La Constitution de transition, un instrument de construction de la démocratie

Claire Parjouet Calvet

▶ **To cite this version:**

Claire Parjouet Calvet. La Constitution de transition, un instrument de construction de la démocratie. Revue française de droit constitutionnel, 2021, N°127, pp.123 - 145. 10.3917/rfdc.127.0123 . hal-03877661

HAL Id: hal-03877661

https://univ-pau.hal.science/hal-03877661

Submitted on 29 Nov 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONSTITUTION DE TRANSITION, UN INSTRUMENT DE CONSTRUCTION DE LA DÉMOCRATIE

Claire Parjouet

Presses Universitaires de France | « Revue française de droit constitutionnel »

2021/3 N° 127 | pages 123 à 145

ISSN 1151-2385
ISBN 9782130828532
DOI 10.3917/rfdc.127.0123

Article disponible en ligne à l'adresse :

---

https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2021-3-page-123.htm

---

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.
© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

La Constitution de transition, un instrument de construction de la démocratie

CLAIRE PARJOUET

Normes juridiques destinées à orchestrer le déroulement d'une transition constitutionnelle et démocratique, les Constitutions de transition font aujourd'hui partie des instruments régulièrement employés dans le cadre de processus de démocratisation[1]. La particularité de ces doubles transitions – qui cherchent à aboutir à la construction d'un nouveau régime constitutionnel qualifiable de démocratique – impose de caractériser les Constitutions de transition au sein de la catégorie des Constitutions provisoires.

Pour expliciter cette distinction, il paraît nécessaire de revenir sur la définition des *Constitutions provisoires*, *petites Constitutions*, *Constitutions transitoires* ou *Constitutions intérimaires* – formules souvent employées comme synonymes – pour ensuite individualiser les Constitutions de transition.

Ces différentes expressions sont utilisées pour désigner les normes constitutionnelles temporaires qui assurent la transition entre deux régimes constitutionnels, sans qu'il y ait d'impératif démocratique au terme du processus. Bien qu'apparaissant dans le cadre d'une révolution juridique[2], il est aujourd'hui difficile de considérer ces normes comme de simples faits politiques. Les récentes recherches de Nicoletta Perlo et du Pr Emmanuel Cartier ont en effet explicité leur caractère normatif :

Claire Parjouet, Doctorante en droit public, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

1. D'après les recherches de l'auteure, sur le continent africain, près de 39 transitions constitutionnelles et démocratiques ont été initiées entre 1989 et 1999, 14 entre 2000 et les années 2010, et 9 entre 2010 et 2019. Par proportion, le recours aux constitutions de transition s'amplifie, étant donné que 5 ont été élaborées entre 1990 et 2000, 2 entre 2000 et 2010 et 5 entre 2010 et 2019.

2. E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005, spé. p. 11 : Le caractère révolutionnaire résulte du fait que « le changement est réalisé en dehors des conditions prévues par la Constitution en vigueur ». Dès lors, « [d]e tels procédés introduisent une rupture formelle avec l'ordre juridique passé ».

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

les Constitutions provisoires fondent un « système de règles qui régit une communauté humaine, globalement efficace et sanctionné[3] ».

Leur matérialité constitutionnelle découle de l'attention régulièrement portée par leurs auteurs aux « trois objets du droit constitutionnel moderne » identifié par Louis Favoreu, soit « les institutions, les normes et les libertés »[4]. En effet, si elles ne comprennent à l'origine que des dispositions institutionnelles[5], elles tendent à laisser une place toujours plus importante au droit constitutionnel substantiel et normatif[6].

À ces aspects matériels s'ajoute une perspective « formelle » : la valeur suprême et fondamentale de ces normes est affirmée et protégée. En effet, outre la dénomination affirmant la nature constitutionnelle de ces normes, des procédures rigides de révision constitutionnelle se voient régulièrement précisées. De plus, les juridictions constitutionnelles se sont peu à peu affirmées comme les gardiennes de la transition constitutionnelle. Par conséquent, ces « normes intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet[7] » méritent une attention particulière, notamment en raison de la particularité de leur contexte d'élaboration.

Structurer une transition constitutionnelle demande en effet la prise en considération des impératifs du moment. Cette « période qui permet le passage d'un régime institutionnel à un autre[8] », notamment lorsqu'il implique « le passage d'une Constitution à une autre[9] », suppose l'enchaînement de deux processus. À la phase déconstituante – menant à l'abrogation de l'ordre juridique précédant – succède la phase reconstituante, reposant sur un processus constituant originaire[10]. Ces deux mouvements, et les procédures qu'ils induisent, forment l'objet atypique des Constitutions provisoires.

3. Nicoletta Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », Communication lors du IX[e] Congrès de l'Association de Droit constitutionnel, Lyon, 26-27-28 juin 2014, en ligne : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLF/F-perlo_T2.pdf site consulté en mars 2019.

4. L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 71-89.

5. Voir par exemple en France la Loi du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics.

6. Voir par exemple le développement de plus en plus important du droit constitutionnel de transition en République centrafricaine et en République Démocratique du Congo.

7. E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, 2007, n° 71, p. 513-534, p. 513.

8. Isabelle Thumerel, « Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants », thèse de doctorat de l'Université de Lille 2, 3 octobre 2008, p. 2.

9. *Idem*, p. 5 : Les transitions constitutionnelles formelles ou légales, soit réalisées *via* une révision de la norme constitutionnelles en vigueur, ne sont pas considérées dans le cadre de cette étude.

10. J.-P. Massias (dir.), *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, Puf, 2008, 2[e] éd., p. 19.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

Apparaît ainsi le triptyque développé par Nicoletta Perlo. Ces normes fondamentales se composent non seulement de dispositions « constitutives » dont l'objet est d'assurer le fonctionnement de l'État durant la période de transition, mais également de la décision « déconstituante » et de la définition d'une procédure constituante. Elles ont donc pour mission d'encadrer l'exercice du pouvoir constituant et de régir l'exercice du pouvoir politique par le gouvernement provisoire. Selon cette auteure, ces trois types de disposition composent l'objet caractéristique des Constitutions provisoires et permettent leur identification[11].

Cette spécificité matérielle s'explique par la particularité de la fonction attribuée à la norme constitutionnelle. En ce sens, le Pr Emmanuel Cartier présente les petites Constitutions comme étant l'origine d'un « système juridique intermédiaire relais, à la fois provisoire et fondateur, qui doit se situer – négativement ou positivement – par rapport au système auquel il succède[12] ». Nicoletta Perlo, de façon plus pragmatique, relève qu'il s'agit pour les acteurs de la transition de « garantir l'ordre et la paix sociale dans la période transitoire » et « légitimer [...] le nouveau détenteur du pouvoir et la Constitution définitive »[13] grâce aux Constitutions provisoires.

Or, lorsque la transition constitutionnelle supporte une transition démocratique, cette spécificité des Constitutions provisoires se trouve accentuée par l'objectif de la démocratisation, justifiant la catégorisation spécifique des Constitutions de transition.

Schématiquement, la démocratisation résulte « du processus de dissolution d'un régime autoritaire », qui découle le plus souvent de son essoufflement ou d'un conflit armé, et vise « l'installation d'une forme de démocratie »[14]. Elle peut être séquencée en trois périodes : la chute du régime autoritaire, la construction d'un nouveau régime démocratique et enfin la consolidation démocratique. L'objectif de la transition constitutionnelle se précise alors : le processus constituant doit soutenir la construction d'un régime démocratique notamment par l'élaboration d'une Constitution post-transition adaptée.

Le triptyque de Nicoletta Perlo prend alors une autre dimension. À la rupture juridique s'ajoute une rupture philosophique et politique notoire. Aux yeux de la société, la Constitution de transition traduit juridiquement et symboliquement l'aboutissement des manœuvres

11. N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », art. cit.

12. E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », art. cit., p. 516.

13. N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », art. cit.

14. G. O'Donnell, P. C. Schmitter, *Transitions from autoritarian Rule: Tentative Concluions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press, 1993, p. 6.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

visant la chute de l'ancien régime. Étant donné la violence accompagnant généralement ces processus, il lui revient également la difficile tâche de solder les comptes du passé, gérer les difficultés présentes tout en construisant le régime démocratique à venir. Elle peut dès lors être appréhendée comme la première pierre du futur régime, comme un premier pas vers l'objectif de la démocratie.

Le contexte de démocratisation interroge ainsi spécifiquement le sens réel de ces normes exceptionnelles. Comment les Constitutions de transition participent-elles à la construction d'un régime démocratique ?

Envisager une fonction démocratisante des Constitutions de transition suppose de préciser en amont les caractéristiques de la démocratie. Bien qu'il s'avère complexe de donner une définition essentialiste de ce régime politique, quelques éléments paraissent emporter un certain consensus. Pour les besoins de cette analyse, ces critères seront utilisés. Est donc considéré démocratique, tout régime respectueux des droits de l'homme, assurant l'encadrement du pouvoir politique par le droit, un pluralisme politique effectif, le respect du principe de la séparation des pouvoirs et le déroulement régulier d'élections libres et transparentes ainsi que le respect de leurs résultats[15].

Œuvrant à l'établissement de ces caractéristiques, la participation des Constitutions de transition à la construction de la démocratie repose sur deux dynamiques : l'intégration par les acteurs de principes structurant tout régime démocratique (I) et l'édification d'un système institutionnel répondant aux impératifs minimaux de la séparation des pouvoirs et de l'État de droit (II).

Pour mener à bien cette démonstration, l'analyse du régime politique de transition – « le texte, la Constitution stricto sensu » – sans connexion avec le système politique dans sa globalité – « la pratique, l'application de la Constitution » – ne pourrait suffire à l'appréhension des Constitutions de transition[16]. En effet, tout processus de démocratisation paraît reposer sur « un processus de reconstruction de l'État, non seulement dans les faits et les institutions mais aussi dans la tête de ses acteurs[17] ». Par conséquent, cette étude se fonde tant sur l'analyse textuelle de ces normes atypiques que sur leur usage par les protagonistes de la transition.

15. Voir H. Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – sa valeur*, trad. fr. C. Eisenmann, Paris, Economica, 1988 ; O. Duhamel, G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Éditions du Seuil, 2016, p. 45-51.

16. M.-A. Cohendet, « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 119-134, p. 121.

17. G. Lô, « Quelques réflexions sur la "démocratisation" en Afrique », *in* P. Fraissex (éd.), *Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 421-434, p. 430-431.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

I – LA CONSTITUTION DE TRANSITION, INSTRUMENT D'INITIATION AUX PRINCIPES DÉMOCRATIQUES

Actant la disparition du régime antérieur et visant la réussite de la transition démocratique, la Constitution de transition a pour première mission d'assurer la stabilisation du contexte politique et la légitimité de l'ensemble du processus transitionnel. Pour y parvenir, ses rédacteurs ont recours à des mécanismes « démocratisants[18] », inaccoutumés du droit constitutionnel classique (A). En plus de rassurer les acteurs politiques quant à leur participation réelle à la transition en cours, l'usage de ces mécanismes entraîne indirectement la mise en œuvre de deux principes structurant de la démocratie : le dialogue et le pluralisme politique (B).

A – DES MÉCANISMES DÉMOCRATISANTS, CONDITIONS DE L'ABOUTISSEMENT DE LA TRANSITION CONSTITUTIONNELLE

L'aboutissement d'une transition constitutionnelle demande la promulgation d'une nouvelle norme fondamentale et la reconnaissance du texte par la majorité des acteurs. Dès lors, le choix des procédures – et notamment de la procédure constituante – s'avère crucial : c'est d'elles que dépend la légitimité de la future norme constitutionnelle. Ainsi, par sa disposition constituante, la Constitution de transition peut en réalité œuvrer à la légitimation de la Constitution post-transition. Nicoletta Perlo distingue trois « stratégies légitimantes » possibles : « donner l'apparence qu'une partie de la procédure constituante est fondée sur les normes de l'ordre juridique précédent », « ressusciter des textes constitutionnels révolus, issus d'un ordre juridique précédent considéré comme légitime », ou permettre une réelle participation du peuple au processus. Cette dernière stratégie peut se traduire par le recours aux élections, au référendum, à la représentation des différents corps sociaux ou encore à des technologies relevant de la démocratie directe[19].

Or, sans pacification préalable du contexte, ces stratégies risquent d'être inefficaces. En effet, une transformation constitutionnelle aussi radicale que celle nécessaire à la démocratisation accroît les risques de frictions entre les différents protagonistes. Ces tensions – politiques et/ou armées – sont susceptibles de conduire à l'anéantissement du processus.

18. M. Besse, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes. Analyse comparative*, Clermont-Ferrand, Éditions du Centre Michel de l'Hospital, « Collection des Thèses », nº 5, 2018.

19. N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », art. cit.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

Pour éviter une telle remise en question, la multilatéralité reste une solution[20]. Tous les acteurs devraient sinon s'entendre du moins contribuer à l'élaboration de la nouvelle norme fondamentale, et être rassurés quant à la tangibilité de leur participation.

En ce sens, de nombreux travaux ont souligné l'importance de l'inclusivité pour la réussite d'une transition[21]. Qu'elle soit due à une perte d'influence politique ou à une défaite électorale, l'exclusion d'un groupe du processus transitionnel aboutit selon les cas à un blocage de la prise de décision politique à court terme ou à la non-reconnaissance de l'ensemble du processus à plus long terme[22]. À l'inverse, la participation de l'ensemble des acteurs est un facteur d'acceptation et de stabilité du processus[23]. En effet, la répartition équilibrée des postes à responsabilité politique entre les différents protagonistes auparavant en conflit reste la solution la plus efficace pour l'aboutissement de la transition constitutionnelle. La comparaison entre les printemps tunisien et égyptien illustre ce constat.

En Tunisie, dès le mois de février 2011, l'Instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique (« ISROR ») s'organise selon le principe d'inclusion, dont la mise en application sera renforcée dès les premiers travaux de l'assemblée[24]. Le retour de la logique majoritaire est cependant acté lors les élections du 23 novembre 2011. Cette seconde phase de la transition tunisienne se voit dominée par une *troïka* – réunissant le parti Ennahdha, le Congrès pour la République (« CPR ») et le parti Ettakatol – devenue amplement dominante au sein de la nouvelle Assemblée nationale constituante (« ANC »). Cumulée à la possibilité pour l'ANC de fixer elle-même les nouvelles règles du jeu politique, la disparition de l'inclusivité ne manque pas d'entraîner le blocage d'un processus pourtant bien engagé.

20. Voir M. Besse, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, nº 45, p. 113-133.

21. Voir M. Besse, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes. Analyse comparative*, *op. cit.*, F. Hourquebie, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transition ? », in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions*, Economica, XXX-2014, 2015, p. 587-602.

22. Voir M. Besse, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », art. cit.

23. Voir F. Hourquebie, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transition ? », art. cit.

24. E. Gobe, « Tunisie an I : les chantiers de la transition », *L'Année du Maghreb*, 2012, p. 433-454, au § 11 ; Arrêté du Premier ministre du 14 mars 2011, portant nomination des membres de l'Instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 17, 15 mars 2011 ; Arrêté du Premier ministre du 5 avril 2011, portant nomination des membres de l'Instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

De fait, forts de leur position, les trois partis alliés adoptent la Loi constituante nº 2011-06 qui encadre constitutionnellement la deuxième phase de la transition. L'opposition, bien que représentée au sein de l'ANC, se voit exclue tant de la gestion des affaires courantes que du processus constituant. Ce choix ne sera pas sans conséquence. Dans une société récemment libérée de l'autoritarisme présidentiel et malgré le soutien populaire important dont bénéficie le parti islamiste, l'absence de considérations pour l'ensemble des opinions et la crainte d'un détournement de la transition mettent à mal la pratique de la *troïka*. Une « bipolarisation génératrice de violences » apparaît et fait plusieurs victimes durant l'année 2013[25]. De plus, le processus constituant n'aboutit pas : en juin 2013, le quatrième avant-projet de Constitution est rejeté[26]. Finalement, l'ANC ne parvient à voter une nouvelle Constitution qu'après la mise en place d'un Dialogue national. Issue de négociations multilatérales, la nouvelle norme fondamentale ne sera pas remise en question par la suite[27].

Si dans le cas tunisien le retour à l'inclusivité malgré les élections a permis l'aboutissement du processus constituant, la transition égyptienne s'est révélée plus complexe. Les tensions opposant le Conseil Suprême des Forces Armées (« CSFA ») – se présentant comme étant au service de la Révolution depuis le départ du Président Moubarak – et le Parti de la Liberté et de la Justice (« PLJ ») – récent vainqueur des élections législatives et présidentielles – ont entraîné l'échec de la stabilisation du régime. En effet, l'absence de l'opposition politique – qui boycotte le travail de l'Assemblée constituante – et l'adoption précipitée de la Constitution post-transition marquent le processus constituant mené entre 2011 et 2013. Le rejet du nouveau texte est immédiat. Il se traduit à la fois par une dénonciation des acteurs politiques écartés durant la transition, mais également par une protestation populaire. Les manifestations reprennent sitôt la nouvelle norme fondamentale entrée

révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 24, 8 avril 2011.

25. E. Gobe, L. Chouikha, « La Tunisie de la Constitution aux élections : La fin de la transition politique ? », *L'Année du Maghreb*, 2015, nº 13, p. 261-282, § 1-3 ; E. Gobe, L. Chouikha, *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, Paris, La Découverte, 2015, p. 93-96.

26. G. Weichselbaum, X. Philippe, « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *Maghreb – Machrek*, 2015, nº 223, p. 49-69, p. 54.

27. H. M'rad, « Le Dialogue national : une autre révolution tranquille », en ligne : https://hatmrad.wixsite.com/science-politique/single-post/2015/02/13/Le-Dialogue-national%C2 %A0-une-autre-r%C3 %A9volution-tranquille, site consulté en mars 2019 ; Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, entrée en vigueur le 10 février 2014, publication en français, *Journal officiel de la République tunisienne*, nº spécial, 20 avril 2015.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

en vigueur. Elles entraînent, dès le 3 juillet 2013, l'ouverture d'une nouvelle transition constitutionnelle sous la houlette de l'armée[28].

Cette comparaison des transitions égyptienne et tunisienne illustre l'importance de l'inclusivité. Rétablie dans le contexte tunisien, elle permet de sauver la transition constitutionnelle et la consolidation du nouveau texte fondamental. À l'inverse, en excluant certains acteurs, le processus égyptien reste – aujourd'hui encore – fragile. Ainsi, par la mise en œuvre de ce principe démocratisant au sein de ses dispositions constituantes et constitutives, la Constitution de transition réduit les risques de déstabilisation du processus à court et moyen terme.

Cependant, pour assurer la concrétisation de ce principe – et non son seul emploi comme étendard visant à satisfaire les attentes des bailleurs internationaux – les rédacteurs de la Constitution de transition doivent prendre des précautions procédurales gageant *a minima* de la participation et *a maxima* du consensus des acteurs autour du projet de Constitution[29]. Or, si ces garanties procédurales consacrent l'effectivité de l'inclusion, leur dévoiement peut également conduire à une dénonciation du processus. En conséquence, se pose la question de l'opportunité d'instaurer un « gardien » de la procédure constituante, soit un mécanisme plus démocratisant que démocratique.

Selon le Pr Jean-Pierre Massias, deux principaux arguments justifient le recours incongru au « gardien » pour encadrer un processus traditionnellement défini comme initial, inconditionné et illimité. Le premier tient à l'objet du processus : la Constitution post-transition. Pièce maîtresse de la consolidation démocratique, elle doit poser les jalons de l'adhésion des acteurs au futur régime. Ces derniers doivent pouvoir se projeter dans le fonctionnement constitutionnel futur. En découle le second argument : prévoir un contrôle du processus constituant permet de leur assurer que les décisions constituantes prises dans le cadre d'institutions inclusives sont bien respectées[30].

L'exemple le plus marquant et le plus audacieux en la matière demeure le contrôle de certification opéré par la Cour constitutionnelle sud-africaine. La volonté des rédacteurs de la Constitution intérimaire

28. Voir S. Ben Nefissa, « Trajectoires transitionnelles et élections en Tunisie et en Égypte », *Confluences Méditerranée*, 2012, vol. 82, nº 3, p. 9-27 ; M. Besse, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », art. cit.

29. Loi constituante nº 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 97, 23 décembre 2011. À titre d'exemple, il est possible de citer le choix du double vote au sein de l'ANC tunisienne : le projet constitutionnel doit d'abord être adopté article par article, avant de procéder à un vote sur l'ensemble du texte.

30. J.-P. Massias, « Le contrôle des processus constituants et du contenu des Constitutions : faut-il un gardien des processus constituants ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2014, Juges constitutionnels et doctrine, constitutions et transitions*, Economica, 30/2014, 2015, p. 603-621, p. 604.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

sud-africaine de 1993 est de préserver le contenu des négociations constitutionnelles commencées en 1991. Protéger les droits fondamentaux définis durant la transition et veiller à ce que certains principes désormais considérés comme intangibles soient respectés par la future Constitution est un impératif. En ce sens, le Pr Xavier Philippe explique que « [l] a démocratie sud-africaine s'est ainsi constituée autour des "principes constitutionnels", sorte de "commandements" liant toutes les parties aux "négociations multipartis" à travers 34 principes fondamentaux », définis à l'issue de la Conférence pour une Afrique du Sud démocratique (« CODESA »)[31]. Pour y parvenir, la Constitution intérimaire prévoit la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois à la fois diffus et concentré, ainsi que le contrôle du processus constituant[32].

Le contrôle de certification ou d'homologation défini à l'article 74 de la Constitution intérimaire a pour objectif de « vérifier le respect de ces principes [les 34 principes fondamentaux] par le texte final et de s'assurer que l'Assemblée constituante [n'a] pas dévié des principes fondateurs acceptés par les parties trois ans auparavant[33] ». En effet, après avoir dans un premier temps « estimé que le texte adopté par les constituants devait être révisé », la certification du projet constitutionnel « a sans conteste contribué à l'ancrage de la démocratie » et de la Constitution de 1996[34]. La particularité de ce contrôle et sa mise en œuvre avec application par la Cour constitutionnelle conduisent à l'adoption d'une nouvelle Constitution respectueuse des compromis ayant jalonné son élaboration et conforme aux attentes des différents acteurs.

La Constitution de transition peut ainsi travailler à la pacification du contexte d'une part en rassurant les protagonistes quant à leur participation au processus transitionnel, et d'autre part en protégeant les compromis et arrangements trouvés. La mise en œuvre de ces mécanismes démocratisants favorise à court terme l'aboutissement de la transition constitutionnelle et l'adhésion à la Constitution post-transition. À plus long terme, accepter l'inclusion implique la mise en application par les acteurs de nouveaux principes structurant désormais la vie politique.

31. X. Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, 2009, vol. 129, nº 2, p. 157-168, p. 158.

32. Sur la particularité du modèle de justice constitutionnelle d'Afrique du Sud et l'activité de la Cour constitutionnelle de transition, voir notamment F. Hourquebie, « La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du Sud : une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 6 juin 1995 portant inconstitutionnalité de la peine de mort », art. cit. ; X. Philippe, « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits », *RFDC*, 1996, nº 27, p. 461-463 ; X. Philippe, « La Cour constitutionnelle sud-africaine. Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, nº 9, 2000.

33. *Idem*.

34. X. Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », art. cit., p. 162-163.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

B – LES PRINCIPES DÉMOCRATIQUES, SUBSTRUCTION DE LA TRANSITION DÉMOCRATIQUE

Parfois, le régime précédant la transition reconnaît le multipartisme, mais le travestit de façon à s'en accommoder. Dans la majorité des cas cependant, l'opposition agit dans la clandestinité. L'ouverture de la transition démocratique et la chute de l'ancien régime signifient donc pour elle le retour à la légalité, et le recours à l'inclusivité comme principe directeur de la transition, son intervention réelle. Or, inclure suppose en premier lieu de reconnaître l'existence des différents protagonistes, et d'organiser de réelles négociations pour que l'ensemble fonctionne. Dès lors, si les besoins immédiats de la transition constitutionnelle relèvent de l'inclusion et de sa garantie procédurale, leur mise en œuvre fonde le fonctionnement démocratique futur en imposant l'application de deux principes démocratiques : le pluralisme politique et l'usage du dialogue.

Le pluralisme est ici entendu comme une « conception de l'ordre politique et juridique qui privilégie la diversité des opinions, des intérêts et de leurs groupements dans la société civile et fait de leur pluralité une condition de la liberté[35] ». Il est un des piliers de la démocratie moderne, laquelle suppose l'existence de partis politiques capables d'exprimer et de défendre un projet[36]. Or, s'il est souhaité dans le cadre d'un système fonctionnant selon une logique majoritaire, le pluralisme s'avère indispensable pour concevoir une réelle inclusivité. C'est parce que les différents protagonistes sont reconnus qu'ils doivent participer au processus, et réciproquement. L'analyse des deux transitions démocratiques en République Démocratique du Congo (« RDC ») entre 1992 et 1997, puis 2001 et 2006 illustre cette idée.

Menée sous la domination du Maréchal Mobutu Sese Seko, la première découle de la libéralisation du régime autoritaire à la fin des années 1990. Autorisé – mais restreint – depuis le 18 juillet 1990[37], le multipartisme est reconnu par les trois textes constitutionnels organisant successivement – et parfois simultanément – la transition[38]. L'inclusion se

35. O. Duhamel (dir.), Y. Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Puf, « Grands Dictionnaires », 1992, p. 256.

36. H. Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – sa valeur*, *op. cit.*, p. 29.

37. Loi 90/007 du 18 juillet 1990 portant organisation et fonctionnement des partis politiques, *Journal officiel de la République du Zaïre*, 1990-07, nº spécial : L'ouverture n'est pas totale cependant. Seuls trois partis politiques sont autorisés, avec plusieurs conditions préalables et restrictions concernant l'adhésion.

38. Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition, 4 août 1992, art. 7 ; Loi nº 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, nº spécial, 34e année, avril 1993, art. 8 ; Acte constitutionnel de la transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, nº spécial, 35e année, avril 1994, art. 7.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

voit quant à elle élevée au rang de principe constitutionnel en 1993[39]. Mais, malgré ces affirmations normatives, un pluralisme réel reste inenvisageable dans l'esprit du Grand Léopard.

Loin de prendre en considération l'existence d'opinions divergentes, le chef de l'État zaïrois impose sa vision du processus. Rejetant l'idée d'accéder ou parfois de prêter attention aux propositions présentées, le président braque une large partie de l'opposition politique. Cette situation aboutit à un conflit ouvert et à la mise en place d'un dédoublement institutionnel. Refusant de considérer l'autre comme participant à la transition, chaque camp met en place son propre gouvernement et son assemblée constituante. Les manœuvres entreprises par les deux mouvances ne font qu'amplifier la défiance et, malgré une tentative de réunification en 1994, conduisent à l'échec du processus[40]. Ce dénouement paraît ainsi trouver sa source dans la volonté de chacun des deux groupes de ne pas réellement prendre en considération la diversité des opinions présentes, empêchant *de facto* toute démarche inclusive.

À l'inverse, et cela peut s'expliquer par le conflit armé entraînant le second processus de démocratisation, Joseph Kabila fait le choix de reconnaître les différentes parties au conflit avant même l'entrée en vigueur de la Constitution de transition de 2003. En effet, le Dialogue intercongolais, bien que laborieux, présente l'avantage d'admettre à la fois l'opposition armée, l'opposition non armée et les forces vives de la Nation, en conférant à chaque entité une place à la table des négociations[41]. Résultant de ces discussions, l'Accord global et inclusif et la Constitution de la Transition du 5 avril 2003 mettent en œuvre à leur tour le principe d'inclusivité. Chaque institution se trouve à nouveau divisée en quatre branches, imposant la reconnaissance par chaque groupe de l'existence des trois autres[42]. Au terme de la transition, le pluralisme – même s'il reste relatif du fait du dévoiement des acteurs et du problème de la corruption – apparaît comme partiellement acquis.

L'analyse de ces deux processus met en lumière la relation réciproque liant l'inclusion au pluralisme politique. Toutefois, l'efficacité de l'inclusion entraîne la mise en œuvre d'un second mécanisme cher à la démocratie : la négociation. En effet, la démocratie moderne comprend une

39. Loi nº 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *idem*, Préambule § 7 ; Acte constitutionnel de la transition, *idem*. Préambule § 7.

40. Voir G. De Villers, *Zaïre, La transition manquée, 1990-1997*, Paris, L'Harmattan, « Cahiers Africains » nº 27-28-29, « Zaïre, années 90 », vol. 1, 1997.

41. Voir P. Winter, *Une cause sacrée. Le Dialogue* intercongolais, 2000-2003, Paris, L'Harmattan, « Études Africaines », 2015 ; J.-C. Willame, *Les « faiseurs de paix » au Congo. Gestion d'une crise internationale dans un État sous tutelle*, Bruxelles, GRIP-Éditions Complexe, 2007.

42. Accord Global et Inclusif sur la Transition en République Démocratique du Congo, *Journal officiel*, nº spécial, 44e année, 5 avril 2003 ; Constitution de la Transition, *Journal officiel*, nº spécial, 44e année, 5 avril 2003, art. 80-81 : Le caractère particulièrement inclusif de cette transition est illustré par le système nommé « I +4 » mis en place pour l'exercice

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

dimension délibérative. Elle implique idéalement que chaque décision ait fait l'objet d'une argumentation, d'un débat, avant d'être adoptée[43].

Or, cette nécessité est en profonde contradiction avec la pratique autoritaire du pouvoir, qui bien souvent impose ses vues par le recours à la violence physique ou politique. À cette première donnée s'ajoute l'empressement dont peut faire preuve une opposition restée trop longtemps dans l'ombre, à qui la possibilité de prendre la parole est enfin donnée. Dès lors, l'application du principe d'inclusion durant la transition prend un nouveau sens : en assurant la participation et la reconnaissance de tous, il impose le dialogue et la recherche d'un compromis.

En effet, les organes inclusifs intégrés au système de transition privilégient généralement le recours au consensus plutôt qu'au vote majoritaire. Cette modalité se définit comme « un mode de décision spécifique consistant à ce qu'une décision ne soit adoptée que lorsque les participants ne manifestent plus de désaccord quant à son contenu[44] ». Cette association inclusivité/consensus se justifie une nouvelle fois par la volonté de travailler à la stabilisation de la transition démocratique. Magalie Besse souligne à ce sujet qu'un « mode d'arrêt des décisions fondé sur l'application du principe majoritaire n'est pas cohérent avec la mise en place d'un organe inclusif, car il tend à n'associer à chaque décision prise que le seul groupe l'ayant approuvée[45] ». Pour autant, l'usage du consensus demande la mise en œuvre et l'aboutissement d'un réel processus de négociation. La période de transition se présente dès lors comme un moment d'apprentissage pour les différentes protagonistes, tel que le souligne l'exemple de la République Démocratique du Congo.

Comme cela a été expliqué précédemment, les évènements survenus entre 1992 et 1997 sont marqués par la difficile reconnaissance réciproque des acteurs et l'absence de dialogue qui en découle. La mouvance présidentielle et l'opposition politique menée par Étienne Tshisekedi se révèlent incapables de trouver un accord pour conduire le processus à son terme. L'adoption de l'Acte constitutionnel de la transition par une assemblée composée de représentants de l'ensemble des acteurs politiques – les soutiens du Président Mobutu demeurant toutefois majoritaires – en 1994 n'y change rien. Le consensus trouvé est large, mais

de la présidence de la République. Elle est « composée du président de la République et de quatre vice-présidents » sans qu'il y ait de hiérarchie. En effet, « [l]e président de la République traite avec les vice-présidents de toutes les questions relatives à la gestion du Gouvernement » et ne peut prendre aucune décision sans eux.

43. O. Duhamel, *Les Démocraties. Régimes, histoire, exigences*, Paris, Éditions du Seuil, « Science Politique », 1993, p. 331.

44. M. Besse, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes. Analyse comparative*, *op. cit.*, p. 270.

45. *Idem*, p. 269.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

une frange des partisans d'Étienne Tshisekedi exclut de s'y associer. Un point d'achoppement en particulier rend tout dialogue impossible : le maintien du chef de l'État. L'éternel opposant au Grand Léopard estime que seule la Conférence nationale souveraine de 1992 jouit de la légitimité nécessaire à l'élaboration d'une nouvelle norme constitutionnelle, tandis que le Maréchal refuse d'envisager toute perte de pouvoir. Dès lors, l'incapacité à trouver un compromis – voire à aborder la question épineuse de la présidence – est également un facteur ayant mené à l'échec de la première transition démocratique zaïroise.

Au même titre que pour l'inclusivité, Joseph Kabila tente de pallier ce défaut dès sa prise de pouvoir en janvier 2001. Il choisit de recourir immédiatement aux négociations, mais trouver un accord prend du temps : il faut plus de deux ans pour que le Dialogue intercongolais organisé sous l'égide de la Communauté internationale aboutisse à l'Accord politique global de 2003. Ce retard s'explique par les difficultés rencontrées par les acteurs au sujet d'une question clé : le nombre de représentants accordé à chaque partie.

Dès le 4 mai 2001, la Déclaration des principes fondamentaux des négociations politiques intercongolaises de Lusaka pose le principe de l'égale représentation des participants aux négociations et du recours au consensus comme mode de décision. Par la suite, le pré-dialogue de Gaborone tenu au mois d'août 2001 précise plusieurs points procéduraux concernant le déroulement du Dialogue. L'ouverture de ce dernier est fixée au 15 octobre 2001 à Addis-Abeba. Mais, finalement en désaccord concernant les modalités de représentation de chaque partie, plusieurs acteurs sont absents – parmi lesquels Joseph Kabila et Étienne Tshisekedi – et un regain de tensions entraîne le report du processus. Ce n'est qu'au mois de février 2002 qu'un accord est finalement trouvé et que les négociations de fond commencent[46].

Elles aboutissent plus d'un an plus tard, avec la mise en place par la Constitution de transition d'une ingénierie constitutionnelle complexe, fondée sur une inclusivité chirurgicale et le retour de la logique majoritaire. Toutefois, en réaction aux échecs connus durant le Dialogue intercongolais, l'usage du consensus est également programmé en « cas de désaccord entre l'Assemblée nationale et le Sénat ou en cas d'urgence déclarée par le Gouvernement » durant le processus législatif[47], et pour réviser la Constitution de transition[48].

46. Voir P. Bouvier, F. Bomboko, *Le Dialogue intercongolais. Anatomie d'une négociation à la lisière du chaos. Contribution à la théorie de la négociation*, Paris, L'Harmattan, « Cahiers Africains », n° 63-64, 2004 ; J. Omasombo Tshonda, N. Obotela Rashidi, « La "dernière" transition politique en RDC », *L'Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 2005-2006, 2006, p. 223-259 ; V. Mbavu Muhindo, *La RD Congo piégée. De Lusaka à l'AGI (1999-2005)*, Paris, L'Harmattan, « Points de vue concrets », 2005.

47. Constitution de la Transition, *Journal officiel*, n° spécial, 44e année, 5 avril 2003, art. 104.

48. *Idem*, art. 201.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

La recherche de compromis et la négociation s'avèrent ainsi à la fois nécessaires et particulièrement complexes. Néanmoins, l'expérience se révèle bénéfique à bien des égards. En effet, elle travaille à la modération de la vie politique et imprègne les différents protagonistes du réflexe de recourir au dialogue plutôt qu'à la violence. Certes, les acteurs des transitions démocratiques de RDC issus de l'opposition armée et de la majorité présidentielle ont pu utiliser la force pour tenter d'imposer leurs opinions, mais ce ne fut pas le cas de l'opposition politique ni des forces vives de la nation. Et, sous la pression de la communauté internationale, tous ont finalement dû utiliser la négociation pour parvenir à leurs fins. Le même constat peut être observé dans la transition tunisienne, où l'organisation du Dialogue national a permis la sortie de crise.

Dès lors, il apparaît que les Constitutions de transition participent à la démocratisation en travaillant dans un premier temps à la pacification du contexte politique et à la légitimation du processus. Ces impératifs de court terme imposent le recours à des mécanismes démocratisants. Cependant, à plus long terme, l'usage de l'inclusion entraîne une reconnaissance minimale du pluralisme politique et l'expérience de la négociation. À cette initiation aux principes-clés de la démocratie moderne s'ajoute la construction d'une structure institutionnelle démocratique.

II – LA CONSTITUTION DE TRANSITION, INSTRUMENT D'ÉDIFICATION DES STRUCTURES DÉMOCRATIQUES

L'objectif affiché lors de la mise en œuvre d'une transition démocratique est la construction d'une démocratie électorale et respectueuse des droits de l'homme. Pour y parvenir, deux concepts constitutionnels doivent idéalement être instaurés : l'État de droit et la séparation des pouvoirs. Or, bien que ne pouvant les réaliser pleinement, la Constitution de transition participe à leur implantation. En effet, le recours au droit comme instrument d'encadrement du pouvoir politique (A) et l'organisation d'un système institutionnel rompant avec la pratique antérieure du pouvoir (B) forment deux premières expériences des structures démocratiques.

A – LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT DE DROIT, UN PROCESSUS CONDITIONNEL

Dans un contexte de démocratisation, confier le pouvoir politique à une institution et plus à un homme est primordial pour permettre par la suite l'exercice du « pouvoir du peuple, c'est-à-dire, concrètement, de

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

l'ensemble des citoyens statuant majoritairement[49] ». Le fait que « [l]'État [soit] cette idée d'une puissance organisée de la communauté sur chacun de ses membres et d'une puissance permanente dissociée de son titulaire passager[50] » découle du déploiement d'un État de droit. Schématiquement, ce concept soutient l'encadrement par le droit constitutionnel du pouvoir exercé par les dirigeants, quand bien même seraient-ils élus. En ce sens,

> [l]'État de droit […] exige une structuration délibérée de la hiérarchie des normes : un encadrement déterminé des formes normatives par la Constitution formelle, des lois précises et traçant des limites exactes aux organes d'exécution, des juridictions habilitées à contrôler la conformité des normes individuelles et générales par rapport à toutes les exigences qui les concernent ainsi qu'à mettre en œuvre la responsabilité des organes ayant violé leurs obligations[51].

Dès lors, dans un contexte où la règle de droit a souvent été bafouée, l'élaboration d'une Constitution de transition ne peut être anodine. Par l'affirmation de sa suprématie formelle et la mise en œuvre d'une garantie juridictionnelle, elle introduit – ou parfois réintroduit – les principes structurants de l'État de droit.

En effet, l'importante formalisation – par comparaison avec les autres instruments composant le droit constitutionnel de transition – des Constitutions de transition, malgré la variété de leur dénomination, manifeste une volonté d'asseoir l'autorité des nouvelles règles du jeu politique. Trois techniques différentes sont employées – de manière cumulée ou non – par le pouvoir constituant de transition pour consacrer le caractère suprême de la norme constitutionnelle.

La première est l'affirmation expresse de la valeur constitutionnelle du texte. Ainsi au Niger, l'Ordonnance nº 2010-01 du 22 février 2010 « a valeur constitutionnelle[52] ». Les rédacteurs maliens, congolais, centrafricains et togolais ont préféré préciser que leurs textes doivent être exécutés « comme Constitution de l'État[53] ». Les Chartes tchadienne et

49. A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, nº 87, p. 453-464, p. 454.

50. O. Duhamel, *Les Démocraties. Régimes, histoire, exigences*, *op. cit.*, p. 302.

51. L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, 16e éd., p. 91.

52. Ordonnance nº 2010-001 portant organisation des pouvoirs publics pendant la période de transition, Niamey, 22 février 2010, art. 18.

53. Acte fondamental nº 1/CTSP du 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 30 avril 1991, p. 279-284, art. 64 ; Acte nº 7 du 23 août 1991 portant loi constitutionnelle organisant les pouvoirs durant la période de transition, *Journal officiel de la République togolaise*, 17 décembre 1991, p. 6-11, art. 70 ; Acte fondamental portant organisation des pouvoirs publics durant la période de transition, *Journal officiel de la République du Congo*, juin 1991, art. 91 ; Acte fondamental, 24 octobre 1997, Brazzaville, art. 86 ; Loi nº 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, 18 juillet 2013, Bangui, art. 108. RCA.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

éthiopienne s'identifient respectivement à la « loi fondamentale de la République[54] » ou à la « loi suprême durant la Transition[55] ». Cette sacralisation est particulièrement appuyée en RDC et en Afrique du Sud. La Constitution de la transition congolaise de 2003 affirme ainsi au sein d'un même article qu'elle constitue – avec l'Accord global inclusif[56] – la « seule source du pouvoir pendant la transition » puis que « tous les pouvoirs sont établis et exercés de la manière déterminée par l'Accord global et inclusif ainsi que par la présente Constitution »[57]. L'article 4 de la Constitution intérimaire sud-africaine affirme son caractère « suprême » avant de spécifier qu'elle lie « tous les organes législatifs, exécutifs et judiciaires de l'État à tous les niveaux de gouvernement »[58].

Outre cette première modalité, les Constitutions de transition peuvent comporter des dispositions mentionnant l'obligation de conformité des normes infraconstitutionnelles. La Loi constituante nº 2011-6 tunisienne spécifie que : « [s]ont abrogées, les lois contraires à la présente loi Constituante [...]. Demeurent en vigueur, les textes juridiques compatibles avec la présente loi Constituante[59] ». L'Acte fondamental nº 1/CTSP malien précise que toute loi, mais également « tout règlement ou acte administratif contraires au présent Acte fondamental sont nuls et de nul effet[60] ». L'article 35 de la Déclaration constitutionnelle du Conseil National de Transition libyen se révèle moins strict : « [t]outes les dispositions prescrites dans les législations actuelles sont en vigueur, sans obstruer avec les dispositions de la présente Déclaration, jusqu'à leur amendement ou abrogation[61] ».

Enfin, les Constitutions de transition peuvent intégrer une disposition relative à leur propre modification, distinguant ainsi la procédure de révision constitutionnelle de la procédure législative. La Constitution de transition de la République du Burundi encadre par exemple matériellement toute modification du texte, et impose que le projet ou la proposition soit adopté aux neuf dixièmes des membres de l'Assemblée nationale de Transition et du Sénat de Transition[62].

54. Charte de transition de la République du Tchad, 5 avril 1993, art. 114.

55. Transitional period Charter of Ethiopia nº 1, Peaceful and Democratic transitional conference of Ethiopia, juillet 1991, art. 18.

56. Cette précision, au regard du déroulement de la transition constitutionnelle, n'est pas sans importance concernant la valeur de la Constitution de transition mais ne peut faire l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de cet article.

57. Constitution de la Transition, *Journal officiel*, nº spécial, 44e année, 5 avril 2003.

58. Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993, art. 4.

59. Loi constituante nº 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 97, 23 décembre 2011, art. 27.

60. Acte fondamental nº 1/CTSP du 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 30 avril 1991, p. 279-284, art. 25.

61. Déclaration constitutionnelle du Conseil National de Transition, 3 août 2011.

62. Loi portant promulgation de la Constitution de transition de la République du Burundi, nº 1/017, 28 octobre 2001, *Bulletin officiel du Burundi*, nº 10/2011, octobre 2001, articles 255-256.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

Pour autant, la présence d'une de ces dispositions ne signifie pas une volonté réelle de s'y soumettre. Tout dépend des objectifs poursuivis par les auteurs du texte et des mécanismes de contrôle qu'ils déploieront. Si ces derniers demeurent absents, alors le recours à la Constitution de transition peut être néfaste pour le sens du droit à l'avenir, la norme demeurant un instrument politique. Au contraire, leur présence et leur diversité peuvent réellement s'avérer positives et redonner à la norme constitutionnelle sa fonction d'encadrement du pouvoir politique.

Dès lors, l'identité du *gardien* de la Constitution de transition importe. Une grande majorité des normes constitutionnelles de transition intègre l'idée d'un arbitre politique[63], chargé de trancher les conflits d'interprétation du texte le plus souvent. Si l'idée apparaît séduisante, dans les faits, cette fonction est généralement attribuée aux institutions exerçant un rôle prépondérant sur la scène politique, de sorte que cette fonction arbitrale paraisse stérile.

À l'inverse, l'intégration d'un juge constitutionnel au sein du système institutionnel peut se révéler fructueuse. Tout dépend alors de la composition et des compétences réelles de la juridiction, deux éléments clés pour la construction de l'État de droit futur. Dans tous les cas, le processus de construction de l'État de droit se trouve enclenché, avec plus ou moins de réussite selon les cas. En effet, comme souvent, le comportement des acteurs juridictionnels peut anéantir tout effort d'encadrement juridique du pouvoir politique, et doit donc également être pris en considération. Trois exemples illustrent cette idée.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud est régulièrement instituée en modèle de la juridiction constitutionnelle de transition. Sa jurisprudence solide et sa neutralité politique ont permis de fonder la future démocratie. Elle a notamment largement investi le champ des droits et libertés fondamentaux, « pierre angulaire du nouveau régime » pour reprendre les termes du Pr Xavier Philippe[64]. Un exemple marquant de l'intervention de cette juridiction est la décision du 6 juin 1995 portant inconstitutionnalité de la peine de mort. Par le biais de la décision *Makwanyane*, la Cour constitutionnelle affirme à la fois la suprématie de la Constitution sur la loi et le caractère fondateur des droits de l'homme pour la nouvelle démocratie[65]. Disposant d'importantes compétences, cette juridiction exceptionnelle a participé à l'enracinement de l'État de droit. Cependant, il convient de préciser que contrairement à bon

63. Seules les Constitutions de transition libyennes et soudanaises font exception.

64. X. Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », art. cit., p. 159.

65. Voir Fabrice Hourquebie, « La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du Sud : une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 6 juin 1995 portant inconstitutionnalité de la peine de mort », art. cit.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

nombre de ses homologues, cette Cour a travaillé dans un contexte relativement pacifié par les négociations entre les différentes parties.

Tel ne fut pas le cas de la Cour constitutionnelle de transition (« CCT ») centrafricaine. Mise en place lors de la transition démocratique commencée en 2013 à la suite de l'arrivée au pouvoir de la *Séléka*, cette Cour a également pu investir la scène institutionnelle, mais son impact sur la consolidation démocratique est moindre. Entre 2013 et 2017, la CCT aura à se prononcer tant sur des questions relatives à la constitutionnalité de lois, de règlements d'assemblée ou du Code électoral, que sur des questions d'interprétation de la Charte de transition du 18 juillet 2013. Saisie tour à tour par le président de la Transition, le Premier ministre et le président du Conseil national de transition, elle procède également à plusieurs requalifications de demandes d'avis en requêtes, et n'hésite pas à invalider plusieurs dispositions législatives. Dans le cadre de la procédure constituante, les avis rendus sont guidés par « les grands principes constitutionnels démocratiques » et sont suivis d'effets. Pour autant, et bien que cette Cour soit aujourd'hui active, elle ne semble pas disposer de l'autorité qui lui revient[66].

De fait, le contrôle du respect de la Charte de transition du 18 juillet 2013 est double : le contrôle juridictionnel est confié à la CCT, tandis que la Communauté internationale assure un suivi politique. Tous deux se complètent. Certes, la Cour remplira son rôle avec attention, mais dans la mesure de ses moyens. De l'aveu même de sa vice-présidente, la professeur Danièle Darlan, l'autorité des décisions de la CCT résulte plus de la crainte d'une sanction internationale que de la volonté de jouer le jeu du droit[67]. En conséquence, la Cour constitutionnelle centrafricaine jouit certes aujourd'hui d'une certaine légitimité, et n'hésite pas à prendre des risques, mais il est encore difficile de parler d'État de droit en République centrafricaine.

À l'opposé, les interventions de la juridiction constitutionnelle égyptienne se sont révélées néfastes tant pour la conduite de la transition démocratique que pour la construction de l'État de droit. Alors qu'elle bénéficiait jusque-là d'une certaine légitimité, pour avoir notamment défendu les droits de l'opposition sous l'ère Moubarak, elle est rapidement accusée de vouloir entraver la gestion de la transition par le parti vainqueur lors des dernières élections législatives. En ce sens, Nathalie Bernard-Maugiron estime que la Haute Cour constitutionnelle a fait

66. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de transition, années 2013-2017, publié sous le haut patronage de la Cour constitutionnelle.

67. Entretiens avec la professeur Danièle Darlan, présidente de la Cour constitutionnelle de la République centrafricaine, 19 janvier 2019 et 8 mars 2019.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

« déraper » la transition démocratique égyptienne, « avant de se ranger du côté du nouveau pouvoir »[68].

Dès lors, il s'avère que la construction d'un État de droit par le biais de la Constitution de transition dépend de l'existence ou non d'une juridiction de contrôle, mais également de la volonté réelle des membres de la cour constitutionnelle. De la même façon, l'instauration de la séparation des pouvoirs et la nature du régime politique dépendront tant du contenu de la Constitution de transition, que du comportement des acteurs.

B – LA CONSTRUCTION DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS, UN PROCESSUS EXPÉRIMENTAL

Bien qu'elle soit parfois minime et illusoire, la distinction entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif est un dénominateur commun à l'ensemble des Constitutions de transition. De cette reconnaissance minimale d'une distinction des pouvoirs peut naître un véritable système de pouvoirs et contrepouvoirs. Disposant désormais d'un texte constitutionnel pour défendre ses droits, l'ancienne opposition va généralement s'emparer du droit constitutionnel de transition pour devenir un réel contrepouvoir institutionnel. Et, l'expérimentation n'est pas sans conséquence sur l'équilibre final au sein de la Constitution post-transition, comme l'illustre le déroulement de la transition tunisienne.

Sa première phase s'ouvre avec le Décret-loi nº 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics[69]. Il traduit la volonté des acteurs d'encadrer le pouvoir présidentiel, par la naissance d'un contrepouvoir législatif, et l'affirmation du bicéphalisme exécutif.

Désormais, le président de la République doit collaborer avec son Gouvernement dans certains domaines. Jusque-là réduits au rôle de commis, le Premier ministre et le Gouvernement disposent désormais d'une autonomie relative au sein du nouveau régime. Ce changement sous-tend un partage du pouvoir entre les deux têtes de l'exécutif[70].

Paradoxalement, ce n'est pas le chef du Gouvernement qui profitera de cette évolution pour s'imposer au sein du régime, mais l'ISROR. En effet, l'évolution de l'assemblée démontre la capacité des acteurs à se

68. N. Bernard-Maugiron, « Justice constitutionnelle et transition démocratique dans le monde arabe après 2011 », *in* J.-P. Massias (dir.), *Justice constitutionnelle et transition démocratique*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, « Transition & Justice », 2019, p. 25-43.

69. Décret-loi nº 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République Tunisienne*, nº 20, 25 mars 2011.

70. Voir Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 1er juin 1959, art. 37 et 58 ; Décret-loi nº 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République tunisienne*, nº 20, 25 mars 2011, art. 13.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

saisir d'un texte constitutionnel et profiter de ces lacunes. Car, contrairement au second régime de transition, le premier régime provisoire repose sur un texte relativement court, comprenant dix-neuf articles seulement, et non exhaustif.

Conçue en février 2011 dans le but d'assurer la représentation des différents acteurs de la Révolution sur la scène politique, l'ISROR a pour missions d'« étudier les textes législatifs » relatifs à l'organisation politique, « proposer des réformes à même de réaliser les objectifs de la Révolution relative au processus démocratique » et « émettre un avis sur le Gouvernement », selon l'article 2 du Décret-loi nº 2011-06 du 18 février 2011[71]. Cependant, aucune précision n'est apportée concernant les procédures de collaboration ou de contrôle du pouvoir exécutif, ni quant à la valeur réelle des avis donnés. Adopté le mois suivant, le Décret-loi nº 2011-14 n'aborde pas plus ces questions. Seule l'obligation pour le Premier ministre de veiller au respect des propositions émanant de l'Instance est mentionnée[72]. Cette imprécision constitutionnelle permet l'ouverture d'une brèche dans la toute-puissance présidentielle. Jouissant d'une légitimité et d'un soutien populaire importants, les membres de cette institution profitent du flou pour conquérir une parcelle du pouvoir et instaurer les prémices d'un contrepouvoir législatif. En effet, l'Instance décide de débattre des conditions de l'élection de l'ANC, de présenter des projets de loi et de tenter, à la manière d'une assemblée parlementaire, de contrôler l'action du Gouvernement[73]. Aucune institution n'aura les moyens de l'en empêcher.

Si cette première situation est loin d'être idéale, la quasi-totalité du pouvoir se trouvant entre les mains du couple exécutif, du moins le droit constitutionnel de transition et son interprétation par les acteurs instaurent-ils désormais un partage minimal du pouvoir.

Se révèle alors le caractère expérimental de la Constitution de transition. La reconnaissance du pluralisme politique, l'apprentissage de la négociation et la première apparition d'une distinction des pouvoirs sous l'œil attentif ou non d'une juridiction constitutionnelle ne peuvent être indifférents aux rédacteurs de la future Constitution post-transition. Les

71. Décret-loi nº 2011-6 du 18 février 2011, portant création de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 013, 1er mars 2011, art. 2.

72. Décret-loi nº 2011-6 du 18 février 2011, portant création de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, *Journal officiel de la République tunisienne*, 2011, nº 013, 1er mars 2011, art. 9.

73. S. B. Abdesselem, B. Nabli, « Tunisie : de la Révolution à la Constitution de la nouvelle République », *TerraNova*, 6 mai 2011, https://tnova.fr/system/contents/files/000/000/906/original/110428_-_Tunisie_de_la_r_volution___la_constitution_de_la_nouvelle_R_publique_-_Abdesselem__Nabli.pdf?1437043084, site consulté en mars 2019 ; R. Ben Achour, S. Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFDC*, 2012, nº 92, p. 715-732, p. 720-721.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

obstacles ou réussites rencontrés pendant la transition constitutionnelle donnent parfois lieu à une adaptation des mécanismes classiques du droit constitutionnel, démontrant ainsi l'importance de la Constitution de transition dans la construction du futur régime.

En ce sens, en Tunisie, à la suite de l'émergence hasardeuse d'un pouvoir législatif entre mars et octobre 2011, la seconde phase de transition rencontre de nouveaux blocages qui conduiront à l'apparition de nouveaux mécanismes dans la Constitution du 27 janvier 2014.

En effet, le Décret-loi nº 2011-14 cessant de s'appliquer sitôt l'ANC élue, cette dernière se charge d'instituer un second régime politique provisoire, sans qu'aucune restriction ne soit imposée par le régime constitutionnel précédent. Les élections du 23 octobre 2011 voient la victoire de la *troïka*, qui fait alors logiquement et légalement le choix d'un agencement lui étant favorable au sein de la Loi constituante nº 2011-6[74]. Sont observés un renforcement notable de l'Assemblée législative et une importante soumission du pouvoir exécutif. Jusque-là dominantes, les institutions exécutives perdent toute indépendance, ce qui se traduit par une nouvelle absence de contrepouvoirs.

Selon la Loi constituante nº 2011-06, l'ANC devient titulaire du pouvoir constituant, du pouvoir législatif et d'une partie du pouvoir exécutif. Même s'il existe une distinction claire entre les compétences exécutives et législatives, ces dernières sont suffisamment englobantes pour que le président de la République et son gouvernement se trouvent en réalité largement démunis[75]. D'autant que, si le Gouvernement peut être renversé lors de son investiture ou par une motion de censure, la dissolution de l'Assemblée, elle, n'est pas envisagée[76]. Cette consolidation de l'ANC au sein du régime se confirme à l'étude du pouvoir exécutif évoluant quant à lui en faveur du Premier ministre.

Alors que le président de la République est désormais élu par l'Assemblée, qu'il ne dispose plus que de rares compétences – bien souvent exercées après consultations du chef du Gouvernement, du président de l'Assemblée ou de l'Assemblée elle-même – et qu'il encourt le risque d'une révocation, le Premier ministre dispose d'importantes prérogatives au sein d'un Gouvernement qui « exerce le pouvoir exécutif »[77]. *A priori*, le Premier ministre – candidat présenté par le parti majoritaire au sein de l'ANC et nommé par le chef de l'État – serait

74. E. Gobe, L. Chouikha, *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *op. cit.*, p. 87-90 : le parti Ennahdha arrive en tête avec 89 sièges, suivi du CPR avec 29 sièges et Ettakatol avec 20 sièges.

75. Loi constituante nº 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *JORT* 2011 nº 097, 23 décembre 2011, art. 6.

76. *Idem*, art. 15-19.

77. *Idem*, art. 10-11-17.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

donc devenu un acteur institutionnel important, contrepouvoir exécutif à l'Assemblée législative.

Mais l'installation de la *troïka* permet aux trois partis politiques de placer leurs candidats sur l'ensemble de l'échiquier. Moncef Marzouki, jusque-là président du CPR devient président de la République. Le poste de chef du Gouvernement revient quant à lui au candidat du parti majoritaire, soit à Hamadi Jebali, secrétaire général d'Ennahdha. Enfin, le secrétaire général d'Ettakatol obtient le poste de président de l'ANC[78]. Pareille répartition du pouvoir entre les trois partis alliés permet difficilement de considérer ce régime comme instaurant une séparation des pouvoirs, l'ANC se trouvant être la véritable pièce maîtresse. La rédaction même de la Loi constituante sous-entend cette évolution, plaçant pour la première fois le pouvoir législatif et le pouvoir constituant avant le pouvoir exécutif dans l'ordre des Titres.

Si cette organisation des pouvoirs publics affirme l'indépendance du pouvoir législatif et un nouvel affaiblissement du président de la République, il n'en demeure pas moins que la toute-puissance réelle de la *troïka* a mené au blocage.

En révélant les tactiques politiciennes et la volonté de chacun de trouver une place au sein du fonctionnement institutionnel définitif, ces expériences constitutionnelles ont pu conduire les acteurs à intégrer la nécessité des procédures de contrôle et de contrepouvoirs institutionnels pour le bon fonctionnement d'un régime. Elles ont participé à la mise en place d'un système institutionnel tenant compte des enseignements de la transition. Ainsi, le président de la République, le Gouvernement et l'Assemblée des représentants du Peuple (« ARP ») voient leurs domaines de compétences clairement définis et soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle[79]. Des mécanismes de freins et contrepoids classiques – tels que la dissolution, la question de confiance ou la motion de censure – sont instaurés, afin de limiter tant le pouvoir du Gouvernement que celui de l'ARP, mais adaptés. Le président devient un arbitre institutionnel – seul capable de prononcer la dissolution et de demander un renouvellement de confiance au Gouvernement – dont la responsabilité peut également être engagée[80]. Enfin, les conditions d'utilisation de ces procédures démontrent la recherche d'une stabilité gouvernementale permanente, permettant de diriger les affaires de l'État sans interruption. Par exemple, le vote d'une motion de censure doit être accompagné de la proposition d'un nouveau Premier ministre[81].

78. E. Gobe, L. Chouikha, *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *op. cit.*, p. 91-92.

79. Constitution de la République tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, entrée en vigueur le 10 févier 2014, publication en français, *Journal officiel de la République tunisienne*, n° spécial, 20 avril 2015, art. 65-77-78-92.

80. *Idem*, art. 88-89-99.

81. *Idem*, art. 97.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)

Il s'avère ainsi que la mise en application et l'observation des effets de la Constitution de transition sur la scène politique par les acteurs de la transition peuvent avoir un impact sur la rédaction de la Constitution post-transition. À ce titre, elle se révèle être une expérience, une première tentative dans la construction d'un régime démocratique.

*

Pour conclure, le caractère démocratisant de la Constitution de transition se révèle au travers des principes et des mécanismes démocratiques dont elle permet l'ébauche. Première pierre de la démocratie future, cette norme atypique remplit une fonction plus large que celle d'une Constitution classique, travaillant à l'aboutissement futur d'un processus tout en répondant à ses besoins présents. Dès lors, elle n'apparaît plus seulement comme une modalité de création du droit ou d'organisation du pouvoir politique, mais également comme un instrument de pacification, de réconciliation et de pédagogie. En ce sens, la Constitution de transition amène à une réflexion transcendant la théorie du droit constitutionnel et questionnant ses plus grands concepts.

© Presses Universitaires de France | Téléchargé le 28/11/2022 sur www.cairn.info via Université de Pau (IP: 194.167.156.15)