

Contrôle de constitutionnalité et actes politiques de règlement des crises institutionnelles¹

Par

Jean-François Akandji-Kombé

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Caen (Normandie, France)

Conseiller juridique du Président de l'Assemblée nationale de République centrafricaine

RÉSUMÉ

Domestiquer par le droit les accords politiques de règlement des crises institutionnelles, voilà qui devrait être considéré comme un impératif catégorique de l'Etat de droit, pour autant que celui-ci soit bien compris. Lesdits accords constituent en effet plus qu'un défi à cette sorte d'Etat. Ils en sont une négation choquante. Car l'Etat de droit est plus que l'affirmation d'une exigence de soumission au droit. Elle procède aussi de l'idée que les actes de puissance publique doivent être fondés sur une légitimité démocratique (pouvoir par le peuple et par la délibération). Il devient dès lors nécessaire de réintroduire dans la dynamique de cet Etat de droit les accords qui s'en sont et en ont été jusqu'à présent exclus. Comment, et dans quelles perspectives ? C'est le questionnement de la présente contribution.

¹ Le présent texte est celui de la contribution faite au Colloque international de Bamako, des 26 et 27 avril 2016, organisé par la Cour constitutionnelle du Mali, et ayant pour objet le « rôle des juridictions constitutionnelles dans la consolidation de l'Etat de Droit ». Pour ce texte, nous avons choisi délibérément, à deux exceptions près, une forme dépouillée de références aux écrits à caractère doctrinal, bien que nous ayons lu la plupart des écrits sur le sujet des accords. Ce choix a été fait principalement pour éviter que l'attention ne se focalise avant tout sur ce qui pourrait apparaître comme des querelles de personnes ou d'écoles. Le sujet des accords politiques de résolution des crises est suffisamment grave pour qu'on s'y attache exclusivement et qu'on veuille voir concentrée l'attention plutôt sur les arguments militant ou ne militant pas en faveur de leur intégration dans l'ordre constitutionnel. Le lecteur trouvera néanmoins en fin de contribution une sélection bibliographique, comportant notamment les articles cités dans le texte.

Introduction

Les textes ici dénommés « actes politiques de règlement des crises institutionnelles » font dorénavant partie du paysage politique et social africain. De la côte d'Ivoire au Mali, en passant par le Togo, Madagascar, le Libéria, le Rwanda, la Sierra Leone, la RDC, le Burundi, le Soudan, la République centrafricaine, ils sont la manifestation d'une phénoménologie juridique qui, sans être cantonnée à l'Afrique, y trouve un terrain d'expression privilégié.

A la fois produits d'une conflictualité politique larvée et instruments visant à la stabilisation de cette conflictualité, ces textes participent de ce qui apparaît bien comme un nouveau modèle de régulation du politique, internationalisé à l'échelle de l'Afrique. Ce modèle s'est construit peu à peu et prosaïquement, sous l'empire des nécessités mais aussi, dans la plupart des cas, sous la pression des organisations internationales et des Etats étrangers intervenant dans les conflits. Il est devenu si puissant qu'il a généré ce qui fait figure désormais de réflexe : tout conflit sérieux, armé ou non, appelle un accord politique ou un accord de paix, produit d'un « dialogue inclusif ».

Les « actes politiques de règlement des crises institutionnelles », ci-après désignés Accords politiques, ne se bornent pas à exister et à structurer les représentations de la relation politique. Ils déterminent aussi le réel, la vie politique et la vie des citoyens. Il n'y a qu'à voir comment et combien on s'y réfère dans les discussions, mais aussi et surtout dans la conduite des affaires des Nations concernées, sur des questions qui se rapportent non seulement aux agencements institutionnels au sommet de l'Etat, mais encore à l'organisation territoriale et donc à la distribution spatiale de la puissance publique, aux valeurs de l'Etat, ou encore au développement économique et social de la Nation.

Ce n'est donc pas le moindre des paradoxes qu'un tel objet – les accords politiques – reste encore aujourd'hui largement indéterminé au plan juridique, spécialement au plan de son rapport à la juridicité.

Non pas que la doctrine juridique ne s'y soit pas intéressée. Les écrits ne manquent pas sur le sujet², dont certains sont signés d'auteurs faisant autorité dans le monde de la pensée juridique et constitutionnelle sur le continent et au delà.

Reste que, tout en permettant une compréhension fine du phénomène, de sa causalité, de ses effets, notamment sur les ordres constitutionnels en vigueur, ces écrits n'aident pas beaucoup à répondre à la question qui est ici posée. Cette question est celle des voies et moyens d'une insertion des accords politiques dans la problématique de l'Etat de droit.

Est-il encore besoin d'insister sur l'urgence d'une réponse à cette question ?

² Voir sélection bibliographique en fin d'article.

Il y a urgence d'abord parce que ces textes dont on se plaint à dire qu'ils contribueraient à juguler la violence et à pacifier les relations politiques finissent par être vecteurs d'une grave perturbation des ordres constitutionnels en vigueur. Cette perturbation n'est d'ailleurs pas seulement celle de l'ordre juridique. Elle affecte tout autant l'ordre politique, tant il est vrai que l'institution de l'Etat de droit, d'expression juridique comme on sait, est de substance fondamentalement politique. En effet, le règne du droit qu'il postule n'est, dans un Etat démocratique ou se voulant tel, que la manifestation de l'exigence d'une soumission à la volonté du souverain démocratique, le peuple. Et l'ordonnancement, ou plus précisément la hiérarchie des normes, qui est une figure technique de cet Etat de droit, n'est guère autre chose qu'une hiérarchisation des volontés, de la volonté constituante à la volonté individuelle privée, à partir du principe de légitimité démocratique. C'est dire que l'Etat de droit transporte avant tout une certaine idée de la souveraineté et de la légitimité, une idée dont il découle que la volonté souveraine dans un tel Etat est celle du peuple s'exprimant à travers sa Loi fondamentale, la Constitution, toutes les autres volontés étant vis-à-vis d'elle dans un rapport de subordination, tout en se hiérarchisant entre elles selon le rapport plus ou moins étroit que ces volontés secondes entretiennent avec la volonté première et constituante. Or voilà une idée de la souveraineté et de la légitimité qui est aux antipodes de celle qui sous-tend les accords envisagés ici. C'est même une idée qui est récusée et combattue à travers ces documents qui voudraient faire de la force des armes et de la capacité de déstabilisation des institutions démocratiques le principe de d'une capacité à gouverner les affaires de l'Etat.

Pour que l'Etat de droit ne soit pas que vains mots, pour que cette institution s'enracine et se conforte en Afrique, il est donc impératif de faire échec à cette prétention de groupuscules à rendre leur volonté insaisissable par le droit, là où tous les autres actes exprimant la volonté générale au plus haut sommet de l'Etat y sont soumis, qu'il s'agisse des lois organiques, des lois ordinaires, des actes du gouvernement, ou même des accords internationaux.

Mais il y a aussi urgence à répondre juridiquement à la question du rapport desdits accords avec l'ordre constitutionnel pour une autre raison. C'est que, pour être utile aux Etats du Continent, le constitutionnalisme africain se doit de se libérer de la tyrannie des « modèles » extérieurs pour se tourner vers le réel africain. Autrement dit il y a urgence à ancrer les réflexions et constructions constitutionnelles dans les valeurs et réalités africaines. Si donc nous tenons ainsi la Constitution et le constitutionnalisme pour une manière, dans le respect des valeurs de notre humanité commune, de répondre fondamentalement aux défis et enjeux d'une société déterminée, il importe d'avoir égard à la violence politique et aux actes qui tendent à ou prétendent y mettre fin. Ce sont là, en effet, des phénomènes qui, malheureusement, structurent la vie et compromettent le devenir des peuples africains.

Inscrire les accords dans une perspective de l'Etat de droit suppose, pensons nous, de s'interroger sur la possibilité et sur les conditions de leur inscription dans la problématique du contrôle de constitutionnalité. Ceci n'est cependant possible qu'à la

condition de procéder à une double élucidation : élucidation du rapport des « actes politiques de règlement des crises institutionnelles » au droit, d'abord (I), élucidation de leur rapport à la Constitution et au contrôle de constitutionnalité, ensuite (II).

I- Le rapport des accords dits politiques au droit

Le rapport au droit constitutionnel des accords envisagés ici peut s'établir en répondant à deux questions à titre principal : ces accords constituent-ils des actes juridiques ? Si oui, quelle est leur nature ?

On ne peut répondre que positivement à la première question. La réponse à la seconde sera quant à elle plus nuancée.

A- Le rapport au droit : les accords dits politiques sont des actes juridiques

La question de savoir si les accords en cause constituent des actes juridiques peut surprendre de prime abord. Elle ne se pose pas moins. En témoigne une certaine gêne de la doctrine.

Déjà, dans un article de 2002 relatif à l'accord de Marcoussis, un auteur (Du Bois De Gaudusson) se montrait pour le moins partagé, sinon hésitant. D'un côté, il qualifiait ce texte « d'accord politique à contenu juridique », ce par quoi il voulait essentiellement signifier que l'accord avait un « objet » juridique (l'enjeu du conflit que l'accord visait à régler étant précisément un article de la Constitution – l'article 35) et posant pour cette raison des questions juridiques. Mais de l'autre, il estimait aussi qu'en tant qu'acte « à finalité politique de sortie de crise » ils « échappent au droit et à l'analyse juridique ».

D'une manière générale, les auteurs évitent scrupuleusement des termes qui pourraient évoquer le rattachement à une des sources du droit positif, leur préférant des termes tels que « accord politique », « compromis politique », « arrangement politique », etc. Et quand, néanmoins, ils se décident à aller sur ce terrain, c'est pour estimer que ces documents ne sont pas « au sens strict, des instruments juridiques dotés d'une valeur obligatoire » (Aïvo), sans dire cependant clairement en quoi ils consisteraient positivement.

Chez la plupart des auteurs, la raison de cet évitement tient dans le fait que ce qui est examiné est exclusivement le rapport à la norme constitutionnelle. La conclusion à l'absence de normativité juridique des accords doit alors se comprendre alors comme refus de reconnaître à ces derniers le caractère de normes constitutionnelles, relevant de la catégorie des « conventions de Constitution » ou de celle de la « coutume constitutionnelle ».

Reste que ce refus, auquel on peut souscrire, conduit à tout le moins à surfer sur un certain nombre d'ambiguïtés. La principale est de dissocier la forme du fond, autrement dit, la norme de son support conventionnel, au point d'accréditer l'idée

qu'un texte peut produire des effets normatifs dans l'ordre juridique sans pour autant être un acte juridique.

Un autre argument semble se dégager aussi de certains écrits, selon lequel les accords ne mériteraient pas la qualification d'acte juridique dans la mesure où ils ne sont, dans aucun des Etats considérés, affirmés comme éléments de la nomenclature des actes juridiques que l'on trouve notamment dans les Constitutions. C'est ce que pourrait suggérer la focalisation sur la coutume comme seule catégorie de source possible, un peu comme si, faute d'être formellement un des actes reconnus ou érigés par la Constitution, les accords devraient nécessairement être regardés comme de nature coutumière pour prétendre à la qualité d'acte juridique.

Mais, là aussi, on ne peut que constater la faiblesse de pareil argument. La Constitution n'a, dans aucun système juridique, vocation à fixer la nomenclature des actes juridiques et, encore moins, une nomenclature exhaustive et exclusive. Les actes sans rapport direct avec la Constitution, tels que par exemple les actes administratifs et les actes des personnes privées, ne s'y trouvent généralement pas. Surtout, dans chacun de ces systèmes, il est admis qu'à côté des actes reconnus expressément et formellement comme actes juridiques, il y a aussi les actes innommés et les actes mal nommés, qui ne ressortissent à première intention d'aucune catégorie connue ou reconnue, mais qui ne constituent pas moins des éléments à part entière de l'ordre juridique et, par conséquent, des éléments de la hiérarchie des normes.

On touche ici l'enjeu principal d'une recherche sur la nature des accords, c'est-à-dire sur le point de savoir si ces derniers sont des actes juridiques ou non. C'est que l'acte juridique est saisi par le droit tandis que les autres sortes d'actes ne le sont pas.

La première manière dont il l'est est que, s'agissant d'un Etat de droit, qui est fondamentalement un Etat ordonné juridiquement, l'acte juridique doit nécessairement s'inscrire dans la hiérarchie des normes. En le posant, son auteur est tenu de respecter le principe de cette hiérarchisation, étant rappelé que dans ce type d'Etat l'ordonnancement en question correspond, comme déjà souligné, à une hiérarchisation des légitimités (démocratiques). C'est là le sens profond notamment du contentieux de la compétence et des fausses dénominations d'actes, autrement dit du contentieux de la requalification (d'actes) que connaissent bien, dans la sphère du droit public, les spécialistes du droit administratif. Ce contentieux fournit d'ailleurs un enseignement majeur qui est d'importance ici, à savoir que la qualité d'acte juridique et la nature de celui-ci dépendent moins de la dénomination que l'auteur a conféré que des effets qu'il entend attacher au texte considéré.

Ainsi, la première manière dont l'acte juridique est saisi par le droit est qu'il se trouve enserré dans la hiérarchie des normes, que son auteur le veuille ou non.

Or, et c'est ici le deuxième plan de saisie par le droit, dans un Etat de droit, un tel acte est nécessairement soumis au contrôle du juge, à moins qu'il ne participe de la normativité suprême, celle de la Constitution.

Alors, les accords dits politiques sont-ils des actes juridiques ?

La réponse ne peut, à notre avis, qu'être positive. Elle l'est si on prend pour référence la définition élémentaire mais fondamentale de l'acte juridique, universellement admise : est acte juridique toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit.

Nul ne peut sérieusement discuter le fait que les accords politiques constituent des manifestations de volonté (obtenues par concours de volontés en l'occurrence comme le sont tous les actes conventionnels). Quant à savoir s'ils ont, dans l'intention de leurs auteurs, vocation à produire des effets de droit, nul ne pourrait nier pareille évidence éclatante.

C'est une évidence d'abord dans l'esprit des acteurs : il suffit, pour s'en convaincre, de voir avec quelle énergie lesdits acteurs se rappellent mutuellement leurs engagements, ou protestent de ce qu'ils ne seraient pas liés parce que n'ayant pas participé à l'élaboration de l'acte dans lequel sont consignés ces engagements ; de voir quelles conséquences, parfois funestes (criminels), ils attachent à l'absence d'application de l'accord par l'autre partie (souvent l'Etat) ; de constater par ailleurs que, dans nos Etats où souvent l'on décrie les libertés prises avec la Constitution, ces accords sont crédités la plupart du temps d'une force contraignante plus importante, quasiment irrésistible, et c'est un fait que dans bien des cas ils ont effectivement fait échec aux dispositions constitutionnelles contraires. On y reviendra.

Les accords eux-mêmes contiennent des prescriptions qui attestent sans discussion possible de cette intention de produire des effets de droit, dont le premier est de créer un lien d'obligation juridique, ainsi que le montrent les exemples ci-dessous (c'est nous qui soulignons) :

- Burundi, Accord d'Arusha du 20 août 2000 : 1) Préambule : « Nous [les Parties] *Nous déclarons solennellement liés* par les dispositions de l'Accord » ; 2) article 1^{er} : « *Les Parties acceptent comme ayant force obligatoire* les Protocoles et annexes ci-après, qui font partie intégrante de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi ».
- Côte d'Ivoire, Accord de Linas-Marcoussis du 24 janvier 2003 : « La Table Ronde décide de la mise en place d'un comité de suivi de *l'application* des accords de Paris sur la Côte d'Ivoire chargé *d'assurer le respect des engagements pris*. ».
- Mali, Accord d'Alger, mai-juin 2015 : i) article 2 : « Les parties s'engagent à mettre en œuvre, intégralement et de bonne foi, les dispositions du présent accord » ; ii) article 3 : « Les Institutions de l'Etat malien prendront les dispositions requises pour l'adoption des mesures réglementaires, législatives voire constitutionnelles nécessaires à la mise en œuvre des dispositions du présent Accord (...) » ; iii) article 4 : « Les dispositions de portée nationale arrêtées dans le présent Accord seront mises en œuvre prioritairement dans les régions du Nord du Mali, sans préjudice des mesures spécifiques convenues pour cette partie du pays (...) » ; iv) article 66 : « Les Annexes ainsi que la Déclaration des Parties au Processus d'Alger (...) font partie intégrante de l'Accord et ont *la même valeur juridique* que les autres dispositions du corps du texte ».

La doctrine ne s'y trompe d'ailleurs pas, qui reconnaît unanimement que ces accords sont dotés d'un effet normatif certain.

De l'ensemble de ce qui précède, il ressort clairement qu'on ne saurait dénier aux Accords le caractère d'actes juridiques. Tout au plus, ceci constaté, peut-on s'interroger sur leur nature et, ensuite, sur leur portée.

B- Le rapport à la typologie des actes juridiques : la question de la nature des accords dits politiques (interne/international, public/privé)

La question de la nature juridique des accords ou, plus précisément, de leur insertion dans la typologie des actes juridiques est de celles que les débats doctrinaux ignorent encore pour l'essentiel. Pourtant elle est de conséquence, car de la réponse qui y est apportée dépend en partie l'idée que l'on peut se faire de la portée effective ou souhaitable des accords.

A cet égard, et en observant la réalité africaine, une double interrogation s'impose. *Primo*, les accords sont-ils des actes de droit international ou des actes de droit interne ? *Secundo*, relèvent-ils du droit public ou plutôt du droit privé ?

Si la première interrogation est permise, c'est parce que la pratique des accords et de leur élaboration finit par entretenir une certaine confusion. Plus précisément, le caractère d'acte de droit interne qui pourrait se déduire de ce que les parties signataires sont tous sujets d'un même Etat se trouve puissamment contrebalancé, voire contredit par divers éléments qui évoquent irrésistiblement un processus de droit international. Ainsi du fait que les négociations se déroulent généralement à l'initiative et sous l'égide d'une médiation internationale dépêchée par une ou plusieurs organisations internationales ; du fait que la plupart du temps ces négociations se déroulent en terre étrangère réputée plus neutre ; du fait que, dans les hypothèses où sont parties prenantes les autorités de l'Etat et des chefs de groupes armés, elles se présentent comme négociations entre parties égales, voire également souveraines, prenant des engagements réciproques. Il n'y a pas jusqu'à la terminologie retenue (« Parties », « belligérants », « différends » etc.) qui n'évoque un processus de droit international.

Les accords eux-mêmes sont, dans leurs dispositions de fond, le reflet de cette conception égalitaire des rapports entre les « parties ». Mais ils le sont aussi, dans un certain nombre de cas, de par le caractère internationalisé des mécanismes mis en place pour le suivi de la mise en œuvre des accords ou pour le règlement des litiges liés à ces derniers.

Pour exemple, s'agissant des mécanismes de suivi, l'Accord de Libreville concernant la République centrafricaine prévoit ainsi que « il est mis en place un Comité de suivi composé des Etats membres de la CEEAC, des organisations internationales partenaires, chargé de garantir l'application de l'Accord » (article 11).

C'est un dispositif de même type qui est mis en place, en ce qui concerne le Mali, par l'Accord d'Alger. Les articles 58 et 59 dudit accord, relatifs au Comité de suivi de l'Accord (CSA) sont, à cet égard, particulièrement éclairants :

- *Article 58* : « Le CSA est composé comme suit : le Gouvernement du Mali, les mouvements signataires du présent Accord et la Médiation (Algérie, en tant que chef de file, Burkina Faso, Mauritanie, Niger, Tchad, CDEAO, Nations Unies, OCI, UA, UE). Les membres du Conseil de sécurité des Nations Unies sont invités à participer aux travaux du Comité de suivi (...) ».
- *Article 59* : « Le CSA est présidé par l'Algérie, chef de file de la Médiation, assisté du Burkina Faso, de la Mauritanie, du Niger et du Tchad, en tant que vice-présidents (...) ».

S'agissant de mécanisme de règlement des litiges, l'Accord de Libreville précité concernant la République centrafricaine prévoit que « en cas de litige ou de désaccord dans la mise en œuvre de l'Accord, les Parties recourent à l'arbitrage du Comité de suivi et si nécessaire à la Conférence des Chefs d'Etat de la CEEAC » (art. 20 de l'Accord de Libreville et art. 9 de l'Accord de Brazzaville) ; tandis que l'Accord d'Alger confie ce rôle au CSA (art. 60) dans lequel, comme on l'a vu, il y a prédominance des acteurs internationaux.

Serait-ce alors à dire que les Accords relèvent du droit international, qu'ils appartiendraient à la catégorie des accords et conventions internationaux ?

Assurément non ! Soutenir le contraire serait même pernicieux dans ces contextes où les protagonistes de l'Etat, les groupes armés, ont généralement la prétention de représenter un groupe *national* opprimé et revendiquent par conséquent plus ou moins ouvertement une partition de l'Etat. Ce serait en quelque sorte conforter par le droit ce qu'on force déjà les faits à accréditer, à savoir la reconnaissance par anticipation de ladite nation et de l'Etat appelé éventuellement à l'incarner. Ce serait aussi, par contrecoup, manière de miner sûrement l'Etat existant, tant dans son autorité que dans son intégrité.

Cette seule raison suffirait pour dénier aux Accords la qualité de textes conventionnels internationaux. Mais, le motif dirimant d'un tel refus reste néanmoins d'abord, et avant tout juridique. C'est que, en droit, il est admis généralement que, sauf exception, la nature de l'acte épouse celle de ses auteurs, ou plus exactement que c'est de la qualité de ces derniers que se déduit la nature de l'acte. De sorte que la seule constatation de ce que les parties sont dans tous les cas des personnes juridiques de droit interne – droit national – permet d'inférer que l'instrument transportant leur volonté ne peut être qu'un acte de droit interne. Les éléments d'internationalisation relevés plus haut ne sont, dans ces conditions, à regarder que comme des anomalies, à résorber au plus vite.

Actes indubitablement de droit interne, les accords dits politiques sont-ils à rattacher au droit public ou au droit privé ? Voilà la seconde question à laquelle il convient maintenant de répondre.

En la matière, il existe sans doute une sorte de présupposé, ou mieux une présomption du caractère public de ces accords. Reste à savoir si elle se vérifie.

Dans cet esprit, et à titre préalable, on doit d'abord relever, quant aux données de fait, que les contextes de conclusion des accords dits politiques sont variables. Ainsi, notamment et à titre principal, lesdits accords n'ont-ils pas toujours les mêmes types de parties. Tantôt, comme c'est le cas de l'Accord d'Alger pour le Mali, ou de celui de Libreville pour la République centrafricaine, ces actes sont signés entre les autorités de l'Etat et les représentants de groupements, notamment les groupes armés. Tantôt, comme c'est le cas de l'accord d'Arusha pour le Burundi, de Marcoussis pour la Côte d'Ivoire, ou de Brazzaville pour la RCA, ils sont conclus entre forces politiques ou armés sans que l'Etat lui-même soit formellement partie prenante.

S'agissant des normes gouvernant la qualification des actes juridiques, il convient de rappeler que dans les systèmes d'inspiration française, sont généralement retenus les principes suivants, dont on peut d'ailleurs penser qu'ils sont pour l'essentiel partagés par les autres systèmes de droit :

- 1) Par application du critère organique – tenant à l'auteur – un acte posé par une personne publique ou une convention conclue par une personne publique est réputée de droit public, tandis que les actes des personnes privées sont présumés constituer des éléments du droit privé ;
- 2) Cette présomption forte ne tombe que si l'objet de l'acte établi par une personne publique est étranger au droit public, ou si, s'agissant d'actes de personnes privées ou entre personnes privées, il existe un lien fort de rattachement de la personne privée ou des personnes privées auteurs de l'acte à une personne publique.

A partir de ces données de fait et de droit, que retenir quant à la qualification ou à la nature des accords ?

D'abord qu'au regard du premier principe, qui est aussi le plus déterminant, les accords sont juridiquement différenciés. Ceux qui sont conclus sans la participation de représentants de l'Etat, entre des groupements qui sont des personnes privées (partis politiques, associations, groupes armés, etc.) devraient être regardés comme de purs actes de droit privé, tandis que les autres, à raison précisément de la présence de l'Etat comme signataire, sont à considérer comme relevant du droit public.

Une telle conclusion, il faut bien se l'avouer, ne manque pas d'être troublante. Elle l'est d'ailleurs tout autant, que l'on considère la qualification d'acte de droit public ou celle de source du droit privé. En effet, que des conventions conclues par l'Etat dans les conditions que nous connaissons, où celui-ci est dépouillé de sa puissance et apparaît comme l'égal de groupements privés, puissent être rattachées au droit public, droit de la puissance publique, voilà qui peut à tout le moins surprendre. Mais que des actes représentatifs de volontés privées puissent faire échec à la plus suprême des actes d'imperium public qu'est la Constitution, voilà qui, plus encore, est de nature à choquer, qu'on soit juriste ou non.

Mais, en même temps, nous tenons ce trouble pour une des données les plus intéressantes de la situation de ces accords au regard de l'ordonnement juridique. Il permet en effet de prendre la pleine mesure de l'effet de perturbation qu'ils produisent sur l'ordre juridique normal, voire du défi qu'ils constituent pour l'efficacité de cet ordre et peut-être à terme pour son existence.

Pareille perturbation ne peut laisser indifférent. Le réflexe, bien légitime, sera de tenter de la circonscrire et de la résorber. Un des moyens d'y parvenir peut être de faire prévaloir les éléments qui permettent de renverser la présomption du caractère privé des accords émanant de groupements privés. Pour qui veut s'engager dans une telle entreprise, les pistes ne manquent pas. Il y a, par exemple, celle de l'objet de ces accords, lequel objet, parce qu'il touche à l'organisation de l'Etat et à l'exercice du pouvoir d'Etat, est indubitablement public. Il y aurait aussi la piste du rattachement à une personne publique, où on peut tenter d'exploiter la circonstance que les autorités de l'Etat participent dans tous les cas à la mise en œuvre des accords, soit à travers les organes de mise en œuvre, soit directement.

Mais, cette voie serait-elle la plus judicieuse ? Il est permis d'en douter. Juridiquement d'abord, car il suffit de formuler les pistes qui précèdent pour se convaincre de la fragilité d'une argumentation juridique tendant à accréditer la thèse de l'appartenance de tous les accords politiques au droit public. L'entreprise serait par ailleurs frappée d'équivoque, dès lors qu'elle conduirait à habiller par force des habits de la normalité juridique un phénomène foncièrement anormal et fondamentalement déstructurant de l'ordre juridique. Il y aurait à craindre qu'une architecture juridique construite sur cette base soit animée des valeurs et principes qui, précisément, sont au fondement des accords politiques, dont en particulier le « règne de la force », et qui sont nécessairement aux antipodes des valeurs et principes de l'Etat de droit.

Autrement dit, s'engager dans pareille voie, ce serait s'employer à déconstruire le rapport à la constitutionnalité et au contrôle de constitutionnalité existant dans un Etat de droit.

II- Le rapport des accords dits politiques à la Constitution et au contrôle de constitutionnalité

De la même manière qu'ils défient le droit, les accords politiques défient l'ordre constitutionnel. C'est d'ailleurs souvent en rapport direct avec cet ordre et contre lui que ces actes sont établis. C'est dire que, dans les faits, ces instruments sont construits pour être des concurrents de la Loi fondamentale, voire des substituts à celle-ci, ne souffrant par conséquent aucun contrôle.

Reste qu'une telle position d'exorbitance, obtenue et maintenue par la force des armes, aura du mal à se justifier juridiquement, en s'adossant à l'idéal de l'Etat de droit.

D'un point de vue juridique et en ayant en perspective les exigences d'un tel Etat, les deux questions qui se posent concerneraient plutôt le positionnement des accords

politiques par rapport à la Constitution, d'une part, et les moyens de leur insertion dans la dynamique du contrôle de constitutionnalité, d'autre part.

A- Accords politiques et Constitution formelle

Ce rapport est sans doute celui qui a fait l'objet des attentions les plus soutenues, pour ne pas dire les plus obsessionnelles, de la part de la doctrine. On est donc ici en terrain balisé.

Quelles sont ces balises ?

La première, qui fait l'unanimité et qui ne prête guère à discussion, procède de l'observation du fait : les accords politiques, quelle que soit la réponse à apporter à la question de leur nature juridique, ont pour objet de régler des questions d'essence constitutionnelle et ont pour effet, dans les matières abordées, de neutraliser les dispositions contraires de la Constitution formelle.

Bien entendu, les accords dont il s'agit ici sont ceux qui ne se bornent pas régler techniquement le conflit, surtout lorsqu'il est armé, en ordonnant un cessez-le feu, le cantonnement des troupes, le désengagement militaire, le désarmement des forces, etc. Il s'agit plutôt de tous ceux dans lesquels la satisfaction de revendications politiques et institutionnels apparaît comme un préalable à la mise en œuvre des mesures de désescalade militaire et de pacification. De fait, réglant les questions d'agencement des pouvoirs, de répartition des compétences entre les institutions de l'Etat ou de fonctionnement de celles-ci, ces accords font irruption dans un champ qui est quadrillé par la Constitution en vigueur. Or, non seulement ils font irruption, mais ils entendent modifier la donne et, dans la plupart des cas, modifient effectivement cette donne en forçant à laisser inappliqué le dispositif prévu par la Loi fondamentale en vigueur³.

C'est ainsi, par exemple que,

- *Dans le cas de Madagascar*, l'Accord de 1991 intervenu suite au soulèvement populaire contre le Président Ratsiraka est venu supprimer certaines institutions prévues par la Constitution de 1975 néanmoins maintenue en vigueur (Conseil national de la Révolution et Assemblée nationale populaire), tout en réaménageant les pouvoirs d'autres institutions (le Président de la République, en particulier, qui voit ses pouvoirs réduits ; profonde réorganisation des pouvoirs publics), et en créant de nouvelles institutions (en particulier la Haute autorité de la transition) ;
- *Dans le cas du Burundi*, l'Accord d'Arusha de 2000, en plus de poser des principes pré-constituants (qui vont servir à l'établissement de la Constitution de 2005⁴), mettait clairement entre parenthèses la Constitution en prévoyant des arrangements de transition, lesquels devaient comporter « des dispositions

³ Sur le détail de l'objet de ces accords et sur leur effet sur l'application de la Constitution, voir la bibliographie en fin d'étude.

⁴ La Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi vise expressément et en tout premier lieu l'Accord d'Arusha.

exceptionnelles et spéciales en ce qui concerne le Gouvernement burundais, en attendant l'adoption et l'entrée en vigueur d'une Constitution qui soit conforme aux principes constitutionnels énoncés » dans l'Accord (art. 12 du Protocole n° 2) ;

- *Dans le cas de la Côte d'Ivoire*, l'Accord de Linas-Marcoussis de 2003 neutralisait quant à lui certaines dispositions constitutionnelles, dont l'article 35 qui définit les conditions d'éligibilité aux fonctions de Président de la République, et ce, au profit des dispositions de l'Accord ;
- *Dans le cas de la République centrafricaine*, l'Accord de Libreville de 2008 entendait imposer une nouvelle distribution des pouvoirs par rapport à la Constitution de 2004, marquée par un effacement relatif de l'institution présidentielle à partir du principe « de la participation des mouvements politico-militaires à la gestion des affaires de l'Etat dans un esprit de réconciliation nationale, à l'issue du dialogue politique inclusif » (art. 6).
- *Enfin, dans le cas du Mali*, l'Accord d'Alger de 2015 entend, en plus de structurer autrement le corps national (reconnaissance de l'Azawad comme composante particulière de la nation malienne), modifier en profondeur l'architecture institutionnelle de l'Etat par l'introduction d'un principe de représentation des populations du Nord dans les instances nationales et par la définition de nouveaux rapports entre l'Etat et les régions, spécialement du Nord (voir spécialement les chapitres 2 et 3 de l'Accord).

Il est ainsi admis – mais pouvait-il en être autrement – que dans les faits, les accords politiques visent bien à produire et produisent effectivement leur effet le plus déterminant au niveau constitutionnel.

Telle est donc la première balise doctrinale.

La deuxième balise concerne la conséquence à tirer de cette observation quant à la nature constitutionnelle ou non des accords politiques. Des vives discussions ont lieu de longue date sur ce point, qui font apparaître une doctrine plutôt divisée. D'un côté se trouvent les auteurs qui soutiennent la thèse de la relevance de ces actes de la catégorie des Conventions de Constitution ou de celle de la coutume constitutionnelle. Mais, d'un autre côté, on a ceux, et non des moindres, qui s'inscrivent en faux par rapport à cette thèse. Le raisonnement qui sous-tend ce rejet, des plus intéressants, est parfaitement exposé dans l'extrait ci-dessous (Aïvo).

« En droit constitutionnel, comme d'ailleurs dans les autres branches du droit, on parle de coutume lorsqu'une pratique a été répétée pendant une assez longue durée et assortie de l'opinio juris, c'est-à-dire du sentiment d'être obligé par une convention. Quant aux conventions de la Constitution, elles sont définies, stricto sensu, comme « une révision politique de la constitution ou à tout le moins une interprétation plus ou moins laxiste qui s'impose grâce à l'accord des acteurs politiques comme une norme obligatoire tant que le consensus persiste ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée ».

Mais alors, que sont en droit lesdits accords ? Selon cet auteur, ils « symbolisent, au sens large un ordre juridique qui régule les rapports sociaux et politiques. Ils s'analysent

dans la pratique comme des normes et contraintes des comportements des acteurs politiques, de l'organisation politique et de la normalisation de l'État en crise ».

Il y a là, par delà les arguments techniques qui peuvent être renversés, une manière de reconnaître que les accords, bien qu'on répugne à les honorer de la qualification de Constitution, appartiennent bien à l'univers constitutionnel. Une manière qui rejoint les thèses selon lesquelles les instruments dont il s'agit sont caractéristiques d'un certain mouvement constitutionnel africain.

Au plan phénoménologique ce mouvement est, il est vrai, difficile à nier. On peut en effet admettre, avec les tenants de la théorie des cycles politiques et constitutionnels, que les convulsions dont naissent les accords politiques marquent le passage d'une ère à une autre, voire qu'on se trouve à un point critique de ce passage où le basculement de Constitutions autoritaires à des Constitutions démocratiques n'est pas totalement achevé, et où les logiques anciennes s'invitent encore dans le jeu et coexistent avec les logiques nouvelles qui sont celles de l'Etat de droit démocratique. Bref, on se trouve à un point de transition où l'ancienne légitimité que l'on a tenté de remplacer par la légitimité par le suffrage essaie ponctuellement de reprendre le dessus.

Une telle situation impose à qui veut caractériser juridiquement les accords politiques dans leur rapport à la Constitution de prendre parti. Soit on privilégie les logiques anciennes, autoritaires, et les actes qui y participent sont à considérer comme remplissant les conditions formelles et essentielles pour être regardés comme Lois fondamentales de l'Etat. Soit on opte pour les logiques nouvelles, celles de l'Etat de droit démocratique, et force sera de considérer les accords politiques comme de l'ordre du pur fait ou, au mieux, comme une normativité devant être subordonnée à la Constitution en vigueur. De ce dernier point de vue, il s'agirait alors d'affirmer que la qualité de Loi fondamentale de l'Etat ne dépend pas seulement de l'objet de la norme mais aussi, et plus fondamentalement, de son mode de production ; de dire par ailleurs qu'elle ne saurait dépendre de la seule effectivité de la norme, mais aussi et de manière déterminante des conditions dans lesquelles est obtenue cette effectivité.

Vu sous cet angle, la violence apparaît comme un élément nécessaire de l'appréciation juridique des accords. Admettre par exemple que les accords participent des conventions de Constitution ou de la coutume constitutionnelle, c'est admettre qu'un consentement obtenu par la violence et sous la menace des armes est un consentement valablement exprimé, et que d'un acte posé sous le même type de contrainte (pour l'exécution des accords) peut résulter une *opinio juris* hissant l'acte considéré au rang de règle de droit, voire même de règle à valeur constitutionnelle lorsque la violence exercée est telle qu'elle peut briser la volonté suprême au sein de l'Etat. C'est, finalement, considérer que ce qui n'est pas admissible en matière de contrats entre particuliers serait parfaitement recevable s'agissant de l'Etat.

Une telle logique n'est pas seulement étrangère à l'Etat de droit. Elle en crée les conditions de délitement à plus ou moins brève échéance, en substituant le règne de la violence pure au règne du droit, et en magnifiant la volonté du plus fort.

Inverser la tendance devient alors une nécessité.

Une des manières d'y contribuer consiste précisément, quoi qu'il en coûte, dans le fait de soumettre les Accords à l'empire de la Constitution, comme actes susceptibles de subir l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, ainsi qu'il en va de tout acte juridique produit dans un Etat de droit.

B- Accords politiques et contrôle de constitutionnalité

A vrai dire, en partant des éléments qui précèdent, le contrôle de constitutionnalité des accords politiques n'est pas de ceux qui poseraient problème au plan technique. La véritable difficulté se trouve ailleurs, dans la menace de représailles violentes de la part des forces qui cherchent à imposer leur volonté y compris par les armes. Ce risque n'est pas à sous-estimer. Mais l'expérience montre aussi, comme on peut l'apercevoir en République centrafricaine, que de s'incliner toujours devant la menace d'un recours aux armes ne garantit pas nécessairement, voire ne garantit pas du tout, un retour à la paix et à la normalisation constitutionnelle. Et ce serait se leurrer que de ne pas voir que le but de ces forces est de s'accaparer le pouvoir politique et de le subvertir, en investissant l'Etat ou, à défaut, en créant un Etat propre où le pouvoir leur reviendrait absolument.

Penser l'insertion de ces accords dans le champ du contrôle de constitutionnalité serait une conséquence logique de ce que ces accords, comme il a été vu, constituent indubitablement des actes juridiques. Mais, surtout, cela ne peut se faire, et ne devrait se faire, que dans le cadre de la Constitution démocratique de l'Etat, et cela à la fois parce que celle-ci demeure la norme suprême dans la perspective de l'Etat de droit et que, au plan de la technique juridique, la volonté transportée par les accords politiques est, au mieux, dérivée de la Constitution et nécessairement subordonnée à celle-ci.

En ce qui concerne les conditions de ce contrôle de constitutionnalité, il y aurait lieu de distinguer entre le contrôle direct des accords politiques et le contrôle indirect, *via* les mesures de mise en œuvre.

Le contrôle direct est en principe envisageable en raison de la double circonstance que des organes constitutionnels participent à la conclusion de ces actes et que, ce faisant, ils exercent un pouvoir dont on est fondé à vérifier qu'il émane bien de la Constitution et qu'il s'exerce dans les conditions et limites fixées par celle-ci. Le premier enjeu du contrôle serait ainsi de vérifier le bon usage des attributions constitutionnelles des pouvoirs publics.

Si un tel contrôle est toujours possible dans l'absolu, sa mise en œuvre s'avère plutôt incertain dans la réalité africaine d'aujourd'hui, en l'état actuel du droit.

En effet, ainsi que le montre l'exemple du Mali, un tel contrôle, parce qu'il confine au contrôle d'interventions de l'Exécutif, ressortit autant de la compétence de la juridiction constitutionnelle que de celle des juridictions ordinaires, en général celles de l'ordre administratif. En effet, s'agissant strictement du contrôle des actes du Chef

de l'Etat ou du Gouvernement, exception faite des traités et accords internationaux (articles 90 et 114 à 116 combinés de la Constitution malienne de 1992), c'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de juger de leur légalité *lato sensu*, et donc de leur constitutionnalité.

Ensuite, en ce qui concerne l'intervention de la Cour constitutionnelle elle-même, deux pistes sont envisageables, mais qui sont d'inégal intérêt. La première qui vient à l'esprit est la voie de la régulation du fonctionnement des pouvoirs publics (article 85, alinéa 2 de la même Constitution). L'idée est ici qu'en recourant à des accords politiques pour régler certaines questions, le pouvoir exécutif commettrait à la fois un détournement de compétence et de procédure. Certes, en l'état actuel du droit, notamment malien, aucune disposition constitutionnelle ne permet de faire censurer directement et complètement pareille inconstitutionnalité. Mais cela ne signifie pas que la Cour constitutionnelle soit dépourvue de tout moyen d'agir. Ainsi pourrait-elle intervenir au titre de sa compétence pour régler les conflits d'attributions entre les institutions de l'Etat (art. 86, tiret 3 de la même Constitution), spécialement dans les hypothèses où les matières considérées relèvent du domaine de la Loi organique ou de la loi ordinaire. Mais, enfin, un contrôle sur cette base ne permettrait pas de saisir les autres hypothèses de détournement de compétence ou de procédure, qu'il s'agisse des cas de détournement de la procédure constituante (la Constitution ne prévoit pas d'intervention de la Cour constitutionnelle en la matière), ou des cas d'incompétence négative de l'exécutif lui-même (cas où l'Exécutif laisse d'autres exercer une compétence à lui dévolu par la Constitution).

La deuxième possibilité d'intervention de la Cour constitutionnelle est en rapport avec les circonstances exceptionnelles (art. 50 de la Constitution). Le Président de la République peut, dans les circonstances décrites par la disposition précitée, prendre des mesures exceptionnelles dans le but d'assurer la continuité de l'Etat pendant une période brève. Or, pour autant que le Chef de l'Etat entend user de ce pouvoir, ce qui ne serait d'ailleurs pas à exclure dans les cas de rebellions armées, il doit préalablement consulter différentes institutions, dont la Cour constitutionnelle. Reste qu'une intervention de la juridiction constitutionnelle dans ces conditions est de portée extrêmement limitée, parce que celle-ci ne peut rendre qu'un avis, que cet avis portera exclusivement sur la satisfaction des conditions de recours aux pouvoirs exceptionnels, et qu'aucun contrôle de la constitutionnalité des mesures prises n'est prévu par la Constitution. Autant dire que ni la décision de recourir à un accord politique, ni le contenu même dudit accord ne sont susceptibles d'être déférés au juge constitutionnel dans ce contexte.

A vrai dire, les observations qui précèdent convainquent tout autant de ce qu'il existe d'ores et déjà des moyens de saisir directement les accords politiques que de la nécessité de renforcer les mécanismes constitutionnels à cet égard, de les adapter à la nouvelle donne.

L'exercice consisterait, en somme, à prendre en compte à titre principal le fait que des acteurs hors la Constitution peuvent avoir la prétention d'exercer des pouvoirs qui sont réservés à des institutions prévues par la Loi fondamentale, mais aussi le fait que

ces acteurs, avec le concours des pouvoirs constitutionnels le cas échéant, peuvent décider d'agir au moyen d'actes non prévus dans la nomenclature constitutionnelle mais destinés à faire échec à des normes établies en vertu de la Constitution.

Cette réalité devrait imposer, d'abord, de redéfinir le périmètre de la notion même de « régulation des pouvoirs publics ». Cette régulation, entendue comme arbitrage entre les institutions prévues par la Constitution, ne suffit plus. La compétence de ces institutions a besoin dorénavant d'être protégée des incursions d'organes ad hoc, y compris de groupements privés, s'érigent en concurrents des organes constitutionnels ou en substitut à eux. Elle devrait, ensuite et conséquemment, imposer d'élargir le cercle des actes susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité, en s'attachant moins à la forme qu'à la substance, permettant ainsi de possibles requalifications d'actes et un contrôle subséquent de la compétence pour les poser.

Le contrôle médiat, via les actes de mise en œuvre des accords, représente la seconde modalité de saisie possible des accords par les voies la constitutionnalité. Cette saisie n'est cependant possible qu'à la condition que les mesures de mise en œuvre prennent une des formes qui les rend éligibles au contrôle de constitutionnalité, spécialement la forme législative. Cette condition remplie, ce contrôle-ci ne devrait en principe pas se différencier d'un contrôle classique des normes par la Cour constitutionnelle.

Certes, cette position n'est pas absolument à l'abri de critiques. Il pourrait par exemple être considéré qu'elle évacue un peu vite la question de savoir si les accords, que ces lois visent à appliquer, ne peuvent tout de même pas servir de normes de références du contrôle, concurrentement aux normes formellement constitutionnelles ou indépendamment d'elles.

Mais, précisément, l'ensemble de ce qui précède, qui tend à montrer que ces instruments sont des actes juridiques nécessairement subordonnés à la Constitution formelle, permet d'écarter l'objection. Ne peut, en effet, être retenue comme référence du contrôle de constitutionnalité une norme qui ne serait pas d'essence constitutionnelle. Du reste, en se plaçant dans la perspective d'une prévalence de l'Etat de droit sur l'Etat de pure force, l'alternative devrait nécessairement être la suivante : soit la disposition considérée de l'accord est en phase avec la Constitution, et il n'y a pas de raison d'appliquer autre chose que cette dernière, soit elle est *contra-constitutionem*, et elle devrait céder devant la norme fondamentale suprême.

Une telle conclusion ne fait pas nécessairement obstacle à ce que les accords soient *pris en compte* par le juge constitutionnel, mais cela ne peut être que en tant qu'éléments susceptible d'éclairer l'interprétation de la Constitution. On sait que le juge constitutionnel moderne recourt volontiers à cette méthode, dite de fertilisation croisée des normes, pour concilier *dans la mesure du possible* des normes d'origine diverses, notamment internes et internationales. Il importe cependant de ne pas perdre de vue les limites de pareil exercice. La norme convoquée pour procéder à une interprétation de la Constitution n'est pas elle-même norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Il suit de là qu'elle ne saurait s'imposer face à la Loi

fondamentale. La prise en compte des accords trouvera donc nécessairement sa limite dans l'incompatibilité entre les normes qu'ils édictent et la Constitution.

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des accords n'est pas seulement de l'ordre du souhaitable. Il est aussi techniquement possible, même si c'est de manière lacunaire pour l'heure.

La question du rapport des accords politiques à la Constitutionnalité dans les Etats africains est, en définitive, de celles qui nous plongent aux racines mêmes du droit, mais aussi au cœur des problématiques particulières de la construction des ordres juridiques africains. Nombre de pays du Continent sont en convulsion, ou à l'état pré-convulsif. La politique y est, ou tend à y être une jungle gouvernée par la loi du plus fort ou du plus rusé. La société est écartèlement et violence née du désabusement face aux violations du droit. L'analyste juridique ne saurait, dans son œuvre, ignorer ces éléments, pas plus que les faiseurs de droit et les juges. L'enracinement de l'Etat de droit n'est dès lors pas une simple donnée. Il est une exigence et un combat qui s'invite jusque sur le terrain du droit, puisque c'est aussi par le droit, incarné précisément par les accords, que les forces contraires tentent de neutraliser les institutions de l'Etat de droit démocratique. Il ne serait alors que temps de revenir aux idées fondamentales, et de se représenter le droit comme il est et comme il devrait être, à savoir comme un exercice de *volonté* et non une simple variable technique prétendument neutre. Il ne serait que temps aussi pour la doctrine juridique de se souvenir que dans notre contexte continental il n'y a pas de non engagement qui tienne, et que l'exaltation des prétendues technicité et neutralité des règles juridiques est un engagement à part entière, ou plus exactement un contre-engagement qui ne dit pas son nom. Contre-engagement au regard des exigences de l'Etat de droit.

Domestiquer la violence politique et ses avatars que sont les accords politiques par la soumission de ces accords au contrôle des juridictions constitutionnelles, voilà donc le sens de la réflexion. Mais il faudrait dans le même temps avoir conscience de ce que cette domestication ne peut pas être un but en soi, faute de quoi on pérenniserait des pratiques de pure force. Ce qu'il faut rechercher in fine, à terme plus ou moins proche, c'est bien l'éradication pure et simple des accords politiques du paysage constitutionnel africain.

SÉLECTION BIBLIOGRAPHIQUE

- Joël AIVO : « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *Revue du Droit public*, janv. 2012, n° 1, p. 141 et s.
- Adama KPODAR : « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, janv. 2013 (<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/bilan-sur-un-demi-siecle-de.html>)

- Jean DU BOIS DE GAUDUSSON : « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2 (n° 206), p. 41 et s.
- Paterne MAMBO : « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *MsGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*, Vol. 57, n° 4, 2012, p. 921 et s.
- Moussa ZAKI : « Petites Constitutions et droit transitoire en Afrique », *Revue du Droit public*, nov. 2012, n° 6, p. 1667 et s.