de Laurent Gbagbo¹¹, ou encore de la décision de la Cour constitutionnelle burundaise du 4 mai 2015, nombreux sont les juges constitutionnels à avoir montré leur insuffisance à être un véritable contre-pouvoir.

Pourtant, dans la théorie du constitutionnalisme actuel, ces Cours ou Conseils sont un élément essentiel, si ce n'est primordial de l'équilibre des pouvoirs et de la limitation du risque de coup d'état constitutionnel. Plusieurs techniques, suivant les Etats, sont mises à

⁶ Montesquieu, « De l'esprit des lois », livre VI.

⁷ Bolle (S.), « *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin : essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution* », Thèse de Doctorat, Université de Montpellier, 1997.

⁸ Voir l'avis n°02/CC du 25 mai 2009 et l'arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009 de la Cour Constitutionnelle du Niger.

⁹ Voir <http://ddata.over-blog.com/1/35/48/78/S-n-gal/SENEGAL-CC-29.01.2012-validite-candidature-Wade.pdf> (dernière visite le 18 novembre 2015).

¹⁰ Loada A. (sous la dir.), « Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabè 1960 à 2007, Centre pour la Gouvernance Démocratique (CGD), Ouagadougou, 2009, pp. 76-87.

¹¹ Voir <http://www.conseil-constitutionnel.ci/decision/13626547851.pdf> (dernière visite le 18 novembre 2015).

leur disposition pour tenter d'éviter les tentatives de coup d'Etats constitutionnel. Qu'il s'agisse du contrôle de la question posée au peuple par voie référendaire, que ce soit par le contrôle des lois de révision constitutionnelle, le Conseil ou la Cour constitutionnelle a souvent un rôle déterminant pour garantir le respect de la Constitution.

Tant qu'ils ne seront pas juridiquement ingrats vis-à-vis de l'exécutif, les coups d'états constitutionnels seront un risque.

Ainsi l'histoire enseigne que, même dans le « modèle » français de la Vème République, il y a eu au moins une manipulation constitutionnelle, la révision de 1962 selon la procédure de l'article 11, engendrant pour certains « un coup d'état permanent ». Cette manipulation a été rendue possible du fait de la passivité du Conseil Constitutionnel, puisque ce n'est que plus tard, le Général De Gaulle parti, qu'il exercera son ingratitude.

Le problème, selon nous, est que lorsque la Constitution n'est vue que comme un ensemble de normes, on en oublie souvent l'esprit, sa substantifique moelle pour reprendre les mots de Rabelais. Or l'interprétation littérale des normes sans une référence à l'esprit de la norme peut être diverse.

Si nous prenons l'exemple d'une constitution, et elles sont nombreuses, qui interdirait une révision dont l'objet est de « porter atteinte à la nature et la forme républicaine de l'Etat »¹². *Stricto sensu*, la République se définissant comme n'étant pas une monarchie toutes les révisions ne visant pas à instaurer une monarchie ne sont pas concernées. Pourtant la République, *lato sensu*, c'est aussi un ensemble de valeurs qui sont propres à l'Etat dont il s'agit¹³.

Ainsi lorsque des dirigeants font une révision touchant le nombre de mandats, l'âge maximum pour se présenter à la magistrature suprême, etc. si l'on s'en tient à une interprétation *stricto sensu*, ils ne touchent pas à la nature républicaine de l'Etat, alors que pourtant ce peut-être le cas, si dans cet Etat soit au moment de la rédaction de la Constitution soit lors de la vie de la Constitution il y a eu un compromis sur le fait qu'il ne fallait pas toucher à ces dispositions¹⁴.

¹² Constitution burkinabè, congolaise....

¹³ La notion de laïcité n'est pas la même en France, au Burkina, au Sénégal, etc...

¹⁴ Pour une étude du cas burkinabè votre notre étude, « *Une leçon burkinabè : éléments de réflexion juridique sur l'Insurrection des 30 et 31 octobre 2014* », Constitutions, Dalloz, n°2 et 3, 2015.

B) Etat de droit et démocratie : une dangereuse fuite en avant !

Les rédacteurs des constitutions ont toujours la possibilité de verrouiller un maximum les possibilités de révisions constitutionnelles qui pourraient être assimilées à un coup d'Etat constitutionnel. Mais dès lors, que l'on octroie à un organe la légalité de dire le droit, vous restez dépendant de son bon vouloir et de sa décision.

En ce sens, la décision de la Cour constitutionnelle burundaise du 4 mai dernier, précitée, est symptomatique et pathétique. La Constitution burundaise d'octobre 2005 dans son article 302 indique « *A titre exceptionnel, le premier Président de la République de la période post-transition est élu par l'Assemblée Nationale et le Sénat élus réunis en Congrès, à la majorité des deux tiers des membres (...)* ». A titre exceptionnel car l'article 96 indique, quant à lui, « *Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois* ».¹⁵

M. Nkurunziza a donc, conformément à la Constitution, fait un premier mandat en étant élu au suffrage universel indirect (puisqu'il est le premier Président de la période post-transition) puis un second mandat en étant élu au suffrage universel. La Constitution a un sens clair¹⁶ !

En soi, le fait qu'il souhaite briguer un nouveau mandat peut paraître, à ses yeux et ceux de ses supporters, légitime sous de multiples prétextes. Mais entre le souhait et la validation de la candidature, il y a une différence. Or l'Etat de droit burundais confie à la Cour constitutionnelle la charge de valider ou non cette candidature. En la validant dans des conditions rocambolesques¹⁷, la Cour constitutionnelle interprète la Constitution et sa décision n'est susceptible d'aucun recours (article 231 de la Constitution).

Une tentation, dans une logique normativiste, est de verrouiller au maximum les possibilités de révision d'une constitution afin de limiter les risques de coup d'Etat constitutionnel : interdiction de modifier les conditions touchant à l'âge limite d'éligibilité à la magistrature suprême, interdiction de modifier la limitation du nombre de mandat, etc... En procédant

¹⁵ Il paraît utile de rappeler que la Constitution de 2005 venait clore une période de 12 années de guerre civile entre Hutus et Tutsis ayant fait plus de 100 000 morts.

¹⁶ Sens qui est renforcé par une analyse des textes adoptés antérieurement, notamment les accords d'Arusha du 28 août 2000. Voir l'étude détaillée de Vandeginste (S.), « Droit et pouvoir au Burundi : un commentaire sur l'arrêt du 4 mai 2015 de la Cour constitutionnelle dans l'affaire RCCB 303 », disponible à l'adresse <http://www.ancl-radc.org.za/sites/default/files/images/RCCB303%20commentaire.pdf> (dernière visite 26 novembre 2015).

¹⁷ La veille de la décision, le Vice Président de la Cour a fuit le pays arguant de pressions immenses de la part de l'exécutif. Il avait été précédé par le départ de la Vice Présidente de la CENI, pour des motifs similaires.

ainsi, la logique est le souhait de dissuader les dirigeants actuels ou futur de toute tentation. Ce souci est louable mais même cette voie est vouée à l'échec, à court terme !

L'exemple du Congo – Brazzaville est là pour nous le rappeler. En effet, lorsqu'une constitution est verrouillée, il est toujours possible de changer la Constitution sans pour autant que, de prime abord, il y ait coup d'Etat constitutionnel. De prime abord, car le changement de République est un droit souverain appartenant au peuple. L'approche normativiste de l'Etat de droit permet ce changement, même s'il s'agit d'adopter une nouvelle Constitution qui est, elle aussi, verrouillée. L'approche en termes de techniques juridiques peut permettre des modifications multiples. Dans le cas du Congo – Brazzaville, le changement constitutionnel va permettre au Président en exercice de pouvoir espérer « constitutionnellement » rester au pouvoir 15 années supplémentaires¹⁸. En effet, même s'il y a un recours des autres candidats sur l'éligibilité du Président actuel lors de la prochaine élection, il est fort vraisemblable que le recours sera écarté. Car bien qu'il ait exercé le pouvoir de 1979 à 1993, puis de 1997 à nos jours, la loi fondamentale étant nouvelle, les mandats précédents ne sont pas comptabilisés¹⁹.

Mais il nous semble qu'une telle vision simpliste est tronquée. En effet, elle fait abstraction d'une interprétation téléologique, qui nous paraît la seule acceptable dans la théorie démocratique. La Constitution américaine a connu 27 amendements, la Constitution de la Vème République 23 révisions, pourquoi dans le cas congolais ne pas avoir révisé la Constitution actuellement en vigueur ? L'introduction de la décentralisation, ou de nouvelles institutions consultatives pouvait très bien être opérée par la voie de la révision constitutionnelle. D'un point de vue téléologique, la seule justification technique du changement de Constitution est la volonté du Président actuellement en exercice de se maintenir au pouvoir.

Quelle peut-être la solution face à ce genre de blocage ? Les coups d'Etat sont juridiquement illégaux au regard du droit international régional. Le droit de désobéissance civile est reconnu par de certaines constitutions francophones²⁰. Mais quel est l'encadrement juridique de ce droit ?

¹⁸ L'article 65 du projet de Constitution prévoyant que le Président de la République est élu pour un mandat de 5 ans renouvelable 2 fois, soit 15 années maximum.

¹⁹ Raison pour laquelle de manière impropre, les médias parlent de l'interdiction d'un troisième mandat alors que de fait, il en est au moins déjà à son quatrième (1979-1992, 1997-2002, 2002-2009 et 2009-2016).

²⁰ Voir l'article 121 de la Constitution malienne de 1992 « *Le fondement de tout pouvoir en République du Mali réside dans la Constitution. La forme républicaine de l'Etat ne peut être remise en cause. Le peuple a le droit à la désobéissance civile pour la préservation de la forme républicaine de l'Etat. Tout coup d'Etat ou putsch est un crime imprescriptible contre le peuple malien* » ; voir aussi l'article 167 de la Constitution burkinabè de 1991 : « *La source de toute légitimité découle de la présente Constitution. Tout pouvoir qui ne tire pas sa source de cette Constitution, notamment celui issu d'un coup d'Etat ou d'un putsch est illégal. Dans ce cas, le droit à la*

A notre connaissance, le droit à l'insurrection populaire ne bénéficie que de peu d'encadrement. Faut-il le rappeler le droit à l'insurrection a connu sa première consécration dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793, puisque l'article 35 énonce « *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple, et pour chaque portion du peuple, le plus sacré et le plus indispensable des devoirs* ». De manière complémentaire, l'article 33 précise très justement que « *La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme* ».

Ainsi, puisque les droits de l'Homme peuvent être définis comme « *octroyés, concédés ou arrachés les droits de l'Homme vu par le juriste ne sont pas des qualités légalement inhérentes aux individus tel une sorte d'attribut naturel mais un ensemble d'artifices par lesquels l'Etat se voit bridé, mettant lui-même à la disposition de ses victimes potentielles, des techniques qui leur épargneront la réalisation de cette virtualité* »²¹, lorsque l'appareil d'Etat est utilisé au profit d'un seul ou d'un groupe en violation des droits de l'homme, le peuple a le devoir de s'insurger pour y mettre un terme²².

La difficulté pratique de l'application matérielle d'un tel devoir à l'insurrection est la détermination de la légalité du moment de son enclenchement. Dans un Etat de droit, à partir de quand peut-on considérer que le peuple peut revendiquer l'utilisation de ce devoir ?

Là réside la principale difficulté. En effet, il nous semble, ce n'est que lorsque cette insurrection parvient à ses fins, comme ce fut par exemple le cas de l'insurrection burkinabè du mois d'octobre 2014, qu'elle peut *a posteriori* être légalisée. Mais, *a priori*, une telle insurrection pourra être qualifiée de mouvement visant à déstabiliser l'ordre constitutionnel existant ou de mouvement terroriste (qualificatif très utilisé depuis une quinzaine d'année) ou tout autre qualificatif permettant aux autorités d'utiliser l'appareil répressif d'Etat. En effet, dans un Etat de droit, il convient aux autorités constitutionnelles établies de porter une telle qualification. Or, il paraît antinomique qu'une telle autorité qualifie un mouvement

désobéissance civile est reconnu à tous les citoyens ». L'article 64 de la Constitution de la République Démocratique du Congo de 2006 qui énonce « *Tout Congolais a le devoir de faire échec à tout individu ou groupe d'individus qui prend le pouvoir par la force ou qui l'exerce en violation des dispositions de la présente Constitution* ».

²¹ Jean Combacau, « Souveraineté et non-ingérence », in *M. Bettati et B. Kouchner, le Devoir d'ingérence, éd. Denoël, 1987, Paris, pp.229-233.*

²² Daniel Lévis, « Pour l'instauration d'un ordre de prééminence au sein des droits fondamentaux », *Revue française de droit constitutionnel* 2010/4 (n° 84), p. 693-718.

populaire visant à le renverser d'insurrection car cela revient à constater sa propre illégitimité²³.

La solution pourrait venir du niveau régional. En effet, une définition au niveau régional de la légalité de l'insurrection populaire et des critères permettant de qualifier un mouvement de la population d'insurrection permettrait d'objectiver l'utilisation de cette notion.

On ne peut donc que constater les limites pratiques de la rime faite entre démocratie et Etat de droit depuis une vingtaine d'année. Si la recherche ultime est la démocratie, l'Etat de droit ne peut participer à sa réalisation et sa stabilisation qu'à la condition de la prise en compte de la finalité de la norme juridique.

Toutes ces questions et incertitudes nous amènent à renverser le problème : est-on sûr que le constitutionnalisme africain francophone actuel est le constitutionnalisme qui convient à l'Afrique francophone ?

II) Pour un renouveau du constitutionnalisme africain visant à limiter les manipulations constitutionnelles.

Ce renouveau souhaitable est à double face : une face interne et une face internationale.

Au niveau interne, nous l'avons dit, à notre sens, il y a une certaine inadéquation de nombreuses constitutions africaines francophones avec les sociétés qu'elles sont censées régir. Les matérialisations de ces inadéquations sont nombreuses. C'est par exemple le cas des autorités coutumières et traditionnelles.

Les juristes français éprouvent une certaine gêne à leur égard. Au moment de la colonisation après avoir été vaincues, les autorités coutumières furent, en fonction de leur docilité, instrumentalisées ou créées pour gérer au quotidien un territoire si étendu que le colon ne pouvait pas, à lui seul, le faire²⁴. Les administrateurs français tentèrent d'imposer le Code Civil dans ces nouveaux territoires. L'émergence d'une classe dirigeante « autochtone » éduquée « à la française » marqua la suprématie du droit de la métropole sur le droit local. Ainsi, alors que la gestation du Code Civil français était passée par une

²³ Il est à noter cependant que dans le cas burundais, le qualificatif d'insurrection a été utilisé par le gouvernement.

²⁴ Tidjani Alou (M.) « La chefferie au Niger et ses transformations. De la chefferie coloniale à la chefferie post-coloniale », *Études et Travaux du Laboratoire d'études et de recherches sur les dynamiques sociales et le développement local*, n° 76, mai 2009, Niamey, 27 p.

phase de compilation des différentes coutumes locales françaises, sa perfection présumée dispensait le colon d'effectuer la même démarche dans les colonies...

Le droit coutumier fut dès lors marginalisé, voire décrié dans une logique moderniste, et les autorités coutumières rangées au titre du folklore.

Dans l'espace francophone, la seule exception à cet état de fait fut le Cameroun, qui, doit-on le rappeler, est un Etat constitué par la réunion d'un territoire francophone et un anglophone.

Mais depuis une vingtaine d'année, les choses semblent évoluées. En effet, les autorités coutumières semblent avoir fait une entrée dans l'espace institutionnel de certains pays francophones. Il convient d'en mesurer l'étendue mais aussi de s'interroger sur ses limites et sur les réticences de certains à les reconnaître (A).

Au niveau international, si l'on s'arrête sur les histoires constitutionnelles, notamment des « vieilles démocraties », il est une constante : elles ne sont pas linéaires. Faites de plus ou moins de soubresauts, ces histoires ont peiné à mettre en place des démocraties « stables ». Par leurs actions bi ou multilatérales, ces démocraties ont la possibilité d'avoir une influence certaine sur de nombreux Etats africains, c'est notamment le cas avec l'utilisation de la conditionnalité démocratique car elles ont un intérêt certain de la stabilisation politique des Etats récipiendaires d'aides.

Mais les organisations régionales ont aussi leur partition à jouer, car elles ont une place primordiale dans le système collectif de maintien de la paix, surtout depuis l'Agenda pour la paix. Or, force est de constater, qu'en matière de coup d'Etat constitutionnel, elles sont plutôt discrètes (B).

A) La faible place des autorités coutumières dans les constitutions d'Afrique francophone.

Il convient d'analyser les Constitutions des 13 Etats inspirés du modèle français. La reconnaissance des autorités coutumières est plutôt limitée.

En la matière la Constitution tchadienne de 1996 (révisée en 2004) peut faire figure d'exception. En effet, dans son titre XIII (aux articles 214 à 217) elle reconnaît le rôle des autorités coutumières ou traditionnelles, et leur attribue un rôle d'encadrement des populations en matière de décentralisation.

La Constitution togolaise, dans son article 143, « reconnaît la chefferie traditionnelle, gardienne des us et coutumes. La désignation et l'intronisation du chef traditionnel obéissant aux us et coutumes de la localité ». Cette reconnaissance est juridiquement limitée puisque d'une part aucun rôle dans l'exercice du pouvoir ne lui est accordé et que d'autre part les normes dont la chefferie à la garde ne semblent pas appartenir au droit positif.

La Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 mentionne dans son article 99 que la loi fixe « le statut des chefferies traditionnelles » et dans son article 167 que « L'Etat reconnaît la chefferie traditionnelle comme dépositaire de l'autorité coutumière. A ce titre, elle participe à l'administration du territoire de la République dans les conditions déterminées par la loi. La chefferie traditionnelle est tenue à une stricte obligation de neutralité et de réserve. Elle est protégée contre tout abus de pouvoir tendant à la détourner du rôle que lui confère la loi ».

Mais des constitutions assez récentes comme la Constitution de la République Centrafricaine de 2004 (ou même le projet de loi déposé par le CNT début 2015) ou la Constitution Gabonaise de 1991 telle que révisée en janvier 2011, ou encore la Constitution de la République du Congo de 2002 ne reconnaissent pas l'autorité coutumière. Or pour l'observateur de la vie locale de ces États, la place de l'autorité coutumière est plus que réelle. Ceci est particulièrement vrai dans les collectivités locales parfois très éloignées des capitales où les autorités légales sont parfois défailtantes. Il n'est d'ailleurs pas anodin que certains Etats sahéliens leurs aient conférées un rôle en matière de décentralisation, comme le Tchad ou le Niger.

Mais, force est de constater que l'immense majorité des constitutions des pays francophones ignorent institutionnellement ces autorités.

A titre comparatif, les Constitutions du Botswana (notamment les articles 77 à 85), du Malawi (notamment l'article 68 concernant la composition du Sénat), de Tanzanie (plus particulièrement la partie consacrée à Zanzibar), du Kenya de manière indirecte (dans la composition du Sénat, article 96), d'Ouganda (notamment l'article 246), d'Afrique du Sud (articles 211 et 212), de Namibie (article 102 al.5), d'Ethiopie (voir notamment l'article 61) ou encore du Ghana (articles 270 et suivants) reconnaissent les autorités traditionnelles ou coutumières.

Cette reconnaissance est plus ou moins étendue suivant les Etats mais particulièrement développée au Botswana et au Ghana.

Même si cette reconnaissance constitutionnelle n'est en rien une garantie de stabilité politique *in se*, elle permet la mise en valeur d'une spécificité actuelle de nombreux pays africains : l'existence d'autorités traditionnelles ou coutumières jouant un rôle important dans les domaines politiques et juridiques, soit au niveau local soit au niveau national.

Au niveau local, nous savons très bien que dans les Etats francophones, notamment ouest-africain, de nombreux litiges fonciers ou en droit de la famille sont réglés en dehors des tribunaux²⁵. Plusieurs raisons expliquent cela : inadaptation du droit légal ; jugement rendu en méconnaissance du principe d'équité ; délai de jugement ; jugement rendu en français, et non en langue nationale, dans des Etats où 20% des populations, essentiellement urbaines, utilisent le français couramment, etc...

Au niveau national, ces autorités peuvent jouer aussi un rôle dans le règlement non-juridictionnel des différends, notamment un rôle de médiation. Ainsi si l'on prend le cas du Burkina Faso, comment expliquer que les autorités coutumières ne soient pas constitutionnellement reconnues alors que leur rôle, et plus particulièrement celui du Mogho Naba, empereur des Mossis, a été primordial au moment de l'insurrection des 30 et 31 octobre 2014, puis à différents moments de la Transition et enfin lors de la tentative de coup d'Etat du 16 septembre 2015 ? Le respect porté à cette autorité coutumière l'a conduit à jouer un rôle de médiateur qui va bien au-delà de l'ethnie Mossi.

Le droit est avant tout un objet social, il est le fruit de compromis, il doit être la retranscription des rapports sociaux existants et peut avoir un objet sociétal prospectif. Le droit constitutionnel des pays africains francophones ne devrait pas y faire exception.

B) Coups d'Etat constitutionnels et Communauté internationale

Derrière ce singulier, il existe de nombreux acteurs susceptibles d'intervenir à titre bilatéral ou multilatéral.

A titre bilatéral, les réactions sont assez diverses en ce qui concerne l'Afrique subsaharienne francophone, elles fluctuent suivant les intérêts géopolitiques des Etats envisagés, plus particulièrement les anciennes colonies. En Afrique francophone, la France et la Belgique conservent encore une influence certaine tant d'un point de vue politique qu'économique, ce qui peut dans une certaine mesure justifier l'ambiguïté de leur positionnement, plus

²⁵ Voir *Actes du colloque de Bamako « Entre tradition et modernité, quelle gouvernance pour l'Afrique ? »*, 23-25 janvier 2007, disponible sur le site : <http://www.afrique-gouvernance.net> (dernière visite le 26 novembre 2015).

particulièrement la France. Il semble qu'il y ait une position de principe qui, dans le cas français, peut être actuellement résumé par le discours du Président François Hollande de Dakar en novembre 2014, « *La francophonie, elle est soucieuse des règles de la démocratie, de la liberté du vote, du respect des ordres constitutionnels et de l'aspiration des peuples, de tous les peuples, à des élections libres. (...) Là où les règles constitutionnelles sont malmenées, là où la liberté est bafouée, là où l'alternance est empêchée, j'affirme ici que les citoyens de ces pays sauront toujours trouver dans l'espace francophone le soutien nécessaire pour faire prévaloir la justice, le droit et la démocratie (...)* »²⁶, et des positions particulières en fonction de l'Etat envisagé. Les communiqués de l'Elysée concernant les deux cas de coup d'Etat constitutionnel cette année, au Burundi et au Congo – Brazzaville sont pour le moins lapidaire et peu expressif²⁷.

Par contre, les prises de position des Etats Unis paraissent beaucoup plus claires. En effet dans un communiqué du 6 octobre 2015, le Département d'Etat affirmé, à propos du référendum congolais, que « *la modification de la Constitution par un dirigeant dans un intérêt personnel ou politique ne bénéficie à aucune démocratie* ». Et le 1^{er} juin 2015, dans un communiqué de l'Ambassade des Etats Unis à Bujumbura, on pouvait lire « *Nous continuons vivement d'exhorter le Président Pierre Nkurunziza à reconsidérer son intention de conserver le pouvoir au détriment de l'Accord d'Arusha et de la stabilité chèrement acquise après une tragique guerre civile (...)* ».

Bien évidemment, il y a là un jeu d'influence politique ayant peu avoir avec le droit, et l'attitude ferme des Etats Unis ne l'a pas toujours été, notamment au Libéria ou en Egypte. Il n'en demeure pas moins qu'il convient d'être cohérent et d'éviter tout positionnement schizophrénique.

Les anciens colons seront toujours suspectés de vouloir s'immiscer dans les affaires intérieures des Etats ayant acquis leur indépendance. C'est en effet un risque mais ce ne doit pas être un rempart pour se taire sur la confiscation du pouvoir par certains contrairement au Contrat social existant.

Il existe un moyen pour s'en prémunir : l'adoption et l'application de textes africains sur les manipulations constitutionnelles et les coups d'Etat constitutionnels. En effet, en se

²⁶ Discours disponible à l'adresse <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-a-l-occasion-de-l-ouverture-du-xveme-sommet-de-la-francophonie-a-dakar/> (dernière visite le 26 novembre 2015).

²⁷ Concernant le cas du Congo – Brazzaville, on a même pu assister à un cafouillage puisque si dans un premier temps il fût affirmé « *Nous respectons toujours les droits des autorités légitimes. Le président Sassou a le droit de consulter son peuple. Ça fait partie de son droit et le peuple doit répondre* », dans un second temps, le lendemain, un communiqué de l'Elysée précisa « *rappelle qu'il avait souhaité, lors de son discours prononcé à Dakar, le 29 novembre 2014, que les Constitutions soient respectées et que les consultations électorales se tiennent dans des conditions de transparence incontestables* ».

rangeant derrière les positions de l'Union Africaine ou des organisations sous-régionales, les anciennes métropoles « objectiveraient » leur positionnement.

Les textes existent. Il y a, notamment, la Charte africaine pour la Démocratie, les élections et la gouvernance adoptée en 2007 et entrée en vigueur le 15 février 2012²⁸. Cette Charte affirme notamment dans son article 23 « *Les Etats parties conviennent que l'utilisation, entre autres, des moyens ci-après pour accéder ou se maintenir au pouvoir constitue un changement anticonstitutionnel de gouvernement et est passible de sanctions appropriées de la part de l'Union (...) 5. Tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique* »²⁹ (nous soulignons).

Cet article est très intéressant car sa rédaction démontre qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Le point 5, qui est un ajout par rapport à « La Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement »³⁰ adoptée à Lomé en 2000, permet de pouvoir envisager une pluralité d'utilisation de techniques juridiques qui pourraient être qualifiées de changement anticonstitutionnel de pouvoir, bien que respectant formellement l'Etat de droit.

De prime abord, cependant, une faiblesse juridique existe. A l'heure actuelle, seulement 23 Etats ont ratifié la Charte. Or le Burundi tout comme la République du Congo ne l'ont pas ratifiée. Cette Charte n'est donc pas contraignante en ce qui les concerne.

Mais les deux Etats ont signé ladite Charte. Or il est un principe fondamental en droit international celui dit *de bonne foi*. Ce principe veut, notamment, qu'un Etat ayant signé un texte qui n'est pas encore contraignant est tenu de le respecter de bonne foi, c'est-à-dire en ne prenant pas d'actes contraires à l'objet ou au but du Traité. En vertu de ce principe reconnu par la jurisprudence internationale³¹, les deux Etats envisagés sont tenus au respect de l'alinéa 5 de l'article 23, qui est pour eux une obligation pré-conventionnelle, et les autres parties signataires (ainsi que l'Union Africaine) ont un intérêt juridique à ce respect.

²⁸ Avec le dépôt du 15^{ème} instrument de ratification. Au 3 février 2014, il y avait 23 ratifications.

²⁹ Les premiers alinéas concernent des cas classiques à savoir : « 1. *Tout putsch ou coup d'Etat contre un gouvernement démocratiquement élu. 2. Toute intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement démocratiquement élu. 3. Toute intervention de groupes dissidents armés ou de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement démocratiquement élu. 4. Tout refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières* ».

³⁰ (doc. AHG/Decl. 5 (XXXVI)), 12 juillet 2000.

³¹ Voir, notamment, l'affaire *Mégalidis* tranchée par le tribunal arbitral mixte gréco-turc le 26 juillet 1928, *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. VIII, p. 386ss.

Le plus grand problème à l'heure actuelle sur le continent africain réside dans l'application des textes existants. Pour s'en convaincre nous nous référerons à deux cas : le premier concerne le Burundi et le second le Burkina Faso.

Concernant le Burundi, les organisations africaines ont été très actives. Qu'il s'agisse de la Communauté des Etats d'Afrique de l'Est (Eastern Africa Community) ou de l'Union Africaine, et plus particulièrement le Conseil de Paix et de Sécurité. De nombreux textes ont été adoptés sur cette situation³² mais étrangement aucun ne se hasarde sur la qualification de coup d'Etat constitutionnel de la décision du Président Nkurunziza de se présenter pour un troisième mandat. Tous ces documents évitent soigneusement de qualifier juridiquement cette décision présidentielle, même pour la légaliser au regard du droit régional, qui est pourtant à l'origine de troubles dans le pays. Cette pudeur dessert l'action régionale. On pourra toujours arguer qu'en tant qu'institutions politiques, leur approche doit avant tout être diplomatique et non juridique. Mais c'est argument n'est pas convaincant surtout concernant l'Union Africaine, au regard du Protocole de Durban.

Le cas burkinabè doit alors être évoqué. En effet, à la suite de l'Insurrection populaire des 30 et 31 octobre, le régime de la Transition décida de modifier le code électoral burkinabè. La Charte de la Transition ayant intégré la Charte africaine de la Démocratie précitée dans le corpus constitutionnel burkinabè, les autorités de la Transition complétèrent l'article 135, qui concerne les cas d'inéligibilité, en y ajoutant un paragraphe ainsi libellé « *toutes les personnes ayant soutenu un changement anticonstitutionnel qui porte atteinte au principe de l'alternance démocratique, notamment au principe de la limitation du nombre de mandats présidentiels ayant conduit à une insurrection ou à toute autre forme de soulèvement* ».

Les représentants de l'ancien parti de Blaise Compaoré, CDP et les membres du Front Républicain (coalition de partis soutenant le CDP), déposèrent un recours devant la Cour de Justice de la CEDEAO. Cette dernière rendit son jugement le 13 juillet 2015 (Affaire NO°ECW/CCJ/APP/19/15) dans lequel *in fine* elle décide au fond : « *Dit que le Code électoral du Burkina Faso, tel que modifié par la loi n° 005-2015/CNT du 07 avril 2015, est une violation du droit de libre participation aux élections ; Ordonne en conséquence à l'Etat du Burkina de lever tous les obstacles à une participation aux élections consécutifs à cette modification* ». Nous ne reviendrons pas, ici, sur le non respect subséquent par les autorités burkinabè de la décision. Tel n'est pas notre propos.

³² Voir, notamment et de manière non exhaustive, le communiqué PSC/PR/COMM.(DVII) du 14 mai 2015 ; le communiqué PSC/PR/COMM.2(DXV) du 13 juin 2015 et l'excellent rapport de la Présidente de la Commission de l'Union Africaine sur la situation au Burundi doc. PSC/AHG/3(DXV) du 13 juin 2015.

Ce qui retiendra notre attention ici, pour la démonstration, est le paragraphe 30 qui énonce : « A cet égard, l'argument de l'illégalité des changements anticonstitutionnels de gouvernement, que l'on pourrait, sur la base du nouveau code électoral opposer aux requérants, ne tient pas. Sans entrer dans une discussion sur la qualification même des conditions dans lesquelles le précédent régime a voulu modifier la Constitution, la Cour rappelle simplement que la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement vise des régimes, des Etats, éventuellement leurs dirigeants, mais ne saurait concerner les droits des citoyens ordinaires (...)». (nous soulignons)

La Cour de Justice de la CEDEAO a donc esquivé la discussion sur le fait de savoir si la manipulation constitutionnelle de l'article 37 était oui ou non un coup d'Etat constitutionnel. Il aurait pourtant été fondamental de trancher en droit cette question, et ceci à double titre :

- Tout d'abord, il existe depuis 2001 au sein de la CEDEAO un Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité³³. Aux termes de ce protocole fait partie parmi les principes constitutionnels communs à tous les Etats membres de la CEDEAO, « *Tout changement anticonstitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession et de maintien au pouvoir* » (article 1c)). L'application de cet article, non évoqué dans la décision de juillet 2015 alors qu'il est applicable, aurait nécessité que le juge définisse s'il y avait au cas d'espèce un changement anticonstitutionnel de pouvoir.

- Ensuite, l'article 23 de la Charte africaine pour la Démocratie, non évoqué lui aussi dans la décision, est complété par un article 25 alinéa 4 qui indique : « *Les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne doivent ni participer aux élections organisées pour la restitution de l'ordre démocratique, ni occuper des postes de responsabilité dans les institutions politiques de leur Etat* ». La modification du code électoral burkinabè incriminée est une application, au demeurant maladroite car trop générale dans son interdiction, de cet article.

Si la Cour avait eu le courage de se prononcer sur le point de savoir s'il y avait eu tentative de changement anticonstitutionnel de pouvoir, alors elle aurait pu en tirer toutes les conséquences, au regard de la Charte africaine pour la Démocratie qui est contraignante pour le Burkina Faso. Elle aurait pu dès lors, dans le respect du Protocole relatif à la Cour de Justice de la CEDEAO de 1991, indiquer l'interprétation devant être faite dudit article pour qu'il soit conforme aux textes internationaux et/ou inviter les autorités de la Transition à le

³³ Protocole A/SP1/12/01 du 21 décembre 2001.

modifier dans un sens plus restrictif pour se concentrer « *sur les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement* »³⁴.

En refusant de se prononcer sur le droit régional applicable en l'espèce, la Cour a desservi la sous-région et plus largement le continent, alors qu'elle avait l'occasion de faire preuve d'audace juridique.

Conclusion

De nombreuses constitutions d'Afrique sub-saharienne francophone sont extrêmement bien rédigées *de prime abord*, car elles répondent aux critères internationaux mais elles sont largement inadaptées aux Etats qu'elles sont censées régir.

Elles peuvent satisfaire les techniciens du droit constitutionnel, nationaux ou internationaux, mais elles sont souvent utilisées comme un instrument permettant aux autorités en place d'assurer, dans le « respect » de l'Etat de droit, leur domination.

Ce « jouet » fait l'objet de manipulations plus ou moins légales pouvant mener à des coups d'Etat constitutionnels.

Il en sera ainsi tant qu'elles ne correspondront pas à l'état des relations sociales existant dans chacun des Etats envisagés (en ce sens il n'existe pas une Afrique mais des Afriques), tant que les juges constitutionnels n'auront pas le courage juridique de s'y opposer, et tant que les organisations régionales n'adopteront pas une approche intransigeante vis-à-vis des coups d'Etat constitutionnels.

A défaut, l'insurrection sera le seul moyen, risqué pour les populations, de faire échec à ces coups d'Etat constitutionnels. Les burkinabè ont montré une voie qui pourrait être suivie par d'autres³⁵, avec cependant beaucoup d'aléa.

Reprenant la célèbre formule de Rabelais, le Professeur Jean du Bois de Gaudusson écrivait très justement que « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme »³⁶.

³⁴ Ce que fera d'ailleurs le Conseil Constitutionnel burkinabè notamment dans sa décision du 28 août 2015, n°2015-023 portant liste provisoire des candidats à la présidentielle 2015.

³⁵ C'est par exemple le cas du peuple de République Démocratique du Congo qui pourrait utiliser l'article 64 de la Constitution (droit à l'insurrection) si le Président en exercice souhaitait contrairement à l'article 220 modifier la Constitution pour faire un troisième mandat (interdit par l'article 70).

Mais, des règles sociales organisant les Etats d'Afrique francophone existaient bien avant la tropicalisation des constitutions occidentales. La culture constitutionnelle n'est donc pas singulière. Chaque Etat devrait développer sa propre culture constitutionnelle fruit d'un compromis entre des règles endogènes et des règles exogènes « endogénéisées ». Il serait donc souhaitable qu'une troisième vague de bouillonnement constitutionnel puisse faire la synthèse pour qu'enfin émergent des constitutions propres à chaque Etat.

Ouagadougou le 30 novembre 2015

³⁶ De Gaudusson (J.), « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur 15 années de transition en Afrique et en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic « Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation »*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 333-348.