

Du paradoxe des Constitutions de transition

Les *corpus* établis dans l'objectif d'organiser les transitions constitutionnelles représentent une anomalie aux yeux du juriste ; le résultat d'une volonté d'encadrer par le droit un moment intensément politique¹. Poussée à l'extrême, cette démarche donne corps à une catégorie de textes spécifiques : les Constitutions de transition.

Elles sont identifiées comme les énoncés qui consignent expressément l'abrogation de la Constitution initiale, orchestrent la vie institutionnelle le temps de la transition, et structurent le processus d'élaboration de la Constitution post-transition. Le cumul de ces trois types de dispositions — abrogatives, constitutives et constituantes selon la terminologie suggérée par Nicoletta Perlo² — interroge l'autorité juridique de ces textes. En effet, elle sous-tend la constitutionnalisation d'éléments jusque-là considérés comme relevant, au mieux, de la sphère pré-constituante. Face à ce constat, comment situer la Constitution de transition au sein de la hiérarchie des normes ?

Bien que d'autres approches soient possibles, le propos s'attachera ici à proposer une réponse issue de l'étude d'une fonction des Constitutions de transition : la construction de la future norme constitutionnelle. Pour présenter une réflexion inductive pertinente, le recours au comparatisme s'est imposé, mais demande une identification impartiale de l'objet d'étude. À cette fin, l'application des critères matériels définis par Nicoletta Perlo³, cumulés à des impératifs plus pragmatiques de faisabilité — tels que l'accessibilité des sources ou la question de la langue — a entraîné à la sélection de seize textes⁴. L'exégèse de ces actes puis l'étude juridique de leur interprétation authentique demandent ensuite deux séries de précisions préalables.

D'une part, elles supposent d'identifier le *corpus* de transition à un système juridique malgré l'abrogation de la Constitution initiale. Lorsque la Constitution de transition est issue d'un processus en apparence légal, ce point — bien que fictif⁵ — n'est pas problématique. À l'inverse, un caractère juridiquement révolutionnaire implique une évaluation rétrospective des faits ayant conduit à l'adoption d'une nouvelle Constitution. Or, le développement matériel, la

¹ Les transitions constitutionnelles sont identifiées dans le cadre de cette contribution comme les processus entraînant l'entrée en vigueur d'un nouveau texte constitutionnel pour remplacer la Constitution initiale.

² N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *IX^e Congrès de Droit Constitutionnel*, AFDC, 2014, Lyon.

³ Le choix des critères matériels s'explique par la diversité formelle des *corpus* de transition.

⁴ Les textes concernés sont tous consultables en ligne. La date mentionnée est la date de leur entrée en vigueur. *Constitution of the Republic of South Africa*, Afrique du Sud, 27 avril 1994 ; *Law on the major constitutional provisions*, Albanie, 1^{er} mai 1991 ; Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, Burundi, 28 octobre 2001 ; Loi n° 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, Centrafrique, 18 juillet 2013 ; Charte constitutionnelle, Comores, 6 mai 1999 ; Acte fondamental, Congo, 4 juin 1991 ; Acte fondamental, Congo, 24 octobre 1997 ; *Transitional Period Charter of Ethiopia*, Éthiopie, 22 juillet 1991 ; Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition, Libye, 3 août 2011 ; *Interim Constitution of Nepal*, Népal, 15 janvier 2007 ; Constitution de la Transition, République Démocratique du Congo, 5 avril 2003 ; *Draft Constitutional Charter for the 2019 Transitional Period*, Soudan, 4 août 2019 ; Charte nationale provisoire, Tchad, 28 février 1991 ; Charte de transition, Tchad, 5 avril 1993 ; Loi constituante n° 2011-6 relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, Tunisie, 16 décembre 2011 ; Loi n° 93-001 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, Zaïre, 2 avril 1993.

⁵ Sur l'emploi des fictions juridiques durant les transitions constitutionnelles, voir : E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel », *IX^e Congrès de Droit Constitutionnel*, AFDC, 2014, Lyon.

formalisation de plus en plus importante des *corpus* de transition concernés et leur effectivité les rendent comparables à un dispositif prescriptif globalement efficace, soit à un système juridique⁶. L'appréhension des Constitutions et des *corpus* de transition par la science du droit est donc permise, quelles que soient leurs modalités d'adoption.

D'autre part, l'attention portée par les rédacteurs et les interprètes authentiques aux relations entre les composants du *corpus* de transition laisse transparaître une structure hiérarchique, dont la Constitution de transition semble être le sommet. Afin d'évaluer leur autorité juridique réelle, les quatre dimensions de la hiérarchisation des normes proposées par Riccardo Guastini seront employées. L'approche formelle comprend que « [si] la norme N1 règle la production de la norme N2, alors N1 est formellement supérieure à N2 ». Matériellement, N1 est supérieure à N2 si N2 ne peut contredire N1. L'approche logique considère N1 comme supérieure dès lors qu'elle porte sur N2. Enfin, l'appréhension axiologique du système se concentre sur la valeur accordée par les interprètes authentiques au texte⁷.

Ces quatre conceptions de la hiérarchie fournissent un cadre d'évaluation du degré d'autorité juridique de chaque norme. Elles permettent de mettre en lumière le paradoxe que forment les Constitutions de transition et les difficultés qui en découlent pour les situer avec certitude au sein de la hiérarchie des normes⁸. Adoptés pour une durée déterminée⁹ — le temps de la transition —, ces textes jouent simultanément le rôle de Constitution et de pré-Constitution, puis conservent une autorité extra-juridique à l'issue du processus.

En effet, elles s'apparentent à des Constitutions classiques, mais adaptées au temps de la transition : leur suprématie formelle, matérielle, et axiologique est construite afin de protéger le processus en cours. Elles pourraient être identifiées comme Constitutions premières historiques¹⁰, la rédaction du nouveau texte relevant alors d'un processus de révision constitutionnelle. Cependant, cette première approche apparaît restreinte en raison d'une conception classique de la vie constitutionnelle comme une succession de cycles¹¹. L'implication des Constitutions de transition dans la construction de la Constitution post-transition bouscule en réalité cette représentation linéaire. De fait, leur autorité *a priori* seulement constitutionnelle se heurte à leur dimension pré-constituante et extra-juridique. Tandis que la première suppose une valeur logiquement supérieure à celle de la Constitution post-transition, la seconde singularise la place

⁶ Les théories du droit défendues par Hans Kelsen et H.L.A. Hart proposent deux ensemble de critères pour attester de l'existence d'un droit : la présence d'une structure hiérarchique efficace ou l'association de règles primaires et secondaires reconnues comme telles. L'étude des processus sélectionnés pour ce travail confirme globalement leur réalisation mais la prudence reste recommandée.

⁷ R. Guastini, « Lex superior », *Revus*, n° 21, 2013, p.47-55, par. 10-18.

⁸ Seules les conclusions générales sont présentées ici. Les illustrations les plus probantes sont utilisées pour mettre en lumière certains points.

⁹ Tous les textes étudiés — mis à part la Constitution de transition sud-africaine — prévoient leur abrogation une fois la nouvelle Constitution entrée en vigueur.

¹⁰ Emmanuel Cartier propose en ce sens d'associer les petites Constitutions, en fonction de leur degré de formalisation aux Premières Constitutions historiques, soit à l'« ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique ». E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *op.cit.*, p. 522.

¹¹ Selon cette représentation, la vie constitutionnelle d'un État repose sur une succession de cycles, entamés par l'entrée en vigueur d'une Constitution et clos par son abrogation. E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005, p. 3.

des Constitutions de transition dans l'histoire constitutionnelle d'un État. Cette synchronicité dévoile le paradoxe insoluble qu'elles représentent pour la doctrine constitutionnelle, entre constitutionnalité à durée déterminée, pré-constitutionnalité et extra-juridicité.

Pour le démontrer, la réflexion sera consacrée à la démonstration de la première composante du paradoxe : la construction de la Constitution de transition comme une norme constitutionnelle pour la transition (§I). Puis, leurs fonctions dans la construction de la future Constitution seront mises en avant, confirmant ainsi les limites de leur seule appréhension comme norme constitutionnelle (§II).

§I. Une Constitution pour la transition constitutionnelle

Les transitions constitutionnelles abrogatives sont des processus marqués par une instabilité *a minima* politique et juridique, notamment en raison de la dislocation des structures existantes et de l'exaltation des tensions entre les acteurs¹². Établir une Constitution de transition ne peut donc pas être une démarche anodine. Outre sa matérialité constitutionnelle¹³, elle voit son autorité affirmée pour imposer l'institutionnalisation du pouvoir (A). Cette dernière est néanmoins adaptée pour ne pas entraver le déroulement de la transition par une trop grande rigidité (B).

A] Une constitutionnalité revendiquée

L'approche littérale des Constitutions de transition peut surprendre le juriste. L'ensemble des mécanismes classiquement déployés pour assurer la pérennité constitutionnelle — soit la solennité du texte cumulée à un système de garanties procédurales et juridictionnelles¹⁴ — semblent employés afin d'assurer au texte un statut constitutionnel.

Pour ce qui est de la solennité du texte, plusieurs textes voient leur suprématie affirmée. Sept Constitutions de transition sont par exemple identifiées comme une « Constitution »¹⁵, une comme « loi fondamentale »¹⁶ et deux comme « loi suprême »¹⁷. Une autre possibilité est l'affirmation de leur qualité de règle du jeu institutionnel et de cadre de l'exercice du pouvoir

¹² F. Mégret, « Les processus constituants transitionnels : essai de typologie et analyse critique », dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, PUAM, 2015, p.569-585.

¹³ Plusieurs auteurs ont déjà mis en lumière leur matérialité constitutionnelle. De fait, les trois objets définis par Louis Favoreu sont effectivement présents au sein des *corpus* de transition, et plus particulièrement des Constitutions de transition. N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *op. cit.* ; E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, n° 71, p. 513-534 ; Thumerel Isabelle, *Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants*, 3 octobre 2008, Thèse de doctorat ; L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n° 1, p. 71-89.

¹⁴ La doctrine s'accorde à employer un ensemble de critères généraux pour identifier une Constitution formelle. Le texte doit être élaboré par une procédure particulière, révisé selon un procédé plus complexe que l'adoption d'un énoncé infra-constitutionnel et voir son autorité préservée grâce à un système de garanties. O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », dans D. Chagnollaud (dir.), M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, p.483-528, p.510.

¹⁵ Tel est le cas au sein des Constitutions de transition centrafricaine (art.108), comorienne (art.25), et congolaises (1991 ; art.91, 1997 ; art.86).

¹⁶ *Interim Constitution of Nepal*, Népal, 15 janvier 2007, art.1.

¹⁷ *Constitution of the Republic of South Africa*, Afrique du Sud, 27 avril 1994, art.4 ; *Transitional Period Charter of Ethiopia*, Éthiopie, 22 juillet 1991, art.18.

politique¹⁸. La dimension exceptionnelle de cette fonction et du contexte dans lequel elle est exercée est spécifiquement présente au sein de la Constitution de transition libyenne.

« Ayant l'objectif de réaliser la société de la citoyenneté, de la justice, d'égalité, de progrès, de développement et de prospérité, dépourvue d'oppression, de répression, de tyrannie, d'exploitation et de pouvoir individuel, jusqu'à la ratification de la constitution permanente par un référendum populaire général, le Conseil National Transitoire Intérimaire a opté pour la promulgation de cette Déclaration constitutionnelle pour qu'elle soit la base de pouvoir pour la période transitoire »¹⁹.

Par ces précisions, le Préambule libyen présente réellement la Constitution de transition comme le texte juridique suprême pour la durée de la transition.

Outre l'auto-qualification de texte suprême, les garanties juridictionnelles classiques sont pareillement exploitées. Dix textes confèrent ainsi des compétences en matière de contrôle de constitutionnalité, d'arbitrage ou d'interprétation à une juridiction²⁰. Ce choix sous-entend plus encore la volonté d'encadrer le comportement des acteurs politiques lorsque ces garanties constitutionnelles représentent une nouveauté, comme ce fut par exemple le cas en Afrique du Sud²¹.

Cette interprétation des choix des rédacteurs est confirmée par l'interprétation authentique. De prime abord, les Constitutions de transition sont généralement appréhendées comme règles du jeu politique²². Les institutions prévues sont mises en place, prennent des décisions politiques, et adoptent des textes juridiques pour régir la vie quotidienne de l'État. Les mécanismes de collaboration ou de confrontation des pouvoirs sont également investis par les acteurs politiques. Les membres du Conseil supérieur de la transition tchadien ont ainsi déposé une motion de censure à l'encontre du Premier ministre de la transition avec succès, de la même manière que les députés congolais ont pu interpellé le gouvernement à plusieurs reprises²³.

Les décisions rendues par les Cours constitutionnelles de transition affirment également sans détour le caractère suprême des Constitutions de transition. Le texte est défini comme un cadre impératif, structurant formellement et matériellement l'usage du pouvoir. La Cour constitutionnelle de transition sud-africaine et la Cour suprême libyenne ont par exemple confirmé

¹⁸ Voir par exemple : Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, Burundi, 28 octobre 2001, art.1 ; Loi constituante n° 2011-6 relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, Tunisie, 16 décembre 2011, art.1.

¹⁹ Déclaration constitutionnelle du Conseil national de transition, Libye, 3 août 2011, Préambule.

²⁰ Il s'agit des Constitutions de transition sud-africaine (art.98), albanaise (art.24 Chap.IIIA), burundaise (art.180), centrafricaine (art.76), zairoise (art.110), de RDC (art.180), congolaise (1997, art.76), népalaise (art.107), tchadienne (1993, art.100) et soudanaise (art.30).

²¹ X. Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, 2009, p. 157-168, p.159.

²² L'autorité des Constitutions de transition reste dépendante du contexte politique. Par exemple, la rigidité du cadre imposé et la conflictualité croissante ont abouti à une remise en question directe des textes libyens et soudanais. Concernant la transition soudanaise, voir : M. Lavergne, « Soudan : retour à la case départ ? », *Revue Esprit*, 2022. Concernant la transition libyenne, voir : N. Cherif, « *Libya's constitution : between conflict and compromise* », *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2021.

²³ Concernant l'exemple tchadien, voir : R. Buijtenhuijs, *Transition et élections au Tchad 1993-1997. Restauration autoritaire et recomposition politique*, Paris, Karthala, 1998, p. 35-37. Concernant l'exemple de RDC (2003), voir : G. De Villers, *République démocratique du Congo. De la guerre aux élections. L'ascension de Joseph Kabila et la naissance de la Troisième République (janvier 2001-août 2008)*, Paris, L'Harmattan, 2009.

l'obligation de respecter les procédures ainsi que les limites matérielles prévues au sein des Constitutions de transition.²⁴

Si ces premiers constats tendent à corroborer la recherche d'une autorité constitutionnelle formelle et axiologique, le pragmatisme des auteurs transparaît rapidement. Le caractère suprême du texte ne doit pas devenir un frein à la transition.

B] Une constitutionnalité modulée

Une des principales raisons d'être des Constitutions de transition semble être la protection des points d'accords trouvés entre les acteurs du processus. Matériellement, elle comprend effectivement les règles les plus importantes, dont les modalités d'adoption du *corpus* de transition. Par exemple, les choix en termes de dévolution du pouvoir sont directement influencés par le contexte de transition constitutionnelle et les stratégies politiques. Qu'ils soient le résultat d'un rapport de force ou de négociations inclusives, la volonté qu'ils soient respectés explique la recherche d'autorité constitutionnelle, tout comme la nécessité qu'ils demeurent modulables. L'enjeu devient alors de sanctuariser les points d'accord, sans entraîner un blocage de la transition²⁵.

Ce besoin de stabilité et d'adaptation peut expliquer à la fois la possibilité offerte de revenir sur les choix consacrés au sein des Constitutions de transition, et la particularité des mécanismes employés. Le degré de rigidité du texte révèle notamment l'ambition de construire une autorité constitutionnelle adaptée au moment de la transition.

La révision de la Constitution de transition est permise dans onze cas, et soumise à des conditions procédurales plus complexes à réunir que pour l'adoption d'un texte infra-constitutionnel²⁶. Si cette observation n'a rien de surprenant *a priori* — et confirme l'autorité constitutionnelle du texte — le choix des dispositifs peut interroger. D'une part, à la différence d'une Constitution classique, la difficulté repose quasi exclusivement sur la majorité requise pour le vote du texte²⁷. D'autre part, aucune démarche référendaire n'est mentionnée. Ces deux spécificités trouvent une explication dans la nécessité de limiter les imprévus et d'assurer que les acteurs du processus gardent la maîtrise du processus. L'absence d'intervention citoyenne évite toute surprise, et même si une majorité plus importante est imposée, les modalités d'obtention d'un siège au sein des assemblées préservent de l'inconnu dans la majorité des cas²⁸.

²⁴ CCT3/94, *S v Makwanyane and Another*, 6 juin 1995, par. 220 ; Décision n° 17, Cour Suprême, 6 novembre 2014. Les jurisprudences constitutionnelles de transition burundaise, centrafricaine et népalaise abondent également dans ce sens.

²⁵ Par exemple, la fin de la transition constitutionnelle tunisienne et notamment le regain de violence politique qu'il est possible d'observer dès 2013 trouvent une explication dans la décision de l'Assemblée nationale constituante de s'en tenir exclusivement à la Constitution de transition. Voir : G. Weichselbaum, X. Philippe, « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *Maghreb - Machrek*, 2015, p. 49-69.

²⁶ Tel est le cas au sein des Constitutions de transition sud-africaine (art.62), albanaise (art.42), burundaise (art.255-256), libyenne (art. 36), centrafricaine (art.99-101), zaïroise (art.126), de RDC (art.201), népalaise (art.148), tchadienne (1991 ; art. 46-47, 1993 ; art.110) et soudanaise (art.30).

²⁷ Le consensus au sein des assemblées de transition est par exemple requis par le texte burundais (art. 201).

²⁸ Le recours au principe d'inclusion, impliquant une répartition des sièges entre les acteurs de la transition, est en effet employé dans neuf cas sur seize pour composer les assemblées de transition.

À ces remarques procédurales s'ajoute le recours aux limites matérielles du pouvoir de révision. Qu'elles portent sur un ensemble de valeurs²⁹ et/ou de dispositifs³⁰, elles signifient l'impossibilité de remettre en question l'intégralité du compromis initial. La Constitution de transition s'apparente alors à un « cliquet anti-retour »³¹, tendant à soutenir l'avancée du processus. De fait, ces textes sont modifiés au fil des transitions dans le respect des exigences constitutionnelles³², ce qui conforte à la fois leur fonction et l'autorité constitutionnelle recherchée pour parvenir à préserver la transition.

Cette rapide présentation des Constitutions de transition confirme la spécificité de ces textes. Malgré leur durée de vie limitée, elles sont bien le sommet de la hiérarchie des normes d'un point de vue matériel, formel, et axiologique, et voient les garanties de leur respect adaptées pour assurer qu'elles le restent. Cependant, l'usage de cette autorité suprême pour préserver des décisions prises concernant l'élaboration de la nouvelle Constitution entraîne un paradoxe. L'autorité des Constitutions de transition devient simultanément équivalente et supérieure à celle de la Constitution post-transition selon la conception logique de la hiérarchie des normes.

§ II. Une Constitution pour la construction constitutionnelle

Certes, la dimension formellement constitutionnelle des Constitutions de transition sert le respect de la disposition constitutive, mais également celui de la disposition constituante. En effet, certains mécanismes initialement destinés à la protection des Constitutions sont employés pour garantir la mise en œuvre par les institutions chargées de l'élaboration du futur texte des décisions procédurales ou matérielles actées à ce sujet (A). S'ajoute à cela le constat que, malgré l'abrogation des Constitutions de transition à l'issue du processus, elles restent une référence lors de l'interprétation des Constitutions définitives (B). La Constitution de transition est donc impliquée dans toute l'élaboration de la norme constitutionnelle définitive, ce qui entraîne un questionnement sur la relation entre les deux textes.

A] Une dimension pré-constituante

Interroger la relation entre la Constitution de transition et la Constitution post-transition revient à questionner l'importance de la disposition constituante dans la construction du nouveau texte. Limite-t-elle le pouvoir d'élaboration constitutionnelle au point qu'il soit possible de considérer la Constitution post-transition comme le fruit d'une révision constitutionnelle ? Ou faut-il envisager la Constitution de transition comme une Constitution sur la Constitution ou une pré-Constitution constitutionnalisée ? Ces questions ne trouvent pas réellement de réponse tranchée.

La doctrine tend à distinguer le pouvoir constituant du pouvoir de révision en prenant pour critère le degré de liberté laissé aux auteurs. Souverain, le pouvoir constituant se singularise par son caractère inconditionné et absolu : il est donc exercé en dehors de tout système juridique, à

²⁹ Loi n° 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, Centrafrique, 18 juillet 2013, art.101

³⁰ *Constitution of the Republic of South Africa*, Afrique du Sud, 27 avril 1994, art. 74.

³¹ Cette expression est employée par Magalie Besse pour qualifier le droit constitutionnel de transition dans son ensemble. M. Besse, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes. Analyse comparative*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2018, p. 91.

³² Pour une adaptation institutionnelle, voir par exemple les révisions des Constitutions de transition libyenne ou albanaise. Pour une consécration progressive des compromis politiques trouvés au fil de la transition, voir par exemple la révision de la Constitution de transition burundaise.

l'inverse du pouvoir de révision, qui lui est conditionné et limité³³. Cette distinction classique apparaît restreinte pour appréhender le phénomène des Constitutions de transition, qui ont été précisément créées pour encadrer la rédaction d'une nouvelle Constitution en l'absence de toute autre structure. Le contexte de transition constitutionnelle abrogative implique en effet par définition l'absence de système juridique et l'usage du pouvoir constituant. Or, ces deux déductions sont directement remises en question par la nature formellement constitutionnelle des Constitutions de transition, puisque leur objet est d'encadrer la rédaction constitutionnelle. Recourir à la distinction entre acte de révision et acte constituant établie par Olivier Beaud paraît alors plus pertinent. Selon l'auteur, l'acte constituant — en raison de son caractère souverain — est inabrogeable et incontestable, à l'inverse de l'acte de révision³⁴.

Plusieurs éléments militent *a priori* en faveur d'une compréhension du pouvoir d'élaboration constitutionnelle comme un pouvoir de révision. Qu'elle soit détaillée ou sommaire³⁵, la disposition constituante suppose l'existence d'autorités instituées, auxquelles elle laisse une discrétion plus ou moins importante tant concernant les modalités d'adoption que le contenu du projet de Constitution. S'y ajoute l'existence dans certaines Constitutions de transition de linéaments constitutionnels³⁶. Sept textes consacrent en effet un ensemble de principes, et parfois de mécanismes constitutionnels, que le pouvoir d'élaboration constitutionnelle est censé mettre en œuvre au sein de la Constitution post-transition³⁷.

D'autant qu'une intervention juridictionnelle est dans certains cas envisagée afin d'attester que le projet de Constitution respecte l'ensemble des prescriptions posées par les Constitutions de transition. L'exemple le plus connu reste le contrôle de certification confié à la Cour constitutionnelle de transition sud-africaine. Des compétences similaires sont attribuées aux Cours constitutionnelles de transition burundaise et centrafricaine, bien que cette dernière ne se prononce que par le biais d'un avis³⁸. La simple structure du pouvoir d'élaboration constitutionnel évolue alors vers un cloisonnement intégral. Au point de se voir imposer une révision du projet de Constitution par la Cour constitutionnelle durant la transition sud-africaine³⁹.

³³ R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, Centre National de la recherche juridique, 1922, p. 490-494.

³⁴ O. Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », dans *Les petites affiches*, 1993, n° 39 et n° 40, p. 14-17 et 7-10, p. 15-17.

³⁵ La comparaison entre le texte comorien et le texte centrafricain est éclairante sur ce point. La Constitution de transition comorienne mentionne exclusivement le recours au référendum, sans préciser quelles sont les autorités chargées de la rédaction du projet ou les modalités de son adoption. En République centrafricaine, une procédure impliquant le Conseil national de transition, le Gouvernement, les citoyens et la Cour constitutionnelle de transition est définie. Charte constitutionnelle, Comores, 6 mai 1999, art. 24 ; Loi n° 13-001 portant Charte constitutionnelle de Transition, Centrafrique, 18 juillet 2013 art. 47, 53, 55, 76, 83 et 65.

³⁶ L'expression « linéaments constitutionnels » est employée par Stéphane Bolle. S. Bolle, « Des Constitutions "Made in" Afrique », Actes du VI^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, 2005.

³⁷ Il s'agit des Constitutions de transition sud-africaine (Annexe 4), burundaise (art.4), comorienne (art.24), éthiopienne (art.12), népalaise (art.3.4/3.5), tchadienne (art.51) et tunisienne (Préambule). Les linéaments constitutionnels imposés par le biais de la Constitution de transition burundaise, qui renvoie à l'Accord d'Arusha, s'apparentent en réalité à un projet de Constitution. Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, Burundi, 28 octobre 2001, art. 4 ; Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, Arusha, 28 août 2000.

³⁸ Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, Burundi, 28 octobre 2001, art. 183.

³⁹ CCT/23/96, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 6 septembre 1996, par. 484.

Ces premiers éléments laissant supposer la nature abrogeable et contestable de la Constitution post-transition doivent cependant être tempérés par plusieurs remarques. La première est la distinction instaurée entre la procédure de révision et la procédure d'élaboration constitutionnelle à l'intérieur des Constitutions de transition⁴⁰. En plus de leur situation au sein du texte, les choix actés révèlent une conception différente des deux procédés. La programmation d'une intervention citoyenne directe ou indirecte dans l'adoption du projet de Constitution est une illustration probante. Tandis qu'elle est écartée dans le cadre de la révision de la Constitution de transition, la sanction référendaire du projet constitutionnel est imposée dans la majorité des cas⁴¹. Cette intervention du peuple souverain confère à la nouvelle Constitution une légitimité populaire⁴², à la différence des lois constitutionnelles de transition qui restent entre les mains des acteurs politiques de la transition.

Outre ce point, les Constitutions post-transition, une fois entrées en vigueur, sont en réalité inabrogeables et incontestables. D'une part, en raison de l'abrogation des Constitutions de transition qu'elles consacrent dans la majorité des cas⁴³, décision qui entraîne la disparition des dispositions vis-à-vis desquelles la Constitution définitive pourrait être contestée. D'autre part, les juridictions constitutionnelles ont confirmé l'impossibilité de remettre en question le processus ayant conduit à l'adoption du texte. La Constitution de transition est certes un cadre prescriptif, mais les décisions rendues par les juridictions pendant et à l'issue du processus tendent à prioriser l'aboutissement du processus au strict respect des dispositions constituantes⁴⁴.

Les Constitutions définitives peuvent donc être présentées comme le fruit d'un pouvoir constituant, et les Constitutions de transition comme une pré-Constitution ayant autorité constitutionnelle. Si cette situation s'explique parce qu'elle garantit aux acteurs politiques que les accords trouvés concernant le futur texte soient observés⁴⁵, elle sous-tend que selon la conception matérielle et logique de la hiérarchie des normes, les Constitutions de transition ont une autorité

⁴⁰ La procédure de révision est le plus souvent consacrée au sein d'un Titre ou d'un article identifié, différent de celui ou ceux présentant les éléments de la procédure d'élaboration constitutionnelle. Voir les exemples burundais et sud-africain : Loi n° 41/17 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, Burundi, 28 octobre 2001, art. 4, 131, 157, et 183 ; *Constitution of the Republic of South Africa*, Afrique du Sud, 27 avril 1994, Chapitre 5 et art. 62.

⁴¹ Bien que n'imposant pas le référendum, les Constitutions de transition albanaise, népalaise et éthiopienne confient la rédaction du projet constitutionnel à une assemblée élue au suffrage universel direct. Seul le texte soudanais ne mentionne aucune intervention citoyenne.

⁴² M. Brandt, J. Cottrell, Y. Ghai, A. Regan, *Le processus constitutionnel : élaboration et réforme. Quelles options ?*, Interpeace, 2015, p. 10.

⁴³ Seules les Constitutions définitives éthiopiennes, centrafricaine, tunisienne et comorienne n'abrogent pas explicitement les Constitutions de transition. *Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996*, art. 242 ; *Albanian Constitution*, 1998, art. 182 ; Constitution intérimaire post-transition de la République du Burundi, 2004, art. 306 ; *Constitution of Nepal*, 2015, art. 308 ; Constitution de la République Démocratique du Congo, 2006, art.228 ; Constitution de la République du Congo, 1992, art. 181 ; Constitution de la République du Congo, 2002, art. 191 ; Constitution du Tchad, 1996, art. 239.

⁴⁴ Si la Cour constitutionnelle de transition sud-africaine a veillé au respect des linéaments constitutionnels lors du processus de certification, elle refuse de revenir sur le processus de rédaction une fois la Constitution post-transition adoptée. Bien que le raisonnement diffère, la Cour constitutionnelle burundaise rejette également les pourvois visant la constitutionnalité de la nouvelle Constitution. CCT26/98, *Western Cape v President of the Republic of South Africa and Another*, 29 mars 1999 ; Arrêt RCCB 105 du 27 octobre 2004, concernant la requête en invalidation du projet de Constitution Post-Transition.

⁴⁵ M. Besse, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes. Analyse comparative*, op.cit., p. 537.

supérieure à la Constitution post-transition. À cette première originalité s'ajoute la place réservée aux Constitutions de transition lors de l'interprétation des Constitutions définitives.

B] Une dimension extra-juridique

L'aboutissement de la transition constitutionnelle ne semble pas signifier la disparition totale des Constitutions de transition. Malgré leur abrogation, les Constitutions de transition restent présentes lors de l'interprétation des Constitutions définitives. Si elles ne peuvent être présentées comme supra-constitutionnelles du fait de leur évincement de l'ordre juridique, leur dimension extra-juridique peut être constatée⁴⁶. Elles participent en effet à la construction de la norme constitutionnelle, entendue ici au sens de signification donnée du texte. Cette continuité est particulièrement perceptible dans la jurisprudence constitutionnelle.

D'une part, certaines valeurs consacrées au sein des Constitutions de transition perdurent et se voient reconnaître une valeur constitutionnelle malgré leur absence au sein des Constitutions définitives. Tel est par exemple le cas du principe d'*Ubuntu* sud-africain. Valeur traditionnelle sud-africaine, l'*Ubuntu* est consacré au sein de la Constitution de transition pour appeler à la réconciliation et à l'édification d'une unité nationale⁴⁷. La Cour constitutionnelle de transition s'en saisit et en fait notamment un argument pour justifier le caractère inconstitutionnel de la peine de mort dans la décision *Makwanyane* du 6 juin 1995⁴⁸. Malgré sa disparition du texte constitutionnel, l'*Ubuntu* est reconnu comme une valeur constitutionnelle par la juridiction constitutionnelle. Il doit par conséquent guider l'action publique, et peut même être employé pour contrôler le contenu d'un contrat⁴⁹.

D'autre part, l'interprétation de la Constitution de transition influence celle de la Constitution définitive. À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle sud-africaine recourt régulièrement à la jurisprudence constitutionnelle de transition pour justifier l'acceptation des dispositions de la Constitution définitive. Cette continuité s'explique dans certains cas par la similarité littérale des articles⁵⁰. Dans d'autres, c'est la cohérence de l'œuvre constitutionnelle qui est avancée. La Cour revient en effet régulièrement sur les décisions rendues à l'occasion de la certification de la Constitution définitive⁵¹.

La Constitution de transition se présente ainsi intégralement comme une Constitution pour la construction de la Constitution. Durant la transition, sa disposition constituante structure la procédure d'élaboration constitutionnelle, et pose parfois même les jalons de la future matérialité constitutionnelle. À l'issue du processus, bien qu'elle n'ait plus d'autorité juridique et qu'un

⁴⁶ L'expression « extra-juridique » est employée pour désigner les facteurs situés en dehors du système juridique, mais interférant dans l'interprétation des actes normatifs. P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », X^e conférence internationale, Erevan, 2005.

⁴⁷ *Constitution of the Republic of South Africa*, Afrique du Sud, 27 avril 1994, *National Unity and Reconciliation*.

⁴⁸ CCT3/94, *S v Makwanyane and Another*, 6 juin 1995.

⁴⁹ CCT72/05, *Barkhuizen v Napier*, 4 avril 2007 ; CCT109/19, *Beadica 231 CC and Others v Trustees for the time being of the Oregon Trust and Others*, 17 juin 2020.

⁵⁰ Voir par exemple : CCT11/98, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, 9 octobre 1998.

⁵¹ Voir par exemple : CCT14/96, *Fose v Minister of Safety and Security*, 5 juin 1997 ; CCT27/99, *S v Twala*, 2 décembre 1999.

nouveau cycle constitutionnel ait été initié, elle demeure une référence pour l'interprétation authentique de la Constitution post-transition.

Définir l'autorité juridique des Constitutions de transition se révèle complexe. Du moins, et sans qu'il s'agisse de « tirer sur l'ambulance des concepts classiques » pour reprendre l'expression de Dominique Rousseau⁵², elles forment une réalité insaisissable pour la science du droit constitutionnel.

Les quelques remarques qui précèdent ont permis de mettre en lumière le fait que les Constitutions de transition sont à la fois des Constitutions pour la transition, et des Constitutions pour la construction constitutionnelle. Re transcrite au sein de la hiérarchie des normes, cette situation signifie une autorité concomitamment équivalente à celle d'une Constitution et supérieure à celle d'une Constitution selon les critères de Riccardo Guastini. Cette simultanéité entraîne un paradoxe : deux appréhensions du phénomène sont possibles, sans qu'aucune ne soit pleinement satisfaisante. La Constitution de transition pourrait être présentée comme une Constitution première historique, comme le propose Emmanuel Cartier, ce qui implique de considérer la rédaction du nouveau texte comme une révision constitutionnelle. Cette présentation ne convainc pas totalement, bien qu'elle soit séduisante. Toutes les Constitutions de transition ne sont pas issues d'une révolution juridique⁵³, et une telle compréhension de la situation tend à normaliser l'instabilité du moment et l'importance de l'expérience constitutionnelle de transition *a posteriori*. De la même manière, identifier les Constitutions de transition à une pré-Constitution est insuffisant⁵⁴. Si la particularité de la procédure d'élaboration constitutionnelle est effectivement prise en considération, c'est alors l'autorité constitutionnelle des textes durant la transition qui interroge.

Par conséquent, proposer un nouveau concept semble opportun. Afin de coller au plus près du fonctionnement des Constitutions de transition, la notion de méta-norme apparaît appropriée⁵⁵. La méta-Constitution devient alors la norme constitutionnelle chargée de l'élaboration d'un futur texte constitutionnel et impliquée dans le travail de définition de la norme qui en est issue. Employée dans un contexte de transition constitutionnelle abrogative, elle permet de résoudre le paradoxe que représentent les Constitutions de transition — et plus généralement du droit constitutionnel de transition — tout en expliquant ses singularités.

⁵² D. Rousseau, « Faut-il tirer sur l'ambulance des concepts "classiques" du droit constitutionnel ? », RFDC, 2019, p. 875-883.

⁵³ Les Constitutions de transition sud-africaine, albanaise et zaïroise, ont par exemple été adoptées conformément aux exigences constitutionnelles antérieures.

⁵⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 273.

⁵⁵ Selon Guillaume Tusseau, « une méta-norme est comprise comme une norme qui régule l'emploi, l'interprétation, la production, l'application ou la disparition d'une autre norme ». G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 268.