



De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition

Claire Parjouet Calvet

► To cite this version:

Claire Parjouet Calvet. De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition. Constitution et passé, pp.99 - 108, 2023, 10.4000/books.dice.13212 . hal-04020123

HAL Id: hal-04020123

<https://univ-pau.hal.science/hal-04020123>

Submitted on 8 Mar 2023

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.



Ariane Vidal-Naquet (dir.)

Constitution et passé Entre mémoire et histoire

DICE Éditions

De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition

Claire Parjouet

DOI : 10.4000/books.dice.13212
Éditeur : DICE Éditions
Lieu d'édition : Aix-en-Provence
Année d'édition : 2023
Date de mise en ligne : 3 mars 2023
Collection : Confluence des droits
EAN électronique : 9791097578183



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

PARJOUET, Claire. *De l'usage de la mémoire collective au sein des constitutions de transition* In : *Constitution et passé : Entre mémoire et histoire* [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2023 (généré le 05 mars 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/dice/13212>>. ISBN : 9791097578183. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.13212>.

DE L'USAGE DE LA MÉMOIRE COLLECTIVE AU SEIN DES CONSTITUTIONS DE TRANSITION *

Claire PARJOUET¹

« J'écris ce "Devoir de mémoire" parce qu'au Congo-Brazzaville, il y a aujourd'hui une interrogation morale et civique profonde. [...] J'écris ce "Devoir de mémoire" pour que l'avenir soit fondé sur la vérité et la justice. [...] J'écris ce "Devoir de mémoire" parce que le Congo-Brazzaville est aujourd'hui dans une phase où chaque citoyen, chaque cadre, chaque intellectuel, chaque responsable politique, est de fait responsable des actes qu'il pose, pour justifier des centaines de milliers de Congolais meurent par l'égoïsme des Congolais. J'écris ce "Devoir de mémoire" pour rendre justice aux régions et aux personnes dont la mémoire est salie². »

Au Congo-Brazzaville, comme au sein de nombreuses sociétés marquées par la violence, la construction d'une mémoire collective apaisée est un véritable enjeu. Plus spécifiquement dans le cas d'une transition démocratique, cette construction répond aux besoins de stabilisation et de réconciliation suite aux crimes commis.

En effet, le plus souvent, le processus de démocratisation est initié par l'essoufflement d'un régime autoritaire et/ou par la résolution d'un conflit armé. Il a pour ambition « l'installation d'une forme de démocratie³ » et suppose, dans certains cas, la tenue d'une transition constitutionnelle. Cette dernière vise « la réalisation d'un objectif donné, à savoir la construction d'une autre organisation étatique⁴ », soit l'adoption d'une nouvelle constitution⁵. L'ampleur des transformations

* Cet article a été rédigé sous le parrainage de Fabrice Hourquebie, Professeur des universités.

1 Doctorante, Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

2 C. BANIAFOUNA, *Devoir de mémoire. Congo Brazzaville (15 octobre 1977-31 décembre 1999)*, Paris, L'Harmattan, « Congo Démocratie », vol. 4, 2001, spé. p. 17-18.

3 G. O'DONNELL, P.C. SCHMITTER, *Transitions from authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press, 1993, spé. p. 6.

4 J.-P. MASSIAS, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », cité dans V. CHIU, « Le concept de "transition constitutionnelle" dans la pensée de Giuseppe de Vergottini », *IX^e Congrès français de droit constitutionnel*, Lyon, 26-28 juin 2014, spé. p. 6.

5 Schématiquement, il est possible de scinder la transition constitutionnelle en deux phases. Dans un premier temps, ce processus, lorsqu'il est révolutionnaire, suppose une phase déconstituante qui aboutit à l'abrogation de la norme fondamentale antérieure. Dans un second temps, la phase reconstituante a pour dessein l'élaboration d'une nouvelle constitution qualifiable de démocratique.

nécessaires à la réalisation de ces deux objectifs n'est pas sans conséquences sur le quotidien des sociétés concernées ; c'est donc en partie afin de réguler les multiples déstabilisations qu'elles entraînent que les transitions démocratiques et constitutionnelles sont de plus en plus fréquemment structurées par une constitution de transition.

À la différence de la constitution définitive, issue de la transition et élaborée pour structurer le système institutionnel pour une durée future indéterminée, la constitution de transition est par nature temporaire, destinée à agencer le moment transitionnel. Pour y parvenir, elle comprend trois catégories de dispositions. Tout d'abord, les dispositions constitutives ont pour objet de régir le fonctionnement institutionnel durant la période de transition. S'ajoutent ensuite les dispositions déconstituantes, qui confirment l'abrogation de l'ancienne constitution. Enfin les dispositions constituantes définissent la procédure d'élaboration de la future constitution. Ces trois types de dispositions composent l'objet caractéristique des constitutions de transition, et permettent leur identification⁶. Ainsi, la constitution de transition peut être appréhendée comme la première pierre du futur régime, comme un premier pas vers l'objectif de la démocratie. Les choix opérés par le pouvoir constituant de transition ne sont pas sans conséquences : ils peuvent permettre simultanément de solder les comptes du passé, gérer les difficultés présentes et construire le régime démocratique à venir. C'est dans cette triple perspective que l'usage de la mémoire collective semble pertinent.

Par définition, la mémoire collective « [englobe] les représentations du passé partagées par l'ensemble des membres d'un groupe social » et « se présente comme un ciment indispensable, qui assure la cohésion du groupe, fonde son identité et assure sa continuité dans le temps⁷ ». Subjective, elle est « le produit d'une construction, par laquelle sont retenus certains faits du passé, considérés comme emblématiques, et arrêtée la signification qu'il convient de leur donner⁸ ».

Lorsqu'elle est réalisée dans le cadre d'une transition démocratique cette construction mémorielle doit idéalement soutenir le processus en cours, et notamment favoriser la réconciliation, entendue comme le « processus par lequel une société passe d'un passé divisé à un avenir partagé⁹ ». À l'inverse des situations où l'amnésie est préférée, il s'agit alors de permettre une cohabitation des anciens ennemis sans pour autant oublier le passé, de favoriser le vivre ensemble grâce à la constitution d'une mémoire collective apaisée¹⁰. L'imaginaire collectif et les symboles sont pleinement employés dans ce processus de construction mémorielle, tout comme les normes juridiques et plus particulièrement les constitutions de transition. En ce sens, au sein de ces textes constitutionnels atypiques, comme pour toute constitution, l'omniprésence de la

6 Ces critères de définition de la Constitution de transition découlent de ceux définis par Nicoletta Perlo pour catégoriser les Constitutions provisoires. Voir N. PERLO, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *IX^e Congrès de Droit Constitutionnel*, 26-28 juin 2014, Lyon, [en ligne].

7 J. CHEVALLIER, « Droit et mémoire », in *Lex Electronica*, 2010, p. 640-658, spé. p. 641.

8 *Ibid.*, spé. p. 642.

9 P. HAZAN, « Réconciliation », in V. CHETAIL (dir.), *Lexique de la consolidation de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 337-364, spé. p. 337.

10 *Ibid.*, spé. p. 337.

mémoire favorise l'adhésion de la société. Mais plus que cela, dans un contexte de transition démocratique et constitutionnelle, les choix mémoriels réalisés participent au bon déroulement de l'ensemble du processus¹¹.

D'une part comme une narration explicite et subjective des événements passés. En effet, elle transparaît au sein de dispositions relatant des faits marquants, qu'il s'agisse du Préambule ou du corps de la constitution de transition. L'étude des choix mémoriels opérés dans ce cadre révèle une fonction légitimante de l'emploi de la mémoire : justifier par les événements passés la mise en œuvre d'une transition démocratique et constitutionnelle (I). D'autre part, plus implicitement, la mémoire collective représente un enjeu pour la construction du futur régime. Tout d'abord, parce que le souvenir des événements récents paraît hanter tout pouvoir constituant. Il s'agit alors pour les auteurs de la constitution de transition d'utiliser la mémoire collective pour travailler à la non-répétition des exactions commises par le passé. Ensuite, parce que construire un récit national réconciliateur est préférable pour la consolidation démocratique. En apaisant les tensions, la réconciliation est censée éviter le retour de la violence. Une seconde fonction émerge donc : garantir la non-répétition des erreurs du passé (II).

I. La mémoire collective, une reconstruction légitimante du passé

Outre la structuration d'un système institutionnel relais, les constitutions de transition participent à la légitimation de la transition démocratique et constitutionnelle. La légitimation est ici entendue au sens de « faire admettre, reconnaître [...] comme justifiable par l'équité, le droit naturel, la raison, un motif supérieur¹² » le processus mis en œuvre. Le plus souvent, cette justification émane de la rupture vis-à-vis d'un passé marqué par l'autoritarisme ou la généralisation des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

Dans ce contexte, le recours à la mémoire collective et sa retranscription au sein d'un texte constitutionnel paraissent être utilisés à la fois pour expliquer la démarche entreprise (A) et pour justifier – ou non – la participation des principaux protagonistes au processus (B).

11 Il s'agira ici de s'attacher à l'analyse de seize Constitutions de transition élaborées dans le cadre des transitions démocratiques et constitutionnelles mises en œuvre en Afrique durant la troisième vague de démocratisation. Afin d'identifier les Constitutions de transition parmi les nombreux instruments normatifs élaborés dans le cadre des transitions démocratiques et constitutionnelles africaines, opérées entre 1989 et 2019, l'auteure a recherché les trois catégories de dispositions précédemment définies. Les effets de la suspension constitutionnelle se révélant similaires dans les faits à ceux de l'abrogation, l'auteure a choisi d'inclure également les textes constitutionnels de transition suspendant ou constatant la suspension des Constitutions antérieures. Ce travail d'identification des Constitutions de transition africaine ne prétend pas à l'exhaustivité. Le cas des transitions constitutionnelles légales, qui se traduisent par la révision de la Constitution antérieure, ne sera pas abordé dans le cadre de cette étude. Sur le concept de troisième vague, voir S. HUNTINGTON, *The third wave – Democratization in the late twentieth century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.

12 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, article « légitimer », <https://www.cnrtl.fr/definition/l%C3%A9gitimer>, consulté au mois de septembre 2020.

A. Les dispositions mémorielles en vue de justifier la transition

Dans le cadre d'une procédure constituante la mémoire collective est utilisée pour conférer une identité à la constitution. Les références historiques employées concernent le long terme, comme la référence récurrente aux personnalités ayant conduit les processus d'indépendance par exemple¹³. À l'inverse, les rédacteurs des constitutions de transition ont le plus souvent recours à une mémoire plus récente. Le passé proche est employé pour expliquer, justifier, soutenir la mise en place du processus de démocratisation. L'étude comparée des constitutions de transition révèle la pluralité formelle de ces références au passé. Lorsqu'elles sont présentes, les dispositions mémorielles peuvent prendre la forme explicite d'un récit national, ou transparaître au sein de dispositions plus programmatiques. Mais, quelle que soit leur forme, elles semblent destinées à confirmer la rupture avec le régime précédent.

C'est à cette fin que les auteurs des constitutions de transition emploient le plus souvent les préambules¹⁴. Leur étude permet de constater le recours à différentes catégories de références. Sans que la liste présentée ici soit exhaustive, il est possible de distinguer les éléments mémoriels qualifiant le régime autoritaire antérieur, le récit des événements ayant conduit au processus de démocratisation et le discours de sacralisation des victimes.

Les références explicites visent ainsi parfois la description du régime antérieur. Ce portrait peut être rapide, comme au sein de la Charte nationale provisoire tchadienne du 28 février 1991¹⁵, ou plus long comme dans le cas de l'Acte fondamental congolais du 4 juin 1991¹⁶. En effet, la Conférence nationale souveraine congolaise¹⁷, distingue ainsi trois dimensions du régime qualifié de « totalitaire » de Denis Sassou Nguesso. Tout d'abord, la corruption des valeurs de la société congolaise qui résulte des pratiques politiques :

« [l]a dignité, la liberté, la paix, la prospérité et l'amour de la patrie ont été, sous le monopartisme en particulier, hypothéqués ou retardés par le totalitarisme, la confusion des pouvoirs, le népotisme, le tribalisme, le régionalisme, les inégalités sociales, les violations des libertés fondamentales. »

13 Sur l'importance des données « contextuelles » pour l'exercice du pouvoir constituant, voir notamment F. HOURQUEBIE, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transitions ? », in *Annuaire international de justice constitutionnelle. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 30-2014, 2015, p. 587-602 ; F. HOURQUEBIE, « La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnel », in X. PHILIPPE (dir.), N. DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transition constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 47-60.

14 Sur les seize Constitutions de transition étudiées, seules quatre ne comprennent pas de récit national au sein de leur Préambule.

15 Seul est mentionné « le pouvoir dictatorial de terreur, délation, torture et liquidations physiques, qui a sévi au Tchad depuis 1982 » : Charte nationale provisoire, 28 février 1991, République du Tchad, [en ligne], spé. Préambule.

16 Acte fondamental du 4 juin 1991, in W. DANDOU, *Un nouveau cadre constitutionnel pour le Congo-Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, « Études Africaines », 2006, p. 315-323, spé. Préambule.

17 La Charte de transition de la République du Tchad du 5 avril 1993 pourrait également illustrer les propos qui suivent.

Ensuite, le préambule de l'Acte fondamental revient sur les modalités d'accès au pouvoir, employées – selon la Conférence – jusqu'alors : « [l]e coup d'État, en s'inscrivant dans l'histoire politique du Congo comme le seul moyen d'accéder au pouvoir, a annihilé toute vie démocratique ». Enfin, le préambule aborde la question des violations des droits de l'homme. La Conférence congolaise réaffirme « avec fermeté la protection des droits et libertés du citoyen congolais¹⁸ » et réhabilite « [les] victimes de l'intolérance du monopartisme dans tous leurs droits civils¹⁹ » de manière générale, tout en portant une attention particulière aux assassinats politiques. Ainsi, tout en décrivant le régime antérieur, la Conférence nationale souveraine paraît opérer un « travail de réécriture symbolique d'un nouvel imaginaire social » qu'elle a souhaité « fixer dans la mémoire collective par l'adoption d'un Acte Fondamental dont le préambule sera repris en ces termes dans la Constitution adoptée le 15 mars 1992 par référendum populaire²⁰ ». Ce serait donc pour mieux empêcher sa reproduction que ce passé est remémoré, sanctuarisé au sein de la Constitution de transition.

Pour signifier la rupture, les auteurs des constitutions de transition choisissent parfois de recourir au récit des événements ayant conduit à la mise en œuvre de la transition démocratique. Cette retranscription peut retracer le processus de négociations ayant conduit à l'adoption de la constitution de transition. La Charte constitutionnelle de transition centrafricaine et la Constitution de transition de République démocratique du Congo – toutes deux issues de tractations inclusives menées suite à un conflit armé – en sont deux exemples²¹.

Il est également possible que les auteurs choisissent d'insister sur le rôle du peuple dans le déclenchement du processus. L'initiative du *demos* souverain est fréquemment associée à l'intervention d'un autre acteur, d'une institution ou d'un belligérant chargé de conduire la transition. En ce sens, la Conférence nationale souveraine togolaise explique dans un premier temps que « [l]e Peuple Togolais a manifesté de diverses manières et à diverses époques, plus particulièrement le 5 octobre 1990, son attachement à la liberté, à la justice et aux principes d'une démocratie pluraliste ». Le lien est ensuite tissé de l'intervention populaire à l'entrée en scène de la Conférence :

« L'aspiration à ces nobles idéaux a contraint le gouvernement monolithique et totalitaire instauré depuis le 14 avril 1967 à promulguer des lois relatives à l'amnistie générale, à la libéralisation de l'expression politique et à la signature du décret de convocation de la Conférence nationale²². »

18 G. MENGA, *Congo. La transition escamotée*, Paris, L'Harmattan, « Points de vue », 1993, spé. p. 39-41.

19 C. BANIAFOUNA, *Congo Démocratie. Les déboires de l'apprentissage*, Paris, L'Harmattan, « Congo Démocratie », vol. 1, 1995, spé. p. 63-64.

20 A. KOUVOUAMA, « Conférence nationale et modernité religieuse au Congo », in CURAPP, *Questions sensibles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 387-412, spé. p. 395.

21 Loi n° 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, 18 juillet 2013, [en ligne] ; Constitution de la Transition, *JORZ*, n° spécial, 44^e année, 5 avril 2003.

22 Acte n° 7 du 23 août 1991 portant loi constitutionnelle organisant les pouvoirs durant la période de transition, *Journal officiel de la République Togolaise*, 36^e année, n° 44, 17 décembre 1991, spé. Préambule.

Un procédé similaire est employé par le pouvoir constituant de transition malien, le rôle joué par l'armée étant volontairement atténué. En effet, suite à la répression sanglante des manifestations des 22, 23, et 24 mars 1991, le président Moussa Traoré est démis de ses fonctions par l'armée et le général Amadou Toumani Touré met en place un Conseil de réconciliation nationale (« CRN »). Dès le 31 mars, le Comité de transition pour le salut du peuple (« CTSP »), composé de civils et de militaires, est créé. Cette collaboration inédite résulte de la volonté d'une « adhésion » populaire à l'intervention de l'armée, afin d'éviter une reproduction de « l'échec de toutes les tentatives antérieures de coup d'État²³ ». Or, cette intervention salvatrice est diminuée dans la rédaction des trois premiers considérants de l'Acte fondamental n° 1/CTSP :

« Considérant la lutte du Peuple Malien pour l'instauration d'une société fondée sur un idéal de liberté, de démocratie et de justice sociale a abouti le 26 mars 1991, à la suspension de la Constitution du 2 juin 1974 et à la dissolution des institutions mises en place par celle-ci.

« Considérant que depuis cette date, le Conseil de Réconciliation nationale exerce effectivement le pouvoir d'État [...]

« Considérant le rôle du Comité de Coordination des Associations et Organisations démocratiques dans la lutte du Peuple Mali pour l'instauration d'une démocratie pluraliste²⁴. »

Plus spécifiquement, l'intervention du *demos* dans le processus de démocratisation tend à être sacralisée au sein des constitutions de transition élaborées depuis le Printemps arabe. L'image du martyr se révèle récurrente, tout comme l'emploi du champ lexical relevant du sacré. En ce sens, la Loi constituante tunisienne fait référence « aux âmes des martyrs et aux sacrifices des Tunisiens à travers les générations²⁵ ». De façon similaire, la Charte constitutionnelle pour la transition soudanaise signée le 4 août 2019, mentionne la « glorieuse révolution de septembre 2018 » et le respect pour « les vies des martyrs²⁶ ». Le Conseil national de transition libyen est plus disert. Il affirme sa foi :

« en la révolution du 17 Février 2011 soit 14 Rabi premier 1432 de l'hégire, dirigée par le peuple libyen dans les différentes régions du pays, en signe de fidélité aux martyrs de cette révolution honorable qui ont sacrifié leur vie pour acquérir leur liberté et vivre honorablement sur le sol de la patrie et pour recouvrer leurs droits bafoués par Kadhafi et son régime déchu²⁷. »

23 A. TOUMANI TOURÉ, « Comment j'ai pris le pouvoir, pourquoi je l'ai quitté », Supplément gratuit à *Jeune Afrique*, « Grandes interviews », n° 1753-1754, 1996, spé. p. 22-23 ; Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme, « Soutenir les défenseurs des droits de l'Homme au Mali », Rapport n° 219/1, 1999, spé. p. 9-12.

24 Acte fondamental n° 1/C.T.S.P., 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 33^e année, n° 8, 30 avril 1991, p. 279-284, spé. Introduction.

25 Loi constituante n° 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Journal officiel de la République Tunisienne*, 2011 n° 097, 23 décembre 2011, spé. Préambule.

26 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. Préambule.

27 Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition, 3 août 2011, traduction présentée par le site *L'Express*, [en ligne].

Qu'ils soient associés ou non, ces différents types de références mémorielles semblent être employés afin de justifier le processus de mutation constitutionnelle et politique en cours et de poser les limites vers un retour non admissible. En ce sens, la démocratisation est assimilée à l'ouverture d'un « nouveau chapitre » dans l'histoire nationale ou à la construction d'un « nouvel ordre » selon les expressions respectivement employées dans les Constitutions de transition éthiopienne et sud-africaine²⁸.

Confortant cette volonté de transformation du régime politique, certaines dispositions en réfèrent implicitement à la mémoire collective. Cette dernière sert alors de point de repère pour le futur, influant sur le programme des dirigeants durant la transition. Par exemple, les références mémorielles – absentes du préambule – transparaissent au sein de la Constitution de Transition du Burundi, qui précise dans son article 4 :

« La période du Régime de Transition est consacrée à la réalisation des objectifs suivants : [...] 3. réconcilier et unir les Burundais et jeter les bases d'un Burundi démocratique et uni [...] 6. veiller à l'adoption de mesures convenues pour faire face aux conséquences des actes commis dans le passé et éviter toute répétition du génocide, de l'exclusion et de l'impunité²⁹ ».

Cette disposition semble employer des références mémorielles non pour justifier l'initiative de la transition démocratique, mais pour rassurer quant à l'objectif du processus : éviter la reproduction du passé³⁰.

Selon le contexte et l'identité du pouvoir constituant de transition, les différents types de références mémorielles peuvent ou non être associés. Le choix opéré parmi ces modalités d'expression mémorielle apparaît principalement guidé par les nécessités du moment. Plus que des éléments d'appropriation du texte par les différents acteurs, ils semblent soutenir la mise en place d'un processus de démocratisation. S'ajoute à ce premier aspect le travail de justification de la participation des principaux protagonistes.

B. Les dispositions mémorielles en vue de soutenir la participation

Parmi les protagonistes de la transition siègent parfois des soutiens de l'ancien régime, ou des parties belligérantes s'étant affrontées par le passé. Dans un tel contexte, marquer la volonté de rompre avec les pratiques politiques antérieures sans stigmatiser les acteurs est un impératif. Le choix des dispositions mémorielles se révèle alors être un enjeu pouvant travailler à la pacification des relations, comme à en accroître la conflictualité. Les difficultés rencontrées dans le cadre des

28 *Transitional Period Charter of Ethiopia*, n° 1, 22 juillet 1991, [en ligne], spé. Préambule ; *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, version de 1994, [en ligne], spé. Préambule.

29 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, Journal officiel de la République du Burundi, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 4.

30 La même conclusion pourrait être tirée de l'étude de l'Ordonnance n° 2010-001 portant organisation des pouvoirs publics pendant la période de transition nigérienne.

processus zaïrois et burundais sont particulièrement éloquentes à ce sujet. Par la confrontation des mémoires retranscrites, le premier illustre l'importance de ces dispositions pour les différents acteurs.

En effet, en République démocratique du Congo (« RDC »), la première transition démocratique est caractérisée par sa conflictualité politique. La mouvance présidentielle soutenant le Maréchal Mobutu Sesse Seko – au pouvoir depuis 1965 – et l'opposition menée par Étienne Tshisekedi se révèlent incapables de trouver un accord pour mener le processus à son terme. Il en résulte la succession de trois textes constitutionnels³¹. Un point d'achoppement en particulier rend tout dialogue impossible : la légitimité reconnue à chaque acteur. L'éternel opposant au Grand Léopard estime que seule la Conférence nationale souveraine de 1992 jouit de l'autorité nécessaire à l'élaboration d'un nouveau texte constitutionnel, tandis que le Maréchal refuse d'envisager toute perte de pouvoir. Ce conflit politique se trouve retranscrit au sein des dispositions mémorielles présentes au sein des deux premiers textes constitutionnels.

En effet, l'Acte adopté par la Conférence nationale souveraine le 4 août 1992 s'attache à rappeler la nature du régime précédent. Selon le premier alinéa de son préambule, le « Peuple congolais, réuni en Conférence nationale Souveraine » observe « la crise profonde, multiforme et persistante à laquelle le pays est confronté depuis de nombreuses années ». Un portrait saisissant du régime de Mobutu est ensuite dressé. Puis, les délégués de la Conférence constatent « l'incapacité totale des institutions en place d'apporter des solutions à cette situation tragique » pour finalement convenir de « la nécessité de rompre avec l'ordre ancien³² ». En ce sens, les dispositions mémorielles choisies ici paraissent justifier la disparition des institutions de l'ancien régime, le Maréchal Mobutu demeurant toutefois Président de la République durant la transition.

La position inverse est présentée dans l'Acte harmonisé du 2 avril 1993, rédigé par les membres de l'Assemblée nationale, affiliée à Mobutu. Certes, est également constatée « la crise profonde, multiforme et persistante à laquelle le pays est conforté³³ ». Mais, en raison de l'emploi du présent de l'indicatif, il apparaît que l'idée de crise est assimilée aux événements récents, et non au régime du Président Mobutu. Dans ce sens, le préambule mentionne la nécessité que la transition soit « une période de rassemblement de toutes les filles et tous les fils du pays », « non conflictuelle », « conduite dans la neutralité et générée dans un esprit de collaboration entre toutes les institutions sans exclusive ni militantisme partisan³⁴ ». L'accusation est à peine voilée, tandis qu'à l'inverse, la philosophie politique défendue depuis le début des années 1970 par le Grand Léopard – la politique de l'authenticité³⁵ – est amplement mise en avant.

31 Parmi ces trois textes constitutionnels, seul l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition correspond à la définition de la Constitution de transition utilisée dans le cadre de cet article.

32 Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition, 4 août 1992, [en ligne], spé. Préambule.

33 Loi n° 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 34^e année, avril 1993, spé. Préambule.

34 *Ibid.*

35 Cette doctrine de l'authenticité n'implique pas de développements économique, politique ou social prédéfinis, mais emploie ces derniers au service de la protection de la culture nationale : Voir à ce sujet B. W. WHITE, « L'incroyable machine d'authenticité : L'animation politique et l'usage public de la culture dans le Zaïre de Mobutu », *Anthropologie et Sociétés*, 2006, p. 43–63 ; K. L. ADELMAN, « The Recourse to Authenticity and Negritude in Zaire », *The Journal of Modern African Studies*, vol. 13, n° 1, 1975, p. 134–139.

La volonté du Président Mobutu de faire de la culture zaïroise une priorité transparaît notamment au sein du texte constitutionnel qui affirme le souci de « sauvegarder et de promouvoir les valeurs qui nous sont propres³⁶ ». En faisant référence à la politique de l'authenticité, le préambule de la Loi constitutionnelle du 2 avril 1993 prépare et justifie le retour de Mobutu sur le devant de la scène constitutionnelle. Ce dernier n'a en effet jamais quitté la scène politique, dont il est d'ailleurs resté un protagoniste majeur. Néanmoins, cette loi constitutionnelle rétablit l'ordre initial des choses : Mobutu redevient un Président aux pouvoirs importants.

Appliqué par une partie seulement de la classe politique, l'Acte harmonisé du 2 avril 1993 cède le pas à l'Acte constitutionnel de la transition du 8 avril 1994. Cette nouvelle constitution est adoptée par la majorité des acteurs politiques, en l'absence des fervents partisans d'Étienne Tshisekedi³⁷.

Dans ce contexte, le nouveau texte reprend le préambule de 1993 duquel sont évincés les paragraphes les plus agressifs vis-à-vis de l'opposition. Sont en revanche ajoutés des éléments attestant de la volonté de démocratiser le régime politique. Ainsi, les représentants du peuple sont toujours « [s]oucieux de restaurer les valeurs morales et spirituelles, de garantir notre indépendance politique, économique et culturelle, d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité », mais « dans le cadre du projet de la nouvelle société démocratique ». Apparaît également la volonté de conduire une transition dans « la neutralité et gérée dans un esprit de collaboration entre toutes les institutions suivant les principes de partage équitable et équilibré du pouvoir, et de non-exclusion³⁸ ».

Le choix des dispositions mémorielles au sein de ces différents actes constitutionnels n'est donc pas anodin : elles semblent utilisées de façon à justifier la présence de chaque acteur. Dans le cas burundais, les tensions au sujet de la mémoire collective retranscrite aboutissent à l'absence de récit national au sein de la Constitution de transition.

Indépendant depuis le 1^{er} juillet 1962, le Burundi connaît rapidement des tensions politiques. Elles donnent lieu à cinq principales périodes de violences en 1965, 1972, 1988, 1991 et 1993. Ce dernier conflit civil trouve son origine dans l'assassinat, le 21 octobre 1993, du premier Président de la République hutu élu — Melchior Ndadaye — et de plusieurs personnalités de premier plan. Dans un contexte de conflit politique et ethnique, la prise de pouvoir par la force de Pierre Buyoya le 25 juillet 1996 entraîne une nouvelle instabilité au sommet de l'État. Un embargo international est mis en place dès le 31 juillet, et des négociations de paix sont finalement entamées au mois de juin 1998³⁹.

36 Loi n° 93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 34^e année, avril 1993.

37 G. DE VILLERS, *Zaïre, La transition manquée, 1990-1997*, Paris, L'Harmattan, « Cahiers Africains », 1997, spé. p. 191.

38 Acte constitutionnel de la transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 35^e année, avril 1994, spé. Préambule.

39 Sur l'histoire de la violence au Burundi, voir notamment J. HIRSCHY, C. LAFONT, « Esprit d'Arusha, es-tu là ? La démocratie burundaise au risque des élections de 2015 », *Politique africaine*, 2015, n° 137, p. 169-189 ; É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n° 45, 2013.

La question de la mémoire collective apparaît rapidement, notamment concernant la qualification des exactions commises.

Après la signature d'un accord sur la plate-forme politique du régime de transition le 6 juin 1998⁴⁰, le Gouvernement, l'Assemblée nationale, plusieurs partis politiques, groupes armés et représentants des organisations de la société civile rédigent une Déclaration fixant le cadre des négociations. Cette Déclaration du 21 juin 1998 prévoit notamment, afin de « résoudre le conflit burundais par des voies pacifiques et de mettre fin à toutes les formes de violence », la mise sur pied d'une « Commission sur la nature du conflit burundais, les problèmes de génocide et de l'exclusion et leurs solutions ». Le choix de la dénomination de cette Commission en dit long sur l'importance de la qualification des violences pour la poursuite du processus, d'autant qu'elle fait l'objet de deux réserves de la part des signataires. En effet, l'Alliance des vaillants et le Parti indépendant des travailleurs mentionnent leur préférence pour un intitulé plus simple : « génocide et sécurité⁴¹ ».

Cette susceptibilité terminologique concernant la qualification des événements s'explique : chaque partie ayant pris part au conflit civil cherche à justifier son intervention, tout en refusant d'être publiquement accusée d'avoir commis des exactions. La prise en considération de cette tension entre l'objectif des négociations et les intérêts des parties est retranscrite au sein de l'article 16 du Règlement de procédure des négociations d'Arusha :

« Tout au long des négociations, les partis doivent faire montre de retenue pour éviter toute action ou parole susceptible de blesser d'autres délégations et de vicier l'atmosphère des négociations, en particulier, les délégations doivent absolument éviter de citer des noms et de pointer du droit, tout en préservant la vérité qui est vitale pour instaurer la paix et parvenir à la réconciliation⁴². »

Et la mise en application de cette disposition est rigoureuse⁴³. De fait, les rapports de séance attestent de la difficulté des discussions au sein de la Commission sur la nature du conflit burundais. Pour les partis politiques et groupes armés hutus, la reconnaissance du massacre de leurs élites en 1965 et 1972 et la sanction des « concepteurs et [...] exécutants du génocide contre les Hutus en 1972⁴⁴ » sont nécessaires. À l'inverse, les parties tutsis insistent sur « les massacres de 1993 », confirment l'influence de « l'idéologie du génocide » rwandais sur les Hutus du Burundi et concluent que « [l]'existence de cette idéologie hutu extrémiste justifie selon eux un régime militaire fort dominé par les Tutsi⁴⁵ ».

40 Accord sur la plate-forme politique du régime de transition, 6 juin 1998, [en ligne].

41 Déclaration des participants aux négociations de paix sur le Burundi impliquant toutes les parties au conflit burundais, 21 juin 1998, [en ligne].

42 Règlement de procédure des négociations de paix impliquant toutes les parties au conflit burundais, 1998, [en ligne], spé. art. 16.

43 Voir par exemple : Minutes de la première session plénière tenue à Simba Hall, Centre international de Conférence d'Arusha, 13 octobre 1998, Documents de négociation Arusha III, octobre 1998, 65 p., [en ligne], spé. p. 3.

44 Déclaration du Dr Jean Minani pour le FRODEBU, 16 octobre 1998, Documents de négociation Arusha III, octobre 1998, [en ligne], spé. p. 35-46.

45 International Crisis Group, « L'effet Mandela. Évaluation et perspectives du processus de paix burundais », *Rapport ICG Afrique Centrale*, n° 13, 2000, spé. p. 3-4.

Ainsi, réconcilier ces deux perceptions de l'histoire apparaît complexe. Au point que, le seul accord trouvé à ce sujet reste le constat du désaccord ; le Protocole I de l'accord d'Arusha ratifié le 28 août 2000 ne tranche aucune des questions mémorielles posées concernant les exactions durant la période postcoloniale⁴⁶. Adopté suite à cet accord, le préambule de la Constitution de transition burundaise ne comporte aucun récit national. Seul son article 4 fait référence « aux conséquences des actes commis dans le passé » et à la nécessité d'« éviter toute répétition du génocide, de l'exclusion et de l'impunité⁴⁷ ». Étant donné le déroulement des négociations préconstituantes, il est possible de supposer que l'absence de récit national soit un choix, destiné à assurer la stabilité du processus. La comparaison de ces deux processus révèle l'importance des choix mémoriels opérés au sein des constitutions de transition pour les acteurs. Tantôt utilisés pour conforter la démarche des protagonistes, tantôt absents pour éviter d'exacerber les tensions, ils se révèlent être de véritables enjeux lors de la rédaction constituante.

Travailler à la légitimation de la transition constitutionnelle et démocratique demande ainsi idéalement d'opérer un filtrage au sein des choix mémoriels, un « *vetting* mémoriel » ayant pour objectif d'assurer la participation la plus large possible sans remettre en cause la réalité des crimes commis par le passé. L'expression de « *vetting* mémoriel » est proposée par le Pr Fabrice Hourquebie. De manière générale, le processus de *vetting* a pour objectif « la vérification et le filtrage institutionnel », soit

« des réformes notamment en matière de système de sécurité (“RSS”) et de justice – afin de permettre la responsabilité pénale à l'égard des violations du passé supposées et de s'assurer que des institutions politiques efficaces et équitables puissent prévenir les éventuels abus à venir – de désarmement, démobilisation et réinsertion⁴⁸. »

Le *vetting* mémoriel pourrait dès lors être conçu comme ayant pour objectif la construction d'une mémoire collective sélective, assurant la reconnaissance des exactions et crimes commis par le passé tout en évitant de formuler des accusations directes, lesquelles pourraient déstabiliser le processus en cours. Apparaît alors, de façon plus sous-jacente, le rôle central de la mémoire collective dans la construction du futur régime.

II. La mémoire collective, une construction protectrice du futur

Qu'il soit post-autoritaire ou post-conflit, le processus de démocratisation se présente comme un nouvel espoir : celui de mettre un terme aux exactions commises. C'est en partie dans cette optique qu'apparaissent les mécanismes de justice transitionnelle⁴⁹. Conçus comme un ensemble

46 Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, Arusha, 28 août 2000, Protocole I, [en ligne], spé. art. 3.

47 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, Journal officiel de la République du Burundi, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 4.

48 F. HOURQUEBIE, « Les processus de transition, justice, vérité et réconciliation dans l'espace francophone. Guide pratique », Rapport pour l'Organisation internationale de la francophonie, 2^e éd., 2021, [en ligne], spé. p. 26.

49 Pour une définition de la justice transitionnelle, voir notamment J.-P. MASSIAS, « Justice transitionnelle », in O. BEAUVALLET (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Paris, Berger-Levrault, p. 594-597.

de « processus d'accompagnement de la crise et d'orientation vers la sortie de la crise⁵⁰», ces mécanismes s'ordonnent autour des quatre piliers définis par Louis Joinet : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à réparation et les garanties de non-répétition⁵¹. La concrétisation de ces quatre droits doit théoriquement aboutir à la réconciliation, laquelle reste la meilleure garantie de non-reproduction des violences. Et pour ce faire, l'emploi de la mémoire collective par le pouvoir constituant de transition est à prendre en considération.

En effet, la construction d'une mémoire collective réconciliée participe à la réalisation du droit à la vérité (B), tandis que l'affirmation de nouveaux droits fondamentaux – plus contextualisés – marque une volonté de non-répétition (A).

A. Les droits fondamentaux, un enseignement mémoriel

Pour une société marquée par la commission de crimes de masses, la construction d'un État de droit protecteur des droits fondamentaux est primordiale. Cette nécessité transparaît généralement au sein des constitutions de transition.

Pour mieux signifier la transformation du régime, la Constitution de transition burundaise tisse un lien entre l'application du droit et la fin des violences, puisque la mise en application des accords d'Arusha par les institutions de la transition doit permettre de « mettre fin au conflit burundais par l'édiction d'un État de droit⁵²». Dans le même esprit, la Conférence nationale souveraine congolaise insiste sur « [la] ferme volonté [du peuple congolais] de bâtir un État de droit⁵³», ce qui, selon les termes de Guy Menga, « constitue une nouveauté [...] [p]arce que tout simplement cela n'a pas existé par le passé dans notre pays⁵⁴».

Mais, outre les affirmations concernant la construction d'un État de droit⁵⁵ – dont l'évaluation ne peut se faire que sur le long terme – la rupture immédiate avec l'ancien régime transparaît par l'affirmation des droits fondamentaux⁵⁶. Or, il ne s'agit pas uniquement de retranscrire le contenu des différents instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Certes, les auteurs des constitutions de transition font le plus souvent le choix d'en référer aux normes internationales,

50 F. HOURQUEBIE, « Les processus de justice transitionnelle dans l'espace francophone : entre principes généraux et singularités », *Les cahiers de la justice*, n° 3, 2015, p. 321-331, spé. p. 322. Voir plus généralement F. HOURQUEBIE, « Les processus de transition, justice, vérité et réconciliation dans l'espace francophone. Guide pratique », *op. cit.*

51 Voir L. JOINET, « L'administration de la justice et les droits de l'Homme des détenus. Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », *Rapport pour la Commission de Droits de l'Homme*, 49^e session, 2 octobre 1997, E/CN.4 Sub.2/1997/20/Rev.1.

52 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, *Journal officiel de la République du Burundi*, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 3.

53 Acte fondamental du 4 juin 1991, in W. DANDOU, *Un nouveau cadre constitutionnel pour le Congo-Brazzaville*, *op. cit.*, spéc. Préambule.

54 G. MENGA, *Congo. La transition escamotée*, *op. cit.*, spé. p. 39-41.

55 Pour un autre exemple voir, Acte fondamental n° 1/C.T.S.P., 31 mars 1991, *Journal officiel de la République du Mali*, 33^e année, n° 8, 30 avril 1991, p. 279-284, spé. Préambule.

56 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », in L. SERMET (dir.), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2002, 234 p., p. 33-55, spé. p. 52.

mais pour ensuite ajouter leur propre Charte des droits fondamentaux⁵⁷. Cette dernière se révèle alors être un mécanisme de justice transitionnelle en soi. En effet, dépassant les obligations juridictionnelles traditionnelles, les mécanismes de justice transitionnelle « couvrent également les mesures de réhabilitation et de réinsertion ainsi que d'autres plus symboliques – telles qu'excuses officielles, garantie de non-répétition, construction de mémoriaux ou cérémonies commémoratives – mais auxquelles les victimes sont particulièrement attachées⁵⁸ ». Selon cette définition, la formulation de dispositions relatives aux droits fondamentaux peut s'apparenter à la fois à la reconnaissance des violences passées et à la consécration de la volonté de ne pas voir les comportements fautifs se répéter.

Pour y parvenir, le pouvoir constituant de transition tient généralement compte de la mémoire collective. En effet, afin de signifier la dénonciation du régime précédent ou la fin du conflit connu, les auteurs des constitutions de transition insèrent des dispositions atypiques pour l'observateur extérieur, mais résonnant de façon particulière pour les citoyens. De fait, pour mieux « [placer] l'individu au centre du débat », le renouveau des droits fondamentaux paraît devoir être « adapté au contexte transitoire en général et au contexte relatif à chaque État spécifiquement⁵⁹ ». Selon Nada Youssef, « il n'existe pas de liste unique des droits fondamentaux ». Plus que cela, « [c]ette liste diffère d'un État à l'autre et évolue selon les mentalités, les mœurs et le développement démocratique et culturel de chaque pays⁶⁰ ». Par conséquent, dans un contexte de démocratisation, « [c]e sont évidemment les droits qui ont été les plus méconnus par le système précédent qui sont promus avec le plus de vigueur⁶¹ ». Outre la rupture symbolique, l'espoir de voir ces nouveaux droits véritablement protégés sonne alors comme une réparation collective et une garantie de non-répétition.

Une première illustration peut être tirée de la Constitution de transition soudanaise du 4 août 2019. En plus de lister les droits fondamentaux désormais en vigueur, le premier article du chapitre consacré à cette question opère une mise au point fondamentale. Il spécifie expressément ce qu'implique l'existence d'une charte des droits : les droits fondamentaux doivent être respectés par le gouvernement et faire l'objet d'une politique de développement⁶².

Cette précision n'est pas anodine. Le pouvoir constituant de transition revient sur une définition *a priori* acquise, puisque les normes constitutionnelles antérieures comprenaient leur propre corpus de droits fondamentaux⁶³. Par conséquent, transparaît au sein de la Constitution de transition

57 Seules cinq Constitutions de transition ne mentionnent pas les principaux instruments internationaux protégeant les droits de l'homme. Sur les seize constitutions de transition africaines, quatorze comprennent un Titre ou un Chapitre relatif aux droits fondamentaux.

58 A.-M. LA ROSA, X. PHILIPPE, « Justice transitionnelle », in V. CHETAIL (dir.), *Lexique de la consolidation de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 257-273., spé. p. 265.

59 N. YOUSSEF, *La Transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, Paris, Éditions Publibook Université, « Droit et Science politique », 2011, spé. p. 191.

60 *Ibid.*, p. 193.

61 *Ibid.*, p. 192.

62 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 41.

63 *Sudan Interim National Constitution*, 2005, [en ligne], spé. Chapitre II ; *Constitution of the Republic of Sudan*, 1998, [en ligne], spé. Part.1.

un élément qui vise possiblement à rassurer les citoyens, et relève indirectement de la mémoire collective des violences passées⁶⁴.

La même remarque peut être faite concernant le *Bill of Rights* de la Constitution intérimaire d'Afrique du Sud⁶⁵. À titre d'exemple, dans une société marquée par les crimes de l'*apartheid*, « le principe d'égalité sous toutes ses formes fut placé au centre du débat⁶⁶ ». Ainsi, après avoir affirmé l'égalité de tous devant la loi, l'article 8 définit exhaustivement le principe de non-discrimination :

« *No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language*⁶⁷. »

Cette volonté de ne pas reproduire les injustices passées transparaît d'autant plus au regard du régime de la preuve en matière de discrimination :

« *[p]rima facie proof of discrimination on any of the grounds specified in subsection (2) shall be presumed to be sufficient proof of unfair discrimination as contemplated in that subsection, until the contrary is established*⁶⁸. »

Mais, le plus marquant reste le fait que non seulement la discrimination est interdite, mais que la disposition l'interdisant ne concerne pas les mesures visant à protéger ou rétablir les groupes sociaux ayant fait l'objet de politiques discriminantes par le passé⁶⁹. Cet alinéa a ainsi permis la mise en place de politique de discrimination positive – ou *affirmative action* – qui « menée dans ce pays constitue essentiellement un compromis politique destiné à contenir le risque d'affrontements, toujours présent, entre les deux communautés⁷⁰ ». La mémoire collective est donc employée ici à la fois pour réagir face aux crimes du passé, mais également afin d'éviter leur répétition.

Cette analyse de la mémoire collective comme le soubassement des droits fondamentaux est soutenue par l'étude de la jurisprudence constitutionnelle de transition, lorsqu'elle existe⁷¹. De fait, l'intervention du juge dans le contexte de la transition apparaît fondamentale non seulement pour

64 Sur l'histoire politique du Soudan, voir : M. RAIMBAUD, *Le Soudan dans tous ses états. L'espace soudanais à l'épreuve du temps*, Paris, Karthala, 2012 ; A.-L. MAHÉ, « Soudan : après la chute d'Omar el-Béchir, les défis de la transition », *Politique étrangère*, 2019, n° 4, p. 99-112.

65 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », art. cit., spé. p. 52.

66 N. YOUSSEF, *La Transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux*, op. cit., spé. p. 192.

67 *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, version de 1994, [en ligne], spé. art.8.

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

70 T. LAMARCHE, « Réflexions sur l'*Affirmative Action* à partir de l'exemple de l'Afrique du Sud », in L. SERMET (dir.), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, op. cit., p. 185-207, spé. p. 187. Voir également : C. SALCEDO, *La transition démocratique sud-africaine*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection des thèses », n° 52, 2011, spé. 356-383.

71 Seules les juridictions constitutionnelles du Congo Brazzaville, de la République démocratique du Congo, de la République Centrafricaine, du Niger, du Burundi et d'Afrique du Sud semblent être intervenues par le biais de décisions ou d'avis durant le processus de transition. La jurisprudence sud-africaine reste à ce jour la plus accessible et la plus dense.

travailler à la construction d'un réel État de droit, mais également pour préciser le sens des dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme. L'enjeu est alors la concrétisation des droits fondamentaux. Or, comme l'explique le Pr Xavier Philippe, « [u]ne autre caractéristique des droits fondamentaux dans les régimes de transition démocratique repose sur l'absence de définition de leur contenu ». En effet, « les constituants peuvent avec la meilleure volonté du monde tenter de cadrer ces droits avec la plus grande précision possible, l'absence d'expérience et de jurisprudence en la matière constitue également l'une des caractéristiques du droit de transition⁷² ». En résulte la nécessité de recourir d'une part à la jurisprudence étrangère et internationale, et d'autre part aux valeurs et à l'histoire nationale.

La décision *The State versus T. Makwanyane and M. Mchunu* rendue par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud le 6 juin 1995 en fait la démonstration⁷³. Saisie d'un renvoi préjudiciel afin de contrôler la constitutionnalité du recours à la peine de mort, la juridiction doit confronter l'article 277 du Code de procédure pénale aux articles 9, 11(2) et 241(8) de la Constitution intérimaire. Alors qu'aucune disposition constitutionnelle ne proscriit expressément la peine de mort, les articles 9 et 11(2) protègent respectivement le droit à la vie, et l'interdiction de la torture – qu'elle soit physique, mentale ou émotionnelle – et de tout traitement inhumain et dégradant. L'article 241 quant à lui comporte des mesures transitoires déterminant quelle législation est applicable dans le cadre des procès en cours⁷⁴.

Pour rendre leur décision, les juges constitutionnels ont bénéficié d'une grande « liberté en matière d'interprétation constitutionnelle⁷⁵ ». Cette liberté leur a néanmoins imposé de construire un mode de raisonnement propre, dont le recours à l'histoire et à la mémoire collective fait partie. En effet, comme le rappelle le Président Chaskalson, le système d'interprétation établi au sein de la décision *Zuma and others*⁷⁶ repose sur une lecture des différentes dispositions du Chapitre III tenant compte des valeurs sous-jacentes de la Constitution⁷⁷. Pour y parvenir, et proposer une approche idoine de l'article 11, le Président souligne l'importance de tenir compte de l'histoire nationale et du contexte d'adoption de la Constitution intérimaire :

« *I need say no more in this judgment than that section 11(2) of the Constitution must not be construed in isolation, but in its context, which includes the history and background to the adoption of the Constitution, other provisions of the Constitution itself and, in particular, the provisions of Chapter Three of which it is part.*⁷⁸ »

72 X. PHILIPPE, « La spécificité du droit de transition dans la construction des États démocratiques. L'exemple de l'Afrique du Sud », art. cit., spé. p. 53.

73 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne].

74 *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 9, 11, 241.

75 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spé. p. 429.

76 CCT5/94, S v Zuma and Others, 22 septembre 1995, [en ligne].

77 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne], spé. par.9.

78 *Ibid.*, par.10.

Dans le même sens, les juges Ackermann, Didcott et Mahomed soulignent l'importance de construire un nouvel ordre constitutionnel qui soit en rupture avec le passé⁷⁹. Cette volonté d'offrir une protection des droits fondamentaux adaptée au contexte sud-africain se traduit par un recours à la mémoire collective. À titre d'exemple, le Président Chaskalson – dans son examen de l'article 277 du Code de procédure pénale – rappelle « *the arbitrariness inherent in the application of section 277 in practice* » par le passé. En effet, selon le Président, la décision de condamner ou non l'accusé à la peine capitale tenait à de nombreux facteurs – dont la chance puisque « *[a]t every stage of the process there is an element of chance* » –, et parmi eux, « *[r]ace and poverty*⁸⁰ ».

Cet exemple de référence au système d'*apartheid*, la volonté de rompre avec le passé et le choix d'interpréter les dispositions du Chapitre III en fonction des nouvelles aspirations de la société sud-africaine confirment le recours à la mémoire collective. Employée afin de consolider la rupture avec les pratiques antérieures, elle se présente dès lors comme un instrument de construction de mécanismes de non-répétition adéquats, dont les droits fondamentaux font partie. Néanmoins, pour consolider la transition, la mémoire collective doit également être confrontée à l'histoire afin de répondre au besoin de vérité et ainsi, travailler à la réconciliation.

B. Les Commissions Vérité, une réconciliation mémorielle

Il ne s'agit plus ici de s'intéresser à la mémoire collective existante, mais d'envisager la construction d'une mémoire apaisée future, et de la considérer comme un objectif imposé par certaines constitutions de transition. Dans une optique de réconciliation, la recherche de la vérité – qui découle du droit de savoir – se présente comme une nécessité. Comme l'explique Louis Joinet, tout l'enjeu est de « faire connaître la vérité par un compromis politique qui conduit à transformer une situation de conflit en situation de paix sans pour autant faire l'impasse sur un passé de violences extrêmes »⁸¹.

Pour y parvenir, les Commissions Vérité se sont rapidement imposées⁸². Ces commissions d'enquête non judiciaires – généralement appelées Commissions de vérité et de réconciliation (« CVR ») – ont pour principale fonction de « (ré)tablir la vérité par la collecte d'informations précises et nombreuses, notamment de témoignages individuels⁸³ ». Il leur revient, à la suite d'un travail d'enquête portant sur les violations graves des droits de l'homme commises sur un territoire durant une période déterminée, de présenter un récit national, le plus souvent au sein d'un rapport. Ce dernier restitue le résultat des investigations et témoignages, tente d'expliquer les causes de la violence afin d'éviter sa reproduction, et propose parfois des moyens de réparation individuels et collectifs⁸⁴.

79 *Ibid.*, spé. par.156, 190, 262-263.

80 CCT3/94, S v Makwanyane and Another, 6 juin 1995, [en ligne], par.48-51.

81 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, Paris, La découverte, « Sur le vif », 2002, spé. p. 60.

82 Voir à ce sujet : L. M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », *Revista Derecho del Estado*, n° 34, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 103-125.

83 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., spé. p. 61.

84 J.-P. MASSIAS, K. PICARD, « Les piliers de la justice transitionnelle », *Revue du droit public*, 2018, n° 4, p. 961-984, [en ligne].

Ainsi, une fois rendu public, il participe à « [l]a reconnaissance officielle des faits du passé », laquelle « est nécessaire pour panser les blessures [et] remplit un rôle psychologique important en reconnaissant une vérité longtemps déniée⁸⁵ ». L'objectif est donc double et contradictoire : reconnaître les violences subies par les victimes et en comprendre leurs causes d'une part, et construire un récit inclusif afin de fonder le futur vivre ensemble sans exclure les anciens bourreaux d'autre part.

Dès lors, l'élaboration d'une mémoire nationale consensuelle est un enjeu pour les commissaires. D'autant que, souvent conflictuelles, les mémoires individuelles et collectives interviennent à double titre dans le travail des CVR. En amont d'une part, les recherches menées par les différentes commissions se fondent dans un premier temps sur le récit des différents témoins. La mémoire est donc un des premiers matériaux utilisés par les CVR. En aval d'autre part, étant donné que la rédaction du rapport soutient l'élaboration d'une mémoire nationale, tenant idéalement compte de l'ensemble des mémoires individuelles et collectives. Cette construction mémorielle peut être considérée comme une réparation symbolique pour les victimes et leurs proches, dans le sens où la publication du travail des commissions atteste de la réalité des violences commises⁸⁶. En ce sens, il est possible de parler d'une « vérité sociale ou dialogique », « c'est-à-dire celle que la société fait sienne », qui « émerge donc à l'issue du processus de justice transitionnelle, en tant que production de cette justice⁸⁷ ». Comme l'expliquent le Pr Jean Pierre Massias et Kelly Picard,

« [l]a vérité sociale possède une dimension collective intrinsèque. Elle comporte des éléments de réponse à la question de savoir comment cette situation a pu survenir, quelles ont été les personnes impliquées, les facteurs déclencheurs ou les conséquences sur la société. Elle implique toutefois un travail d'interprétation et de mise en cohérence de ce récit historique national de la part des autorités judiciaires ainsi que des historiens⁸⁸. »

Dès lors, étant donné l'instabilité du contexte dans lequel ils interviennent, se pose la question des modalités de protection juridique de ces mécanismes de justice transitionnelle et de leurs travaux. Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez souligne à ce sujet que la « concrétisation normative peut avoir lieu à tous les échelons hiérarchiques d'un ordre juridique. En effet, diverses normes peuvent être mobilisées tant au niveau réglementaire qu'au niveau législatif, ainsi qu'au niveau constitutionnel⁸⁹ ». Or, comme le souligne l'auteur : « [l]e type de norme mobilisé entraîne des conséquences considérables qui ne peuvent être négligées ni au moment de son application, ni lors de son contrôle, ni en ce qui concerne sa modification⁹⁰ ». *De facto*, la constitutionnalisation des Commissions Vérité leur assure une protection supérieure à celle permise par la légalisation. À ce sujet, l'auteur précise : « [d]ans ces dernières années, nous pouvons constater un phénomène très intéressant qui n'a pas été

85 L. JOINET (dir.), *Lutter contre l'impunité : dix questions pour comprendre et agir*, op. cit., spé. p. 61.

86 *Ibid.*

87 J.-P. MASSIAS, K. PICARD, « Les piliers de la justice transitionnelle », art. cit.

88 *Ibid.*

89 L.-M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, *Justice transitionnelle et Constitution*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n° 171, 2018, spé. par. 32.

90 *Ibid.*, spé. par. 33.

assez souligné par la doctrine : certaines CVR ont été incorporées directement dans la Constitution lors d'une période de transition⁹¹». Par exemple, trois Constitutions de transition africaines prévoient l'instauration de commissions d'enquêtes, et selon des modalités différentes : la Constitution de transition burundaise, la Constitution de transition de République démocratique du Congo et la Constitution de transition soudanaise⁹².

Cette insertion au sein d'une constitution de transition n'est pas anodine : elle marque la volonté de protéger la construction d'une mémoire collective apaisée par le recours au texte suprême, et celle de rassurer quant à l'objectif du processus de démocratisation. En ce sens, elle répond donc à la fois au besoin de rassurer les différents acteurs – et plus particulièrement les anciens bourreaux – quant à leur participation et aux effets du processus, et aux attentes de la société en termes de reconnaissance des violences subies. Il s'agit dès lors pour le pouvoir constituant de transition de trouver un équilibre entre les attentes de chacun.

En République démocratique du Congo par exemple, de nombreuses négociations concernant la mise en place d'une Commission ont été menées tout au long du processus de paix, avant que la question ne soit abordée dans la Constitution de transition⁹³. Cependant, le texte constitutionnel se révélant lacunaire quant au mandat ou à la composition de l'institution, la mise en place effective de la Commission demandera de nouveaux mois de discussion. En effet, la Constitution de transition précise que la Commission vérité et réconciliation compte parmi les « Institutions d'appui à la démocratie⁹⁴ », ayant notamment pour mission de « consolider l'unité nationale grâce à une véritable réconciliation entre les congolais⁹⁵ ». Mais, aucune précision supplémentaire n'est apportée, « [l]'organisation, les attributions et le fonctionnement des Institutions d'appui à la démocratie [étant] déterminés par des lois organiques⁹⁶ ». Par la suite, ce choix constitutionnel permet à la logique des composantes de reprendre le dessus. Au point que

« la CVR, voulue pourtant neutre et impartiale, devait être composée des membres provenant aussi bien de la société civile (assumant la présidence de la Commission) que des Composantes et Entités ayant pris part à la guerre et donc certains membres étaient présumés auteurs de crimes et de graves violations des droits de l'Homme⁹⁷. »

91 L. M. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », art. cit., spé. p. 109.

92 La Constitution de transition soudanaise fait référence à une *Transitional Justice Commission*, dont l'organisation et les fonctions devraient également être précisées au sein d'une loi. Il est cependant encore trop tôt pour pouvoir en analyser les effets. *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, 4 août 2019, [en ligne], spé. art. 38.

93 N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, Paris, L'Harmattan, « Espace Kinshasa », 2008, spé. p. 45.

94 Constitution de la Transition, *Journal officiel de la République du Zaïre*, n° spécial, 44^e année, 5 avril 2003, spé. art. 154.

95 *Ibid.*, spé. art. 155.

96 *Ibid.*, spé. art. 160.

97 N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, op. cit., spé. p. 50 ; Loi créant et organisant la Commission Vérité et Réconciliation, 30 juillet 2004, in N. NGOMA-BINDA, *Justice transitionnelle en R. D. CONGO*, op. cit., p. 169-186, spé. art. 8.

Conséquence de cette inclusivité :

« [o]n doit de fait noter que la logique des Composantes et Entités a entraîné jusqu'au sein de l'institution une lutte sourde, mais très active, focalisée sur la défense des intérêts de certains leaders de ces groupes venus aux commandes à la suite de la guerre et des massacres, réels ou présumés⁹⁸. »

Si les attentes des protagonistes du processus semblent respectées, la déception des citoyens congolais fut grande, puisque la situation aboutit au « non-accomplissement de la manifestation de la vérité (enregistrement des plaintes, enquêtes, audiences, réparations, guérisons des traumatismes, examen des requêtes en amnistie, cérémonies de pardon, etc.), volet qui était pourtant le plus attendu tant par la population que la communauté internationale⁹⁹ ».

La Constitution de transition burundaise quant à elle apporte des éléments supplémentaires, lesquels font écho aux précédents propos concernant la problématique mémoire du conflit burundais :

« La Commission nationale pour la Vérité et la Réconciliation est chargée d'enquêter sur les violations des droits de l'homme, de promouvoir la réconciliation et de traiter des revendications découlant des pratiques se rapportant au conflit burundais. La Commission est également chargée de clarifier l'histoire du Burundi en vue d'éclairer le peuple burundais sur son passé¹⁰⁰. »

Pour parvenir à remplir sa mission, l'institution dispose d'un mandat de deux ans, au terme desquels elle doit établir un rapport¹⁰¹. L'article 231 précise enfin les modalités et les conditions de nomination des membres de la Commission, l'article 233 renvoyant les questions d'organisation et de fonctionnement à une loi organique¹⁰². Pour autant, la mise en œuvre de la Commission demandera également un certain temps. Elle a été précédée par de nouvelles négociations, fondées sur le Rapport Kavakure du 11 mars 2005 qui comprend : « l'avant-projet de loi portant création de la CVR, les recommandations et orientations méthodologiques à l'intention de la CVR et les propositions relatives au budget de fonctionnement de la CVR ». Elles aboutiront à un Accord-cadre le 2 novembre 2007¹⁰³. Les attentes de la population ont également été prises en considération. Le processus d'élaboration de la CVR burundaise a vu « la mise en place de CN ("Consultations nationales"), larges et inclusives comme préalable à l'application des mécanismes de transition¹⁰⁴ ». Ce n'est qu'en 2014 que la loi portant création de la CVR sera finalement votée.

98 *Ibid.*, spé. p. 52.

99 *Ibid.*, spé. p. 48.

100 Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, 28 octobre 2001, *Journal officiel de la République du Burundi*, 40^e année, n° 10/2001, 1^{er} octobre 2001, spé. art. 229.

101 *Ibid.*, spé. art. 232.

102 *Ibid.*, spé. art. 231 et 233.

103 É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, op. cit., spé. au par. 51.

104 É. MATIGNON, *La justice en transition. Le cas du Burundi*, op. cit., spé. par. 50.

Ainsi, le choix de recourir à une CVR et les modalités de son organisation font l'objet de nombreuses négociations en amont comme en aval du processus constituant de transition, entre les acteurs politiques de la transition. À ce titre, les choix du pouvoir constituant de transition ne sont pas sans conséquences : ils impactent notamment la rapidité et l'efficacité du processus. Cependant, bien que n'apportant pas nécessairement les réponses attendues, en répondant aux craintes des populations de voir les violences impunies, la promesse de ces Commissions demeure un élément de légitimation de la transition et de sa constitution.

Qu'elle soit employée pour construire des mécanismes de protection des droits adaptés ou pour rassurer quant à l'objectif du processus de démocratisation en cours, la mémoire collective se révèle être une ressource non négligeable pour le pouvoir constituant de transition. Ce constat souligne la spécificité des constitutions de transition, révélant leur emploi comme instrument de pacification et de réconciliation, et ouvre ainsi de nouveaux champs de réflexion pour le droit constitutionnel.