



Justice para-constitutionnelle et crise dans les ordres constitutionnels Africains. Etude des cas du Niger, du Burkina Faso et du Madagascar.

Serge François SOBZE
Agrégé des Facultés de Droit
Université de Douala (Cameroun)

Résumé

Tout comme le principe de laïcité qui progressivement sent de *l'encens*, l'Etat en Afrique dégage la fumée des *coups d'Etat*, propulsant résolument son destin entre le charybde et le scylla. Il se crée en effet, un mouvement balancier faisant de l'ordre étatique africain un véritable *champ de guerre* où les sirènes des putschistes ont remplacé les gyrophares des campagnes électorales et les motivations savantes des juges constitutionnels, substituées par les déclarations des généraux d'armées. Cette révolution à rebours ou mieux cette *catastrophe constitutionnelle* oblige à repenser l'état de l'Etat de droit en Afrique ou à donner un contenu démocratique à la justice para-constitutionnelle qui progressivement fait sa mue ; cette justice qui bien que n'ayant pas un ancrage constitutionnel, se déploie dans l'environnement de la Constitution avec pour objet d'assurer l'organisation des pouvoirs publics en période de crise.

Mots clés. Justice- Justice constitutionnelle- justice para-constitutionnelle- para-légalité constitutionnelle- crises politiques- coups d'Etat.

Summary

Just like the principle of secularism, which is gradually smelling like incense, African states is giving off the smoke of putch, resolutely propelling its destiny between the charybdis and the scylla. Indeed, a pendulum movement is being created, turning the state order into a veritable field of war, where the sirens of coup plotters have replaced the flashing lights of electoral campaigns and the learned motivations of constitutional judges have been replaced by the statements of army generals. This revolution in reverse, or rather this constitutional catastrophe, obliges us to rethink the state of the rule of law in Africa or to give a democratic content to the para-constitutional justice that is progressively undergoing a change; this justice, although not constitutionally anchored, is deployed in the environment of the Constitution with the aim of ensuring the organization of public powers in times of crisis.

Key words. Justice- constitutional justice- para-constitutional justice- para-constitutional legality- political crises- coups.

Sommaire

- I. Le paradoxe de la sauvegarde de l'ordre constitutionnel existant
 - A. La sauvegarde par des opérations *a-constituantes*
 - B. L'ambivalence des mécanismes de rétablissement de l'ordre constitutionnel
- II. L'orthodoxie recherchée d'une justice constitutionnelle de crise
 - A. L'encadrement des mécanismes para-constitutionnels imposés
 - B. Les défis de restauration d'une justice constitutionnelle de crise



« Les processus de sortie de crise dans certains Etats africains ont mis en évidence des procédés para-constitutionnels de production de la normativité constitutionnelle ».

Yédoh Sébastien LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionalisme ou constitutionalisme de crise », in Djedro Francisco MELEDGE, Martin BLEOU et François KOMOIN, (dir.), *Mélanges dédiés au Doyen Francis VANGAH WODIE*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, 568 p. (spec. p. 354).

« *L'Etat africain est à refaire* »¹. Et si l'une des raisons actuelles était *la fumée* qu'il dégage provenant des coups d'Etat?² Ce phénomène pose les problématiques de la garde de l'ordre constitutionnel³ et de la légitimité de la justice constitutionnelle en crise en Afrique.

A ce titre, l'idée d'une justice para-constitutionnelle en émergence suscite sans doute l'étonnement tant elle emporte un son de cloche dissonant et s'apparente au « *juridiquement correct constitutionnel* »⁴. Elle est incongrue tant le spectacle qui s'offre à l'Afrique ressemble davantage à un immense désordre qu'à un ordre constitutionnel même émergent. A *l'image des nuages traversés par des éclipses*⁵, le constitutionalisme africain traverse, après le printemps des « *conférences nationales* »⁶, « *le printemps arabe* »⁷, celui des « *arrangements a-constitutionnels* »⁸ et des « *conflits politiques* »⁹ qui apparaissent comme les nouveaux marqueurs à l'aune desquels évaluer les transformations¹⁰ de sa justice.

¹K. AHADZI-NONOU, *Les défis du gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, Paris, l'Harmattan, 2020, 308 p. (spec. p. 232).

²Cette formule est inspirée de : « *Laïcité : et si ce mot sentait l'encens* » de Pierre-Antoine TOMASI, « Nouvelle bénédiction du juge administratif pour une laïcité pacificatrice », *AJDA*, 2022, p. 363. L'auteur reprenait une expression de Jean RIVERO (*Laïcité : le mot sent de la poudre*), in *La notion juridique de laïcité*, D. 1949. 137.

³Qui est le gardien de l'ordre constitutionnel en Afrique en période de crise et peut-il se passer de la Constitution ? H. KELSEN, Qui doit être le gardien de la constitution ? Paris, M. HOUDIARD éd., Coll. *Les sens du droit*, 2006, p. 63 ; C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, 39 p.

⁴A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel. Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 87- 97.

⁵R. Carré de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Vol II, 640 p. (spec. p. 420).

⁶M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. Du B. de GAUDUSSON (dir.) *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p.177-195; F. E. BOULAGA, *Les conférences nationales en Afrique noire- une affaire à suivre*, Karthala, 1993, p. 65- 67.

⁷J. B. VERON, « Quelles retombées des printemps arabes sur l'Afrique subsaharienne ? Introduction thématique » *Afrique contemporaine*, n° 245, 2013, p. 13 et s ; X. PHILIPPE, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de GAUDUSSON, Espace du service public*, Tome 1, Presse universitaire de Bordeaux, Pessac, 2013, p. 33 sq.

⁸F. J. AÏVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, p. 141-180.

⁹C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 451-491 ; G. N. TCHOUGLI, « Le juge constitutionnel face aux conflits politiques en Afrique noire francophone », *RJPEF* 2012, p. 239.

¹⁰L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie A. Colin, Paris, 2013, 279 p ; M. ONDOA et E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du droit en Afrique*, L'Harmattan, 2018, 216 p.



En effet, sous le prisme des crises politiques mettant à mal l'organisation constitutionnelle¹¹, il se fabrique¹² dans l'ordre constitutionnel africain et à l'image du droit administratif au-delà de l'Etat¹³, ou d'une justice parallèle¹⁴, « *un droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel* »¹⁵. De cette ingénierie constitutionnelle¹⁶ inédite¹⁷ est née la para-légalité constitutionnelle¹⁸, source de la justice para-constitutionnelle très souvent mise en place alors que la Constitution est suspendue¹⁹ ou abrogée²⁰. On dirait que l'ordre constitutionnel africain²¹ est pris au piège²², qu'il est confronté à sa propre survie²³ ou qu'il

¹¹ P. LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDI, 1966, 328 p. (spec. p. 21.)

¹² B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnologie du conseil d'Etat*, Paris, La Découverte Poche, 2004, p. 292 ; S. F. SOBZE, « La fabrication du droit en Afrique : contribution à la consolidation de l'autonomie des droits africains », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, vol.70, p. 471-497.

¹³ C. MONEMBOU, « Le Droit administratif au-delà de l'État. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les États d'Afrique noire francophone », in *Droit administratif : convergence ou concurrence des disciplines juridiques ? Mél. en l'honneur de Demba SY*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2020, p. 705-720. Ceci nous rappelle la formule sibylline et riche de Jean Foyer employée le 24 octobre 1961, à l'occasion d'un déjeuner offert en son honneur par la *Revue Penant* : « par le droit français, mais au-delà du droit français », J. FOYER, « Les destinées du droit français en Afrique », *Penant*, 1962, p. 1-16 (spec. p. 10).

¹⁴ P. NKOUMVONDO, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'Etat », « Droit et société » 2002/2 n°51-52, p. 369-381.

¹⁵ M. B. EKELLE NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel : réflexion sur le constitutionalisme en Afrique noire », *Revue Africaine de Droit Public*, vol. VII, n° 14, suppl. 2018, p. 229-250.

¹⁶ D. F. MELEDJE, *Ingénierie constitutionnelle*, Les éditions abc, 2020, 225p ; S. ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République du Congo, du Burundi et du Congo Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, 2016, 600p.

¹⁷ P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit McGill*, 2012, pp. 922-949 ; J. L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RRJ-DP*, 2008, p. 1722.

¹⁸ A. F. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO, (dir.), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, 2021, p. 67.

¹⁹ La suspension renvoie à la neutralisation momentanée d'une ou des dispositions constitutionnelles. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1993, 573 p. (spec. p. 239) ; O. JOUAJEAN « La suspension de la constitution de 1793 », *Droits* n°17, *La révolution française et le droit*, 1993, p. 125-138 (spec. 127). C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les Etats d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, n°2, p.573. J. P. B. BIDIAS à BASSA, « La suspension des Constitutions dans les Etats africains en crise », *RADSP*, Vol. 3 n°6, juil.-Déc. 2015, p. 87-115.

²⁰ L'abrogation de la Constitution renvoie à l'effacement ou à l'annulation de la Constitution en vigueur tout en préservant le pouvoir constituant qui la fonde. V. F. MODERNE *Réviser la constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, 106 p. (spec. 7).

²¹ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. VODIE*, F. M. DJEDJRO, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I, Capitole, 2016, pp. 399-421.

²² D. BARANGER, « Le piège de droit constitutionnel », *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum*, n° 3-2009, p. 1 sq.

²³ F. MELEDJE DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Les éditions ABC, Abidjan, 2014, p. 396.



devient le théâtre d'une nouvelle vague du constitutionalisme²⁴ où la para-constitutionnalité est la « valeur »²⁵ ou « le marqueur profond du constitutionalisme africain francophone »²⁶.

De 1960 à 1990, l'Afrique s'est offerte comme terre de prédilection des régimes autoritaires et unanimistes et, de 1990 à nos jours, elle s'est transformée en un camp d'institutionnalisation des coups d'Etat comme mode de droit commun d'accession au pouvoir d'Etat²⁷. Sous la pression des crises politiques, l'option extraconstitutionnelle semble s'installer comme le paradigme qui fait recette²⁸. De cette pratique²⁹ se dégage une *fracture*³⁰ entre la justice constitutionnelle orthodoxe³¹ et la nouvelle justice dite « *atypique* »³² ou « *invisible* »³³ qui s'inspire des sources de *normativité*³⁴ développées autour de la Constitution. S'agit-il d'une

²⁴A. CABANIS et M. L. MARTIN, *Le constitutionalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 2010, p.128. Le premier cycle (1960-1964), marque le constitutionalisme africain d'inspiration libérale et caractérisé par le mimétisme vis-à-vis de l'occident. Le deuxième cycle (1964-1990), est caractérisé par l'apparition de gouvernements autoritaires. Le troisième qui débute en 1990 correspond au retour du constitutionalisme libéral. On a l'impression de vivre une nouvelle vague marquée par la crise de la justice constitutionnelle et l'émergence d'une nouvelle forme de justice dite para-constitutionnelle.

²⁵R. OGIEN, « Normes et Valeurs » in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 2, 4e édition revue et augmentée, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 1354-1368 ; F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les Cahiers de la justice*, 2022/1n°1, pp. 7-14 ; Pour une étude africaine sur les valeurs, lire B. KANTE, « Comment intégrer les valeurs africaines dans nos institutions », sept/oct. 2016, www.wathi.org, consulté le 6 avril 2022 ; E. M. NGANGO YOUNBI, « Valeurs et Constitution. Etude de cas à partir de quelques constitutions africaines », *RRJ*, 2021-1, pp. 335-372.

²⁶F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, Autour du monde, n°1 –septembre 2018, p. 5. Selon le professeur, « *c'est peut-être la distorsion de la notion même de constitution qui devient le marqueur profond du constitutionalisme africain francophone* ». p. 5.

²⁷ Les cas du Mali, de la Guinée Conakry, du Burkina Faso viennent s'ajouter aux coups d'Etats militaires (Algérie, Burundi, Centrafrique, Comores, Côte d'Ivoire, Gambie, Guinée Bissau, Niger...), à des insurrections ou rébellions armées (Sierra Léone, Libéria, République Centrafricaine...) ou à la radicalisation de l'opposition politique (Kenya, Guinée, Togo, Zimbabwe...). Les récents coups d'Etat militaire perpétrés au Niger le 26 juillet 2023 et visant à renverser le Président Mohamed BAZOUM et du 30 Août 2023 mettant « *fin au régime en place* » dirigé par le Président ALI BONGO au GABON, attestent de ce que l'ordre constitutionnel africain a mal de sa légalité, de sa légitimité. Sur la notion de coup d'Etat, lire R. CIAVOLELLA et M. FRESIA, « En démocratie et coup d'Etat. Hégémonie et subalternité en Mauritanie », *Politique africaine*, n°114, 2009, p. 5-23.

²⁸Lire les décisions contradictoires du 8 février 2022 rendues par le Conseil constitutionnel burkinabé : Décision « *constatation de la vacance de la présidence du Faso* » et portant « *dévolution des fonctions du Président du Faso* ». Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise ... », *op. cit.* p. 339 sq ;

²⁹K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012, p. 57-85.

³⁰F.-J. AÏVO, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Edition l'Harmattan, 2014, p. 744.

³¹F. MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in G. CONAC, (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. II, Paris, Economica, 1983, p. 3 ; J.-F. WANDJI K., *La justice constitutionnelle au Cameroun*, Edition MENAIBUC, 2015, 242 p.

³²D. SY, « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines », in Frédéric Joël AÏVO (dir.) *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges*, *op. cit.* p. 273-274.

³³M.-C. PONTMOREAU, « De la constitution invisible à la constitution évanescence : la loi fondamentale de la Hongrie à la lumière des expériences européennes », *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 404-418 ; A. GARAPON, « La révolution invisible », *LPA*, 9 nov. 1998, n°134, p. 4 ; E. TONI, « La constitution invisible de la république du Bénin », *RFDC*, 2022/1 n°129, p.111- 126.

³⁴A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *Revue CADI*, n°018/ décembre, 2021, p. 1-32.



révolution³⁵, d'une autre tendance du constitutionnalisme africain³⁶, d'une crise de la justice constitutionnelle ou d'une justice constitutionnelle de crise ?

Nolens volens, la justice constitutionnelle africaine est résolument à l'épreuve de la démocratie³⁷ et de la légitimité³⁸. L'hétérodoxie juridictionnelle³⁹ qui émerge heurte frontalement les décisions audacieuses issues de l'office offensif des juges constitutionnels et célébrées avec enthousiasme par la doctrine africaniste. Il s'agit, pour le juge Tanzanien, de (*la présomption de constitutionnalité*)⁴⁰, Béninois, du (*consensus national*)⁴¹, Nigérien, du (*serment supra constitutionnel*)⁴² ou de « *l'extra constitutionnalité du coup d'Etat* »⁴³, Malgache, de (*l'ordonnance transitionnelle*)⁴⁴ et Centrafricain, de la (*protection de la nationalité, du sol et du sous-sol Centrafricain*)⁴⁵ et de la (*protection de la Constitution de 2016*)⁴⁶ contre les actes de l'exécutif pris dans le cadre de l'exécution de la loi régissant la *cryptomonnaie* ou sur le projet de révision constitutionnelle.

³⁵K. PICARD, « La notion de révolution juridique à l'aune de la justice transitionnelle », *Les Cahiers Portalis*, 2021/ 1, n°8, pp. 55-72 ; J.-P. ROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie du droit », *RFDC*, 2005/ 2 n° 102, p. 391-404.

³⁶ K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Volume 1, juillet-décembre 2001, p. 35- 86 ; F.-J. AÍVO, « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, p. 289-309.

³⁷B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : Succès et résistances », in *La démocratie en Afrique, Pouvoirs* n°129, p.18 sq; B.-R. GUIMDO, « Les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve de la démocratie », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janv. 2021, p. 1-37 ; J. F. BAYART, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, vol. 2, n°129, 2009, p.33 ; P. QUANTIN, « La démocratie en Afrique à la recherche d'un modèle », *Pouvoirs*, 2009/2 n°129, p. 65-76.

³⁸D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique"?, MOLFESSIS et ALII (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, pp. 363-376 ; L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, p. 557-581 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site lecames.org, vol.1, 2015, consulté le 13 avril 2022 à 14h ; A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in A. SALL et I. M FALL (dir.), *Mélanges Babakar KANTE, Actualité du droit public et de la science politique en Afrique*, p. 288.

³⁹L'expression est empruntée à Patrice MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit McGill*, 2012, pp. 922-949. Le Professeur parle de l'hétérodoxie normative, source de l'affaiblissement de la constitution.

⁴⁰Décision de 2002, *Affaire Ndynabo v. Attorney General*. Selon ce principe, la charge de la preuve d'inconstitutionnalité d'une loi incombe au plaignant et la charge de la justification de la constitutionnalité de la restriction légale d'une liberté fondamentale incombe à ses auteurs.

⁴¹DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle béninoise, remise en cause par la décision de 2018.

⁴² Avis n° 02/CC du 25 mai 2009 de la juridiction nigérienne.

⁴³ Avis n° 02/CC du 25 mai 2009 sur l'interprétation des articles 1, 5, 6, 36, 37, 39, 49 et 136 de la Constitution.

⁴⁴ Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 concernant des requêtes relatives à la situation de transition.

⁴⁵ Décision n°008/CC/22 du 29 août 2022 déclarant contraire à l'article 49 de la Constitution du 30 mars 2016 et nuls les actes de l'exécutif organisant la vente de la nationalité, du sol et du sous-sol centrafricains dans le cadre de l'exécution de la loi n°22004 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie en République Centrafricaine.

⁴⁶ Décision n° 009/CC/22 du 23 septembre 2022.



Pour remettre la justice constitutionnelle africaine « sur ses pieds »⁴⁷ ou la sortir de la « situation de chaos » occasionnée par les crises⁴⁸, les acteurs politiques dans l'impossibilité de négocier⁴⁹, sont tenus par l'obligation de « constituer »⁵⁰ par défaut, afin de garantir la continuité des pouvoirs publics⁵¹ créant ainsi une sorte de *bizarrierie constitutionnelle*⁵² ou juridictionnelle. De leurs actes normateurs va naître la justice para-constitutionnelle qui constitue l'une des aventures les plus passionnantes du constitutionalisme africain.

Cependant, parce que la science a horreur des contresens et des imprécisions, il est nécessaire de procéder à des clarifications terminologiques.

Il faut dire d'emblée que l'ordre constitutionnel africain est en crise et sa justice avec. Cette situation laisse émerger une nouvelle forme de justice para-constitutionnelle. Le concept émergence qui en découle⁵³, du latin *emergere* signifie l'apparition soudaine d'une idée, d'un fait social, politique ou économique. Le petit Larousse l'illustre par la formule dite de *l'émergence du bioterrorisme au XXIème siècle*⁵⁴. Cette notion stratégique⁵⁵, qui appartient moins au vocabulaire juridique classique qu'à celui des sciences sociales, est occidentale et plus précisément issue du monde de la gestion financière⁵⁶. Elle est mise sous le feu des projecteurs grâce à la transformation économique et extrêmement rapide et brutale qui a vu le jour dans plusieurs régions du monde, d'où l'expression « *économie émergente* ».

⁴⁷ Cette expression est empruntée à Babacar KANTE, *Préface* in I. M. FALL, (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, Credila, 2008, p. 13.

⁴⁸ F. J. AÍVO, « Le silence des constitutions en Afrique », Communication au colloque sur « *L'Afrique et l'internationalisation du constitutionnalisme : actrice ou spectatrice ?* », Lomé, les 16 et 17 juin 2010, p. 1-29 ; A. S. ADOUA-MBONGO, « Le juge constitutionnel africain et le silence de la constitution », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janvier 2021, p. 70-105.

⁴⁹ F. MELEDJE DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Les éditions ABC, Abidjan, 2014, p. 396.

⁵⁰ A. KPODAR, « Constituer en droit constitutionnel », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO, (dir.), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, 2021, p. 29-44.

⁵¹ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5-120. V. *Décision du 14 nov. 2018* du juge constitutionnel gabonais et relative à l'indisponibilité temporaire du Président de la république. E. NGANGO YOUNBI « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n° 219/CC du 14 novembre 2018 : splendeur ou stupeur ? », *Politeia*, n° 34, 2018, p. 183-200.

⁵² F. De P. TETANG, « De quelques bizarreries constitutionnelles relatives à la primauté du droit international dans l'ordre juridique interne : la côte d'ivoire et « l'affaire de l'élection présidentielle », *RFDC*, 2012/3, n°91, p. 45-66. F. LUCHAIRE, Douze bizarreries – bien françaises », *Le nouveau constitutionnalisme Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, pp. 151-164 (spéc., p. 152).

⁵³ Le petit Larousse illustré définit le concept émergence comme la sortie d'un liquide, d'un fluide, d'un rayonnement hors d'un milieu. Cf. *Le petit Larousse illustré*, éd. 2014, p. 426.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ H. JUVIN, « L'émergence, une notion stratégique ». Intervention au Colloque « *Les Etats émergents : vers un basculement du monde ?* » du 10 décembre 2012, *Fondation Res Publica-www.fondation-res-publica.org*.

⁵⁶ B. HAUDEVILLE, « L'émergence : une interprétation en termes d'économie de la connaissance », *Revue mondes en développement*, 2012/2 n°158, p. 13-24.



Bien cerné, le concept d'émergence apporte une contribution au développement⁵⁷ et à l'évolution de la justice d'où l'émergence des nouvelles formes de justice. En revanche, si le concept émergence et son champ lexical n'appartiennent pas réellement au langage du droit ou ne constituent à proprement parler une catégorie juridique, force est de relever leur ancrage progressif au jargon spécifique du droit. L'émergence fait l'objet d'une mobilisation graduelle tant en théorie du droit⁵⁸, en droit international⁵⁹, en droit administratif⁶⁰, en droit de l'environnement⁶¹ et il serait incongru de nos jours, de l'exclure de la réflexion en droit constitutionnel⁶². Du fait des crises politiques, il s'émerge un modèle africain de justice constitutionnelle⁶³ dont la para-constitutionnalité est la grande tendance contemporaine⁶⁴.

La justice du latin *justicia* est un principe moral qui exige le respect du droit et de l'équité ; défendre l'idée de justice et rendre la justice consiste essentiellement à dire ce qui est juste dans l'espace concret soumis au tribunal⁶⁵. C'est pourquoi le droit et la justice sont intimement liés et constituent d'ailleurs les deux visages de la juridicité⁶⁶.

L'organisation de la justice distingue de façon classique deux ordres de juridiction : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. On assiste depuis la traversée de l'Etat légal à l'Etat de droit⁶⁷, à la naissance d'une justice chargée d'assurer la suprématie de la Constitution⁶⁸ sur

⁵⁷A. PIVETEAU et E. ROUGIER, « Emergence, l'économie du développement interpellée », *Revue de la régulation*, 1^{er} semestre 2010, 13 p.

⁵⁸M. DELMAS-MARTY, *L'émergence d'un ordre juridique mondial : pathologie ou métamorphose ?* mis en ligne sur Cairn. Info le 08 novembre 2015, 296 p. consulté le 4 mars 2022 à 14 h.

⁵⁹J. D'ASPROMONT, « Emergence et déclin de la gouvernance démocratique en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2009, p. 57-80.

⁶⁰B. KINSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, 2013, t. XXVII, p. 37-58.

⁶¹O. BARRIERE, « De L'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique », in Eberhard C. (ed.), G. Vernicos (ed.), *La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Etienne le Roy*, Paris : Karthala, 2006, p. 147-172. (*Cahiers d'Anthropologie du droit*).

⁶²Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Pouvoirs* n° 129, 2009, p.101-114 ; M. DIAKHATE, *L'émergence du droit électoral dans les Etats de l'Afrique subsaharienne francophone. Les cas du Bénin, du Mali et du Sénégal*, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012, 500 p.

⁶³J. F. WANDJI K., « Le contrôle de constitutionnalité au Cameroun et le modèle africain francophone de justice constitutionnelle », *Politéia*, n°11, 2007, p. 303-331.

⁶⁴L'histoire a permis de dégager deux grands modèles de justice constitutionnelle, le modèle américain et le modèle européen ou kelsenien. Ils ont connu l'un et l'autre des variations infinies. V. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*, préface H. KELSEN, Paris, 1928 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 1996. p. 45 sq.

⁶⁵G. MANGIN, « Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique », in Jean du Bois de GAUDUSSON et G. CONAC, (dir), *La justice en Afrique*, Paris, *La Documentation française*, 1990, p. 13 sq.

⁶⁶A. AKAM AKAM, *Les deux visages de la juridicité. Ecrits sur le droit et la justice en Afrique*, L'Harmattan, 2020, 438 p.

⁶⁷M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, Paris, Economica, 1879-1914, p. 383.

⁶⁸Le Professeur F. RUBIO LLORENTE définit la juridiction constitutionnelle comme étant « celle qui connaît de l'ensemble de l'activité des pouvoirs publics au regard de la Constitution ... », in *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe, Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, Vol. XII, Economica, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1997, p.11.



les autres normes juridiques⁶⁹, ou de rendre la justice moins superflue⁷⁰ comme c'en est le cas pour la justice para-constitutionnelle, c'est-à-dire tantôt *intra*, tantôt *ultra* constitutionnelle⁷¹.

La justice para-constitutionnelle est cette justice qui bien que n'ayant pas un ancrage constitutionnel, se déploie dans l'environnement de la Constitution avec pour objet d'assurer l'organisation des pouvoirs publics en période de crise⁷². Elle n'est pas synonyme de la justice transitionnelle⁷³. A ce titre, constituent le terreau de l'émergence de cette *justice para-constitutionnelle* : les conventions de la Constitution⁷⁴, les accords politiques⁷⁵ ou constitutionnels⁷⁶, ou enfin l'intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies dans l'ordre constitutionnel des Etats⁷⁷ en vue d'une tentative de règlement des crises politiques⁷⁸.

Dès lors, aborder la question de l'émergence d'une justice para-constitutionnelle dans un ordre constitutionnel africain en crise conduit nécessairement à la construction d'une problématique saisissante : ***comment la justice para-constitutionnelle mise en place en période de crise contribue-t-elle à la restauration de l'ordre constitutionnel dans les Etats d'Afrique considérés ?*** L'hypothèse retenue est celle d'une contribution mitigée car, comme *janus*⁷⁹, ce Dieu prométhéen à deux visages, la justice para-constitutionnelle intervient dans un contexte précis et vise la restauration de l'ordre constitutionnel déstabilisé, mais peut aussi devenir un instrument de *déconstruction* ou de *destruction*⁸⁰ de l'ordre constitutionnel existant.

La justice para-constitutionnelle est un objet du droit constitutionnel digne d'intérêt.

⁶⁹D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 1^{ère} éd. 2003, p. 902.

⁷⁰D. HUME, *Traité de la nature humaine*, 1739-1740. Rendre la justice superflue c'est « [mettre] à sa place des vertus beaucoup plus nobles et des dons plus estimables », comme l'amour du prochain.

⁷¹ Ces formules sont empruntées à Gilles BADET, *Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité. Contribution à l'identification des sous catégories du modèle kelsénien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois*, Thèse, Université de Louvain, 2012, pp. 242 sq.

⁷²J. D. B. GAUDUSSON, *L'accord de Marcoussis, entre droit et politique, Afrique contemporaine*, n°206, 2003, p. 41 sq ; A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janv. 2003, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n°4 (II), p. 2502 sq.

⁷³ La justice transitionnelle peut être *contra constitutionem* ou *para constitutionem*. Il s'agit d'un ensemble de processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation.

⁷⁴Y. MENY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, 50, 1789-1989 ; C. BIDEGARAY, « Pierre Avril à la recherche des « Conventions de la Constitution » in *RFSP*, 48e année, n°5, 1998. p. 664-672 ; P. AVRIL, *Les conventions de Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, p.1.

⁷⁵ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2 n°206. p. 45-46; F. MELEDJE DJEDJRO, « Les arrangements politiques et la constitution : le droit constitutionnel de crise », in *Droit constitutionnel*, 9e édition, édition ABC, Abidjan, 2012, p.237. L'Accord d'Arusha par exemple consacre la primauté de ses dispositions sur celles de la Constitution en cas de conflit.

⁷⁶L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 995 sq;

⁷⁷ Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique ... », *op.cit.* p. 157.

⁷⁸ A. GADJI, « L'ONU et la crise ivoirienne », in Djedjro, F. MELEDJE, Martin BLEOU et F. KOMOIN, (dir.), *Mélanges dédiés au Doyen Francis Vangah WODIE*, Presse de l'Université de Toulouse I, p. 195-229.

⁷⁹B.-R. GUIMDO, « La région en droit public camerounais : quel *Janus juridique*?, *Afrilex*, déc. 2021, 21 p.

⁸⁰ Ces expressions sont empruntées à F. MELEDJE DJEDJRO, « *Droit constitutionnel* », *op. cit.* p. 396.



L'étude de cette justice *constitutionnelle parallèle concurrente* constitue une contribution théorique à la construction d'un statut normatif de la justice para-constitutionnelle dans l'ordre constitutionnel des Etats africains⁸¹. Cette innovation participe à l'implantation d'une justice constitutionnelle *d'exception*⁸², axée sur la « *nécessité* »⁸³ car, la justice para-constitutionnelle qui émerge comme par hasard⁸⁴ permet aux acteurs politiques de proposer des solutions bien que *dérogatoires* ou *controversées* à la résolution des crises politiques⁸⁵.

Il se dégage donc une *théorie de la justice*⁸⁶ exceptionnellement para-constitutionnelle comme solution africaine aux crises politiques ou encore comme une nouvelle *identité*⁸⁷ de la « *démocratie judiciaire* »⁸⁸ africaine.⁸⁹ On en infère qu'en période de crises politiques, le constitutionalisme de crise permet de se passer de Constitution⁹⁰ et de s'inspirer de la sociologie du droit constitutionnel⁹¹ pour bâtir un ordre politico-juridique imposé par des événements

⁸¹J. PINI, « Simples réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », CCC, n°6, 2008, p. 5.

⁸² L'expression est empruntée à J. OWONA in « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *Revue camerounaise de droit*, n°6, juillet-décembre 1974, p. 116.

⁸³M. MEDHAT EL -NAHRY, *Contribution à la théorie de la nécessité en droit constitutionnel : étude comparée de la théorie de la nécessité dans les régimes occidentaux et en Egypte*, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université de Clermont-Ferrand, 1, 1983, 559p ; P. WAFU TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2018, p. 16. La nécessité est basée ici sur la sauvegarde du principe de la continuité de l'Etat et plus précisément sur le service public de la justice.

⁸⁴ G. VEDEL, « Le hasard à la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, sept., 1989, p. 15. Pour le Doyen : « *c'est le hasard qui engendre les Constitutions, mais c'est la nécessité qui les fait vivre* » ; J. GICQUEL, « Les Etats de nécessité », in *Droit constitutionnel et droit de l'homme : rapports français au II^e congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel*, Paris-Economica, Aix-en Provence-PUAM, coll. Droit public positif, 1987, p. 173 ; A. F. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOUA et P. E. ABANE ENGOLO, (dir.), *op. cit.* p. 57-81 ; M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue internationale de Droit comparé*, n° 2-1981, p. 625-657.

⁸⁵ A. HAMADOU, « L'office du juge constitutionnel en circonstances exceptionnelles : réflexion à partir des exemples du Burkina Faso et du Mali », <http://afrilex.u-bordeaux.fr/>, *Afrilex*, Mai 2023, 35 p.

⁸⁶J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard Univ. Press, 1971, Trad. fr. C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, 560p ; R. KAST, *La théorie de la décision*, Nouvelle édition, Paris, *La découverte*, 2002, 120 p.

⁸⁷ E. M. NGANGO YOUNBI et R. NGANDO SANDJE, « Existe-il une identité constitutionnelle africaine? » *Revue du droit public*, n°5, 2021, pp. 1315-1350 ; O. N. MBAYE, *l'identité du droit africain. Le socle de l'Egypte antique*, PUD, L'Harmattan-Sénégal, 2022, p. 2.

⁸⁸A. BLANC, « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1 n°83 pp.203-212. C'est le passage de la démocratie constitutionnelle à la démocratie imposée par le juge.

⁸⁹ S. BOLLE, « Des constitutions « made in » Afrique », Communication au VI^e Congrès Français de Droit Constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, p.9.

⁹⁰ M. SLOBODAN, « Peut-on se passer de Constitution ? », La réponse est non, mais quelle est la question ? *Constitution*, Constitutions : *Revue de droit constitutionnel appliqué*, Paris, Dalloz, 2017, p. 359.

⁹¹J. CHEVALIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 281-297.



imprévus⁹². Cette transition bien que provisoire atteste de ce que le droit constitutionnel africain est en mutation⁹³ et la justice constitutionnelle, en survivance⁹⁴.

Par ailleurs, l'étude est une contribution pratique à l'appréhension de la justice issue des différents mécanismes de résolution de crise diversement qualifiés de Constitution intérimaire⁹⁵ ou de transition, de petites Constitutions⁹⁶, variation qui déteint sur le droit produit⁹⁷. Elle participe à l'aménagement de la précarité de la justice para-constitutionnelle et à l'encadrement de sa finalité qui consiste à mettre un terme à une période de vive tension et de faire naître une justice apaisée ou en harmonie avec la Constitution et la vie politique⁹⁸. Elle contribue à l'enracinement en Afrique d'un « *constitutionalisme global* »⁹⁹.

Dans la perspective d'apporter les éléments de réponse à l'interrogation formulée, l'approche du positivisme qui commande par principe une analyse reposant sur l'exégèse¹⁰⁰ mais aussi de la « sociologie des normes »¹⁰¹ donnerait à l'analyse une part de sa complétude.

Les expériences tirées du Niger, du Burkina Faso et de Madagascar sont à cet égard, illustratives¹⁰². Dès lors, « *l'espace constitutionnel* »¹⁰³ s'enrichi résolument de nouveaux

⁹² Cf. La convention de Philadelphie qui élabora la première grande Constitution fédérale de l'époque moderne.

⁹³J.-B. DUCLECQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, coll. Bibl. de droit constitutionnel et science politique, LGDL, 2015 ; P. CAPS, « Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel », *Civitas Europa*, 2001, n° 6, p. 39 sq.

⁹⁴G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », *L'Évolution du droit public*. Études en l'honneur d'Achille Mestre, Sirey, 1956, p. 53 sq; D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1-1990, p. 5.

⁹⁵ A. J. BULLIER, « La constitution intérimaire de l'Afrique du sud », *Afrique contemporaine*, n°170, 2^{ème} trimestre, 1994, p. 41 sq.

⁹⁶M. ZAKI, « Petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP*, n°6-008, 2012, p.1667; CARTIER, « Les petites constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, 2007, n°529, p. 529 sq.

⁹⁷V. Les formules : droit transitoire, droit expérimental, droit transitionnel, droit circonstanciel, droit intérimaire.

⁹⁸S. F. SOBZE, « Vie politique et Constitution en Afrique francophone », *Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit (Politeia)*, n° 36, 2019, p. 71-102.

⁹⁹ M.-C. PONTHEOREAU, « "Global Constitutionalism", un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Juspoliticum*, n° 19, consulté le 12 mai 2022.

¹⁰⁰H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1062 ; Du même auteur, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604 p. P. REMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au dix-neuvième siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n°2, pp. 91-105 ; Lire également, P. REMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n°1, pp. 115-123.

¹⁰¹ J. CHEVALIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *op. cit.* p. 281-297.

¹⁰²Trois (3) États ont été judicieusement choisis comme cadre géographique de l'étude. Il s'agit du Niger, du Burkina Faso et du Madagascar. Le choix de ces États n'est ni fortuit, ni gratuit. Une analyse cursive des changements anticonstitutionnels de gouvernement issus des coups d'Etat et des jurisprudences y référentes rendues par leurs Cours constitutionnelles permet de comprendre qu'elles font partie des organes qui expriment au mieux l'émergence en Afrique d'une justice para-constitutionnelle. La proximité du Niger à ces autres pays aussi bien géographique que dans la manière de gouverner suscite une étude d'ensemble. Le Niger est un pays enclavé du Sahel Ouest Africain ayant comme pays voisins le Tchad, le Burkina Faso, le Bénin, le Mali etc ...

¹⁰³ P. PACTET, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP*, 2010, n°1, p. 161.



objets tels que la lustration¹⁰⁴, la nécessité¹⁰⁵, l'animal¹⁰⁶ et la justice para-constitutionnelle. Cette dernière n'est donc plus un tabou¹⁰⁷ mais un objet du droit constitutionnel contemporain mue par l'objectif de sauvegarde de l'ordre constitutionnel **(I)**, mais qui nécessite d'être encadrée pour une justice constitutionnelle orthodoxe plus rationnelle en période de crise **(II)**.

I. Le paradoxe de la sauvegarde de l'ordre constitutionnel existant

La justice constitutionnelle peut-elle se dire en dehors de la Constitution ?¹⁰⁸ La question est en apparence iconoclaste tant l'office du juge constitutionnel repose sur « *la constitution, rien que la constitution, toute la constitution* »¹⁰⁹. Dans l'ordre constitutionnel africain actuel profondément imprégné des crises politiques¹¹⁰, parler d'une justice para-constitutionnelle n'est plus un crime de *lèse-légitimité*¹¹¹ à la justice constitutionnelle ou de « *lèse-constitution* »¹¹².

En effet, il peut arriver que le gardien de l'ordre constitutionnel soit dans l'incapacité de répondre aux exigences constitutionnelles et procède à la rupture ou à la menace de rupture de l'ordre en question à la suite d'un coup d'Etat, d'une guerre ou d'une révolution¹¹³. Il procédera par des opérations *a-constituantes* **(A)** dans l'optique de *défaire pour refaire*¹¹⁴ un nouvel ordre constitutionnel adapté aux revendications sociales ou sociétales du pays **(B)**.

¹⁰⁴D. E. ADOUKI EMMANUEL, « La lustration dans le constitutionalisme contemporain », *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, n° 129, p. 1-17.

¹⁰⁵A. F. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel... », *op. cit.* p. 57 -81.

¹⁰⁶O. GOSSIOT, « L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel », in H. ROUSSIGNOL, X. BIOY, S. MOUTON (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2006, p. 79 – 121.

¹⁰⁷J. Du Bois De GAUDUSSON, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique », in *Afrique contemporaine*, Vol.2, n°242, 2012, p. 53-58.

¹⁰⁸M. B. EKELLE NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel », *op. cit.* p. 229 sq.

¹⁰⁹Lire la formule proposée par François Mitterrand à la veille de la première cohabitation de 1986, issue de son message adressé au parlement, à l'occasion de l'ouverture de la session parlementaire, sur les pouvoirs respectifs du Président de la République, du Gouvernement et du parlement, Paris, 8 avril 1986.

¹¹⁰El Hadj MBODJ, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, n° 2, 2010, p. 441 ; T. O. TAMA AYINDA, *Constitution et crises en Afrique : Réflexion sur l'encadrement constitutionnel des crises dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse de Doctorat/Ph/D en droit public, Université de Yaoundé II, 2018, 465 pages.

¹¹¹F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *op. cit.* p. 9. Le Professeur s'interroge sur le recours implicite ou explicite aux *valeurs*, qu'elles soient morales, politiques ou idéologiques par le juge constitutionnel. Ce recours peut-il être qualifié de crime de lèse-légitimité pour la motivation du juge?

¹¹²O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Coll. *Léviathan*, 1994, éd. PUF, 512 p. (spec. p. 258).

¹¹³O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », *op. cit.* p. 405.

¹¹⁴F. Meleddje DJEDJRO, « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in Fombad (Ch.), Murray (Ch.), *Fostering constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010, p. 309-339.



A. La sauvegarde par des opérations *a-constituantes*

Il faut entendre par opération *a-constituantes*¹¹⁵, toute opération qui concourt soit à la mise entre parenthèse, soit à la désacralisation de la Constitution comme les arrangements ou les accords politiques¹¹⁶ qui constituent une catégorie normative en plein essor en Afrique¹¹⁷.

En effet, comment le juge constitutionnel fait-il face aux dérives du pouvoir politique, aux entreprises toujours plus imaginatives, de contournement de la norme supposément la plus haute et de nature constitutionnelle, pour réécrire à la baisse, voire plus, la garantie de l'ordre politique démocratique? Cette question pertinente de Laurent Sermet¹¹⁸ cadre bien avec l'actualité constitutionnelle africaine tant les situations de crise, dans lesquelles le juge semble demeurer l'un des derniers remparts, sont nombreuses. La réponse réside dans l'entre deux: le recours à un « *tout-au-constitutionnel* » ou à une « *foulée aux pieds de la Constitution* »¹¹⁹. La justice para-constitutionnelle en gestation en Afrique penche pour la seconde hypothèse car elle s'arrime tantôt à la suspension (1) tantôt à l'abrogation (2) de la loi fondamentale¹²⁰.

1. La suspension de la Constitution

« *La suspension de la Constitution est une inconstitutionnalité congénitale irrémédiable* »¹²¹. Cette formule de la doctrine africaine vient confirmer la fragilité et surtout la litanie constitutionnelle selon laquelle « *la Constitution est suspendue* », devenue très fréquente dans la vie politique de certains Etats, notamment en Afrique. Si cette suspension peut avoir des effets juridiques différents, celle qui débouche après négociation sur l'adoption des accords

¹¹⁵En référence à l'expression « *arrangements a-constitutionnels* » utilisée par la doctrine pour marquer l'invasion des accords politiques dans le champ constitutionnel africain. F. J. AÏVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n°1, 2012, p. 141-180.

¹¹⁶ Il s'agit, pour reprendre Jean Louis ATANGANA AMOUGOU, de « *tout accord conclu entre les protagonistes d'une crise politique interne ayant pour but de la résorber, quel que soit sa dénomination* », « les accords de paix dans l'ordre juridique en Afrique », in RRJ-Droit prospectif, 2008, n°3, p.1723 ; A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », in RRJ Droit prospectif, vol 30, n°110, 2005, p. 2504.

¹¹⁷Ch. TUEKAM TATCHUM « Les chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina Faso et de la république centrafricaine », Revue CAMES/SJP, n°001/2016, p. 25-50.

¹¹⁸ L. SERMET « Réflexions sur la notion de droit constitutionnel transitionnel à la lumière de la jurisprudence des cours constitutionnelles des Comores et de Madagascar », <https://dulluhomarinstitutute.org.za>, 11p, consulté le 19 avril 2022 à 15h.

¹¹⁹*Ibid.* Il est question pour le juge à affirmer, à défaut d'une constitutionnalité irréprochable, une constitutionnalité pragmatique prise entre deux tenants extrêmes : celle d'un « tout-au-constitutionnel » qui suppose une légalité parfaite, certes, mais abstraite car non susceptible d'application ; et celle d'une foulée aux pieds de la Constitution par un pouvoir exécutif trop faible et, dans les deux cas, antidémocratique.

¹²⁰ M. AHANHANZO GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome 1, l'Etat et le droit, les nouvelles éditions africaines*, 1982, p. 21.

¹²¹ A. SOMA, « Les effets juridiques de la suspension de la constitution », *Revue des réflexions constitutionnelles*, n°027/ novembre 2022, 1-8.



de sortie de crise est la conséquence d'une « rupture de l'ordre constitutionnel routinier »¹²². Elle peut revêtir un caractère licite¹²³ ou illicite¹²⁴. Il s'agit dans le présent exercice, d'une suspension illicite du fait des crises politiques¹²⁵.

La justice para-constitutionnelle est la preuve de ce qu'il est possible de forger une justice sans et contre la Constitution ?¹²⁶ Cette réponse paraît paradoxale, tant la légitimité de la justice constitutionnelle dans la tradition française¹²⁷ et même africaine¹²⁸, découle de sa loyauté à l'endroit de la Constitution¹²⁹.

La justice para-constitutionnelle remet en cause l'orthodoxie juridictionnelle et certaines théories développées par les tenants du positivisme classique¹³⁰. En effet, il est difficile de croire que les dirigeants, dans un Etat qui se veut de droit¹³¹, puissent statuer en dehors d'un minimum de valeurs-références contextuelles, c'est-à-dire à des considérations extraconstitutionnelles¹³². Mais la justice para-constitutionnelle contribue à bouleverser les certitudes¹³³ et semble devenir une source de « relativisme constitutionnel »¹³⁴.

En dépit du fait que la suspension de la Constitution provoque de fortes perturbations sur les normes constitutionnelles et *infra* constitutionnelles existantes, elle constitue l'amorce

¹²²L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition... », *op. cit.* p. 995. Ces accords visent le rétablissement de la normalité constitutionnelle. G. CORNU, *Vocabulaire juridique* PUF, 2012, 1095 p. (spec. p. 998-999).

¹²³ La suspension est ici formellement prévue par la Constitution en vigueur et opérée en observation des dispositions constitutionnelles y relatives. A ce titre, la Constitution peut être suspendue dans le cadre de la gestion des circonstances exceptionnelles (état d'urgence, état de nécessité, état d'exception, état de guerre, état de siège),

¹²⁴La suspension peut être simplement frauduleuse ; dans ce cas, elle ne viole pas la lettre de la Constitution mais son esprit. Cf. 35 de la Constitution ivoirienne. La suspension s'effectue ici soit en ignorance de la procédure prévue à cet effet, soit en absence de toute disposition qui la prévoit expressément. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, *op. cit.* p. 74; F. MODERNE *Réviser la constitution. op. cit.* p. 239.

¹²⁵ Sur le plan formel, la suspension peut être explicitement décrétée par l'autorité qui en prend l'initiative. C'est le cas après un coup d'Etat militaire, (Côte d'Ivoire, 1999), (Guinée Conakry, 2008), (Niger, 2010), (RCA, 2003, 2013, (Mali, 2014) ; ou par une Charte de transition consensuellement adoptée par les protagonistes de la crise (Cas de la RCA). Sur le plan matérielle, la suspension peut être déduite de l'adoption d'une Constitution transitoire (Accords de Linas -Marcoussis du 23 janvier 2003, Charte de transition de Madagascar du 09 août 2009...).

¹²⁶M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple », *De ses dérives. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 1073.

¹²⁷ P. BASTID, *L'idée de constitution*, Economica, Paris, 1985, p. 32 ; J. ROSSETO, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Thèse, Poitiers, 1982, p. 23.

¹²⁸ O. OURAGA, *Droit constitutionnel et science politique*, 4^{ème} édition, ABC, Abidjan, 2011, p. 44.

¹²⁹ P. TAILLON, « Les sources para constitutionnelles : un supplément et parfois un succédané à la Constitution formelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36-2020, 2021, pp. 15-27.

¹³⁰ La théorie kelsenienne et plus précisément le normativisme est la plus indiquée, elle qui place la Constitution au sommet de la pyramide des normes.

¹³¹L. DONFACK SOKENG, « L'Etat de droit en Afrique », in *La revue du CERDIP*, Vol.1, n°2, Juillet- Décembre 2002, p.87-125 ; voir également O. JOUANJAN, (dir.), *Les figures de l'Etat de droit*, Institut de recherches Carré de MALBERG, Coll. de l'université Robert Schumann, 2001, p.6-52.

¹³² F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *op. cit.* p. 7.

¹³³ La constitution est de moins en moins appréhendée comme la *charte fondamentale* au sens où l'entendrait Hans Kelsen et le juge constitutionnel, son interprète authentique. C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, p. 3.

¹³⁴P.-F. GONIDEC, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, oct.-déc. 1988, n° 4, p. 849 ; F. J. AÏVO, « Le silence des constitutions ... », *op. cit.* p. 1-29.



de solution à un nombre non négligeable de crises politiques en Afrique. Elle est certes l'élément déclencheur de la crise de la normativité constitutionnelle mais aussi, l'affirmation extraconstitutionnelle de la résolution des crises en Afrique noire francophone.

En théorie constitutionnelle, les normes constitutionnelles produites au moyen des pouvoirs de crise sont des normes de nature *infra*-constitutionnelle et ne peuvent donc pas aboutir à une révision de la Constitution ou même à une remise en cause des dispositions constitutionnelles. A ce titre, la Constitution du Gabon du 26 mars 1991 prescrit que les mesures exceptionnelles édictées par le président de la République en période de crise relève du domaine de la loi et qu'en conséquence, de telles mesures ne peuvent avoir pour objet de dissoudre l'Assemblée nationale ou même de réviser la Constitution¹³⁵.

En revanche, les arrangements politiques¹³⁶ modifient la lecture de la Constitution, compliquent la définition de cette notion promise ainsi à des incertitudes. En période de crise, le concept de Constitution condamne et conduit à une définition introuvable¹³⁷. Le professeur Martin Bléou conclura que la crise est un baromètre indiquant les limites de la Constitution¹³⁸ et précisément, de sa suprématie ainsi que celles de l'ordre constitutionnel qui sont des valeurs reconnues par la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance¹³⁹.

Dès lors, la faible crédibilité de la Constitution¹⁴⁰ et de la justice constitutionnelle expliquerait cette tendance à les réviser pour recourir à la para-légalité constitutionnelle.

A ce titre, l'expérience du Burkina Faso est assez illustrative. On fait référence à l'acte fondamental du Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration élaboré le 29 janvier 2022 et plus particulièrement son article 36 qui rappelle que dès sa signature, l'acte fondamental lève la suspension de la Constitution du 02 juin 1991¹⁴¹ qui s'applique à

¹³⁵ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 351.

¹³⁶ J. L. ATANGANA AMOUGOU « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la recherche juridique*, 2008, *Droit prospectif*, pp. 1723-1743. Il s'agit selon l'auteur, des conventions conclues entre les protagonistes d'une crise interne dans le but de la résorber.

¹³⁷ F. MELEDJE, « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire... », *op. cit.* p. 335 et s.

¹³⁸ M. BLEOU, « La révision de la Constitution ivoirienne », *Revue ivoirienne de droit*, 2008-41, p. 153-1725.

¹³⁹ V. Art. 2 (2) de la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance.

¹⁴⁰ Les révisions intempestives des Constitutions en Afrique ont conduit le professeur Jean Du Bois de GAUDUSSON à qualifier le texte constitutionnel de « *nid à contentieux* », « Défense et illustration du constitutionalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in Roux et al. *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 609-617.

¹⁴¹ Lire les considérants 14 et 15 de la Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso. Art.1 : Monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA, Lieutenant –Colonel des Forces Armées Nationales, est le Président du Faso pour compter du 24 janvier 2022 : « Considérant qu'en levant la mesure de suspension de la Constitution du 02 juin 1991, l'Acte fondamental est apparu comme une norme juridique provisoire à valeur constitutionnelle... ». De même, « Qu'en rétablissant la Constitution dans la perspective d'un retour progressif à la légalité constitutionnelle, l'Acte fondamental s'est posé en norme de référence en complément de la Constitution. (Considérant n°15).



l'exception de ses dispositions incompatibles avec le présent Acte¹⁴². Par ailleurs, l'article 26 dudit Acte rappelle que le Mouvement patriotique assure la continuité de l'Etat en attendant la mise en place des organes de transition. Il assure la continuité et la gestion des affaires de l'Etat, même en cas d'indisponibilité du Gouvernement¹⁴³. Il faut rappeler que la Charte de transition élaborée le 1^{er} mars 2022 abroge les dispositions de cet Acte fondamental¹⁴⁴ et qu'en cas de contrariété entre la Charte de la Transition et la Constitution du 02 juin 1991, les dispositions de la Charte s'appliquent¹⁴⁵.

La para-légalité constitutionnelle est désormais la source première de nombreuses décisions constitutionnelles très controversées. On se réfère ici aux décisions du 8 février 2022 du Conseil constitutionnel portant constatation de la vacance de la présidence du Faso, prises après la démission de Monsieur Roch Christian Marc Kaboré de ses fonctions de Président du Faso,¹⁴⁶ et celle relative à la dévolution des fonctions de Président du Faso¹⁴⁷.

Cependant, si par la première décision, le juge constitutionnel prend acte de la démission de Monsieur Roch Kaboré de ses fonctions de Président du Faso ou en fait « *une parole constituante* »¹⁴⁸ et constate officiellement la vacance de la présidence du Faso¹⁴⁹, celle portant sur la dévolution des fonctions du Président du Faso présente quelques ambiguïtés. En effet, elle valide le coup d'Etat considéré par le juge comme un autre mode constitutionnel et démocratique de dévolution des fonctions de Président du Faso¹⁵⁰. La justice qui en découle est qualifiée de para-constitutionnelle puisque bien que s'inspirant de la Constitution, elle lui fait dire ce qu'elle n'a pas dit, à savoir la légitimation constitutionnelle des coups d'Etat.

¹⁴² Article 36 *al.2* de l'Acte Fondamental du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) élaboré le 29 janvier 2022 au Burkina Faso.

¹⁴³ Article 26 *al.2* de l'Acte Fondamental du Mouvement Patriotique pour la Sauvegarde et la Restauration (MPSR) élaboré le 29 janvier 2022 au Burkina Faso.

¹⁴⁴ Cf. les articles 37 et 38 de la Charte de transition élaborée au Burkina Faso et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2022. Art. 37 : « *Le Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la Restauration (MPSR) cesse d'exister dès la mise en place effective des organes de la Transition* ». Art. 38 : « *Dès son entrée en vigueur, la présente Charte abroge l'Acte fondamental du 29 janvier 2022* ».

¹⁴⁵ Art. 35 de la Charte de Transition du Burkina Faso du 1^{er} mars 2022.

¹⁴⁶ Décision n°2022-003/CC portant constatation de la vacance de la Présidence du Faso.

¹⁴⁷ Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso.

¹⁴⁸ C. MONEMBOU, « *La parole constituante du président de la république dans les états d'Afrique noire francophone* », *Afrilex*, 2020, p. 1-23.

¹⁴⁹ Décision n°2022-003/CC portant constatation de la vacance de la Présidence du Faso. Art. 1 : *le Conseil constitutionnel prend acte de la démission de monsieur Roch Christian KABORE de ses fonctions de Président du Faso et constate officiellement la vacance de la présidence du Faso pour compter du 24 janvier 2022.*

¹⁵⁰ Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso. Art.1 : *Monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA, Lieutenant –Colonel des Forces Armées Nationales, est le Président du Faso pour compter du 24 janvier 2022.*



Cette décision a été qualifiée par la doctrine africaine de « *catastrophe constitutionnelle* »¹⁵¹, car la dévolution par décision du Conseil constitutionnel des fonctions de Président du Faso, sans autres formalités démocratiques, dans la démarche utilisée entache la décision d'une irrégularité grossière. Cette production juridictionnelle est une véritable « *anomalie démocratique* »¹⁵², une « *hérésie juridique* »¹⁵³, aussi bien pour la démocratie, pour la Constitution que pour l'autorité du Conseil constitutionnel lui-même¹⁵⁴.

Dans la même veine, la Haute Cour constitutionnelle malgache, saisie de la conformité des deux ordonnances à la Constitution, (ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 et ordonnance n°2009-002 du 17 mars 2009)¹⁵⁵ va rendre le 23 avril 2009, une décision qui étonne car elle retient une notion encore inconnue du paysage constitutionnel à savoir « *l'ordonnance transitionnelle* ». En l'espèce, la Cour démontre que l'ordonnance incriminée ne rentre dans aucune des six hypothèses constitutionnelles préétablies¹⁵⁶, et notamment celle de l'article 60 qui les autorise en cas de situation d'exception proclamée, après avis des trois Présidents de l'Assemblée Nationale, du Sénat et de la Haute Cour Constitutionnelle¹⁵⁷. Ces deux ordonnances ont été approuvées par la Cour par une simple lettre du 18 mars 2009¹⁵⁸, laquelle n'a pas à être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁵⁹.

¹⁵¹Lire le commentaire de Abdoulaye SOMA sur la décision du 8 février 2022 et relative à la dévolution des fonctions de Président du Faso, https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=493743348764887&id=&100043876792092, consulté le 01 avril 2022 à 13h.

¹⁵²A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in A. SALL et I. M FALL (dir.), *Mélanges Babakar KANTE, Actualité du droit public et de la science politique en Afrique*, p. 285-295. (spec. p. 288).

¹⁵³L'expression est empruntée à EL Hadj MBODJ, La succession du Chef d'État en droit constitutionnel africain, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 536 p.

¹⁵⁴Sur l'influence des crises sur l'ordre politique de l'Etat, lire A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue du CAMES, Sciences Juridiques et Politiques*, 001/2015, p. 1.

¹⁵⁵La période transitionnelle à Madagascar s'ouvre avec la fuite à l'étranger du Président Ravalomanana, le 17 mars 2009, plongeant à nouveau le pays dans une profonde crise. L'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 a transféré les pouvoirs à un comité militaire, qui lui-même, soucieux de ne pas exercer cette responsabilité politique ultime, a transféré ces fonctions à Andry Rajoelina par ordonnance n°2009-002 du 17 mars 2009.

¹⁵⁶Parmi ces conditions, on note que « l'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 qui ne répond pas aux conditions et forme fixées par la Constitution ; son objet qui ne relève pas du domaine de la loi mais de celui de la Constitution ; elle n'a pas été soumise au contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation ». En clair, cet acte anticonstitutionnel est : « une manifestation unilatérale de volonté du Président de la République qui ne saurait être conforme aux dispositions constitutionnelles »

¹⁵⁷Selon le juge, « l'ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 ne répond pas aux conditions et forme fixées par la Constitution ».

¹⁵⁸Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 concernant des requêtes relatives à la situation de transition. Voir aussi : Décision n° 04- HCC/D2 relative à une requête en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2009-003 du 18 mars 2009 portant suspension du Parlement.

¹⁵⁹Décision n° 04-HCC/D2 relative à une requête en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2009-003 du 18 mars 2009 portant suspension du Parlement.



Avec la décision du 23 avril 2009, la Haute Cour Constitutionnelle malgache va utiliser l'étonnante qualification de « *déconstitutionnalisation* »¹⁶⁰ du pouvoir exécutif, qui désormais, fera partie de sa politique jurisprudentielle¹⁶¹. La « *déconstitutionnalisation* » en question vise la réduction en norme légale des normes anciennement constitutionnelles. Il s'agit là d'un détricotage, mieux d'une réduction de la norme constitutionnelle passant par sa négation même, ainsi que par une légalité constitutionnelle reconstruite¹⁶². Elle constitue ce qu'on peut qualifier d'acte négateur du constitutionnalisme¹⁶³ et violateur des droits fondamentaux et précisément de la dignité humaine des dirigeants. En effet, les exactions orchestrées par les putschistes ont souvent été fatales pour le chef de l'Etat en exercice, comme au Niger en 1999 et en Guinée Bissau en 2009¹⁶⁴. En clair, le recours fréquent aux instruments *infra* constitutionnels montre à quel point la règle constitutionnelle peut être écartée et qui plus est abrogée au motif du « constat des circonstances »¹⁶⁵, mêmes validées par le principe de continuité de l'Etat.

2. L'abrogation de la Constitution

L'abrogation renvoie de façon générale à la suspension d'une règle de droit par une nouvelle disposition qui lui est substituée pour l'avenir¹⁶⁶. Cette sortie de vigueur¹⁶⁷ ou de l'ordonnement juridique met fin à l'application d'une ou de plusieurs dispositions de loi.

En théorie, l'institution d'une procédure de « révision » constitutionnelle est perçue par les constituants comme un moyen d'éviter une éventuelle abrogation¹⁶⁸, car la Constitution, « *comme le ruban des Tuileries, n'est que l'habillage formel d'une réalité sociale qui est déterminante* »¹⁶⁹.

¹⁶⁰La notion de « déconstitutionnalisation » fait allusion à la théorie permettant de décrire la survivance des dispositions de l'ordre constitutionnel antérieur en cas d'insurrection, de révolution, dès lors qu'elles apparaissent compatibles avec le nouveau régime et qu'elles ne sont pas directement liées à la forme de gouvernement. M. PRELOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 1980.201

¹⁶¹Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 concernant des requêtes relatives à la situation de transition.

¹⁶²L. SERMET « Réflexions sur la notion de droit constitutionnel transitionnel... », *op. cit.* p. 4.

¹⁶³C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspensions de la Constitution dans les États d'Afrique francophone : le cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et de la République centrafricaine », RDP 2018, n° 2, p. 573 à 596.

¹⁶⁴L'ancien président nigérien Ibrahim BARE MAÏNASSARA avait été tué lors d'un coup d'État perpétré le vendredi 04 avril 1999 par la garde présidentielle. En Guinée Bissau, le président Joao Bernardo VIEIRA sera tué par l'armée le lundi 02 mars 2009 à Bissau.

¹⁶⁵N. PERLOT, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », www.droit-constitutionnel.org/congrès Lyon, communication au 9^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Lyon, 26, 27, 28 juin 2014, p. 9, consulté le 15 mai 2022 à 20h.

¹⁶⁶*Lexiques des termes juridiques*, 22^{ème} éd. Dalloz 2014-2015, p. 2.

¹⁶⁷L'entrée en vigueur désigne « la date à partir de laquelle une loi ou un règlement s'impose au respect de tous ». S. GUINCHARD et Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.* p. 887.

¹⁶⁸A. Le PILLOUER, « "De la révision à l'abrogation de la constitution" : les termes du débat », *Jus politicum*, n° 3, 2009, p. 6 et 7.

¹⁶⁹G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », *op. cit.* cité par G. H. MFOYOUOM, *Changements constitutionnels et institutions administratives au Cameroun*, Thèse de doctorat, université de Yaoundé II, 2015, 594 p. (spec. p. 4).



Durant la période de contestation et de convulsion politique, la pratique constitutionnelle africaine va générer une justice *a-constitutionnelle* qui se démarque des cadres classiques de la justice constitutionnelle et donc, du droit constitutionnel.

S'agissant du phénomène d'abrogation de la Constitution, sous le prisme des accords politiques portant arrangements constitutionnels, les expériences sont diverses¹⁷⁰ et, celle de Madagascar retiendra notre attention. En effet, c'est dans le contexte de la revendication démocratique des années 1990 et plus exactement le 31 octobre 1991 qu'une convention fut signée entre le Premier ministre constitutionnel nouvellement nommé (Guy Razanamazy), le « chef de gouvernement des forces vives » (Albert Zafy) et des représentants du parti au pouvoir et de l'opposition. Ce texte abroge partiellement ou mieux « amende » profondément la Constitution, supprime certaines instances politiques tels le conseil suprême de la révolution et l'Assemblée nationale populaire tout en créant une « *haute autorité pour la transition vers la troisième république* » présidée par Albert Zafy. Cette convention est devenue, et en son temps, la vitrine du juge constitutionnel malgache d'où l'idée d'une justice para-constitutionnelle.

En période de crise, les autorités politiques recourent très souvent à la suppression ou à l'abrogation de la Constitution. C'est pourquoi les périodes de transition politique¹⁷¹ sont des moments singuliers de l'histoire chaotique des Etats africains¹⁷² ; elles sont marquées par la déconstruction de l'ordre constitutionnel existant qui génère une situation de fait à laquelle succède, à plus ou moins brève échéance, un ordre constitutionnel transitoire, expression du constitutionalisme de crise¹⁷³. Cette période est très souvent marquée par la mise à l'écart de la justice constitutionnelle classique et l'émergence d'une justice atypique.

¹⁷⁰ Par exemple, alors que la transition démocratique, en république Sud-Africaine et à Madagascar, s'est effectuée en totalité par un accord entre les habitants de ces pays, celles de la Côte d'Ivoire, de la République Démocratique du Congo, du Burundi, de la Sierra Leone et du Libéria recelaient des éléments d'extranéité.

¹⁷¹ R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, Paris, LGDJ, 2019, J. P. QUANTIN (dir.) *Transitions démocratiques africaines (1990-1994)*, Paris, Karthala, 2000 ; B. KANTE, « Le constitutionalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in C. ZOETHOUT (dir), *Constitutionalism in Africa*, Ed. Sander Institut, 1996, pp. 17-32 ; pour une actualisation, lire D. E. ADOUKI, « La lustration dans le constitutionalisme contemporain », *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, n° 129, p.4.

¹⁷²F. D. MELEDJE « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in Ch. FOMBAD, Ch. MURRAY, *Fostering constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010, p. 309-339.

¹⁷³J.-F. AÏVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP.*, n° 1- 2012, pp. 141-170.



Cette mutation¹⁷⁴ du constitutionalisme va entraîner la redéfinition du concept de Constitution¹⁷⁵ et par conséquent, celle de la justice constitutionnelle.

La décision du juge constitutionnel burkinabé rendue le 18 mars 2022 et relative à l'exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal est assez symptomatique¹⁷⁶. Le juge procède par des motivations intéressantes, en rappelant que le coup d'Etat constitue une infraction d'attentat à la sûreté de l'Etat, consistant en un changement par la violence d'un régime légal, prévue et punie par l'article 313-1 et suivant du code pénal ; que cette décision consacre la prise de pouvoir par la force comme un mode constitutionnel de dévolution du pouvoir ; qu'elle rend par conséquent les articles 313-1 et 313-2 du Code pénal contraires à la Constitution et l'infraction désormais inexistante¹⁷⁷. Cependant, il se contredit dans son vingtième considérant lorsqu'il rappelle que c'est à tort que les requérants soutiennent que la décision n°2022-004/ CC du 08 février 2022 sur la dévolution des fonctions du Président du Faso est une reconnaissance par le Conseil constitutionnel du coup d'Etat comme mode constitutionnel d'accès au pouvoir d'Etat¹⁷⁸.

Cette justice constitutionnelle à deux vitesses est la résultante de la suspension de la Constitution, censée être la boussole du juge. Face à ce vide constitutionnel, les motivations du juge sont de plus en plus influencées par l'environnement¹⁷⁹ et par les sources connexes desquelles il tire son raisonnement¹⁸⁰. Dans le cas d'espèce, il s'agit du Code pénal burkinabé qui est bien une norme *infra*-constitutionnelle.

En conséquence, le juge va se dire et se dédire dans sa décision finale, notamment dans les articles 1^{er} et 3 de sa décision en déclarant les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité

¹⁷⁴ Sur le concept de mutation, lire M. DIAGNE, « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique : l'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais », *AJIC*, XII, 1996, pp. 99-122. En droit administratif, lire utilement G. MARCOU, (dir.), *Les mutations du droit de l'administration*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1995 ; CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993 ; AJDA, n° du cinquante-neuf, « Le droit administratif : bilan et perspectives d'un droit en mutation », 20 juin 1995.

¹⁷⁵ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, *Economica*, 1985. La Constitution selon l'auteur, est victime d'« arythmie », c'est-à-dire, d'une sorte d'irrégularité définitionnelle qui l'entoure.

¹⁷⁶ Déc. n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs M. ALDIOUMA Jean pierre PALM, Tibi OUEDRAOGO et TRAORE Bossobé en exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du Code pénal.

¹⁷⁷ Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Prédésident du Faso. (Considérant n°3).

¹⁷⁸ Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Prédésident du Faso. (Considérant n°20).

¹⁷⁹ M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 2003, p. 129 ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? » *Dalloz*, 2005, p. 115. Décision du 12 mai 2016 du juge constitutionnel congolais (RDC).

¹⁸⁰ Pour la doctrine, lire J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, ouvrage coll., PUF, 1999, p. 67 et s ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, *Cron.*, p. 195. A. AKAM AKAM, « Le juge entre la loi et sa conscience », *Cahiers Juridiques et Politiques, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Ngaoundéré*, 2010, p. 9-34.



des articles 313-1 et 313-2 du code pénal conformes à la Constitution d'une part¹⁸¹, et rejetées comme étant non fondées d'autre part¹⁸². Une mystification en clair-obscur de la part du juge constitutionnel où l'obscur flirte avec la clarté, certes, mais où la pénombre et le flou dominant.

La décision du juge malgache tirée du principe de continuité de l'Etat s'inscrit dans la même veine¹⁸³ et constitue une violation au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la suprématie de la constitution et de l'ordre constitutionnel.

Dans l'ensemble, ces décisions fragilisent l'autorité jugée¹⁸⁴ ou décidée¹⁸⁵ des décisions constitutionnelles¹⁸⁶ et affectent par ailleurs leur légitimité¹⁸⁷ avec ses composantes classiques que sont l'indépendance¹⁸⁸ et l'impartialité¹⁸⁹ attendues des juges.

Cependant, la justice para-constitutionnelle s'est imposée dans certaines circonstances alors que la Constitution était restée en veille. C'est le cas de la Côte d'Ivoire où le Conseil constitutionnel, dans une décision du 6 décembre 2006 rendue en période de crise politique, a procédé à un contrôle de constitutionnalité de la résolution 1721 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il a estimé que « *sont déclarées contraires à la Constitution ivoirienne les dispositions ci-après de la Résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations unies du 1^{er} novembre 2006 ; l'alinéa 11*

¹⁸¹ Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Prédésident du Faso. Art. 1^{er} : les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité des articles 313-1et 313-2 du Code pénal de messieurs Mory Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et Bossobé TRAORE sont recevables.

¹⁸² Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Prédésident du Faso. Art. 3 : les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité des articles 313-1et 313-2 du Code pénal de messieurs Mory Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et Bossobé TRAORE sont rejetées comme étant non fondées.

¹⁸³ A Madagascar, le principe de continuité de l'État pour légitimer un coup d'État a été utilisé par le juge lors de la crise de 2009. Avis de la haute Cour du 31 juillet 2009.

¹⁸⁴ Art. 87 de la Constitution de la République islamique de Mauritanie de 2006 : « *Les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée* ». En République du Congo, le principe de l'autorité de la chose jugée est réaffirmé par la Cour constitutionnelle dans sa décision n°065/DCC/EL/L du 26 octobre 2012 sur le recours en annulation des résultats de l'élection législative dans la circonscription électorale unique de Dongou, scrutin du 5 août 212. (Source : site www.cour-constitutionnel.cg). V. A. ADELOUI, « L'autorité de la chose jugée par les juridictions constitutionnelles en Afrique », *RTSJ* 2012, n° 002, p. 54 ; A. ISSOUFOU, « L'autorité des avis du juge constitutionnel en Afrique francophone », *Afrilex u-bordeaux* 4, fr., 2020, 39p.

¹⁸⁵ R. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, LGDJ, 1969.

¹⁸⁶ D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, n°95, 2013, p. 611-638.

¹⁸⁷ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, pp. 557-581 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site lecames.org, vol.1, 2015, consulté 2 avril 2022 à 8h.

¹⁸⁸ F. VANGAH WODIE, « Les garanties de l'indépendance du juge constitutionnel », Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), Le statut du juge constitutionnel, Actes de la sixième conférence des Chefs d'institution de l'ACCPUF, Niamey, Niger, 3-4 novembre 2011, Bulletin n°10, décembre 2014, p.69.

¹⁸⁹ M.-A. FRISON -ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 3.



du préambule, les paragraphes 1 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15 et 22 de la Résolution »¹⁹⁰.

Mais le Conseil finira par relativiser le principe de supériorité de la Constitution sur les textes internationaux en décidant que « *les normes et dispositions internationales, acceptées par les organes nationaux compétents, ont une autorité supérieure à celle des lois et des décisions juridictionnelles internes, sous réserve de leur application par l'autre partie* »¹⁹¹.

La justice para-constitutionnelle africaine s'explique donc par la mise de la justice constitutionnelle ordinaire à l'épreuve des conflits politiques¹⁹² d'où son ouverture à de nouveaux challenges pour un néo-constitutionnalisme¹⁹³ garant du rétablissement de l'ordre constitutionnel et de l'Etat de droit judiciaire en Afrique¹⁹⁴.

B. L'ambivalence des mécanismes de rétablissement de l'ordre constitutionnel

L'émergence d'une justice *alternative* apparaît comme une technique complémentaire ou supplémentaire de régulation de l'ordre constitutionnel en crise. En suivant la thèse du réalisme judiciaire¹⁹⁵, elle emprunte un « *chœur à deux voix* »¹⁹⁶ : la déstabilisation de l'ordre constitutionnel classique dont l'inadaptation s'avérait flagrante¹⁹⁷ (1), et la rationalisation de l'ordre constitutionnel nouveau, « *plus adapté au constitutionalisme africain en crise* »¹⁹⁸ (2).

1. La déstabilisation de l'ordre constitutionnel existant

Lorsqu'une crise politique éclate, l'ordre constitutionnel se fragilise nécessairement, le régime constitutionnel se trouve être en vacance et les mécanismes ordinaires de production des

¹⁹⁰L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 305.

¹⁹¹Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 4 mai 2011 portant proclamation de M. Alassane OUATTARA en qualité de président de la République de Côte d'Ivoire. V. F. Melèdje DJEDJRO, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Centre Nationale de Documentation Juridique, Abidjan, 2012, p. 594.

¹⁹²B. KANTE, « Le constitutionalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in C. M. ZOETBOUT et al. *Constitutionalism in Africa. A quest for autochthonous principles*, 1996, Rotterdam, Sanders institute ; G. N. TCHOUGLI, « Le juge constitutionnel face aux conflits politiques en Afrique noire francophone », *RJPEF*, 2012, p. 239.

¹⁹³G. CONAC, (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, 1993, Economica. p. 12.

¹⁹⁴J.-M. PONTIER, l'irréparable imperfection de l'Etat de droit, *Revue de la Recherche Juridique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2008-2, p. 741.

¹⁹⁵Le réalisme est une approche tendant à décrire la norme juridique telle qu'elle est réellement vécue et non telle qu'elle devrait être. Il est constitué d'un ensemble de thèses sur la nature qui rend redevable la validité des décisions judiciaires non pas à leur conformité à la logique théorique mais à la réalité des faits. La voie du réalisme juridique (*legal realism*) et judiciaire est entendue ici au sens de la mobilisation d'une sorte de pragmatisme qui conduirait à introduire un critère de nécessité de la mesure dans le raisonnement suivi. D. LABETOULLE, « le réalisme en droit constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007/22, p. 123-124; M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil Const.* n° 22,2007, p. 125.

¹⁹⁶Expression empruntée à L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1994, 321 p.

¹⁹⁷P. SOGLOHOUN, « Le rétablissement de l'ordre constitutionnel dans les États africains en période de crise », in *Revue Burkinabé de droit*, n°52, janvier-juin 2007, p. 207-245

¹⁹⁸J. M. BRETON, *L'évolution historique du constitutionalisme africain : Cohérences et incohérences*, *Recht in Afrika* n°1-20, 2003, p. 1-20.



normes constitutionnelles, inopérants¹⁹⁹. Pendant cette période, il est donc normal que les procédés ordinaires deviennent inappropriés dans la production des normes constitutionnelles²⁰⁰ et même inadaptés à la fabrication de la justice constitutionnelle.

En effet, avec la montée en puissance des conflits politiques, *l'effacement de l'ordre juridique ancien se produit progressivement*²⁰¹, et la justice constitutionnelle traditionnelle se voit sacrifiée à l'autel de la recherche de solutions de sortie de crise. Il émerge alors une justice para-constitutionnelle à légitimité encore douteuse voire controversée.

S'agissant de la controverse, les obsédés constitutionnels soutiennent que la para-constitutionnalité est pleine d'incongruité, parce qu'elle s'écarte du contrat social de l'Etat pour reprendre Jean Jacques Rousseau²⁰². Les tenants d'un pragmatisme judiciaire et constitutionnel quant-à-eux, relèvent que considérer les facteurs externes à la Constitution n'en est pas moins indispensable au bon fonctionnement du système juridique en crise, dans la mesure où ils en constituent une sorte d'accessoire nécessaire, que Hart qualifie de « *règles secondaires* »²⁰³ et Mac Cormick de « *justifications de second ordre* »²⁰⁴.

En revanche, si la production des normes constitutionnelles de crise a suscité des positions variables dans la doctrine constitutionnelle africaine²⁰⁵, il en est de même de l'émergence d'une justice para-constitutionnelle qui est encore à la recherche de sa voie. On s'accorde à dire que l'émergence de cette forme de justice, participe à l'affirmation d'un constitutionalisme de crise dans les Etats africains connaissant un conflit politique. La crise de la justice constitutionnelle n'est donc qu'une conséquence de la crise du droit et de la crise de

¹⁹⁹ Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise... », *op. cit.* p. 342.

²⁰⁰ El. H. MBODJ, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2010, p. 190-191.

²⁰¹ M. ONDOA, « La constitution duale : recherches sur les dispositions constitutionnelles transitoires au Cameroun », *RASJ*, vol. 12, Yaoundé, 2000, p. 22.

²⁰² J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Ed. Flammarion, 1762, 173 p.

²⁰³ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 119.

²⁰⁴ N. Mc CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, *Les voies du droit*, 1996, p. 117.

²⁰⁵ Ces divergences doctrinales gravitent autour d'une problématique fondamentale relative à la juridicité des accords politiques portant arrangements constitutionnels. Lire utilement Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique », *op.cit.* p. 129.



la politique²⁰⁶. En d'autres termes, la justice constitutionnelle *suis generis*²⁰⁷ qui émerge est un signe clinique qui atteste de ce que le droit constitutionnel africain est un droit vivant²⁰⁸.

La justice para-constitutionnelle peut donc enthousiasmer car elle montre la plasticité du juge face aux situations de crise, mais elle peut aussi susciter les plus expresses réserves tant elle s'éloigne du pacte constitutionnel. Elle situe nécessairement l'analyse sur le terrain de la transgression du droit constitutionnel²⁰⁹. De toute évidence, s'il apparaît difficile d'établir une justice constitutionnelle démocratiquement et juridiquement acceptable dans un contexte de crise politique consécutif à un coup d'Etat militaire²¹⁰, l'aménagement de l'ordre constitutionnel devrait contribuer à la rationalisation du pouvoir issu de ces coups d'Etat²¹¹.

2. La rationalisation de l'ordre constitutionnel établi

L'émergence d'une justice para-constitutionnelle illustre l'incapacité de la justice classique ou orthodoxe à maintenir le fonctionnement régulier et harmonieux des institutions de l'État²¹². Elle augure le retour à un ordre constitutionnel nouveau même si elle prend beaucoup de liberté avec la normativité constitutionnelle²¹³ ou est susceptible de donner

²⁰⁶ El. H. O. DIOP, « La crise des commissions électorales africaines », in *Mélanges en l'honneur de J. du B. de GAUDUSSON, Espace du service public*, Tome 1, Presses universitaires de Bordeaux, Pessac, 2013, p. 175 sq ; D. F. MELEDJDE, « De l'impossible service public électoral en Côte d'Ivoire », in *Mélanges en l'honneur de J. du B. de GAUDUSSON, Espace du service public, op. cit.* p. 455 sq. Il existe donc un lien consubstantiel entre *crise politique* et *crise du droit* comme le souligne Y.S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les États d'Afrique : crise du constitutionalisme ou constitutionalisme de crise », *op.cit.* p. 348.

²⁰⁷S. PINON, *Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges*, VIIème Congrès français du droit constitutionnel (50 ans de la Constitution de 1958), Atelier 2 : « *Constitution, enseignement et doctrine* », Paris, 2008.

²⁰⁸ La doctrine du droit vivant a été développée par la Cour constitutionnelle italienne dès les années cinquante (Cf. sa sentence n°3 de 1956). Lire G. ZAGREBELKY, *La doctrine du droit vivant*, AIDC, n°2, 1986, pp. 56-77. La pratique constitutionnelle africaine rend suffisamment compte. Lire Y.-S. LATH, *Les évolutions des systèmes constitutionnels africains à l'ère de la démocratisation*, Thèse de Doctorat, Université de Cocody, 2008 ; J. MIRANDA, « Les systèmes constitutionnels des pays africains de langue portugaise », *RFDC*, n°56, 2003, p. 862 ; M.E. PIETERMAAT-KOS, (dir.), *Vers la renaissance du constitutionalisme en Afrique*, Gorée, Dakar, 2000, 1998 ; G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, Paris, 1993.

²⁰⁹ Sur la notion, lire Sylvie Torcol, « Transgresser pour le peuple, par le peuple. La volonté contre la norme ? », in actes du colloque, *La transgression*, Toulon, 24, 25 nov. 2011, (dir.), J.-J. SUEUR, P. RICHARD, Bruxelles, BRUYLANT, 2013, pp. 225-259. L'auteur évoque, en se fondant sur l'expérience constitutionnelle française, une distinction entre les transgressions raisonnables et les transgressions inacceptables.

²¹⁰ G. CONAC, « Succès et échecs des transitions démocratiques en Afrique sub-saharienne », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 29-33. Pour une étude approfondie sur les coups d'Etat survenus sur le continent africain au cours de ces trois dernières décennies, voir : É.M. NGANGO YOUNBI et B. CISSÉ, « Chronique de trente-deux ans de coups d'État en Afrique (1990-2022) », *Revue française de droit constitutionnel*, n°133, 2023, p. 25-52.

²¹¹Il s'agit de toute « tentative réussie ou non de conquête ou de reformation du pouvoir politique de nature inconstitutionnelle ou illégale, fondée sur l'usage ou la menace de la force ». G. HERMET, B. BADIE, P. BIRNBAUM, P. BRAUD, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Armand Colin, Paris, 1994.

²¹²F. MELEDJE DJEDJRO, « Les arrangements politiques et la constitution... », *op. cit.* p. 237.

²¹³F. J. AÏVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1- 2012.



naissance à un ordre *a-constitutionnel*²¹⁴ où instabilités sociopolitiques et incertitudes constitutionnelles font très bon ménage.

Il est question de « rendre l'ordre [juridictionnel africain] plus juste et plus acceptables »²¹⁵. C'est la raison pour laquelle, le professeur Djedjro Francisco Meledje a estimé que « c'est dans l'état de crise que le concept de droit peut montrer son utilité, la fragilité dans laquelle se trouvent l'État et les institutions mettent en effet le droit en position de ressource majeure²¹⁶ ». Les constituants gabonais²¹⁷ et béninois²¹⁸ ont saisi l'enjeu de cette injonction. Le constituant béninois se veut plus explicite lorsqu'il dispose : « qu'en cas de coup d'Etat, de putsch, d'agression par des mercenaires ou de coup de force quelconque, tout membre d'un organe constitutionnel a le droit et le devoir de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité constitutionnelle, y compris le recours à la coopération militaire ou de défense existants. Dans ces circonstances, pour tout béninois, désobéir et s'organiser pour faire échec à l'autorité illégitime constituent le plus sacré des droits et le plus impératif des devoirs »²¹⁹.

Par ailleurs, les crises politiques sont des phénomènes préjudiciables à la cristallisation de la démocratie. Dans la majorité des cas, les Constitutions de transition sont élaborées sur la base des accords de paix²²⁰ dont elles constituent le prolongement nécessaire et indispensable dans le processus de rétablissement de l'ordre constitutionnel²²¹.

La justice para-constitutionnelle parce qu'elle s'écarte des normes constitutionnelles, demeure une justice en quête de légitimité. Elle contribue à justifier que la Constitution n'est peut-être plus à elle seule suffisante pour fonder la décision du juge et qu'il faudrait recourir aux instruments complémentaires, autonomes et extérieurs à la Constitution pour restaurer la paix constitutionnelle déstabilisée et sauvegarder les acquis²²². Et la doctrine de renchérir : « que le juge puisse justifier ses normes en utilisant une disposition juridique identifiée comme

²¹⁴ Expression tirée des « régimes *a-démocratiques* » de X. PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », Le Seuil | « Pouvoirs », 2019/2 N° 169, p. 35.

²¹⁵ A. KPODAR, « politique et ordre juridique... », *op. cit.* p. 2523.

²¹⁶ D. F. MÉLÈDJE, « L'État de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? », in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, précité, p. 591-592.

²¹⁷ Art. 26 *in fine* de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991.

²¹⁸ Il s'agit des articles 65, 66, et 67 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui évoquent les crises politiques résultant des coups d'Etat.

²¹⁹ Art. 66 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

²²⁰ Ces accords sont considérés par la doctrine africaine comme « des formes alternatives de règlement des questions constitutionnelles », (K. DOSSO « Les pratiques constitutionnelles... *op. cit.* » p. 73) ou comme des étalons de « l'émergence d'un champ para-constitutionnel » (A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *op. cit.* p. 18).

²²¹ V. La Constitution de transition du Soudan signé le 9 juillet 2005 dans le cadre de l'Accord de paix global du 9 janvier 2005.

²²² D. KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2007, n°18, p. 87-128.



telle ou par un principe tiré de la morale ou dont la « juridicité » est douteuse importe peu »²²³. C'est donc la finalité qui compte, il s'agit ici des pistes supposées apporter un début de solution au rétablissement d'un nouvel ordre constitutionnel en Afrique noire francophone²²⁴.

Cependant, les pouvoirs du juge constitutionnel en période de crise sont aussi importants et sensibles qu'il est urgent de les encadrer²²⁵ si on envisage un retour à la normale ou à la *re-constitutionnalisation* de l'ordre juridique transitionnel.

II. L'orthodoxie recherchée d'une justice constitutionnelle de crise

Dans l'hémistiche d'un vers cité à sa propre gloire, à propos de l'armée au sein de l'Etat, Cicéron employait cette formule sibylline: « *les armes doivent céder à la toge* ». « *Cedant arma togae* »²²⁶. Dit autrement, les gouvernements militaires, matérialisés par les armes et la violence physique ou institutionnelle, doivent faire place au gouvernement civil symbolisé par la toge. C'est dire que le retour à l'orthodoxie ou à l'ordre constitutionnel légitime²²⁷ est conditionné par la réconciliation avec la Constitution et précisément par l'encadrement des pouvoirs normatifs du juge constitutionnel²²⁸(A), si on aspire à une justice constitutionnelle axée sur « *les nécessités objectives de l'ordre social* »²²⁹ (B).

A. L'encadrement des mécanismes para-constitutionnels imposés

« *Dans les situations de crise politique dont la gravité est à la limite de la déconstruction (destruction) du système politique, le Droit constitutionnel se trouve plus que d'ordinaire confronté à sa propre survie [...] dans une telle circonstance, les acteurs politiques doivent*

²²³P. BRUNET, *La constitutionnalisation des valeurs par le droit*, in *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde" ?* (S. HENNETTE VAUCHEZ et J. M. SOREL (dir.), De BOECK, p. 245-260, 2011, cité par F. HOURQUEBIE, « Lire propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *op. cit.* p. 11.

²²⁴J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 4e trim., 1996, p. 251-256 ; B. GENEVOIS, « Les solutions possibles », in G. CONAC, D. MAUS, *L'exception d'inconstitutionnalité*, Paris, Éditions STH, Collection « les grands colloques », Les Cahiers constitutionnels de Paris I, 1990, p. 97-111.

²²⁵D. De BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°24 (Dossier : le pouvoir normatif du juge constitutionnel), juillet 2008, p. 1-3.

²²⁶CICÉRON, *De Officiis*, (*Des devoirs*, I, 22), 45 av. J.-C. « *Cedant arma togae*, (*Que les armes cèdent à la toge*) ».

²²⁷M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris Sirey, 12^e éd., 1933, p. 37 sq., L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La théorie générale de l'Etat*, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., Tome III, 1923, p. 99-110 ; G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, réédition présentée par Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, 2002, p. 2 sq ; MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Droit constitutionnel*, Sirey, 36^e éd., 2017, p. 12 sq. ; F. D. MELEDJE, *Droit constitutionnel*, Les éd. ABC, 2014, p. 189 sq. ; A. LOADA et IBRIGA L. M. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, Collection Précis de Droit Burkinabé, 2007, p. 223.

²²⁸D. De BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°24 (Dossier : le pouvoir normatif du juge constitutionnel), juillet 2008, pp. 1-3.

²²⁹Selon la Haute Cour Constitutionnelle malgache, « la légitimité de la transition est fondée sur les nécessités objectives de l'ordre social ». Avis n°02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.



rechercher les solutions à travers les accords politiques... »²³⁰. Ces propos du doyen Meledje attestent de l'étendue des pouvoirs des acteurs politiques ou judiciaires en cas de crises menaçant l'ordre constitutionnel. Dès lors, pour éviter un excès de pouvoir au sens de Montesquieu²³¹, il est nécessaire de les mettre sous contrôle²³², notamment par le mécanisme de l'autolimitation²³³ (1) ou les soumettre aux exigences de la légitimité constitutionnelle (2).

1. L'autolimitation des pouvoirs des autorités de transition

En Afrique, on observe un recours systématique à la fabrication de la loi constitutionnelle dès que des dirigeants autoproclamés investissent les instances gouvernementales à la suite d'un coup d'Etat. Ces derniers mettent sur pied de nouveaux instruments qui deviennent la vitrine du juge constitutionnel au détriment de la Charte fondamentale. Si la justice para-constitutionnelle qui s'y dégage contribue à sauvegarder les acquis constitutionnels²³⁴, elle détourne la justice constitutionnelle africaine de son lit²³⁵. D'où le nécessaire encadrement des pouvoirs des autorités instituées.

Cette autolimitation est perceptible dans le raisonnement du juge constitutionnel malgache²³⁶ qui rappelle que le mouvement de « déconstitutionnalisation » qui est légitimé par la justice para-constitutionnelle peut être compensé, par un mouvement inverse de « re-constitutionnalisation »²³⁷. Il s'agit, de la conservation des principes fondamentaux de la République ou, pour reprendre le juge constitutionnel béninois, des « options

²³⁰ F. MELEDJE DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Les éditions ABC, Abidjan, 2014, p. 396.

²³¹ Depuis John LOCKE et MONTESQUIEU, il est connu qu'un pouvoir sans contrôle est un pouvoir potentiellement dangereux. Et pour le dernier, tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, p. 226.

²³² A. TARDIEU : le « souverain captif », cité par B. PAUVERT, « Le peuple dans la pratique institutionnelle de la Ve République. Du pouvoir invoqué au contre-pouvoir évincé », *Politeia*, n° 26, 2014, p. 494 ; St. CAPORAL, « Le peuple : un souverain sous contrôle », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, 2008.

²³³ L'autolimitation, un concept dont Georg Jellinek n'est pas l'inventeur mais qui lui permet de limiter le pouvoir de l'Etat et de lier le souverain au droit. Cf. La *Théorie de « l'autolimitation de l'Etat »*.

²³⁴ A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionalisme africain ? in Joël Frédéric AÏVO (dir.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 717-728 ; B. KANTE, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges Jean GICQUEL*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 265-276.

²³⁵ La théorie du « lit de justice » est systématisée par le doyen Vedel et sous-tend l'idée selon laquelle la possibilité d'une révision constitutionnelle peut contrebalancer une censure et servir de caution à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht. A propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA*, 1992, p. 173. « Si le juge ne gouverne pas, [dit l'auteur], c'est parce que à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ».

²³⁶ *Décision du 23 avril 2009*. Malgré la transition et le changement organique et formel de l'organisation de l'Etat que suscite la transition, les principes fondamentaux de la République demeurent intangibles.

²³⁷ L. SERMET, *op. cit.* p.5.



fondamentales »²³⁸ telles que « la séparation des pouvoirs, l'intégrité du territoire national, la forme républicaine de l'Etat », qui demeurent intangibles.

Dans le même sens, on peut recourir au discours prononcé au Tribunat (actuel tribunal) le 5 janvier 1800 par Benjamin Constant de Rebecque et dans lequel il affirmait qu'« *une constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération* ». Cette dynamique sera reprise des années plus tard par Jean Rivero et son Huron demandant de cesser de chanter des louanges au Conseil d'Etat français et de lui faire savoir ses limites²³⁹. Elle permet un encadrement des pouvoirs des autorités et du juge constitutionnel surtout en période de crise politique afin que la justice para-constitutionnelle, ce « *nouvel avatar [juridictionnel]* »²⁴⁰ qui émerge en Afrique reste une justice de transition ou mieux une justice transitoire²⁴¹ dont la légitimité doit être négociée et limitée par la durée de la crise. C'est dans cet esprit que le professeur Delphine Adouki, dans une étude intéressante suggère que la « *lustration* » à laquelle recourent les autorités de transition, bien qu'elle participe à la protection de l'ordre constitutionnel, soit soumise aux exigences de l'Etat de droit pour une grande légitimité²⁴².

2. L'institution d'une légitimité des mécanismes instaurés

Une justice constitutionnelle n'est garante de l'ordre constitutionnel que dans la mesure où elle est intériorisée par les acteurs politiques et par l'ensemble des citoyens. C'est dire que la justice même para-constitutionnelle, n'est légitime que si elle vise l'établissement ou encore le retour d'une nouvelle justice constitutionnelle²⁴³. A ce titre, elle doit prendre en compte le consensus national que la doctrine qualifie de conscience nationale.

En général, le contexte de crise est marqué par la nécessité de construire un consensus entre les différentes forces politiques en présence. C'est dans cette logique que s'est inscrite la

²³⁸ Cour constitutionnelle du Benin, *Décision DCC 11-058 du 25 août 2011*.

²³⁹ J. RIVERO, « le huron au palais royal ou réflexion naïves sur le recours pour excès de pouvoir », Dalloz, Ch. VI. 1962, p. 37-40.

²⁴⁰ J. I. SIENOU, « Le nouvel avatar démocratique en Afrique : l'obsession du second », *RFD const.* sept. 2016, n°107, p. 633-652.

²⁴¹ Sur cette dynamique, lire P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », Dalloz, 2005, p. 115 ; D. GNAMOU, « La cour constitutionnelle en fait-elle trop ? », in *La Constitution béninoise du 11 dec. 1900 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de M. A. GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 687-715 ; P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 17-28.

²⁴² D. E. ADOUKI EMMANUEL, « La lustration dans le constitutionalisme contemporain », *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, n° 129, p. 1-17 ; J. Malinovski, « Les lois de lustration en Europe centrale et orientale : une mission impossible », *Revue québécoise de droit international*, 2000, 13, p. 130.

²⁴³ G. DRAGO, B. FRANCOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, 415 p.



procédure d'établissement de la Constitution de transition de la République du Congo. Dans ce dernier cas de figure, la procédure utilisée était bien plus singulière. En effet, la Constitution de la transition de la RDC, a été approuvée et adoptée par les délégués des composantes et entités au Dialogue inter-congolais de Sun City, du 25 février au 12 avril 2002, et à l'accord global et inclusif sur la transition en RDC signé à Pretoria le 17 décembre 2002²⁴⁴.

Il faut noter que dans une telle procédure, le pouvoir constituant a été exercé directement par les acteurs politiques qui ont participé au Dialogue inter-congolais. Le peuple se trouve à l'issue de ce procédé, dépouillé de son autorité souveraine²⁴⁵. Il y'a certainement une entorse à la démocratie puisque la Constitution est adoptée à l'issue d'une procédure excluant toute intervention du peuple ou de ses représentants élus. Les opérations constitutives engagées dans le cadre de cette transition s'inscrivent dans une procédure atypique et ne peuvent donner lieu qu'à une justice atypique. Il se dégage donc une distanciation entre la justice para-constitutionnelle et la justice constitutionnelle orthodoxe. La montée en puissance de la première anémie la seconde.

En revanche, au Togo, les accords de paix du 12 juin 1991 conclus entre le pouvoir en place et l'opposition avaient été repris par le décret présidentiel de convocation de la Conférence n° 91/179 du 25 juin 1991. Cette reprise dénote une crise de légitimité des accords politiques initiaux et fragilise l'illustration de ces derniers comme recette systématique dans la résolution des crises politiques en Afrique. Les accords politiques mal négociés portent en même temps, les ferments possibles de l'instabilité constitutionnelle et juridictionnelle. Le défi de restauration d'une justice constitutionnelle orthodoxe est donc plus relevé lorsque le juge constitutionnel s'inspire d'un instrument *a-constitutionnel* et à légitimité contestée.

B. Les défis de l'établissement d'une justice constitutionnelle de crise

Les défis qui s'imposent à la justice para-constitutionnelle sont quasiment les mêmes que ceux qu'on attend d'un *droit transitionnel*²⁴⁶. En effet, la justice para-constitutionnelle forme un ordre juridictionnel et prétend être dotée de la contrainte juridique. Elle se rapproche de la justice applicable en temps de crise, de circonstances exceptionnelles, mais, se distingue des clauses constitutionnelles habituelles, car elle n'en respecte ni le formalisme, ni la substance. Elle est sinon *contra constitutionem*, du moins *para constitutionem*, en raison de

²⁴⁴Si ces accords sont relativement récents en Afrique, (Accord de Sun city, Accord de Linas Marcoussis du 24 janvier 2003 ; Accord d'Accra III du 30 juillet 2004 ; Accord de Pretoria du 6 avril 2005 pour la Côte d'Ivoire) il faut dire que les accords de Dayton pour la Bosnie Herzégovine, le cas du Kosovo attestent de la vétusté de la pratique.

²⁴⁵M. NGUELE ABADA, « Du constitutionnalisme de transition en Afrique : réflexions sur l'évolution constitutionnelle en République démocratique du Congo », *RRJ*, n° 1, 2008, p. 501-536.

²⁴⁶ Expression de la Haute Cour constitutionnelle malgache pour marquer l'ordre constitutionnel en crise.



l'accompagnement même du juge constitutionnel qui témoigne ainsi de son acquiescement au moins partiel au non-respect de la Constitution. Au regard de ces développements, les écueils suivants sont à éviter : le risque d'implantation d'une « *a-justice* »²⁴⁷ constitutionnelle (1) et l'avènement d'un gouvernement des juges constitutionnels (2).

1. Le risque d'implantation d'une « *a-justice* » constitutionnelle

Il peut s'agir d'une « *a-justice* » dérivant du recours de plus en plus fréquent aux accords politiques ou encore de celle dérivant du rétablissement inconstant de l'ordre constitutionnel déstabilisé²⁴⁸. Le risque est grand de voir émerger une crise d'effectivité et même d'autorité des Constitutions en Afrique noire²⁴⁹. La *re-constitutionalisation* de l'ordre constitutionnel en période de transition est donc un défi important pour le juge garant du retour à la normalité constitutionnelle. Ce procédé qui caractérise le constitutionalisme négro-africain en crise vise *a priori* à protéger l'ordre constitutionnel et à garantir la bonne gouvernance politique prise ici comme un nouveau paradigme étatique²⁵⁰. Il vise à restaurer un ordre juridictionnel nouveau, un Etat de droit juridictionnel²⁵¹ en procédant par la répression des changements anticonstitutionnels de gouvernement qui constituent l'une des causes essentielles d'insécurité, d'instabilité, de crise et même de violents affrontements en Afrique²⁵².

La Haute Cour constitutionnelle malgache a bien saisi le jeu et même l'enjeu²⁵³. En effet, à de nombreuses reprises, la Cour a montré que la hauteur de la protection juridique transitionnelle était moindre qu'en période normale. Ainsi dans *l'affaire de l'immunité parlementaire des parlementaires de la transition*, elle a rendu une importante décision concernant leurs droits et privilèges²⁵⁴.

Après avoir explicité les deux composantes de celles-ci, comme exception à l'égalité devant la loi et exception momentanée à la séparation des pouvoirs (irresponsabilité et

²⁴⁷ L'expression est empruntée à L. ROULET, « Pratique du tri et de la collégialité dans le cadre des référés-libertés « Covid-19 » : l'écueil d'une « *a-justice* » administrative ? », *Revue du droit public* - n°3, 2022, p.757.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ F. J. AÏVO, « Crise d'effectivité et crise d'autorité des constitutions africaines », Communication au colloque sur « *La problématique des remises en cause de l'ordre constitutionnel en Afrique: quels risques pour la démocratie?* », Ouagadougou, les 10 et 11 août 2010, p. 1-26.

²⁵⁰ J. CHEVALLIER, « La gouvernance un nouveau paradigme Etatique ? » *Revue française d'administration publique*, 2003/1-2, n° 105-106, p.203 ; J. P. GAUDIN, *Pourquoi la gouvernance ? Presse de sciences politique*, 2002, (bibliothèque du citoyen), p. 9.

²⁵¹ R. ARNOLD, « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », RFDC, 2014/4 n° 100, p. 769-776.

²⁵² Préambule de la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Démocratie de 2007.

²⁵³ A. S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique : évolutions et enjeux », in B. KANTE et M. E. PIETERMAAT-KROS (dir.), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Gorée Institute, 1998, p. 91-108 ;

²⁵⁴ Avis n°01-HCC/AV du 15 juillet 2009 portant interprétation des dispositions de l'article 73 de la Constitution relatives à l'immunité parlementaire.



inviolabilité), elle s'est refusée à étendre les dispositions du droit commun contenues à l'article 73 de la Constitution. Elle s'est contentée d'estimer que l'ordonnance portant règlement intérieur de la transition (ordonnance du 8 octobre 2010, validée par la HCC le 7 octobre 2010) ne visait que le seul régime de l'irresponsabilité parlementaire. C'est donc une immunité partielle qui est reconnue en période transitionnelle, exception étant faite de l'inviolabilité parlementaire.

La Cour a été à la fois plus précise et plus large sur cette légalité de substitution, dans son avis du 31 juillet 2009. Aussi dira-t-elle pour droit : « *durant la transition, bien que la Constitution ne puisse être appliquée en toutes ses dispositions, demeurent applicables les principes généraux de droit, les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle, les engagements internationaux régulièrement acceptés, les valeurs spirituelles et culturelles propres à la nation, (...)* »²⁵⁵. La survivance de ces dispositions empêche l'implantation d'un ordre anticonstitutionnel.

La justice para-constitutionnelle même en période transitoire, doit donc rendre compte de la Constitution même si cette dernière ne peut pas être appliquée dans sa totalité²⁵⁶. Cette invitation au respect des normes constitutionnelles consiste pour le juge à ne pas se détacher entièrement du légalisme juridique et donc de la Constitution pour se livrer aux exigences morales, car outrepasser la Charte fondamentale c'est aussi trahir son serment²⁵⁷ y compris certaines « *formules sacramentelles indivisibles* »²⁵⁸ et entretenir *l'hypertrophie du pouvoir judiciaire*²⁵⁹ que la doctrine qualifie de gouvernement des juges.

2. Le spectre du gouvernement des juges constitutionnels

Si la notion de gouvernement des juges a fait l'objet des développements intéressants dans les écrits d'Edouard Lambert, il faut dire qu'elle apparaît déjà dans les termes de l'article 10 de la loi des 16 au 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire où il est précisé que : « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du*

²⁵⁵ Avis n°02-HCC/AV du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.

²⁵⁶ Décision n° 15-HCC/D3 du 26 décembre 2011, concernant la loi n°2011-014 portant insertion dans l'ordonnement juridique interne de la feuille de Route signée par les acteurs politiques malgaches le 17 septembre 2011.

²⁵⁷ O. NAREY, « Le serment en droit constitutionnel », *Revue Solon, Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, vol. II n° 11, décembre 2015, p. 7-46. V. également l'Art. 8 de la loi béninoise n° 91-009 du 4 mars 1991 qui dispose que : « *Tout manquement [au serment prévu par l'article 7] constitue un acte de forfaiture et sera puni conformément à la législation en vigueur* ».

²⁵⁸ Voir dans ce sens les décisions suivantes de la Cour constitutionnelle du Bénin : décision DC-96-017 du 5 avril 1996 et décision DCC 11-058 du 25 août 2011.

²⁵⁹ F. MODERNE, *Préface* in E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.



pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ». ²⁶⁰ Le juge constitutionnel n'est pas épargné ²⁶¹ car l'enracinement de la justice para-constitutionnelle conduit à l'amenuisement de la normativité constitutionnelle et à la transformation du juge en un constituant « *néгатif* » ²⁶² pour reprendre cette formule de Hans Kelsen.

C'est dire que la justice constitutionnelle mise en place en période de transition ne doit pas s'éloigner des exigences démocratiques. Il ne peut en être autrement, dans la mesure où les Constitutions de transition assurent une fonction sociale et politique, qui justifie par ailleurs le recours fréquent à des procédés para-constitutionnels. En effet, avec la justice para-constitutionnelle, la démocratie, plus encore que la Constitution, est en danger. Le paradoxe est grand. En période normale, toute violation constitutionnelle est expulsée de l'ordre juridique. En période de crise, la transgression est reçue, analysée et souvent acceptée. Le recul de la garantie juridique, le recul de l'Etat de droit sont manifestes. Le recul de la légalité est doublé d'une légitimité donnée au pouvoir juridictionnel ²⁶³.

Le juge constitutionnel de transition se comporte comme un sage ²⁶⁴ ou, pour reprendre Edouard Lambert, « *en arbitre suprême de la politique sociale et économique des Etats* » ²⁶⁵.

La décision du juge constitutionnel burkinabé du 8 février 2022 portant « *dévolution des fonctions du Président du Faso* » est indicative en ce qu'elle marque l'empiètement du juge constitutionnel sur les pouvoirs politiques ²⁶⁶ donnant raison à Yves Meny pour qui, par la force

²⁶⁰ Article 10 de la loi des 16 au 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

²⁶¹ J. RIVERO, « Le Conseil constitutionnel : Des juges qui ne souhaitent pas gouverner », *AJDA*, 1975, p. 134-138.

²⁶² Selon la formule du « *législateur négatif* » du Maître de Vienne. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, t. XLV, 1928, p. 226.

²⁶³ E. MANZANI, *Les accords politiques dans la résolution des conflits, armés interne en Afrique*, Thèse, Université La Rochelle et Université de Cocodi Abidjan, 2011, p. 258 ;

²⁶⁴ C. EMERI, « Gouvernement des juges et veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 335-358.

²⁶⁵ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, op. cit. p. 2. La littérature sur le « gouvernement des juges » est abondante, cette expression utilisée pour une première fois par Olivier DEPEROUX, est devenue commode, imagée et employée avec des significations et dans des contextes différents. V. M. TROPER et O. PFERSMANN, « Existe-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie* S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING, (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21 sq ; D. de BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, Doct., p. 937 sq ; R. CHIROUX, « Libre propos sur le Conseil constitutionnel : le spectre du gouvernement des juges ? », *Rev. pol. et parlam.*, mai-juin 1977, p. 15 sq ; M. TROPER, « Du bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *Le nouveau constitutionnalisme*, Mél., en l'honneur de Gérard CONAC, Paris, Economica, 2001, p. 49-65.

²⁶⁶ Il s'agit d'une violation de l'article 16 DDHC du 26 août 1789 : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Selon Karl POPPER, c'est cette déclaration qui, en France, permettra le passage d'une société fermée à une société ouverte.



imposante de la justice constitutionnelle, comme moyen de réalisation de la démocratie [en Afrique], on assiste à « *l'invasion du politique par le juridique jurisprudentiel* »²⁶⁷.

Le Conseil constitutionnel, par excès de pouvoir valide en l'espèce le coup d'État en l'érigant en une technique d'accès au pouvoir au détriment des mécanismes classiques d'organisation des élections²⁶⁸ encadrés par les constitutions et entérinés par la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance adoptée le 30 janvier 2007²⁶⁹.

En clair, l'établissement d'un nouvel ordre constitutionnel peut prendre les allures d'une dictature pour les autorités, au regard des dérives politiques d'une opération constituante non conforme aux exigences démocratiques dans un contexte de crise politique²⁷⁰, mais aussi d'un gouvernement des juges constitutionnels²⁷¹ qui, parce que détenant désormais les clés de sortie de crise, se comportent en juges législateurs²⁷².

Conclusion.

²⁶⁷Y. MENY, « Révolution constitutionnelle et démocratie : chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie », Cahiers du Conseil constitutionnel, hors-série -Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009, disponible sur le site du CC, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>, p. 2.

²⁶⁸A. EYINGA, Cameroun, 1960-1990. *La fin des élections. Un cas d'évolution régressive de la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 1990, p 7 ; Du même auteur, *Mandat d'arrêt pour cause d'élection. De démocratie au Cameroun, 1970-1978*, Paris, L'Harmattan, 1978, p. 251.

²⁶⁹V. Art. 23 (2) de la CADEG qui inscrit au rang des changements anticonstitutionnel de gouvernement, tout putsch ou coup d'Etat contre un gouvernement démocratiquement élu.

²⁷⁰M. D. BLEOU, « La révision de la Constitution ivoirienne », *Revue ivoirienne de droit*, n°41, 2010, p. 157 sq.

²⁷¹J. WALINE, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 487-510.

²⁷²M. CAPPELLETTI, « Des juges législateurs ? », in *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, PUAM, Coll. Droit public, 1990, p. 23-113.



« A l'évidence l'Afrique cherche. L'Etat cherche ses institutions, la démocratie son expression, la justice [constitutionnelle] son éthique (...) »²⁷³. C'est par ce constat fort saisissant de Raynal qu'on appréhende les différentes épreuves que traverse le constitutionalisme africain et la nécessité d'une justice des sorties de crise dans les ordres constitutionnels africains.

La recrudescence des crises politiques marque ainsi l'entrée en scène de la crise de la justice constitutionnelle qui à peine célébrée²⁷⁴, est en perte de majesté. Elle inaugure la *seconde mort de la Constitution* dans les ordres constitutionnels africains considérés.

La justice constitutionnelle classique connaît donc du fait des coups d'Etat, une certaine plasticité et la montée en puissance de la justice para-constitutionnelle vient atténuer la fondamentalité de la norme constitutionnelle, même s'il faut reconnaître qu'elle participe aussi à l'affirmation d'un modèle de justice constitutionnelle africaine en période de crise politique. Elle s'enracine dans l'évolutionnisme juridique qui exige l'adaptabilité constante de la justice constitutionnelle aux transformations sociopolitiques. La justice para-constitutionnelle issue des coups d'Etat ne crée donc pas forcément une *situation de dissolution de l'État comme ordre juridique* même si elle laisse un vide constitutionnel et un désordre dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels. Elle est une opportunité donnée au juge constitutionnel de se servir de son pouvoir créateur de droit pour concilier, en des périodes troubles, nécessités militaires et nécessités juridiques, mieux constitutionnelles.

De tout évidence, l'Afrique « adopte, remet en cause, suspend, abroge, puis renouvelle [sa justice constitutionnelle] ; elle cherche sa voie... »²⁷⁵. Cette recherche ne sera fructueuse que si la justice para-constitutionnelle en question s'opère en respect de l'esprit des Constitutions africaines sinon elle ne serait que ruine du constitutionalisme et de l'Etat de droit dans les ordres constitutionnels africains.

²⁷³ J. J. RAYNAL, « Le renouveau démocratique béninois : modèle ou mirage », *Afrique contemporaine*, n° 160, 1991, p. 25 ; I. DIALLO, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *AJIC*, XX, 2004, p. 93-120.

²⁷⁴ J. Du Bois De GAUSSON, « Victoire ou disgrâce des cours constitutionnelles en Afrique : les tourments d'un professeur juge constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU, Frédéric Joël AÍVO, Jean du Bois De GAUDUSSON, Christine DESOUCHES et Joseph MAÍLA* (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, l'Harmattan, 2020, 1086 p. (spec., p. 231-247).

²⁷⁵ Cette formule est du professeur AHANHANZO GLELE cité par K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *La revue du CERDIP*, volume 1, n° 2, Juillet-décembre 2002, p. 35.