

COUR CONSTITUTIONNELLE



Jurisprudence de la Cour constitutionnelle :
———— LA RÉGULATION ————

**Etudes en l'honneur de la
4^{ème} mandature présidée par
le Bâtonnier Robert DOSSOU
(2008 – 2013)**

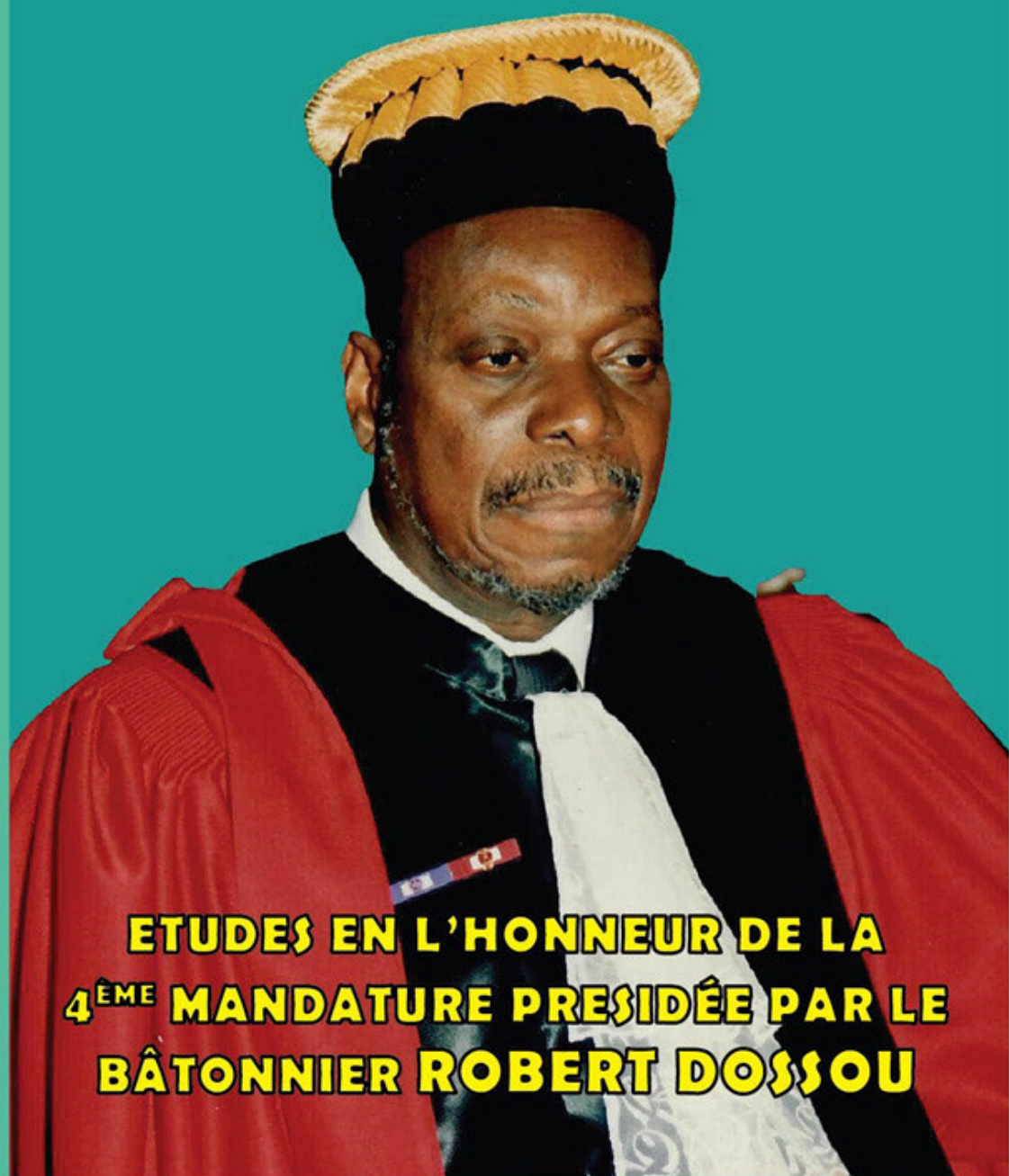
TOME I

**Etudes en l'honneur de la
4^{ème} mandature présidée par
le Bâtonnier Robert DOSSOU
(2008 – 2013)**

**Jurisprudence de la Cour
constitutionnelle : La régulation**

TOME I

**JURISPRUDENCE DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE: LA RÉGULATION**



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA
4^{ÈME} MANDATURE PRESIDÉE PAR LE
BÂTONNIER ROBERT DOSSOU**

Copyright :

Cour constitutionnelle

Mise en pages & Impression :

Imprimerie COPEF

+229 61 61 65 38 / 229 95 84 34 34

imprimerie_copef2006@yahoo.fr

Cotonou - Bénin

ISBN : 978-99982-1-085-1

Dépôt légal : N° 14794 du 17/02/23

1^{er} trimestre - Bibliothèque Nationale du Bénin

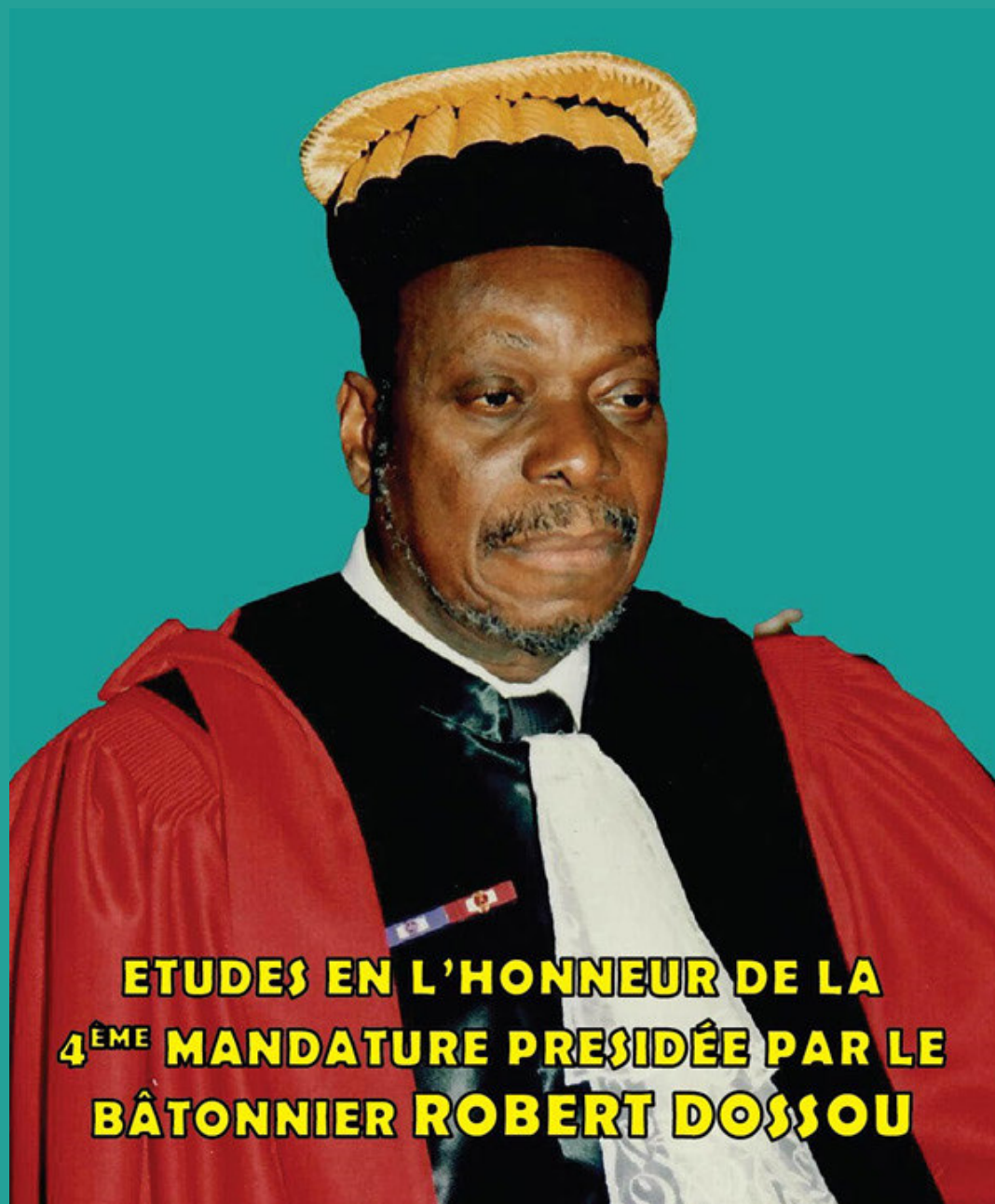
Distribution : 00229 21 31 14 59

Droit de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.
(Loi n°2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins
en République du Bénin)

SOMMAIRE

1^{ÈRE} PARTIE : L'ÉTAT DE LA RÉGULATION

Les chiffres de la justice constitutionnelle, Joseph DJOGBENOU	31
Brève incursion dans la jurisprudence constitutionnelle nigérienne, Paternelle MAMBO	63
La désignation des juges constitutionnels en Afrique noire francophone Par Gaétan Thierry FOUMENA	77
Emergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne <i>Par Serge François SOBZE</i>	129
La raison du juge constitutionnel en Afrique, Luciano Sèwênan HOUNKPONOU	179
La fonction constituante dans les processus de sortie de crise en Afrique, Thierry S. BIDOUZO	213
Le domaine de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone, Ntolo Nzéko Aubran Donadoni	245
Table des matières	289



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA
4^{ÈME} MANDATURE PRESIDÉE PAR LE
BÂTONNIER ROBERT DOSSOU**

BIOGRAPHIE

Robert Servais Marcellin DOSSOU

Né le 13 Mai 1939 à Covè (Bénin) ;

Grand Officier de l'Ordre National du Bénin ;

Commandeur des Palmes Académiques (France) ;

Avocat au Barreau du Bénin ;

Ancien Bâtonnier ;

Arbitre International, Consultant ;

Président de l'Association africaine de droit international ;

Doyen Honoraire de la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin) ;

Membre Associé de l'Académie des sciences d'Outre-Mer (France) ;

Ancien Président de la Cour constitutionnelle (Bénin) ;

Président d'honneur de la Conférence des juridictions constitutionnelles africaines ;

Président d'honneur de l'Association des Cours et conseils constitutionnels francophones ;

Ancien député - Ancien président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale ;

Ancien Ministre du Plan ;

Ancien Ministre des affaires étrangères ;

Etudes secondaires au lycée Victor BALLOT (actuel Lycée Béhanzin)
à Porto-Novo (1952-1959) ;

Baccalauréat philo : Juin 1959 ;

Etudes supérieures à Bordeaux puis à Paris (France) ;

Auditeur à l'Académie de droit international de la Haye (1963).

I- DIPLOMES

- Diplôme de l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux (Juin 1962) ;
- Licence en Droit Public (Paris, Juin 1964) ;
- Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (Paris, 1965) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public (Paris, Mars 1966) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Privé (Paris, Mars 1968) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Sciences Criminelles (Paris, Mars 1968).

II-ACTIVITÉS SCIENTIFIQUES ET PÉDAGOGIQUES

- **En France (Paris) : du 1^{er} Décembre 1968 au 30 Septembre 1973**
 - Assistant à la Faculté de droit et sciences économiques de l'université de Paris, puis à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne ;
 - Enseignements radiodiffusés d'institutions internationales et de droit financier et fiscal ;

- Travaux dirigés (Droit international public ; institutions internationales ; grands problèmes politiques et juridiques du tiers-monde) ;
- Assistant de coordination d'équipe pédagogique ;
- Chargé de recherches au laboratoire d'informatique de droit international : responsable de la préparation du manuscrit des volumes du «Recueil Général des Traités et Accords de la France», sous la direction du Professeur Roger PINTO (publiés à partir de 1976 par la Documentation française dans la collection «Travaux et Recherches de l'Université de Paris I, Laboratoire d'informatique de Droit International) ;
- Membre élu de la Commission technique du Centre audio-visuel des universités de Paris (1970 - 1972).
- **Au Bénin, depuis le 08 octobre 1973**
 - Enseignements à la Faculté des sciences Juridiques, économiques, et politiques de l'université nationale du BENIN (FASJEP) et à l'Ecole nationale d'administration (Droit constitutionnel ; Droit international public ; Droit fiscal ; Droit maritime ; Droit judiciaire privé ; Voies d'Exécution ; Grands systèmes Juridiques contemporains ; Contrats internationaux et Arbitrage international ; Droit civil) ;
 - Délégué du personnel enseignant de la faculté au Conseil de l'Université (1974-1978) ;
 - Chef de la section juridique à la faculté (1976-1978) ;
 - Doyen de la faculté (Avril 1978 à Mai 1991, réélu quatre fois) ; Création d'un enseignement sur les Droits de l'Homme à la faculté en 1983 ;

- Expert-visiteur à l'Institut international de droit du développement (actuellement IDLO), Rome, depuis 1985. Contrat de travaux, Contrat de Financement et Arbitrage, reformes judiciaires en Afrique).

III- AUTRES ACTIVITÉS SCIENTIFIQUES

- Membre du Comité scientifique de l'Encyclopédie Juridique de l'Afrique (Nouvelles Editions Africaines) ;
- Membre-correspondant du Comité de rédaction de la Revue internationale de droit contemporain (Bruxelles) ;
- Expert-juriste de l'OUA pour la rédaction du projet de Convention sur le Mercenariat (1977) ;
- Expert-consultant de la Commission économique des nations-unies pour l'Afrique (Droit de l'Environnement et Protection de la Nature 1979-1980) ;
- Membre correspondant du Comité scientifique du Centre d'étude de l'association internationale des juristes démocrates ;
- Membre du Comité exécutif de l'Association africaine de science politique (1983-1985) ;
- Membre fondateur de l'Association africaine de Droit international (créée à LUSAKA en Avril 1986) et actuel Président de l'association ;
- Vice-président de l'Association des publicistes et politologues Africains (Rabat - Maroc) ;
- Membre du Conseil d'administration du Centre africain et mauricien de perfectionnement des cadres (1975-77) ;

- Membre du Comité de rédaction de l'Annuaire africain de droit international (1986-1991) ;
- Membre du Conseil d'administration de l'Association internationale d'arbitrage (FRANCARBI) ;
- Membre du Comité scientifique préparatoire du Symposium international de Bamako sur les pratiques de la démocratie, des droits de l'homme et des libertés, Symposium ayant abouti à la Déclaration de Bamako pour les Etats Francophones (03 novembre 2000) ;
- Membre associé de l'Académie des sciences d'Outre-mer (France).

IV- EXPERTISES ET PARTICIPATION AUX COLLOQUES, CONGRES ET SÉMINAIRES INTERNATIONAUX

- Rapporteur au séminaire régional sur les droits de l'Homme organisé par la Commission internationale de juristes et l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques (Dakar 1978 ; séminaire ayant lancé le processus pour la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) ;
- Conférence mondiale UNESCO sur l'enseignement des droits de l'Homme (Vienne 1978) ;
- Congrès mondial sur l'indépendance de la justice (Montréal, 1983) ; Congrès mondial sur l'arbitrage (RIO - 1985) ;
- Conférence du 60^o anniversaire de la Cour internationale d'arbitrage (Paris 1982) ;
- Congrès mondial de l'Association internationale de science politique (Paris 1985) ;

- Séminaire régional sur l'assistance juridique en milieu rural organisé par la Commission Internationale de Juristes (Lomé - Février 1987) ; Conférence sur le Français dans les organisations Internationales (Paris 1987) ;
- Colloque de Dakar sur les droits de l'Homme dans l'espace francophone (1989) ;
- Conférence Banque mondiale PREM. WORK. Université de Maryland. USA. 1998. Rapport inaugural avec les Professeurs Jeffrey SACHS et Kwessi BOTCHWEY de l'Université de HARVARD ;
- De nombreuses conférences et consultations sur les processus de démocratisation en Afrique et les Conférences nationales (depuis 1990) ;
- Expertise politico-juridique à Madagascar (Chef de la mission CEE/CIJ Mars 1992) ;
- Conférences et séminaires aux universités de Dakar (1990), de Paris I (1988, 1990 et 1992), de l'Illinois (USA 1992) et Catholique de Lyon (1992) ;
- Conférence panafricaine sur la démocratie et la maîtrise de la transition démocratique en Afrique (Dakar - Mai 1992) ;
- Expert de la Banque mondiale pour la stratégie du développement (Berlin 1988) ;
- Diverses conférences à l'Union africaine et mauricienne des banques de développement, notamment sur «l'Extranéité dans les sûretés bancaires» ;
- Expert PNUD et ONUDI pour le rôle du secteur privé dans le développement économique (Cotonou 1988 et 1989 - Présidence

et animation de trois séminaires destinés aux opérateurs économiques privés) ;

- Expert de l'ACCT pour la coopération juridique et judiciaire (1990-1991) ;
- Expert de la Banque mondiale (Département juridique) sur l'environnement juridique et judiciaire des activités économiques (1992) ;
- Correspondant du Journal of Energy and natural resources law ;
- Séminaire régional sur l'assistance juridique en milieu rural organisé par la Commission internationale de juristes (Lomé - Février 1987) ;
- Conférence sur le français dans les organisations internationales (Paris 1987) ;
- Colloque de Dakar sur les droits de l'Homme dans l'espace francophone(1989) ;
- Conférence internationale sur démocratie et développement (Dakar 1990).

V- BARREAU

- 1967-1969 : Stage à l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (Paris) ;
- 1969-1973 : Avocat au Barreau de Paris ;
- 1967-1973 : Collaboration au cabinet de feu Maître Jean COLAS DE LA NOUE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation Paris, 28 Rue Mahias - 92100 Boulogne-France ;

- Depuis 1973 - Avocat au Barreau du BENIN, plusieurs fois membre du Conseil de l'Ordre ;
- Bâtonnier de l'Ordre (Janvier à Août 1989) ;
- 1983-1987 : Cours de contentieux bancaire notamment les voies d'exécution en rapport avec les sûretés bancaires (Notions, procédure et exercices pratiques) ; (Institut technique de banque cycle supérieur- Centre de Cotonou) ;
- Cours aux étudiants préparant le Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (arbitrage international, déontologie).

VI- AFFAIRES TRAITÉES

- Avocat-conseil de diverses banques et institutions financières ;
- Avocat-conseil de diverses sociétés de transit ou de transport maritime ;
- Conseil et assistance à de nombreuses sociétés commerciales (choix de la forme sociale, structure du capital et de l'administration, gestion, litiges entre associés, difficultés au sein de l'entreprise, fusion, liquidation ... etc ...) ;
- Contentieux de travaux, de fourniture ou de livraison devant diverses juridictions arbitrales nationales (ex : Tribunal arbitral du CACAO-France) ou internationales : (ex : Cour d'arbitrage de la chambre de commerce international de Paris, CIRDI, etc ...) ;
- Plusieurs fois arbitre international et parfois Président de juridiction arbitrale ou membre d'instance d'appel arbitral ;
- Cour internationale de justice (CIJ), La Haye : Avocat du Bénin dans le litige frontalier avec le NIGER (2002-2005) ;

- Négociation aux fins de solution amiable de saisies pratiquées dans le cadre de contentieux financier international (ex : affaire du TWIN-OTTER Béninois et autres) ;
- Conseil et assistance pour la constitution d'hypothèque sur aéronefs et sur navires ; contentieux de responsabilité en matière de transport maritime, aérien et terrestre ;
- Conseil, assistance, rédaction et contentieux en matière de divers contrats internationaux : énergie, travaux, fourniture financement, etc ;
- Nombreux dossiers de contentieux immobiliers, commerciaux de toute nature, d'état de personne, de contentieux social, de propriété industrielle et artistique, de brevets et modèles ;
- Nombreux procès criminels au Bénin et à l'étranger (Procédure à Paris contre les mercenaires Bob Denard et autres : 1977-1993; Affaire Moussa Traoré et autres au Mali : 1992-1993 ; Affaire Alpha Condé et autres en Guinée 2000 ; Affaire dite des disparus du Beach, Brazzaville 2005) ;
- Droit de l'environnement ;
- Droit communautaire africain (CEDEAO - UEMOA – SADCC-CEMAC - OHADA).

VII- AUTRES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES

- 1962 : Stage au Comptoir National d'Escompte de Paris (aujourd'hui disparu au profit de la BNP) dans le cadre des stages organisés par l'Association des Etudiants de l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux ;
- 1965-1966 : Rédacteur juridique au service contentieux de la Caisse centrale de sécurité sociale de la région parisienne ;

- 1974-1991 : Membre de diverses Commissions nationales de réforme législative, et membre de la commission nationale des frontières ;
- 1980-1990 : Conseiller technique juridique près du Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Révolutionnaire.

VIII- ACTIVITÉS SOCIALES ET POLITIQUES

- 1957-1959 : Président du Collège du Scoutisme du Lycée Victor Ballot ;
- 1962-1965 : Président de diverses associations d'Etudiants (Association des étudiants dahoméens en France ; Union générale des élèves et étudiants dahoméens - Fédération des étudiants d'Afrique noire en France ; Vice-président de l'Association des étudiants d'Outre-mer de bordeaux et du comité anti-colonialiste des Etudiants de Bordeaux) ;
- 1969-1971 : Président de l'Association des travailleurs Dahoméens en France ;
- Membre de la Commission internationale d'enquête sur le mercenariat et co-rédacteur de l'avant-projet de convention pour l'incrimination et la répression du mercenariat (Luanda 1976) et pour le projet de la convention OUA (Addis-Abeba 1977) ;
- 1979 : Membre de la Commission internationale d'enquête sur les droits de l'Homme en Iran (Mars-Avril) ;
- Membre du Groupe de consultation MAC-BRIDE aux entretiens de Téhéran, avec les autorités iraniennes pour la libération des otages américains (Déc.1979) ;
- Membre du Rotary-Club de COTONOU (depuis 1978 – Président 1989- 1990) ;

- Trésorier général de l'Union inter-africaine des avocats ;
- Membre du Bureau exécutif de l'Association pour le développement des initiatives villageoises (formation à la culture attelée et formation de parajuristes en milieu rural) ;
- Commissaire du peuple (Député) à l'Assemblée nationale révolutionnaire (2° et 3° Législature - 1984-1990 ; Vice-président de la Commission des affaires constitutionnelles et des lois) ;
- 28 Juillet 1989 : Déclaration en qualité de député et en compagnie du Professeur et député René AHOUANSOU, en faveur de l'Amnistie générale, de négociation avec les grévistes du multipartisme intégral et du retour à la démocratie ;
- Ministre délégué auprès du président de la République, chargé du plan et de la statistique (Aout 1989-Mars 1990.). En cette qualité, membre du Conseil des ministres de l'UMOA, Gouverneur de la banque mondiale et de diverses banques de développement ; Président du Comité national préparatoire de la conférence nationale (Décembre 1989-Février 1990) ;
- Membre de la Commission internationale de juristes (Mai 1990 - Septembre 1993) ;
- Membre de la Commission constitutionnelle, chargée de la rédaction de la constitution (Février 1990-Décembre 1990) ;
- 1991-1993 : Député à l'Assemblée nationale et président de la Commission des lois, de l'administration et des droits de l'Homme ;
- Candidat à l'élection Présidentielle de Mars 1991 ;
- Président de la Commission béninoise du PANAFRICANISME (PANAFRICA-BENIN) 1991-2001 ;

- Président de l'Alliance pour la social-démocratie (ASD) ;
- Vice-président de l'Action mondiale des parlementaires (1991-1993) ;
- Ministre des affaires étrangères et de la coopération (1993 - 1995) ;
- Président de la Conférence ministérielle de la francophonie (1994 - 1995) ;
- Assistance à diverses ONG et coopératives pour la confection de différents projets à soumettre au Financement ;
- Participation à trois films sur la démocratie en Afrique et la démocratie au Mali (Agence internationale de la francophonie 1997-1998 et BLACKSIDE- USA 1999) ;
- Président de la Cour constitutionnelle (2008-2013) ;
- Président de la Conférence des Cours constitutionnelles Francophones (ACCPUF) (2009-2011), puis Président d'honneur ;
- Président de la Conférence des juridictions constitutionnelles africaines (2011-2013), puis Président d'honneur.

IX- PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Le Marxisme, le droit et la justice (ronéoté-1976) ;
- Sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Revue internationale de droit contemporain - Bruxelles -1978 N°2) ;
- La Science juridique exclut-elle la philosophie ? (Séminaire international de philosophie - Cotonou 1978) ;
- La démocratie et les droits de l'Homme (Symposium 10^o anniversaire de l'université nationale du Bénin 1980) ;

- La responsabilité de l'administration (Commentaire d'Arrêt Revue béninoise de science juridique et administrative 1980 N1) ;
- L'Etat, le pouvoir et l'armée (Conférence AASP-DAKAR 1983) ;
- La perception africaine de la notion de sécurité (UNESCO-1983) ;
- Le Bénin : du monolithisme à la démocratie pluraliste, un témoignage in ; l'Afrique en transition, vers le pluralisme politique - ouvrage collectif. Sous la direction de Gérard CONAC, Editions ECONOMICA. Paris 1993 ;
- L'économie béninoise et la démocratie pluraliste - AFRICA RECOVERY-New-York. Volume 6 N°3 Novembre 1992 ;
- L'arbitrage OHADA - historique et objectifs (CIB - Ouagadougou) Déc. 1996 ;
- L'instruction et les pouvoirs du juge (Congrès IDEF, Le Caire - Déc. 1997) ;
- Les élections en Afrique - in " Aspects du contentieux électoral en Afrique". Actes du Séminaire de Cotonou - Nov 1998, OIF, Paris, Janvier 2000, p.19 ;
- The effect of the arbitration clause : the african perspective in Improving the efficiency of arbitration agreements and awards. ICCA Congrès-Series N° 9-KLUWER LAW INTERNATIONAL. THE HAGUE-1999-p. 268 ;
- La pratique de l'arbitrage en Afrique, in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique - Centre René-Jean Dupuy. Université internationale de langue française d'Alexandrie, Editions Bruylant, Bruxelles, 2000 p. 125 ;

- L'expérience de la Conférence nationale béninoise, Cotonou, Février 2000, in Bilan des Conférences nationales et autres processus de transition démocratique, Editions Pedone et Bruylant, actes de la conférence de Cotonou, Février 2000. p. 205 ;
- Systémique de la transition démocratique en Afrique, Communication à la conférence panafricaine sur la démocratie et la maîtrise de la transition, Dakar 1992 ;
- Le juge administratif et les droits économiques et sociaux au Bénin in «le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone», ouvrage collectif sous la Direction de Etienne PICARD. Editions BRUYLANT, IDEF. AIF et Institut roumain pour les droits de l'homme, p. 492 ;
- Voies diverses de la transition démocratique en Afrique in Prévention des crises et promotion de la paix volume 2 : Démocratie et élections dans l'espace francophone. Ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA, Editions Bruylant, Bruxelles, 2010, p.140;
- Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain. Revue du conseil constitutionnel d'Algérie. Actes du colloque de novembre 2014 N 04-2014 ;
- Le contexte historique international et les enjeux, In ; De Dakar à Dakar-ouvrage collectif sur la Francophonie sous la direction de Christine DESOUCHES et autres-Editions Bruylant, Bruxelles, 2015 p.23 ;
- L'Afrique et la justice pénale internationale ; Académie des sciences d'Outre-Mer, Tome LXXVII, 2017, p.302) ;

- L'Union africaine : Une organisation d'intégration ou de coopération ? Université de Carthage (Tunis), Colloque international sur : Intégration et régionalisme africain : Où en est l'Union Africaine aujourd'hui ? Ouvrage collectif à paraître sous la direction des professeurs Rafâa Ben Achour et Hajer Guldich.

X- DISTINCTIONS HONORIFIQUES

- Grand Officier de l'Ordre National du BENIN ;
- Commandeur des Palmes Académiques (France) ;
- Paul Harris Fellow-4 Rubis avec distinction Bienfaiteur (Fondation du Rotary International) ;
- Ambassadeur de bonne volonté de l'Etat d'Arkansas -USA (Distinction conférée par le Gouverneur Bill CLINTON, le 03 février 1992);
- Leading lawyer (Londres 2001) ;

Autres distinctions, notamment le prix 2012 du Conseil international des managers africains.



N°	NOM et Prénoms	Date et lieu de naissance	Situation matrimoniale	Qualité	Fonction
1	DOSSOU Robert	13 Mai 1939 à Covè	Marié	Juriste de haut niveau	Président
2	GBEHA AFOUDA Marcelline	16 Janvier 1955 à Abidjan	Mariée	Magistrat	Vice-Président
3	HOLO Théodore	15 Avril 1948 à Porto-Novo	Marié	Juriste de haut niveau	Membre
4	YIMBERE DANSOU Clémence	07 Mai 1953 à Aledjo	Mariée	Magistrat	Membre
5	DEGBOE Bernard D.	Vers 1951 à Djègbadji	Marié	Magistrat	Membre
6	ZINSOUNON Jacob	Vers 1952 à Bonou Adokota	Marié	Personnalité de grande réputation professionnelle	Membre
7	KORA YAROU Zimé Yérima	Vers 1947 à N'dali	Marié	Personnalité de grande réputation professionnelle	Membre

AVANT-PROPOS

Le Bâtonnier Robert DOSSOU et les conseillers de la Cour constitutionnelle du Bénin (4^{ème} mandature), méritent d'être célébrés tant par la Communauté scientifique que par la postérité. Cet hommage leur est dû, eu égard à leur part active dans l'édification de l'Etat de droit par la justice constitutionnelle au Bénin.

Certes, pour qu'une démocratie prospère, il faut qu'il y ait un garant efficace du fonctionnement régulier des institutions.

Ce rôle de mise en équilibre, aux fins d'assurer le fonctionnement correct du système est la régulation de l'activité des pouvoirs publics. La quatrième mandature sous la présidence du Bâtonnier Robert DOSSOU s'est employée de manière particulière à cette activité de régulation.

De même qu'elle est une condition substantielle de l'Etat de droit, elle s'analyse comme le mécanisme destiné à assurer un bon équilibre fonctionnel des institutions de l'Etat en assurant par là-même, l'existence de l'Etat dans une démocratie libérale.

A cet égard, les réflexions proposées apportent une vue panoramique de la régulation en mettant en évidence d'une part l'état de la régulation, d'autre part, la régulation dans ses états. Ainsi, le premier axe de ces réflexions doctrinales met en évidence comment percevoir la fonction de régulation. Il présente à cet égard « **l'état de la régulation** », tandis que le second en révèle les différentes facettes de la mise en œuvre. C'est « **la régulation dans ses états** ». Ces deux axes fondent la notion et en assurent l'équilibre.

Avant d'inscrire la présente contribution dans les annales de la source complémentaire illuminant les ouvriers de la pérennisation de l'Etat de droit, il convient de ne pas oublier que c'est l'ensemble de la sixième mandature, sous l'impulsion du Président Joseph DJOGBENOU, qui a décidé d'honorer leurs devanciers en particulier ici, le Bâtonnier Robert DOSSOU.

C'est avec bonheur que nous conduisons ce chantier à son terme, en espérant que cette publication agisse comme un ferment en suscitant d'autres études qui la rectifient ou la complètent. Nous n'en serons que plus heureux, ayant alors le sentiment d'avoir fait œuvre utile.

Razaki AMOUDA ISSIFOU
Président de la Cour constitutionnelle

1^{ÈRE} PARTIE
L'ÉTAT DE LA RÉGULATION

LES CHIFFRES DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Joseph DJOGBENOU

Agrégé des facultés de droit,

Professeur titulaire des universités, droit privé,

*Avocat, ancien Président de la Cour constitutionnelle
de la République du Bénin.*

3, 5, 7, 8, 15, 20, 30, et tac... et toc....

Comme une horloge, le juge constitutionnel, à la manière du bâtonnier Robert DOSSOU et de la formation qu'il présida lors du quinquennat 2008-2013, conte au gré de ses décisions, *le fabuleux destin* du rapport du chiffre au droit qui, à maints égards, est un rapport aussi bien à l'espace qu'au temps. Or, le temps fait partie de ces notions qui se ressentent plus qu'elles ne se définissent¹. Avec l'horloge, le temps a été quantifié, ce qui donne une apparence d'homogénéité et d'unité à la notion. Il est ainsi possible de mesurer le temps selon les quantités admises par tous : minutes, heures, jours, mois (...). Cependant, cette homogénéité n'est qu'artificielle comme l'a souligné Henry Bergson qui distingue, d'un côté, le temps mathématique et quantitatif, celui de l'horloge, et de l'autre, le temps qualitatif qui dépend des individus et de la conscience qu'ils en ont². La perception du temps est subjective et relative, elle dépend de l'individu considéré et de la situation concrète dans laquelle il se trouve.

1 SAINT AUGUSTIN, *Méditations sur le temps. Les confessions*, Livre XI chap XIV et XV, spéc. Chap XIV.

2 H. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), in H. BERGSON, *Œuvres*, Paris, P.U.F., 1972, pp. 57 ; F. TERRÉ, « Observations générales », in *Le temps dans la procédure*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 69 et s.

De ce point de vue, la fixation de la durée des délais résulte d'un équilibre entre sécurité et liberté³.

Perçu comme « *chacun des symboles servant à écrire les nombres dans un système de numération* »⁴, le chiffre relève du mystère et suscite bien des fantasmes.

D'abord, par disciplines ou sciences du chiffre... De l'arithmétique, cette science du nombre qui relève des mathématiques, à la numérologie, saisie comme l'étude divinatoire basée sur les nombres, les chiffres voilent une vérité qui échappe et sidère à la fois. Abstraits, ils meuvent l'esprit dans leur rapport avec la matière. Le chiffre est en effet un signe de l'esprit que transcrit l'écriture, destiné, seul ou en combinaison, à représenter des nombres entiers. Ensuite, par la mystique que le chiffre entretient dans l'esprit des individus et des groupes, en lien avec le nombre, quelles que soient les sociétés, les époques et les espaces géographiques : « *leurs résonnances mystiques, spécialement bibliques, sont vives et puissantes* »⁵. Cette analyse est particulièrement saisissante en Afrique, depuis l'antiquité égyptienne où le chiffre apparaît comme la clé qui donne accès aux vérités immuables et intemporelles.

A l'image de la société, chiffre et droit et, par suite, chiffre et justice entretiennent des rapports qui ne sont pas nouveaux. Outil d'aide à la décision, « *les chiffres sont aux analystes ce que les lampadaires sont aux ivrognes : ils fournissent bien plus un appui qu'un éclairage* »⁶. On songe, d'une part, au rapport du chiffre à la justice, avec l'effort constant de chiffrage de la justice, celle-ci étant prise ici comme une administration productrice de prestation.

3 F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contrepoison », in *L'accélération du temps juridiques* (dir) P. GERRARD, F. OST et M. van KERCHOVE, Publications des fascicules universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 776 et s.

4 Dictionnaire le Petit Larousse illustré, 2011, p.194.

5 P-Y. GAUTHIER, « Nombres du droit », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, Paris, 2019, p. 1069.

6 J. DION, Quotidien Le Devoir, 4 juin 1997

Cette tendance au chiffrage de la justice, sous la poussée des tenants de l'analyse du droit aux fins d'en assurer l'efficacité économique n'est pas prise en compte par la présente réflexion. Ce n'est pourtant pas que la Cour constitutionnelle béninoise y soit indifférente. Sans succomber à la quantophrénie contemporaine, on peut constater avec satisfaction que depuis la présidence génitrice de madame Elisabeth K. POGNON⁷, en passant par celles de madame Conceptia D. OUINSOU⁸, la présidence du Bâtonnier Robert DOSSOU⁹, dédicataire de la présente étude, fut particulièrement attentive à la dimension quantitative de la jurisprudence de la haute juridiction. Ce recours aux chiffres à finalité statistique est un indicateur d'intérêt, de valeur et de qualité de l'exécution par la Cour de ses missions constitutionnelles.

On songe, d'autre part, au rapport du droit (et de la justice) au chiffre, c'est-à-dire, à la valeur du chiffre dans le droit d'une manière générale et dans la justice de manière particulière. L'on sait, en droit privé comme en droit public, que le chiffre donne sens à la règle abstraite au sens de *regula*, c'est-à-dire de la régulation du commerce ou de la transaction sociale et du Droit au sens de *directum* ou de *dirigere*, c'est-à-dire de prescription ou de commandement, en forme de lignes socialement infranchissables par les sujets de droit. Par le chiffre, le droit célèbre ses noces avec le temps et la matière.

Il en est ainsi des chiffres qui figent le droit subjectif dans le temps et qui donnent au juge l'habilitation de dire le droit afin de mieux rendre la justice. Il en est ainsi, des délais qui n'ont de sens que la traduction du passage du temps, soit pour effacer le droit,

7 7 juin 1993-7 juin 1998. Sous cette mandature, 431 décisions ont été rendues.

8 7 juin 1998- 6 juin 2003 et du 7 juin 2003 au 6 juin 2008. Sous l'ensemble des mandatures présidées par elle, 1824 décisions ont été rendues.

9 Juin 2008-Juin 2013. Sous cette mandature 883 décisions ont été rendues.

par la prescription extinctive du droit¹⁰ ; soit pour constituer le droit subjectif en le faisant acquérir au sens de prescription acquisitive de droit ou usucapion.¹¹ De droit commun ou abrégé, la prescription n'a cependant pas l'exclusivité du rapport du droit au temps. La péremption¹² ou la caducité¹³ énoncent également en chiffres le temps qui passe sur les terres du droit. Mais l'intemporalité à également ses chiffres, comme si ceux-ci empreignent le temps dans sa complétude en lien avec le droit. Aussi bien, la perpétuité, en matière pénale¹⁴ comme en matière civile, en ce qui concerne certaines voies de recours qu'en ce qui concerne la protection de la propriété¹⁵ se perçoivent sur le terrain de sa réalisation que par les événements ou les conditions de sa levée. Bien plus, la loi elle-même, la protection des droits, subjectifs ou fondamentaux¹⁶ dont elle dispose, substantiels ou procéduraux¹⁷, les obligations qu'elle prescrit, sont enserrées dans des chiffres qui en assurent l'information, la concrétisation ou la réalisation, parfois par l'accomplissement de formalismes qui élèvent

10 Le délai de prescription est celui au terme duquel les droits subjectifs s'éteignent à la suite de l'écoulement d'un temps. Le délai de prescription, en droit commun béninois est de 30 ans. Mais la prescription peut être abrégée. V°, D.C. SOSSA, J. DJOGBENOU, E. MONTCHO-AGBASSA, Introduction à l'étude du droit, Perspectives africaines, éditions du Credij, 2020 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit civil plus attractif et plus sûr ? Regards sur les réformes du droit des obligations et de la prescription », Mélanges en l'honneur de J.L. VALLENS, Joly éd., 2017Hugues KENFACK, Le temps et le bail commercial (À propos de la prescription extinctive), Mélanges en l'honneur de J. Mestre, LGDJ, 2019, p. 567

11 idem.

12 Anéantissement d'un acte, perte d'un droit, résultant en général d'un défaut de diligence dans un certain temps. Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 747. Plus spécifiquement, la péremption d'instance est prévue par les articles 471 et s. du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin.

13 Etat de non-valeur se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur, que cet anéantissement s'opère de plein droit du seul fait de la défaillance de la condition. Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 142

14 J. PRADEL, Procédure pénale, 16^e éd., CUJAS, 2011, n°993

15 TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit des biens*, 9e éd. Dalloz 2014, n° 138 et s.

16 J. DJOGBENOU, « La contractualisation de l'instance civile en droit béninois », *Annales africaines*, 2019 ; v. aussi, J. DJOGBENOU, « L'action en justice dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA », in RBSJA, n°40, 2018, p. 11 et s.

17 Sur les critères de distinction, v. J. DJOGBENOU, « La contractualisation de l'instance civile en droit béninois », *op. cit.*, spéc. les développements sur La disponibilité hypothéquée des droits substantiels fondamentaux.

la communauté des sujets de droit en témoins de leur reconnaissance, de leur opposabilité, de leur exigibilité, de leur attribution et des transactions admises par le législateur. Il en est ainsi des délais de promulgation et de publication de la loi¹⁸ ; des délais d'information du débiteur de l'exigibilité des prestations prescrites par les lois et les conventions ; de ceux dans lesquels les contestations ou recours doivent être élevés ; de ceux dans lesquels les jugements doivent être prononcés¹⁹ etc.

Nécessairement abstraits, les chiffres du droit n'inspirent, à première vue, aucune interpellation. Leur fréquence et leur récurrence ne frappent que l'esprit le plus singulier et le plus iconodoule. A peine, s'interroge-t-on, en effet, sur la récurrence des chiffres 3, 8 et 15 qui irriguent les règles de procédures, individuelles et collectives, civiles et commerciales, judiciaires et d'exécution²⁰.

La justice constitutionnelle qui assure la centralité du droit positif dans un Etat démocratique n'échappe guère à la fascination du chiffre. Cette justice constitutionnelle dont l'objet est le contrôle de la fondamentalité de la norme et du droit est caractéristique de l'Etat de droit²¹ dont la dimension universelle, depuis que la démocratie libérale²² a conquis maints rivages où régnaient différentes formes de monocratie, n'est plus discutée.

18 Article 57 de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

19 J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale administrative et des comptes*, 2ed., 2018.

20 V° J. DJOGBENOU, L'exécution forcée en droit OHADA, 2^e éd., 2011, 338 p.

21 J. CHEVALLIER, « La mondialisation de l'Etat de droit », Mélanges offerts à Philippe ARDANT, *Droit et politique à la croisée des cultures*. Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 325 et s.

22 Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 108.

Avec la constitutionnalisation des sources de l'ensemble des disciplines juridiques²³, la justice constitutionnelle s'élève progressivement à la dignité d'architecte juridique d'une société constamment en quête de solidité et de solidarité d'un univers conçu par et construit sur le droit. Ce n'est donc pas surprenant qu'au cœur de la géométrie sociale, les chiffres y aient une signification particulière.

A l'égard de la justice constitutionnelle, le chiffre, sous la robe anodine de signes numériques, paraît traduire des symboles suggestifs de sa véritable nature, qu'un effort de dévoilement permet d'élever au mieux à la lumière. Puisqu'à la vérité, ces chiffres articulent une double symbolique : celle de la sagesse (I) et celle du pouvoir (II).

I - LA SYMBOLIQUE DE LA SAGESSE

Les « sages » ! C'est par ce groupe nominal que la commune renommée réfère les membres de la Cour constitutionnelle. Cette référence n'est pas, loin s'en faut, une spécificité béninoise. Elle semble bien ancrée dans le discours médiatique et politique. Il faut rechercher, non pas exclusivement dans les lettres, mais nécessairement dans les chiffres, la justification de cette distinction sociale. A l'évidence, l'enchevêtrement de l'imparité (qui caractérise la masculinité, le chiffre mâle) et la parité (qui caractérise la féminité, le chiffre femelle) ainsi que la posture déterminante du chiffre 7 qui incarnerait la sagesse pourraient inspirer les réponses adéquates. Autant affirmer qu'au plan symbolique, les chiffres traduisent aussi bien la sagesse transcendante (A), immanente (B) que relationnelle (C).

23 La constitutionnalisation du droit est le processus qui, par le moyen du principe de constitutionnalité, concourt à assurer l'unité du droit ou de l'ordre juridique en donnant un socle commun à l'ensemble des branches du droit. Elle peut être directe ou indirecte. La constitutionnalisation directe est une constitutionnalisation des sources du droit. C'est un phénomène qui correspond à une élévation de la valeur juridique de certaines règles de droit qui paraissent plus importantes que d'autres, mais qui n'ont pas reçu de consécration constitutionnelle implicite. On parle de constitutionnalisation indirecte, de constitutionnalisation du fond du droit, lorsque l'interprétation de la Constitution retenue par le juge constitutionnel va avoir un effet sur l'ordre juridique et surtout sur les interprétations retenues par les juridictions ordinaires. (L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235).

A - La sagesse transcendante

Le positionnement au sommet de la hiérarchie juridictionnelle place la juridiction constitutionnelle dans une verticalité transcendante d'où elle est présumée puiser une sagesse nécessaire à l'ampleur des pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution et à la mesure de la gravité des circonstances de mise en œuvre de ces pouvoirs. Juridiquement, historiquement et spirituellement, la dignité de la sagesse à laquelle est élevée la Cour constitutionnelle a-t-elle un lien au chiffre sept ?

Juridiquement, c'est l'article 115 de la Constitution qui fige la composition de la juridiction par le chiffre 7 : « La Cour constitutionnelle est composée de sept membres... ». Historiquement, c'est depuis l'antiquité grecque que l'invocation de la sagesse renvoie au chiffre 7, avec, notamment, ce conclave des anciens au nombre de 7, politiques, législateurs et philosophes dont la perspicacité de l'opinion faisait référence et unanimité. Evidemment, si l'on songe à la perfection à laquelle renvoie le chiffre 7 que l'on retrouve dans la création²⁴ ou les merveilles du monde²⁵, échos exemplaires des 7 années nécessaires au roi Salomon pour construire le Temple de Jérusalem²⁶ ou encore chez les chrétiens, les vertus théologiques et cardinales que sont la foi, l'espérance, la charité, la prudence, la tempérance, la force et la justice, on retrouve idéalement la source de la sagesse incarnée par la justice constitutionnelle. Faut-il alors inférer de la verticalité institutionnelle et fonctionnelle de la justice constitutionnelle les éléments de son statut et la particularité de ses représentations ?

Il résulterait en effet de la sagesse transcendante de la justice constitutionnelle que celle-ci échappe à la temporalité. Considérée

24 Genèse chapitre 2 versets 1 à 3 ; Référence coraniques.

25 Les jardins suspendus de Babylone, la statue en or et ivoire de Zeus à Olympie, le temple d'Artémis à Ephèse, la pyramide de Khéops en Egypte, le tombeau de Mausole à halicarnasse en Carie, le Colosse de Rhodes, le phare d'Alexandrie.

26 Premier Livre des Rois, 6, 38.

comme le temps soumis à l'expérience, la temporalité produit des effets sur la justice lorsqu'elle est soumise à son examen les éléments susceptibles d'être soumis à la transformation et au changement, tels que le litige, l'intérêt et la qualité des parties dans un contentieux à caractère subjectif. Or, la caractérisation générale et abstraite de l'objet et de la finalité de la justice constitutionnelle que justifie le caractère objectif du contentieux qui la meut exclut ou à tout le moins réduit au plus fort, la pression du temps sur la justice constitutionnelle.

Aussi, cette double caractérisation abstraite et objective de la justice constitutionnelle triomphant des effets de la temporalité agit-elle aussi bien sur les protagonistes de l'instance que sur le pouvoir du juge constitutionnel²⁷.

1°) L'effet sur les protagonistes de l'instance constitutionnelle

L'accès à la justice constitutionnelle procède d'une désignation objective qui échappe aux considérations subjectives sous l'effet du temps. Chaque citoyen et, au-delà, chaque sujet de droit²⁸ apparaissant comme un « procureur de l'ordre constitutionnel », le cercle des requérants qui inclut les institutions constitutionnellement désignées, est potentiellement important, d'autant que les conditions du droit d'agir sont plus souples : « L'attribution *a priori* d'un droit de saisine dispense donc le juge constitutionnel de s'assurer de l'intérêt à agir de celui qui intente le recours »²⁹. Le droit d'agir,

27 J. DJOGBENOU, « Les parties dans un procès constitutionnels » *In* Mélanges N. DIOUF, *Justice et intégration, tome 1 : Justice*, les Editions du CREDIJ et de l'ERSUMA, pp. 200 et s.

28 Conformément à l'article 39 de la Constitution béninoise, aussi bien tout « citoyen », que tout « étranger », peut introduire un recours en annulation. G. BADET, *Les attributions originales de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, Imprimerie COPEF, 2013, p. 190.

29 Au Bénin, aucune exigence de démonstration de leur intérêt ne soit demandée aux autorités politiques dans le cadre du recours *a priori*, domaine dans lequel, seules les autorités politiques disposent du droit de recours. Dans tous ces cas, dans la mesure où le constituant ou le législateur désigne les saisissants, l'intérêt se confond avec la qualité pour agir, le juge se contentant simplement de s'assurer de la qualité de celui qui le saisit. G. BADET, *Les attributions originales de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, Imprimerie COPEF, 2013, p. 199.

placé sous le prisme de l'intérêt est neutralisé. Seuls compte le pouvoir conféré par la Constitution dont les citoyens et les autorités publiques sont pourvus, dont la finalité est de mettre en mouvement la mécanique juridictionnelle de la Cour constitutionnelle. Or, à l'exception du contrôle de constitutionnalité auquel la loi peut être soumise avant sa promulgation, celle-ci devant intervenir selon les termes des alinéas 2 et 3 de l'article 57 de la Constitution, dans les quinze jours, ou, en cas d'urgence, dans les cinq jours, qui suivent sa transmission au président de la République par le président de l'Assemblée nationale, la saisine de la Cour Constitutionnelle n'est enserrée dans aucun délai. Cette objectivation, on le devine, provient de la vocation naturelle du contrôle de constitutionnalité à assurer l'intégrité de l'ordonnancement. « L'action des particuliers se trouve, en quelque sorte, captée par l'effet attractif de l'intérêt général »³⁰. Le litige concret est alors relégué au second plan comme simple élément déclenchant du contentieux. Il s'ensuit que le désistement d'action n'est pas possible³¹, le requérant n'étant qu'un délégataire d'une action à la correction de l'ordre juridique.

2°) L'effet sur le pouvoir du juge constitutionnel

Le juge constitutionnel est davantage le gardien de l'ordre juridique dont la Constitution est la source. C'est l'éminence et le culte voué à cette mission qui conduisent le juge à avoir une emprise sur la détermination du litige, échappant là aussi à l'emprise de

30 T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, p. 63.

31 Devant les juridictions civiles et administratives, le désistement est permis, assimilé à une renonciation, il est le corollaire inversé du droit d'agir. Celui qui a initié une action en justice doit pouvoir y mettre fin. Devant les juridictions constitutionnelles, l'application de ce principe est bien plus limitée. C'est en matière de recours intentés par des requérants institutionnels que les juges constitutionnels font preuve des plus fortes réticences envers le désistement. La France offre, de ce point de vue, un exemple significatif, puisque hormis les cas de fraude, d'erreur matérielle ou de vice du consentement, le Conseil constitutionnel rejette toute demande de retrait d'une saisine. Une fois déclenché, le recours échappe définitivement aux requérants qui ne peuvent y renoncer. T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Collection de droit public comparé et européen, ibid.

la temporalité. La « chose » est moins « jugée » que le sens de la Constitution et donc du droit « révélé ». Lorsqu'en son article 124 al. 2, la Constitution dispose que « les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours », il ne semble pas conforme à la finalité de la justice constitutionnelle d'y voir un avatar de la chose jugée au sens du droit civil³² et du droit processuel³³. Une lecture de cette disposition en lien avec l'objet du recours (contrôle de constitutionnalité, mise en œuvre du pouvoir de régulation), et de sa finalité principale (expurgation de l'ordre juridique dont la Constitution est la source des malformations qui s'y sont insérées), la chose jugée ne pouvant éventuellement être admise que dans les hypothèses du contentieux des élections législatives et présidentielle. La Cour constitutionnelle a pu alors affirmer, dans une décision de principe, que « lorsqu'une requête élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office... »³⁴.

Les droits fondamentaux, les principes à valeur constitutionnelle ou les impératifs constitutionnels constituent ainsi une partie du manche du glaive de la justice constitutionnelle indifférente au temps. Sous la même échappée à la temporalité inspirée de la sagesse transcendante, l'autre partie du manche du glaive de la justice réside dans le rapport de la Cour à sa propre décision. Puisque son office se définit sous l'onction, non de la « chose jugée » mais de la « norme interprétée », la Cour exclut toute vocation à l'irrévocabilité de son interprétation.

Elle a pu en effet considérer dans une autre décision de principe que « ... l'application des dispositions de l'article 124 al. 2 et 3 de la

32 N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de J.-F. Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 199.

33 G. WIEDERKHER, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », *Etudes offertes à J. NORMAND*, 2003 p. 507.

34 Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, in *RCC*, n°000, Cotonou, 2019, p. 164.

Constitution ne s'oppose pas à l'examen d'une loi ou de certaines de ses dispositions dont l'application révèle une contrariété à un droit fondamental ou à une liberté publique ; que la Cour constitutionnelle peut revenir sur ses propres décisions en ce qui concerne notamment le contrôle de constitutionnalité des lois si un contrôle antérieur y a laissé subsister une atteinte sérieuse à un droit fondamental garanti par la Constitution ou à une norme de référence du contrôle de constitutionnalité, à condition que le recours soit a posteriori par voie d'action ou d'exception, dans les termes de l'article 122 de la Constitution et que la loi en question ait été préalablement adoptée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution afin que l'application en révèle les contrariétés dénoncées »³⁵.

Sous la perspective de la sagesse transcendante, on peut donc identifier les symboles de la justice constitutionnelle.

Le bandeau, suggérant la cécité voulue de *Thémis* ou de *Justitia*, déesse grecque ou romaine, incarnant l'impartialité, c'est-à-dire une neutralité stricte à l'égard des parties ne semble pas représentative de la justice constitutionnelle. La raison essentielle est qu'il n'y a pas de partie au sens de la réalisation des droits subjectifs devant la justice constitutionnelle. Par suite, les incidents qui ont leur fondement dans le caractère partisan du contentieux ne sauraient être invoqués devant la juridiction constitutionnelle. Il en est ainsi de la récusation³⁶, du renvoi pour cause de suspicion légitime³⁷ et du désistement, d'action³⁸ ou d'instance³⁹. Il est possible qu'un membre de la juridiction fasse valoir son droit à s'abstenir⁴⁰ dans l'examen d'une affaire, soit pour

35 Décision DCC 21-269 du 21 octobre 2021.

36 Art. 425 du code de procédure civile.

37 Art. 440 du code de procédure civile.

38 Art. 469 du code de procédure civile.

39 Art. 479 et s. du code de procédure civile.

40 DCC 18-128 du 21 juin 2018, DCC 18-129 du 21 juin 2018, DCC 18-132 du 21 juin 2018, DCC 18-133 du 21 juin 2018, DCC 18-155 du 24 juin 2018, DCC 19-010 du 24 janvier 2019, DCC 19-311 du 05 septembre 2019, DCC 20-029 du 23 janvier 2020, DCC 20-363 du 27 février 2020.

une raison objective, soit encore pour une raison subjective justifiée par sa conscience. En revanche, le contentieux constitutionnel à un caractère essentiellement partisan en étant tendu vers la protection de la Constitution et de l'ordre juridique qui en résulte.

La balance, est représentative de la justice constitutionnelle au sens du rapport à la loi fondamentale. Est juste l'obéissance à la loi, prise au sens de Platon, comme vertu principielle qui commande la vie à l'égard de soi et à l'égard d'autrui, de sorte que, est injuste, qui ne respecte pas la loi. C'est sous cette vue que Aristote définit *la justice générale*, traduction d'une vertu globale. La doctrine chrétienne emprunte à la pensée aristotélicienne cette perspective de la justice comme une vertu globale que Saint-Augustin élargira aux rapports entre l'homme et Dieu. La justice qui est respect de la loi, comprend également la loi comme étant les commandements de Dieu. La loi à laquelle renvoie le symbole de la balance est la Constitution. Il ne s'agit donc pas de la justice particulière, à intensité individuelle, commutative, correctrice ou distributive.

Le glaive qui symbolise la force de commandement et la puissance directive de la justice est le symbole qui incarne le mieux la justice constitutionnelle. Par le glaive, la juridiction constitutionnelle impose la restauration de l'ordre social rompu par la violation de la Constitution. Le glaive légitime la suprématie des décisions de la haute juridiction et assure l'impérativité de ses injonctions. La sagesse transcendante n'est ni exclusive ni isolée. Elle ouvre et renforce la sagesse immanente.

B – La sagesse immanente

Si le positionnement transcendantal produit sur les membres de la juridiction l'inspiration à la modération, au détachement et à la prudence, l'institution paraît calibrée et destinée à inciter à cette sagesse indispensable à l'accomplissement par elle de ses missions constitutionnelles. Toutefois, la fonction de la justice

constitutionnelle n'est plus réduite à la traditionnelle garantie de la suprématie de la Constitution, car la protection des droits et libertés des citoyens s'inscrit indéniablement dans la fonction de toute juridiction constitutionnelle. Le professeur André ROUX écrit que « *La garantie de la Constitution n'est pas seulement nécessaire pour assurer la cohérence et la validité du système normatif.*

Elle vise aussi à protéger les droits et libertés des individus contre les atteintes du législateur, tant il est vrai, que si la loi, expression d'une volonté générale irréprochable, a longtemps été considérée comme devant être exemptée de tout contrôle de constitutionnalité, il est apparu que la loi, en tant qu'expression de la volonté du pouvoir politique majoritaire, pouvait présenter une menace pour les droits fondamentaux »⁴¹. À cet égard, la mission du juge constitutionnel béninois est double. Il doit principalement s'assurer de purger l'ordre juridique de tout acte normatif et extra normatif contraire à la Constitution, mais aussi de soumettre l'État au droit en garantissant aux citoyens l'égalité et la liberté⁴².

Des mécaniques institutionnelle et juridictionnelle de la Cour constitutionnelle, jaillit en effet une raison justicielle au sens de sa propre conception du juste. Cette raison justicielle incubatrice de la sagesse immanente de la justice constitutionnelle a le chiffre en miroir et en distance dans le périmètre privilégié de la garantie des droits fondamentaux et des libertés publiques ainsi que dans celui de la régulation.

1°) La raison justicielle dans la garantie des droits fondamentaux

A l'aune des garanties fondamentales du droit à la liberté individuelle de mouvement, la Cour constitutionnelle s'efforce non

41 A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », in Troper (M.), Chagnollaud (D.), (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, 2012, p. 108.

42 Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p.101-114.

sans difficulté de structurer cette raison justicielle au regard des chiffres qui en tracent les sillons.

La question du délai de privation de la liberté individuelle au cours de l'enquête préliminaire ne semble plus se poser, à la suite des décisions à caractère disciplinaire rendues par la Cour constitutionnelle à l'endroit des officiers de police judiciaire⁴³ à la lumière de l'article 18 alinéa 4 de la Constitution. Disposant en effet que « *Nul ne peut être détenu pendant une durée supérieure à 48 heures que par la décision d'un magistrat auquel il doit être présenté. Ce délai ne peut excéder une période supérieure à huit jours* », la Constitution établit un paramétrage temporel de l'intervention d'un magistrat⁴⁴ et du délai au-delà duquel la garde-à-vue ne peut être admise.

Cependant, la question de la détention avant jugement, nécessairement provisoire et requis par le juge en charge de l'instruction soulève quelques difficultés sous le rapport de la mise en œuvre des prescriptions de la Constitution. Il faut rappeler que sous le double fondement des articles 15 al. 1 de la Constitution et 6 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, la fondamentalité du droit et la liberté sont reconnues et garanties. Si l'article 15 al. 1 de la Constitution dispose que « Tout individu a droit à la vie, **à la liberté**, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne », l'article 6 de la CADHP impose que « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne.

Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement ». Pour en assurer l'effectivité et prévenir à la fois l'arbitraire et l'abus dans l'administration de la détention provisoire, le législateur a veillé à encadrer celle-ci dans le

43 Décisions DCC 95-035 du 1^{er} septembre 1995 ; DCC 96-016 du 28 février 1996 ; DCC 20-001 du 09 janvier 2020, DCC 21-003 du 7 janvier 2021.

44 L'article 58 du code de procédure pénale du Bénin prévoit qu' « une personne ne peut être placée en garde à vue que si la mesure garantissant le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs est l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants... », V° J. GUERIN, « L'évolution de la notion de garde à vue », RPDP, 2000, 16.

code de procédure pénale⁴⁵. Si l'alinéa 2 de l'article 147 du Code de procédure pénale pose en principe que « aussi longtemps que le juge d'instruction demeure saisi de l'affaire, la détention provisoire ne peut excéder six (06) mois », l'alinéa 5 pose les bornes temporelles au-delà desquelles le maintien en détention constituerait un abus. Au sens de l'alinéa 5 de l'article 147 « aucune prolongation ne peut être ordonnée pour une durée de plus de six (06) mois, renouvelable une seule fois en matière correctionnelle et six (06) mois renouvelables trois (03) fois en matière criminelle hormis les cas de crime de sang, d'agression sexuelle et de crimes économiques ». Il n'en faut pas davantage pour que la Cour constitutionnelle en tire les conséquences dans sa mission de garantie de cette liberté.

Elle distingue entre détention arbitraire et détention abusive. Est arbitraire, la détention provisoire sans titre de détention ou sur le fondement d'un titre de détention dégénéré ou privé d'effet juridique par suite de non renouvellement⁴⁶. Toutefois, une difficulté surgit lorsque, l'instruction est clôturée dans le délai, la personne reste détenue en attendant son jugement, alors même que le titre de détention serait expiré. Dans cette hypothèse, le juge constitutionnel conclut au caractère arbitraire de la détention⁴⁷, appelant implicitement au jugement de la personne détenue dès la fin de la détention provisoire consécutive à la clôture de l'information ou à sa remise en liberté. Cela dit, la position de la Cour constitutionnelle pourrait évoluer si une lecture finaliste de l'article 147 al. 2 du Code de procédure pénale était retenue. En fixant, en effet, le délai de principe de la détention provisoire à six (06) mois « aussi longtemps que le juge d'instruction est saisi de l'affaire », la juridiction constitutionnelle ne peut s'empêcher d'en inférer que les limites temporelles prévues par ce texte ne peuvent être retenues qu'à la condition que l'information

45 Loi n°2012-15 du 18 mars 2013 modifiée successivement par les lois n°2018-14 du 2 juillet 2018 et la loi n°2020-23 du 29 septembre 2020.

46 DCC 19-298 du 29 août 2019, *Maurial Elagnon HOUSSOU*.

47 DCC 12-158 du 16 août 2012 et DCC 13-024 du 21 août 2013.

n'ait pas été clôturée. La détention consécutive à la clôture de l'information ne peut alors être examinée sur le fondement de l'article 147 du Code de procédure pénale. En l'absence de l'intervention du législateur, la situation carcérale de la personne détenue se confondrait sans doute avec sa situation procédurale sur le terrain du droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

Est abusive la détention provisoire qui excède les bornes fixées⁴⁸ par l'article 147 alinéa 5 du Code de procédure pénale. A ce sujet, le dépassement excessif du délai ne pose pas de difficultés majeures et la Cour constitutionnelle en constate sans hésitation l'abus, tantôt sous la sanction de l'article 35 de la Constitution⁴⁹, tantôt en jugeant que de telles violations de la loi fondamentale ouvre droit aux dommages-intérêts au profit de la victime⁵⁰. Elle a retenu par un considérant de principe que « *dans le domaine de la justice et particulièrement lorsqu'est en cause la liberté d'un citoyen, tout juge est tenu aux meilleures diligences pour faire aboutir toute procédure pénale dans un délai raisonnable* »⁵¹. Elle a pu décider aussi que le délai d'instruction d'un dossier ayant fait écouler près de dix-sept ans de détention provisoire, est anormalement long⁵², et a estimé dans un autre recours que l'argument du dysfonctionnement d'un cabinet d'instruction dû aux mutations du juge et du greffier du tribunal de première Instance de première classe de Porto-Novo ne peut justifier le dépassement de la durée légale de six (06) mois de détention provisoire⁵³.

Est également abusive, sous le fondement de l'article 149 du code de procédure pénale, la détention provisoire qui en excède l'objet, c'est-à-dire qui n'est pas nécessaire à l'instruction de l'affaire par le juge.

48 Elle est de 18 mois en matière délictuelle et de 30 mois en matière criminelle à l'exception des infractions sexuelles et de sang de même que les crimes économiques.

49 DCC 16-125 du 18 avril 2016, *Pascal HOSSOU*.

50 DCC 02-058 du 04 juin 2002, *Adèle FAVI*.

51 DCC 12-158 du 16 août 2012, DCC 14-108 du 03 juin 2014, DCC 19-298 du 29 août 2019.

52 Décision DCC 19-228 du 29 août 2019, *Benoit AVISSIKINDE*.

53 Décision DCC 19-295 du 29 août 2019, *Arnaud BANKOLE*.

Finalement, c'est l'appréciation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁵⁴ qui interpelle la sagesse de la juridiction constitutionnelle.

De l'énoncé de l'article 7.1-d de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, « le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale » est opposable à toutes les juridictions relevant du pouvoir judiciaire, quelles que soient les matières, et quel que soit le niveau dans la hiérarchie judiciaire. Ce droit est également opposable aux organes administratifs à caractère juridictionnel, notamment les autorités administratives indépendantes ayant une compétence juridictionnelle, les conseils disciplines des administrations publiques ou privées. Toutefois, de ce que l'appréciation de la conformité à la Constitution de ce délai appelle la raison du juge constitutionnel, on peut en déduire son caractère dynamique, circonstanciel et particulariste. Il appartient au juge constitutionnel de relever des circonstances de l'affaire et des particularités du dossier quant aux intérêts en cause, du comportement de la juridiction et des acteurs pour forger son jugement. Indéniablement, la matière pénale pose les pierres du repère par lequel la justice constitutionnelle fixe sa raison sur le délai. L'article 147 alinéa 6 dispose en effet que : « Les autorités judiciaires sont tenues de présenter l'inculpé aux juridictions de jugement dans un délai de : - cinq (05) ans en matière criminelle ; - trois (03) ans en matière correctionnelle. En matière de crimes économiques, l'inculpé peut être poursuivi sans mandat s'il offre, soit de consigner immédiatement la moitié des fonds mis à sa charge, soit s'il justifie des biens réels mobiliers et immobiliers suffisants qu'il affecte en garantie par acte notarié ». C'est sous ces indications que la haute juridiction

54 J. DJOGBENOU, « Délai raisonnable », observations sur DCC 03-144 du 16 octobre 2003 » in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle*, Dossier Spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012), 2013, ABDC, pp.592-595.

répute contraire au droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁵⁵, la non présentation de l'inculpé devant la juridiction compétente aux conditions énoncées par la disposition rappelée.

Toutefois, lorsque le délai légal est à peine atteint, la Cour devra se garder de procéder à un calcul d'apothicaire et ne retenir l'abus que de ce que les éléments du dossier recèlent comme particulièrement attentatoires à la liberté de mouvement.

En termes de délai imparti à la Cour pour rendre sa décision en matière de droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques, un amalgame semble éclore entre les délais prévus par les articles 120 et 121 de la Constitution béninoise. En effet, tandis que l'article 120 de la Constitution dispose que « *la Cour constitutionnelle doit statuer dans le délai de quinze jours après qu'elle a été saisie d'un texte de loi ou d'une plainte en violation des droits de la personne humaine et des libertés publiques* », l'article 121 alinéa 2 dispose quant à lui qu' « *elle se prononce sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours* ». À la lecture de ces deux articles, deux différents délais s'imposent au juge en matière de recours constitutionnel sur plainte de violation des droits de la personne humaine et des libertés publiques. L'article 120 prévoit un délai de quinze jours, tandis que l'article 121 prévoit un délai plus court de huit jours. On peut s'interroger sur le point de savoir lequel, des deux délais s'imposera au juge constitutionnel.

En recourant au principe de la *lex specialis*, l'on constate que l'article 121 alinéa 2 est plus spécifique aux violations des droits de la personne humaine. Cet article précise que la Cour « *statue plus*

55 Voir Décision DCC 03-144 du 16 Octobre 2006 et plus généralement, E. C. MONTCHO-AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé* ; Thèse de doctorat unique en droit, Université d'Abomey-Calavi, 2009, 347 p.

généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours ». On en déduit qu'en matière de plainte constitutionnelle pour violation des droits fondamentaux de la personne humaine, c'est le délai de jugement de huit jours qui s'impose au juge constitutionnel⁵⁶. Mais il est arrivé que le juge ait méprisé ces délais constitutionnels. Il en a été ainsi pour une requête introduite le 20 avril 1994 qui ne sera jugée que le 18 février 2003, soit plus de huit ans après. Le délai de jugement constitutionnel l'a été de neuf ans six mois dans le dossier Secrétaire général du syndicat national unifié des travailleurs des travaux publics⁵⁷, et de huit années pour la Décision DCC 13-086 du 16 août 2013, Serge Roberto PRINCE AGBODJAN.

2 – La raison judiciaire dans l'exercice du pouvoir de régulation

Le pouvoir de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics dont la Cour constitutionnelle est dépositaire⁵⁸ n'est pas une fiction institutionnelle. Considérée comme une « *expression [...] suggestive autant qu'imprécise* »⁵⁹, ou encore comme « *une notion vague et générale [...] susceptible d'une approche subjective [...] une notion influencée par la pratique des institutions politiques* »⁶⁰, la régulation apparaît comme la solution juridique à la nécessité de « *lubrification* »⁶¹ politique aux conflits inter-organiques consubstantiels à l'articulation des pouvoirs dans

56 Il faut relever qu'à la l'examen de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin, dans sa décision DCC 18-119 du 19 avril 2018, Serge Roberto PRINCE AGBODJAN, la Cour semble opter pour le délai de quinze jours comme le délai s'imposant à elle en matière de contentieux des droits de la personne humaine.

57 Décision DCC 03-003 du 18 février 2003, Secrétaire général du syndicat national unifié des travailleurs des travaux publics, Agossou Jean Sourou, Recueil 2003, p. 21.

58 Article 114 de la Constitution.

59 J. GICQUEL, préface à N. Barbaroussis, *La fonction régulatrice du Président de la République hellénique*, Paris, L.G.D.J. 2000, p. 257, cité par N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Éditions L'Harmattan, 2020, p. 24.

60 *Ibidem*.

61 G. BADET, « Contribution des mandatures OUINSOU (1998-2008) à l'émergence d'une conception béninoise de la fonction de régulation », in Etudes OUINSOU, Cour constitutionnelle, Cotonou, 2022.

un régime démocratique. En dépit des controverses doctrinales⁶², on s'accorde sur les vertus de ce pouvoir, notamment la possibilité qu'elle offre à la haute juridiction de dépasser le contrôle des normes pour effectuer un « contrôle de comportement »⁶³ des autorités en charge de l'exercice des pouvoirs publics, lorsque ce comportement a pour effet de bloquer le fonctionnement normal des institutions de la République ou que, ce fonctionnement ne peut objectivement être assuré du fait de la survenance d'événements imprévisibles et insupportables. Au fond, c'est dans ce rôle que l'attribut de sage est le plus significatif dans le but de pacifier le débat public. Elle ne se contente pas seulement de faire observer le respect de ses normes de référence. Elle intervient dans l'enceinte de l'institution concernée, constate, note, évalue et apprécie la manière de se comporter des acteurs, assure une salubrité institutionnelle pour lever les obstacles identifiés et dénoncés. Le pouvoir de régulation institue, au profit de la cour constitutionnelle, une magistrature managériale et l'élève en préfet de police institutionnelle en cas de nécessité. Aussi, les décisions qu'elle est amenée à prendre dans ce cadre, notamment l'obligation de faire ce qu'elle prescrit consécutivement à l'injonction décisive qu'elle ordonne, procède-t-elle d'une analyse raisonnée.

Les chiffres y sont donc indéterminés, en l'absence d'une prédétermination. L'œuvre de justice résulte de l'intelligence et de l'expérience des sages, dont certains, heureusement, ne sont pas que des géomètres du droit. L'échevinage originaire de la composition de la Cour avec la présence des « personnalités de grande réputation professionnelle » comme l'exige l'article 115 al. 3-3 de la Constitution garantit le recours à cette sagesse fondée sur la raison. Leurs expériences sociale, politique et professionnelle

62 D. KOKOROKO, A. KPODAR, « Controverse doctrinale », in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle*, Dossier Spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012), 2013, ABDC, pp. 698 et s.

63 G. BADET, *idem*.

renforcent celles juridictionnelle, institutionnelle et administrative des « magistrats » et des « juristes de haut niveau ».

Sous cette vue, la Cour a pu décider que « *la doyenne d'âge doit convoquer l'Assemblée nationale dès la date de la présente décision et poursuivre sans discontinuité⁶⁴, c'est-à-dire au cours de la même séance⁶⁵, l'élection des autres membres du Bureau, [qu'] en cas de résistance, il sera procédé immédiatement à son remplacement par le doyen d'âge suivant, et ainsi de suite jusqu'à l'aboutissement du processus électoral, le tout devant s'accomplir impérativement dans les 48 heures de la date de la présente décision⁶⁶; (...) en tout état de cause, le bureau de l'Assemblée nationale devra être installé au plus tard le mercredi 14 mai 2003 à minuit* »⁶⁷.

C'est également dans cet esprit, qu'en matière d'organisation d'élections nationales, elle enjoint à la CENA de reprendre l'élection de ses membres en lui prescrivant un délai pour y procéder⁶⁸. Elle a pu également fixer une date de prestation de serment au représentant de la Société Civile et son suppléant au sein de la CENA⁶⁹ ; ou encore au « *Gouvernement de mettre dans les vingt-quatre (24) heures, après sa décision, à la disposition de la CENA une avance substantielle de fonds pour assurer le démarrage immédiat de ses activités électorales* »⁷⁰. Elle ordonne le report de date en ce qui concerne l'élection du président de la République après avoir considéré que « *le mandat du nouveau président de la République prend effet pour compter de la date d'expiration du mandat de son prédécesseur* »⁷¹; que « *le président élu devant prêter serment le 06*

64 C'est la Cour elle-même qui met l'expression en gras.

65 Idem.

66 12 mai 2003.

67 DCC 03-078 du 12 mai 2003.

68 Décision DCC 05-124 du 07 octobre 2005, Djivo Patrick et consorts.

69 Décision DCC 05-118 du 27 septembre 2005, composantes de la société civile de la Donga, N'dah, B. Bernard.

70 Décision DCC 05-139 du 17 novembre 2005, Equité Juste et autres, Recueil 2005, p.681.

71 Décision EP 16-019 du 11 février 2016 Président de la Commission électorale nationale autonome (CENA).

avril 2016, ce délai est impératif et conditionne les autres délais »⁷², notamment « *le délai de convocation du corps électoral prévu à l'article 47 de la Constitution, à savoir, trente jours au moins avant la date d'expiration des pouvoirs du président en exercice* »⁷³. Pour répondre à la demande de report des élections sollicitée par la CENA, la Cour fait constater que l'exigence légale de cas de force majeure et de consultation de toutes les forces politiques engagées dans l'élection concernée, est remplie ; et ordonne le report de la date du premier tour de l'élection présidentielle du 28 février 2016 au dimanche 06 mars 2016 ⁷⁴. Secrétée par l'institution et exigée par elle, la sagesse immanente ne suffit pourtant pas pour asseoir la cohésion préalable entre les membres de l'institution et régler, au besoin, les incidents qui pourraient naître de leur réunion : la sagesse relationnelle paraît nécessaire à l'édification d'une justice constitutionnelle stabilisante.

C - La sagesse relationnelle

Les rapports interpersonnels de sincérité, d'exigence intellectuelle, et de rigueur auxquels sont tenus les membres de la juridiction cimentent la raison et la force de la justice dont elles assurent le service. De la qualité de la sagesse relationnelle dans l'enceinte institutionnelle, dépend celle de la sagesse de la Cour. Il n'y a pas, à proprement indiquer, des règles positives qui en posent les conditions et en déterminent la mesure.

Toutefois, le soin avec lequel le législateur s'assure de la présence continue, qualitative et quantitative, présume que cette sagesse relationnelle se construit à l'intensité de la conjugalité institutionnelle qui est fonction de la communauté de vie fonctionnelle. C'est le sens de l'attribut d'inamovibilité conféré aux membres de la Cour constitutionnelle par l'article 115 al. 1 de

72 Ibid.

73 Ibid.

74 Ibid.

la Constitution : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont inamovibles pendant la durée de leur mandat ».

C'est donc à rebours, en organisant la prévention de la rupture de cette communauté que le législateur dévoile cet objectif constitutionnel. Les chiffres y jouent un rôle manifeste. Le chiffre 20 assure les prémices puisqu'il fixe la constitution de la formation, selon les termes de l'article 20 la loi organique sur la Cour constitutionnelle : « il est pourvu au renouvellement des membres de la Cour constitutionnelle vingt (20) jours au moins avant l'expiration de leurs fonctions »⁷⁵. Il faut associer à ce chiffre, le chiffre 15 que l'article 6 de la même loi invoque pour déterminer le délai de désignation du nouveau président de la juridiction : « Le renouvellement du président de la Cour constitutionnelle a lieu quinze (15) jours au moins avant l'expiration de ses fonctions »⁷⁶. C'est aussi dans le même délai de quinze (15) jours qu'est pourvu au remplacement du membre démissionnaire pour avoir exercé ou accepté d'exercer une fonction ou un mandat électif incompatible avec la qualité de membre de la Cour constitutionnelle et constaté par cinq conseillers au moins⁷⁷. On songera surtout au membre de la Cour poursuivi dans une procédure de flagrance dans les termes de l'article 115 al. 4 de la Constitution. En pareille occurrence, le président de la Cour constitutionnelle et le président de la Cour suprême doivent être immédiatement saisis de la situation et, au plus tard, dans les quarante-huit (48) heures.

Toutefois, on peut regretter que ces considérations ne saisissent pas tous les cas de relâchement ou de rupture de continuité de la vie institutionnelle par un membre de la Cour constitutionnelle. Tel est l'hypothèse de la démission dont la cause ne réside pas dans une incompatibilité potentielle ou avérée. Telle est également l'hypothèse

75 Article 2 de la loi n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

76 Ibid., Article 6.

77 Ibid., Article 13.

du décès ou d'une infirmité définitive, dissuasive de présence du membre affecté.

II – LA SYMBOLIQUE DU POUVOIR

En droit, des chiffres constitutifs de nombre peuvent dévoiler la nature d'une réalité ou d'une institution. Même si l'attention s'y attarde le moins possible, leur résonance, singulière, renvoie l'esprit aux images ou aux références qui relèvent du sacré. Dans son esprit et par les attributions qu'il confère à la Cour constitutionnelle, le constituant semble qualifier la justice constitutionnelle de pouvoir, c'est-à-dire, d'organe ayant autorité pour commander. Ce pouvoir de commandement se traduit, en premier lieu, et selon une approche aussi bien fonctionnelle que procédurale, dans sa mission de dévoilement du sens des dispositions de la Constitution. La justice constitutionnelle assure ainsi la suprématie de la Constitution sur les autres normes juridiques⁷⁸ par le contrôle de leur validité. Elle a vocation à expurger de la Constitution, *a priori* ou *a posteriori* les malformations qui troubleraient l'ordre juridique dont celle-ci est la source. En consacrant un modèle de justice concentré, la Constitution fait du juge constitutionnel le garant de la Loi fondamentale⁷⁹.

Sa place singulière parmi les institutions constitutionnelles⁸⁰ l'établit en pouvoir juridictionnel autonome⁸¹, au frontispice de l'enceinte des pouvoirs juridictionnels au sein de l'État⁸².

78 G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », in *Droits*, 2001/2, n° 34, pp. 119 à 130.

79 K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in *Afrique juridique et politique*, Revue de CERDIP, Vol.1, n°10, juillet-décembre 2002, pp.35-86.

80 M. GLELE AHANHANZO, « Le renouveau constitutionnel du Bénin: une énigme », in *Mélanges Michel Alliot*, Paris, Puf, 2000, pp. 325-331.

81 E. AHOANKA, « Le juge constitutionnel béninois et la protection des droits fondamentaux de la personne humaine », in *RBSJA*, n° 15, Année 2005, pp. 93-120.

82 A. N. GBAGUIDI et W. KODJO-KPAKPASSOU, « Introduction au système juridique et judiciaire du Bénin », *Encyclopédie Globalex*, Avril 2009.

Ce pouvoir de commandement se traduit, en second lieu, dans sa mission de consécration et d'investiture des organes politiques du pouvoir d'Etat. Aussi, certains chiffres reflètent-ils ce double pilier de la fondation de la justice constitutionnelle. Ne faut-il pas voir dans leur énoncé et leur articulation la quête de l'unité puis de la diversité de la puissance source de la justice constitutionnelle ? Certains chiffres fondent ainsi la puissance de la Cour constitutionnelle, au double sens de l'unité du pouvoir juridictionnelle (A) et de la diversité de l'autorité de régulation institutionnelle (B).

A – Une unité trinitaire

A l'évidence, l'unité du pouvoir juridictionnel est structurée autour des chiffres impairs, l'imparité rappelant la virilité masculine. L'unité est en effet d'abord trinitaire du chiffre 3. L'invocation aurorale du chiffre 3 dans la Constitution n'est sans doute pas neutre. Sa charge spirituelle n'est évidemment plus à démontrer, quelles que puissent être les obédiences religieuses. C'est l'unité trinitaire qui forge la trilogie républicaine structurant la devise de la nation autour la fraternité, de la justice et du travail. Cette unité trinitaire fonde le rapport entre le souverain (le constituant), la loi fondamentale (la Constitution) et l'interprète authentique (la Cour constitutionnelle) en faisant de celle-ci la puissance proclamatrice de la vérité constitutionnelle. Associé à l'ordre, à l'équilibre et à la perfection, le chiffre 3 confère à l'institution la plénitude du pouvoir dans les matières attribuées.

C'est ainsi, d'une part, que l'alinéa 3 de l'article 3 annonce, en forme d'ellipse, la force affectée aux décisions de la Cour : « toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nul et non avenue » pour en tirer la conséquence que « tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ». *A priori*, par cette disposition, la décision de la justice constitutionnelle emprunte à l'effet que la contrariété ou la

non-conformité à la Constitution d'un acte à la Constitution produit sur cet acte⁸³. Il ne s'agit pas d'une simple paralysie des effets de l'acte, il s'agit, techniquement, de sa négation, dans une fiction juridique à l'identique de l'inexistence⁸⁴.

C'est ainsi, d'autre part, que l'alinéa 3 (un autre chiffre 3) de l'article 124 de la Constitution suivant lequel, « Elles (les décisions de la Cour constitutionnelle) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles », couvre celle-ci d'une autorité incontestée et absolue⁸⁵.

Cette unité trinitaire se manifeste avec une force particulière en cas de manquement commis par le président de la République à l'égard de l'Assemblée nationale dans l'exercice par celle-ci de son pouvoir de contrôle parlementaire. Constitutif d'outrage à l'Assemblée nationale, ce manquement expose le président de la République à comparaître devant la Cour constitutionnelle dans les termes de l'article 77 de la Constitution. Lorsqu'en effet, à l'expiration du délai de trente jours fixé par l'article 76 de la Constitution, le président de la République ne fournit aucune réponse aux questions qui lui sont adressées par la représentation nationale, la juridiction constitutionnelle statue dans les *trois* jours⁸⁶. Sa décision portera l'obligation de répondre à l'Assemblée nationale dans les plus brefs délais et, dans tous les cas, avant la fin de la session parlementaire.

Le défaut du président de la République de déférer à la décision de la Cour constitutionnelle l'expose à l'engagement de la procédure de

83 J. DJOGBENOU, « L'effectivité des décisions des juridictions constitutionnelles », in Various autour du droit public, Mélanges en l'honneur du Professeur Koffi AHADZI-NONNOU, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2020, pp. 801-822.

84 L'inexistence caractérise un acte entaché d'une illégalité flagrante telle qu'il ne serait guère raisonnable de le considérer comme susceptible d'existence. Un tel acte est considéré conformément à l'expression usitée en jurisprudence comme « nul et non avenue », V° R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd. Montchrestien, spéc. 1204.

85 D. EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, n° 95, 2013, p. 620.

86 Article 77 alinéa 2 de la Constitution.

mise en œuvre de sa responsabilité devant la haute Cour de justice pour outrage à l'Assemblée nationale⁸⁷.

B - Une unité quinaire

Cette unité est ensuite quinaire. La présence du chiffre 5 dans la justice constitutionnelle n'a pas seulement pour intérêt de déterminer une séquence de temps. Elle a pour fonction de dévoiler, en complément du chiffre 3, la quintessence institutionnelle du pouvoir juridictionnelle. C'est sans doute la signification de la fixation de la durée du mandat à 5 ans et de la limitation de sa durée à 2x5.

Certes, cette fixation et cette limitation ne sont pas propres à la Cour constitutionnelle. La durée du mandat du président de la République est fixée, dès 1990, à 5 ans susceptible d'être renouvelé une seule fois⁸⁸. A l'occasion de la révision intervenue par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019, un alinéa est introduit sous l'article 42 de la Constitution pour prescrire que « *en aucun cas, nul ne peut, de sa vie, exercer plus de deux mandats de président de la République* ». A l'exception des députés à l'Assemblée nationale, il en était également ainsi du mandat des autres membres des institutions de la République créées par la Constitution, notamment la Cour suprême⁸⁹, le Conseil économique et social, la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication⁹⁰. Avec la création de la Cour des comptes par la révision de la Constitution⁹¹ l'option d'un mouvement général de l'alignement des mandats à 5 ans fut retenue par le Constituant, en sorte que le mandat des députés à l'Assemblée nationale est désormais étendu à 5 ans.

Toutefois, il n'est pas superflu de souligner que le recours au chiffre 5 dans la fixation de la durée du mandat des membres de la

87 Articles 73, 76 et 77 alinéa 3 de la Constitution.

88 Article 42 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 modifiée par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 portant Constitution de la République du Bénin.

89 Article 133 de la Constitution.

90 Article 143 alinéa 3 de la Constitution.

91 Article 134-4 de la Constitution.

Cour constitutionnelle et de sa limitation a une signification moins comptable. Il renvoie plutôt à l'intangibilité et à l'incorruptibilité des membres de la haute juridiction et conditionne la force de la justice qui en émane. L'article 115 alinéa 4 ne dispose-t-il pas que « les membres de la Cour constitutionnelle sont inamovibles pendant la durée de leur mandat. Ils ne peuvent être poursuivis ou arrêtés sans l'autorisation de la Cour constitutionnelle et du Bureau de la Cour suprême siégeant en session conjointe, sauf les cas de flagrant délit ».

Dans un autre domaine, le chiffre 5 a une vertu décisive à la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'élection du duo président de la République et vice-président de la République. Selon les termes des alinéas 3 et 5 de l'article 49 de la Constitution (rédaction issue de la révision sus-indiquée). Il est en effet disposé à l'alinéa 3 que « *si aucune contestation relative à la régularité des opérations électorales n'a été déposée au greffe de la Cour constitutionnelle par l'un des candidats dans les cinq jours de la proclamation provisoire, la Cour constitutionnelle déclare le duo président de la République et vice-président de la République définitivement élu* ». A l'alinéa 5, il est précisé que « *si aucune contestation n'a été soulevée dans le délai de cinq jours et si la Cour constitutionnelle estime que l'élection n'était entachée d'aucune irrégularité de nature à entraîner l'annulation, elle proclame l'élection du duo président de la République et vice-président de la République* ».

Cette double référence au délai de *cinq* jours, pour le moins négative, ne demeure pas moins proclamatrice du vainqueur de l'élection et, à ce titre, décisive et déterminante pour le devenir politique de l'Etat.

C - Une union entre trinité et quinarité

Il y a un rapport entre la trinité et la quinarité dans les séquences temporelle et substantielle de la proclamation de la vérité constitutionnelle par voie de contentieux. La quinarité du mandat et sa continuité dans la durée renforcent déjà la puissance directive de

la Cour constitutionnelle en ce sens qu'elles accentuent la centralité de l'institution au plan institutionnel.

La prégnance des chiffres 3 et 5, par leurs multiples 15 et 30 marque davantage la sacralité du processus décisionnel, si l'on s'en tient, d'une part, à l'affirmation de principe de l'article 120 de la Constitution relatif à la saisine du juge constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori*, selon lequel « *la Cour constitutionnelle doit statuer dans le délai de **quinze** jours après qu'elle a été saisie d'un texte de loi ou d'une plainte en violation des droits de la personne ou des libertés publiques...* ». A ce sujet, on sait que le contrôle *a priori* revêt un caractère préventif en ce sens qu'il permet « *de constater qu'il y a une sorte de contradiction flagrante entre les règles du droit constitutionnel et les dispositions contenues dans le texte examiné* »⁹², mais aussi « *de pronostiquer que le texte examiné produira à l'avenir des effets juridiques qui seront en contradiction avec les règles constitutionnelles* »⁹³ si cette malformation n'était pas expurgée de l'ordre constitutionnel. D'autre part, à la disposition de l'article 122 de la Constitution en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* selon lequel « *tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de **trente** jours* ». Cette procédure d'exception d'inconstitutionnalité vise à assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Elle ne concerne que les lois définies par la Cour constitutionnelle comme « *une règle écrite, générale et permanente, élaborée par le*

92 C'est à ce titre que sur saisine du Président de la République, la Cour Constitutionnelle a, par Décision DCC 20-488 du 4 juin 2020, vérifié la constitutionnalité de la Loi n° 2020-13 portant interprétation et complétant la loi 2019-43 du 15 novembre 2019 portant code électoral en République du Bénin.

93 M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 8, 2004, p. 177

Parlement et promulguée par une autorité »⁹⁴. Cependant, les actes provenant de l'exécutif et ayant valeur d'une loi sont admis à la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour⁹⁵, tout en excluant de cette procédure d'exception les décisions de justice⁹⁶ et les conventions internationales⁹⁷.

Toutefois, le pouvoir juridictionnel de la Cour constitutionnelle ne perd pas moins sa force sur le terrain de la régulation institutionnelle ou il se diversifie.

La signification du chiffre dans la justice constitutionnelle n'est donc pas sans rapport avec la force attribuée au pouvoir de la juridiction par le constituant. Comme une source d'équilibre que l'on retrouve plus aisément dans l'imparité, le positionnement de la Cour constitutionnelle donne le ton à la nature de la justice dont elle a la charge. Moins relationnelle, plus structurelle et institutionnelle, moins relative, plus générale, absolue et directive, les chiffres confèrent à la justice constitutionnelle les attributs d'un pouvoir constructif de l'ordre juridique de l'Etat, c'est-à-dire d'un pouvoir qui pose, à mesure des pierres jurisprudentielles, l'ordre juridique dépouillé des souillures qui pourraient en ternir la cohérence et l'intégrité. Se peut-il là aussi, le sens final du chiffre 5, marqueur de présence de la Cour constitutionnelle dans la Constitution, celle-ci ayant accueilli celle-là au « Titre V » ?

Toutefois, ce n'est pas, à première vue, la symbolique du pouvoir qui définit la justice constitutionnelle. C'est plutôt par la symbolique de la sagesse qu'ici et ailleurs, on l'invoque. Les chiffres, à cet égard, pourraient dévoiler quelques enseignements nécessaires à la complétude de son objet et de ses fins.

94 Décision DCC 05-021 du 22 mars 2005, Président de la cour d'appel de Cotonou, Recueil 2005, p.101.

95 Décision DCC 02-097 du 14 août 2002, Chabi Adébiyi et alii, Recueil 2002, p.401.

96 Décision DCC 04-023 du 04 mars 2004, Sagbohan Moïse, Président de la Cour d'appel de Cotonou, Recueil 2004, p.103.

97 Décision DCC 13-144 du 1^{er} octobre 2013, Président du Tribunal de 1^{ère} instance de première classe de Cotonou, Recueil 2013, vol 2, 898.

CONCLUSION

Sous le voile du chiffre, se cache la sagesse du juge constitutionnel, c'est-à-dire la mesure⁹⁸, la prudence et la lucidité avec lesquelles celui-ci exerce sa mission principale de gardien de la Constitution.

La garantie de la Constitution dépend en effet de l'activité du juge constitutionnel ainsi que le souligne un auteur : « *Le constitutionnalisme étant historiquement un mouvement issu du siècle des Lumières qui visait, en réaction contre le despotisme et l'absolutisme royal d'alors, à doter les États d'une Constitution écrite pour, d'une part, encadrer, voire limiter, le pouvoir des gouvernants, d'autre part, garantir les droits et libertés des gouvernés, il fallait une juridiction pour assurer le respect de la norme fondamentale* »⁹⁹. Cette justice constitutionnelle est pleinement assurée par le juge constitutionnel béninois, qui à travers ses attributions variées ne cesse de maintenir l'ordre constitutionnel. Pour assurer sa mission, le juge se repose sur un bloc de constitutionnalité qui n'est pas indifférent aux chiffres. Symboles du pouvoir et de la sagesse, les chiffres paraissent constituer les indicateurs nécessaires de la vérité constitutionnelle et l'esprit de la justice qui en résulte.

C'est, dans tous les cas, le faisceau de l'interprétation, dès lors qu'il est établi que le pouvoir d'interprétation¹⁰⁰ du juge oriente ses décisions. Il s'avère donc nécessaire que le juge soit réaliste¹⁰¹.

98 V. E. PUTMAN, « Mythe, justice et tragédie dans les Euménides d'Eschylle », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 43 et s.

99 Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *op.cit.*, p. 101

100 B. KANTE, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit Constitutionnel, 15 et 16 octobre 2004, Bordeaux, CERCLE, Dalloz, 2005, pp. 158-164.

101 M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », in *Cahier du Conseil Constitutionnel*, N° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007, pp. 1-9.

BRÈVE INCURSION DANS LA JURISPRUDENCE
CONSTITUTIONNELLE NIGÉRIENNE

Paterne MAMBO

*Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public
à l'Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan,
Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université
Jean Lorougnon Guédé de Daloa,
(République de COTE D'IVOIRE).*

REPUBLIQUE DU NIGER
Fraternité – Travail – Progrès

COUR CONSTITUTIONNELLE

ARRET n° 2003 – 12/CC du 29 décembre 2003

La Cour Constitutionnelle statuant en matière de contrôle d'arrêts rendus sans quorum, saisie en vertu des articles 35, 99 et 100 de la Constitution et 15, 19 et 20 de la loi n° 2000-11 du 14 août 2000, déterminant l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour Constitutionnelle, modifiée par la loi n° 001-2002 du 08 février 2002, en son audience publique du 29 décembre 2003 tenue au Palais de ladite Cour, a rendu l'arrêt dont la teneur suit :

LA COUR

- Vu la Constitution du 09 août 1999 ;

- Vu la loi n° 2000-11 du 14 août 2000, déterminant l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour Constitutionnelle, modifiée par la loi n° 001-2002 du 08 février 2002 ;
- Vu la requête et les pièces jointes ;
- Vu l'ordonnance n° 12/PCC du 22 décembre 2003 de Monsieur le Président de la Cour Constitutionnelle portant nomination d'un Conseiller-Rapporteur ;
- Après audition du Conseiller-Rapporteur et en avoir délibéré conformément à la loi ;

En la Forme

Considérant que par lettre n° 304/PRN/CAB du 22 décembre 2003, enregistrée au greffe de la Cour le 22 décembre 2003, sous le numéro 13/greffe/ordre, Monsieur le Président de la République saisissait la Cour Constitutionnelle aux fins de contrôle des arrêts n° 2002-14/CC du 04 septembre 2002 sur le Code CIMA, n° 2002-15/CC du 06 septembre 2002 sur l'ordonnance portant Code des Marchés Publics au Niger et n° 2002-16/CC du 06 septembre 2002 sur les décrets n° 2002-208/PRN/MDN du 31 juillet 2002 proclamant la mise en garde dans la Région de Diffa et n° 2002-210/PRN/MDN du 05 août 2002 portant mesures particulières dans le cadre de la mise en garde, rendus sans quorum ; qu'il est joint à la requête deux (2) copies de chacun des arrêts ;

Considérant que la requête est recevable en la forme en ce qu'elle est introduite conformément aux articles 35 et 99 de la Constitution et 15, 19 et 20 de la loi n° 2000-11 du 14 août 2000, déterminant l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour Constitutionnelle, modifiée par la loi n° 001-2002 du 08 février 2002 ;

Au fond

Considérant qu'aux termes de l'article 35 alinéa 4 de la Constitution le Président de la République est le garant du respect de la Constitution ; Considérant que l'article 99 de la Constitution dispose : « La justice est rendue sur le territoire national au nom du Peuple et dans le respect strict de la règle de droit... » ;

Considérant que l'article 15 de la loi n° 2000-11 du 14 août 2000 dispose : « les délibérations et avis de la Cour Constitutionnelle sont rendus par cinq membres au moins » ;

Considérant que la Cour constate que les arrêts n° 2002-14/CC du 04 septembre 2002 sur le Code CIMA, n° 2002-15/CC du 06 septembre 2002 sur l'ordonnance portant Code des Marchés Publics au Niger et n° 2002-16/CC du 06 septembre 2002 sur les décrets n° 2002- 208/PRN/MDN du 31 juillet 2002 proclamant la mise en garde dans la Région de Diffa et n° 2002-210/PRN/MDN du 05 août 2002 portant mesures particulières dans le cadre de la mise en garde, ont été rendus par quatre (4) membres de la Cour en violation de l'article 15 précité ;

Considérant que les arrêts déferés n'évoquent pas le cas de force majeure pour dispenser la Cour du quorum de cinq (5) membres ;

Considérant qu'au vu de tout ce qui précède, la Cour constate l'inexistence juridique des arrêts n° 2002-14/CC du 04 septembre 2002 sur le Code CIMA, n° 2002-15/CC du 06 septembre 2002 sur l'ordonnance portant Code des Marchés Publics au Niger et n° 2002-16/CC du 06 septembre 2002 sur les décrets n° 2002-208/PRN/MDN du 31 juillet 2002 proclamant la mise en garde dans la Région de Diffa et n° 2002-210/PRN/MDN du 05 août 2002 portant mesures particulières dans le cadre de la mise en garde, rendus sans quorum et les déclare par conséquent nuls et de nul effet ;

Par ces Motifs

Vu les textes susvisés ;

En la forme

- Reçoit Monsieur le Président de la République en sa requête;

Au Fond

- Constate que les arrêts n° 2002-14/CC du 04 septembre 2002 sur le Code CIMA, n° 2002-15/CC du 06 septembre 2002 sur l'ordonnance portant Code des Marchés Publics au Niger et n° 2002-16/CC du 06 septembre 2002 sur les décrets n° 2002-208/PRN/MDN du 31 juillet 2002 proclamant la mise en garde dans la Région de Diffa et n° 2002-210/PRN/MDN du 05 août 2002 portant mesures particulières dans le cadre de la mise en garde, ont été rendus sans quorum ;
- Déclare l'inexistence juridique desdits arrêts ;
- Déclare lesdits arrêts nuls et de nul effet ;
- Dit que le présent arrêt sera notifié à Monsieur le Président de la République et publié au Journal Officiel de la République du Niger ;

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour Constitutionnelle, le jour, mois et an que dessus.

Où siégeaient Messieurs Abba Moussa Issoufou, Président, Abdou Hassan, Vice- Président, Abdou Inazel Abderahamane, Abdoulaye Djibo, Badroum Mouddour, Degbey Mahamadou Didier et Mme Manou Fassouma Moussa, Conseillers, en présence de Maître Hamado Mohamed, Greffier en Chef.

Ont signé le Président et le Greffier en Chef.

OBSERVATIONS

Le droit constitutionnel se renouvelle sans cesse, entraînant dans le mouvement de sa régénérescence l'émergence d'expériences inédites, de situations insolites, de décisions jurisprudentielles marquées du sceau d'une certaine originalité. Dans ce contexte particulier, l'Afrique devient un laboratoire du droit vivant et le juge constitutionnel un acteur de l'évolution de la science constitutionnelle. L'arrêt rendu le 29 décembre 2003 par la Cour constitutionnelle du Niger, à propos d'une série d'arrêts qu'elle a rendus sans quorum, illustre parfaitement cette tendance.

L'originalité de l'arrêt du juge constitutionnel nigérien réside dans le fait que, c'est la première fois, en Afrique, qu'une juridiction constitutionnelle accepte d'exercer un contrôle sur les arrêts ou décisions qu'elle rend. Dans un contexte où les décisions du juge constitutionnel ont l'autorité de la chose jugée, s'imposent à tous les citoyens – gouvernants et gouvernés – et ne sont susceptibles d'aucun recours, l'arrêt rendu avec célérité par la Cour constitutionnelle du Niger, objet du présent commentaire, se signale comme une véritable révolution jurisprudentielle, tendant à démentir les certitudes, à s'affranchir des règles, à renverser les logiques établies.

Il résulte des faits que, par une lettre du 22 décembre 2003, le Président de la République du Niger, Mamadou TANDJA, a saisi la Cour constitutionnelle pour contester la validité de trois arrêts rendus sans quorum par cette juridiction. Il s'agit d'arrêts qui ont été rendus par quatre membres de la Cour constitutionnelle, alors qu'ils auraient dû l'être par cinq membres au moins.

La Cour constitutionnelle a été amenée à répondre à la question de savoir si les trois arrêts visés dans le recours sont valides et ont été régulièrement rendus.

À cette question, la Cour répond par la négative ; elle va constater, d'abord, le non-respect du quorum dans la reddition des arrêts soumis à son contrôle (I), avant de sanctionner, ensuite, l'irrégularité (II).

I. Le non-respect du quorum dans la reddition des arrêts

Le constat du non-respect du quorum dans la reddition des arrêts soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle est lié au nombre de membres requis (A), qui n'a pas été observé. C'est une violation non justifiée par un cas de force majeure (B).

A. Un constat lié au nombre de membres requis

Aux termes de l'article 15 de la loi n° 2000-11 du 14 août 2000, déterminant l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour constitutionnelle, « Les délibérations et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq membres au moins ».

En l'espèce, cette règle n'a pas été respectée. « La Cour [constitutionnelle] constate que les arrêts [soumis à son contrôle] ont été rendus par quatre (4) membres de la Cour en violation de l'article 15 précité ».

La violation de la condition du quorum ne se justifie d'autant pas que la Cour constitutionnelle du Niger comprend sept membres, aux termes de l'article 104 de la Constitution nigérienne du 9 août 1999. Cette disposition est, d'ailleurs, reprise par l'article 121 de la Constitution du 25 novembre 2010, dite Constitution de la VII^e République.

En rendant trois arrêts avec seulement quatre membres présents au lieu de cinq, la Cour constitutionnelle viole la loi précitée du 14 août 2000. Elle viole également la Constitution du 9 août 1999, dont l'article 99 dispose que « La justice est rendue sur le territoire national au nom du Peuple et dans le respect strict de la règle de droit ». Dans le cas d'espèce, la règle de droit n'est pas strictement respectée, du fait de l'inobservation de la

condition du quorum, nécessaire à la validation des arrêts de la Cour constitutionnelle.

On s'imagine mal comment la Cour aurait pu revenir sur ses propres décisions, quand l'on sait que les décisions du juge constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours, qu'elles sont dotées de l'autorité de la chose jugée, qu'elles s'imposent à tous. Le scénario, digne d'un film hollywoodien, est impensable en science constitutionnelle, quand on sait que, d'ordinaire et conformément au droit positif, le rôle de gardien de la Constitution est dévolu au juge constitutionnel.

Pourtant, de toute évidence, le rôle de gardien de la Constitution ne relève pas exclusivement du juge constitutionnel. Certes, le juge constitutionnel est, indéniablement, le gardien juridictionnel de la Constitution, ou si l'on préfère l'un des gardiens juridictionnels de la Constitution, le juge ordinaire jouant, également, occasionnellement, ce rôle, notamment dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Mais, on oublie souvent qu'en dehors du ou des gardiens juridictionnels de la Constitution, il existe un gardien politique de la Constitution, en l'occurrence le Président de la République, dont la Cour constitutionnelle rappelle, en l'espèce et en se fondant sur une disposition de la Constitution, qu'il est « le garant du respect de la Constitution ». C'est d'ailleurs sur ce fondement que le Président TANDJA avait, à l'époque des faits, saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en invalidation des trois arrêts concernés par la requête.

Le caractère inédit du recours traduit, dans le même temps, l'idée qu'en Afrique, notamment, on assiste à un renversement du sens de la roue : le gardien habituel de la Constitution, c'est-à-dire le juge constitutionnel, n'échappe plus au contrôle de ses décisions par des gardiens que l'on peut qualifier d'émergents, notamment le Président de la République et le Peuple, au nom duquel la

justice est rendue. En effet, ces acteurs de la vie politique et constitutionnelle des États, par les recours qu'ils exercent, par les revendications qu'ils expriment, par l'accueil qu'ils réservent aux décisions des juridictions constitutionnelles, arrivent quelques fois à faire reculer le juge constitutionnel. C'est le cas en l'espèce, comme ce fut le cas lors de l'élection présidentielle ivoirienne de 2010, à l'occasion de laquelle les recours des deux candidats qui revendiquaient la victoire, Laurent GBAGBO et Alassane OUATTARA, ainsi que les pressions de la rue et de la communauté internationale, ont amené le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire à rendre deux décisions contradictoires et à se dédire¹. Ce rétropédalage inédit en contentieux constitutionnel et électoral, au-delà des nombreux commentaires qu'il a suscités², montre à quel point le juge constitutionnel devient vulnérable et n'apparaît plus comme le maître absolu de la scène constitutionnelle. Certes, il est le gardien de la Constitution, mais d'autres gardiens, notamment le Président de la République, le Peuple et la communauté internationale, exercent à son égard un droit de garde, rendant sans intérêt désormais la question de savoir qui gardera le gardien, que soulève la célèbre formule latine : « *Quis custodiet ipsos custodes* ».

En acceptant de contrôler trois décisions qu'elle a rendues, la Cour constitutionnelle du Niger reconnaît les limites imposées par les textes aux compétences qu'elle exerce. Elle s'interdit donc d'aller au-delà, d'outrepasser ses compétences, de violer la règle de droit, sauf cas de force majeure, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

1 Voir Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire : Décision n° CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG du 3 décembre 2010. Proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010 ; Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 4 mai 2011. Élection du Président de la République du 28 novembre 2010. Proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire.

2 Pour un exemple significatif, voir MELEDJE Djedjro, *Les grandes arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, op. cit., p. 594 et suivantes.

B. Une violation non justifiée par un cas de force majeure

La violation de la règle du quorum, nécessaire à la validité d'une décision rendue par le juge constitutionnel nigérien, n'est tolérée ou admise qu'en cas de force majeure. La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt rendu, le souligne clairement, lorsqu'elle fait observer que « les arrêts déférés n'évoquent pas le cas de force majeure pour dispenser la Cour du quorum de cinq (5) membres ».

La règle du quorum est une règle d'ordre public, c'est-à-dire une règle obligatoire. Cependant, le juge constitutionnel nigérien admet une possibilité de dérogation en cas de force majeure. Bien connu en droit des contrats administratifs et en droit de la responsabilité administrative, « l'événement de force majeure se caractérise par son extériorité [à la volonté des personnes], son imprévisibilité (dans sa survenance) et son irrésistibilité (dans ses effets) »³, rendant impossible l'exécution d'une mission ou l'application d'une règle. On parle de force majeure lorsqu'une situation survient soudainement, indépendamment de la volonté des personnes auxquelles ses effets s'imposent, sans qu'elles puissent agir différemment de ce que la situation exceptionnelle commande de faire. Trois conditions doivent donc être réunies pour donner naissance à un cas de force majeure : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité.

On comprend d'ailleurs difficilement que sur les sept membres de la Cour constitutionnelle, seulement quatre étaient présents lors des délibérations qui ont précédé la reddition des trois arrêts déférés pour avoir été rendus sans quorum. Il faut constater, au passage, que dans le présent arrêt, les sept membres de la Cour constitutionnelle étaient bien présents aux délibérations, démontrant que la leçon a été bien retenue.

³ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 14^e éd., 2015, p. 409.

En tout état de cause, dans les trois arrêts rendus sans quorum par la Cour constitutionnelle, aucun cas de force majeure n'est évoqué pour justifier la violation de la règle, la présence de quatre membres de la Cour au lieu des cinq membres requis. La Cour l'a rappelé. Le non-respect de la condition du quorum, nécessaire à la validité des arrêts que rend le juge constitutionnel, entache d'irrégularité les décisions concernées. Et cette irrégularité a été sanctionnée, dans le cas d'espèce, par le juge constitutionnel.

II. Une irrégularité sanctionnée

La Cour constitutionnelle, tirant les conséquences du non-respect de la condition de quorum, frappe les arrêts concernés de deux types de sanction. Elle les déclare inexistantes (A) et juge, par conséquent, qu'ils sont nuls et de nul effet (B).

A. Des arrêts déclarés inexistantes

Dans le dernier considérant de sa décision, « la Cour constate l'inexistence juridique des arrêts (...) rendus sans quorum ». En clair, les trois arrêts déferés sont déclarés inexistantes, c'est-à-dire qu'ils sont qualifiés par le juge constitutionnel d'actes inexistantes.

Jacqueline MORAND-DEVILLER explique que « l'inexistence est une sanction exceptionnelle pour une illégalité particulièrement grave. La gravité est telle que l'acte n'est pas seulement nul mais inexistant »⁴.

Dans cette configuration, il faut distinguer l'inexistence juridique de l'inexistence matérielle. En droit administratif, notamment, l'inexistence juridique résulte de l'extrême gravité des vices affectant un acte « manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration ». La jurisprudence Rosan Girard présente, à ce sujet, l'exemple d'un préfet qui empiète sur les pouvoirs du juge et qui prend, en matière de contentieux électoral, un arrêté que le

⁴ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, op. cit., p. 348.

Conseil d'État français, dans un arrêt du 31 mai 1957, va qualifier d'acte inexistant. Quant à l'inexistence matérielle, elle résulte de ce que l'acte en cause n'a jamais réellement existé. Il en va ainsi d'un acte dont on ne trouve aucune trace dans les archives⁵. C'est également le cas des mesures prises par délibération d'un conseil municipal, insusceptibles d'être rattachées à aucune séance de ce conseil⁶.

Dans le cas d'espèce, les arrêts déférés à la Cour constitutionnelle du Niger sont rangés dans la première catégorie, celle de l'inexistence juridique. La Cour l'affirme dans le dernier considérant de sa décision, lorsqu'elle « constate l'inexistence juridique des arrêts » déférés, qu'elle a précédemment rendus.

La décision rendue est tout à fait logique, de ce point de vue. Il est évident que les arrêts rendus n'ont pas respecté la condition indispensable du quorum, et qu'en conséquence de cette violation, la Cour ne pouvait que constater l'inexistence de ses arrêts. Ceux-ci existent matériellement, mais en raison de la gravité du vice d'illégalité qui les affecte, il faut considérer qu'ils n'existent pas juridiquement. Ils sont même jugés nuls et de nul effet.

B. Des arrêts jugés nuls et de nul effet

La conséquence qui découle logiquement de l'inexistence juridique des arrêts de la Cour constitutionnelle, que cette juridiction a relevée, c'est que ces arrêts sont « nuls et de nul effet ». Autrement dit, dès lors que les arrêts déférés ont été déclarés juridiquement inexistantes, le juge considère qu'ils sont nuls et de nul effet, ou encore, selon la formulation consacrée, nuls et non avenus.

Deux effets au moins sont attachés à une telle constatation. D'abord, il faut souligner qu'à partir du moment où l'acte inexistant n'a jamais fait partie de l'ordonnancement juridique de l'État, on considère qu'il n'a

⁵ Voir Conseil d'État français, 26 janvier 1951, Galy.

⁶ Voir Conseil d'État français, 28 février 1986, Préfet des Landes.

jamais créé de droits. Ensuite, il faut relever que l'acte inexistant peut être contesté à tout moment, échappant ainsi au délai du recours contentieux.

Ceci rend compte, justement, de l'intérêt pratique de l'inexistence, car elle permet, même après l'expiration des délais du recours contentieux, d'attaquer ou de censurer des actes entachés d'irrégularités grossières. La notion d'acte inexistant se présente, visiblement, comme une notion fonctionnelle, au sens où VEDEL a pu la développer, c'est-à-dire une notion définissable par sa fonction. Le Doyen VEDEL explique que les notions fonctionnelles se distinguent des notions conceptuelles, par rapport à leur contenu qui n'est pas abstraitement déterminé une fois pour toute et qu'elles ne sauraient être indépendantes de ce à quoi elles servent⁷.

La constatation par le juge de graves irrégularités ne doit pas être confondue avec l'annulation, puisqu'il n'y a pas, logiquement, d'acte à annuler. Cette constatation peut intervenir à tout moment, dans la mesure où aucun délai n'est opposé au requérant. Elle permet, lorsque le juge n'est pas saisi dans les délais du recours contentieux, d'éviter que des décisions manifestement irrégulières continuent à produire des effets juridiques.

La Cour constitutionnelle a voulu, par la constatation de l'inexistence juridique des arrêts déferés, par ailleurs déclarés nuls et de nul effet, indiqué que ces arrêts doivent être considérés comme n'ayant jamais produit d'effets juridiques. Les effets juridiques, que les arrêts ont pu produire, sont supprimés rétrospectivement.

La Cour fait ainsi son mea culpa, comme dans une forme d'introspection, en remettant en question, non pas dans le fond les décisions qu'elle a rendues, mais dans la forme, ce qui finalement a une incidence sur l'ensemble, la forme ne se détachant pas du fond et vice-versa.

7 Georges VEDEL, *Juris-Classeur Périodique*, 1948, I, n° 682 (Étude relative à la jurisprudence Septfonds-Barinstein). Et *Juris-Classeur Périodique*, 1950, I, n° 851 (Étude relative à la voie de fait).

Phénomène inédit assurément, il s'agit là d'un cas concret à enseigner dans les Facultés de droit, de manifestation de l'humilité du juge constitutionnel, dont on souligne trop souvent la timidité ou l'audace, sans insister sur le fait que, dans sa fonction, le juge constitutionnel doit, avec humilité et pondération, jouer sa partition, en se mettant au service de l'intérêt général. Nul n'est infaillible. Le cas d'espèce illustre particulièrement cette vérité, si irrésistible que le juge constitutionnel nigérien a été amené à reconnaître ses propres manquements à la règle de droit.

LA DESIGNATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS
EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Gaétan Thierry FOUMENA

*Agrégé des Facultés de Droit,
Université de Ngaoundéré – Cameroun.*

La question de la désignation des juges devant siéger au sein de l'organe spécifiquement en charge du contentieux constitutionnel, soulevée dès l'apparition du modèle européen de justice constitutionnelle¹ demeure d'actualité. Elle est étroitement liée à la composition² de cette haute juridiction dans les Etats l'ayant retenue, y compris ceux d'Afrique noire Francophone. En effet, l'institution du modèle kelsénien de juridiction spécialisée, indépendante et non rattachée au pouvoir judiciaire, depuis les années 1990³, dans la douleur de l'enfantement démocratique⁴, a contribué à la transformation du paysage politique et institutionnel.

1 Eisenmann (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, éd. 1928, PP. 175-177, réédition, Paris, Economica, 1986.

2 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », in, *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié*, Presses Universitaires de Toulouse, 2016, PP. 239-248, Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n°5, février 2012, PP.89-95 ; Bourdon (Julien), « Trois faiblesses de la composition du Conseil Constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n°5, ibid, PP.110-114 ; de Béchillon (Denys), « Appel au calme (sur la composition du Conseil Constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, n°5, ibid, PP. 115-118 ; Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5 – 2010, PP.1-34.

3 Ahadzi-Nonou (Koffi), « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique », in, *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé*, Paris, L'harmattan, 2014, P. 67.

4 Kpodar (Adama), « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in, *Actualités du droit public et de la Science politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté*, L'harmattan – Sénégal, 2017, P. 285.

Cette donne marque une rupture avec le passé⁵, où il existait un embryon de justice constitutionnelle étouffé par le présidentielisme négro-africain⁶. Le nouveau constitutionnalisme africain prend corps au travers de l'irruption du constitutionnalisme dans le débat politique, et la consécration de la justice constitutionnelle⁷. Celle-ci, conçue comme instrument destiné à assurer par en haut la cohérence interne du système étatique⁸, doit garantir la légitimité des autorités politiques tant au moment d'accéder au pouvoir, que pendant son exercice. En un mot, elle doit contribuer à la stabilisation et la pacification de l'espace social, conditions nécessaires à l'épanouissement d'une vraie démocratie⁹.

L'espoir né de l'impératif de « juridicisation » du débat politique va conduire à un foisonnement de juridictions constitutionnelles¹⁰. Ces dernières, face à la faiblesse des contrôles politiques, sont érigées en véritable contre-pouvoir structurel aux pouvoirs concurrents¹¹.

-
- 5 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil Constitutionnel Camerounais », in, *Annuaire international de justice internationale*, XIX, Paris, Economica, 2003, PP. 47- 48.
 - 6 Holo (Théodore), « Emergence de la justice constitutionnelle », in, *La démocratie en Afrique, Pouvoirs*, n° 129, 2009, P. 102. V. également : Moderne (Franck), « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in, Conac (Gérard), (dir), *Les Cours Suprêmes en Afrique*, tome 3 : La jurisprudence, Paris, Economica, 1989, PP. 4-5. ;
 - 7 Bourgi (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : Du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2004/4, P. 723. V. également, Nguélé Abada (Marcelin), « La naissance d'un contre-pouvoir : Réflexions sur la loi portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel camerounais », *R.R.J.*, 2005-4 (II), PP. 2466-2467.
 - 8 Eisenmann (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, op.cit., P. 23.
 - 9 Kanté (Babacar), « La justice constitutionnelle à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in, Narey (Oumarou), (dir), *La justice constitutionnelle*, Paris l'Harmattan, 2016, PP. 23-31.
 - 10 Kanté (Babacar), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in, *Constitutions et Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchretien, 2008, P. 265.
 - 11 Hourquebie (Fabrice), « La Constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs », in, *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé*, op.cit. P. 376.

Si la nature juridictionnelle¹² de ces organes est admise et rend inutile tout débat non seulement y afférent, mais également relatif à leur bien fondé¹³, la satisfaction des attentes des acteurs politiques et de l'ensemble du corps social demeure une préoccupation fondamentale. En effet, la justice constitutionnelle, phénomène de portée quasi universelle¹⁴, désigne une activité ou une fonction exercée en la forme juridictionnelle par un organe indépendant ayant le caractère de juridiction¹⁵. Aucune Constitution ne serait réellement démocratique et ne resterait qu'un simple programme politique¹⁶, si la justice constitutionnelle qu'elle consacre n'assure pas le règne de l'Etat de droit et la démocratie constitutionnelle¹⁷. En cela elle ne susciterait pas une large adhésion au sein de la société. Le Doyen Favoreu précise d'ailleurs qu'« il n'y a pas de droit constitutionnel au sens moderne de l'expression sans juge constitutionnel. Et il faut entendre par juge constitutionnel (...) tout juge dont non seulement l'existence mais aussi la composition et les attributions sont prévues et garanties par la Constitution, et dont les décisions ne peuvent être remises en causes que par le pouvoir constituant »¹⁸

La justice constitutionnelle n'est véritablement acceptée que si sa composition donne le sentiment aux principales forces politiques et, parfois, aux composantes de la population que l'on peut lui faire confiance. En clair, les contrôlés doivent avoir confiance dans leurs

12 Luchaire (François), « Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction ? », RDP, jan-fév., 1979, PP. 27-52. ; Roussillon (Henri), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. *Connaissance du droit* 2008, PP. 7-8.

13 Favoreu (Louis), « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in, Conac (Gérard), (dir), *Les Cours Suprêmes en Afrique, tome 3 : La jurisprudence*, op.cit., P. 40.

14 Cappeletti (Mauro), « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », R.I.D.C, n°2, avril-juin 1981, P. 628.

15 Fromont (Michel), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1996, P. 2.

16 Eisenmann (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, op.cit., P. 22.

17 Favoreu (Louis), « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », in, Amselek (Paul), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, P. 92.

18 Favoreu (Louis), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit », in, Favoreu (Louis), *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, P. 22.

contrôleurs¹⁹. D'autant plus que l'on tend à évaluer la juridiction constitutionnelle à la lumière du recrutement et de la compétence des juges qui la forment²⁰. La désignation des autorités censées arbitrer le jeu politique devient ainsi fondamentale ; il faut à travers elle, éviter que les personnalités choisies soient en perte de repères²¹, au point de devenir l'objet du jeu politique. Si la composition d'une juridiction constitutionnelle est perçue comme un « facteur crucial de la légitimité et de la crédibilité de l'institution »²², la désignation est déterminante dans le passage d'« une justice constitutionnelle de façade à une justice constitutionnelle de plein exercice »²³, afin que la politique soit désormais saisie par le droit²⁴. La consécration constitutionnelle des liens démocratie-justice impliquant, la constitutionnalisation de la composition de la juridiction constitutionnelle en raison de sa nature spécifique²⁵, permet de mettre la désignation des juges constitutionnels en relief. Ces derniers, bien qu'étant l'expression du pouvoir juridictionnel²⁶, ont un rôle politique²⁷ qui leur permet d'assurer la stabilité des régimes politiques africains par une

19 Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghevonthian (Richard), Mestre (Jean-Louis), Pfersmann (Otto), Roux (André), Scoffoni (Guy), *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, P. 225.

20 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », *op.cit.*, P. 243.

21 Kanté (Babacar), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op.cit.*, P. 269.

22 Gerhold (Maximilian), « L'impartialité du juge constitutionnel », *AJDA*, 2022, P. 392.

23 Maidoka (Aboubacar), « Justice constitutionnelle et démocratisation au Niger », in, Narey (Oumarou), (dir), *La justice constitutionnelle*, *op.cit.* PP. 77-78.

24 Ahadzi-Nonou (Koffi), « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique », *op.cit.*, P. 67. V. également, Favoreu (Louis), *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil Constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153p.

25 Hourquebie (Fabrice), « Justice et démocratie, question de légitimité et de constitution », in, Bioy (Xavier) et Hourquebie (Fabrice), (dir), *Constitutions, Justice et démocratie*, Paris, l'Harmattan, 2010, P. 9 et P. 23.

26 Renoux (Thierry), « La « doctrine Gicquel » : le Conseil Constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel », in, *Constitutions et Pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, *op.cit.*, P. 439.

27 Kanté (Babacar), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op.cit.*, P. 273. ; Denquin (Jean-Marie), « Justice constitutionnelle et justice politique », in Grewe (Constance), Jouanjan (Olivier), Maulin (Eric), Wachsmann (Patrick), *La notion de « justice constitutionnelle »*, coll. *Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 2005, P. 84

garantie du fonctionnement normal des institutions²⁸. Cela fait dire à certains, et à juste titre, que la question de la désignation des juges constitutionnels est « un sujet mi politique mi juridique »²⁹

Le concept de désignation, généralement mis en relation avec celui de composition en termes de tautologie ou de distinction, pourrait mener à des conceptions et interprétations divergentes³⁰. Les deux termes sont davantage envisagés dans une perspective synonymique aussi bien dans le langage courant³¹, qu'en droit³². L'on note également une assimilation de la désignation à la nomination à travers l'usage indifférencié par certains, des deux concepts³³. La désignation dans la présente étude revêt une double signification. D'une part, elle se rapporte à la nomination ; dans ce cas, elle se limite, se résume à elle et traduit une autonomie de décision de la part de l'organe investi de ce pouvoir³⁴. D'autre part, la désignation est un processus, ou une opération par laquelle un juge constitutionnel est recruté. Elle englobe la nomination, perçue comme un acte juridique qui la parachève. Cela s'observe aux Etats-Unis d'Amérique où, dans le processus de désignation d'un juge à la Cour Suprême, le Président de la République, après avoir opéré un choix confirmé par le Sénat procède à la nomination dudit juge³⁵.

28 Kanté (Babacar), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op.cit.*, P. 266.

29 Gerhold (Maximilian), « L'impartialité du juge constitutionnel », *op.cit.*, P. 392.

30 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil Constitutionnel Camerounais », *op.cit.*, PP. 51-52.

31 Le Nouveau Petit Robert, 2002, P. 715.

32 Cornu (Gérard), (dir), *Vocabulaire Juridique*, Paris, P.U.F, 2009, P. 613.

33 Drago (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F, 1998, PP. 164 et s.

34 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil Constitutionnel Camerounais », *op.cit.*, P. 52.

35 Briard (François-Henri), « La nomination des membres de la Cour suprême des Etats – Unis », *Les nouveaux cahiers du Conseils Constitutionnel*, n° 58- 2018, P. 59.

Le juge constitutionnel quant à lui désigne l'individu membre d'une juridiction constitutionnelle³⁶ ; c'est le juge officiant exclusivement à la juridiction constitutionnelle³⁷, à la faveur d'une désignation³⁸. Il n'est pas envisagé au sens de la juridiction constitutionnelle³⁹, mais renvoie plutôt à la personnalité qui siège au sein de l'institution en charge du « service public de la justice constitutionnelle »⁴⁰, en Afrique francophone subsaharienne. Cet espace est retenu pour la présente étude dans la mesure où, les Etats d'Afrique francophone sont unis par de comparables traditions et civilisations juridiques modernes d'inspiration française⁴¹. Le nouveau constitutionnalisme qui émerge depuis les années 1990, rend nécessaire l'étude du nouvel édifice institutionnel garant de l'équilibre des pouvoirs et de l'Etat de droit⁴², largement inspiré de l'« ingénierie constitutionnelle française ou européenne »⁴³.

Le juge constitutionnel, en raison du contexte de son intervention, et au regard de la dimension politique inhérente à sa fonction, est appelé à trancher des questions d'intérêt partisan⁴⁴. Bien qu'il se comporte aujourd'hui structurellement comme un contre-pouvoir⁴⁵, il demeure l'objet de suspicions en raison de son mode de désignation qui, pour certains, est sujet à connotation politique et de coloration partisane⁴⁶.

36 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », in, La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé, op.cit. P. 451.

37 Castera (Pierre), Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 2015, P. 43.

38 Favreau (Louis), « Les juges constitutionnels », AIJC IV-1988, PP- 141-155. Reproduit in, Favreau (Louis), La Constitution et son juge, Paris, Economica, 2014, P. 166.

39 Favreau (Louis), « Juridiction constitutionnelle », in, Duhamel (Olivier) et Meny (Yves), (dir), Dictionnaire constitutionnel, Paris, Puf, 1992, P. 547.

40 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 452.

41 Ibid., P. 453.

42 Bourgi (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : Du formalisme à l'effectivité », op.cit., P. 721.

43 Favreau (Louis), « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in, Conac (Gérard), (dir), Les Cours Suprêmes en Afrique, tome 3 : La jurisprudence, op.cit., P. 40.

44 Sy (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in, Narey (Oumarou), (dir), La justice constitutionnelle, op.cit. PP. 55-60.

45 ourquebie (Fabrice), « La constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs », op.cit., P. 371.

46 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 466.

D'autant plus qu'avant les transitions démocratiques, le Président de la République avait la maîtrise de la désignation des juges constitutionnels⁴⁷. Sa légitimité est par conséquent remise en question. De plus, le contexte actuel, tel que le décrit le Doyen Favoreu, est celui où, « les individus ne font plus confiance aux majorités même si celles-ci sont issues d'un processus pleinement démocratique : ils souhaitent que les décisions de celles-ci soient contrôlées afin de vérifier qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits fondamentaux »⁴⁸.

Le juge constitutionnel, dont les décisions mettent en cause les actes des autorités les plus élevés de l'Etat, notamment les lois du parlement qui sont considérées comme exprimant la volonté générale⁴⁹ a été contesté. L'on considérerait que des autorités désignées le plus souvent sur des critères politiques mettent en échec la volonté du parlement, le suffrage universel étant le seul principe de légitimité des règles⁵⁰. Cette question s'est posée en Afrique, en rapport avec le contrôle de constitutionnalité des lois⁵¹ où, l'on s'est demandé si le juge nommé est mieux placé pour apprécier l'intérêt général que les élus de la nation⁵². Il est désormais acquis que la légitimité de la justice découle de la théorie de la représentation qui permet de transférer la légitimité du souverain peuple constituant, à la justice, pouvoir constitué⁵³. En cela, celle du juge constitutionnel tient aux fonctions

47 Kontchou-Kouomegni (Augustin), « Vers un nouveau modèle de contrôle de la constitutionnalité des lois au Cameroun », in, Conac (Gérard), (dir), Les Cours Suprêmes en Afrique, tome 3 : La jurisprudence, op.cit., P. 50.

48 Favoreu (Louis), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit », op.cit., P. 18.

49 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », R.I.D.C, vol. 46, n°2, avril-juin 1994, P. 571

50 Rousseau (Dominique), « Pour ou contre la légitimation du pouvoir du juge constitutionnel ? », Revue administrative, n°301, 1998, P. 198 et P. 201.

51 Zaki (Moussa), « Le juge, la loi et l'architecture des pouvoirs », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 551.

52 Gnamou (Dandi), « La Cour constitutionnelle de Bénin en fait-elle un peu trop ? », in, La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé, op.cit. P. 451.

53 Hourquebie (Fabrice), « Justice et démocratie, question de légitimité et de constitution », op.cit, P. 15.

qu'il assume⁵⁴. La légitimité dans ce cas a une résonance juridique et implique la conformité à une norme⁵⁵ ; elle a une dimension non seulement démocratique, mais également fonctionnelle et est établie en Afrique.

La légitimité renvoie par ailleurs à l'acceptation par l'ensemble des gouvernés d'un pouvoir dont ils reconnaissent l'autorité⁵⁶. Elle désigne relativement à la justice constitutionnelle, la confiance élevée des acteurs politiques sur les juges constitutionnels gardiens de la démocratie⁵⁷. Elle a dans ce cas, une dimension sociale. Dans cette perspective, la légitimité des juges constitutionnels est conditionnée par la composition de la juridiction constitutionnelle ; elle est fonction du mode de désignation des juges constitutionnels⁵⁸.

La thèse de la légitimité incertaine, en termes de crédibilité du juge constitutionnel en Afrique francophone est soutenue⁵⁹. En effet, des dénonciations et critiques continuent d'être formulées à l'endroit des juges constitutionnels, à l'ère où l'on souhaite : « une justice constitutionnelle indépendante suffisamment active, dynamique et créatrice rendant des décisions de qualité pour assurer la préservation de l'équilibre du système politique et contribuer grandement à la démocratie »⁶⁰. En clair, les juges constitutionnels devraient participer à « la transformation de la démocratie qui passe d'une démocratie parlementaire à une démocratie constitutionnelle »⁶¹.

54 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, P. 567.

55 Rivero (Jean), « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, PP. 58-61.

56 Mèlèdje Djedjro (Francisco), *Droit constitutionnel*, éd. ABC, Abidjan, 2014, P. 79.

57 Issa Abdourhamane (Boubacar), *Les Cours Constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'ivoire, et du Niger*, Thèse de Doctorat en droit, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2002, P. 335.

58 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, PP. 570-571.

59 Diallo (Ibrahima), « La légitimité du juge constitutionnel africain », *Revue Cames/ S.J.P n° 1/ 2015*, P. 156.

60 Sy (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », *in*, Narey (Oumarou), (dir), *La justice constitutionnelle, op.cit.* PP. 57. ; Mede (Nicaise), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique », *AJJC*, 2007, P. 61.

61 Sy (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », *in*, Narey (Oumarou), (dir), *La justice constitutionnelle, op.cit.* PP. 57.

La désignation⁶² indépendamment des modes et techniques utilisés est donc l'une des données fondamentales à l'aune de laquelle le juge peut, soit, être présenté sous le cliché du maître du jeu politique⁶³ ; soit être assimilé à un outil de validation, de réalisation ou de légitimation d'une certaine méthode de gestion du pouvoir d'Etat par les autorités politiques. En un mot, un juge autant politisé, qu'instrumentalisé⁶⁴. Cela remet au goût du jour, la complexité de la désignation des juges constitutionnels dont Charles Eisenmann se préoccupait déjà lorsqu'il affirmait : « le recrutement d'une juridiction investie d'une si haute mission et de pouvoirs si considérables pose évidemment un délicat problème. Appelée à jouer dans une certaine mesure le rôle d'arbitre entre les partis et assurer le règne du droit jusque dans le domaine politique, (...) ses membres ont à se prononcer sur des questions plus brûlantes »⁶⁵. Cette préoccupation demeure dans la mesure où le professeur Patrick Wachsmann indique que « la rigueur devant présider au choix des juges constitutionnels est souvent oubliée »⁶⁶.

L'on est conduit à s'intéresser au recrutement des juges constitutionnels, comme objet d'étude et se poser la question suivante : qu'est-ce qui caractérise la désignation des juges constitutionnels en Afrique francophone subsaharienne ?

62 Les premières désignations de juges constitutionnels en France ont été vivement critiquées. Charles Eisenmann, dans un article paru dans les colonnes de *Monde* du 5 mars 1959 intitulé « Palindromes ou stupeur ? », avait relevé dans ces désignations « l'esprit de faveur, d'amitié, de complaisance, plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles à redresser ». (V. Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », *RDP*, n° 6, 1999, P. 1573.). Dans la même optique, François Mitterrand affirme dans *Le coup d'Etat permanent* que « le Conseil Constitutionnel a réussi la gageure d'ajouter au discrédit des institutions dont leurs promoteurs assuraient qu'il serait le fleuron » (V. Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », *op.cit.*, P. 5). Louis Favoreu quelques années après, a soutenu que les juges constitutionnels français ne méritaient pas cet excès d'indignité et qu'il fallait largement relativiser les appréciations formulées au début de la Ve République. V. « Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, P. 5-120.

63 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », *op.cit.*, P. 457.

64 *Ibid.*, P. 465.

65 Eisenmann (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, P. 175.

66 Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *jp blog, jus politicum.com*, consulté le 06 mars 2022.

La désignation se caractérise par son aménagement qui a une incidence sur les juges constitutionnels, aussi bien au plan organique que fonctionnel. Cet aménagement se traduit par une absence d'unicité des modes de désignation, laquelle pourrait faire penser à une attitude des juges constitutionnels, en fonction du processus de désignation dont ils sont issus. Mais, ceux-ci, sur le plan statutaire bénéficient des mêmes prérogatives et garanties. Dans l'exercice de leur mission, ils sont portés vers leur affirmation en tant que « véritables pivots de la régulation du pouvoir majoritaire et présidentiel »⁶⁷. L'on est parvenu à cette hypothèse au moyen d'une démarche intégrant les dimensions théorique et pratique⁶⁸. Celles-ci sont considérées comme « les deux piliers indispensables pour toute analyse perspicace du droit constitutionnel africain, ainsi que pour le développement du constitutionnalisme dans toute l'Afrique »⁶⁹. Cette approche se justifie par l'écart souvent considérable entre la réalité politique et la lettre de la Constitution. C'est pourquoi il convient d'apprécier le renouveau constitutionnel en Afrique à l'aune de la théorie et la pratique⁷⁰. L'étude la désignation des juges constitutionnels se fera non seulement à l'aune des normes textuelles et jurisprudentielles qui l'encadrent, mais également, à la lumière de la pratique subséquente. Rendre compte de cette désignation conduit d'une part, à présenter son ambivalence (I) et d'autre part, à mettre en relief son incidence sur les juges constitutionnels (II).

67 Hourquebie (Fabrice), « La constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs », op.cit., P. 376.

68 Mme le professeur Marie-Anne Cohendet relève l'importance de la pratique lorsqu'elle écrit : « n'amputons pas notre activité de tout ce qui fait son intérêt pratique au motif que nous risquerions de perdre la prétendue pureté de notre prétendue science en observant et en critiquant la réalité. », V. « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in, L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Paris, Economica, 2006, P. 300.

69 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 480.

70 Momo (Claude), « Qui est le gardien de la Constitution en Afrique ? », Solon Revue africaine de parlementarisme et de démocratie, vol. III, n° 14, septembre 2016, PP. 11-12.

I- L'AMBIVALENCE DE LA DESIGNATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS

La juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone, indépendamment de sa dénomination (Conseil Constitutionnel ou Cour constitutionnelle)⁷¹, devrait être régie par un mode de désignation des juges reflétant les équilibres fixés par la Constitution⁷². Si la composition du Conseil Constitutionnel français a inspiré certains pays africains de l'espace francophone⁷³, les modes de désignation des juges constitutionnels ne sont pas identiques dans cet espace. Ils sont diversement aménagés tant sur le plan des critères que des modalités qui les déterminent. En clair, la désignation des juges constitutionnels est ambivalente. Cela tient au fait que l'Afrique noire francophone, bien que caractérisée par une propension à l'unité d'approche d'institutions et de normes, est plutôt marquée par le sceau de la diversité. Cette dernière s'explique par la recherche par des ordres constitutionnels du meilleur équilibre et leur adaptation la plus étroite aux réalités nationales⁷⁴. L'identité des situations politiques et sociales n'appelle pas toujours l'adoption de modèles institutionnels uniformes⁷⁵. De plus, relativement à la composition de la juridiction constitutionnelle Hans Kelsen affirme qu'« on ne peut pas proposer une solution pour toutes les Constitutions possibles »⁷⁶.

71 Le professeur Babacar Kanté, soutient l'idée d'une différence entre les Conseils Constitutionnels et les Cours Constitutionnelles. Selon lui, les Cours sont généralement dotées de prérogatives plus étendues alors que les Conseils ont, ou mettent généralement en œuvre des pouvoirs moins substantiels. (V. « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op.cit.*, P. 266.). La dénomination ne saurait être caractéristique de l'aptitude d'une juridiction à remplir efficacement la mission qui lui incombe ou de répondre aux attentes des justiciables. La juridiction constitutionnelle dans la présente étude renvoie à la fois au Conseil Constitutionnel et à la Cour Constitutionnelle établis en Afrique francophone subsaharienne.

72 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », *op.cit.*, P. 90.

73 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », *op.cit.*, P. 239.

74 Cabanis (André), « Les Cours et les Conseils Constitutionnels, régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique », in, *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié*, *op.cit.*, P. 99.

75 de Gaudusson (Jean du Bois), « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique, Introduction thématique », in, *Afrique contemporaine*, n°242, 2012/2, P. 57 et 58.

76 Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, P. 226.

S'il est acquis que les règles de recrutement des juges constitutionnels sont d'une importance certaine⁷⁷, l'on note le caractère rigide (A) et flexible (B) de la désignation des juges constitutionnels qui présente une réelle hétérogénéité⁷⁸. Elle intègre les exigences de « pluralisme, représentativité, complémentarité »⁷⁹

A-UN PROCESSUS DE DESIGNATION RIGIDE

L'objectif de concrétisation des idées relatives à « la démocratie impliquée par la justice »⁸⁰ et à la « démocratie appliquée à la justice »⁸¹, pourrait servir à justifier l'aménagement d'un processus de désignation rigide de certains juges constitutionnels africains. Dans certains pays sortant de période de dictature ou de régime totalitaire, la légitimité de la juridiction constitutionnelle peut être remise en cause si la composition de celle-ci⁸² n'est pas corsetée. Sous cet aspect, le mode de désignation des juges constitutionnels participe à la légitimité démocratique dont jouit la juridiction constitutionnelle⁸³. Car le mieux que l'on puisse atteindre, est un système qui exige un consensus des acteurs politiques, et l'adhésion de plusieurs tendances⁸⁴. Cela s'observe dans les dispositions constitutionnelles et textes subséquents qui encadrent la juridiction constitutionnelle. La désignation des juges constitutionnels est donc rigide, en raison du caractère spécial de son aménagement juridique.

77 Grewe (Constance) et Ruiz-Fabri (Hélène), *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F, 1995, P. 75.

78 Certains Etats optent soit, pour une désignation rigide, soit, pour une désignation flexible. D'autres combinent rigidité et flexibilité.

79 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, P. 575.

80 Hourquebie (Fabrice), « Justice et démocratie, question de légitimité et de constitution », *op.cit.*, P. 12.

81 *Ibid.*

82 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, P. 575.

83 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La Cour Constitutionnelle béninoise : un modèle de justice constitutionnelle pour l'Afrique ? », in, *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé, *op.cit.* P. 650.

84 Denquin (Jean-Marie), « Justice constitutionnelle et justice politique », *op.cit.*, P. 80.

D'une part, des critères de sélection sont spécifiés (1) ; d'autre part, la procédure définissant les étapes de la désignation est déterminée (2).

1- La spécification des critères de sélection

La Constitution précise les critères sur la base des quels les juges constitutionnels doivent être choisis. Ces critères se rapportent à : l'âge, le genre, le diplôme, la qualification professionnelle, l'expérience professionnelle et l'intégrité morale. Ils visent ainsi à encadrer le pouvoir des autorités de nomination⁸⁵.

Le diplôme requis apparaît comme étant un élément important dans la sélection et le recrutement des juges constitutionnels. Le constituant et le législateur, prennent soin de préciser quel diplôme un candidat à ladite fonction doit avoir. Cette exigence est rattachée à la qualification professionnelle d'enseignant d'université, précisément de droit. A cet égard, en plus d'être enseignant – chercheur, il faut être titulaire d'un Doctorat en droit public⁸⁶

85 Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », *op.cit.*, P. 1575.

86 Article 2 loi N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger ; article 99 Constitution de la République centrafricaine du 30 mars 2016. L'on présume que l'enseignant visé dans ce cas peut ne pas avoir le grade de professeur.

ou être professeur de droit⁸⁷. Le diplôme de troisième cycle en droit public, est également exigé au représentant des associations de défense des droits humains et de promotion de la démocratie⁸⁸. L'on admet que les personnalités à prendre en compte à côté des juristes composant cette institution, soient issues des groupes représentant le peuple saisi dans sa diversité⁸⁹. Mais, l'objectif affiché d'ériger les juridictions constitutionnelles en « instances représentatives de la société civile »⁹⁰, est en corrélation avec la nécessité de retenir un représentant ayant des aptitudes et prédispositions pour la fonction convoitée.

87 Article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise ; article 4 Loi organique n° 2016 – 23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel sénégalais ; article 1er Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002. S'agissant du Mali qui traverse une période de transition, la Constitution et les normes subséquentes ont été maintenues en vigueur étant entendu que le Titre I de la charte de transition du 12 septembre 2020 dispose qu'elle complète la Constitution du 25 février 1992. Cela fut réaffirmé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n°2021-02/CC/VACANCE du 28 mai 2021. Le cas du Burkina Faso doit également être relevé. En effet, la Charte de la Transition du 1er mars 2022, faisant suite au coup d'Etat des 23 et 24 janvier 2022, a maintenu le Conseil constitutionnel en vigueur, sa composition également ; dans la mesure où, l'article 11 de ladite charte dispose que l'empêchement absolu du Président de la transition est constaté par le Président du Conseil constitutionnel. Cette haute juridiction a d'ailleurs rendu la décision n° 2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso. A travers cette décision, elle constate la démission de l'ancien Président de la République par lettre du 24 janvier 2002 et affirme que monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA Lieutenant-Colonel des Forces Armées Nationales est Président du Faso à compter de la date de démission de monsieur Roch Christian Marc KABORE.

88 Article 2 loi N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger.

89 MEDE (Nicaise), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *op.cit.*, P. 61. Selon cet auteur, la tendance perceptible à la régulation politique induit une reconsidération de la composition des juridictions constitutionnelles, intégrant les membres de la société civile dans le but de conférer à celles-ci un surcroît de légitimité.

90 Cabanis (André), « Les Cours et les Conseils Constitutionnels, régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique », in, *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié*, *op.cit.*, P. 100.

Les personnalités relevant des professions d’avocat et de magistrat⁹¹, censées avoir obtenu une formation en droit, sont également éligibles à la fonction de juge constitutionnel. Au Burkina Faso, seuls trois juges parmi les neuf qui siègent au sein de la juridiction constitutionnelle font l’objet d’une précision de la profession par eux exercée lors de leur désignation par le Président de la République, sur proposition du ministre de la justice ; notamment celle de magistrat. Cela ressort de l’article 10 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel du 06 mai 2008. Au Sénégal, le magistrat appelé à devenir juge constitutionnel doit surtout avoir exercé d’importantes fonctions, ou avoir été placé à un niveau de responsabilité élevé au sein de la juridiction d’appel ou de cassation de l’ordre judiciaire⁹². C’est la condition *sine qua non* que doit remplir tout magistrat susceptible d’être désigné comme membre de la juridiction constitutionnelle.

Le constituant béninois quant à lui a, à travers l’expression « juriste de haut niveau », élaboré une catégorie de juge constitutionnel, qui est contenue dans l’article 115 de la loi fondamentale. En effet, cette disposition constitutionnelle opère ladite consécration en ces termes : « La Cour Constitutionnelle comprend : [...] deux juristes de haut niveau, professeurs ou praticiens du droit »⁹³. Ceux qui appartiennent à cette catégorie ont en commun une formation de juriste quoique ces juristes de haut niveau soient distingués en deux sous-catégories : celle de théoricien d’une part et celle de praticien d’autre part.

-
- 91 Article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise ; article 1er Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d’organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002 ; article 5 Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle de la République Démocratique du Congo ; article 1er Ordonnance n°2001-003 du 18 novembre 2001 portant Loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar.
- 92 Notamment celles de : de : premier président de la Cour Suprême, procureur général près la Cour Suprême, président de chambre à la Cour Suprême, premier avocat général à la Cour Suprême, président de Cour d’appel et de procureur général près une Cour d’appel. V. article 4 Loi organique n° 2016 – 23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel.
- 93 Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

Mais cela n'a pas servi à préciser le sens d'une expression qui, à l'occasion de la désignation d'un juge constitutionnel devrait être clarifiée. Certains ont d'ailleurs soutenu l'idée du « silence de la Constitution au sujet de ladite notion »⁹⁴, en raison d'une absence d'un contenu convenu. Cette notion a dû être reprécisée plus d'une fois par la haute juridiction parfois avec des fortunes diverses.

Dans la décision 8- DC du 16 Juin 1992, la Cour Constitutionnelle, statuant sur une affaire dans laquelle la qualité de juriste de haut niveau avait été déniée à M. *Bruno AHLONSOU*, au prétexte qu'il n'est ni professeur, ni praticien du droit, la lui a reconnue. (...) »⁹⁵. Un « praticien du droit » à en croire certains, est toute personne dont l'expérience professionnelle a été acquise dans un ou plusieurs secteurs où le droit est appliqué de manière plus ou moins intense dans le traitement des dossiers⁹⁶. Il n'existe pas de catégorie magistrat-praticien du droit. La haute juridiction à cet égard, a indiqué qu'un magistrat peut aussi être désigné en qualité de juriste de haut niveau (en tant que praticien du droit) pour siéger à la Cour Constitutionnelle. Mais il ne peut pas bénéficier de la qualité de magistrat au premier mandat et de celle de juriste de haut niveau (praticien du droit) lors du renouvellement du mandat. Elle affirme : « la nomination de Madame *POGNON* le 22 Mai 1998 constitue un renouvellement de mandat, qu'en tant que telle, cette nomination ne peut intervenir qu'en la qualité de magistrat qu'elle avait à sa première nomination le 10 Février 1992 », la Cour a conclu que

94 Adadedjan (Ambroise), « La notion de juriste de haut niveau », in, Akerekoro (Hilaire), (dir), Les silences de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, Les éditions CeDEP, Université d'Abomey-Calavi, 2018, P. 9.

95 La Cour affirme : « le sieur Bruno AHLONSOU est un juriste de haut niveau qui jouit d'une expérience tant dans le domaine judiciaire que dans le secteur des assurances (...) en ce qu'il a été magistrat, puis Responsable du Département Technique des Règlements et contentieux dans diverses sociétés d'assurances. V. Recueil des Décisions et Avis, 1991,1992, 1993, p. 48.

96 Badet (Segnon Gilles), Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité : contribution à l'identification des sous catégories du modèle kelsenien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois, Thèse de Doctorat en droit, Université Catholique de Louvain, 2011-2012, P. 433.

« dès lors, la nomination par le Bureau de l'Assemblée Nationale le 22 Mai 1998 de Madame *POGNON* en qualité de juriste doit être déclarée contraire à la Constitution »⁹⁷.

La décision DCC 03-092 du 04 juin 2003⁹⁸ relative à la désignation de monsieur *Christophe Kouogniazonde* par le Président de la République, a été une occasion de plus pour le juge constitutionnel de se prononcer sur la notion de juriste de haut niveau. Il s'est fondé sur la Loi organique sur la Cour Constitutionnelle qui, en son article premier⁹⁹, exige la production par un juge pressenti de son *curriculum vitae*. Son entendement de ladite notion en découle au regard de ses propos ci-après : « l'analyse du *curriculum vitae* de monsieur *Christophe Kouogniazonde* révèle qu'il remplit les conditions requises pour être juriste de haut niveau ». Le souci manifesté par la Cour Constitutionnelle de préciser la notion, dont la « clarification jurisprudentielle inachevée »¹⁰⁰ était dénoncée, s'observe dans sa décision DCC du 18-044 du 20 février 2018. Elle affirme : « La qualité de juriste de haut niveau de madame *Dandi Gnamou* qui est professeur de droit de rang magistral, praticien du droit, et donc juriste de haut niveau, et dont l'expérience professionnelle en cette qualité remonte à 2001 [...] jusqu'au jour de sa nomination en qualité d'assistant, de maître-assistant et de maître de conférences, [...] que dès lors il échet pour la Cour de dire et juger que la nomination de madame *Dandi Gnamou* (...) n'est pas contraire à la Constitution ».

Il a été reproché à la Cour Constitutionnelle de reconnaître les titres de professeur et de praticien du droit à madame *Dandi Gnamou*, et partant, de pas faire de distinction entre le professeur de droit et le praticien du droit¹⁰¹. La confusion qui semble avoir été faite est

97 Ibid.

98 Adandedjan (Ambroise), « La notion de juriste de haut niveau », op.cit., P. 10.

99 Loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant Loi organique sur la Cour Constitutionnelle modifiée par la Loi du 31 mai 2001.

100 Ibid.

101 Ibid., P. 11.

sans conséquence sur la détermination de la qualité de professeur, permettant de conclure au juriste de haut niveau. L'argumentaire de la haute juridiction a été axé sur le parcours académique de la concernée, et l'expérience acquise en tant qu'enseignante¹⁰². De plus, l'intéressée n'a pas été retenue pour un premier mandat sur la base de l'un des deux titres et, ne sollicite pas un nouveau mandat en usant d'un titre différent de celui, à la faveur du quel, elle fut d'abord désignée. Elle n'est pas dans la situation au sujet de laquelle la Cour Constitutionnelle s'est antérieurement prononcée.

L'on en déduit que la détermination de la qualité de juriste de haut niveau se fait sur la base du *curriculum vitae*, produit par le candidat à la fonction de juge constitutionnel. L'étude dudit document permet d'analyser le parcours et l'expérience du candidat afin de dire s'il peut être considéré comme un juriste de haut niveau ou pas. En l'absence d'une clarification de cette notion incontournable dans le processus de désignation des juges constitutionnels au Bénin, l'effort de la haute juridiction de veiller au recrutement de juristes hautement qualifiés et expérimentés¹⁰³, est perceptible. Si une place adéquate doit être réservée aux juristes de profession¹⁰⁴, ils doivent être des juristes de haut niveau, qu'ils soient professeurs ou praticiens.

La présence d'un professeur de droit dans une juridiction constitutionnelle est indispensable. Elle confère à ladite juridiction une présomption de compétence¹⁰⁵. En effet, le professeur de droit veille à une bonne argumentation juridique, dépouillée de

102 « L'expérience professionnelle en cette qualité remonte à 2001, année où elle a été recrutée sur la base de son diplôme d'études approfondies (Bac + 5) pour compter du 1er octobre 2001 en qualité de moniteur d'enseignement de supérieur en droit public à l'Université Paris Sud XI pour assurer ses fonctions à la Faculté Jean Monnet. Qu'ensuite, sans discontinuité, elle a servi en qualité d'attachée temporaire d'enseignement et de recherche dans la même université jusqu'en 2007, puis à l'Université d'Abomey Calavi de 2007 jusqu'au jour de sa nomination successivement en qualité d'assistant, maître-assistant et de maître de conférences », V. décision DCC 18-044 du 20 février 2018.

103 Salami (Ibrahim David), Gandonou (Diane Melone), Droit constitutionnel et institutions du Bénin, Cotonou, éd. CeDAT, 2014, P. 347. ;

104 Ibid.

105 Schnapper (Dominique), Une sociologue au Conseil Constitutionnel, Paris, Gallimard, 2001, P. 279.

raisonnement tenant à l'opportunité politique, dans l'élaboration des décisions de la haute juridiction¹⁰⁶. Sa participation à l'œuvre jurisprudentielle de cette institution est substantielle¹⁰⁷. C'est pourquoi en France, les professeurs de droit sont considérés comme des « auxiliaires permanents du Conseil Constitutionnel »¹⁰⁸ ; surtout lorsqu'ils n'y siègent pas. Le travail des juges constitutionnels est facilité grâce à leur expertise. Les professeurs de droit sont, dans le cadre de la pratique de l'audition d'experts adoptée depuis 2007, lors de la préparation des décisions d'une certaine complexité technique, les plus sollicités¹⁰⁹. Le juriste praticien quant à lui, pourrait mettre à contribution l'expérience acquise dans un cabinet d'avocat, une société commerciale, un service public, une association humanitaire, une union syndicale ou une organisation internationale¹¹⁰.

Les personnalités susceptibles de devenir des juges constitutionnels doivent indépendamment de leur profession dans le domaine du droit, avoir une expérience professionnelle dont la durée varie selon les Etats. La sagesse qui est une vertu morale, est fille de l'expérience. Le choix des membres de la juridiction constitutionnelle doit se faire à l'intérieur d'un cercle de personnalités expérimentées ; le diplôme dans ce cas n'est pas l'expérience : il la précède¹¹¹. L'important est que les candidats aient exercé leur profession pendant une durée dont le minimum est fixé par le constituant : 10 ans¹¹²,

106 Castera (Pierre), Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel, op.cit., P. 276.

107 Ibid., PP. 377-381.

108 Ibid., P. 28.

109 Ibid., P. 35.

110 Verdussen (Marc), Les douze juges : la légitimité de la Cour Constitutionnelle, Bruxelles, Editions LABOR, 2004, p. 55.

111 Saint-Bonnet (François), « L'ironie du sort », Revue de droit d'Assas, n°5, op.cit., P. 101.

112 Article 2 loi organique N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger, article 99 Constitution de la République centrafricaine du 30 mars 2016.

15 ans¹¹³, 20 ans¹¹⁴. Ils doivent également remplir la condition tenant à l'intégrité morale. Celle-ci est relative aux considérations éthiques¹¹⁵ qui sous-tendent leur désignation. En effet, dans la quête d'un bon juge constitutionnel, les aptitudes morales doivent être plus recherchées que la maîtrise du contentieux constitutionnel, susceptible d'être rapidement acquise par un travail opiniâtre¹¹⁶. Le constituant conscient de l'importance de l'intégrité morale en fait un critère fondamental de recrutement¹¹⁷, au point d'exiger une liste de documents et pièces sur la base des quels la moralité des candidats à la fonction de juge constitutionnel serait déterminée par des services compétents¹¹⁸.

L'âge et le genre sont en outre, des données prises en compte dans la désignation des juges constitutionnels. S'agissant de l'âge, plus il est avancé et surtout combiné avec une riche expérience professionnelle, mieux cela vaut. Loin d'être un handicap, il est un atout pour l'exercice des fonctions de juge constitutionnel¹¹⁹. En d'autres termes, la sérénité de l'âge des personnalités désignées prive la lecture partisane de

113 Article 115 Loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise, article 1er Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002.

114 Article 4 Loi organique n° 2016 – 23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel sénégalais.

115 Cabanis (André), « Les Cours et les Conseils Constitutionnels, régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 100.

116 Saint-Bonnet (François), « L'ironie du sort », Revue de droit d'Assas, n°5, op.cit., P. 101.

117 Article 1er Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002.

118 « Les candidats à la Cour Constitutionnelle doivent jouir d'une bonne moralité attestée par les services compétents et produire avant leur élection et nomination :Un curriculum vitae qui permet juger de leurs qualifications et expériences professionnelles accompagné de tous les documents probants.Un extrait du casier judiciaire Un certificat médicalUn certificat de nationalité nigérienne », article 2 Loi n° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger.

119 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 91.

toute pertinence¹²⁰. Le Doyen *Vedel*¹²¹ est de cet avis ; selon lui, le fait pour un juge constitutionnel d'avoir un âge respectable au terme de son mandat est un gage d'indépendance d'esprit dès lors qu'il n'a pas à se soucier de la suite de sa carrière. De plus, par ce qu'ils sont dénommés « les sages », un âge avancé renforce la crédibilité des juges constitutionnels¹²². Mais l'on ne peut s'empêcher de penser qu'il pourrait être une cause de remise en cause de la juridiction constitutionnelle. L'introduction du critère d'âge minimum dans le bloc de constitutionnalité en fait une condition¹²³ *sine qua non* de recrutement. C'est également une obligation à laquelle le ou les organes et autorités de désignation sont astreints. Cet âge qui varie d'un Etat à un autre, est bas, comme en Mauritanie où il est de 35 ans¹²⁴, 40 ans au Niger¹²⁵, 45 ans en Guinée¹²⁶ et relativement élevé tel qu'on le note au Gabon, car fixé à 50 ans¹²⁷.

Pour ce qui est du genre, si sa prise en compte dans certains Etats n'est pas l'objet d'une consécration constitutionnelle¹²⁸ ; dans d'autres, il est formellement érigé par le constituant au rang de critère fondamental dans la désignation des juges constitutionnel.

120 Rousseau (Dominique), Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine de Badinter et la démocratie, Paris, éd. Descartes et Cie, 1997, P. 42.

121 Ibid., P. 92.

122 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », op.cit, P. 574.

123 Ntah à Matsah (Henri Martin Martial), « La condition d'âge dans les Etats d'Afrique noire francophone : les cas béninois et camerounais », Revue burkinbè de droit, n° 52, 1er semestre 2017, P. 56.

124 Article 10 de la Loi constitutionnelle n° 2012- 015 du 20 mars 2012 portant révision de la Constitution de 2juillet 1991 de Mauritanie.

125 Article 121 Constitution du 25 novembre 2010.

126 Article 2 Loi L/2011/06/CNT du 10 mars 2011 portant création organisation et fonctionnement de Cour Constitutionnelle. Cette condition pourrait ne plus être respectée. En effet, selon l'article 79 de la charte de transition du 27 septembre 2021, les attributions de la Cour constitutionnelle sont transférées à la Cour suprême durant la période de transition. De plus, la loi organique devant déterminer l'organisation et le fonctionnement pourrait fixer un autre âge ou alors ne pas mentionner cette condition.

127 Article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise.

128 Badet (Segnon Gilles), Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité : contribution à l'identification des sous catégories du modèle kelsenien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois, op.cit., P. 430.

C'est ainsi qu'en République Centrafricaine¹²⁹, le genre est obligatoirement pris en compte dans le processus de sélection, au sein des corps de profession par les autorités et organes de désignation. Au-delà de la simple prise en compte du genre, l'on note une exigence de parité.

2- La détermination de la procédure de désignation

La procédure se rapporte aux actes successivement accomplis dans le processus de désignation des juges constitutionnels. Elle relève de la désignation mixte qui combine élection et nomination dans le recrutement des « sages » devant siéger au sein de la juridiction constitutionnelle. L'élection est envisagée d'une part comme acte de désignation en marge de la nomination, et d'autre part, comme une étape de la désignation.

En tant qu'acte de désignation, l'élection se traduit par le choix du juge constitutionnel au sein d'un organe institutionnel par ses pairs. Le Togo¹³⁰ offre une illustration topique. Parmi les neuf membres qui composent la juridiction constitutionnelle, en dehors des trois nommés ou désignés par le Président de la République, trois sont élus par l'Assemblée Nationale à la majorité des deux tiers de ses membres ; trois autres sont élus par le Sénat à la majorité des deux tiers de ses membres. L'élection dans ce cas vaut désignation, car le résultat qui en est issu ne fait pas l'objet d'une validation ultérieure, afin que le juge constitutionnel élu ou désigné soit considéré comme tel. L'élection valant désignation s'observe également dans la désignation du président de la juridiction constitutionnelle dans certains Etats ; notamment le Bénin¹³¹, le Niger où l'élection s'étend au vice-président de la haute juridiction¹³² et le Mali¹³³.

129 Article 99 Constitution de la République centrafricaine du 30 mars 2016.

130 Constitution du 14 octobre 1992 révisée par la Loi n° 2002 – 029 du 31 décembre 2002.

131 Article 116 Loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

132 Article 6 loi organique N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger.

133 Article 92 de la Constitution du 25 février 1992.

Ce mode de désignation a cours parallèlement à la nomination qui, dans le cas béninois est une compétence exercée par le bureau de l'Assemblée Nationale et le Président la République¹³⁴. Il en est de même du Mali où, en plus du Président de la République et le président de l'Assemblée Nationale, le Conseil Supérieur de la Magistrature est également compétent pour désigner des juges constitutionnels¹³⁵. Le Gabon¹³⁶ correspond à ce modèle, bien que les dispositions constitutionnelles y afférentes ne comportent pas le mot élection. Il est évident que la nomination dont l'Assemblée Nationale, le sénat et le Conseil Supérieur de la Magistrature sont compétents devrait se faire au moyen du procédé électif. D'autant plus que la Constitution n'a pas érigé les bureaux de ces institutions en instances de nomination.

En outre, l'élection est une étape de la désignation lorsqu'un acte de nomination parachève le processus de recrutement des juges constitutionnels. Cet acte a également pour objet d'entériner l'élection l'ayant précédé. C'est le cas de Madagascar où, les choix opérés par L'Assemblée Nationale, le Sénat et le Conseil Supérieur de la Magistrature à travers le procédé électif sont constatés par décret du Président de la République¹³⁷. Il en est de même en République Démocratique du Congo où, le président de la Cour Constitutionnelle, après avoir été élu par ses pairs est investi par ordonnance du Président de la République¹³⁸. En République Centrafricaine, l'élection de juges constitutionnels par leurs pairs est entérinée par décret du Président de la République¹³⁹ ; la Guinée s'inscrit dans une perspective analogue¹⁴⁰.

134 Quatre juges constitutionnels sont nommés par le bureau de l'Assemblée Nationale et trois par le Président de la République. V. Article 115 Loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

135 Article 91 de la Constitution du 25 février 1992.

136 Article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise.

137 Article 1 Ordonnance n° 2001-003 du 18 novembre 2001 portant Loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle.

138 Article 158 Constitution du 18 février 2006.

139 Article 99 Constitution du 30 mars 2016.

140 Articles 2 et 3 Loi L/2011/06/CNT du 10 mars 2011 portant création organisation et fonctionnement de Cour Constitutionnelle.

Ce mode de désignation conduit, au regard du silence de la Constitution, à s'interroger sur les éventuels conflits susceptibles d'avoir lieu. En effet, le Président de la République pourrait tarder à entériner l'élection d'un juge constitutionnel ou se refuser à nommer celui ayant été choisi par ses pairs. S'il est évident qu'il s'agit du non-respect d'une obligation constitutionnelle, aucune disposition de la loi fondamentale ou des textes y afférents ne précise les dispositions devant être prises le cas échéant. Si la saisine de la juridiction constitutionnelle est la solution idoine, l'on pourrait assister à un blocage institutionnel. Ce serait davantage le cas si la juridiction constitutionnelle n'est pas encore mise sur pied dans un contexte de sa création. Certainement devrait-on assister à des arrangements politiques permettant de résoudre un problème éminemment juridique relatif à l'exercice d'une compétence liée fixée par la Constitution. Il est souhaitable que ce vide soit comblé afin d'éviter de tels dysfonctionnements. La rigidité de la désignation des juges constitutionnels se traduisant par la détermination de critères et d'une procédure précise, ne rend pas compte de ce processus dans son entièreté. Celui-ci se matérialise également par une désignation flexible.

B- UN PROCESSUS DE DESIGNATION FLEXIBLE

Les juges constitutionnels sont désignés sur la base de mécanismes souples. Cette souplesse, traduite par des modalités substantielles et formelles non rigoureusement réglementées, permet de rendre compte de la flexibilité aménagée par le constituant. L'idée d'une marge de manœuvre étendue en raison de l'absence de critères de choix s'imposant aux organes de désignation (1) est jumelée à une désignation d'office, consacrée par le constituant (2).

1- L'absence de contraintes objectives

Les règles de désignation des juges constitutionnels dans un contexte de flexibilité ne soumettent les organes ou autorités compétentes, à aucune contrainte liée au choix, ni n'assortissent lesdits choix à

une discussion publique¹⁴¹. Le constituant, leur laisse une marge de manœuvre étendue après avoir indiqué celui ou ceux devant procéder à ladite désignation. Celle-ci se rapporte au système simple, qui ne fait pas appel au procédé électif. La désignation peut se résumer à l'acte de nomination généralement pris par une seule autorité, en dehors de choix préalablement opérés avec le concours d'autres organes. Le Sénégal est illustratif à cet égard. En effet, l'article 89 bis de la Constitution¹⁴² dispose que les membres du Conseil Constitutionnel sont nommés par décret du Président de la République. Cela traduit l'idée d'une désignation par une seule autorité politique qui ne requiert aucun avis¹⁴³, et est considérée comme étant déterminante dans l'existence du juge constitutionnel¹⁴⁴, en raison de son caractère discrétionnaire¹⁴⁵.

Au Burkina Faso, la désignation est une compétence exercée par le Président de la République et le Président de l'Assemblée Nationale. L'article 7 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel du 06 mai 2008, dispose que le Président de la république nomme le Président de la haute juridiction. Cette nomination est discrétionnairement opérée. L'article 10 quant à lui, précise qu'en dehors de son président¹⁴⁶, le Conseil constitutionnel comprend 03 personnalités nommées par le Président de la République et 03 personnalités nommées par le Président de l'Assemblée nationale. Le profil, la compétence des personnalités susceptibles d'être nommées n'est pas ne sont pas précisés.

141 Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 8.

142 Loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution.

143 Yankhoba Ndiaye (Isaac), « Le Conseil Constitutionnel sénégalais », Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2014-4 P. 78.

144 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 457.

145 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 241.

146 Le Président du Conseil constitutionnel est nommé par décret du Président de la République tel que prévu par l'article 7 du Règlement intérieur de ladite institution. Le problème de sa désignation se pose en ce moment, en raison, non seulement de la Transition qui a cours, mais également du décès survenu le 19 février 2022 de Kassoum Kambou Président du Conseil constitutionnel peu, avant l'avènement de la Transition. Si le Doyen d'âge expédie les affaires courantes jusqu'à l'entrée en fonction du nouveau Président, ainsi que dispose l'article 9 du Règlement intérieur, le Président du Conseil de Transition qui assure les fonctions de chef de l'Etat devrait procéder à la nomination du Président du Conseil constitutionnel.

La désignation se rapporte également à un acte pris par une autorité à la suite d'une sélection, opérée avec le concours d'autres organes et dépouillée de quelconques contraintes de choix. Elle est appliquée au Cameroun où, le Président de la République nomme des juges constitutionnels désignés par lui-même, le président de l'Assemblée Nationale après avis du bureau, le président du Sénat après avis du bureau et le Conseil supérieur de la magistrature¹⁴⁷. Il en est de même en Côte d'Ivoire où, le Président de la République nomme les juges constitutionnels désignés par lui-même, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat¹⁴⁸.

La liberté complète de choix traduite par l'absence de critères objectifs requis, se déduit du caractère général des dispositions constitutionnelles. Elles se limitent à indiquer que les juges constitutionnels, soient choisis parmi les personnalités de réputation professionnelle établie, jouissant d'une grande intégrité morale et d'une compétence établie¹⁴⁹. Le constituant ivoirien fait un effort limité de précision, en prescrivant un recrutement de personnalités reconnues pour leur compétence et leur expertise avérées en matière juridique ou administrative¹⁵⁰. Non seulement il existe une panoplie de métiers dans le domaine du droit, mais également, la personnalité de réputation établie issue de l'administration peut avoir une formation autre que celle de juriste.

Dans la même optique, la Constitution gabonaise précise en son article 89 que les juges constitutionnels « sont choisis parmi [...] les personnalités ayant honoré le service de l'Etat »¹⁵¹.

147 Article 51 alinéa 2 Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 et modifiée par la Loi n° 2008/001 du 14 avril 2008.

148 Articles 128 et 130 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

149 Article 51 alinéa 2 Loi camerounaise n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 et modifiée par la Loi n° 2008/001 du 14 avril 2008.

150 Article 129 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

151 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise.

Cela est justifié par le fait que ces personnalités, à condition qu'elles soient minoritaires¹⁵², pourraient être utiles à la juridiction constitutionnelle ; celle-ci pouvant être saisie, pour des problèmes touchant à n'importe quel domaine de la vie économique, politique ou sociale¹⁵³.

Toutefois, la juridiction constitutionnelle formée selon ce mode de désignation s'expose à un « procès en illégitimité »¹⁵⁴, dont elle pourrait être l'objet. Ce procès résulterait de la politisation de juges nommés discrétionnairement, et partant relevant de choix d'amis politiques¹⁵⁵. Monsieur le professeur Patrick Wachsmann, relativement à la France, relève que « les facteurs politiques sont déterminants, tandis que l'aptitude réelle à exercer les fonctions de juge de la constitutionnalité est tenue pour secondaire »¹⁵⁶. Les autorités de désignation n'étant soumises à aucune restriction de choix¹⁵⁷, seraient guidées par des « arrières pensées stratégiques [et] le compagnonnage politique »¹⁵⁸. Il leur serait reproché de désigner « qui [elles] veulent, et [ne jamais se priver] d'exercer ce pouvoir avec une désinvolture coupable »¹⁵⁹.

152 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 90.

153 Badet (Segnon Gilles), Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité : contribution à l'identification des sous catégories du modèle kelsenien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois, op.cit., P. 430.

154 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 240.

155 Ibid., V. également, Cassia (Paul), Clay (Thomas), « Le Conseil Constitutionnel se meurt, vive la Cour Constitutionnelle ! », Revue de droit d'Assas, n°5, op.cit., P. 109.

156 Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », op.cit.

157 Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », op.cit., P. 1574.

158 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 240.

159 Beaud (Olivier) et Wachsmann (Patrick), « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil Constitutionnel », Revue de droit d'Assas, n°5, op.cit., P. 114. L'année 2022 selon le professeur Patrick Wachsmann ne sera pas une année de rupture, étant entendu que la rigueur devant présider au choix des personnes devant siéger au Conseil constitutionnel français n'a pas été prise en compte par les trois autorités chargées des nominations. En clair, l'éminent auteur précise que « Jacqueline Gourault, ministre actuellement en exercice, n'a pas la moindre compétence juridique. Véronique Malbec, magistrate de l'ordre judiciaire, a naguère exercé un pouvoir hiérarchique sur le procureur ayant classé sans suite une plainte visant la personne même qui se propose de la nommer » à savoir Richard Ferrand. V. Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », op.cit.

D'autant plus que, non seulement comme c'est le cas en France, les actes de désignation des juges constitutionnels sont des actes de gouvernement¹⁶⁰, mais également, la juridiction constitutionnelle n'est pas compétente pour statuer sur la désignation des juges constitutionnels. Il paraît peu probable que dans le silence des textes, elle puisse s'arroger un tel pouvoir¹⁶¹ ; bien que le juge constitutionnel béninois se soit prononcé sur la désignation des juges constitutionnels en rapport sa dimension rigide. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, consacrant en France l'obligation de recueillir l'avis des commissions parlementaires dans le cadre des nominations présidentielles, pourrait inspirer l'Afrique noire francophone. Elle vise à légèrement conditionner la liberté de choix et canaliser la « politique de désignation des juges constitutionnels »¹⁶², bien que certains continuent de soutenir l'idée d'une « quasi inexistence du contrôle parlementaire en la matière »¹⁶³.

L'élargissement de la marge de manœuvre des autorités en charge de la désignation des juges constitutionnels¹⁶⁴ par le constituant, ne doit pas faire oublier que les fonctions de membre d'une juridiction constitutionnelle sont juridictionnelles, et nécessitent des aptitudes particulières¹⁶⁵. Pour certains, « l'absence de clause de compétence avec niveau juridique requis permet de jouer la carte de la diversification des parcours et des expériences tellement nécessaires dans un contexte de constitutionnalisation tentaculaire des diverses branches du droit »¹⁶⁶.

160 C.E. Mme Ba 09 avril 1999, V. Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », op.cit., P. 1576.

161 Ibid., P. 1580.

162 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », W.W.W. umk.ro, P. 1, consulté le 7 décembre 2018.

163 Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », op.cit.

164 Cabanis (André) et Martin (Michel-Louis), *Le Constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-La-Neuve, Bruylant-Academia, coll. Publications de l'Institut Universitaire André Rymans, n° 4, 2012, P. 141.

165 Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 18.

166 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 240.

Si *Hans Kelsen* admettait qu'il pût avoir au sein de la juridiction constitutionnelle des non spécialistes aux côtés de spécialistes, il insistait davantage qu'il soit fait une place adéquate à des juristes de formation¹⁶⁷. Un équilibre satisfaisant entre les diverses expériences doit être trouvé pour assurer à la juridiction constitutionnelle le maximum de crédibilité¹⁶⁸. Etant entendu que « toute institution devrait simplement et physiquement être un miroir sociologique et biologique de la société »¹⁶⁹. En clair, l'alchimie parfaite pour la composition d'une juridiction constitutionnelle dans un contexte de désignation flexible, doit, comme le rappelait *François Luchaire* s'établir autour de trois critères : une majorité de juristes, des personnalités incontestables et un certain mélange de générations¹⁷⁰. En cela, la juridiction constitutionnelle reflèterait tous les éléments de la diversité sociale¹⁷¹. La désignation effectuée au Cameroun¹⁷² semble se rapprocher de cet idéal. C'est également le cas en France où, depuis 1959, des juges constitutionnels juristes et non juristes, hommes, femmes politiques et des personnalités non issues du paysage politique, ont siégé au Conseil Constitutionnel¹⁷³. Parmi eux se trouvent des juges atypiques avec qui ils doivent connaître du contentieux constitutionnel : les membres de droit.

167 Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la constitution », op.cit., P. 227.

168 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », op.cit., P. 578.

169 Le Pourhiet (Anne-Marie), « Pas de changement important à apporter, mais... », Revue de droit d'Assas, n°5, op.cit., P. 104.

170 V. Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 242.

171 Cabanis (André), « Les Cours et les Conseils Constitutionnels, régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 100.

172 V. Décret n° 2018/ 105/du 7 février 2018 portant nomination des membres du Conseil Constitutionnel :

- Magistrats : Atangana clément, Arrey Florence Rita, Essombe Emile, Fouman Akam Jean
- Professeurs de droit : Bipoun Woum Joseph-Marie, Lekene Donfack Charles Etienne, Joseph Owona en remplacement de Fouman Akam Jean décédé.
- Administrateurs civils et diplomate : Bonde Emmanuel, Ahmadou Tidjani, Bah Oumarou sanda
- Anthropologue : Paul Nchoji Nkwi
- Ancien parlementaire : Jean-Baptiste Baskouda.

173 Carcassone (Guy), « Les membres du Conseil Constitutionnel : 1959-2008 », Cahiers du Conseil Constitutionnel, hors-série 2009 (25 ans de délibérations) – 30 janvier 2009, W.W.W. Conseil Constitutionnel.fr, PP. 1-4. Consulté le 15 décembre 2017.

L'Afrique noire francophone s'inscrit dans la même perspective.

2- La consécration d'une désignation d'office

La Constitution, en octroyant aux anciens Présidents de la République la « qualité perpétuelle »¹⁷⁴ de juge constitutionnel procède à une désignation d'office. Celle-ci, instituée au Cameroun¹⁷⁵, au Gabon¹⁷⁶ et en Côte d'Ivoire¹⁷⁷ se distingue du processus de désignation aménagé pour le recrutement des autres juges constitutionnel. La catégorie de membre de droit et à vie de la juridiction constitutionnelle qualifiée d'« exception »¹⁷⁸ ou de « singularité »¹⁷⁹ française, doit son existence à des raisons conjoncturelles tenant au sort réservé aux anciens Présidents de la Quatrième République : *René Coty* et *Vincent Auriol*. Il s'agissait non seulement de créer en leur faveur les conditions d'une belle retraite, mais également de les neutraliser, les empêcher de jouer un rôle politique actif¹⁸⁰, en s'assurant de manière élégante de leur silence politique¹⁸¹. L'on pourrait, relativement à la reprise par le constituant africain de cette règle, penser que ce mimétisme est fondé sur les mêmes motivations, bien qu'un ancien Président de la République n'ait pas encore pris fonction en qualité de juge constitutionnel. Toujours est-il que la consécration constitutionnelle de la catégorie de membre à vie de la juridiction constitutionnelle n'est pas sans implications.

174 Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la république au Conseil Constitutionnel », in, *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, P. 515.

175 Article 51 alinéa 2 Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 et modifiée par la Loi n° 2008/001 du 14 avril 2008.

176 Article 89 Loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise.

177 Article 128 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

178 Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la république au Conseil Constitutionnel », *op.cit.*, P. 512.

179 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », *op.cit.*, P. 1.

180 Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », *op.cit.*, P. 26.

181 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », *op.cit.*, P. 2.

En effet, dès la prestation de serment du président élu¹⁸², l'ancien Président de la République devenu automatiquement juge constitutionnel peut siéger aux côtés des autres juges, à moins qu'il ne renonce expressément à le faire¹⁸³. Il est soumis au même régime qu'eux, en raison du silence de la Constitution sur des éventuelles spécificités le concernant. La spécificité potentielle est le remplacement du juge constitutionnel nommé en cas de décès ou d'exercice d'une fonction incompatible avec sa qualité ; le membre de droit quant à lui pourrait être empêché¹⁸⁴ fut-ce temporairement de siéger à la juridiction constitutionnelle¹⁸⁵. Cela suppose qu'il doit observer les obligations par lesquelles les juges constitutionnels sont tenus. Notamment l'obligation de réserve qui lui interdit de s'exprimer sur les affaires soumises au Conseil Constitutionnel, et le respect des incompatibilités politiques qui lui impose de se placer hors du champ politique.

L'expérience de la Vème République en France démontre que l'obligation de réserve est tempérée par les anciens Présidents de la République. Le président *Vincent Auriol* en 1960 puis en 1962 et le président *René Coty* se sont publiquement opposés à la décision du général de Gaulle de recourir au référendum prévu par l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958, pour modifier les conditions d'élection du Président de la République¹⁸⁶. Le président *Valéry Giscard d'Estaing* dans une perspective analogue, estimait que les anciens Présidents de la République ne sont pas tenus de la même

182 Wodié (Francis), « Le Conseil Constitutionnel de Côte d'Ivoire », Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2013/3, n° 40, P. 138.

183 Article 128 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire.

184 Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la république au Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 516.

185 Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 27.

186 Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la république au Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 517. Quelques semaines plus tard Vincent Auriol a annoncé sa décision de ne plus siéger au Conseil Constitutionnel, ne voulant rester « ni impuissant, ni muet ».

obligation de réserve que les membres nommés¹⁸⁷. C'est pourquoi en 2007, lors de la campagne électorale pour les présidentielles, il a ouvertement soutenu la candidature de *Nicolas Sarkozy* ; les membres du Conseil Constitutionnel se sont déclarés « unanimement ému [s] de son attitude »¹⁸⁸. S'agissant de la question de l'activité politique de l'ancien Président de la République, celui-ci ne peut échapper à l'engagement politique qui lui a permis d'accéder à ces fonctions et qui a constamment marqué leur exercice¹⁸⁹ ; d'où « l'ambivalence intrinsèque de la fonction de membre de droit »¹⁹⁰.

L'on est enclin à penser que les conséquences ci-dessus présentées pourraient se produire en Afrique noire francophone en raison de la place centrale du Président de la République dans le jeu politique. En tant que figure de proue de l'Exécutif et pivot de la majorité parlementaire, il est le maître du processus législatif et oriente la conduite de l'Etat. Il ne peut, à l'expiration de son mandat s'empêcher de prendre ouvertement position relativement aux choix de son successeur. En clair, l'acteur politique peut prendre le dessus sur le membre de droit ; car, il perdrait difficilement ses réflexes d'homme politique et conserverait une capacité d'intervention politique. Cela entraînerait une confusion des genres¹⁹¹.

Si la présence des anciens Présidents de la République au sein de la juridiction constitutionnelle « n'était pas à l'origine sérieusement contestable »¹⁹², sa pertinence est aujourd'hui remise en question par la majorité de la doctrine, malgré la position marginale des politiques qui lui est favorable. Selon *Guy Carcassonne*, « les anciens Présidents de la République n'ont rien à faire là.

187 Ibid.

188 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », op.cit., P. 5.

189 Wachsmann (Patrick), « Sur la composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 27.

190 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », op.cit., P. 4.

191 Ibid., P. 5.

192 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 90.

Loin d'enrichir substantiellement le Conseil, ils peuvent lui être à charge »¹⁹³. L'auteur relève « l'incongruité de leur existence »¹⁹⁴, qui ne peut justifier leur présence dans une institution qui veut présenter le visage d'une authentique juridiction¹⁹⁵. Il est suivi par d'autres qui adoptent un ton acerbe ; pour eux, « il n'y a vraiment plus à tergiverser les anciens Présidents de la République n'ont rien à faire au Conseil Constitutionnel (...) l'expérience de ces dernières années a trop montré ce que l'on redoutait depuis longtemps : la seule et désinvolte recherche d'un confortable complément de retraite en forme de jeton d'absence »¹⁹⁶. La seule fonction à vie figurant dans les institutions de la République¹⁹⁷ est également considérée comme un retour à la République des grands notables plutôt qu'une avancée démocratique¹⁹⁸.

En revanche les politiques se posent en défenseurs de la qualité de juge constitutionnel reconnue aux anciens Présidents de la République par la Constitution. Le président *Nicolas Sarkozy*, reconnaît qu'il est de ceux « qui se sont battus pour que les anciens Présidents de la République continuent à siéger au Conseil Constitutionnel »¹⁹⁹. Pour lui, « c'est une richesse pour le Conseil de voir d'anciens présidents y siéger pour apporter leur vision de praticiens des institutions »²⁰⁰. Cette réticence explique l'échec non seulement des propositions du rapport Vedel de 1993, mais également de la proposition de loi constitutionnelle déposée en 2005

193 Carcassone (Guy), « Gare au faux bon sens », *Revue de droit d'Assas*, n°5, op.cit., P. 98.

194 Carcassone (Guy), « Les membres du Conseil Constitutionnel : 1959-2008 », op.cit., P. 4.

195 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 239.

196 Le Pourhiet (Anne-Marie), « Pas de changement important à apporter, mais... », op.cit., P. 104. ; V. également, de Béchillon (Dénis), « Appel au calme (sur la composition du Conseil Constitutionnel) », *Revue de droit d'Assas*, n°5, op.cit., P. 115.

197 Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la république au Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 514.

198 Ibid. P. 22.

199 V. Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 93.

200 Ibid.

par le sénateur *Patrice Gélard* en faveur de la suppression de la catégorie de membre de droit du Conseil Constitutionnel²⁰¹. Un projet de loi allant dans le même sens a été envisagé par l'actuel président français Monsieur Emmanuel Macron.

L'exemple français renseigne à bien des égards sur la complexité que pourrait présenter la mutation d'un ancien Président de la République en juge constitutionnel en Afrique francophone. Cette singularité qui, pour certains, présente une utilité politique et pour d'autres, est dénuée de pertinence, serait une source de conflits pouvant entraîner la remise en cause de la légitimité de la justice constitutionnelle, et partant, saper les fondements du nouveau constitutionnalisme africain. L'on formule le vœu d'une juridiction constitutionnelle mêlant harmonie du point de vue de sa composition et synergie dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'ambivalence de la désignation des juges constitutionnels se traduit par son caractère flexible et rigide. L'on pourrait y voir, la recherche d'un compromis entre la volonté d'obtenir une composition diversifiée et indépendante de la juridiction constitutionnelle, et le souci de garantir une certaine prééminence à l'Exécutif, par la forte promotion de membres directement choisis par le Chef de l'Etat²⁰². Cette considération aussi pertinente paraît-elle, doit être vérifiée à la l'aune de l'effet que pourrait produire la désignation sur les juges constitutionnels.

II-L'INCIDENCE DE LA DESIGNATION SUR LES JUGES CONSTITUTIONNELS

La désignation, au-delà de l'aspect formel, est un indicateur fondamental dans l'analyse de la justice constitutionnelle. Son utilité est mise en exergue dans la détermination de la légitimité démocratique de la juridiction constitutionnelle, en raison de la participation des

201 Vincent (Brigitte), « Les membres de droit au Conseil Constitutionnel, une singularité française », op.cit., P. 7.

202 Cabanis (André) et Martin (Michel-Louis), Le Constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone, op.cit., P. 144.

autorités politiques à sa composition²⁰³. Or, la légitimité n'est pas qu'une question de mode de désignation, mais également une question de qualité d'ensemble de l'institution, d'efficacité²⁰⁴. S'il est admis qu'une institution ne vaut que par les Hommes qui la composent²⁰⁵, la juridiction constitutionnelle en Afrique francophone, ne vaut que par sa capacité à se préoccuper de l'objectif pour lequel elle a été créée, qui est de sanctionner l'arbitraire éventuel des hommes politiques, en usant des prérogatives qui lui sont attribuées²⁰⁶. Son activité, au-delà des personnalités de haut niveau et d'expérience qui la composent devrait être approuvée, aussi bien sur le plan de l'opportunité que de la technique juridique²⁰⁷. C'est dire que la désignation influe sur le juge constitutionnel tant au niveau de son statut (A) que de son office (B).

A- L'AUTONOMISATION STATUTAIRE DES JUGES CONSTITUTIONNELS

« La justice constitutionnelle c'est d'abord des juges constitutionnels »²⁰⁸. Leur condition sur le plan juridique peut être appréhendée à l'aune de la désignation dont ils procèdent. En effet, la justice, thème à forte connotation idéologique et politique, est souvent abordée à partir de présupposés et d'*a priori* se référant à des modèles théoriques et idéaux²⁰⁹. Analyser l'incidence de la désignation sur les juges constitutionnels du point de vue de leur statut, commande que l'on

203 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La Cour Constitutionnelle béninoise : un modèle de justice constitutionnelle pour l'Afrique ? », in, La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé, op.cit. P. 650.

204 Hourquebie (Fabrice), « La composition du Conseil Constitutionnel, un exotisme bien français », op.cit., P. 239.

205 Roussillon (Henri), Le Conseil Constitutionnel, Paris, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2008, P. 13.

206 Fall (Alioune Badara), « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in, La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo – Glélé, op.cit. P. 718.

207 Cabanis (André), « Les Cours et les Conseils Constitutionnels, régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 109.

208 Rousseau (Dominique), La justice constitutionnelle en Europe, Paris, Montchretien, coll. Clefs/politique, 2e éd., 1996, P. 49.

209 de Gaudusson (Jean du Bois), « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in, Afrique contemporaine, n°156, 4/1990, P. 6.

se fonde sur le substrat idéologique du nouveau constitutionnalisme africain ; lequel assigne au juge la noble mission de cultiver l'amour de la liberté, et œuvrer pour l'intérêt de la République, le progrès de l'Etat de droit et la démocratie. Le cadre constitutionnel confère des garanties d'indépendance aux juges constitutionnels (1), rendant ainsi inopérante toute velléité de remise en cause de l'institution qu'ils incarnent, ou sa composition (2).

1- L'institution de l'indépendance des juges constitutionnels

Les règles relatives à la composition des juridictions constitutionnelles s'insèrent dans un cadre juridique d'ensemble destiné à assurer l'indépendance et l'impartialité des juges constitutionnels²¹⁰. Cela explique que la détermination de bonnes ou mauvaises modalités de désignation des juges constitutionnels, se fasse sous l'angle de l'indépendance qui leur est accordée²¹¹. L'indépendance est entendue ici comme le fait qu'une institution ne soit pas liée à une ou d'autres par un rapport de dépendance qui peut être la condition même de son existence ou de sa possibilité d'agir²¹². Selon *Charles Eisenmann*, cette qualité juridique ne tient pas tant au mode de nomination qu'au statut des juges une fois nommés : ce qui importe même s'ils sont désignés par un organe politique, Parlement ou chef de l'Etat, c'est qu'ils échappent à toute influence de l'autorité qui les a choisis, qu'ils n'aient plus rien à craindre ni à attendre d'elle²¹³. Il s'agit donc d'une qualité nécessaire aux juges constitutionnels pour l'exercice de l'ensemble de leurs attributions²¹⁴.

210 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 90.

211 Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », op.cit., P. 1575.

212 Thomas (Julien), L'indépendance du Conseil Constitutionnel, Paris, LGDJ, Coll. Des thèses, 2010, P. 19.

213 Eisenmann (Charles), La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche, op.cit., PP. 176-177.

214 Thomas (Julien), L'indépendance du Conseil Constitutionnel, op.cit., P. 26. V. également, Issa Abdourhamane (Boubacar), Les Cours Constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, et du Niger, op.cit., P. 316.

En Afrique noire francophone, l'indépendance des juges constitutionnels est consacrée *expressis verbis* par les textes constitutionnels²¹⁵. Cette indépendance en plus d'être un attribut²¹⁶, est une obligation à laquelle le juge s'astreint dès sa prestation de serment²¹⁷, qui marque le rite d'investiture. Loin d'être une simple formalité sans valeur tant du point de vue coercitif que préventif, le serment²¹⁸ représente la souscription par le juge d'un certain nombre de prescriptions, de devoirs et d'exigences liés à la mission qui lui incombe²¹⁹. En cela, il correspond à une conscience aigüe de la nécessité de consacrer la primauté du droit sur la politique²²⁰. Le rite d'investiture ou rite de passage pour celui qui entre à la juridiction constitutionnelle joue un rôle fondamental dans l'acquisition de l'indépendance : il rompt le cercle des intérêts antérieurement constitués, il fait prendre en charge l'histoire et les intérêts de la juridiction constitutionnelle par

215 Article 51 alinéa 2 Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 et modifiée par la Loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 ; Article 126 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire

216 Zaki (Moussa), « Le juge, la loi et l'architecture des pouvoirs », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, *op.cit.*, P. 558.

217 Article 3 loi n° 2004/005 du 21 avril 2004 fixant le statut des membres du Conseil Constitutionnel au Cameroun ; article 12 Ordonnance n° 2001-003 portant Loi organique relative à la Haute Cour Constitutionnelle à Madagascar, article 3 Loi organique n° 2004-004 du 23 octobre 2015 sur la Cour constitutionnelle du Togo, article 2 Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002 ; article 7 Loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel du Sénégal, article 4 Article 6 loi organique N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation , le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger ; article 130 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire ; etc.... Article 92 de la Constitution du 25 février 1992.

218 Les textes qui confèrent la qualité de juge constitutionnel aux anciens Présidents de la République sont silencieux relativement à leur obligation ou pas de prêter serment. L'on peut mentionner le cas de la France où ils sont dispensés de cette condition sine qua non pour entrer en fonction. V. Badinter (Robert), « Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil Constitutionnel », *op.cit.*, P. 516.

219 Boumakani (Benjamin), « Le serment constitutionnel du chef de l'Etat en Afrique francophone », in, Démocratie en question ? Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo, Presses universitaires de Toulouse, 2017, P. 51. V. également, Narey (Oumarou), « Le serment en droit constitutionnel », *Revue Solon*, vol. II, n° 11, déc. 2015, pp. 7-46.

220 Fall (Alioune Badara), « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », *op.cit.*, P. 721.

le nouvel élu, il assigne une nouvelle représentation de soi qui oblige à s'y conformer, il investit au sens militaire du terme la personne, la vide de sa substance et la remplit du rôle du juge²²¹.

Dès cet instant, le juge constitutionnel est investi d'un « devoir d'ingratitude »²²², qui ne doit pas se transformer en devoir de reconnaissance²²³ ; autrement dit, « ne plus rien à craindre ni à attendre de l'autorité »²²⁴ de désignation et ne présenter aucune vulnérabilité aux pressions d'où qu'elles viennent²²⁵ ; surpasser des influences politiques ayant justifié sa désignation²²⁶. Les propos tenus par la Cour constitutionnelle béninoise matérialisent cet affranchissement du juge constitutionnel ; elle « affirme avec force (...) qu'elle continuera, en toute indépendance et dans la sérénité, à assumer pleinement, dans son domaine de compétence, la mission que le peuple souverain à travers la Constitution, lui a confiée »²²⁷. Il s'agit d'un élément de rupture avec la justice constitutionnelle antérieure ou celle qui prévalait²²⁸ avant l'avènement du nouveau constitutionnalisme.

221 Rousseau (Dominique), Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine de Badinter et la démocratie, op.cit., P. 37.

222 Expression du président Robert Badinter relayée par le Doyen Vedel. V. Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 92.

223 Kpodar (Adama), « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in, Actualités du droit public et de la Science politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté, op.cit., P. 293.

224 Gicquel (Jean), « La mise en place du Conseil Constitutionnel camerounais », in, Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot, Presses universitaires d'Orléans, 2006, PP. 253-263.

225 Cabanis (André) et Martin (Michel-Louis), Le Constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone, op.cit., P. 139.

226 Beaud (Olivier) et Wachsmann (Patrick), « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition de Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 114.

227 Communiqué du 29 mars 1996, à l'occasion de l'élection présidentielle, dénonçant le comportement du président sortant Nicéphore Soglo. V. Sindjoun (Luc), Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, Bruxelles, Bruylant, 2009, PP. 346-347.

228 Gonidec (Pierre-François), « La place des juridictions dans l'appareil d'Etat », in, Encyclopédie juridique de l'Afrique, Les nouvelles éditions africaines, tome 1, 1982, PP. 233-235.

L'indépendance des juges constitutionnels est protégée²²⁹ au moyen du régime des privilèges, irrévocabilité, inamovibilités, incompatibilités, inviolabilités et la durée du mandat. L'irrévocabilité se rapporte à l'absence de destitution d'un membre de la juridiction constitutionnelle par l'autorité de désignation²³⁰. Elle lui est opposable dans la mesure où, l'autorité de désignation pourrait attendre du juge constitutionnel qu'il délibère dans le sens de ses opinions politiques²³¹. L'inamovibilité désigne l'impossibilité de déplacer le juge constitutionnel pour une autre institution, y compris par le biais d'une nomination sans son accord²³². La durée du mandat du juge constitutionnel quant à elle est un élément déterminant de son indépendance. A cet égard, *Charles Eisenmann* estime que la meilleure garantie d'indépendance est la nomination à vie²³³. A défaut de reprendre cette mesure, le constituant opte en Afrique pour une durée et le caractère renouvelable ou pas qui varient d'un Etat à un autre²³⁴. Les Etats²³⁵ dans lesquels le mandat des juges constitutionnels est éventuellement renouvelable, ou ne fait l'objet d'aucune précision quant à son renouvellement, sont taxés de consacrer l'altération de

229 Nguélé Abada (Marcelin), « L'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le constitutionnalisme des Etats francophones post guerre froide : l'exemple du Conseil Constitutionnel camerounais », *Palabres actuelles, Revue de la fondation Reponda –Walker*, n° 4, 2010, PP. 47-90.

230 Camby (Jean-Pierre), « La nomination des membres du conseil constitutionnel, ou la liberté de choisir », *op.cit.*, P. 1580.

231 Diallo (Ibrahima), « La légitimité du juge constitutionnel africain », *op.cit.*, P. 168.

232 Atangana Amougou (Jean-Louis), « La constitutionnalisation de droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil Constitutionnel Camerounais », *op.cit.*, P. 54.

233 Eisenmann (Charles), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, *op.cit.*, P.177.

234 - Côte d'Ivoire et Niger : 6 ans non renouvelable ;

- Benin : 5ans non renouvelable ;

- Guinée, Gabon, Centrafrique, République démocratique du Congo et Mauritanie : 9 ans non renouvelable ;

- Madagascar et Togo : 7 ans sans précision de renouvellement ;

- Cameroun : 6 ans éventuellement renouvelable.

235 Cameroun, Togo, Madagascar.

l'indépendance de la juridiction constitutionnelle²³⁶. Cette altération traduirait la volonté d'assujettir la juridiction constitutionnelle aux autorités de désignation, à travers la dépendance de ses membres²³⁷. Le renouvellement a trait dans ce cas à un jugement de valeur du juge constitutionnel, qui sera enclin à plaire et le faire savoir à qui de droit²³⁸. La fragilisation des juges constitutionnels peut être inférée des dispositions textuelles consacrant l'incertitude autour du renouvellement de leur mandat. Cependant, il convient de relever que ceux-ci, au regard des garanties d'indépendance à eux conférées par les textes, et de leur indispensable contribution attendue dans la construction de l'Etat de droit et la démocratie, devraient fondamentalement « avoir la nuque raide en matière de droit et de justice »²³⁹.

En tout état de cause, le fait de mettre le juge à l'abri du besoin, de poursuites judiciaires et lui interdire toute activité incompatible avec l'exercice de ses fonctions²⁴⁰, traduit l'idée de l'édictation de règles de désignation et de composition de la juridiction constitutionnelle, destinées à assurer l'indépendance des juges²⁴¹. Ce cadre normatif crée des conditions d'une confiance suffisante du peuple en l'intelligence, l'aptitude, l'objectivité et l'intégrité de ceux qui vont avoir pour

236 Mouangue Kobila (James), « Peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », *Revue africaine des sciences juridiques*, Vol. 6, n° 1, 2009, P. 289. V. également, Issa Abdourhamane (Boubacar), *Les Cours Constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'ivoire, et du Niger*, op.cit., P. 320.

237 Ibid., P. 290.

238 Gicquel (Jean), « La mise en place du Conseil Constitutionnel camerounais », op.cit., P. 260.

239 Propos tenus par le président Robert Badinter, V. Rousseau (Dominique), *Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine de Badinter et la démocratie*, op.cit., P. 36.

240 Articles 8 à 13 loi n° 2004/005 du 21 avril 2004 fixant le statut des membres du Conseil Constitutionnel au Cameroun ; article 3 Loi organique n° 2004-004 du 23 octobre 2015 sur la Cour constitutionnelle du Togo, article 15 et s. ; article 8 Loi n° 97-010 du 11 février 1997 portant Loi organique déterminant les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle au Mali, modifiée par la Loi n° 02-011 du 05 mars 2002 ; article 6 Loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel du Sénégal, article 4 Article 8 loi organique N° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle et la procédure suivie devant elle au Niger ; article 131 Loi n° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'ivoire ; etc....

241 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 90.

office de juger ses lois²⁴². La consécration textuelle de l'indépendance du juge constitutionnel, renforcée par ses prises de position fermes, traduit corrélativement la minoration des critiques et contestations. Celle-ci, entretenues à une dimension inférieure tendent à remettre en question la légitimité des juges constitutionnels²⁴³.

2- Des critiques et récusations des juges constitutionnels inopérantes ?

Les importantes responsabilités désormais dévolues aux juges constitutionnels par le constituant en Afrique²⁴⁴, en font des individus transformés dès leur entrée au sein de la haute juridiction après leur désignation. Ils évoluent dans un nouvel environnement qui leur impose de forger une nouvelle personnalité et une éthique²⁴⁵, gages du renforcement de leur légitimité. Les procès d'intention et les suspicions s'avèrent de ce fait, inopportuns. En effet, il est clair que le juge constitutionnel est appelé à « trancher des questions constitutionnelles d'une complexité croissante dans leur diversité »²⁴⁶. Cela suppose qu'il traite des questions où droit et politique se rejoignent²⁴⁷, en raison de la dimension politique inhérente à sa fonction²⁴⁸. On ne saurait de prime abord l'accuser de collusion avec le pouvoir politique même si sa désignation, lorsqu'elle est la résultante du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de nomination peut prêter le flanc à d'éventuelles suspicions.

242 de Béchillon (Dénis), « Appel au calme (sur la composition du Conseil Constitutionnel) », *op.cit.*, P. 117.

243 Diallo (Ibrahima), « La légitimité du juge constitutionnel africain », *op.cit.*, P. 168.

244 Bourgi (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : Du formalisme à l'effectivité », *op.cit.*, P. 737.

245 Kpodar (Adama), « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in, *Actualités du droit public et de la Science politique en Afrique, Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté*, *op.cit.*, P. 289.

246 Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *op.cit.*

247 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, P. 571.

248 Sy (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », *op.cit.*, P. 55.

Soutenir *a priori* l'idée de sa dépendance serait « instruire un faux procès »²⁴⁹. Les juges constitutionnels, en plus de leur « impartialité structurelle »²⁵⁰, sont guidés par l'« effet *Beckett* »²⁵¹, entendu comme le processus d'identification à l'institution qui conduit à rompre avec les allégeances antérieures. On ne saurait donc faire des conditions de désignation une valeur prédictive de l'attitude adoptée en tant que juge constitutionnel²⁵².

Toutefois, des critiques sont formulées à l'endroit du juge constitutionnel. Il est taxé « d'acteur politique qui rend des décisions politiques »²⁵³, au point d'être traité de « valet du pouvoir politique »²⁵⁴. Il arrive également, comme c'est le cas en Allemagne, que le juge constitutionnel lui-même soit à l'origine de critiques, lorsqu'il prend part à un dîner en compagnie des membres du Gouvernement fédéral²⁵⁵.

Si l'intervention du pouvoir politique dans sa désignation est un élément indispensable pour son entrée en fonction, la difficulté selon les tenants de la critique, est de veiller à ce que cette désignation isole complètement le juge constitutionnel de toute influence ou manipulation du pouvoir politique en aval²⁵⁶. Ainsi, lorsqu'on doit sa nomination à un parti, à un camp, celui-ci ne se retire pas ; il demeure tout au long de l'exercice des fonctions, avec plus ou moins

249 de Gaudusson (Jean du Bois), « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in, *Afrique contemporaine*, op.cit., P. 6.

250 Gerhold (Maximilien), « L'impartialité du juge constitutionnel », op.cit.

251 Chevallier (Jacques), « Le juge constitutionnel et l'effet *Beckett* », in, *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, op.cit., P. 86.

252 Ibid.

253 Gnamou, (Dandi) « La Cour Constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », op.cit., P. 715.

254 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 468.

255 Gerhold (Maximilien), « L'impartialité du juge constitutionnel », op.cit.

256 Bockenforde (Markus), « La composition des juridictions compétentes en matière constitutionnelles », in, Bockenforde (Markus), Kante (Babacar), Ngenge (Yuhniwo), Kwasi Prempeh (Henry), (dir), *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'ouest, analyse comparée*, Stockholm, Ressources d'IDEA international sur les processus d'élaboration constitutionnelle, Fondation Hanns Seidel, 2016, P. 81.

de prégnance²⁵⁷. C'est fort de cela que monsieur *Maurice Kamto*, candidat à l'élection présidentielle au Cameroun du 7 octobre 2018, a formulé une demande de récusation contre les membres du Conseil Constitutionnel ci-après : M. *Emmanuel Bonde*, M. *Ahmadou Tidjani*, M. *Atangana Clément*, M. *Jean Baptiste Baskouda*, M. *Jean Fouman Akam*, M. *Bipoun Woum Joseph Marie*. Il a sollicité le renvoi à une autre juridiction du Contentieux post-électoral, qu'il a déféré devant le Conseil Constitutionnel pour suspicion légitime à l'égard des juges sus-désignés. Il entendait agir à l'image de l'optique allemande de la possibilité d'une récusation pour « préoccupation de partialité »²⁵⁸.

Selon lui, les membres du Conseil Constitutionnel concernés avaient des affinités avec le parti politique *RDPC*²⁵⁹ au pouvoir, outre le fait que certains d'entre eux exerçaient des emplois incompatibles avec leur statut de membre du Conseil, en violation des obligations que ce statut leur impose. Ils devaient être considérés comme inaptes, parce que ni indépendants, ni impartiaux, à veiller à la régularité, à la sincérité et à la transparence de l'élection Présidentielle du 07 Octobre 2018. Par conséquent sauf départ volontaire de ces juges récusés, l'autorité de désignation devait être saisie afin de procéder à leur remplacement conformément à l'article 51 alinéa 3 de la Constitution.

La haute juridiction²⁶⁰, ayant constaté que le sieur *Kamto* n'a cité aucune disposition textuelle l'autorisant à récuser un juge constitutionnel, pour le débouter, a réaffirmé sa compétence de juge de la régularité de la désignation ou de la cessation des fonctions de l'un de ses membres, d'office ou à la demande de l'autorité de

257 Carcassonne (Guy), « Gare au faux bon sens », op.cit., P. 97.

258 Gerhold (Maximilien), « L'impartialité du juge constitutionnel », op.cit.

259 Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais.

260 Décision n°024/CE/CC/2018 Du 16 Octobre 2018, Affaire : KAMTO Maurice contre Le Conseil Constitutionnel.

nomination²⁶¹. Elle n'a pas abordé l'objet de sa récusation, bien qu'elle ait affirmé sa compétence en statuant sur le contentieux électoral dont le sieur *Kamto* aurait voulu qu'elle fut dessaisie. Cela lui aurait permis, dans le processus de renforcement de sa légitimité, de montrer qu'en accédant à cette dignité, elle s'est déprise de toute sensibilité partisane, pour ne prendre en considération que l'intérêt de la République et le progrès de l'Etat de droit.

Il a également été indiqué que la succession entre les professeurs *Paul Yao N'dré* et *Francis Wodié* à la présidence du Conseil Constitutionnel ivoirien, malgré la démission par la suite du président Wodié, n'était que le remplacement d'un proche du Président de la République sortant *Laurent Gbagbo*, par un proche du Président de la République entrant *Alassane Dramane Ouattara*²⁶². L'on a ainsi conclu aux « pouvoirs du juge constitutionnel mis à contribution par l'autorité politique afin de s'offrir l'onction nécessaire pour un agenda politique dont la légitimité démocratique est problématique »²⁶³. Les décisions du juge constitutionnel ivoirien proclamant deux candidats élus, notamment *Laurent Gbagbo* et *Alassane Dramane Ouattara*²⁶⁴, l'interprétation par le juge constitutionnel de la loi constitutionnelle du 11 avril 2000 en faveur d'un nouveau mandat présidentiel de *Blaise Compaoré* au Burkina faso, la validation de la candidature d'*Abdoulaye Wade* par le juge constitutionnel sénégalais en 2012²⁶⁵, servent à exemplifier cette prise de position.

Il convient de relever que si le cas ivoirien semble justifier la thèse de soumission du juge constitutionnel au pouvoir politique, celui-ci a davantage contribué à la stabilisation et la pacification

261 Article 18 de la loi N° 2004/005 du 21 Avril 2004 portant Statut des Membres du Conseil Constitutionnel modifiée par celle n° 2012/016 du 21 décembre 2012.

262 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 466.

263 Ibid., P. 467.

264 Ibid.

265 Ibid.

de l'espace social et de la vie politique²⁶⁶. Le juge dans les cas burkinabé et sénégalais a joué son rôle d'interprète authentique de la Constitution. Il n'a d'ailleurs pas le pouvoir de dernier mot, étant donné qu'une révision constitutionnelle peut remettre en cause le produit de son interprétation²⁶⁷. En tout état de cause, le juge constitutionnel, dès sa désignation, possède des garanties statutaires de son indépendance. Sa mission ne peut être considérée comme pouvant être dévoyée du seul fait de sa supposée proximité antérieure avec l'autorité de désignation. Le cas de la dissolution de la Cour Constitutionnelle par le président *Mamadou Tandja* en 2009 au Niger²⁶⁸, permet d'illustrer la non soumission du juge constitutionnel à l'autorité de désignation, même si l'on peut déplorer l'atteinte à son inamovibilité et son irrévocabilité. Cette juridiction a été dissoute par le Président de la République le 29 juin 2009 pour avoir émis un avis contre le projet présidentiel de révision de la Constitution et pour avoir déclaré l'adoption dudit projet contraire à la Constitution²⁶⁹. Cette dissolution, à bien des égards un cas isolé, renseigne sur l'office du juge constitutionnel qui n'est pas orientée par l'autorité de désignation.

B- LE LIBRE EXERCICE PAR LES JUGES CONSTITUTIONNELS DE LEUR OFFICE

Une institution dépend toujours de la personnalité des hommes qui l'incarnent et la font vivre. La juridiction constitutionnelle ne fait pas exception, surtout en raison de la désignation jugée politique de ses membres²⁷⁰, laquelle peut influencer ou pas sur l'exercice de son office. La notion d'office du juge désigne les fonctions, la ou les missions

266 Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », op.cit., P. 567.

267 Rousseau (Dominique), « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », op.cit., P. 199.

268 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 462.

269 Ibid., PP. 461-462.

270 Rousseau (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, 6e éd., Paris, Montchretien, 2001, P. 37.

dont le juge est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnement juridique²⁷¹. L'office du juge constitutionnel s'inscrit dans cette perspective. Il se rapporte à l'étendue et au mode d'exercice des pouvoirs dont le juge constitutionnel est investi en vue de la réalisation de ses missions²⁷². En plus de l'indépendance statutaire, les juges constitutionnels doivent jouir de la confiance des acteurs politiques²⁷³. En effet, même si l'Afrique est saisie par le constitutionnalisme, il subsiste des doutes sur son effectivité, son efficacité et sa solidité²⁷⁴. L'office du juge constitutionnel s'avère déterminant ; car, il doit œuvrer pour éviter la ruine du constitutionalisme²⁷⁵. Indépendamment du mode de désignation dont ils procèdent, les juges constitutionnels, non seulement s'attèlent à un devoir d'impartialité dans le cadre des causes qui leurs sont soumises (1), mais également, consolident leur autorité (2).

1- L'examen impartial des recours par les juges constitutionnels

Les juges constitutionnels sont mus par l'impératif d'examen des affaires qui leurs sont soumises avec impartialité. Celle-ci étant un élément consubstantiel à la justice et l'un des attributs du procès équitable²⁷⁶. Dans le cadre de la justice constitutionnelle, le juge, élevé au-dessus des passions humaines, voit plus juste et plus loin que les politiciens partiaux, préoccupés de leurs intérêts immédiats,

271 Normand (Jacques), « office du juge », in, Cadiet (Loïc), (dir), Dictionnaire de la justice, Paris, PUF, 2004, P. 925.

272 Sénac (Charles-Edouard), L'office du juge constitutionnel, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 145, 2015, P. 29.

273 Mouangue Kobilala (James), « Peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », op.cit., P. 272.

274 de Gaudusson (Jean du Bois), « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique, Introduction thématique », op.cit., P. 56.

275 de Gaudusson (Jean du Bois), « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de « transition » en Afrique et en Europe », in, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Bruxelles, Bruylant, 2008, PP. 333-348.

276 Fricero (Nathalie), « Impartialité », in, Cadiet (Loïc), (dir), Dictionnaire de la justice, Paris, PUF, 2004, P. 607.

obligés de tenir compte des passions de l'électeur et par conséquent condamnés à une démarche démagogique et opportuniste²⁷⁷. Il ne peut, du fait de sa désignation, se transformer en serviteur docile des autorités politiques au point de devenir une menace pour l'ordre constitutionnel²⁷⁸. Aucun doute ne doit subsister quant à l'objectivité des décisions qu'il rend²⁷⁹. Ainsi, dans un procès constitutionnel²⁸⁰, un désaveu pénible peut en toute impartialité, cingler un camp qui avait pourtant nommé pratiquement tous les juges constitutionnels ou la majorité d'entre eux²⁸¹. La Cour Constitutionnelle du Mali offre une illustration à cet égard. En donnant suite à une requête introduite par les partis d'opposition qui lui semblait fondée, elle a annulé le scrutin législatif d'avril 1997²⁸². Elle a également fait preuve d'impartialité lors du scrutin présidentiel de 2002 au premier et au second tour, qui a finalement porté au pouvoir *Amadou Toumani Touré*. Les juges constitutionnels de ce fait, prennent « l'habit du sage apolitique et neutre fondant ses sentences sur la seule objectivité du droit »²⁸³.

La présence à la juridiction constitutionnelle des anciens Présidents de la République, ayant la qualité de membre à vie, peut conduire à s'interroger sur l'impartialité attendue de cette juridiction. D'aucuns y voient un réel problème pour le strict respect des règles du procès équitable²⁸⁴, étant donné qu'il pourrait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi en vertu de laquelle il est poursuivi, comme dans l'affaire *Chirac*²⁸⁵. Si la solution de la mise en congé,

277 Denquin (Jean-Marie), « Justice constitutionnelle et justice politique », op.cit., P. 83.

278 Narey (Oumarou), « L'ordre constitutionnel », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 412.

279 Castera (Pierre), Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel, op.cit., P. 500.

280 Jan (Pascal), Le procès constitutionnel, Paris, LGDJ, 2e éd., 2010, 233 P.

281 Carcassone (Guy), « Gare au faux bon sens », op.cit., P. 97.

282 Bourgi (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : Du formalisme à l'effectivité », op.cit., P. 743.

283 Rousseau (Dominique), Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine de Badinter et la démocratie, op.cit., P. 37.

284 Genevois (Bruno), « La composition du Conseil Constitutionnel », op.cit., P. 92.

285 Beaud (Olivier) et Wachsmann (Patrick), « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition de Conseil Constitutionnel », op.cit., PP. 113-114.

déjà mobilisée dans le cadre de l'affaire *Roland Dumas* a été retenue, elle ne pourrait rassurer l'opinion publique. Cela renforce l'idée de suppression de cette catégorie de juge constitutionnel.

2- L'affirmation par les juges constitutionnels de leur autorité

Les juges constitutionnels sont des garants de la souveraineté constituante du peuple souverain contre les abus possibles des représentants²⁸⁶. En cela, dès leur désignation, ils s'attèlent à faire respecter au moyen de leurs attributions statutaires, les dispositions constitutionnelles limitant les pouvoirs des différentes institutions de l'Etat²⁸⁷. Ils affirment ainsi leur autorité dans l'exercice des attributions contentieuses et non contentieuses²⁸⁸ ; pour certains, ils s'érigent nonobstant leur mode de désignation en « maitres souverains dans une république des juges »²⁸⁹. Cette prise de position doit être relativisée dans la mesure où, les juges constitutionnels sont mus par une volonté d'autolimitation qui est le produit de contraintes pesant sur eux. En raison de ces contraintes, ils adoptent [et pas de manière arbitraire] telle solution ou tel comportement en raison de la configuration du système juridique dans lequel ils opèrent²⁹⁰. C'est dire que les juges constitutionnels gardent à l'esprit les contraintes qui pèsent sur eux, lorsqu'ils font preuve de fermeté face au désir des acteurs politiques de contourner les prescriptions constitutionnelles²⁹¹. Ces contraintes ne sont pas liées aux circonstances et modalités de leur désignation, mais à leur rôle de « rouage fondamental au sein du système de pouvoirs et de contre-pouvoirs »²⁹².

286 Chevallier (Jacques), « Le juge constitutionnel et l'effet Beckett », op.cit., P. 83.

287 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P.477.

288 Jan (Pascal), Le procès constitutionnel, op.cit., PP. 26 et 30.

289 Rousseau (Dominique), Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine de Badinter et la démocratie, op.cit., P. 9.

290 Troper (Michel), Champeil-Desplats (Véronique), Grzegorzcyk (Christophe), Théorie des contraintes juridiques, Bruylant, LGDJ, 2005, PP. 11-12.

291 Narey (Oumarou), « L'ordre constitutionnel », in, Mélanges dédiés au Doyen Francis V. Wodié, op.cit., P. 412.

292 Zaki (Moussa), « Le juge, la loi et l'architecture des pouvoirs », op.cit., P. 559.

Les juges constitutionnels en véritables promoteurs d'un nouvel ordre démocratique²⁹³ et au-delà de l'autorité absolue attachée à leurs décisions²⁹⁴, sont offensifs dans la rationalisation du pouvoir. C'est ainsi qu'à Madagascar en fin 1996, la Haute Cour constitutionnelle a procédé à la destitution du Président de la République en fonction M. *Albert Zafy*, et supervisé la tenue de nouvelles élections présidentielles ayant conduit à l'alternance à la tête de l'Etat²⁹⁵. De même, au Bénin en 1996, la Cour Constitutionnelle a obligé le président *Mathieu Kérékou* à prêter serment une seconde fois dans le strict respect du libellé de l'article 53 de la Constitution²⁹⁶. Elle a sanctionné le non-respect de la chose jugée dans deux espèces. D'une part, la Cour Constitutionnelle béninoise²⁹⁷ a décidé que le Gouvernement et l'Assemblée Nationale ont violé l'autorité de chose jugée attachée à sa décision DCC 05-121 du 04 octobre 2005. D'autre part, elle a décidé que l'Assemblée Nationale a violé la Constitution en rejetant la mise en conformité de la Loi n° 2005 – 26 du 03 janvier 2005 portant règles particulières pour l'élection du Président de la République par rapport à sa décision du 27 juillet 2005. Cette décision avait déclaré non conformes à la Constitution, certaines dispositions de la loi du 03 janvier 2005²⁹⁸.

293 François (Bastien), « Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle, critique du discours constitutionnaliste européen », in, Droit et politique, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1993, PP. 60-61.

294 Delpérée (Francis), « Le Conseil Constitutionnel : état des lieux », Pouvoirs, n° 105, 2003, P. 12.

295 Diallo (Ibrahima), « La légitimité du juge constitutionnel africain », op.cit., P. 163.

296 Ibid., P. 162.

297 DCC/05-132 du 26 octobre 2005. Dans cette affaire, la Cour Constitutionnelle avait été saisie par deux requêtes identiques relatives à la lenteur non seulement de l'Assemblée Nationale pour organiser l'élection de M. Athanase Dossa Lawogni – Akogou au sein de la Commission Electorale Nationale en lieu et place de M. Dagbo Denis Ogoubiyi, mais également du Gouvernement à prendre un décret nommant M. Athanase Dossa Lawogni – Akogou au Secrétariat Administratif Permanent de la Commission Electorale Nationale en lieu et place de Dagbo Denis Ogoubiyi conformément à sa décision du 4 octobre 2005 ayant invalidé le mandat de celui-ci au profit de celui-là. V. Sindjoun (Luc), Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, op.cit., PP. 351-352.

298 V. Sindjoun (Luc), Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, op.cit., PP. 355.

La Cour Constitutionnelle gabonaise quant à elle, a exercé son autorité dans le cadre de l'exercice de sa fonction consultative. A travers le communiqué du 13 mars 2019²⁹⁹, les juges constitutionnels ont dénoncé les critiques acerbes, virulentes et outrageantes à l'endroit de la juridiction au sein de laquelle ils siègent. Ils ont également dénoncé les critiques formulées à l'endroit de son président, accusé de refuser de constater la vacance de la Présidence de la République, d'avoir modifié la Constitution et d'exercer le pouvoir exécutif en violation du principe de la séparation des pouvoirs. Ils ont justifié l'interprétation qu'ils ont faite des articles 13 et 16 de la Constitution en tant que régulateurs du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, pour combler la lacune tenant à l'empêchement temporaire du Président de la République afin de permettre la continuité de l'Etat³⁰⁰.

Toutefois, il arrive que l'autorité du juge constitutionnel s'exerce dans un sens contraire aux valeurs et idéaux du constitutionnalisme, au regard de ses prises de positions sujettes à caution lors du contentieux électoral, mais surtout en période de transition post coup d'Etat. En pareille circonstance, l'aptitude du juge constitutionnel à se poser en garant de l'Etat de droit et de la démocratie devient une vue de l'esprit. Les exemples du Mali et du Burkina Faso sont illustratifs à cet égard. S'agissant du Mali, la Cour Constitutionnelle dans son arrêt n°2021-02/CC/VACANCE du 28 mai 2021, a entendu éviter la paralysie et le dysfonctionnement des organes de la Transition, suite à la démission de Bah N'daw Président de la Transition et la dissolution du Gouvernement. Sans revenir sur les circonstances peu orthodoxes et de ladite démission, elle a affirmé que le colonel Assimi Goita, Vice-Président de la Transition exerce les fonctions, attributs et prérogatives de Président de la Transition pour conduire le processus de transition à son terme. La Cour constitutionnelle

299 W.W.W. Gabonreview.com, consulté le 15 mars 2019.

300 Décision n° 219/CC du 14 novembre 2018 relative à la requête du Premier Ministre tendant à l'interprétation des dispositions des articles 13 et 16 de la Constitution.

légitime ainsi l'exercice du pouvoir exécutif par un militaire en rupture avec les principes démocratiques.

Pour ce qui est du Burkina Faso, Le Conseil constitutionnel a rendu la décision n° 2022-004/CC du 08 février 2022 sur la dévolution des fonctions de Président de la République. Au moyen de cette décision, il a constaté la démission de l'ancien Président de la République par lettre du 24 janvier 2002 et affirmé que monsieur Paul Henri Sandaogo DAMIBA Lieutenant-Colonel des Forces Armées Nationales est Président du Faso à compter de la date de démission de monsieur Roch Christian Marc KABORE.

CONCLUSION

La juridiction constitutionnelle, semble avoir acquis une existence définitive dans l'organisation juridico-politique des Etats africains³⁰¹. Considérée comme l'articulation nécessaire entre les deux éléments constitutifs de la démocratie pluraliste que sont, la règle de la majorité et les droits fondamentaux³⁰², la détermination de sa composition est fondamentale. Celle-ci est concrétisée par la désignation ambivalente des juges constitutionnels, eu égard à son caractère rigide et flexible. Si la rigidité tient à l'encadrement rigoureux du processus de désignation, la flexibilité quant à elle, laisse une marge de manœuvre aux autorités et organes de désignation. Ceux-ci déterminent à leur discrétion les critères de choix et de sélection des juges constitutionnels, au point de susciter un appel à la révolution dans la désignation³⁰³.

301 Kanté (Babacar), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op.cit.*, P. 275.

302 Rousseau (Dominique), « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *op.cit.*, P. 204.

303 Wachsmann (Patrick), « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *op.cit.*

Contrairement à l'idée selon laquelle, au procédé de sa désignation, est inhérente sa faible puissance statutaire à l'égard du pouvoir politique³⁰⁴, le juge constitutionnel bénéficie de garanties statutaires de son indépendance. Conformément à son devoir d'ingratitude, il mène son office en toute neutralité et exerce son pouvoir sur les autorités et acteurs politiques, qui, pour la plupart, procèdent à sa désignation. En cela, il participe à travers son œuvre jurisprudentielle au développement progressif du droit constitutionnel et du discours constitutionnel³⁰⁵, pour une consolidation du nouveau constitutionnalisme africain, même si son activité en période électorale et pendant la Transition peuvent amener à penser le contraire.

En outre, l'institution de la catégorie de juges constitutionnels de droit ou à vie, pourrait contribuer à remettre en cause la légitimité de la juridiction constitutionnelle. C'est pourquoi, il serait loisible de la supprimer avant toute expérimentation, car on ne sait qui pourrait prendre le relais de la juridiction constitutionnelle si elle perdait sa crédibilité. Au-delà des avancées accomplies et des innovations apportées, pour un prestige grandissant de la juridiction constitutionnelle, c'est la personne même du juge constitutionnel, sa science, sa conscience qui restent et demeurent les éléments décisifs pour des lendemains qui chantent pour la paix et la consolidation de l'Etat de droit en Afrique³⁰⁶. La construction et l'enracinement de la démocratie constitutionnelle en dépendent grandement.

304 Soma (Abdoulaye), « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., P.460.

305 Kpodar (Adama), « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », op.cit., P. 291.

306 *Ibid.*, P. 295.

EMERGENCE DE LA JUSTICE PARA-CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE

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

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

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

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

A ce titre, l’idée d’une justice para-constitutionnelle en émergence suscite sans doute l’étonnement tant elle emporte un son de cloche dissonant et s’apparente au *juridiquement correct*. Elle est incongrue tant le spectacle qui s’offre à l’Afrique ressemble davantage à un

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

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

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

immense désordre qu'à un ordre constitutionnel même émergent. A l'image des nuages traversés par des éclipses⁴, le constitutionalisme africain traverse, après le printemps des « conférences nationales »⁵, « le printemps arabe »⁶, celui des « arrangements a-constitutionnels »⁷ et aujourd'hui, celui des « conflits politiques »⁸ qui apparaît comme le nouveau marqueur à l'aune duquel évaluer les transformations⁹ de sa justice constitutionnelle.

En effet, sous le prisme des crises politiques mettant à mal l'organisation constitutionnelle¹⁰, il se fabrique¹¹ progressivement dans l'ordre constitutionnel africain et à l'image du droit administratif

-
- 4 R. Carré de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, Vol II, 640 p. (spec. p. 420).
 - 5 M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. Du B. de GAUDUSSON (dir.) *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p.177-195; F. E. BOULAGA, *Les conférences nationales en Afrique noire- une affaire à suivre*, Karthala, 1993, p. 65- 67.
 - 6 J.B. VERON, « Quelles retombées des printemps arabes sur l'Afrique subsaharienne? Introduction thématique » *Afrique contemporaine*, n° 245, 2013, p. 13 et s ; X. PHILIPPE, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de GAUDUSSON, Espace du service public*, Tome 1, Presse universitaire de Bordeaux, Pessac, 2013, p. 33 sq.
 - 7 F. J. AÍVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n°1, 2012, p. 141-180.
 - 8 C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 451-491 ; G. N. TCHOUGLI, « Le juge constitutionnel face aux conflits politiques en Afrique noire francophone », *RJPEF* 2012, p. 239.
 - 9 L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie A. Colin, Paris, 2013, 279 p ; M. ONDOA et E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du droit en Afrique*, L'Harmattan, 2018, 216 p.
 - 10 P. LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*, Paris, LGDI, 1966, 328 p. (spec. p. 21.)
 - 11 B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnologie du conseil d'Etat*, Paris, La Découverte Poche, 2004, p. 292 ; S. F. SOBZE, « La fabrication du droit en Afrique : contribution à la consolidation de l'autonomie des droits africains », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, vol.70, p. 471-497.

au-delà de l'Etat¹², ou d'une justice parallèle¹³, « *un droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel* »¹⁴. De cette ingénierie constitutionnelle¹⁵ inédite¹⁶ est née la para-légalité constitutionnelle¹⁷, source de la justice para-constitutionnelle très souvent mise en place lorsque la Constitution est suspendue¹⁸ ou abrogée¹⁹.

-
- 12 C. MONEMBOU, « Le Droit administratif au-delà de l'État. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les États d'Afrique noire francophone », in *Droit administratif : convergence ou concurrence des disciplines juridiques ? Mél. en l'honneur de Demba SY*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2020, p. 705-720. Ceci nous rappelle la formule sibylline et riche de Jean Foyer employée le 24 octobre 1961, à l'occasion d'un déjeuner offert en son honneur par la *Revue Penant* : « par le droit français, mais au-delà du droit français », J. FOYER, « Les destinées du droit français en Afrique », *Penant*, 1962, p. 1-16 (spec. p. 10).
- 13 P. NKOU MVONDO, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'État », « Droit et société » 2002/2 n°51-52, p. 369-381.
- 14 M. B. EKELLE NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel : réflexion sur le constitutionalisme en Afrique noire », *Revue Africaine de Droit Public*, vol. VII, n° 14, suppl. 2018, p. 229-250.
- 15 D. F. MELEDJE, *Ingénierie constitutionnelle*, Les éditions abc, 2020, 225p ; S. ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République du Congo, du Burundi et du Congo Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, 2016, 600p.
- 16 P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit McGill*, 2012, pp. 922-949 ; J. L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », RRJ-DP, 2008, p. 1722.
- 17 A. F. ONDOUA, « La nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO, (dir.), *L'exception en droit, Mélanges en l'honneur de Joseph OWONA*, L'Harmattan, 2021, p. 67.
- 18 La suspension renvoie à la neutralisation momentanée d'une ou des dispositions constitutionnelles. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1993, 573 p. (spec. p. 239) ; O. JOUAJEAN « La suspension de la constitution de 1793 », *Droits* n°17, *La révolution française et le droit*, 1993, p. 125-138 (spec. 127). C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les Etats d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, n°2, p.573. J. P. B. BIDIAS à BASSA, « La suspension des Constitutions dans les Etats africains en crise », *RADSP*, Vol. 3 n°6, juil.-Déc. 2015, p. 87-115.
- 19 L'abrogation de la Constitution renvoie à l'effacement ou à l'annulation de la Constitution en vigueur tout en préservant le pouvoir constituant qui la fonde. V. F. MODERNE *Réviser la constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, 106 p. (spec. 7).

On dirait que l'ordre constitutionnel africain²⁰ est pris au piège²¹, qu'il est confronté à sa propre survie²² ou qu'il devient le théâtre d'une nouvelle vague du constitutionalisme²³ où la para-constitutionalité se présente comme une nouvelle « valeur »²⁴ ou « *le marqueur profond du constitutionalisme africain francophone* »²⁵.

De 1960 à 1990, l'Afrique s'est offerte comme terre de prédilection des régimes autoritaires et unanimistes et, de 1990 à nos jours, elle s'est transformée en un camp d'institutionnalisation des coups d'Etat comme mode de droit commun d'accession au pouvoir d'Etat²⁶.

-
- 20 O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. VODIE*, F. M. DJEDJRO, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I, Capitole, 2016, pp. 399-421.
- 21 D. BARANGER, « Le piège de droit constitutionnel », *Autour de la notion de Constitution, Jus Politicum*, n° 3-2009, p. 1 sq.
- 22 F. MELEDJE DJEDJRO, *Droit constitutionnel*, Les éditions ABC, Abidjan, 2014, p. 396.
- 23 A. CABANIS et M. L. MARTIN, *Le constitutionalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-La Neuve, Bruylant, 2010, p.128. Le premier cycle (1960-1964), marque le constitutionalisme africain d'inspiration libérale et caractérisé par le mimétisme vis-à-vis de l'occident. Le deuxième cycle (1964-1990), est caractérisé par l'apparition de gouvernements autoritaires. Le troisième qui débute en 1990 correspond au retour du constitutionalisme libéral. On a l'impression de vivre une nouvelle vague marquée par la crise de la justice constitutionnelle et l'émergence d'une nouvelle forme de justice dite para-constitutionnelle.
- 24 R. OGIEN, « Normes et Valeurs » in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 2, 4e édition revue et augmentée, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 1354-1368 ; F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les Cahiers de la justice*, 2022/1n°1, pp. 7-14 ; Pour une étude africaine sur les valeurs, lire B. KANTE, « Comment intégrer les valeurs africaines dans nos institutions », sept/oct. 2016, www.wathi.org, consulté le 6 avril 2022 ; E. M. NGANGO YOUNBI, « Valeurs et Constitution. Etude de cas à partir de quelques constitutions africaines », *RRJ*, 2021-1, pp. 335-372.
- 25 F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, *Autour du monde*, n°1 –septembre 2018, p. 5. Selon le professeur, « *c'est peut-être la distorsion de la notion même de constitution qui devient le marqueur profond du constitutionalisme africain francophone* ». p. 5.
- 26 Les cas récents du Mali, de la Guinée Conakry, du Burkina Faso viennent s'ajouter aux coups d'Etats militaires (Algérie, Burundi, Centrafrique, Comores, Côte d'Ivoire, Gambie, Guinée Bissau, Niger...), à des insurrections ou rébellions armées (Côte d'Ivoire, Sierra Léone, Libéria, RDC, République Centrafricaine...) ou à la radicalisation de l'opposition politique (Kenya, Guinée, Togo, Zimbabwe...).

Sous la pression des crises politiques, l'option extraconstitutionnelle semble s'installer comme le paradigme qui fait recette²⁷.

De cette pratique²⁸ se dégage une *fracture*²⁹ entre la justice constitutionnelle orthodoxe³⁰ et la nouvelle justice dite « *atypique* »³¹ ou « *invisible* »³² qui s'inspire des sources de *normation*³³ développées autour de la Constitution.

S'agit-il d'une révolution³⁴, d'une autre tendance du constitutionnalisme africain³⁵, d'une crise de la justice constitutionnelle ou d'une justice constitutionnelle de crise ?

-
- 27 Lire les décisions contradictoires du 8 février 2022 rendues par le Conseil constitutionnel burkinabé : Décision « *constatation de la vacance de la présidence du Faso* » et portant « *dévolution des fonctions du Président du Faso* ». Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise ... », *op. cit.* p. 339 sq ;
- 28 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012, p. 57-85.
- 29 F.-J. AÏVO, « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Edition l'Harmattan, 2014, p. 744.
- 30 F. MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in G. CONAC, (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. II, Paris, Economica, 1983, p. 3 ; J.-F. WANDJI K., *La justice constitutionnelle au Cameroun*, Edition MENAIBUC, 2015, 242 p.
- 31 D. SY, « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines », in Frédéric Joël AÏVO (dir.) *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges*, *op. cit.* p. 273-274.
- 32 M.-C. PONTHEUREAU, « De la constitution invisible à la constitution évanescence : la loi fondamentale de la Hongrie à la lumière des expériences européennes », *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p.404-418 ; A. GARAPON, « La révolution invisible », *LPA*, 9 nov. 1998, n°134, p. 4 ; E. TONI, « La constitution invisible de la république du Bénin », *RFDC*, 2022/1 n°129, p.111- 126.
- 33 A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *Revue CADI*, n°018/ décembre, 2021, pp. 1-32.
- 34 K. PICARD, « La notion de révolution juridique à l'aune de la justice transitionnelle », *Les Cahiers Portalis*, 2021/ 1, n°8, pp. 55-72 ; J.-P. ROSIER, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie du droit », *RFDC*, 2005/ 2 n° 102, p. 391-404.
- 35 K. AHADZI NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Volume 1, juillet-décembre 2001, p. 35- 86 ; F.-J. AÏVO, « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, p. 289-309.

Nolens volens, la justice constitutionnelle africaine est résolument à l'épreuve de la démocratie³⁶ et de la légitimité³⁷.

L'hétérodoxie juridictionnelle³⁸ qui émerge heurte frontalement les décisions audacieuses issues de l'office offensif des juges constitutionnels et célébrées avec enthousiasme par la doctrine africaniste. Il s'agit, pour le juge tanzanien, de (*la présomption de constitutionnalité*)³⁹, béninois, du (*consensus national*)⁴⁰, nigérien, du (*serment supra constitutionnel*)⁴¹ et malgache, de (*l'ordonnance transitionnelle*)⁴².

Pour remettre la justice constitutionnelle africaine « sur ses pieds »⁴³ ou la sortir de la « situation de chaos » occasionnée par les crises ou par le silence de la Constitution⁴⁴, les acteurs politiques dans l'impossibilité de

-
- 36 B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : Succès et résistances », in *La démocratie en Afrique, Pouvoirs* n°129, p.18 sq; B.-R. GUIMDO, « Les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve de la démocratie », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janv. 2021, p. 1-37 ; J. F. BAYART, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, vol. 2, n°129, 2009, p.33 ; P. QUANTIN, « La démocratie en Afrique à la recherche d'un modèle », *Pouvoirs*, 2009/2 n°129, p. 65-76.
- 37 D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle «nécessité démocratique»? », MOLFESSIS et ALII (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, pp. 363-376 ; L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, p. 557-581 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site lecam.es.org, vol.1, 2015, consulté le 13 avril 2022 à 14h ; A. KPODAR, « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in A. SALL et I. M FALL (dir.), *Mélanges Babakar KANTE, Actualité du droit public et de la science politique en Afrique*, p. 288.
- 38 L'expression est empruntée à Paternine MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit McGill*, 2012, pp. 922-949. Le Professeur parle de l'hétérodoxie normative, source de l'affaiblissement de la constitution.
- 39 Décision de 2002, *Affaire Ndynabo v. Attorney General*. Selon ce principe, la charge de la preuve d'inconstitutionnalité d'une loi incombe au plaignant et la charge de la justification de la constitutionnalité de la restriction légale d'une liberté fondamentale incombe à ses auteurs.
- 40 DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle béninoise, remise en cause par la décision de 2018.
- 41 Avis n° 02/CC du 25 mai 2009 de la juridiction nigérienne.
- 42 Décision n° 03-HCC/D2 du 23 avril 2009 concernant des requêtes relatives à la situation de transition.
- 43 Cette expression est empruntée à Babacar KANTE, *Préface* in I. M. FALL, (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, Credila, 2008, p. 13.
- 44 F. J. AÏVO, « Le silence des constitutions en Afrique », Communication au colloque sur « *L'Afrique et l'internationalisation du constitutionnalisme : actrice ou spectatrice ?* », Lomé, les 16 et 17 juin 2010, p. 1-29 ; A. S. ADOUA-MBONGO, « Le juge constitutionnel africain et le silence de la constitution », *Revue Africaine et Malgache des Recherches Scientifiques*, n° spécial Janvier 2021, p. 70-105.

négociers⁴⁵, sont tenus par l'obligation de « constituer »⁴⁶ par défaut, afin de garantir la continuité des pouvoirs publics⁴⁷ créant ainsi une sorte de *bizarrierie constitutionnelle*⁴⁸ voire juridictionnelle. De leurs actes normateurs va naître la justice para-constitutionnelle qui constitue l'une des aventures les plus passionnantes du constitutionalisme africain.

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

L'émergence⁴⁹, du latin *emergere* signifie l'apparition soudaine d'une idée, d'un fait social, politique ou économique. Le petit Larousse l'illustre par la formule dite de *l'émergence du bioterrorisme au XXIème siècle*⁵⁰. Cette notion stratégique⁵¹, qui appartient moins au vocabulaire juridique classique qu'à celui des sciences sociales, est occidentale et plus précisément issue du monde de la gestion financière⁵². Elle est mise sous le feu des projecteurs grâce à la

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

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

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

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

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

50 *Ibid.*

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

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

transformation économique et extrêmement rapide et brutale qui a vu le jour dans plusieurs régions du monde, d'où l'expression « économie émergente ». Plus tard, les termes de pays et de marchés émergents vont faire leur apparition dans la littérature, désignant les pays les plus dynamiques parmi ceux en voie de développement et les mieux intégrés dans l'économie désormais mondialisée, sans qu'une définition exacte soit élaborée.

Bien cerné, le concept d'émergence apporte une contribution à la théorie du développement⁵³ et à l'évolution de la justice d'où l'émergence des nouvelles formes de justice. En revanche, si le concept émergence et son champ lexical n'appartiennent pas réellement au langage du droit ou ne constituent à proprement parler une catégorie juridique, force est de relever leur ancrage progressif au jargon spécifique du droit. L'émergence fait l'objet d'une mobilisation graduelle tant en théorie du droit⁵⁴, en droit international⁵⁵, en droit administratif⁵⁶, en droit de l'environnement⁵⁷ et il serait incongru de nos jours, de l'exclure de la réflexion en droit constitutionnel⁵⁸.

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

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

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

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

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

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

Du fait des crises politiques, il s'émerge un modèle africain de justice constitutionnelle⁵⁹ dont la para-constitutionnalité est la grande tendance contemporaine⁶⁰.

La justice du latin *justicia* est un principe moral qui exige le respect du droit et de l'équité ; défendre l'idée de justice et rendre la justice consiste essentiellement à dire ce qui est juste dans l'espace concret soumis au tribunal⁶¹. C'est pourquoi le droit et la justice sont intimement liés et constituent d'ailleurs les deux visages de la juridicité⁶².

L'organisation de la justice distingue de façon classique deux ordres de juridiction : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. On assiste depuis la traversée de l'Etat légal à l'Etat de droit⁶³, à la naissance d'une justice chargée d'assurer la suprématie de la Constitution⁶⁴ sur les autres normes juridiques⁶⁵, ou de rendre la justice moins superflue⁶⁶ comme c'en est le cas pour la justice para-constitutionnelle, c'est-à-dire tantôt *intra*, tantôt *ultra* constitutionnelle⁶⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La justice para-constitutionnelle est cette justice qui bien que n'ayant pas un ancrage constitutionnel, se déploie dans l'environnement de la Constitution avec pour objet d'assurer l'organisation des pouvoirs publics en période de crise⁶⁸. Elle n'est pas synonyme de la justice transitionnelle⁶⁹. A ce titre, constituent le terreau de l'émergence de cette *justice para-constitutionnelle* : les conventions de la Constitution⁷⁰, les accords politiques⁷¹ ou constitutionnels⁷², ou enfin l'intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies dans l'ordre constitutionnel des Etats⁷³ en vue d'une tentative de règlement des crises politiques⁷⁴.

Dès lors, aborder la question de l'émergence d'une justice para-constitutionnelle dans un ordre constitutionnel africain en crise conduit nécessairement à la construction d'une problématique saisissante : ***en quoi l'émergence d'une justice para-constitutionnelle contribue-t-elle à la restauration de l'ordre constitutionnel dans les Etats d'Afrique subsaharienne ?*** L'hypothèse retenue est celle

-
- 68 J. D. B. GAUDUSSON, *L'accord de Marcoussis, entre droit et politique, Afrique contemporaine*, n°206, 2003, p. 41 sq ; A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janv. 2003, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, n°4 (II), p. 2502 sq.
- 69 La justice transitionnelle peut être *contra constitutionem* ou *para constitutionem*. Il s'agit d'un ensemble de processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation.
- 70 Y. MENY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, 50, 1789-1989 ; C. BIDEGARAY, « Pierre Avril à la recherche des « Conventions de la Constitution » in *RFSP*, 48e année, n°5, 1998. p. 664-672 ; P. AVRIL, *Les conventions de Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, p.1.
- 71 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2 n°206. p. 45-46; F. MELEDJE DJEDJRO, « Les arrangements politiques et la constitution : le droit constitutionnel de crise », in *Droit constitutionnel*, 9e édition, édition ABC, Abidjan, 2012, p.237. L'Accord d'Arusha par exemple consacre la primauté de ses dispositions sur celles de la Constitution en cas de conflit.
- 72 L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 995 sq;
- 73 Y. S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique ... », *op.cit.* p. 157.
- 74 A. GADJI, « L'ONU et la crise ivoirienne », in Djedjro, F. MELEDJE, Martin BLEOU et F. KOMOIN, (dir.), *Mélanges dédiés au Doyen Francis Vangah WODIE*, Presse de l'Université de Toulouse I, p. 195-229.

d'une contribution mitigée car, comme *janus*⁷⁵, ce Dieu prométhéen à deux visages, la justice para-constitutionnelle intervient dans un contexte précis et vise la restauration de l'ordre constitutionnel déstabilisé, mais peut aussi devenir un instrument de *déconstruction* ou de *destruction*⁷⁶ de l'ordre constitutionnel.

La justice para-constitutionnelle est un objet du droit constitutionnel digne d'intérêt. L'étude de cette justice *constitutionnelle parallèle concurrente* constitue une contribution théorique à la construction d'un statut normatif de la justice para-constitutionnelle dans l'ordre constitutionnel des Etats africains⁷⁷. Cette innovation participe à l'implantation d'une justice constitutionnelle *d'exception*⁷⁸, axée sur la « nécessité »⁷⁹ car, la justice para-constitutionnelle qui émerge comme par hasard⁸⁰ permet aux acteurs politiques de proposer des solutions immédiates à la résolution des crises politiques.

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

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

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

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

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

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

Il se dégage donc une *théorie de la justice*⁸¹exceptionnellement para-constitutionnelle comme solution africaine aux crises politiques ou encore comme une nouvelle *identité*⁸² de la « *démocratie judiciaire* »⁸³africaine.⁸⁴On en infère qu'en période de crises politiques, le constitutionalisme de crise permet de se passer de Constitution⁸⁵ et de s'inspirer de la sociologie du droit constitutionnel⁸⁶pour bâtir un ordre politico-juridique imposé par des événements imprévus⁸⁷. Cette transition bien que provisoire atteste de ce que le droit constitutionnel africain est en mutation⁸⁸ et la justice constitutionnelle, en survivance⁸⁹.

Par ailleurs, l'étude est une contribution pratique à l'appréhension de la justice issue des différents mécanismes de résolution de crise diversement qualifiés de Constitution intérimaire⁹⁰ ou de transition,

-
- 81 J. RAWLS, *A theory of justice*, Havard Univ. Press, 1971, Trad. fr. C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, 560p ; R. KAST, *La théorie de la décision*, Nouvelle édition, Paris, *La découverte*, 2002, 120 p.
- 82 E. M. NGANGO YOUNBI et R. NGANDO SANDJE, « Existe-il une identité constitutionnelle africaine? » *Revue du droit public*, n°5, 2021, pp. 1315-1350 ; O. N. MBAYE, *l'identité du droit africain. Le socle de l'Égypte antique*, PUD, *L'Harmattan-Sénégal*, 2022. p. 2.
- 83 A. BLANC, « La justice pénale entre nouvelle démocratie judiciaire et nouveaux savoirs », *Droit et société*, 2013/1 n°83 pp.203-212. C'est le passage de la démocratie constitutionnelle à la démocratie imposée par le juge.
- 84 S. BOLLE, « Des constitutions « made in » Afrique », Communication au VI^e Congrès Français de Droit Constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, p.9.
- 85 M. SLOBODAN, « Peut-on se passer de Constitution ? », La réponse est non, mais quelle est la question ? *Constitution, Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, Paris, Dalloz, 2017, p. 359.
- 86 J. CHEVALIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 281-297.
- 87 Cf. La convention de Philadelphie qui élaborera la première grande Constitution fédérale de l'époque moderne.
- 88 J.-B. DUCLECQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, coll. Bibl. de droit constitutionnel et science politique, LGDL, 2015 ; P. CAPS, « Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel », *Civitas Europa*, 2001, n° 6, p. 39 sq.
- 89 G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », *L'Évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 sq ; D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDV*, 1-1990, p. 5.
- 90 A. J. BULLIER, « La constitution intérimaire de l'Afrique du sud », *Afrique contemporaine*, n°170, 2^{ème} trimestre, 1994, p. 41 sq.

de petites Constitutions⁹¹, variation qui déteint sur le droit produit⁹². Elle participe à l'aménagement de la précarité de la justice para-constitutionnelle et à l'encadrement de sa finalité qui consiste à mettre un terme à une période de vive tension et de faire naître une justice apaisée ou en harmonie avec la Constitution et la vie politique⁹³. Elle contribue à l'enracinement en Afrique d'un « *constitutionalisme global* »⁹⁴.

Dans la perspective d'apporter les éléments de réponse à l'interrogation formulée, l'approche du positivisme qui commande par principe une analyse reposant sur l'exégèse⁹⁵ mais aussi de la « *sociologie des normes* »⁹⁶ donnerait à l'analyse une part de sa complétude.

Les expériences tirées du Mali, de la Côte d'Ivoire, du Burkina Faso et de Madagascar sont à cet égard, illustratives⁹⁷. Dès lors, « l'espace constitutionnel »⁹⁸ s'est considérablement enrichi de nouveaux

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

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

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

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

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

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

97 Quatre (4) États ont été judicieusement choisis comme cadre géographique de l'étude. Il s'agit du Mali, de la Côte d'Ivoire, du Burkina Faso et du Madagascar. Le choix de ces États n'est ni fortuit, ni gratuit. Une analyse cursive des jurisprudences y référentes rendues par leurs juridictions constitutionnelles permet de comprendre qu'elles font partie des Cours qui expriment au mieux l'émergence en Afrique d'une justice para-constitutionnelle.

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

objets tels que la lustration⁹⁹, la nécessité¹⁰⁰, l'animal¹⁰¹ et la justice para-constitutionnelle. Cette dernière n'est donc pas un tabou¹⁰² mais un objet du droit constitutionnel contemporain mue par l'objectif de sauvegarde de l'ordre constitutionnel en crise (I), mais qui nécessite d'être encadrée au regard de son impact sur la rationalisation de la justice constitutionnelle orthodoxe en Afrique subsaharienne (II).

I. La sauvegarde discutée de l'ordre constitutionnel

La justice constitutionnelle peut-elle se dire en dehors de la Constitution ?¹⁰³ La question est en apparence iconoclaste tant l'office du juge constitutionnel repose sur « *la constitution, rien que la constitution, toute la constitution* »¹⁰⁴. Dans l'ordre constitutionnel africain actuel profondément imprégné des crises politiques¹⁰⁵, parler d'une justice para-constitutionnelle n'est plus un crime de *lèse-légitimité*¹⁰⁶ à la justice constitutionnelle ou de « *lèse-constitution* »¹⁰⁷.

En effet, il peut arriver que le gardien de l'ordre constitutionnel soit dans l'incapacité de répondre aux exigences constitutionnelles et

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

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

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

102 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique », in *Afrique contemporaine*, Vol.2, n°242, 2012, p. 53-58.

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

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

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

106 F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *op. cit.* p. 9. Le Professeur s'interroge sur le recours implicite ou explicite aux *valeurs*, qu'elles soient morales, politiques ou idéologiques par le juge constitutionnel, s'il constitue un crime de lèse-légitimité de ce dernier ?

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

procède à la rupture ou à la menace de rupture de l'ordre en question à la suite d'un coup d'Etat, d'une guerre ou d'une révolution¹⁰⁸. Il procédera par des opérations *a-constituantes* (A) dans l'optique de défaire pour refaire¹⁰⁹ un nouvel ordre constitutionnel adapté aux revendications sociales ou sociétales du pays (B).

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

Il faut entendre par opération *a-constituantes*¹¹⁰, toute opération qui concoure soit à la mise entre parenthèse, soit à la désacralisation de la Constitution comme les arrangements ou les accords politiques¹¹¹ qui constituent une catégorie normative en plein essor en Afrique¹¹².

En effet, comment le juge constitutionnel fait-il face aux dérives du pouvoir politique, aux entreprises toujours plus imaginatives, de contournement de la norme supposément la plus haute et de nature constitutionnelle, pour réécrire à la baisse, voire plus, la garantie de l'ordre politique démocratique? Cette question pertinente de Laurent Sermet¹¹³ cadre bien avec l'actualité constitutionnelle africaine tant les situations de crise, dans lesquelles le juge semble demeurer l'un des derniers remparts, sont nombreuses.

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

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

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

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

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

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

La réponse réside dans l'entre deux: le recours à un « *tout-au-constitutionnel* » ou à une « *foulée aux pieds de la Constitution* »¹¹⁴.

La justice para-constitutionnelle en gestation en Afrique penche pour la seconde hypothèse car elle s'arrime tantôt à la suspension (1) tantôt à l'abrogation (2) de la loi fondamentale¹¹⁵.

1. La suspension de la Constitution

La suspension de la Constitution qui débouche après négociation sur l'adoption des accords de sortie de crise est la conséquence d'une « *rupture de l'ordre constitutionnel routinier* »¹¹⁶. Elle peut revêtir un caractère licite¹¹⁷ ou illicite¹¹⁸.

Il s'agit dans le présent exercice, d'une suspension illicite du fait des crises politiques¹¹⁹.

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

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

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

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

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

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

La justice para-constitutionnelle est la preuve de ce qu'il est possible de forger une justice sans et contre la Constitution ?¹²⁰ Cette réponse paraît paradoxale, tant la légitimité de la justice constitutionnelle dans la tradition française¹²¹ et même africaine¹²², découle de sa loyauté à l'endroit de la Constitution.

La justice para-constitutionnelle remet en cause l'orthodoxie juridictionnelle et certaines théories développées par les tenants du positivisme classique¹²³. En effet, il est difficile de croire que les dirigeants, dans un Etat qui se veut de droit¹²⁴, puissent statuer en dehors d'un minimum de valeurs-références contextuelles, c'est-à-dire à des considérations extraconstitutionnelles¹²⁵. Mais la justice para-constitutionnelle contribue à bouleverser les certitudes¹²⁶ et semble devenir une source de « *relativisme constitutionnel* »¹²⁷. En dépit du fait que la suspension de la Constitution provoque de fortes perturbations sur les normes constitutionnelles et *infra* constitutionnelles existantes, elle constitue l'amorce de solution à un nombre non négligeable de crises politiques en Afrique. Elle est certes l'élément déclencheur de la crise de la normativité constitutionnelle mais aussi, l'affirmation extraconstitutionnelle de la résolution des crises en Afrique noire francophone.

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

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

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

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

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

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

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

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

En théorie constitutionnelle, les normes constitutionnelles produites au moyen des pouvoirs de crise sont des normes de nature *infra*-constitutionnelle et ne peuvent donc pas aboutir à une révision de la Constitution ou même à une remise en cause des dispositions constitutionnelles.

A ce titre, la Constitution du Gabon du 26 mars 1991 prescrit que les mesures exceptionnelles édictées par le président de la République en période de crise relève du domaine de la loi et qu'en conséquence, de telles mesures ne peuvent avoir pour objet de dissoudre l'Assemblée nationale ou même de réviser la Constitution¹²⁸.

En revanche, les arrangements politiques¹²⁹ modifient la lecture de la Constitution, compliquent la définition de cette notion promise ainsi à des incertitudes. En période de crise, le concept de Constitution condamne et conduit à une définition introuvable¹³⁰. Le professeur Martin Bléou conclura que la crise est un baromètre indiquant les limites de la Constitution¹³¹ et précisément, de sa suprématie ainsi que celles de l'ordre constitutionnel qui sont des valeurs reconnues par la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance¹³².

Dès lors, la faible crédibilité de la Constitution¹³³ et de la justice constitutionnelle, expliquerait cette tendance à les réviser pour recourir à la para-légalité constitutionnelle.

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

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

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

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

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

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

A ce titre, l'expérience du Burkina Faso est assez illustrative. On fait référence à l'acte fondamental du Mouvement patriotique pour la sauvegarde et la restauration élaboré le 29 janvier 2022 et plus particulièrement son article 36 qui rappelle que dès sa signature, l'acte fondamental lève la suspension de la Constitution du 02 juin 1991¹³⁴ qui s'applique à l'exception de ses dispositions incompatibles avec le présent Acte¹³⁵. Par ailleurs, l'article 26 dudit Acte rappelle que le Mouvement patriotique assure la continuité de l'Etat en attendant la mise en place des organes de transition. Il assure la continuité et la gestion des affaires de l'Etat, même en cas d'indisponibilité du Gouvernement¹³⁶. Il faut rappeler que la Charte de transition élaborée le 1^{er} mars 2022 abroge les dispositions de cet Acte fondamental¹³⁷ et qu'en cas de contrariété entre la Charte de la Transition et la Constitution du 02 juin 1991, les dispositions de la Charte s'appliquent¹³⁸.

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

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

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

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

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

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

fonctions de Président du Faso,¹³⁹ et celle relative à la dévolution des fonctions de Président du Faso¹⁴⁰.

Cependant, si par la première décision, le juge constitutionnel prend acte de la démission de Monsieur Roch Kaboré de ses fonctions de Président du Faso ou en fait « une parole constituante »¹⁴¹ et constate officiellement la vacance de la présidence du Faso¹⁴², celle portant sur la dévolution des fonctions du Président du Faso présente quelques ambiguïtés en ce qu'elle valide le coup d'Etat, considéré par le juge comme un autre mode constitutionnel et démocratique de dévolution des fonctions de Président du Faso¹⁴³.

La justice qui en découle est qualifiée de para-constitutionnelle puisque bien que s'inspirant de la Constitution, elle lui fait dire ce qu'elle n'a pas dit, à savoir la légitimation constitutionnelle des coups d'Etat.

Cette décision a été qualifiée par la doctrine africaine de « *catastrophe constitutionnelle* »¹⁴⁴, car la dévolution par décision du Conseil constitutionnel des fonctions de Président du Faso, sans autres formalités démocratiques, dans la démarche utilisée entache la décision d'une irrégularité grossière. Cette production juridictionnelle est une véritable

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

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

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

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

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

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

« *anomalie démocratique* »¹⁴⁵, une « *hérésie juridique* »¹⁴⁶, aussi bien pour la démocratie, pour la Constitution que pour l'autorité du Conseil constitutionnel lui-même¹⁴⁷.

Dans la même veine, la Haute Cour constitutionnelle malgache, saisie de la conformité des deux ordonnances à la Constitution, (ordonnance n°2009-001 du 17 mars 2009 et ordonnance n°2009-002 du 17 mars 2009)¹⁴⁸ va rendre le 23 avril 2009, une décision qui étonne car elle retient une notion encore inconnue du paysage constitutionnel à savoir « l'ordonnance transitionnelle ». En l'espèce, la Cour démontre que l'ordonnance incriminée ne rentre dans aucune des six hypothèses constitutionnelles préétablies¹⁴⁹, et notamment celle de l'article 60 qui les autorise en cas de situation d'exception proclamée, après avis des trois Présidents de l'Assemblée Nationale, du Sénat et de la Haute Cour Constitutionnelle¹⁵⁰. Ces deux ordonnances ont été approuvées par la Cour par une simple lettre du 18 mars 2009¹⁵¹, laquelle n'a pas à être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité¹⁵².

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

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

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

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

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

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

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

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

Avec la décision du 23 avril 2009, la Haute Cour Constitutionnelle malgache va utiliser l'étonnante qualification de « *déconstitutionnalisation* »¹⁵³ du pouvoir exécutif, qui désormais, fera partie de sa politique jurisprudentielle¹⁵⁴. La « *déconstitutionnalisation* » en question vise la réduction en norme légale des normes anciennement constitutionnelles. Il s'agit là d'un détricotage, mieux d'une réduction de la norme constitutionnelle passant par sa négation même, ainsi que par une légalité constitutionnelle reconstruite¹⁵⁵. Le recours fréquent à ces instruments *infra* constitutionnels montre à quel point la règle constitutionnelle peut être écartée et qui plus est abrogée au motif du « constat des circonstances »¹⁵⁶, mêmes validées par le principe de continuité de l'Etat.

2. L'abrogation de la Constitution

L'abrogation renvoie de façon générale à la suspension d'une règle de droit par une nouvelle disposition qui lui est substituée pour l'avenir¹⁵⁷. Cette sortie de vigueur¹⁵⁸ ou de l'ordonnancement juridique met fin à l'application d'une ou de plusieurs dispositions de loi.

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

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

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

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

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

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

En théorie, l'institution d'une procédure de « révision » constitutionnelle est perçue par les constituants comme un moyen d'éviter une éventuelle abrogation¹⁵⁹, car la Constitution, « *comme le ruban des Tuileries, n'est que l'habillage formel d'une réalité sociale qui est déterminante* »¹⁶⁰.

Durant la période de contestation et de convulsion politique, la pratique constitutionnelle africaine va générer une justice *a-constitutionnelle* qui se démarque des cadres classiques de la justice constitutionnelle et donc, du droit constitutionnel. S'agissant du phénomène d'abrogation de la Constitution, sous le prisme des accords politiques portant arrangements constitutionnels, les expériences sont diverses¹⁶¹ et celle de Madagascar retiendra notre attention. En effet, c'est dans le contexte de la revendication démocratique des années 1990 et plus exactement le 31 octobre 1991 qu'une convention fut signée entre le Premier ministre constitutionnel nouvellement nommé (Guy Razanamazy), le « chef de gouvernement des forces vives » (Albert Zafy) et des représentants du parti au pouvoir et de l'opposition. Ce texte abroge partiellement ou mieux « amende » profondément la Constitution, supprime certaines instances politiques tels le conseil suprême de la révolution et l'Assemblée nationale populaire tout en créant une « *haute autorité pour la transition vers la troisième république* » présidée par Albert Zafy. Cette convention est devenue, et en son temps, la vitrine du juge constitutionnel malgache d'où l'idée d'une justice para-constitutionnelle.

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

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

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

En période de crise, les autorités politiques recourent très souvent à la suppression ou à l'abrogation de la Constitution. C'est pourquoi les périodes de transition politique¹⁶² sont des moments singuliers de l'histoire chaotique des Etats africains¹⁶³ ; elles sont marquées par la déconstruction de l'ordre constitutionnel existant qui génère une situation de fait à laquelle succède, à plus ou moins brève échéance, un ordre constitutionnel transitoire, expression du constitutionalisme de crise¹⁶⁴. Cette période est très souvent marquée par la mise à l'écart de la justice constitutionnelle classique et l'émergence d'une justice atypique.

Cette mutation¹⁶⁵ du constitutionalisme va entraîner la redéfinition du concept de Constitution¹⁶⁶ et par conséquent, celle de la justice constitutionnelle.

La décision du juge constitutionnel burkinabé rendue le 18 mars 2022 et relative à l'exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 313-2 du code pénal est assez symptomatique¹⁶⁷. Le juge procède par des motivations intéressantes, en rappelant que le

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

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

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

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

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

167 Déc. n°2022-005/CC sur les requêtes de messieurs M. ALDIOUMA Jean pierre PALM, Tibi OUEDRAOGO et TRAORE Bossobé en exception d'inconstitutionnalité des articles 313-1 et 3132 du Code pénal.

coup d'Etat constitue une infraction d'attentat à la sûreté de l'Etat, consistant en un changement par la violence d'un régime légal, prévue et punie par l'article 313-1 et suivant du code pénal ; que cette décision consacre la prise de pouvoir par la force comme un mode constitutionnel de dévolution du pouvoir ; qu'elle rend par conséquent les articles 313-1 et 313-2 du code pénal contraires à la Constitution et l'infraction désormais inexistante¹⁶⁸.

Cependant, il se contredit dans son vingtième considérant lorsqu'il rappelle que c'est à tort que les requérants soutiennent que la décision n°2022-004/ CC du 08 février 2022 sur la dévolution des fonctions du Président du Faso est une reconnaissance par le Conseil constitutionnel du coup d'Etat comme mode constitutionnel d'accès au pouvoir d'Etat¹⁶⁹.

Cette justice constitutionnelle à deux vitesses est la résultante de la suspension de la Constitution, censée être la boussole du juge. Face à ce vide constitutionnel, les motivations du juge sont de plus en plus influencées par l'environnement¹⁷⁰ et par les sources connexes desquelles il tire son raisonnement¹⁷¹. Dans le cas d'espèce, il s'agit du Code pénal burkinabé qui est bien une norme *infra*-constitutionnelle.

En conséquence, le juge va se dire et se dédire dans sa décision finale, notamment dans les articles 1^{er} et 3 de sa décision en déclarant les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité des articles 313-1

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

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

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

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

et 313-2 du code pénal conformes à la Constitution d'une part¹⁷², et rejetées comme étant non fondées d'autre part¹⁷³. Une mystification en clair-obscur de la part du juge constitutionnel où l'obscur flirte avec la clarté, certes, mais où la pénombre et le flou dominant. La décision du juge malgache tirée du principe de continuité de l'Etat s'inscrit dans la même veine¹⁷⁴ et constitue une violation au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la suprématie de la constitution et de l'ordre constitutionnel. Dans l'ensemble, ces décisions fragilisent l'autorité jugée¹⁷⁵ ou décidée¹⁷⁶ des décisions constitutionnelles¹⁷⁷ et affectent par ailleurs leur légitimité¹⁷⁸ avec ses composantes classiques que sont l'indépendance¹⁷⁹ et l'impartialité¹⁸⁰ attendues des juges.

-
- 172 Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso. Art. 1^{er} : les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité des articles 313-1et 313-2 du Code pénal de messieurs Mory Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et Bossobé TRAORE sont recevables.
- 173 Décision n°2022-004/ CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso. Art. 3 : les requêtes en déclaration d'inconstitutionnalité des articles 313-1et 313-2 du Code pénal de messieurs Mory Aldiouma Jean Pierre PALM, Tibo OUEDRAOGO et Bossobé TRAORE sont rejetées comme étant non fondées.
- 174 A Madagascar, le principe de continuité de l'État pour légitimer un coup d'État a été utilisé par le juge lors de la crise de 2009. Avis de la haute Cour du 31 juillet 2009.
- 175 Art. 87 de la Constitution de la République islamique de Mauritanie de 2006 : « Les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée ». En République du Congo, le principe de l'autorité de la chose jugée est réaffirmé par la Cour constitutionnelle dans sa décision n°065/DCC/EL/L du 26 octobre 2012 sur le recours en annulation des résultats de l'élection législative dans la circonscription électorale unique de Dongou, scrutin du 5 août 212. (Source : site www.cour-constitutionnel.cg). V. A. ADELOUI, « L'autorité de la chose jugée par les juridictions constitutionnelles en Afrique », *RTSJ* 2012, n° 002, p. 54 ; A. ISSOUFOU, « L'autorité des avis du juge constitutionnel en Afrique francophone », *Afrilex u-bordeaux* 4, fr., 2020, 39p.
- 176 R. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, LGDJ, 1969.
- 177 D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, n°95, 2013, p. 611-638.
- 178 L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, pp. 557-581 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site lecam.es.org, vol.1, 2015, consulté 2 avril 2022 à 8h.
- 179 F. VANGAH WODIE, « Les garanties de l'indépendance du juge constitutionnel », Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), Le statut du juge constitutionnel, Actes de la sixième conférence des Chefs d'institution de l'ACCPUF, Niamey, Niger, 3-4 novembre 2011, Bulletin n°10, décembre 2014, p.69.
- 180 M.-A. FRISON –ROCHE, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p. 3.

Cependant, la justice para-constitutionnelle s'est imposée dans certaines circonstances alors que la Constitution était restée en veille. C'est le cas de la Côte d'Ivoire où le Conseil constitutionnel, dans une décision du 6 décembre 2006 rendue en période de crise politique, a procédé à un contrôle de constitutionnalité de la résolution 1721 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il a estimé que « sont déclarées *contraires à la Constitution ivoirienne les dispositions ci-après de la Résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations unies du 1^{er} novembre 2006; l'alinéa 11 du préambule, les paragraphes 12, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15 et 22 de la Résolution* »¹⁸¹.

Mais le Conseil finira par relativiser le principe de supériorité de la Constitution sur les textes internationaux en décidant que « *les normes et dispositions internationales, acceptées par les organes nationaux compétents, ont une autorité supérieure à celle des lois et des décisions juridictionnelles internes, sous réserve de leur application par l'autre partie* »¹⁸².

La justice para-constitutionnelle africaine s'explique donc par la mise de la justice constitutionnelle ordinaire à l'épreuve des conflits politiques¹⁸³ d'où son ouverture à de nouveaux challenges pour un néo-constitutionnalisme¹⁸⁴ garant du rétablissement de l'ordre constitutionnel et de l'Etat de droit judiciaire en Afrique¹⁸⁵.

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

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

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

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

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

B. Les finalités ambivalentes du rétablissement de l'ordre constitutionnel

L'émergence d'une justice *alternative* apparaît comme une technique complémentaire ou supplémentaire de régulation de l'ordre constitutionnel en crise. En suivant la thèse du réalisme judiciaire¹⁸⁶, elle emprunte un « *chœur à deux voix* »¹⁸⁷ : la déstabilisation de l'ordre constitutionnel classique dont l'inadaptation s'avérait flagrante¹⁸⁸ (1), et la rationalisation de l'ordre constitutionnel nouveau, « *plus adapté au constitutionalisme africain en crise* »¹⁸⁹ (2).

1. La déstabilisation de l'ordre constitutionnel existant

Lorsqu'une crise politique éclate, l'ordre constitutionnel se fragilise nécessairement, le régime constitutionnel se trouve être en vacance et les mécanismes ordinaires de production des normes constitutionnelles, inopérants¹⁹⁰. Pendant cette période, il est donc normal que les procédés ordinaires deviennent inappropriés dans la production des normes constitutionnelles¹⁹¹ et même inadaptés à la fabrication de la justice constitutionnelle.

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

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

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

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

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

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

En effet, avec la montée en puissance des conflits politiques, *l'effacement de l'ordre juridique ancien se produit progressivement*¹⁹², et la justice constitutionnelle traditionnelle se voit sacrifiée à l'autel de la recherche de solutions de sortie de crise. Il émerge alors une justice para-constitutionnelle à légitimité encore douteuse voire controversée.

S'agissant de la controverse, les *obsédés constitutionnels* soutiennent que la para-constitutionnalité est pleine d'incongruité, parce qu'elle s'écarte du contrat social de l'Etat pour reprendre Jean Jacques Rousseau¹⁹³. Les tenants d'un pragmatisme judiciaire et constitutionnel quant-à-eux, relèvent que considérer les facteurs externes à la Constitution n'en est pas moins indispensable au bon fonctionnement du système juridique en crise, dans la mesure où ils en constituent une sorte d'accessoire nécessaire, que Hart qualifie de « *règles secondaires* »¹⁹⁴ et Mac Cormick de « *justifications de second ordre* »¹⁹⁵.

En revanche, si la production des normes constitutionnelles de crise a suscité des positions variables dans la doctrine constitutionnelle africaine¹⁹⁶, il en est de même de l'émergence d'une justice para-constitutionnelle qui est encore à la recherche de sa voie. On s'accorde à dire que l'émergence de cette forme de justice, participe à l'affirmation d'un constitutionalisme de crise dans les Etats africains connaissant un conflit politique.

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

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

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

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

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

La crise de la justice constitutionnelle n'est donc qu'une conséquence de la crise du droit et de la crise de la politique¹⁹⁷.

En d'autres termes, la justice constitutionnelle *suis generis*¹⁹⁸ qui émerge est un signe clinique qui atteste de ce que le droit constitutionnel africain est un droit vivant¹⁹⁹.

La justice para-constitutionnelle peut donc enthousiasmer car elle montre la plasticité du juge face aux situations de crise, mais elle peut aussi susciter les plus expresses réserves tant elle s'éloigne du pacte constitutionnel. Elle situe nécessairement l'analyse sur le terrain de la transgression du droit constitutionnel²⁰⁰. De toute évidence, s'il apparaît difficile d'établir une justice constitutionnelle démocratiquement et juridiquement acceptable dans un contexte de crise politique consécutif à un coup d'Etat militaire²⁰¹,

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

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

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

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

201 G. CONAC, « Succès et échecs des transitions démocratiques en Afrique sub-saharienne », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 29-33.

l'aménagement de l'ordre constitutionnel devrait contribuer à la rationalisation du pouvoir issu de ces coups d'Etat²⁰².

2. La rationalisation de l'ordre constitutionnel établi

L'émergence d'une justice para-constitutionnelle illustre l'incapacité de la justice classique ou orthodoxe à maintenir le fonctionnement régulier et harmonieux des institutions de l'État²⁰³. Elle augure le retour à un ordre constitutionnel nouveau même si elle prend beaucoup de liberté avec la normativité constitutionnelle²⁰⁴ ou est susceptible de donner naissance à un ordre *a-constitutionnel* où instabilités sociopolitiques et incertitudes constitutionnelles font très bon ménage.

Il est question de « rendre l'ordre [juridictionnel africain] plus juste et plus acceptables »²⁰⁵. C'est la raison pour laquelle, le professeur Djedjro Francisco MELEDJE a estimé que « c'est dans l'état de crise que le concept de droit peut montrer son utilité, la fragilité dans laquelle se trouvent l'État et les institutions mettent en effet le droit en position de ressource majeure²⁰⁶ ». Les constituants gabonais²⁰⁷ et béninois²⁰⁸ ont saisi l'enjeu de cette injonction. Le constituant béninois se veut plus explicite lorsqu'il dispose : « qu'en cas de coup d'Etat, de putsch, d'agression par des mercenaires ou de coup de force quelconque, tout membre d'un organe constitutionnel a le droit et le devoir de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité

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

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

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

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

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

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

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

constitutionnelle, y compris le recours à la coopération militaire ou de défense existants.

Dans ces circonstances, pour tout béninois, désobéir et s'organiser pour faire échec à l'autorité illégitime constituent le plus sacré des droits et le plus impératif des devoirs »²⁰⁹.

Par ailleurs, les crises politiques sont des phénomènes préjudiciables à la cristallisation de la démocratie. Dans la majorité des cas, les Constitutions de transition sont élaborées sur la base des accords de paix²¹⁰ dont elles constituent le prolongement nécessaire et indispensable dans le processus de rétablissement de l'ordre constitutionnel²¹¹.

La justice para-constitutionnelle parce qu'elle s'écarte des normes constitutionnelles, demeure une justice en quête de légitimité. Elle contribue à justifier que la Constitution n'est peut-être plus à elle seule suffisante pour fonder la décision du juge et qu'il faudrait recourir aux instruments complémentaires, autonomes et extérieurs à la Constitution pour restaurer la paix constitutionnelle déstabilisée et sauvegarder les acquis²¹². Et la doctrine de renchérir : « que le juge puisse justifier ses normes en utilisant une disposition juridique identifiée comme telle ou par un principe tiré de la morale ou dont la « juridicité » est douteuse importe peu »²¹³.

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

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

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

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

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

C'est donc la finalité qui compte, il s'agit ici des pistes supposées apporter un début de solution au rétablissement d'un nouvel ordre constitutionnel en Afrique noire francophone²¹⁴.

Cependant, les pouvoirs du juge constitutionnel en période de crise sont aussi importants et sensibles qu'il est urgent de les encadrer²¹⁵ si on envisage un retour à la normale ou à la *re-constitutionnalisation* de l'ordre juridique transitionnel.

II. L'exigence recherchée d'une justice constitutionnelle orthodoxe

Dans l'hémistiche d'un vers cité à sa propre gloire, à propos de l'armée au sein de l'Etat, Cicéron employait cette formule sibylline : « *les armes doivent céder à la toge* ». « *Cedant arma togae* »²¹⁶. Dit autrement, les gouvernements militaires, matérialisés par les armes et la violence physique ou institutionnelle, doivent faire place au gouvernement civil symbolisé par la toge. C'est dire que le retour à la justice orthodoxe ou à l'ordre constitutionnel légitime²¹⁷ est conditionné par la réconciliation avec la Constitution et précisément par l'encadrement des pouvoirs normatifs du juge

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

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

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

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

constitutionnel²¹⁸(A), si on aspire à une justice constitutionnelle axée sur « *les nécessités objectives de l'ordre social* »²¹⁹ (B).

A. L'encadrement des mécanismes para-constitutionnels imposés

« *Dans les situations de crise politique dont la gravité est à la limite de la déconstruction (destruction) du système politique, le Droit constitutionnel se trouve plus que d'ordinaire confronté à sa propre survie [...] dans une telle circonstance, les acteurs politiques doivent rechercher les solutions à travers les accords politiques...* »²²⁰. Ces propos du doyen Melédje attestent de l'étendue des pouvoirs des acteurs politiques ou judiciaires en cas de crises menaçant l'ordre constitutionnel. Dès lors, pour éviter un excès de pouvoir au sens de Montesquieu²²¹, il est nécessaire de les mettre sous contrôle²²², notamment par le mécanisme de l'autolimitation²²³ (1) ou les soumettre aux exigences de la légitimité constitutionnelle (2).

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

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

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

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

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

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

1. L'autolimitation des pouvoirs des autorités de transition

En Afrique, on observe un recours systématique à la fabrication de la loi constitutionnelle dès que des dirigeants autoproclamés investissent les instances gouvernantes à la suite d'un coup d'Etat. Ces derniers mettent sur pied de nouveaux instruments qui deviennent la vitrine du juge constitutionnel au détriment de la Charte fondamentale. Si la justice para-constitutionnelle qui s'y dégage contribue à sauvegarder les acquis constitutionnels²²⁴, elle détourne la justice constitutionnelle africaine de son lit. D'où le nécessaire encadrement des pouvoirs des autorités instituées.

Cette autolimitation est perceptible dans le raisonnement du juge constitutionnel malgache²²⁵ qui rappelle que le mouvement de « *déconstitutionnalisation* » qui est légitimé par la justice para-constitutionnelle peut être compensé, par un mouvement inverse de « *re-constitutionnalisation* »²²⁶. Il s'agit, de la conservation des principes fondamentaux de la République ou, pour reprendre le juge constitutionnel béninois, des « *options fondamentales* »²²⁷ telles que « la séparation des pouvoirs, l'intégrité du territoire national, la forme républicaine de l'Etat », qui demeurent intangibles.

Dans le même sens, on peut recourir au discours prononcé au Tribunal (actuel tribunal) le 5 janvier 1800 par Benjamin Constant de Rebecque et dans lequel il affirmait qu'« *une constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si*

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

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

226 L. SERMET, *op. cit.* p.5.

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

vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération ». Cette dynamique sera reprise des années plus tard par Jean Rivero et son Huron demandant de cesser de chanter des louanges au Conseil d'Etat français et de lui faire savoir ses limites²²⁸.

Elle permet un encadrement des pouvoirs des autorités et du juge constitutionnel surtout en période de crise politique afin que la justice para-constitutionnelle, ce « *nouvel avatar [juridictionnel]* »²²⁹ qui émerge en Afrique reste une justice de transition ou mieux une justice transitoire²³⁰ dont la légitimité doit être négociée et limitée par la durée de la crise.

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

Une justice constitutionnelle n'est garante de l'ordre constitutionnel que dans la mesure où elle est intériorisée par les acteurs politiques et par l'ensemble des citoyens. C'est dire que la justice même para-constitutionnelle, n'est légitime que si elle vise l'établissement ou encore le retour d'une nouvelle justice constitutionnelle²³¹. A ce titre, elle doit prendre en compte le consensus national que la doctrine qualifie de conscience nationale.

En général, le contexte de crise est marqué par la nécessité de construire un consensus entre les différentes forces politiques en présence. C'est dans cette logique que s'est inscrite la procédure d'établissement de la Constitution de transition de la République du Congo.

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

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

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

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

Dans ce dernier cas de figure, la procédure utilisée était bien plus singulière.

En effet, la Constitution de la transition de la RDC, a été approuvée et adoptée par les délégués des composantes et entités au Dialogue inter-congolais de Sun City, du 25 février au 12 avril 2002, et à l'accord global et inclusif sur la transition en RDC signé à Pretoria le 17 décembre 2002²³².

Il faut noter que dans une telle procédure, le pouvoir constituant a été exercé directement par les acteurs politiques qui ont participé au Dialogue inter-congolais. Le peuple se trouve à l'issue de ce procédé, dépouillé de son autorité souveraine²³³. Il y'a certainement une entorse à la démocratie puisque la Constitution est adoptée à l'issue d'une procédure excluant toute intervention du peuple ou de ses représentants élus. Les opérations constituantes engagées dans le cadre

de cette transition s'inscrivent dans une procédure atypique et ne peuvent donner lieu qu'à une justice atypique. Il se dégage donc une distanciation entre la justice para-constitutionnelle et la justice constitutionnelle orthodoxe. La montée en puissance du premier anémie la seconde.

En revanche, au Togo, les accords de paix du 12 juin 1991 conclus entre le pouvoir en place et l'opposition avaient été repris par le décret présidentiel de convocation de la Conférence n° 91/179 du 25 juin 1991. Cette reprise dénote une crise de légitimité des accords politiques initiaux et fragilise l'illustration de ces derniers comme recette systématique dans la résolution des crises politiques en Afrique.

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

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

Les accords politiques mal négociés portent en même temps, les ferments possibles de l'instabilité constitutionnelle et juridictionnelle.

Le défi de restauration d'une justice constitutionnelle orthodoxe est donc plus relevé lorsque le juge constitutionnel s'inspire d'un instrument *a-constitutionnel* et à légitimité contestée.

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

Les défis qui s'imposent à la justice para-constitutionnelle sont pratiquement les mêmes que ceux qu'on attend d'un *droit transitionnel*²³⁴. En effet, la justice para-constitutionnelle forme un ordre juridictionnel et prétend être dotée de la contrainte juridique.

Elle se rapproche de la justice applicable en temps de crise, de circonstances exceptionnelles, mais, se distingue des clauses constitutionnelles habituelles, car elle n'en respecte ni le formalisme, ni la substance. Enfin, elle est sinon *contra constitutionem*, du moins *para constitutionem*, en raison de l'accompagnement même du juge constitutionnel qui témoigne ainsi de son acquiescement au moins partiel au non-respect de la Constitution. Au regard de ces développements, les écueils suivants sont à éviter : le risque d'implantation d'une « *a-justice* »²³⁵ constitutionnelle (1) et l'avènement d'un gouvernement des juges constitutionnels (2).

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

Il peut s'agir d'une « *a-justice* » dérivant du recours de plus en plus fréquent aux accords politiques ou encore de celle dérivant du

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

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

rétablissement inconstant de l'ordre constitutionnel déstabilisé²³⁶. Le risque est grand de voir émerger une crise d'effectivité et même d'autorité des Constitutions en Afrique noire²³⁷. La *re-constitutionalisation* de l'ordre constitutionnel en période de transition est donc un défi important pour le juge garant du retour à la normalité constitutionnelle. Ce procédé qui caractérise le constitutionalisme négro-africain en crise vise *a priori* à protéger l'ordre constitutionnel et à garantir la bonne gouvernance politique prise ici comme un nouveau paradigme étatique²³⁸.

Il vise à restaurer un ordre juridictionnel nouveau, un Etat de droit juridictionnel²³⁹ en procédant par la répression des changements anticonstitutionnels de gouvernement qui constituent l'une des causes essentielles d'insécurité, d'instabilité, de crise et même de violents affrontements en Afrique²⁴⁰.

La Haute Cour constitutionnelle malgache a bien saisi le jeu et même l'enjeu²⁴¹. En effet, à de nombreuses reprises, la Cour a montré que la hauteur de la protection juridique transitionnelle était moindre qu'en période normale. Ainsi dans *l'affaire de l'immunité parlementaire des parlementaires de la transition*, elle a rendu une importante décision concernant leurs droits et privilèges²⁴².

236 *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

Après avoir explicité les deux composantes de celles-ci, comme exception à l'égalité devant la loi et exception momentanée à la séparation des pouvoirs (irresponsabilité et inviolabilité), elle s'est refusée à étendre les dispositions du droit commun contenues à l'article 73 de la Constitution. Elle s'est contentée d'estimer que l'ordonnance portant règlement intérieur de la transition (ordonnance du 8 octobre 2010, validée par la HCC le 7 octobre 2010) ne visait que le seul régime de l'irresponsabilité parlementaire. C'est donc une immunité partielle qui est reconnue en période transitionnelle, exception étant faite de l'invocabilité parlementaire.

La Cour a été à la fois plus précise et plus large sur cette légalité de substitution, dans son avis du 31 juillet 2009. Aussi dira-t-elle pour droit : « *durant la transition, bien que la Constitution ne puisse être appliquée en toutes ses dispositions, demeurent applicables les principes généraux de droit, les principes généraux de droit à valeur constitutionnelle, les engagements internationaux régulièrement acceptés, les valeurs spirituelles et culturelles propres à la nation, (...)* »²⁴³. La survivance de ces dispositions empêche l'implantation d'un ordre anticonstitutionnel.

La justice para-constitutionnelle même en période transitoire, doit donc rendre compte de la Constitution même si cette dernière ne peut pas être appliquée dans sa totalité²⁴⁴. Cette invitation au respect des normes constitutionnelles consiste pour le juge à ne pas se détacher entièrement du légalisme juridique et donc de la Constitution pour se livrer aux exigences morales, car outrepasser la Charte fondamentale c'est aussi trahir son serment²⁴⁵ y compris certaines

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

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

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

«*formules sacramentelles indivisibles*»²⁴⁶ et entretenir l'*hypertrophie du pouvoir judiciaire*²⁴⁷ que la doctrine qualifie de gouvernement des juges.

2. Le spectre du gouvernement des juges constitutionnels

Si la notion de gouvernement des juges a fait l'objet des développements intéressants dans les écrits d'Edouard Lambert, il faut dire qu'elle apparaît déjà dans les termes de l'article 10 de la loi des 16 au 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire où il est précisé que : « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». ²⁴⁸ Le juge constitutionnel n'est pas épargné²⁴⁹ car l'enracinement de la justice para-constitutionnelle conduit à l'amenuisement de la normativité constitutionnelle et à la transformation du juge en un constituant « négatif »²⁵⁰ pour reprendre cette formule de Hans Kelsen.

C'est dire que la justice constitutionnelle mise en place en période de transition ne doit pas s'éloigner des exigences démocratiques. Il ne peut en être autrement, dans la mesure où les Constitutions de transition assurent une fonction sociale et politique, qui justifie par ailleurs le recours fréquent à des procédés para-constitutionnels. En effet, avec la justice para-constitutionnelle, la démocratie, plus encore que la Constitution, est en danger.

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

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

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

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

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

Le paradoxe est grand. En période normale, toute violation constitutionnelle est expulsée de l'ordre juridique.

En période de crise, la transgression est reçue, analysée et souvent acceptée. Le recul de la garantie juridique, le recul de l'Etat de droit sont manifestes. Le recul de la légalité est doublé d'une légitimité donnée au pouvoir juridictionnel²⁵¹.

Le juge constitutionnel de transition se comporte comme un sage²⁵² ou, pour reprendre Edouard Lambert, « *en arbitre suprême de la politique sociale et économique des Etats* »²⁵³.

La décision du juge constitutionnel burkinabé du 8 février 2022 portant « *dévolution des fonctions du Président du Faso* » est très indicative en ce qu'elle marque l'empiètement du juge constitutionnel sur les pouvoirs politiques²⁵⁴ donnant ainsi raison à Yves Meny pour qui, par la force imposante de la justice constitutionnelle, comme moyen de réalisation de la démocratie [en Afrique], on assiste à « *l'invasion du politique par le juridique jurisprudentiel* »²⁵⁵.

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

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

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

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

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

Le Conseil constitutionnel, par excès de pouvoir valide en l'espèce le coup d'État en l'érigeant en une technique d'accès au pouvoir au détriment des mécanismes classiques d'organisation des élections²⁵⁶ encadrés par les constitutions et entérinés par la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance adoptée le 30 janvier 2007²⁵⁷.

En clair, l'établissement d'un nouvel ordre constitutionnel peut prendre les allures d'une dictature pour les autorités, au regard des dérives politiques d'une opération constituante non conforme aux exigences démocratiques dans un contexte de crise politique²⁵⁸, mais aussi d'un gouvernement des juges constitutionnels²⁵⁹ qui, parce que détenant désormais les clés de sortie de crise, se comportent en juges législateurs²⁶⁰.

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

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

258 M. D. BLEOU, « La révision de la Constitution ivoirienne », *Revue ivoirienne de droit*, n°41, 2010, p. 157 sq, cité par Y.S. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionalisme ou constitutionalisme de crise », *op.cit.* p. 346. On fait allusion au Président Mamadou TANDJA du Niger qui organisa le 4 août 2009, un referendum constituant très controversé dans un contexte de crise politique d'où l'adoption d'une nouvelle constitution et la prolongation de trois ans de son mandat.

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

260 M. CAPPELLETTI, « Des juges législateurs ? », in *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, PUAM, Coll. Droit public, 1990, p. 23-113, M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » in *Mélanges G. Scelles*, III, F. WODIE VANGAH, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique », *Penant*, n°803, juin-sept., 1990, p.195-204.

CONCLUSION

«Al'évidencel'Afriquecherche.L'Etatcherchesesinstitutions,ladémocratie son expression, la justice [constitutionnelle] son éthique (...)»²⁶¹.

C'est par ce constat fort saisissant de Raynal que l'on peut comprendre les différentes épreuves que traverse le constitutionnalisme africain et la nécessité d'une justice para-constitutionnelle prise ici comme une justice des sorties de crise en Afrique noire francophone²⁶².

Par épreuves, on fait allusion ici au phénomène « pivot » qui constitue le reflet du « mal être » du constitutionnalisme négro-africain : le « *constitutionnalisme rédhibitoire* »²⁶³, le « *reflux du constitutionnalisme* »²⁶⁴, le « *désenchantement constitutionnel* »²⁶⁵, le « *constitutionalisme global* »²⁶⁶ et le « *déclin du constitutionnalisme* »²⁶⁷.

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

262 F. J. AÍVO, « Le droit des sorties de crise: Règles et procédures applicables aux ruptures de légalité constitutionnalité », *Communication au colloque international sur « La constitution et les crises en Afrique »*, Cotonou, les 7 et 8 décembre 2015, p. 1-27.

263 J. OWONA, « L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire : étude de quelques « constitutions Janus », *Mélanges en l'honneur de Pierre François GODINEC*, LGDJ, 1985, p. 235-243.

264 J. MOUANGUE KOBILA, « peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », in *Recht in Africa*, 2010, p. 38-82.

265 P. Avril, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la Ve République », *Pouvoirs*, vol. 126, n° 3, 2008, p. 5-16. Ces phénomènes sont récurrents dans la pratique constitutionnelle africaine. Voir K. DOSSO, « les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire (...) », *op.cit.* p.17.

266 L'expression est de Marie-claire PONTTHOREAU, ««Global Constitutionalism», un discours doctrinal homogénéisant, *op.cit.* Le « constitutionnalisme global » est cette tendance du constitutionnalisme selon laquelle les Constitutions des Etats ne sont plus suffisantes à réguler l'ensemble des activités du gouvernement et que la société internationale gagnerait à utiliser les concepts du constitutionnalisme pour mieux organiser son activité. Il a été critiqué du fait de l'absence de l'Etat, de la population cohérente et des organes étatiques. En outre, les instances internationales ne sont que le résultat de la volonté conventionnelle des Etats souverains. La puissance des juridictions internationales ne permet pas, à elle seule, la construction d'un constitutionnalisme global.

267 M. AHANHANZO GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan Dakar-Lomé, Les nouvelles Éditions africaines, p. 33-34.

La recrudescence des crises politiques²⁶⁸ marque l'entrée en scène de la crise de la justice constitutionnelle qui à peine célébrée²⁶⁹, est en perte de majesté.

Elle « inaugure la seconde mort de la Constitution »²⁷⁰ et confirme la présence de la *crise de la normativité* et de la juridicité dans l'ordre constitutionnel africain.

La justice constitutionnelle classique connaît donc du fait des coups d'Etat, une certaine plasticité et la montée en puissance de la justice para-constitutionnelle²⁷¹ « *attenuée la fundamentalité de la norme constitutionnelle* »²⁷², même s'il faut reconnaître qu'elle participe aussi à l'affirmation d'un modèle de justice constitutionnelle africaine²⁷³ en période de crise politique²⁷⁴. Elle s'enracine dans l'évolutionnisme juridique qui exige « l'adaptabilité constante de la justice constitutionnelle aux transformations sociopolitiques »²⁷⁵.

268 P. BARBAKOUA (P.), *La constitution à l'épreuve des accords politiques dans le nouveau constitutionnalisme africain*, Mémoire DEA, Université de Lomé, 2008, p. 9.

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

270 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles ... », *op. cit.* p. 73.

271 P. LAMBERT, « La montée en puissance du juge », in *Les Cahiers de l'institut d'Etude sur la justice, Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles Bruylant, 2002, p. 4.

272 A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue juridique et politique des Etats francophones* n°4, 2005, p. 2502 sq.

273 E. TIKONIMBE KOUPOKPA, *Le modèle constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone dans le cadre du renouveau constitutionnel : le cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2011, p.10.

274 L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : élément pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou reconstruction », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 972 et s ; E.-H. MBODJ, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010, p. 441 sq.

275 Y.S. LATH, *Les évolutions des systèmes constitutionnels africains à l'ère de la démocratisation*, Thèse de Doctorat, Université de Cocody, 2008.

Comment donc sortir la justice constitutionnelle africaine du charybde de l'instabilité et du scylla de l'inconstitutionnalité?²⁷⁶.

Comment empêcher l'enracinement d'une guerre des juges constitutionnels en période de crises politiques en Afrique noire francophone ?²⁷⁷

La justice para-constitutionnelle participe au comblement du vide laissé par la disparition de l'ordre constitutionnel positif. Elle permet au juge constitutionnel d'être non seulement un juge « *dans le temps* »²⁷⁸ mais de rester un juge « *de son temps* »²⁷⁹, le temps de turbulences juridico-politiques que rencontre l'ordre constitutionnel africain²⁸⁰.

De tout évidence, l'Afrique « *adopte, remet en cause, suspend, abroge, puis renouvelle [sa justice constitutionnelle] ; elle cherche sa voie...* »²⁸¹.

276 J. P. GRIDEL, « La motivation aux défis de la modernité-Entre charybde de l'hermétisme et le scylla du bavardage », in *La semaine juridique générale*, n°5, 3 février 2020, doctrine. 141. En effet, du fait des crises politiques, le constitutionalisme africain évolue dans un champ fermé à la Constitution tout en se livrant au vaste mouvement d'inconstitutionnalité.

277 G. DRAGO, « La « *guerre des juges* » n'aura pas lieu », *JCP A*, 2, février 2007, n° 14, p. 29-35.

278 D. G. LAVROFF, « La constitution et le temps » in *Droit à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, LGDJ, Paris, 1999, p.208 ; J. BIKORO MERMOZ, *Le temps dans le droit constitutionnel africain : le cas des Etats africains d'expression française*, Thèse de doctorat Ph/d, Université de Yaoundé II, 2017, p.10

279 Cette formule est empruntée à F. HOURQUEBIE, « Libre propos sur le juge constitutionnel... », *op. cit.* p. 14. La suspension de la Constitution par exemple, met nécessairement en lumière la question de l'application et du changement dans le temps des normes juridiques. Sur le rapport entre l'écoulement du temps et l'évolution du droit, lire : F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376p ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Le temps et le droit », Conférence inaugurale Chaire Jean-Louis Baudoin en droit civil, Montréal, Les éditions, 2005, p. 1-18. S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat en droit. Université de Paris X Nanterre, 2000, p. 9.

280 S. PIERRE-CAPS, « Les révisions de la constitution de la Ve république : temps, conflits et stratégies », *RDP*, n°2, 1998, p. 409.

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

Cette recherche ne sera fructueuse que si l'émergence en question de la justice para-constitutionnelle s'opère en respect de l'esprit des Constitutions africaines²⁸² sinon elle ne serait que ruine du constitutionalisme²⁸³ et de l'Etat de droit²⁸⁴ dans les ordres constitutionnels des Etats d'Afrique noire francophone.

282 S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions », in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Paris, Dalloz, 2003 ; D. KOKOROKO, « L'idée de constitution en Afrique », *Afrique contemporain*, n°242, 2012, p. 117.

283 J. D. B. De GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionalisme », in : *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 333-348.

284 M. AHANHANZO-GLELE, « Pour un État de droit en Afrique », in *Mélanges offerts à Pierre François Gonidec, L'État moderne Horizon 2000, aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985, pp.181-193.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

1. Abdoulaye SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue du CAMES*, 001/2015.
2. Alexis ESSONO OVONO, « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, pp. 120 sq.
3. Babacar GUEYE, « La démocratie en Afrique : Succès et résistances », in *La démocratie en Afrique, Pouvoirs*, n°129, p. 18 sq.
4. Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, n° 63, 2005, p. 451-491.
5. Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 4e trimestre, 1996, p. 251-256.
6. Jean RIVERO, « Le Conseil constitutionnel : Des juges qui ne souhaitent pas gouverner », *AJDA*, 1975, p. 134-138.
7. Jean WALINE, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 487-510.
8. Joël-Frédéric AÏVO, « La crise de la normativité de la constitution en Afrique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1, 2012, p. 141 sq.
9. Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012, p. 57-85.

10. Marie-Madeleine MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economique, 2007, 366 p.
11. Michard Bériot EKELLE NGONDI, « Le droit constitutionnel en dehors du droit constitutionnel : réflexion sur le constitutionalisme en Afrique noire », *Revue Africaine de Droit Public*, vol. VII, n° 14, supplément 2018, p. 229-250.
12. Oumarou NAREY, « L'ordre constitutionnel », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. VODIE*, D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse I, Capitole, 2016, p. 399-421.
13. Paterné MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit McGill*, 2012, p. 922-949.
14. Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/2n°129, p. 101-114.
15. Yédoh Sébastien LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionalisme ou constitutionalisme de crise », in Djedro Francisco MELEDGE, Martin BLEOU et François KOMOIN, (dir.), *Mélanges dédiés au Doyen Francis VANGAH WODIE*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 337-359.

LA RAISON DU JUGE
CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE

Luciano Sèwênan HOUNKPONOU
*Docteur en Droit Public Enseignant-chercheur,
à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin).*

Quelle est la religion du juge constitutionnel africain ? Cette préoccupation, d'apparence banale, constitue pourtant le nœud gordien¹ qui emprisonne les mystères qui entourent son office. L'énigmatique position de cet organe est généralement embuée dans des arcanes semblables au rite juridictionnel du Roi Salomon, dont le véritable sens aiguisé de justice ne se mesure qu'après coup². L'intrigue est manifestement plus corsée, tant la stature de ce juge en Afrique est devenue imposante, en dépit d'un passage famélique dans les premières années des indépendances. Durant cette période qui renvoie au constitutionnalisme de première et de seconde génération³, sans le clamer, la loi était sacralisée au détriment de la constitution, donnant ainsi droit à l'expression manifeste de la

1 Dans la mythologie, le nœud gordien reliait le char du roi Midas à ses montures. Celui qui réussit à le dénouer devient le maître de l'Orient. Alexandre le Grand trouve la solution en le tranchant d'un coup d'épée. <https://www.linternaute.fr/expression/langue-francaise/19846/trancher-le-noeud-gordien/>

2 Le récit du jugement du Roi Salomon est reporté dans la Bible (1 Roi 3 : 16-28). Il s'agit d'une affaire de vol d'enfant entre deux prostituées vivant sous le même toit et qui donnèrent respectivement, à écart de 3 jours, un enfant. Durant une nuit, l'une des femmes se coucha sur son enfant, et mort s'en suivit. Cette dernière opéra alors un remplacement du sien par celui de l'autre prostituée. L'affaire fut portée à l'attention du Roi Salomon. L'approche de résolution de ce dernier reste pour le moins troublant. En face des moyens allégués par chacune des plaignantes qui arguaient être la mère de l'enfant vivant, le Roi demandant que l'on coupe l'enfant (divise) par l'épée. La position du Roi fut conquis par la véritable mère qui demanda que l'enfant ne soit pas découpé et qu'il soit remis, à contrecœur à l'autre mère. Tandis que cette dernière accepta la mort de l'enfant.

3 G. CONAC, « L'évolution constitutionnelle des Etats francophones d'Afrique noire et de la République démocratique malgache », in : G. CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, pp. 1- 32

loi écran. En effet, « *Le chef de l'exécutif s'appuyait (sur la loi) pour conforter les pouvoirs de l'Administration qu'il dirige, ce au mépris de la Constitution. La loi était alors l'instrument par lequel, le chef de l'Etat, à travers un parlement acquis à sa cause, met en échec l'autorité de la Constitution, sous le couvert d'une légitimité procédurale. Sachant du reste qu'il était seul garant du « pseudo-contrôle » de sa constitutionnalité, il a aménagé la plupart des régimes d'exception par la loi* »⁴. Mais depuis l'entrée dans le nouveau constitutionnalisme, tel un onopordon⁵ coriace qui résiste avec ténacité à l'ère du temps, le juge constitutionnel africain a su se fondre dans un système pour lequel il est devenu assez difficile de définir sans l'évoquer⁶. Effet de mode, de séduction, d'artifice ou de nécessité, la tâche se trouve assez ardue lorsque l'on essaie de comprendre sa réelle vocation. Craint par certains⁷ et adulé par d'autres⁸, le sens du rendu des attributions du juge constitutionnel africain est parfois déroutant. Mais sur son trépied⁹, la constitution est

-
- 4 Dans ce sens, lire utilement R. MBALLA OWONA, « Recherches sur l'existence d'un « tabou du constitutionnalisme » en droit administratif : la théorie de la loi écran en France et au Cameroun », *RADP*, vol. 1, n° 1, juin-déc. 2012, pp. 182-204 (spéc., p. 195).
- 5 Le Chardon aux ânes ou Onopordon à feuilles d'acanthé, est une grande plante épineuse, de la famille des Astéracées. Ce grand chardon est assez commun en terrain calcaire dans toute l'Europe centrale. L'une de ses particularités est qu'elle a des prédispositions à résister à des grandes températures. Très résistante à la sécheresse. Sans entretien. Se naturalise aisément. <https://medecine-integree.com/onopordon-acanthium/> ; <https://pepinieredelapetitefoulerie.fr/onopordon-acanthium.php>
- 6 N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *AJJC*, 2007, pp. 45-65.
- 7 E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », 30 p. (spéc., p. 22-29) disponible en ligne : http://afrilex.u-bordeaux.fr/wpcontent/uploads/2021/03/Afrilex_TONI_Error_Les_PVC_au_Benin.pdf
- 8 J. L. ATANGANA AMOUGOU, « La Cour constitutionnelle béninoise : un modèle de justice constitutionnelle en Afrique? », *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÈLÈ*, Paris, L'Harmattan, 2014 (Etudes africaines), p. 660.
- 9 Ainsi que l'indique le Professeur Georges Burdeau, « la constitution repose sur un triple fondement. D'une part l'unité d'un système juridique dont les règles bénéficient du monopole de la contrainte étatique ; d'autre part l'officialisation de l'idée de droit tenue pour inspiratrice de l'ordre social à réaliser ; et en contrepartie de sa consécration légale, accepte de se plier aux garanties dont son exercice est entouré ». G. BURDEAU, « Notion de Constitution », in : *Etudes en l'honneur de Achille Mestre - L'évolution du droit public*, PUAM, pp. 53 - 62, (spéc. p. 57).

vitalisée, et c'est foncièrement au cœur de son activité interprétative¹⁰ que se moule le débat de son évanescence. Comme une stèle affichée en guise de repère, la raison de ce juge constitutionnel constitue le moyen probant qui peut permettre de l'entrevoir sous un jour plus éclairant. Mais au préalable, quelques précisions minimales sont nécessaires.

La notion de *raison* dérive du « latin *ratio, rationis, calcul, compte, d'où « faculté de raisonner; raisonnement, motif »* »¹¹. Elle s'entend de la « [f]aculté propre à l'homme et par laquelle il peut connaître, juger et agir selon des principes »¹². Ainsi soulignée, la raison requiert deux éléments insécables pour être considérée. D'une part, l'élément subjectif, qui est propre à l'homme, en tant qu'être doué de faculté. D'autre part, il faut savoir compter sur l'aspect fonctionnel, à travers lequel s'actionnent des procédés de calculs raisonnés en référence à des principes, lesquels renseignent sur la nature de cette faculté humaine. De la sorte, la raison se comprend comme une sorte d'aventure à la découverte de l'*homo sapiens*, en ce qu'elle permet de déchiffrer la nature intelligente de l'homme face à une difficulté présentée. Ce dernier doit agir avec bon sens. C'est d'ailleurs ce que souligne le Professeur Gérard Cornu, lorsqu'il présente la raison comme le « *discernement de ce qui est juste et de ce qui est possible, aptitude à choisir dans ce qui est réalisable, ce qui est bon* »¹³. Il s'agit d'une attitude méthodique et engagée, puisque l'homme se fonde sur « *ce que commande la compréhension des choses, l'intelligence des*

10 Le travail d'interprétation de la constitution relève de la catégorie de l'interprétation comme acte de connaissance, l'interprétation authentique, cher au Maître de Vienne. C'est « *celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, qui ne peut être valablement contestée et qui s'incorpore par conséquent dans le texte interprété* ». H. KELSEN, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 86 ; M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle » in : F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 13-25 (spéc., p. 15).

11 Voir l'entrée (« Raison ») in : A. DAUZAT, J. DUBOIS et H. MITTERAND, *Le nouveau dictionnaire historique et étymologique*, Paris, Dalloz, 1971, p. 628.

12 Voir la note « Raison » in : P. A.LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse maxipoche 2018 (première entrée)*, Paris, Larousse, 2017, p. 1154.

13 Se rapporter à la notule (« Raison ») in : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique (2nd sens)*, 12^e éd., Paris, Puf, p 1788.

situations ; ce que suggère une conscience bien disposée (informée, claire et saine), ce qui est conforme au bon sens : la sagesse elle-même »¹⁴. Relever de la sorte, la raison est le conducteur de la rationalité¹⁵ humaine. Ainsi que Bossuet l'invite, « [e]n tant que l'entendement invente et qu'il pénètre, il s'appelle esprit ; en tant qu'il juge et qu'il dirige au vrai et au bien, il s'appelle raison et jugement... La raison en tant qu'elle nous détourne du vrai mal de l'homme, qui est le péché s'appelle conscience »¹⁶. Le Professeur Akam Akam André ne parle pas d'autre chose lorsqu'il observe que la conscience morale « est cette propriété particulière qu'à la conscience humaine de porter des jugements normatifs fondés sur la distinction du bien et du mal »¹⁷.

Sur la base de ces considérations, par souci de concision, la notion de raison, en lien avec le juge, se distance de perceptions d'allure apparentées. En effet, la raison n'est assurément pas la motivation. Au sens de Camroux David, cette dernière désigne « l'expression des motifs d'une décision »¹⁸. Pour Yves Donzallaz, la motivation s'entend de « l'ensemble des motifs d'un jugement, l'exposé des raisons qui déterminent le juge à rendre un jugement ou encore la partie d'un arrêt, d'un jugement ou d'une sentence arbitrale qui expose l'ensemble des motifs à la base de la décision énoncée

14 *Ibid.*

15 Dans son sens large, la rationalité se comprend comme un « ordre structuré dont les éléments ne sont pas liés au hasard ou arbitrairement qui, de plus, est presque toujours incarner de façon intrinsèque – ou du moins de pouvoir véhiculer – des valeurs positives et qui est considéré comme propre à (ou prôné comme souhaitable pour) la conduite des hommes à certains égards, ou qui, à tout le moins, relève des données objectives déterminante pour rendre possible une telle conduite ». voir le terme (« Rationalité ») in : A.- J. ARNAUD, J. G. BELLEY, J. A. CARTY et alii, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 504.

16 Se référer à la note (« Raison ») in : A. LALANDE, *Dictionnaire de philosophie* (à compléter)

17 A. AKAM AKAM, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique professionnelle en Droit des Affaires et en Droit Communautaire*,

18 D. CAMROUX, « Motivation » in : O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Puf, 1993, p. 645-646 (spéc., p. 645).

dans le dispositif »¹⁹. Ainsi précisée, la motivation décrit un subtil relief, apprécié par l'exigence d'une extériorisation qui met en évidence les justificatifs sur lesquels repose la décision du juge. La motivation impose une mise à découvert des moyens du juge. Raymond Odent affirme en ce sens que « *motiver une décision, c'est indiquer et, par conséquent, faire connaître les considérations de fait ou de droit sur le fondement desquels cette décision a été prise et qui ont entraîné la conviction du juge* »²⁰. La raison par contre n'a guère besoin d'être explicitement formulée. En cela, elle présente un caractère caché, puisque localisée dans le for intérieur du juge. Pour raison fondée, « *le droit laisse aux juges seuls avec leur conscience, qui constitue le fondement de la décision et se confond avec elle, à la fois omniprésente et invisible car, à l'inverse de la motivation juridique, le cheminement intérieur de la pensée juridique n'apparaît pas dans le jugement* »²¹. Nonobstant, par-delà cette différence notoire, la raison et la motivation conjugueraient une certaine connexité. Celle-ci pourrait reposer sur l'idée de moyens ou de raisons, inscrite dans le jugement en guise d'éléments constitutifs d'une motivation. Cette dernière éclairée comme tel, l'on pourrait y voir exposer la raison du juge. Il n'en est rien. Le recours aux termes *moyens* ou *raisons* ici évoqués sont utilisés dans un sens spécifique. Ils se comprennent en tant que *raison suffisante*, comme « *arguments destinés à prouver qu'on a raison* »²², autrement dit, que l'on est fondé à dire ce que l'on avance comme proposition. Leur agencement est articulé selon des exigences dont le dessein est d'asseoir la conviction. L'ordonnancement ainsi dégagé se pare des attributs de la technique juridique, qui manifestement, n'éclairent

19 Y. DONZALAZ, « La technique de rédaction des jugements au regard des finalités de la motivation », *ACCPUF*, Bulletin n° 3, avril 2019, pp. 73-88 (spéc., p. 73).

20 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, p. 749. Cité par M. CHATEAU-GRINE, *La motivation des décisions du juge administratif*, Thèse – Université de Nantes, 2018, p. 16.

21 A. AKAM AKAM, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *op. cit.*, p. 30.

22 Voir l'entrée (« Raison ») in : A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Puf, 2006, p.

pas forcément sur la politique juridique défendue²³. La motivation repose par conséquent sur un raisonnement, entendu comme « *activité ou démarche intellectuelle discursive du juriste destinée à interpréter les normes d'un ordonnancement juridique positif donné, pour fonder et justifier sa décision* »²⁴. La raison du juge transparait à travers un décodage de ce que le juge entend par ce qui est juste. En effet, « *c'est bien dans son for intérieur que se trouve l'idée qu'il se fait du juste et qu'il entend voir transparaitre dans sa décision* »²⁵. Répondre à cette délicate sollicitation nécessite un certain talent, puisque « *[l]'acte de juger se conjugue avec l'art de juger qui seul peut éviter au juge de tomber dans la tentation d'une justice discrétionnaire* »²⁶. Tel un orfèvre, la raison nivèle, ajuste, corrige ce que le juge a comme donnée, pour en faire une œuvre légitime. Le juge s'y emploie en se référant par un calibrage qui répond à un être social désirable, au sens du Professeur Dominique Rousseau²⁷. Pour saisir cette raison du juge, il importe donc de dépasser la simple logique argumentative peinte par l'évolution de la pensée discursive du juge, pour harponner la cause fondamentale qu'il défend. Tel un navire qui tangue et se laisse drainer par des eaux avertis sur un rivage rassurant, il faut se laisser bercer par le discours du juge, et en déceler, par les moyens qu'il présente, ce qu'il définit comme ancrage de sa décision. En voie de conséquence, la raison du juge se comprend comme l'ensemble des motifs juridiques ou les mobiles de conscience auxquels le juge se réfère pour rendre sa décision.

23 Le Professeur Gérard Cornu précise utilement en ce sens que « *[s]i la détermination des résultats à atteindre relève de ce que l'on peut appeler la politique juridique, les méthodes qui y conduisent sont du domaine de la technique juridique* ». De cet auteur, *Méthodologie juridique*, Paris, Puf, 2001, p. 20.

24 H. P. P., « *Raisonnement juridique* » in : A.-J. ARNAUD, J. G. BELLEY, J. A. CARTY et alii, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 500.

25 A. AKAM AKAM, « *La loi et la conscience dans l'office du juge* », op. cit., p. 13.

26 *Ibid.*, p. 28.

27 D. ROUSSEAU, « *Question de constitution* », *Le nouveau constitutionnalisme Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 2-30 (spéc., p.15-1).

Parler du juge constitutionnel africain, c'est reconnaître les effets induits de la mondialisation du droit, qui véhiculent des principes et valeurs peu ou prou supposés universels. Envisagé selon différentes consonances qui traduisent un même référentiel²⁸, l'organe constitutionnel se comprend comme le gardien de la Constitution. Au regard de ses attributions, il assure la suprématie de la constitution, rôle assumé à travers le contrôle de constitutionnalité des lois. Par cet office, il participe au renforcement et à la modification de la démocratie. Il actionne des leviers qui visent à assurer l'équilibre des institutions par son rôle régulateur. En Afrique, l'attrait pour la justice constitutionnelle constitue un fait marquant, irrigué par la troisième vague du constitutionnalisme. L'on a ainsi pu observer que « *l'irruption du juge dans les équilibres constitutionnels et dans le débat politique africain fait figure d'heureuse nouveauté à mettre en rapport avec la volonté de promouvoir l'Etat de droit* »²⁹. Le régime de fonctionnement des instances constitutionnelles africaines répond à des modèles assez disparates. Les approches concentrées sont les plus courues, avec des aménagements plus ou moins prononcées.

28 Le juge constitutionnel portera le nom de Conseil constitutionnel, Cour constitutionnel, Juridiction constitutionnel, Haute Cour.

29 A. CABANIS et J. L. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Paris, PUR-Bruylant, 2010, p. 158.

Si certaines réduisent l'opportunité de saisine du juge constitutionnel à des autorités régulièrement définies³⁰, d'autres par contre offrent cette prérogative, sous certaines conditions aux citoyens, par le truchement des recours individuels³¹, à l'instar de l'approche ouverte par la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) en France³².

Au vrai, le juge constitutionnel est devenu un artisan de premier ordre dans la vie institutionnelle des Etats africains. L'autorité de ses décisions à une « aura » significative, à telle enseigne qu'elle donne une configuration ajustée du système politique en présence. L'intervention du juge se mesure à l'aune de deux principales diligences : celle consultative, notamment en matière électorale et référendaire, et celle contentieuse, dans le cadre des conflits intéressant la constitutionnalité des lois, ou les attributions des institutions. Telles sont d'ailleurs les foyers gestatifs de la raison du juge constitutionnel africain.

Les indices qui permettent de saisir la raison du juge constitutionnel africain présentent un caractère pour le moins fugace. L'on pourrait se limiter à indiquer que le juge n'a pour repère que la Constitution, puisqu'il en est d'ailleurs le gardien. Dans ce sens, la décision du juge constitutionnel serait uniquement guidée par des principes transcrits dans la Constitution. Ici, le principe de juridicité, au sens

30 M. NGUELE ABADA, « L'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire post guerre : l'exemple camerounais », *Palabres africaines*, 2010, pp. 47-90.

31 G. AïVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *RBSJA*, n° 69, 2017, pp. 173-209.

32 La « question prioritaire de constitutionnalité » est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative. La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Avant la réforme, il n'était pas possible de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Désormais, les justiciables jouissent de ce droit en vertu de l'article 61-1 de la Constitution. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-07/LA%20QPC%20en%20questions_0.pdf

du Professeur Charles Eisenmann est simplement établi³³. Seulement, ainsi que l'a précisé le juge constitutionnel français à ses débuts, la Constitution se comprend comme « *un système dont l'empire s'étend au-delà des normes strictement constitutionnelles* »³⁴. Confortant cette lecture, le Doyen Hauriou suggère que « *l'esprit de la constitution constitue en soi la limite véritable du pouvoir d'interprétation du juge, particulièrement dans un système de droit écrit* »³⁵. Cette convenance est d'autant plus avérée, que les sociétés africaines présentent une expérience juridique dont la solution requise serait alambiquée, si elle se restreignait à une décision empreinte de pur juridisme. C'est la raison qui donne au juge les outils nécessaires pour rendre une décision juste. En ce sens, Pierre Drai écrit : « *dans la réalité, le juge (...) ne peut plus se contenter d'une simple déduction logique à partir des textes légaux ou de faits établis. Il ne doit plus se considérer comme satisfait s'il a pu motiver sa décision d'une façon acceptable. Il lui faut se surpasser et rechercher si cette décision sera tenue pour juste ou, du moins, raisonnable, et en plus acceptable pour les parties* »³⁶. Fort de ce qui précède, **quelles sont les considérations qui déterminent le juge à décider ? En d'autres termes, quels sont les éléments de fait ou de droit sur lesquels le juge s'appuie pour décider ?**

Les éléments d'appui à la décision du juge constitutionnel africain se construisent autour des référents d'ordre systémique, lesquels s'érigent en piliers de l'équilibre des institutions. Le juge constitutionnel opère un savant maillage du discours de l'Etat de droit signifié par une commune aspiration de l'ensemble des lois fondamentales, rendu par les actes constitutifs. Mais le juge constitutionnel est aussi une instance secrétée par un système

33

34 S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions » in : *L'esprit des institutions L'équilibre des pouvoirs Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, 2003, pp. 376-390 (spéc., p. 388).

35 *ibid.*, p. 389.

36 Cité par A. AKAM AKAM, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *op. cit.*, p. 31.

dont il se porte lui-même le garant, au regard de la nature de ses attributions. Il ne doit donc pas être désincarné de sa société. Pour assouvir son besoin de justice dans cette disposition singulière, sa raison doit l'aider à ajuster sa décision dans un sens qui conforte régularité et assentiment, au risque de porter atteinte à l'ordre public. Ce qui est pour le moins certains, la raison du juge fera prévaloir son enchantement, voire sa sacralisation en ce que ses décisions laissent imaginer une oasis dans un système en quête d'affirmation libérale. La raison du juge fait donc nourrir tant d'espoirs et d'attentes. Cette attention pourtant n'est pas sans conséquence sur le périmètre³⁷ du champ d'expression du juge qui, en tout état de cause, est tenue en bride par les sensibles enjeux que revêt sa charge. Il ne faudrait pas que sa raison le pousse à en faire moins, ou trop³⁸. La décision du juge constitutionnel doit en effet être en phase avec l'état du droit, tout comme il doit être un corollaire de l'ancrage de l'Etat de droit dans la société. La discussion envisagée se veut donc positive, teintée de dialectique. La raison du juge constitutionnel en Afrique renseigne d'une double détente. L'une convie à une raison d'autorité (I). L'autre renseigne d'une raison de nécessité (II).

I- La raison d'autorité

La raison d'autorité est celle qui donne force obligatoire aux sources juridiques que sont la constitution, la loi, les précédents judiciaires, les opinions de la doctrine, ou l'interprétation juridictionnelle³⁹. Sous le prisme de l'Etat de droit, deux attributs essentiels soutiennent cette vocation de la raison. L'Etat est moulé et encadré par des normes juridiques à portée libérale. Davantage, il revient au juge de s'en assurer l'effectif exercice. Sous cet angle, l'office du juge

37 N. MEDE, « Le périmètre de la décision de constitutionnalité en droit positif béninois », *RBSJA*, n° 39, 2017, pp. 55-98.

38 D. GNAMOU, « La Cour constitutionnel du Bénin en fait-elle trop ? », F. J. AÏVO (dir.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 Mélanges en l'honneur de Maurice Ahahanzo Glélé*, 2014, l'harmattan, pp. 687-717.

39 Lire utilement J. L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Puf, 2001, p. 150.

n'est pas de créer la norme ; il la constate. L'expérience du juge constitutionnel africain autorise à voir dans cette raison d'autorité du juge, un fondement concret d'assujettissement aux normes édictées, à l'aune des aménagements qui régulent son office. A cet égard, la technique usitée par le juge ne doit pas laisser perdre de vue qu'il poursuit un objectif qui se dessine subrepticement, et à peine voilée, dans sa ligne discursive. La raison d'autorité met en exergue d'une part les motifs tirés de la lettre du droit (A) et d'autre part les motifs tirés de l'esprit du droit (B).

A- Les motifs tirés de la lettre du droit

Le sens de la Constitution s'opère à l'aune d'un travail d'interprétation opéré par son juge attitré, le juge constitutionnel. Le Professeur Théodore Holo ne dit pas autre chose lorsqu'il souligne que « *la justice constitutionnelle s'entend d'une fonction ayant pour but d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles, mais non exclusivement par les pouvoirs publics* »⁴⁰. L'instrument premier auquel il recourt est nécessaire le texte constitutionnel, où sont portés des énoncés qui constituent les indices premiers sur lesquels il se fonde pour rendre sa décision. La lettre de la Constitution, compris comme produit de ce processus interprétatif souvent complexe, s'entend de la mesure d'ordre à travers laquelle le juge va faire respecter le droit⁴¹. Cette mesure d'ordre a pour soubassement le motif juridique, la raison qui incite le juge à prendre position dans sa décision⁴². Au regard de la pratique de la justice constitutionnelle enregistrée en Afrique, deux typologies de motifs sont ici soulignées.

40 T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle au Bénin », *RFDC*, vol. 3, n° 99, 2014, p. 716.

41 Le Professeur François Luchaire note que « [I]a rigueur qu'impose au juge constitutionnel une mission qui le fait juge de la loi l'oblige d'abord et avant tout à une analyse minutieuse des textes pour en dégager la norme qu'il appliquera ensuite au cas qui lui est soumis ». Voir de cet auteur, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDJ*, 1981, pp. 275-329 (spéc., p. 288-289).

42 Le Professeur BABAKAR KANTE relève dans ce sens que l'interprétation littérale de la constitution est celle privilégiée par les juges constitutionnels africains. Voir de cet auteur, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la constitution : l'exemple de l'Afrique occidentale francophone », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *L'interprétation de la constitution*, op. cit., pp. 156-165. (spéc., p. 159).

Le premier d'ordre général, vise à assurer la suprématie de la constitution (1). La seconde se déploie de manière dense, et renseigne des motifs spécifiques, qui participent à conforter l'Etat de droit (2).

1- Le motif général défini par la suprématie de la constitution

La garantie de la suprématie de la Constitution se présente comme le motif premier des attributions dévolues au Conseil constitutionnel. Pour ce faire, le juge s'y emploie par différents procédés qui ont comme point d'attache le texte constitutionnel. Mais la manœuvre n'est pas toujours évidente.

De manière classique, le juge procède de manière directe, par l'exploitation opportune d'un contrôle défini à travers les contours du principe de juridicité que sont l'exigence de conformité⁴³ et de compatibilité. Toutefois, le juge constitutionnel africain recourt de plus en plus à des techniques plus discrètes, en actant notamment les réserves d'interprétation.

Concernant l'exigeant respect de la Constitution sur le fondement des contours de la juridicité des actes posés, le juge constitutionnel africain se positionne en gardien de la Constitution, face aux atteintes qui proviennent, aussi bien de l'ordre international, que de l'ordre interne. La lettre des constitutions africaines reconnaît le principe de l'autonomie constitutionnelle des Etats. Il revient au juge constitutionnel de se prononcer sur la compatibilité d'une norme internationale avec la Constitution, avant son entrée en vigueur dans l'ordre interne. En cas de non compatibilité, le juge exigera une préalable révision de la constitution par souci de conformité à

43 Pour Charles Eisenmann, « [...] on doit entendre par inconstitutionnalité, et on ne peut entendre par là que la conformité à une disposition expresse de la Constitution : contrôler la constitutionnalité, c'est uniquement vérifier qu'une règle quelconque ne déroge pas irrégulièrement à la constitution ». Voir de cet auteur, Cité par Louis FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », in : Paul AMSELECK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, PUAM, pp. 85 - 101 (spéc. p. 90).

ladite norme internationale, avant sa réception dans l'ordre juridique interne. A l'ère du régionalisme, la garantie de la suprématie de la constitution est souvent mise en cause, et c'est opportunément au juge constitutionnel qu'il revient de préciser le terme de la régularité. C'est qui ressort de l'affaire Akakpo Assignon Kokda contre Ordre des Avocats du Togo⁴⁴. Saisi par exception d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel togolais devait se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions du décret d'application d'une ordonnance relative à profession d'avocat, sur lequel s'était fondé l'Ordre des Avocats par Arrêté, pour rejeter la demande d'un candidat. Aux dires de la Haute juridiction, le point décisif du différend est manifestement la portée de la Règlement communautaire relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'Avocat dans l'espace UEMOA. Le juge dit pour droit que : « *Considérant que dans l'ordre juridique des Etats membres d'une organisation d'intégration économique régionale, le Règlement est supérieur aux lois ordinaires et aux autres dispositions nationales infra-législatives ; que le Règlement est en dessous de la Constitution et, de manière générale, à l'ensemble du bloc de constitutionnalité et des traités; qu'il en résulte que les dispositions nationales contraires se situant dans le champ du Règlement sont de droit abrogées à l'exception des droits fondamentaux remis en cause par ledit Règlement* »⁴⁵. Dans cette affaire, le juge précise la suprématie de la Constitution sur le Règlement communautaire, ainsi que la place de ce dernier par rapport au bloc de constitutionnalité et des normes législatives.

Mais la situation est parfois plus sensible, notamment lorsque l'Etat se trouve dans une situation de crise. Malgré la présence d'un tel contexte, la Constitution reste en vigueur, tout comme l'est son protecteur juridictionnel. Le juge constitutionnel ivoirien a témoigné de son adresse lors de crise survenue en 2006. En effet, à la suite de

44 DECISION N°C-003/20 DU 13 MAI 2020.

45 Par. 8, *ibid.*

la Résolution n° 1721 émise par le Conseil de Paix et de Sécurité des Nations Unies relative à la Côte d'Ivoire, le Président de la République avait saisi la Haute institution à l'effet de se prononcer sur la Conformité de ladite Résolution à la Constitution. Le motif suffisant sur lequel le juge constitutionnel se fonde est celui de la défense du « *nationalisme constitutionnel* »⁴⁶. Le juge dit pour droit que « [...] *l'application intégrale de la Résolution créerait, inéluctablement, à la place du régime présidentiel ivoirien, un régime politique ne se rattachant à aucun modèle connu, un véritable régime politique sui generis, alors qu'aucune disposition de la Charte des Nations Unies, fondement juridique des décisions et résolutions, n'autorise les organes de l'Organisation, y compris le Conseil de paix et de sécurité, même agissant en vertu du chapitre 6 de la Charte, à attenter à la Constitution, aux Institutions, à l'organisation politique et sociale, au régime politique d'un Etat membre de l'Organisation* »⁴⁷.

En droit interne, le juge constitutionnel africain ne ménage aucun effort à l'effet de garantir la suprématie de la Constitution. La manœuvre qu'il épouse repose sur une tonalité assez dynamique. En fonction des situations envisagées, la conformité à la constitution sera diversement appréciée. La rigueur interprétative du constitutionnel africain a en l'occurrence été soulignée dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la loi relative à la « réconciliation nationale » à Madagascar⁴⁸. Au nombre des points de la loi soumise au contrôle, figurait celui du statut « *le Conseil du Fampihavanana Malagasy, en tant qu'organe constitutionnel (a) rang d'institution de l'Etat* »⁴⁹, créé par ladite loi. Se fondant sur la lettre des dispositions pertinentes de l'article 40 de la Constitution Malgache qui énumère restrictivement

46 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Paris, Bruylant, 2009, p. 305.

47 *Ibid.*, p. 298-299.

48 Décision n°10-HCC/D3 de la Haute Cour Constitutionnelle concernant la loi n°2016-037 relative à la Réconciliation nationale. Accessible par le lien : <https://www.derechos.org>

49 Par. 21, *ibid.*

les organes constitutionnels, et la Haute juridiction en déduit qu'il s'agit d'une nouvelle catégorie d'institution de l'Etat⁵⁰. Aussi, le juge rend une position univoque. Il dit pour droit qu'il « il n'est pas loisible au législateur de modifier une énumération commise par la Constitution de manière exclusive et limitative, celle-ci étant d'interprétation stricte ; qu'en conséquence, l'indication par l'article 2 de la loi que le Conseil du Fampihavanana Malagasy dispose du « rang d'institution de l'Etat » n'est pas conforme à la Constitution, et doit être extirpée des dispositions de l'article 2 de la loi ; qu'il en est de même de la première phrase de l'article 24 qui dispose que « Le Président du Conseil du Fampihavanana Malagasy occupe le rang protocolaire d'un Chef d'institution » »⁵¹. Pourtant, en d'autres circonstances, l'inviolabilité de constitution est assurée, mais de manière plus flexible. Pour cause, le juge se réfère à des principes qui augurent une approche plus souple, sans remettre en cause la clause constitutionnelle. Sous cet angle, le juge fait sienne l'interprétation par contexte, en actant notamment l'approche qui voudrait que « les dispositions d'un article doivent être interprétées en tenant compte d'un autre article »⁵². C'est ce qui ressort de l'économie de la décision du juge constitutionnel nigérien, saisi régulièrement par des parlementaires, au sujet des entraves portées à l'exercice de leur droit constitutionnel, celui du contrôle en matière financière, en se référant à l'article 133 de la Constitution⁵³. Le souci rencontré par les parlementaires était celui du non-respect des délais de dépôt de la loi de finances au niveau de la Chambre, tel que précisément défini par la loi organique de la loi de finances. D'après les dires des parlementaires, cette situation gênante est de nature à mettre en mal son exploitation judiciaire, par l'infirmité du temps d'un contrôle de qualité. Le juge n'a pas fait droit à ce moyen.

50 Par. 22, *ibid.*

51 Par. 23, *ibid.*

52 F. LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 296.

53 ARRET N° 03/CC/MC DU 25 OCTOBRE 2021.

Pour sa part, le juge constate que la loi organique relative à la loi de finances prévoit d'autres dispositions opportunes à travers lesquelles les députés peuvent exercer leur droit de contrôle⁵⁴.

A l'instar des autres juges, le juge constitutionnel africain n'a pas manqué de faire siens des procédés empreints de subtilité, à l'effet de garantir la suprématie de la Constitution. Il s'agit en tout état de cause de la réserve d'interprétation. Pour les Professeurs Armel Le Divillec et Michel De Villiers, l'on a affaire à une « *technique utilisée par le Conseil constitutionnel en contrôle de la constitutionnalité des lois, qui lui permet d'éviter de déclarer l'inconstitutionnalité d'une disposition, soit en éliminant une interprétation possible qui serait contraire à la constitution (« réserve dite neutralisante ») soit en donnant l'interprétation qui permet de déclarer la conformité à la constitution (« réserve dite constructive »)* »⁵⁵. Ainsi qu'il est loisible de s'en apercevoir, la réserve d'interprétation comprend deux principaux visages⁵⁶, la réserve dite neutralisante et la réserve dite constructive. L'exploitation de ces réserves présente un caractère fécond dans la justice constitutionnelle africaine. La Cour constitutionnelle du Gabon voit dans la réserve neutralisante un moyen de « (...) censurer une loi soumise à son contrôle alors même que celle-ci comporte des niches d'inconstitutionnalité. Elle va a contrario proposer au législateur une nouvelle rédaction des dispositions critiquées de la loi contrôlée »⁵⁷.

Pour ce qui est de l'interprétation constructive, le juge constitutionnel gabonais souligne qu'« elle permet à la Cour de compléter les dispositions d'une loi afin de ne pas les déclarer non conformes

54 *Ibid.*

55 Voir l'entrée (« Réserve d'interprétation ») in : A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., Paris, Sirey, 2017, p. 328.

56 Le juge constitutionnel français fait également recours aux réserves « directives » : le juge rappelle aux autorités chargées d'appliquer la loi le respect des exigences constitutionnelles. *Ibid.*

57 https://cdn.acf-francophonie.org/2019/03/Lausanne-questionnaire_Gabon.pdf

à la Constitution. La Cour, dans ce cas, va sauver la loi soumise à son contrôle, soit en ajoutant des dispositions devant la rendre conforme à la Constitution, soit en faisant en sorte qu'une disposition produise davantage de sens et soit plus précise »⁵⁸. Les juridictions constitutionnelles africaines font régulièrement recours à cette technique. La Cour constitutionnelle du Bénin a elle aussi eu l'occasion de recourir à cette technique. C'est dans ce sens que saisie du contrôle de la constitutionnalité de la loi portant Code de la famille, le juge n'a pas hésité à proposer des directives rédactionnelles de certains articles, pour assurer leur conformité à la constitution⁵⁹. Dans le cas d'espèce, la pratique des réserves neutralisantes se présente comme une attribution incidente du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Il ne s'agit pas d'une attribution sollicitée dans la requête de saisine. L'on peut donc croire que c'est par hardiesse que le juge officie dans ce sens, évitant au passage les effets indésirables d'une loi comportant des mentions inconstitutionnelles regrettables. Mais à côté du motif premier qui vise à assurer la suprématie de la constitution selon un volet direct, il importe également de noter la présence des motifs spécifiques dont l'objet est d'affermir l'Etat de droit. A leur manière, ils participent à un contrôle incident de sauvegarde de la supériorité de la constitution.

2- Les motifs spécifiques traduisant l'affermissement de l'Etat de droit

En dehors d'assurer la suprématie de la constitution de manière directe, le juge constitutionnel est également amené à faire respecter des normes qui, en raison de leur aménagement, intègrent le « bloc de constitutionnalité »⁶⁰. L'évocation de la Constitution par les parties au différend constitue généralement un prétexte pour faire appel à ces normes d'obédience libérale, à l'effet de susciter la conviction du juge.

58 *Ibid.*

59 Décision DCC 02-144du 23 décembre 2002.

60 ARRET N° 02/CC/MC DU 22 JUILLET 2021.

Il s'agit des instruments internationaux sur lesquels les requérants se fondent pour faire défendre leur droit. Dans sa fonction de dire le droit, le juge constitutionnel africain fait souvent preuve de maîtrise. Sa raison l'aide notamment à faire prévaloir la justice, en disposant de la prétention due lorsque l'opportunité s'en trouve fondée. La hardiesse du juge constitutionnel nigérien a ainsi été signifiée selon cette convenance dans son arrêt du 22 juillet 2021⁶¹. L'un des points de discussion soulevé par le requérant était la violation à un procès équitable et l'atteinte à la présomption d'innocence. Pour soutenir sa prétention, le mis en cause se référait aux instruments internationaux pertinents ratifiés par l'Etat du Niger, notamment les articles 10 et 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Dans sa justice, le juge commence par reconnaître que « *Que ces instruments juridiques régionaux et internationaux de protection et de promotion des droits humains font désormais partie du bloc de constitutionnalité au Niger* »⁶². Tout en actant ce préalable, le juge note néanmoins que « *qu'il appartient au législateur, conformément à l'article 100 de la Constitution sus rappelé, de déterminer les principes fondamentaux de régime pénitentiaire et donc de fixer les conditions et les modalités d'exécution des mesures privatives de liberté dans le respect de la dignité humaine et des limites inhérentes à la détention, mesure exceptionnelle et limitée dans le temps par essence, eu égard à la gravité des faits et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité, s'agissant de personne inculpée* », pour ne pas faire prévaloir les prétentions avancées. Au regard de ce qui précède, le mobile défendu est certainement la défense de la dignité humaine, dans le respect du cadre légitime défini par la constitution.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*, p. 5.

Cette lecture est également partagée par le juge constitutionnel malgache, relativement à la loi de « réconciliation nationale », affaire suscitée⁶³. Un autre point objet d'attention dans ce cet avis requis de la Haute instance était la constitutionnalité de l'amnistie prévue par ladite loi. Le juge constitutionnel Malgache n'a pas simplement entériné sa régularité sur la base de sa seule conformité à la constitution. Il a d'abord dû se rassurer de ce que la teneur des instruments internationaux dument ratifiés : notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par l'Etat malgache le 21 juin 1971 ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 que l'Etat malgache a ratifié le 13 décembre 2005. C'est seulement sur la base de ces mesures de précaution qui autorisent un couloir d'exercice de l'amnistie que l'instance constitutionnelle en arrive à considérer que « (...) *les exclusions du bénéfice de l'amnistie de l'article 47 de la loi n°2016-037 participent à la consolidation et à l'accomplissement du respect du principe de non-régression des valeurs constitutionnelles et de celui du non-retour sur l'acquis juridique de l'Etat de droit démocratique, tel que ceux-ci sont énoncés par l'Avis n°02-HCC/AV du 13 juin 2015 sur l'application simultanée des articles 103 et 131 de la Constitution, et dont la Cour de céans est le garant; que ces exclusions du bénéfice de l'amnistie de l'article 47 de la loi n°2016-037 ne méconnaissent aucune règle de valeur constitutionnelle* »⁶⁴. L'on peut donc utilement indiquer qu'en se référant à la lettre du texte, à travers des techniques d'interprétation opérantes, le juge érige des arguments d'autorités qui emportent conviction chez les parties, toute chose qui contribue à asseoir sa légitimité dans le système politique. Mais au-delà de la simple exploitation de la lettre du texte, le juge constitutionnel se montre parfois plus entreprenant. Ses motifs sont aussi tirés de l'esprit du droit.

63 Décision n°10-HCC/D3 de la Haute Cour Constitutionnelle concernant la loi n°2016-037 relative à la Réconciliation nationale.

64 *Ibid.* § 38.

B- Les motifs tirés de l'esprit du droit

L'intérêt de rechercher l'esprit du droit s'impose par utilité impérieuse. En effet, ainsi que Jean Louis Bergel le souligne, « *l'on ne peut ignorer l'esprit chaque fois que les mots le trahissent ou, par inadéquation ou contradiction, ne suffisent pas exprimer une solution sure* »⁶⁵. Le juge constitutionnel africain intègre parfaitement cette exigence de bonne sagesse dans ses décisions. Les motifs juridiques tirés de l'exploitation de la norme constitutionnelle convient à une approche signifiée par découverte de l'esprit (1), laquelle est rendue manifeste à travers les visages de cet esprit (2).

1- La découverte de l'esprit

Des motifs dégagés par le juge constitutionnel africain, transparaissent les traits caractéristiques d'un explorateur qui trouve satisfaction en décelant des mystères qui assouvissent sa soif de curiosité. Le juge n'a de cesse de rechercher des approches qui visent à soutenir le motif juridique en soutien à sa décision. En bon droit, il n'est pas muselé par la matière constitutionnelle. Pour raison fondée, « *le juge constitutionnel rencontre (...) des notions ou même des règles juridiques que les juridictions judiciaires ou administratives ont, elles aussi à définir ou à interpréter* »⁶⁶. Plusieurs techniques sont ainsi mises à contribution pour déceler l'esprit de la loi. De manière fréquente, le juge recourt au raisonnement dialectique. Cette forme de raisonnement consiste, « *non à procéder par déduction contraignante à partir de règles préalablement établies, mais sous forme de débat, en utilisant tous les moyens de persuasion et de conviction, de critique et de justification des diverses thèses probables, par un accord aussi large que probable des opinions confrontées* »⁶⁷.

65 Il faut également relever que « *rechercher l'esprit d'une règle de droit, ce n'est pas seulement rechercher l'intention de son auteur ; c'est aussi se référer à l'esprit de l'institution dont elle dépend, à celui de l'ordre juridique auquel elle se rattache et à celui du droit tout entier* ».

De cet auteur, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 276.

66 F. LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », op. cit., p. 396.

67 J. L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 161.

Contrairement à la découverte de la lettre du droit où le juge se base sur le principe de la théorie de l'acte clair et opère un contrôle de juridicité, la découverte de l'esprit requiert un sens plus affiné de la réflexion. Le juge se trouve dans l'impossibilité d'évoquer directement la norme constitutionnelle. Dès lors, il fait généralement appel à la technique de la *présomption d'un principe acquis pour déduire la convenance qui prévaut pour l'application d'une norme constitutionnelle*. A titre illustratif, le juge constitutionnel béninois se fonde sur une présomption irréfragable, notamment celui les *options fondamentales de la Conférence des Forces Vives* pour assurer l'exigence de l'impérieux respect de la Constitution⁶⁸. En d'autres circonstances, l'esprit du droit se déduit d'un *raisonnement performatif, à travers la construction d'un argument in pari materia*⁶⁹. Cet argument « énonce que l'on peut découvrir le sens d'un terme en recourant aux lois connexes »⁷⁰. Pour ce faire, le juge extirpe une clause à portée générale de la constitution, pour lui donner un contenu opérant, à l'effet de réguler de manière consensuelle une institution. C'est ce qu'a observé le juge constitutionnel béninois qui a su saisir l'esprit de l'idée de l'Etat de droit, de la démocratie pluraliste et la garantie du droit des minorités, pour en déceler une portée concrète dans le différend relatif à la désignation des députés au niveau de la Haute Cour de Justice⁷¹. A son bénéfice, le juge constitutionnel africain arrive à *déjouer les effets induits de l'argument de la pente glissante* souvent signifiés devant son prétoire. Cet argument « *vise à empêcher une décision de justice, l'adoption d'une loi ou toute autre décision juridique ou politique (décision A) en indiquant le fait que si ladite décision était validée, elle rendrait plus aisé le passage à*

68 DECISION DCC 14-156 DU 19 AOÛT 2014.

69 Lire utilement S. GÖLZBERG, *L'argumentation juridique, op. cit.*, p. 49.

70 *Ibid.*

71 DECISION DCC 09-002DU 08 JANVIER 2009.

une autre décision ou situation présentée comme manifestement peu souhaitable »⁷².

Le cas Malgache lié à la Résolution relative à la destitution du Président de la République Hery Rajaonarimampianina illustre à suffire cet état de lieux⁷³. Dans cette affaire, le juge déconstruit point par point, les prétentions présentées par les requérants, selon une logique de bon sens. Sur la base des techniques usitées par le juge constitutionnel africain, se dégage une certaine physionomie des éléments principaux sur lequel il fonde sa décision, définissant ainsi les visages de l'esprit.

2- Les visages de l'esprit

Les visages de l'esprit traduisent les motifs, non explicitement formulés dans l'acte constituant, mais qui transparaissent comme des principes suffisants nécessitant une protection juridique renforcée. Ces derniers intègrent la catégorie des normes non écrites⁷⁴. Une *somma divisio* est proposée par le Professeur Eric Ngango Youmbi, qui distingue les principes à valeur constitutionnel, des principes généraux de droit. Parmi les principes à valeur constitutionnelle, l'on note les principes liés à la démocratie et les principes liés à l'ordre constitutionnel⁷⁵. Les premiers regroupent le principe de la représentation proportionnelle, le principe de transparence. Les seconds sont constitués du consensus national et le principe de paix et d'unité nationale. Pour ce qui est des principes généraux de droit⁷⁶, l'on recense les principes empruntés aux branches du droit privé, notamment le principe *affirmanti incumbit probatio*, le principe

72 Lire utilement S. GÖLZBERG, *op. cit.*, p. 55.

73 DECISION N° 24-HCC/D3 DU 12 JUIN 2015.

74 Dans ce sens, voir utilement E. M. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n° 6, 2018, pp. 1705-1736 ; E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *op. cit.*

75 *Ibid.*, pp. 1713-1717.

76 *Ibid.* pp. 1717-1721.

de la réparation, les principes *error non facit jus*, *fraus omnia corrumpit* et le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège.

A côté de cette catégorie se rattachent les principes empruntés aux autres branches du droit public⁷⁷. Intègrent cette catégorie, le principe du parallélisme des normes, le principe *audi alteram partem/ audiatur et altera pars*, le principe de sursis à exécution des textes portant risque de préjudice difficilement réparable. Sans parer à l'exhaustivité, ces différents principes s'imposent comme des lumineux qui éclairent la conscience du juge. Ils constituent des indicateurs qui aident à soutenir le caractère vraisemblable de ses décisions. Au vrai, le juge ne les invente pas. Il s'approprie des principes connus et appréciés comme modèles obligeants du commerce juridique, dégagés de toutes les branches du droit. Le juge regarde ce qui a coutume de s'ériger comme clause régulatrice des rapports sociaux au niveau des prétoires des juridictions de droit commun, et s'en inspire pour irriguer une justice consensuelle, revêtant du même coup une valeur légitime à ses décisions. Ces principes déclinés proviennent dès lors du sens d'une justice, que traduit la constitution à travers le *pactum subjectoris*, au sens du Professeur Stéphane Pierré-Caps⁷⁸. C'est dans la substance de ces principes que se balise le consentement coutumier, un tréfonds coutumier, qui fonde son existence et tend aussi à justifier sa pérennité⁷⁹. Le juge constitutionnel africain se présente ainsi comme le témoin et le défenseur de la cause nationale. Il ne pourrait en être autrement car, « l'esprit de la constitution constitue en soi la limite véritable du pouvoir d'interprétation du juge, particulièrement dans un système de droit écrit »⁸⁰. La consonance de ces motifs reste donc compatible à l'idée de droit véhiculée dans le corps social, ce qui n'a rien d'exceptionnel, d'où l'assentiment dont est revêtu les décisions.

77 *Ibid.* pp. 1717-1725.

78 S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions » *op. cit.*, p. 386.

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*, p. 389.

A travers ces motifs ainsi déclinés, la raison d'autorité se conçoit comme le lit douillet sur lequel le juge constitutionnel africain se fonde pour rendre ses décisions. La théorie juridique s'impose comme le canal dont se sert le juge pour donner cause et légitimité à son office. Mais se limiter à cette seule enseigne présente une portée limitée. Les situations rencontrées par le juge l'obligent très souvent à recourir à la raison de nécessité.

II-La raison de nécessité

Le Professeur Gérard Cornu note « *qu'un raisonnement purement logique et formellement correct peut conduire à des conclusions absurdes, injustes et impraticables* »⁸¹. À l'évidence, le juge est censé justifier du caractère équitable, opportun et socialement utile de ses constructions⁸². Le juge se trouve ici confronté à une épineuse question : dans l'impossibilité d'appliquer toute la rigueur de la constitution, quelle juste solution s'impose à lui pour satisfaire les parties en présence et *a fortiori* la société ? Voici qui étale la limite de la théorie juridique, car, ainsi que le précise Otto Pfersmann « *une telle réflexion relève au mieux de la philosophie morale et politique et d'un point de vue plus descriptif et formel, de la théorie de la décision ou des choix rationnels* »⁸³. En fonction des certaines situations non prédéterminées, le juge n'aura d'autre choix que de quérir la solution qu'il trouvera nécessaire. Dans ces circonstances, le mobile, entendu comme « *but poursuivi, considération décisive dans sa pensée (son intention) qui en matière contractuelle constitue la cause impulsive et déterminante* »⁸⁴, sera modulé par la spécificité et l'opportunité du cas envisagé. Cette raison de nécessité met en présence les mobiles sociopolitiques (A) et les mobiles relatifs à la culture constitutionnelle (B).

81 G. CORNU, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 152-153.

82 M. FABRE-MAGNAN, « L'argumentation en droit », *Que sais-je ?* 2014, pp. 76-82.

83 OTTO PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître L'interprétation de la constitution » in : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., pp. 33- 60 (spéc., p. 53-53).

84 Voir l'entrée (« Mobile ») in : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1414.

A- Les mobiles sociopolitiques

Le juge constitutionnel africain ne peut se défaire de l'environnement sociopolitique dans lequel il se meut. Une décision constitutionnelle empreinte de justice ne l'est pas forcément parce qu'elle est frappée du sceau de la conformité juridique. Elle doit l'être également parce qu'elle dégageant la défense d'une cause plus grande que le droit. Aussi, l'emprise du politique dans les décisions du juge constitutionnel participe d'une convenance raisonnable (1), tout comme l'irréductible fibre sociale (2).

1- L'emprise du politique dans les décisions du juge constitutionnel

A l'abord de certaines décisions du juge constitutionnel africain, grande serait la stupéfaction de leur teneur, en raison des motifs déclinés. En cheminant sur le terrain mouvant mais nécessaire des rapports qu'entretiennent le politique et le juge constitutionnel africain, l'observateur sera rapidement épris d'une gêne, au regard du fort soupçon d'une relation incestueuse. Du point de vue statutaire, l'on relèvera le devoir d'allégeance du juge constitutionnel au politique, en guise de gratitude⁸⁵. Les liens sont parfois si tenus qu'en certaines circonstances, des justiciables en sont venus à remarquer la présence des juges qui, malgré leur désignation, continuaient à être membre du parti politique proche du pouvoir⁸⁶. Cette incongruité pour le moins singulier est de nature à ombrager la présence des garanties liées à la durée du mandat, lesquelles doivent pourtant constituer un justificatif d'objectivité aux décisions émises.

85 M. N. ABADA, « L'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire post guerre froide : l'exemple camerounais », *op. cit.*

86 Au nombre des affaires qui ont émaillées le contentieux électoral relatif aux dernières élections présidentielles au Cameroun, l'on se souvient des prétentions et arguments du candidat malheureux Maurice Kamto qui récusait les membres du Conseil constitutionnel, faisant observer la présence de certains membres qui étaient encore membre du Comité Central du RDPC (ci-après : Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais, né à la Conférence de Bamenda en 1985), parti proche du Pouvoir, dont le Président de la République, Paul Biya est le Président fondateur.

Mais cette adresse caricaturale doit être nuancée. La discréditation du juge constitutionnel par la politisation de son office n'est pas nouvelle. La question s'est posée en France. Elle fait penser à cette observation de Bernard Chenot, ancien membre du Conseil constitutionnel qui confesse lors d'un colloque tenu à Aix-en-Provence « [j]e n'ai jamais pensé une seule seconde que le Conseil constitutionnel fut un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et les fonctions qu'il remplit »⁸⁷. Ici, il a été observé que l'opposition entre organe politique et organe juridictionnel du reste, repose sur un fondement assez fragile. Pourtant, le dépassement de cette nature politique est rapidement levé, dans la mesure où ce qui importe au fond reste l'objet de l'office du juge constitutionnel. L'on notera donc avec Jean Marc Février que la distinction sur la nature de l'organe recouvre celle relative à l'étendue de ses prérogatives⁸⁸, et surtout, l'objet de son office. L'on sera davantage moins regardant sur la technique rédactionnelle, où le défi de l'argumentation s'illustre souvent par un mutisme dénoncé⁸⁹. Le juge constitutionnel africain est souvent plus contraint par des objectifs hautement plus délicats, dont la rigueur de l'explication serait paradoxalement contreproductive.

De l'exposé sinueux mais habile des mobiles du juge constitutionnel africain, se dégage un entrain pour la préservation d'un intérêt bien plus grand que l'écriture de la constitution. C'est dire qu'en certaines circonstances, la responsabilité politique du juge s'en trouve considérablement affirmée, à telle enseigne qu'il a conscience que de sa décision dépend la survie du système. Cet enjeu se dégage de la

87 Cité par D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8e éd., Paris, Montchrestien (« coll. Droit public »), 544 pp., p. 178.

88 J. M. FEVRIER, « Réflexions sur une controverse doctrinale (la nature du Conseil constitutionnel en question) », *RRJ*, 1998-2, pp. 609-625, (spéc., p. 616).

89 Ambroise ADANDEDJAN l'affirme en toute franchise : « *Il est patent que, le juge constitutionnel africain ait perpétué la tradition classique de l'« affirmation » au détriment de l'argumentation en tant que mode opératoire du pédagogue. En fait, les propositions qui servent de prémisses au syllogisme judiciaire, sont ainsi tenues pour vraies dans le raisonnement du juge sans qu'il ait besoin de le démontrer.* », A. M. ADANDEDJAN, « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone », *Inédit*, p. 23.

position singulière adoptée par juge constitutionnel ivoirien, à la suite du scrutin présidentiel de 2010⁹⁰. Tout part de la proclamation des résultats provisoires du second tour de l'élection par la Commission Electorale Indépendante, qui désigne M Alassane Ouattara vainqueur du scrutin. Le 28 novembre 2010, le Conseil constitutionnel déclare Laurent Gbagbo vainqueur du scrutin présidentiel. Le 3 décembre 2010, le Représentant Spécial des Nations Unies en Côte d'Ivoire certifie les résultats provisoires des élections du second tour de la CEI, qui désignent M Alassane Ouattara vainqueur. Le 28 novembre survient une crise. S'en suivent les interventions de la CEDEAO et de l'Union Afrique qui, d'après leurs expertises, déclarent M. Alassane Ouattara vainqueur de l'élection. Cette position est entérinée par suite par le Conseil constitutionnel. La décision du Conseil constitutionnel ivoirien interpelle sur deux faits majeurs. Le premier trait à considérer est la contestation des résultats proclamés par l'émissaire des Nations Unies en Côte d'Ivoire, alors que le juge constitutionnel avait déjà prononcé sa décision⁹¹. Le second élément à tenir est certainement la position univoque des intervenants extérieurs, en faveur du candidat Alassane Ouattara, sans ménagement de la condition du Conseil constitutionnel, qui s'en trouve discréditée en fin de compte⁹². Au final, en raison des facteurs accusés, notamment la crise et l'intervention de l'organisation communautaire sous-régionale (CEDEAO) et régionale (Union Africaine), le mobile du juge constitutionnel ivoirien est davantage celui de l'apaisement, du retour à l'ordre constitutionnel.

90 DECISION N° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 04 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire in fine ; <http://www.conseil-constitutionnel.ci/sites/default/files/13630019321.pdf>

91 D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », RFDC, 2013/3, n°95, pp 611-638

92 S. DOUMBIA, « Le Conseil constitutionnel ivoirien, un juge électoral entre contraintes politiques et exigences constitutionnelles : essai d'analyse de la Décision n°CI-2011-EP-036/04/CC/SG du 04 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire » - Afrilex, février 2013, titre du fascicule : Afrilex. URL : <http://afrilex.ubordeaux4.fr/le-conseil-constitutionnel.html> ; E. H. MBODJ, « Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? », in Espaces du service public: Mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson, Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 2014, p. 1420

Dans une autre espèce, le juge constitutionnel agit de manière préventive, en désamorçant une crise pouvant survenir. C'est d'ailleurs ce qui ressort de deux décisions d'envergure du juge constitutionnel béninois. Dans la première décision, en raison des dysfonctionnements observés dans la régulation des activités qui président au cheminement du processus électoral à travers la production la liste électorale permanente informatisée à jour, le juge n'a pas manqué d'enjoindre l'organisme responsable de produire ladite liste dans les délais impartis, et de définir en imposant au Président de la République, un calendrier vraisemblable de convocation du corps électoral⁹³. L'autre décision, aussi significative, est celle à travers laquelle le juge constitutionnel se donne le rôle d'avant-gardiste de la stabilité et de la préservation des institutions. Sur la base des propos avancés par un Ministre béninois sur une chaîne de communication relative au possible exercice d'un troisième mandat du Président Boni Yayi, le juge constitutionnel n'a pas hésité à présenter le caractère inconstitutionnel de telles allégations, sur la base des dispositions pertinentes de la constitution et des conclusions des assises nationales⁹⁴. Ces quelques cas illustrent à suffire, l'imbrication de la raison du juge constitutionnel dans la régulation du jeu politique, qui à travers des mobiles conséquents, en arrive à réguler les rapports dans le sens de la préservation d'un climat social de cohésion et d'entente. Dans le même sens, le citoyen se trouve parfois délaissé, face aux difficultés d'atteinte des objectifs sociaux définies dans la constitution. Tel un objecteur de conscience, les mobiles du juge constitutionnel s'imprègnent d'un réalisme qui manifestement, invite à voir une justice non désincarnée. L'irréductible fibre sociale témoigne de cette nécessaire aspiration.

93 DECISION DCC 14-156 DU 19 AOÛT 2014 <https://courconstitutionnellebenin.bj/old/upload/decision/DCC14-156.pdf>

94 DECISION DCC 15-001 DU 09 JANVIER 2015 <https://courconstitutionnellebenin.bj/old/upload/decision/DCC15-001.pdf>

2- L'irréductible fibre sociale

Le juge constitutionnel africain est régulièrement confronté à une sérieuse difficulté opératoire, face à certains défis d'ordre social. Les constitutions africaines constituent le terreau de l'énonciation solennelle des droits économiques et sociaux d'envergure. La constitutionnalisation de ces droits tient à leur proclamation dans les préambules des constitutions, ces dernières renvoyant à des instruments internationaux. De la sorte, ces droits constitutionnalisés intègrent « le bloc de constitutionnalité ». Ces droits ainsi définis, il appartient au juge constitutionnel, de s'assurer de l'effectif bénéfice desdits droits. Seulement, ces droits s'inscrivent davantage dans ce qu'il est convenu d'appeler la constitution programme⁹⁵.

Les niveaux de développement des Etats ne permettent manifestement pas de réaliser dans l'immédiat, l'effectif bénéfice desdits droits. C'est en cela que Gilles Badet dit de ces droits qu'ils sont « *partiellement victime de leur nature* »⁹⁶. Entre l'énoncé idéal prôné par la norme constitutionnelle et les données d'ordre socioéconomique qui manifestement décrivent un schéma pour le moins compromettant, il n'a d'autre choix que de jouer sur la fibre du raisonnable. Dans certaines circonstances, c'est le justiciable lui-même, à travers le réalisme de ses prétentions, qui lui donne matière à assouplir la rigueur de l'application de la norme constitutionnelle. L'on prend note de cette décision du juge constitutionnel nigérien sur son point relatif à la violation du droit au maintien des liens

95 La « Constitution programme » expose l'idée selon laquelle la constitution, norme fondamentale de l'État, peut déceler un certain nombre de dispositions dont l'application est reportée. Elle invite ainsi à constater la présence de dispositions effectivement appliquées, à côté de celles ayant un statut transitoire. À partir du moment où l'exercice transitoire de la constitution brille par une certaine permanence, force est d'y déduire un certain confort de la part des gouvernants au *statut quo*, lequel se traduit par des pratiques constitutionnelles loin d'être dépourvues d'angélisme. Cette manipulation de l'instrument constitutionnel sous-tend une nette différenciation entre la constitution réelle décrite par F. LASSALE, ou constitution vivante, concept cher à M. POLIDORI, à côté des constitutions virtuelles. Voir V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Puf, 2004, pp. 186-187

96 G. BADET, « Les droits économiques, sociaux et culturels devant les juridictions constitutionnelles : cas du Bénin », *op. cit.*, p. 432.

familiaux avec le détenu⁹⁷. Pour faire constater la constitutionnalité du lieu de la garde à vue incriminé par le détenu, le juge fait savoir que « [c]onsidérant qu'en tout état de cause, l'Ensemble des Règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (encore appelées Règles Nelson Mandela) invoqué par le requérant, a pris le soin d'indiquer dans sa deuxième observation préliminaire, qu'« **il est évident que toutes les règles ne peuvent pas être appliquées en tout lieu et en tout temps, étant donné la grande variété des conditions juridiques, sociales, économiques et géographiques que l'on rencontre dans le monde. Elles devraient cependant servir à susciter une action de longue haleine pour surmonter les difficultés pratiques que présente leur application, en ayant à l'esprit le fait qu'elles représentent, dans leur ensemble, les conditions minima qui sont jugées acceptables par les Nations Unies...** »⁹⁸. Concernant le droit à l'alimentation et à l'eau potable, dans une décision DCC 12-124, le juge constitutionnel béninois relève que « le droit à l'alimentation et à l'eau potable fait partie de ces droits fondamentaux ; (...) l'Etat ne peut couvrir l'intégralité d'un tel droit-créance opposable à l'Etat (...) toutefois, l'Etat peut couvrir l'intégralité d'un tel droit que dans la progressivité d'une politique donnée comprenant une contrepartie à supporter par tout bénéficiaire »⁹⁹. Pour ce qui est du droit au travail, dans une décision DCC 14-143 du 17 juillet 2014, le même juge béninois souligne que « le droit du travail s'analyse comme une obligation de moyen, et non de résultat pour l'Etat »¹⁰⁰. L'irréductible fibre sociale influence le juge constitutionnel qui se voit obliger d'adapter sa décision à l'évolution socioéconomique de la société. Les mobiles relatifs à la culture constitutionnelle rentrent dans le même chapitre.

97 ARRET N° 02/CC/MC DU 22 JUILLET 2021. Décision disponible par le lien : http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/arrets/matiere_constitutionnelle/2021/arret_n_002_21_cc_mc.pdf

98 *Ibid.*, p. 7.

99 *Ibid.*

100 *ibid.*

B- Les mobiles relatifs à la culture constitutionnelle

Considérant les contraintes qui peuvent affecter l'interprétation du juge constitutionnel, « *il y a un espace d'investigation peu exploré où interviennent le thème de la formation, notamment académique des magistrats (et de la profondeur de son empreinte), le thème de la représentation qu'ont ces magistrats de leur rôle social, le thème des croyances de tous les ordres dont ils sont porteurs (...)* »¹⁰¹. Ces considérations confortent l'idée d'une justice constitutionnelle faisant corps avec une culture du droit. Les sociétés africaines sont considérablement marquées par le poids d'une culture séculaire. Cette convenance suscite des mobiles pour lesquels le juge se sent tenu pour répondre au mieux aux sollicitations de son environnement. La prise en compte de ce paramètre doit être considérée, à travers notamment la forte consonance du poids des référents traditionnels (1). C'est aussi sans ignorer que dans un contexte innervé par des valeurs libérales, le juge constitutionnel africain se retrouve dans un conflit de conscience. Les répercussions sont nettement observables à cet égard (2).

1- La consonance des référents traditionnels

La prise en compte du poids des chefferies traditionnelles dans au sein de l'Etat moderne a été affirmée par le juge constitutionnel sud-africain à travers une décision rendue le 6 septembre 1996. Pour le Professeur Luc Sindjoun, « *il en découle un dépassement des fausses dichotomies tradition modernité, république-chefferie traditionnelle* »¹⁰². Dans l'un des ces considérants majeurs, le juge précise ce qui suit: “*In the framework of Constitutional principles as whole Constitutional Principle XIII acknowledges the existence, as part of the South African community of three elements of traditional African society with noteworthy and continuing cultural relevance.*

101 D. De BECHILLON, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », *op. cit.*, p. 32.

102 De cet auteur, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op. cit.*, p. 172.

These are institutions of traditional leadership, customary law and at the provincial level, traditional monarchy. In a purely republican democracy, in which no differentiation of status on grounds of birth is recognize”¹⁰³. Cette prise en compte des consonances traditionnelles africaines par le juge constitutionnel africain est nul doute, le trait distinctif de la marque d’un droit constitutionnel authentique. Pour autant, le juge se trouve être confronté à un jeu d’équilibre, entre la stabilité des situations traditionnelles acquises, et l’option d’une constitution tournée vers des principes et valeurs novatrices, qui sont parfois peu conciliants avec les droits traditionnels.

2- L’épreuve de la stabilité de la culture traditionnelle

Dans différentes affaires, le juge constitutionnel africain a dû se positionner sur l’état du droit, malmené entre une tendance évolutionniste, en phase avec les principes de l’Etat moderne, tel que décliné dans la lettre de la constitution, et l’état de l’héritage d’une culture traditionnelle, souvent engluée dans le fétichisme de la loi. La culture constitutionnelle en Afrique étant par essence plus sensible à la condition de l’homme, le juge fait preuve d’hardiesse pour reconnaître une place affirmée à la femme. C’est sur le terrain de l’égalité que la conquête des droits des femmes s’avère couronner de succès. Concernant notamment le port du nom de la femme mariée, le juge constitutionnel congolais a fait observer, au sujet d’une disposition discriminatoire du projet de Code de la famille que « *cette discrimination ne permet pas à la femme de conserver son nom de jeune fille à l’instar du mari. Elle est donc contraire à la constitution. En outre, elle pas en harmonie avec les dispositions contenues à l’article 26 de la constitution (...). Le mariage ne devant pas faire perdre l’identité à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille* »¹⁰⁴.

103 *Ibid.*, 175.

104 DCC 02-144 du 23 décembre 2002.

Le terrain de la polygamie constitue également un domaine dans lequel l'égalité de sexe a pu s'affirmer, au profit de la gente féminine. Le juge constitutionnel béninois étant péremptoire sur la question. L'on ne saurait non plus occulter cette décision du juge constitutionnel sud-africain qui s'est fondé sur la protection de l'égalité contre la parité, en faisant droit à la participation des homosexuels aux joutes électorales¹⁰⁵.

En dépit de ces avancées, il y a des domaines où le juge se trouve être quelque peu réticent à ériger une jurisprudence révolutionnaire. L'invocation du principe de l'égalité comme exutoire au renforcement du nivelage des droits entre les hommes et les femmes n'est pas toujours assortie d'un franc succès devant le juge. Manifestement, le juge se rend peu ou prou complice d'une lecture contextuellement ambiante du poids des cultures, exposant ainsi sa décision au courroux de la vindicte de la critique. C'est le cas en l'occurrence, pour ce qui est de l'adultère. En effet, maugréant de baser sur le principe de l'égalité des sexes, « *la Cour constitutionnelle [du Congo] part du constat que l'adultère de l'homme n'existe pas dans le droit positif congolais avant de trouver une justification : le choix souverain du législateur d'ignorer l'adultère de l'homme est basé sur « l'objectif général de recherche de la stabilité des ménages »* »¹⁰⁶. Au Bénin, le juge dépénalise simplement cette infraction. Pour le Professeur Ibrahim David Salami, « *cette justification de la discrimination envers la femme dans un domaine aussi sensible que celui de l'adultère est le net reflet du conservatisme machiste en ce qu'elle fait porter la responsabilité de la survie des ménages sur la femme et seulement la femme. Les hommes, candidats incorrigibles à la polygamie de fait ou de droit sont dédouanés* »¹⁰⁷.

105 AFFAIRE N°1/C/007, in : L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op. cit.*, p. 430-431.

106 I. D. SALAMI, « Exception d'inconstitutionnalité et principe d'égalité au Bénin et au Congo », *op. cit.*

107 *Ibid.*

Pour ainsi dire, la stabilité des droits traditionnels par le juge constitutionnel africain reste une épopée encore bien longue.

CONCLUSION

La raison du juge constitutionnel en Afrique, à l'instar des autres juges ordinaires, s'aiguise à l'aune de la nature et du genre des différends qui se présentent à lui. Celle-ci transparait insidieusement dans ses motivations, mais s'affirme comme le moyen à travers lequel s'affirme l'idée de droit qu'il entend défendre. Du travail d'interprète du juge se dégagent les contours d'une raison définie par les enjeux de l'autorité et de la nécessité. Il se décline ainsi une lutte de conscience, entre le besoin d'assurer les vertus de la démocratie et de l'Etat de droit, et celui d'un besoin de pragmatisme, en tenant compte des données comptables du niveau d'évolution politique, économique, culturelle de la société. Les visages de l'expression de son office sont assez variés. En certaines circonstances, le timbre de l'exercice de ses attributions est celui de la *désillusion*¹⁰⁸, l'hyperbole du *malheur*¹⁰⁹ de sa justice est même avancée. Ailleurs, il est relevé qu'il en fait à juste titre¹¹⁰, et peut être un peu trop¹¹¹. Toujours est-il, ainsi que l'indique le professeur Babakar Kanté, « *les opinions publiques africaines souhaiteraient sans doute qu'elles soient plus constructives* » surtout en matière de droits et libertés, alors que leur démarche reste encore « *fondamentaliste* ». La « *juridicisation* » de la politique ne se fait donc dans ces conditions que très lentement en Afrique noire francophone »¹¹².

108 E. M. NGANGO YOUNBI, « Le nouveau Conseil constitutionnel camerounais : la grande désillusion », *RDP*, n° 5, 2019, pp. 1380-1424.

109 C. MOMO F., « Heurs et malheurs de la justice constitutionnelle au Cameroun », *Politéa*, n° 8, 2005, pp. 23-44.

110 D. KOROKORO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques : le cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, juin 2007, pp. 87-128.

111 D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin, en fait-elle trop ? », *op. cit.*

112 De cet auteur, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », *op. cit.*, p. 159.

LA FONCTION CONSTITUANTE DANS LES PROCESSUS DE SORTIE DE CRISE EN AFRIQUE

Thierry S. BIDOUZO

*Docteur en droit public Université d'Abomey-Calavi (Bénin) /
Université d'Aix-Marseille (France),
Secrétaire général de la Haute cour de justice.*

L'univers crisuel change de nature, notamment en Afrique depuis le nouveau décor international et le réagencement géopolitique¹ opéré par la fin de la bipolarité. Libérée de la guerre froide, l'Afrique est (re)devenue « actrice de son histoire. Tous les placages idéologiques et politiques qui lui avaient été imposés depuis des décennies volèrent alors en éclats et le continent s'embrasa. Durant la décennie 2000-2010, 70% des décisions de l'ONU et 45% des séances du Conseil de sécurité furent consacrées aux conflits africains »². En effet, « chaque rupture, chaque révolution, qu'elles soient politiques, géopolitiques, économiques, sociales, intellectuelles, spirituelles ou industrielles, ont pour effet immédiat de changer la nature de la guerre, de modifier notre rapport à la guerre, de transformer la relation inextricable et complexe entre l'action politique et l'action militaire, avec comme corollaire de nous dévoiler le nouveau visage de la guerre, autrement dit celui des acteurs qui la mènent sur le terrain, qu'il s'agisse des armées régulières ou des irréguliers qui ferrailent âprement dans l'espoir de gagner pouvoir, reconnaissance et légitimité politique »³. Et la grande

1 A. Blin, « Groupes armés et conflits intra-étatiques : à l'aube d'une nouvelle ère ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 93, 2011/2, p. 43.

2 B. Lugan, *Les guerres d'Afrique. Des origines à nos jours*, Paris, Editions du Rocher, 2013, p. 6.

3 A. Blin, « Groupes armés et conflits intra-étatiques : à l'aube d'une nouvelle ère ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, *op. cit.*, p. 26.

majorité des crises depuis 1990 sont infra-étatiques. Elles résultent généralement d'un « échec de l'Etat, de sa faiblesse, de son incapacité à s'affirmer, de son manque de légitimité, de son inaptitude à faire face à la décomposition sociale »⁴.

Dès lors, « la gestion des crises [étant] synonyme de survie »⁵, l'action des organisations régionales devient nécessaire⁶.

Mais, « la souveraineté [demeurant] l'horizon indépassable du droit international »⁷, les interventions des acteurs régionaux pour le rétablissement de la paix et de la stabilité, peuvent être délicates. Si l'Union africaine s'appuie notamment⁸ sur la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (CADEG)⁹, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest¹⁰, elle, se réfère principalement au Protocole sur la démocratie et la gouvernance, additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de paix et de la sécurité¹¹. Mais plus largement, les deux organisations

4 B. Badie, « Guerres d'hier et d'aujourd'hui », in B. Badie, D. Vidal (Sous dir.), *Nouvelles guerres. L'état du monde 2015*, Paris, La Découverte, 2014, p. 15.

5 P. S. Ndiaye, *Entre contraintes et bonnes intentions : Les difficultés des organisations internationales africaines dans le domaine du maintien de la paix. L'exemple de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) en Côte d'Ivoire et ailleurs (Libéria, Sierra Leone, Guinée Bissau) de 1990 à 2003*, Thèse de droit international, Université d'Ottawa, 2011, p. 20.

6 V. P. Tavernier, « Les organisations internationales et les changements anticonstitutionnels », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 29-36.

7 S. Sur, *Les dynamiques du droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 24.

8 On peut aussi mentionner la Déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement, AHG/Decl. 5 (XXXVI) (2000) [Déclaration de Lomé de 2000] ; l'Acte constitutif de l'Union africaine, 11 juillet 2000, Doc off AG OUA, 36^e sess (entrée en vigueur : 26 mai 2001) [Acte constitutif] ; le Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, 9 juillet 2002, Doc off OUA, 1^{ère} sess (entrée en vigueur : 26 décembre 2003) [Protocole CPS].

9 Adoptée le 30 janvier 2007, entrée en vigueur le 15 février 2012.

10 V. N. Kridis, « La CEDEAO et les changements anticonstitutionnels », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, op. cit., pp. 53-60.

11 Signé à Dakar le 21 décembre 2001.

légalisent leurs actions à travers les résolutions du Conseil de sécurité¹², qui considère depuis le début des années 1990 les troubles internes, en l'occurrence les atteintes à la démocratie, comme une menace à la paix et à la sécurité régionales et internationales¹³. Sans doute, les interventions internationales dans les transitions constitutionnelles se heurtent bien souvent au sacro-saint principe de la souveraineté des Etats et à ses implications. Certains mandats peuvent être assez larges, empiétant ainsi sur le domaine de compétence de l'Etat en cause. « Surtout les mandats contemporains, après l'expérience désastreuse des Balkans puis de l'Afrique centrale, n'hésitent plus à incorporer des missions très « intrusives » ou très ambitieuses dans la vie politique et sociale des communautés qui émergent, (...) ». La « vague de démocratisation » (...) s'est imposée à travers le renversement de deux obstacles de principe : le principe d'autonomie constitutionnelle, élément constitutif de la souveraineté étatique ; l'obligation pour les organisations internationales de respecter le « domaine réservé » des Etats (article 2, paragraphe 7, de la Charte) »¹⁴.

Les interventions multilatérales, en vue du maintien de la paix et de la résolution des conflits, posent ainsi aux Organisations internationales, universelles, régionales ou sous-régionales, de nombreuses difficultés. En effet, de telles interventions sont susceptibles de remettre en cause la « fonction constituante »¹⁵, ainsi que « l'autonomie constitutionnelle »¹⁶ et « l'autonomie législative »¹⁷ d'un Etat. De même, « l'intégrité territoriale de l'Etat, l'exclusivité

12 Lire, M.-S. Berger, « La contribution du Conseil de sécurité à la prévention et à la gestion des changements anticonstitutionnels », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international, op. cit.*, pp. 37-44.

13 Lire, R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 170 p.

14 P. Daillier, « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *RCADI*, vol. 314, 2004, pp. 267-268.

15 *Ibid.*, p. 280.

16 *Ibid.*, p. 283.

17 *Ibid.*

du recours à la force sur son territoire, les compétences de l'Etat en matière de sécurité, de développement économique, d'organisation des juridictions nationales, d'organisation de l'appareil répressif, de conduite de ses relations diplomatiques »¹⁸, etc. sont tout autant remises en cause.

Ce qui ferait alors sens, sera la façon dont le droit secrété par un ordre communautaire ou international nourrit le cadre constitutionnel interne d'un Etat (I), et inversement, la façon dont ce cadre assimile et intègre les dispositions d'origine communautaire ou internationale pour le fonctionnement des institutions étatiques (II). Le droit provenant d'un « autre », de la « communauté »¹⁹, remplirait ainsi une fonction de droit interne²⁰.

I- L'ŒUVRE PRECONSTITUANTE INTERNATIONALE

La Constitution est un « document référentiel, (...) régulateur [des] désordres politiques »²¹. Seulement, parfois, et souvent en Afrique, les « désordres » ont raison d'elle. Elle n'est donc pas à l'abri des crises. Crise de la Constitution²² si elle est instrumentalisée ; si elle est secouée et soumise à des révisions inopportunes et « intempestives »²³. « Constitution de crise »²⁴ si elle porte en elle les germes de la violence ; si elle devient un « nid

18 *Ibid.*, pp. 284-292.

19 L. Fontaine, « La dynamique constitutionnelle en Europe. Critique de l'hypothèse d'un mouvement descendant entre droit conventionnel et droit constitutionnel national », www.juridicas.unam.mx/wcecl/ponencias/15/276.pdf.

20 Lire, L. Missibah Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, Thèse de doctorat de l'université Nancy-II, 20 décembre 2007.

21 P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 5.

22 V. F. J. Aïvo, « La crise de normativité de la constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, pp. 141-180.

23 V. D. L., Tehindranarivelo, « Les sanctions de l'Union Africaine contre les coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement : potentialités et mesures de renforcement », *African Yearbook of International Law*, vol. 12, 2004, pp. 255-308.

24 Lire, E. Ologou, *Les violences électorales dans les nouveaux systèmes politiques africains. Sociologie historique comparée des cas du Bénin et de la Côte d'Ivoire*, Thèse de science politique, Université d'Abomey-Calavi, 2019.

à contentieux »²⁵. Dans l'un ou l'autre cas – crise de la constitution, constitution de crise -, peuvent survenir des conflits armés internes. Menace à la paix et à la sécurité régionales et internationales.

Dès lors, les organisations internationales s'autorisent à intervenir. Pour partager aux nations souffrant d'un athéisme démocratique, la « bonne nouvelle » (A) au moyen d'un « messianisme constitutionnel »²⁶ (B).

A-La « bonne nouvelle » démocratique

La démocratie serait le moins mauvais des systèmes politiques. Elle a « acquis une certaine réputation universelle en tant que forme légitime en soi de gouvernement des hommes »²⁷. Il est vrai, elle appelle des critiques - positives et négatives²⁸- qui s'usent avec le temps²⁹. Peut-être bien qu'il faut la rebâtir ou la refonder³⁰. Dans tous les cas, même si la démocratie n'est pas la « chose du monde la mieux partagée »³¹, toujours est-il qu'elle demeure le mode de gouvernement le plus prisé. « Seul un gouvernement démocratique est bon, (...) la seule valeur politique est la démocratie »³². De la sorte, elle suscite de plus en plus l'intérêt du droit international et des organisations internationales, universelles (1) comme régionales et sous-régionales (2).

25 A. Agbo, *Droit international et règlement des crises constitutionnelles en Afrique noire francophone*, Thèse de droit public, Université Jean Moulin, Lyon 3, 598 p., spéc. p. 51.

26 I. M. Fall, *Evolution constitutionnelle du Sénégal. De la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Dakar, Paris, Credila, Karthala, 2009, p. 105.

27 Cf. L. Diamond, *The spirit of democracy, the struggle to build free societies throughout the world*, New York, Henry Holt and Company, 2008, pp. 17 et ss. Cité par A. Soma, « Sur le principe d'une obligation des Etats africains de se « démocratiser » : éléments de droit constitutionnel et de droit international public », *Annuaire africain de droit international*, 2010, p. 374.

28 V. B. Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 2, 2009, pp. 5-26.

29 V. Z. Laïdi, « La fin du moment démocratique », *Le Débat*, n° 150, mai-août 2008, pp. 52-63.

30 D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, 235 p.

31 R. Descartes, *Discours de la méthode*, (1637), Présentation et dossier, par L. Renault, Paris, Flammarion, 2000, p. 29.

32 S. Laghmani, *La volonté est-elle encore au fondement du droit international ?*, Cours général, Cours euro-méditerranéens de Bancaja, 2008, p. 2.

1- Au niveau universel

On est bien loin de la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Elle consacre l'autonomie constitutionnelle des Etats : « Chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel »³³. De même, on est tout autant loin de l'avis de la Cour internationale de justice du 16 octobre 1975 dans l'affaire du Sahara occidental. Dans cette affaire, la CIJ a estimé qu' « aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde »³⁴. Cette « indifférence traditionnelle du droit international à l'égard de la forme politique des Etats »³⁵ est atténuée. Elle est devenue perméable au fil du temps.

Portée par les organisations internationales, l'ONU notamment, la démocratie est aujourd'hui perçue comme le régime politique idéal. Le discours sur les droits de l'homme y est pour beaucoup. A la chute du Mur de Berlin ainsi que celle de la rivalité idéologique qui avait près d'un demi-siècle durant opposé les démocraties libérales aux démocraties populaires, l'ONU s'est progressivement départie des principes d'autonomie constitutionnelle et d'équivalence des régimes politiques qu'elle s'était appliquée à observer. Les notions de droits de l'homme, de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes liées à celle de démocratie entrent dans le langage de l'organisation. Pour preuve, dans son discours d'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en juin 1993, M. Boutros Boutros-Ghali, déclarait que : « Cet impératif [de démocratisation] s'impose progressivement à la conscience internationale. Le processus de

33 AG-ONU, Résolution 2625, Point (e), 24 octobre 1970.

34 CIJ, Avis du 16 octobre 1975, p. 43.

35 S. Dombé-Billé, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'ouest », in F. Mélin-Soucramanien (Sous dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1 (Droit d'ailleurs), Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, février 2014, p. 214.

démocratisation est, dans mon esprit, indissociable de la protection des droits de l'homme. Plus précisément, la démocratie constitue le projet politique dans lequel doit s'inscrire la garantie des droits de l'homme »³⁶. Aujourd'hui, il ne fait aucun doute, « la promotion des idéaux démocratiques (...) constitue désormais un des buts essentiels de l'Organisation »³⁷. On peut déduire implicitement ce but de la Charte de l'organisation universelle car, le terme « démocratie » n'y est pas expressément mentionné. « Pour en avoir fait le moyen de réalisation de certains des objectifs de l'organisation qu'elle a instituée, la Charte des Nations unies peut être considérée comme le texte de base de la démocratie en droit international »³⁸. Dans le rang des instruments internationaux, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques est le premier qui, sans consacrer formellement la démocratie comme modèle d'organisation politique, y fait allusion. En consacrant le droit substantiel au suffrage, l'article 25 du Pacte introduit dans l'ordre international un droit de nature procédurale faisant de l'élection le seul et unique mode d'expression démocratique. Par une lecture extensive, il est possible d'affirmer que l'article 25 vide de son contenu le principe d'autonomie constitutionnelle des Etats ou au moins en limite l'exercice. Dans l'Observation générale n°25, il précise en effet que « Quel que soit le type de constitution ou de gouvernement adopté par un Etat, l'article 25 fait obligation aux Etats d'adopter les mesures d'ordre législatif ou autres qui peuvent être nécessaires pour que les citoyens aient la possibilité effective d'exercer les droits qu'il protège. L'article 25 appuie le régime démocratique fondé sur l'approbation du peuple et en conformité avec les principes du Pacte »³⁹.

36 Doc. A/CONF. 157/22 du 12 juillet 1993, p. 12.

37 L.-A. Sicilianos, *L'ONU et la démocratisation de l'Etat : systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, Pedone, 2000, p. 162.

38 D. Ouedraogo, *Démocratisation des Etats et garantie internationale des droits démocratiques essai sur une contribution des organisations internationales*, Thèse de doctorat, Droit, Université de Bordeaux, 2019, p. 72.

39 Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 7, Obs. gen. n° 25, 12 juillet 1996, §1.

De plus, la doctrine n'est pas du reste. Elle a en effet essayé de conceptualiser une certaine obligation internationale d'adoption d'un régime démocratique. Trois conceptions sont présentes. Les auteurs de la première ont développé une conceptualisation basée sur les droits de l'homme. Ils défendent ainsi l'existence d'un droit de participation politique, d'un droit à la gouvernance démocratique, ou d'un droit à des élections libres et honnêtes⁴⁰. Les auteurs de la deuxième conception ont quant à eux, appréhendé l'émergence de règles internationales relatives à la gouvernance démocratique par rapport à l'autodétermination interne, soutenant plutôt que l'autodétermination s'entend au-delà de l'interprétation classique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les situations de décolonisation⁴¹. Les auteurs de la troisième conception enfin, ont, plus simplement, mis en avant « l'existence d'une obligation internationale coutumière d'être démocratique sans qu'une telle obligation prenne la forme d'un droit de la personne humaine ou d'un élargissement du principe de l'autodétermination au-delà de la décolonisation »⁴².

Ainsi, aujourd'hui, le droit international est plus que jamais sensible à la démocratie, devenant même « gardien du respect [de sa] légitimité »⁴³. Depuis la Résolution 940⁴⁴, adoptée en 1994 par le Conseil de sécurité, l'atteinte à la démocratie dans un Etat constitue une « autorisation implicite » à l'intervention d'une organisation

40 Z. Laïdi, « Mondialisation et démocratie », *Politiques étrangères*, n°3 (2001), p. 603.

41 C. Charbonneau, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : un droit collectif à la démocratie ... et rien d'autre », *Revue québécoise de droit international*, (RQDI), 1996, vol. 9, p. 111.

42 J. d'Aspremont, « Emergence et déclin de la gouvernance démocratique en droit international », *Revue québécoise de droit international*, Vol. 22.2, 2009, pp. 58-90.

43 S. Doumbé-Billé, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'ouest », in F. Mélin-Soucramanien (Sous dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson op. cit.* p. 215.

44 Elle « autorise des Etats membres [de l'Onu] à constituer une force multinationale placée sous un commandement et un contrôle unifiés et à utiliser dans ce cadre tous les moyens nécessaires pour faciliter le départ d'Haïti des dirigeants militaires, (...) et le prompt retour du président légitimement élu, ainsi que pour instaurer un climat sûr et stable qui permette d'appliquer l'Accord de Governors Island ».

internationale⁴⁵. Par cette Résolution, le Conseil de sécurité avait décidé, pour la première fois, du recours à la force pour rétablir la démocratie dans un Etat, en l'occurrence Haïti. C'est l'acte déclencheur de l'essor du principe de la légitimité démocratique.

La consécration du principe de légitimité démocratique, même si elle n'est pas universelle, a suivi une évolution et se justifie assez largement. À titre illustratif, on peut citer un certain nombre de conventions internationales ou régionales qui mettent en exergue l'exigence démocratique comme condition *sine qua non* de l'application desdites conventions ou accords à l'image de la Convention ACP/UE signée le 23 juin 2000 à Cotonou (Bénin) avec à l'appui la « conditionnalité démocratique » de l'aide au développement si chère à l'Union européenne, appliquée, de façon discutable, par Fonds monétaire international ou la Banque mondiale⁴⁶.

Autant de preuves de la large diffusion de la « bonne nouvelle » démocratique ; quelles que soient les formes et les voies qu'elle emprunte, elle a gagné du terrain par sa décentralisation.

2- Au niveau communautaire

A la suite des entreprises engagées au niveau universel, le droit de la démocratie s'est régionalisé. L'organisation continentale africaine ainsi que les organisations sous-régionales ont récupéré la prêche de la « bonne nouvelle » démocratique. Pour sa part, même si la question démocratique ne semblait pas avoir été dans l'ordre des priorités de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), elle le deviendra par la suite. D'abord, son premier pas est à remonter à la consécration par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En consacrant le droit pour tous les citoyens de

45 Lire, H. Gueldich, « L'ingérence démocratique : Peut-on imposer la légitimité démocratique par la force armée ? », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, op. cit., pp. 115-124.

46 D. Kokoroko, « Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique », *Revue québécoise de droit international*, 2003, Vol. 16.1, pp.39-59.

« participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis [...] », l'organisation continentale pose les bases lointaines de la formalisation du droit à la démocratie. Avec le remplacement de l'OUA par la nouvelle UA, les questions relatives à l'intégration économique ou à la démocratie⁴⁷ prennent une tout autre ampleur. Dans l'Acte constitutif ayant consacré la succession de l'OUA par l'UA, les Etats membres affirmèrent dès le préambule leur engagement résolu « à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des peuples, à consolider les institutions et la culture démocratiques, à promouvoir la bonne gouvernance et l'Etat de droit »⁴⁸. En complément, l'article 30 de l'Acte constitutif ajoute que : « Les gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union ». C'est ensuite par le biais de la question des changements anticonstitutionnels que le droit de la démocratie a évolué. L'adoption le 30 janvier 2007 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (CADEG) avec pour objectif premier de « promouvoir l'adhésion de chaque Etat partie aux valeurs et principes universels de la démocratie et le respect des droits de l'homme » s'inscrit dans ce sens. Elle consacre les principes classiques relatifs au respect des droits de l'homme, de promotion de l'Etat de droit et de la démocratie et apporte des innovations majeures dans le régime juridique des changements anticonstitutionnels de gouvernement en tant que source première des crises de l'Afrique contemporaine.

La même démarche de promotion s'observe également au niveau des organisations sous-régionales d'intégration. L'exemple de la CEDEAO est assez illustratif. En effet, dès 1991, elle avait adopté une Déclaration de principes politiques dans laquelle elle déroule un plaidoyer en

47 A. Bourgi, « L'Union Africaine: entre les textes et la réalité », *AFRI*, 2004, vol. 5, p. 329.

48 Art. 3, Acte Constitutif de l'Union Africaine, Lomé, 11 juillet 2000.

faveur de la démocratie et de droits de l'homme⁴⁹ qui seront ensuite incorporés dans le traité de l'organisation lors de sa révision de 1993.

Très vite confrontée aux violentes crises politiques comme ce fut le cas au Liberia ou en Sierra Leone⁵⁰, la CEDEAO adopta en 1999 le Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité. En application de ce Protocole et conformément à l'article 58 de son traité révisé, la CEDEAO adopte en 2001, le protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance⁵¹. Premier texte du droit communautaire CEDEAO à consacrer la démocratie comme le modèle d'organisation des membres de la communauté.

En définitif, en droit international, la démocratie est ainsi devenue une exigence⁵², une obligation⁵³. « Cet avènement apparaît comme la manifestation d'un nouvel ordre des choses. Sans l'invalider totalement, du fait de la place encore centrale du principe de souveraineté, une atténuation du principe d'autonomie constitutionnelle semble de plus en plus envisageable »⁵⁴. Dès lors, la mise en œuvre interne de la démocratie est quelque peu encadrée par les normes internationales⁵⁵.

C'est pourquoi les organisations internationales, universelles et régionales, veillent, en Afrique et ailleurs, à la protection de la légitimité démocratique et se déploient pour son rétablissement.

49 E. K. Quashigah, « Les droits de l'homme et l'intégration », In R.P. Lavergne (dir.), *Intégration et coopération régionales en Afrique de l'Ouest*, Paris, Ottawa, Karthala, CRDI, 1996, p. 2.

50 S. Szurek, « Sierra Leone : un Etat en attente de « paix durable ». La Communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest », *AFDI*, 2000, pp. 176- 201.

51 Protocole A/SP1/12/10 sur la démocratie et la bonne gouvernance, Dakar, 2001.

52 Cf. Z. Ayari, *L'exigence démocratique en droit international*, Mémoire de Master 2 recherche en droit international public, Lyon 3, 2012.

53 A. Soma, « Sur le principe d'une obligation des Etats africains de se « démocratiser » : éléments de droit constitutionnel et de droit international public », *op. cit.*

54 S. Doumbé-Billé, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'ouest », *op. cit.*, p. 215.

55 Cf. A.-L. Cassard-Valembos, F. Malhiere (Sous dir.), *Droit international et démocratie*, Paris, MA Editions, 2015, 166 p.

Le salut démocratique passe bien souvent par le retour ou le recours à l'ordre constitutionnel.

B- Le messianisme constitutionnel

Aussi bien le pouvoir constituant que les pouvoirs constitués subissent l'influence du droit international sur le droit constitutionnel des Etats en proie à des « séismes constitutionnels ». Le pouvoir constituant se trouve « encadré par le droit international qui parfois impose aux Etats un modèle d'organisation et dicte l'écriture des normes constitutionnelles »⁵⁶. En effet, les crises politiques en Afrique sont toujours des crises de la Constitution, secouée, violentée⁵⁷ et soumise à rudes épreuves⁵⁸. La sortie de crise coïncide généralement avec l'autorité retrouvée de la Constitution, qui est l'aboutissement d'un processus relativement long. L'acte premier de ce processus commence par une réprobation internationale retentissante du fait a-démocratique (1). Il se prolonge ensuite par le déploiement de procédés devant conduire au retour à l'ordre constitutionnel (2).

1- Le classicisme de la réprobation commune

A la récurrence des atteintes à la démocratie constitutionnelle correspond aujourd'hui une réaction de la communauté internationale, devenue des plus classiques. La réprobation quasi-unanime des crises de constitutionnalité est désormais proverbiale.

En effet, la survenance d'une crise de légitimité démocratique dans un Etat suscite presque immédiatement des réactions de condamnation de la part des organisations internationales.

56 A.-L. Cassard-Valembois, F. Malhiere (Sous dir.), *Droit international et démocratie*, op. cit.

57 V. F. D. Méléde, « Constitution et urgence ou le lien entre les contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régulation constitutionnelle des crises », *Revue Ivoirienne de Droit*, n° 42, 2011, pp. 11-33.

58 Lire, F. D. Méléde, « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in Ch. Fombad, Ch. Murray, (ed.), *Fostering constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010, pp. 309-339.

Si cela n'était une évidence il y a à peine un quart de siècle, ces réactions aux atteintes démocratiques sont devenues systématiques.

Après le coup d'Etat au Mali en mars 2012, à la suite des réactions de l'Union Africaine⁵⁹ et de la Cedeao, la Résolution 2056 du 05 juillet 2012 du Conseil de sécurité des Nations Unies, condamnait « la prise par la force (...), par certains éléments des forces armées maliennes, du pouvoir détenu par le Gouvernement malien démocratiquement élu ». En Guinée-Bissau la même année, le coup de force anticonstitutionnel qui avait mis fin au « processus électoral démocratique » a suscité la « ferme condamnation » du Conseil de sécurité à travers la Résolution 2048 adoptée le 18 mai 2012. Un peu plus loin, le Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine a vigoureusement réagi au changement a-constitutionnel intervenu à Madagascar le 17 mars 2009. Dans le Rapport du président de la Commission sur la situation à Madagascar, on pouvait lire : « (...) condamnation ferme du changement anticonstitutionnel [...] et suspension subséquente de la participation de ce pays aux activités de l'UA [...]; exigence du retour rapide à l'ordre constitutionnel [...]; appui aux *Accords de Maputo* des 8 et 9 août 2009 et à l'*Acte additionnel d'Addis-Abeba* du 6 novembre 2009, y compris la mise en place rapide du mécanisme de suivi prévu à l'article 12 de l'*Acte additionnel*; et appel à la Communauté internationale, notamment dans le cadre du Groupe international de contact sur Madagascar (GIC-M), pour qu'elle appuie la position de l'UA »⁶⁰. En 2008 en Mauritanie, au lendemain du coup d'Etat survenu le 6 août, le CPS « exige le retour à l'ordre constitutionnel et le rétablissement sans délai

59 A travers le Conseil de paix et de sécurité qui s'est réuni dès le 23 mars « adoptant certaines décisions, notamment la condamnation du coup d'État, l'exigence du retour à l'ordre constitutionnel, la suspension de la participation du Mali aux activités de l'UA jusqu'à la restauration effective de l'ordre constitutionnel, y compris l'organisation de l'élection présidentielle initialement prévue le 29 avril 2012 ». Cf. J. K. Mpiana, « L'Union Africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, 25.2, 2012, p. 136.

60 CPS, *Rapport du président de la Commission sur la situation à Madagascar*, Doc off CPS, 216^e réunion, PSC /PR/2(CCXVI) (2010).

des institutions que le peuple mauritanien s'est démocratiquement choisies; [...] exige la libération du président de la République islamique de Mauritanie et des autres personnalités arrêtées »⁶¹. Le retour à l'ordre constitutionnel peut ne pas être la restitution du pouvoir aux autorités déchues, mais l'aboutissement du processus conduisant à l'organisation d'élections libres et régulières. Et là, pourrait émerger une nouvelle légitimité constitutionnelle⁶². Le CPS a eu la même réaction suite au coup d'Etat au Niger en février 2010 en exigeant le « retour rapide à un ordre constitutionnel fondé sur des institutions démocratiques, [...] la disponibilité de l'UA [...] à faciliter [ce processus en étroite collaboration avec la CEDEAO], [...] [la suspension de] la participation du Niger à toutes les activités de l'Union africaine jusqu'à la restauration effective de l'ordre constitutionnel, tel qu'il existait avant le référendum du 4 août 2009 »⁶³.

Les coups d'Etat au Mali le 18 août 2020⁶⁴ et le 24 mai 2021⁶⁵, le coup d'Etat en Guinée le 05 septembre 2021⁶⁶ et le coup d'Etat au Burkina Faso le 24 janvier 2022⁶⁷, ont également suscité de vives condamnations des organisations internationales, notamment de la CEDEAO.

61 CPS, *Communiqué de la 144e réunion du Conseil de paix et de sécurité*, Doc off UA, 144e réunion, CPS/PR/COMM(CLIV) (2008) aux paragraphes 2 et 4.

62 V. J. K. Mpiana, « L'Union Africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, 25.2, 2012, p. 108.

63 CPS, *Communiqué de la 216e réunion du Conseil de paix et de sécurité*, Doc off UA, PSC/PR/COMM.2(CCXVI) (2010) aux paragraphes 4-5 [*Communiqué de la 216e réunion du CPS*].

64 Un groupe d'officiers, dont le colonel Assimi Goïta, renverse le président élu Ibrahim Boubacar Keïta après des mois de contestation attisée par la propagation des violences depuis 2012, le marasme économique et la corruption.

65 Le colonel Goïta fait arrêter le président et le Premier ministre dits « de transition » que la junte avait installés mais qui ont mécontenté les militaires. Le colonel Goïta se fait nommer à son tour président.

66 Le colonel Mamady Doumbouya, à la tête de ses forces spéciales, capture le président Alpha Condé, dont les deux dernières années ont été agitées par les protestations meurtrières contre son troisième mandat. Le colonel Doumbouya prête serment comme président de transition le 1er octobre.

67 Le lieutenant-colonel Paul-Henri Sandaogo Damiba prend le pouvoir après deux jours de mutineries, et dépose le président élu, Roch Marc Christian Kaboré, dans un contexte d'exaspération devant la contagion jihadiste. Le lieutenant-colonel Damiba prête serment le 16 février.

2- L'orchestration du rétablissement constitutionnel

Les condamnations marquent la désapprobation, elles traduisent le détachement de leurs auteurs par rapport à l'acte de remise en cause de la norme constitutionnelle. Mais elle ne suffit à restaurer la constitution muselée. Les condamnations n'ont en effet jamais émoussé l'ardeur des acteurs de changements anticonstitutionnels de pouvoir, les putschistes notamment⁶⁸. Il faut des actes plus forts. Alors, ces diverses condamnations laissent place aux négociations et à la médiation⁶⁹ qui aboutissent à la désignation des autorités de transition.

Reconnue comme une technique importante de règlement pacifique des différends, la médiation trône en bonne place dans les actes de gestion des crises constitutionnelles sur le continent africain⁷⁰. Normativement, elle est promue au niveau continental et sous-régional. Primitivement, l'intervention de tiers dont l'objectif est de rétablir le dialogue rompu entre des parties en conflit remonte dans l'ordre international aux Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907. Elle a ensuite évolué sous les hospices de la Charte de l'ONU du 26 juin 1945 qui, en prohibant le recours à la force armée, a posé l'obligation corollaire du règlement pacifique des différends. Ce qui fait de la médiation, l'une des voies privilégiées de prévention, le cas échéant de gestion des conflits interétatiques. Mais aujourd'hui, la pratique s'est démocratisée sous l'effet de la transformation de la typologie des conflits mais surtout avec la poussée des crises remettant en cause la légitimité démocratique. Au plan continental, le cadre normatif de lutte contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement ne bourde

68 G. Sharp, B. Jenkins, *L'anti-coup d'Etat*, L'Harmattan, 2009, p. 22.

69 V. Ch. Desouches (Sous dir.), *De Dakar à Dakar. 25 ans d'engagement de la Francophonie au service des droits de l'Homme, de la démocratie et de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 505 p.

70 A. Ayissi et C. Maia, « La gestion des crises constitutionnelles en Afrique : mandat et défis de la médiation internationale », *Annuaire français de relations internationales* - vol. xiii - 2012, pp. 173-198.

pas l'attrait de la médiation. Le Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité du 9 juillet 2002 l'habilite à imposer « des sanctions chaque fois qu'un changement anticonstitutionnel de gouvernement se produit dans un Etat membre »⁷¹ et lui donne la faculté de créer les structures subsidiaires jugées nécessaires ; ce qui peut comprendre « des comités *ad hoc* de médiation, de conciliation ou d'enquête, composés d'un Etat ou d'un groupe d'Etats »⁷². Au niveau sous-régional, l'encouragement du recours aux négociations et médiation en vue de dépasser le bouleversement de l'ordre démocratique est encore plus précis, plus poignant. Le Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance⁷³ complétée par l'Acte additionnel A/SA.08/12/21 du 12 décembre 2021⁷⁴ encourage les Etats à institutionnaliser des mécanismes nationaux de dialogue et de médiation. L'organisation communautaire ouest-africaine a suffisamment éprouvé la pratique et est largement fondée dans sa volonté de la voir effectivement institutionnalisée au niveau étatique.

Ainsi, c'est le cas dans presque tous les processus de sortie de crise, comme au Mali, en République centrafricaine, au Burkina Faso, etc. ; sauf en Guinée Bissau, où la junte militaire a conduit la transition, mais, et conformément à la Résolution 2048 (2012) du Conseil de sécurité, a été contrainte de prendre « des mesures immédiates pour rétablir et respecter l'ordre constitutionnel, y compris un processus électoral démocratique, en veillant à ce que tous les soldats regagnent leurs casernes, et que les membres du commandement militaire renoncent à leurs fonctions d'autorité »⁷⁵. La mise en place d'une autorité de transition peut être décisive dans la marche vers la légalité constitutionnelle.

71 Voir art. 7g du Protocole relatif à la création du Conseil de Paix et de Sécurité adopté par la Première session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine à Durban, le 9 juillet 2002.

72 Voir art. 8 § 5 Protocole relatif à la création du Conseil de Paix et de Sécurité.

73 Voir art. 36 du Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance.

74 Voir art. 39 de l'Acte additionnel A/SA.08/12/21 du 12 décembre 2021.

75 Cf. Paragraphe 1 de la Résolution.

Elle sert « à la fois [à] légitimer et (...) encadrer son action [autorité de transition], y compris dans le temps, vers la phase finale qui est le retour à une vie politique et constitutionnelle normale »⁷⁶.

S'ouvre ainsi l'étape du rétablissement proprement dit de l'ordre constitutionnel⁷⁷. Ici, très souvent voire toujours, on peut observer une sorte de méconnaissance ou de dépassement de l'ordre constitutionnel ancien, pour la mise en place d'un ordre constitutionnel de circonstance⁷⁸, « sauvage »⁷⁹. Des documents sont adoptés pour éclairer la période de transition, que la Constitution soit suspendue ou non, comme au Burkina Faso⁸⁰ ; mais en tout état de cause, c'est toujours au mépris de la Loi fondamentale. L'exemple de la Charte constitutionnelle de transition en Centrafrique est à cet effet, suffisamment illustratif. Promulgué le 08 juillet 2013 par Michel Djotodia, président de la République autoproclamé le 24 mars 2013, la Charte constitutionnelle de transition proclama officiellement sa nature constitutionnelle en abrogeant et en se substituant à l'ordre constitutionnel antérieur en ces termes : « [I]a présente Charte constitutionnelle abroge la Constitution du 27 décembre 2004 [...] »⁸¹.

76 S. Doumbé-Billé, « Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'ouest », *op. cit.*, p. 223.

77 Lire, D. Rousseau, « Une théorie juridique des changements anticonstitutionnels de gouvernement est-elle possible ? », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, *op. cit.*, pp. 63-65.

78 M. Guimezanes, « Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude de droit interne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, pp. 801-822.

79 E. Ologou, *Les violences électorales dans les nouveaux systèmes politiques africains. Sociologie historique comparée des cas du Bénin et de la Côte d'Ivoire*, *Op. cit.*

80 « (...) la Charte ne fait pas table rase de la constitution — au contraire, son préambule se fonde sur elle —, ni des institutions que celle-ci a mises en place. Car, à y regarder de près, les institutions qu'elle vient créer succèdent à celles (Assemblée nationale et gouvernement) qui ont été dissoutes conformément à la Constitution par M. Blaise Compaoré avant sa propre démission. De sorte qu'à l'analyse, la Charte apparaît comme un texte greffé sur la constitution pour les besoins d'une transition à laquelle sont adaptées des règles d'exception pour une gestion de crise ». Cf. A. Lally, « La Charte de la transition au Burkina Faso. Accord politique ou constitution additionnelle ? », www.cdcbenin.org.

81 Préambule de la Charte constitutionnelle du 18 juillet 2013.

Mais au-delà, ces documents de substitution constitutionnelle peuvent avoir pour nom « accord politique »⁸², « charte constitutionnelle », « petite constitution », « constitution additionnelle », « constitution en transition », « constitutions relais »⁸³, etc. et constituent des « textes constitutionnels provisoires, intérimaires, adoptés dans l'attente de constitutions au vrai sens du terme »⁸⁴. Ils assurent le passage du temps de crise à la légalité constitutionnelle, avec la naissance d'une nouvelle constitution⁸⁵ ou la résurrection, la vigueur retrouvée de la constitution agonisante. La Charte de la transition intervenue à l'issue de la médiation internationale dans la crise de 2009 au Madagascar a eu, pour sa part, le mérite de préciser sa nature constitutionnelle en ces termes : « [I]a présente Charte de la transition constitue la loi constitutionnelle de la transition »⁸⁶ et ajoute que la République malgache sera dotée d'une nouvelle Constitution⁸⁷.

L'ensemble de ces textes constitutionnels peuvent être l'œuvre des organisations internationales au moyen des soins experts et de la plume savante des apôtres constitutionnels, prêchant les commandements constitutionnels partout où besoin se fait sentir. Cette sorte de « désétatisation du droit »⁸⁸ ou d'« alter-constitutionnalité »⁸⁹ ferait sans doute retourner dans sa tombe Sieyès, selon qui, il y a une relation intrinsèque voire consubstantielle entre Nation et Constitution.

82 Lire, I. Ehueni Manzan, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, Thèse de droit public, Université de La Rochelle, Université de Cocody-Abidjan, 2011, 718 p.

83 A. S. Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », in F. Mélin-Soucramanien (Sous dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1 (Droit d'ailleurs), Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, février 2014, p. 498.

84 *Ibid.*

85 V. F. J. Aïvo, « Les premières constitutions. Le cas de la Constitution du Soudan du Sud », *A paraître*.

86 Charte de la transition du 9 août 2009, art. 42.

87 Charte de la transition du 9 août 2009, art. 35.

88 L. Fontaine, « La dynamique constitutionnelle en Europe. Critique de l'hypothèse d'un mouvement descendant entre droit conventionnel et droit constitutionnel national », www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/15/276.pdf.

89 *Ibid.*

« Si nous manquons de Constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit »⁹⁰, a-t-il pu écrire.

II-L'OFFICE CONSTITUANT INTERNE

« Appelez-moi Constitution, cessez de m'appeler, comme jadis ou comme ailleurs, charte, loi fondamentale ou même loi constitutionnelle »⁹¹. La Constitution est ainsi « l'œuvre du pouvoir constituant »⁹². Elle diffère des pré-constitutions d'origine internationale. Quand la Constitution parvient à se détacher des préfixes « quasi » ou « pré », c'est alors que le peuple peut apprécier son goût et sa saveur (B), même si bien souvent, le menu et le plat sont apprêtés par des services extérieurs (A).

A-Le prêt-à-consommer constitutionnel⁹³

Il est vrai, dans les processus de sortie de crise, la Constitution peut être l'œuvre d'une assemblée constituante. C'est ce que Xavier Philippe a appelé « processus constituant participatif »⁹⁴. Il s'agit pour l'assemblée constituante d' « élaborer elle-même le texte constitutionnel à partir de réflexions, de consultations, d'avis fournis aux commissions créées à cet effet et chargées d'élaborer le texte du projet par chapitres ou thèmes, sous la houlette d'un comité de coordination »⁹⁵. Mais la voie du processus participatif n'est pas la seule susceptible d'être empruntée. L'extraversion du pouvoir

90 E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, Édition critique par R. Zapperi, Droz, Genève, 1970, p. 177.

91 Francis Delpérée reprenant la Déclaration française de 1789. F. Delpérée, « Les rayons et les ombres de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/3, n° 103, p. 583.

92 *Ibid.*

93 Formule inspirée de l'expression « prêt-à-porter constitutionnel ». V. G. Conac, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix, cinq exemples de constitutions post-confliktuelles », in N. Belloubet-Frier *et al.* (éd.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 63.

94 X. Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », in F. Mélin-Soucramanien (Sous dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1 (Droit d'ailleurs), Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, février 2014, p. 536.

95 *Ibid.*

constituant est aussi une option tendancieuse. La constitution de sortie de crise connaît alors une importante implication d'une autorité internationale. Elle correspond à ce que G. de Vergottini qualifie de « *potere costituente guidato o assistito* »⁹⁶. La fonction constituante s'internationalise ou se transnationalise⁹⁷. Un acteur international mu de principes et valeurs, encadre ou se substitue au pouvoir constituant national. La modélisation de cette tendance traduit la binarité du prêt-à-consommer constitutionnel. Il est intégral (1) ou partiel (2).

1- Le service intégral

Le service intégral signifie que la fonction constituante est toute entière exercée par l'ordre international. Autrement dit, tout le processus constituant est matériellement et fonctionnellement orchestré et rythmé par l'autorité internationale, depuis le surgissement et la maturation de la décision constituante jusqu'à l'élaboration du texte constitutionnel et son adoption. La fonction constituante est « totalement placée entre les mains d'une autorité internationale ou d'un groupe d'États qui rédige intégralement la nouvelle constitution »⁹⁸. La formule n'est pas nouvelle.

Dans sa mise en œuvre, l'intégralité du service peut inclure que la décision de l'opportunité d'une nouvelle constitution soit une idée extérieure à l'État. Dans ce cas, la décision même de mettre en œuvre la fonction constituante se situe en dehors de la volonté nationale, en déphasage totale de la conception traditionnelle que Emer de Vattel défend en présupposant que « le droit de changer la Constitution appartient à la nation, il ne peut lui être contesté,

96 G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali, sviluppi crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, 1998, p. 164, cité par N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du « constitutionnaliste », *RGDIP*, 2002, p. 549-579.

97 R. Dehousse, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, n°96, Janvier 2001, p. 19.

98 C. Cerda-Guzman, « Repenser les constitutions internationalisées », *RDP*, 2015, n° 6, pp. 1567-1582.

car les conséquences d'une Constitution ont tellement d'importance que la nation doit toujours garder la maîtrise de celle-ci. »⁹⁹.

Dès lors, le peuple souverain n'est plus l'ordonnateur de la mise en branle de l'ouvrage constituant. Ce cas de figure est propre aux Etats frappés de crises ayant suffisamment bouleversé la structure étatique, tel qu'un conflit armé, de sorte que l'expression de la décision constituante ne peut être intelligible. Le comparé nous apprend que la loi fondamentale allemande adoptée le 23 mai 1949 à Born est le premier exemple d'extériorisation d'une décision constituante. En effet, elle procède de la décision prise le 1^{er} juillet 1948, à l'issue des Conférences de Londres, par les gouverneurs militaires occidentaux qui ont commandé l'exercice du pouvoir constituant en Allemagne. La décision était formalisée en trois documents¹⁰⁰ dont le premier, exige des ministres-présidents des 11 *Länder* de réunir au plus tard le 1^{er} septembre 1948 une assemblée constituante. Expression de la volonté des Alliés, cette décision exclut donc tout surgissement du pouvoir constituant national. Le même schéma avait été appliqué au Japon où les puissances alliées ont, seules, décidé de l'exercice de la fonction constituante.

L'extériorisation de la décision constituante s'accompagne, suivant la logique du prêt-à-consommer intégral, d'une désignation de l'organe constituant. Dans ce cas, l'autorité internationale qui prend la décision constituante, fixe les modalités d'installation du pouvoir constituant. Les puissances alliées en Allemagne ont ainsi, dans les documents de Francfort, fixé les critères de nomination au sein de l'Assemblée constituante : « les délégués à cette assemblée seront choisis dans chaque Etat existant selon la procédure et les règles adoptées par le Corps législatif de chacun de ces Etats. Le nombre

99 E. de Vattel cité par L. Favoreu et *al. Droit Constitutionnel*, 9ème édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 101.

100 Dits Documents « Francfort » (PIETRI Nicole, *L'Allemagne de l'Ouest (1945-1969)*, Naissance et développement d'une démocratie, SEDES, Paris, 1987, p. 58).

total des délégués à l'Assemblée constituante sera obtenu en divisant le total de la population [...] par 750.000 ou par tout autre nombre analogue qui pourra être recommandé par les ministres-présidents et approuvé par les Commandants en chef. ». Cette fixation quasi-chirurgicale des traits de l'organe constituant s'explique par le contexte post-guerrier dans lequel s'opère la transition. Mais en plus, parfois, le service intégral a pu s'étendre à la pré-détermination des principes et valeurs constituants que les Etats et les organisations internationales impliquées estiment être convenants au rétablissement de la stabilité constitutionnelle. Pour l'élaboration de la constitution namibienne de 1990, le Représentant spécial des Nations Unies a envoyé à l'Administrateur général sud-africain gouvernant le territoire, les principes déterminés par le Groupe de Contact international¹⁰¹ pour que celui-ci en garantisse le respect par l'Assemblée constituante. Ce dernier reprend les principes et organise les travaux de l'Assemblée sur cette base. Il s'agissait au total de huit (08) principes pour poser les fondements d'un Etat de droit : respect du principe électif, responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, reconnaissance des droits fondamentaux et, en particulier, le droit de constituer librement des partis politiques, respect du droit de réunion et du droit syndical, principe de non-rétroactivité des délits et des peines mais également reconnaissance d'un Etat unitaire et souverain et nécessité de constituer des services de police et de défense représentatifs de la population. Les membres de l'Assemblée constituante l'ont pris en compte en ces termes : « [t]he Republic of Namibia is hereby established as a sovereign, secular, democratic and unitary State founded upon the principles of democracy, the rule of law and justice for all »¹⁰².

101 En 1977, le Groupe de Contact international était composé des États-Unis, du Canada, de la France, de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne de l'Ouest.

102 Art.6 Constitution du 9 février 1990, art. 1er, (1).

Pour parachever l'option intégrale du processus constituant extériorisé, l'élaboration du nouveau texte constitutionnel de sortie de crise est assurée par les acteurs qui ont initié l'idée et posé les jalons de la procédure constituante.

Le pouvoir constituant s'exerce alors à coup et au rythme de conférences internationales impliquant la participation d'autres Etats¹⁰³ et organisations internationales. La Constitution chypriote de 1960 s'inscrit dans ce cadre. La Constitution de Chypre trouve sa source exclusivement dans un acte international. Elle n'a pas fait l'objet d'un processus d'élaboration dans le cadre d'une assemblée constituante mais au sein de forums de négociations internationales auxquels ont été associés formellement des représentants des communautés. Constitution « trilatérale », elle n'a été ni rédigée ni approuvée par une assemblée constituante exclusivement chypriote ; elle est plutôt inscrite dans une conception des trois « parrains », la Grande-Bretagne, la Turquie et la Grèce à travers les Accords de Zurich du 11 février 1959. Elle fut rédigée par une commission mixte, composée des représentants de la Grèce, de la Turquie et des deux communautés chypriotes. Mais il reste que le pouvoir constituant chypriote a purement et simplement été éclipsé. Ce qui est aujourd'hui, de moins en moins admis. Le prêt-à-consommer version intégrale suppose une transfiguration de la volonté du pouvoir constituant national par la substitution d'un constituant exogène¹⁰⁴. C'est cet aspect qui fait son atypie et qui l'éloigne des modèles de prêt-à-consommer partiel.

103 Pour les négociations des Accords de Dayton/Paris de 1995 servant de constitution bosniaque, les Européens, la France notamment, voulurent que les négociations concernant cet Accord général aient lieu en Europe. Les Américains décidèrent finalement que les négociations auraient lieu aux États-Unis, sur la base aérienne de Wright-Patterson dans la petite ville de Dayton, située dans l'État fédéré d'Ohio.

104 P. Mbongo, « La banalisation du pouvoir constituant », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 35, pp. 2507- 2508.

2- Le service partiel

Dans le service partiel, la fonction constituante nationale est secondée, encadrée et appuyée dans l'ouvrage de la construction ou reconstruction constitutionnelle. C'est le modèle de « l'assistance constitutionnelle » à rapprocher de l'assistance électorale. Elle suppose que l'Etat en crise sollicite ou accepte l'assistance ou l'expertise constitutionnelle des administrateurs de paix constitués et envoyés dans ces Etats conformément au droit international. Cette option d'appui à la construction de l'ordre constitutionnel correspond aux Etats dont la crise est le résultat d'une instabilité interne marquée par des revendications de garanties des droits et libertés, de partage du pouvoir, mais surtout des Etats en proie à une crise de légitimité. Il ne s'agit donc plus d'une refondation de l'Etat exigeant une remise à plat des orientations politiques. La sortie de crise serait largement facilitée par la fourniture d'un simple appui extérieur voire une implication plus prégnante sans que le constituant originaire ou dérivé national ne soit dessaisi de son œuvre. La pratique enseigne par exemple que cet appui à l'exercice de la fonction constituante peut s'inscrire dans une logique soft ; en ce sens, le pouvoir constituant national pourra être placé sous un régime consistant à l'encouragement. La République démocratique du Congo en a fait l'expérience sur la période de 2003 à 2005¹⁰⁵. D'abord, en 2003, le pays a été encouragé à continuer le processus de rétablissement constitutionnel ; le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est instamment réjoui de « la promulgation (...) de la Constitution de transition »¹⁰⁶. Ensuite en 2004, le conseil décidait que la Missions des Nations unies au Congo (MONUC) « aura également pour mandat, dans la mesure de ses capacités (...). d'apporter conseil et assistance au Gouvernement et aux

105 E. H. Mbodj, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *RDP*, n° 2, 2010, pp. 441- 471.

106 CSNU, S/RES/1493 (2003) du 28 juillet 2003, §1.

autorités de transition, conformément aux engagements de l'Accord global et inclusif, (...) pour contribuer à leurs efforts tendant à mener à bien : a) l'élaboration des lois essentielles, y compris la future constitution (...) »¹⁰⁷. En 2005 enfin, le Conseil de sécurité demande « à toutes les parties à la transition en République démocratique du Congo de faire des progrès concrets en vue de la tenue des élections, ainsi que le prévoit l'Accord global et inclusif, notamment en favorisant l'adoption au plus tôt de la Constitution et de la loi électorale (...) »¹⁰⁸.

Cette forme d'appui n'est pas la plus visible mais elle marque néanmoins la disponibilité des instances internationales à offrir une plus importante assistance à l'exercice du pouvoir constituant. Ce qui suppose que l'assistance constitutionnelle va au-delà de simple conseil sur les textes constitutionnels. La constitution somalienne de 2012 est le produit d'une telle assistance.

Le processus commence par le dépassement de l'assistance humanitaire pour l'entame de la reconstruction de l'Etat dévasté par des années d'instabilité. A cette fin, la résolution 897 (1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies élargit significativement les pouvoirs de la mission de l'ONU en Somalie (ONUSOM II) et l'autorise à utiliser « tous les moyens nécessaires » pour parvenir à un environnement sûr dans toute la Somalie¹⁰⁹. Pour ce faire, la mission a été mandatée pour aider le peuple somalien à reconstruire sa vie économique, politique et sociale afin de recréer un Etat démocratique. Mais le processus constitutionnel ne débuta qu'en 2000. Après l'échec de la constitution temporaire et différentes initiatives nationales de 2002, une nouvelle initiative a été prise à Djibouti en 2008 : une conférence parrainée par l'UA a bénéficié d'un très large soutien de la communauté internationale (l'ONU,

107 CSNU, S/RES/1565 (2004) du 1er octobre 2004, § 7.

108 CSNU, S/RES/1592 (2005) du 30 mars 2005.

109 H. Rakotonirina, « La Somalie, d'un chaos à l'autre ? », *Opération de paix*, <http://www.operationspaix.net/La-Somalie-d-un-chaos-a-l-autre>.

l'UE, les Etats-Unis, et autres). A sa suite, l'Accord de Kampala permet de définir les grandes lignes du processus constitutionnel qui conduiront les travaux des deux conférences constitutionnelles avec l'active implication du Représentant spécial du Secrétaire Général de l'ONU. La première conférence constitutionnelle, celle de décembre 2011, fixa les principes relatifs à la finalisation et à l'adoption de la nouvelle Constitution. La seconde, de février 2012, fût l'occasion de prolonger la date d'adoption de la Constitution. Ainsi, initialement prévue en avril 2012, l'Assemblée constituante nationale adoptera la Constitution le 1^{er} août 2012 avec la garantie que toutes les fractions identitaires du pays se sentent concernées.

La Tunisie s'était inscrite dans cette voie après la révolution qui a fait partir du pouvoir Ben Ali le 14 janvier 2011. Cette démarche constituante est certes plus proche de la conception de Sieyès car, inclusive de diverses composantes de la société.

Seulement, elle court le risque de s'écarter trop facilement des préoccupations constitutionnelles, bien souvent maîtrisées par le constitutionnaliste, « ce Professeur spécialiste de l'analyse des constitutions politiques, mobilisant un savoir savant – le droit constitutionnel – (...) »¹¹⁰. En parlant des constitutionnalistes, voici ce qu'écrit Francis Delpérée : « nous n'avons pas peur d'affirmer la spécificité de notre métier. Nous n'écrivons pas comme tout le monde. Nous ne lisons pas comme tout le monde. Nous ne commentons pas les textes comme tout le monde. Nous ne faisons pas du droit comme tout le monde. Je ne dis pas que c'est mieux ou pire. C'est différent »¹¹¹. Les apôtres et évangélistes constitutionnels sont alors plus habilités dans la conception des bibles constitutionnelles¹¹².

110 Guillaume Sacriste, cité par F. J. Aïvo, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, p. 772.

111 F. Delpérée, « Les rayons et les ombres de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 583.

112 Lire sur la force des idées des constitutionnalistes, F. J. Aïvo, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, pp. 777-789.

C'est ce qui pourrait justifier la tendance émergente, dans les situations conflictuelles et post-conflictuelles, des « prêts-à-consommer » constitutionnels. Il s'agit de faire appel « à un comité d'experts composé de personnalités issues des milieux politiques et juridiques [plus les seconds que les premiers] : leur rôle consiste à forger et à proposer un texte élaboré en son sein à partir d'une lettre de mission plus ou moins large »¹¹³. Par exemple, la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation en République centrafricaine (Minusca)¹¹⁴ comprend une dimension constitutionnelle avec un comité d'experts constitutionnels chargé de l'écriture de la Constitution. Cette procédure offre l'avantage « de la concision, de l'équilibre et de la rapidité. [Elle] est [la seule] envisageable lorsque les contraintes de temps sont extrêmes. [Elle] peut donner d'excellents résultats et cela d'autant plus que le cahier des charges imposé à ce comité est précis et détaillé »¹¹⁵. C'est après l'élaboration du texte que le peuple est alors invité à participer à l'œuvre constituante.

B- La consultation populaire

Elle est marquée par une ambivalence dans la pratique. Le droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques, au nom par exemple du constitutionnalisme participatif a permis aux peuples, dans nombre de cas, de prendre part à la procédure constituante post conflictuel (1). En face, les tendances au rejet de la recherche de l'assentiment populaire existent et s'expliquent (2).

1- Les succès de la consultation populaire

La théorie moderne du droit constitutionnel postule que la constitution est adoptée, soit par une assemblée constituante au nom du peuple

113 X. Philippe, « Les processus constitutants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », *op. cit.*, p. 536.

114 Mission créée par le Conseil de sécurité à travers la Résolution 2149 du 10 avril 2014.

115 X. Philippe, « Les processus constitutants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », *op. cit.*

souverain, soit par le peuple se prononçant par référendum sur un texte adopté par les représentants réunis en assemblée constituante¹¹⁶. Mais généralement, ce postulat traditionnel n'est pas forcément la première marque des situations d'internationalisation d'une sortie de crise.

Cependant, le transfert du pouvoir constituant qu'elle induit n'annihile pas systématiquement la participation du peuple à la construction ou la reconstruction d'un nouvel ordre constitutionnel. Selon le contexte, celle-ci subsiste. Mieux, elle constitue la garantie de la prospérité du processus. En témoigne le cas du Rwanda.

Au sortir de la guerre civile et le génocide, la réconciliation était le moteur et la principale quête des démarches engagées dans le sens de la stabilisation du pays. Pour garantir l'effective participation du peuple meurtri dans le processus de rétablissement de la paix, l'accord d'Arusha a prévu et organisé la participation populaire dans le processus transitif¹¹⁷. A cet effet, il dispose en son article 41 : « La constitution devant régir le pays après la Transition sera élaborée par la Commission juridique et constitutionnelle comprenant des experts nationaux, dont il est question à l'article 24 B du présent Protocole. Cette Commission, rattachée à l'Assemblée nationale, préparera, après une large consultation de toutes les couches de la population, un avant-projet de constitution qui sera soumis au Gouvernement pour avis, avant d'être présenté à l'Assemblée nationale qui finalisera le projet de constitution devant être soumis au référendum pour adoption ». La Commission juridique et constitutionnelle installée en décembre 1999 procède comme indiqué. Son règlement d'ordre intérieur lui fait obligation de « rencontrer et sensibiliser la population sur la constitution et sa contribution dans l'adoption de la constitution »¹¹⁸.

116 N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant, essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, 2002, p. 549-579, p. 551.

117 Accord de paix d'Arusha entre le gouvernement de la République rwandaise et le Front patriotique rwandais, A/48/824 – S/26915, 23 décembre 1993.

118 Article 8 du règlement d'ordre intérieur de la Commission juridique et constitutionnelle, voir <http://www.cjcr.gov.rw>.

Pour ce faire, les membres de la commission ont, entre 1999 et 2003, « consulté la population et recueilli les idées sur le type de constitution qui convient au pays ; rassemblé toute la documentation nécessaire à la maîtrise de la matière constitutionnelle ; contribué à l'analyse des résultats des enquêtes menées auprès de la population [...] ; [et établi des] rapport[s] sur les missions de formation, de recueil d'expériences d'autres pays ainsi que des voyages d'études et autres missions réalisées à l'extérieur »¹¹⁹.

Plus récemment, le cas malgache est un autre exemple de succès. En 2009, le Madagascar traverse une crise politique provoquée et exacerbée par de violentes manifestations. Face à la fulgurante montée des tensions, le président Marc Ravalomanana décide de quitter le pouvoir en le remettant, le 17 mars 2009, à un directoire militaire qui, à son tour, le transféra au Maire de la Capitale, Andry Rajoelina. A l'issue d'une médiation internationale dépêchée, la Charte de la transition signée à Maputo le 9 août 2009 instaure un gouvernement d'union nationale pour une période de quinze mois, destiné à favoriser la réconciliation nationale et mettre en place de nouvelles institutions démocratiques¹²⁰. En application de cette Charte ainsi que des accords complémentaires postérieurement signés, un comité constitutionnel consultatif est installé. Un des accords complémentaires, l'Accord d'Ivato, a fait de la consultation populaire, un trait saillant du processus de retour à un nouvel ordre constitutionnel. Il prévoit en son article 4 : « [l]es grandes orientations de la nouvelle Constitution sont arrêtées par le « *Fihaonamben-pirenena* » à partir des propositions des partis et associations politiques.

Le ou les Projets de Constitution sera/seront rédigé(s) conformément aux résolutions du « *Fihaonamben-pirenena* » et sera/seront soumis au référendum. Ce référendum se doit toutefois d'être précédé d'une large

119 Article 9 du règlement d'ordre intérieur de la Commission juridique et constitutionnelle, voir <http://www.cjcr.gov.rw>.

120 Voir International Crisis Group, « Madagascar : une sortie de crise superficielle ? », Rapport Afrique n°218, 19 mai 2014.

explication citoyenne ». Sous ces directives, le Comité constitutionnel consultatif élaborera le projet de Constitution de la IV^e République malgache qui, après quelques modifications, est soumis au référendum le 17 novembre et promulgué le 11 décembre 2010.

Ces démarches de nature inclusive sont fondées sur une conception philosophique de la démocratie constitutionnelle dans la conviction que l'instauration mais surtout la réinstauration d'un gouvernement du peuple, par le peuple, dans une perspective pérenne, rend obligatoire le recours à un pouvoir constituant de type démocratique. Cependant, les démarches tendant à reconstruire l'ordre constitutionnel en comité restreint ne sont pas non plus totalement impertinentes.

2- Les démarches d'exclusion de la participation populaire

Dans le schéma des cuisines constitutionnelles externes, la constitution est moins « le génie d'un peuple »¹²¹ ; en effet, le peuple n'est pas au cœur du processus constituant comme lui en donnait le droit Sieyès.

D'une part, il intervient *a posteriori* pour finaliser le processus ou y mettre un terme. C'est après la production du texte que celui-ci est soumis à l'approbation du peuple par la voie du référendum. Il y a là, une sorte d'exclusion du citoyen qui est mis « devant le fait accompli » avec presque une absence de choix : « à prendre ou à laisser ! ». Ainsi s'exclamait Xavier Philippe qui parle de « déconnection du processus constituant de l'élan qui l'a fait naître »¹²².

121 Aristote, cité par D. Rousseau, « Une théorie juridique des changements anticonstitutionnels de gouvernement est-elle possible ? », in R. Ben Achour (Sous dir.), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Approches de droit constitutionnel et de droit international*, *op. cit.*, p. 64.

122 X. Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », *op. cit.*

D'autre part, il peut ne pas du tout intervenir. Dans ces conditions, c'est la constitution provisoire qui est transformée et imposée en constitution définitive. Elle souffre ainsi d'un déficit de caution démocratique.

Pour autant, cette carence démocratique, sans doute préjudiciable¹²³, est parfois exigée par les circonstances et par l'urgence de la paix qui, en dernière analyse doit être prioritaire. En effet, l'absence de référendum, si elle ne peut être justifiée, peut néanmoins être expliquée. Les situations de transitions constitutionnelles ont généralement cours dans des sociétés où des plaies peuvent être encore ouvertes ; des antagonismes sont encore perceptibles ou masqués au sein du peuple, détenteur du pouvoir constituant. Dès lors, le référendum peut être l'occasion de réveil des fractures et des fissures au sein de la population.

Par ailleurs, « même en cas de consultation populaire, celle-ci peut aboutir à un faux choix pour les populations, au sortir d'une situation de troubles et de conflits. Refuser un projet de constitution serait prendre le risque de connaître de nouveau une période de conflit. L'absence de possibilité pour la population d'amender le projet de constitution, et donc limiter leur possibilité d'expression à une simple alternative entre approbation ou sanction conduit à relativiser leur emprise sur elle. Si l'on peut voir une limitation légitime du pouvoir constituant dans les décisions préconstituantes en cas de transition constitutionnelle nationale, il semble qu'il faille nuancer ce constat au sujet des transitions internationalisées, et ce, non pas en raison de l'internationalisation des décisions préconstituantes, mais des conditions entourant la sanction constituante en cas de transition constitutionnelle brutale »¹²⁴.

123 V. O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, Léviathan, 1994, p. 276 : « tant que le peuple en tant que pouvoir constituant proprement dit n'a pas été amené à trancher, il est toujours possible de limiter les instances constituantes, et cela justement au nom de la défense de la souveraineté du peuple ».

124 M. Guimezanes, « Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude de droit interne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, p. 807.

Au total, dans les transitions constitutionnelles, le pouvoir constituant est encadré et souffre. Il souffre aussi bien du fait de l'œuvre constituée ou préconstituante des autorités internationales que de l'œuvre constituante du peuple dont la marge de manœuvre est parfois très restreinte. Le service public international de la paix étouffe quelque peu les exigences constitutionnelles. L'optimisme ou le réalisme pousseraient à parler comme Line Missibah Konan de « droit constitutionnel de la paix »¹²⁵. Si la démocratie – accompagnée de l'orthodoxie constitutionnelle - est un gage de paix, parfois et bien souvent en Afrique dans les situations de crise et d'exception, la première s'éclipse au profit de la seconde. « Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; [en fonction de l'état du pouvoir constituant] ».

125 L. Missibah Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, Thèse de doctorat de l'université Nancy-II, 20 décembre 2007, pp. 337 et ss.

LE DOMAINE DE LA CONSTITUTION
DANS LES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Ntolo Nzéko Aubran Donadoni

*Docteur Ph.D en Droit public,
Assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques
de l'Université de DOUALA (Cameroun).*

L'essor du constitutionnalisme libéral¹, porté lui-même par la foi en la Constitution, a théoriquement enraciné sur le continent africain l'idée, autrefois défendue par Louis Favoreu, que « *la Constitution a cessé d'être une « idée » pour devenir une « norme », c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée* ». A cet égard, avec la décadence du légicentrisme et l'émergence du constitutionnalisme, il paraît judicieux de distinguer désormais le domaine de la constitution du domaine de la loi ou de celui du règlement. Il s'est opéré alors un mouvement général de translation, le pouvoir constituant investissant progressivement des domaines jusque-là régis par le pouvoir législatif. Ce faisant, la présente réflexion sur le domaine de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone vise à élaborer les spécifications de ce domaine. Mais encore faudrait-il préciser le contexte de cette étude pour une intelligibilité sans faille.

En effet, l'acuité du domaine de la constitution s'impose dans un contexte d'« émergence de la justice constitutionnelle »³ au point que celle-ci soit consubstantielle au constitutionnalisme contemporain.

1 J. D. GAUDUSSON, « DÉFENSE ET ILLUSTRATION DU CONSTITUTIONNALISME EN AFRIQUE APRÈS QUINZE ANS DE PRATIQUE DU POUVOIR » in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 609.

2 L. Favoreu, « Droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, no 1, p. 72.

3 T. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/2(n°129), pp. 101-114.

Pendant près d'un siècle et demi, les Etats Unis ont été les seuls à posséder un modèle de justice constitutionnelle apte à assurer la suprématie de la constitution. De nos jours, la justice constitutionnelle semble être un patrimoine commun à tous les systèmes constitutionnels dont celui africain. Facteur de la résurrection de la constitution pour certain⁴, élément d'activation de sa normativisation pour d'autre⁵, la justice constitutionnelle donne tout son sens à la constitution et la rend véritablement vivante⁶. A cet égard, elle participe à l'érection et à la protection du domaine de la constitution. Dans cette mouvance, en donnant un pouvoir de fascination à la position de Charles Eisenmann, le sens juridique de la justice constitutionnelle est donc, en dernière analyse, de « *garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle* ». Ainsi, si comme l'explique Dominique Turpin la distinction opérée par le juge constitutionnel entre lois constitutionnelles et lois ordinaires doit se faire en fonction de leur objet entre autres⁸, alors il ne fait point de doute que c'est l'activité de justice constitutionnelle qui donne plus de vigueur au domaine de la constitution. Les Etats d'Afrique noire francophone ont cerné cet enjeu en consacrant la juridiction constitutionnelle dans leurs différents textes constitutionnels. Cependant, ce « *regain constitutionnel africain* »⁹, célébré avec enthousiasme par la doctrine africaine¹⁰, n'a pas suscité un intérêt majeur dans la détermination du domaine de la constitution. Cette vacuité dans la réflexion laisse songeur sur des contributions

4 D. Rousseau, « une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 6.

5 L. FAVOREU (Dir) *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Dalloz, 2019, p. 303.

6 *Ibid.*

7 C. EISENMANN, *La justice constitutionnel et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, (édition de 1928) rééditée par Ectogen et Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1986, n°9, pp. 20-23.*

8 D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1986, p. 30.

9 Gicquel(J.), Gicquel(J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 23e éd., Paris, Montchrestien,2009, p. 395.

10 A. BOURGI, Ch. CASTERAN, *Le printemps de l'Afrique*, Paris, Hachette, Pluriel, 1991; J. BAECHLER, «Desinstitutions démocratiques pour l'Afrique», *RJPIC*, vol.46, no2, avril-juin 1992, pp.163-181; B. KANTÉ,M.E. PIETERMAAT-KROS(), (DIR), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Dakar, Gorée Institute,1998.

scientifiques traitant de la normativité de la constitution en Afrique. S'il est loisible d'être d'avis avec le doyen Frédéric-Joël AIVO sur la crise de la normativité de la constitution du fait du triomphe des accords politiques, il faut néanmoins entrevoir l'incomplétude de la démonstration¹¹. En effet, seule l'émergence des compromis politiques ne peut justifier l'affaiblissement de la normativité de la constitution et donc de son domaine. Il est également plausible de percevoir la multiplication des normes de renvois dans le texte constitutionnel dont l'explication sera prolongée dans le cadre de cette étude. Qu'à cela ne tienne, c'est de manière implicite qu'on peut déduire une réflexion sur le domaine de la constitution du doyen AIVO et bien d'autres auteurs ayant traité des rapports entre les accords politiques et la constitution¹². Or la doctrine occidentale a clairement posé les bases de la réflexion sur le domaine de la constitution. Dans cette mouvance, les travaux d'Auguste SANTONI sur la distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires constituent une base d'inspiration. L'auteur y a sérieusement interrogé le contenu des lois constitutionnelles¹³. Mais depuis le renouveau de la constitution après la seconde guerre mondiale, seules les travaux de droit constitutionnel dirigé par Louis Favoreu traitent directement de la question du domaine de la constitution en posant les bases de la réflexion¹⁴. Dans le sillage de ce dernier auteur, force est de constater qu'on a peu réfléchi sur le fait qu'il y a un domaine de la constitution. Ce faisant, pour mieux l'appréhender dans les systèmes constitutionnels africains il convient d'élarguer sa substance.

-
- 11 F.-J. AIVO, « La crise de la normativité de la constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, p. 151.
12 J.D. DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, numéro spécial, 4^e trimestre 1996, pp. 250-256. J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RRJ-Droit Prospectif*, 2008, no 3, p. 1724
A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janvier 2003 », *RRJ-Droit prospectif*, 2005, no 4-II, pp. 2503-2526.
13 A. SANTONI, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, LIBRAIRIE DES ÉTUDIANTS, Toulouse, 1913, p. 62.
14 L. FAVOREU (Dir) *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 823.

La fixation du sens à donner au concept de domaine de la constitution exige au préalable la définition rigoureuse de la notion de constitution. Le constitutionnalisme contemporain met la constitution au centre du système de normes limitant l'exercice du pouvoir politique. Georges Vedel affirmait dans ce sens que la constitution est « *l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'État*¹⁵ ». Elle constitue bien d'après Kelsen « *le fondement de l'État, la base de l'ordre juridique*¹⁶ ». De façon constante, la constitution est définie aussi bien au sens matériel qu'au sens formel. On définit traditionnellement la constitution au sens matériel du terme comme un ensemble de dispositions organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens. On y ajoute par ailleurs l'organisation territoriale. Elle poursuit à ce titre quatre buts qui sont la fondation, la légitimation, la distribution ainsi que la limitation du pouvoir. Ces définitions ont certes le mérite de résumer les idées habituellement admises à ce sujet et même d'évoquer des données que l'on trouve en effet dans un grand nombre de constitutions. Mais elles n'en présentent pas moins un triple inconvénient : elles sont subjectives, circulaires et juridiquement insaisissables¹⁷. Car dans cette mouvance, les normes infra constitutionnelles qui participent à l'organisation des pouvoirs peuvent prétendre à la considération de norme constitutionnelle. De ce fait, ce serait une gageure de définir le domaine de la constitution. C'est au regard de cette insuffisance de la définition matérielle de la constitution que le sens formel est très souvent privilégié. Ainsi, suivant les indications de Raymond Carré de Malberg, la Constitution désigne un instrument « *énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant et qui par la suite ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision*¹⁸ ».

15 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op.cit., p. 112.

16 *Idem.*

17 L. FAVOREU(dir.), *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 83.

18 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t.2, Paris, Sirey, 1922, pp.571 et ss.

Le sens formel vient ici en complément de la définition matérielle de la constitution pour mieux appréhender son domaine. Louis Favoreu argue dans ce sens que « *le droit constitutionnel matériel ne doit être produit que dans la forme constitutionnelle ou à l'inverse, le droit constitutionnel formel doit obligatoirement avoir pour contenu le droit constitutionnel matériel* »¹⁹. La constitution devient ainsi, tant par son contenu que par son mode de révision rigide et complexe, un texte intangible d'une profonde stabilité. Le contenu d'une constitution est intrinsèquement lié au contexte de son élaboration et de son adoption. Effectivement, le constitutionnalisme, né du besoin de limiter le pouvoir politique afin de garantir la liberté de l'individu, se définit, comme le décrivait Carl Joachim Friedrich, par « *la technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action politique et étatique* »²⁰. Tel est le sens de la constitution qui doit être retenu pour mieux élarger son domaine.

En se penchant sur le domaine d'une constitution, il apparaît clairement que sa délimitation se révèle par « *la manière dont elle est révisée* »²¹, plus précisément par « *la difficulté qu'il y a à la réviser* »²². L'intégration de certaines règles dans la constitution formelle vise ainsi à leur donner « *une stabilité supérieure à celles des lois ordinaires et [à] leur assurer une plus longue durée* »²³. Comme le résume Dimitri-Georges Lavroff, « *la distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires a donc pour objet d'assurer la plus grande stabilité possible de la norme constitutionnelle, d'éviter qu'elle soit abusivement modifiée par les pouvoirs institués que sont les assemblées parlementaires* » et de faire en sorte que ces modifications

19 L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 83.

20 O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 2012, PUF, Quadrige – Dicos Poche, p. 133.

21 J.-F. AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *Revue de droit suisse*, vol. 110, 1991, n° II, p. 35.

22 *Ibid.* p. 45.

23 *Ibid.*

« ne puissent intervenir qu'au résultat d'une procédure complexe »²⁴. Toutefois, il convient ainsi de faire preuve de prudence dans l'œuvre de constitutionnalisation quoique rigide afin de ne pas dénaturer la loi fondamentale et donc son domaine. La constitutionnalisation n'est pas le remède de tous les maux, elle peut en effet causer certaines atteintes à la résilience de la constitution, c'est-à-dire à « *sa capacité à préserver ses caractères essentiels à travers les péripéties, son élasticité qui lui permet de retrouver sa forme après les tensions qui l'ont éprouvée et de rester finalement la même en dépit* »²⁵ de multiples révisions. Par conséquent, s'il faut convenir, dans une certaine mesure, qu'il est difficile à toute Constitution « d'embrasser toutes les parties essentielles et vitales du Droit public d'un Etat »²⁶, à notre avis nous ne jugeons la difficulté insurmontable que si on a la prétention de donner a priori une énumération limitative des matières purement constitutionnelles. Dans ce sens, au-delà des processus de constitutionnalisation du droit par les révisions constitutionnelles²⁷, le domaine de la constitution appréhendé ici doit concerner les matières constitutionnelles par nature indépendamment, d'ailleurs, de la forme extérieure sous laquelle elles se présentent. Sous cet angle, le contenu de la constitution peut varier mais il n'en reste pas moins qu'il y a un résidu qui échappe à l'emprise des autres normes constituant l'ordre juridique. L'idée de constitution ne doit inclure une masse colossale de règles, sans limitation²⁸.

Cela étant au regard de la pratique constitutionnelle africaine qui révèle une activité constitutionnelle intense notamment en terme de révision constitutionnelle et d'interprétation jurisprudentielle de la constitution, il paraît judicieux de réfléchir sur son domaine particulièrement dans les Etats d'Afrique noire francophone.

24 D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1999, 3e éd., p. 84.

25 P. AVRIL, « Changeante et immuable ? », in Association française de droit constitutionnel, 1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française, 2008, Dalloz, pp. 15 et 16.

26 A. SANTONI, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, op.cit., p. 66.

27 L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 823.

28 P. BASTID, *L'idée de constitution*, Economica, Paris, 1985 p. 17.

A cet égard, force est de s'interroger sur le point de savoir comment appréhender le domaine de la constitution dans cette partie du continent africain ?

Cette interrogation n'est pas moins dénué d'intérêt. En effet, en réfléchissant sur le domaine de la constitution dans le contexte actuel du constitutionnalisme africain, il est question de renforcer l'idée selon laquelle la constitution reste la norme suprême de l'ordre juridique des Etats d'Afrique noire francophone. En fait, elle fait l'objet de concurrence par l'émergence des compromis politiques qui introduisent son domaine. Cette étude se veut donc une alerte aux dirigeants de ces Etats sur le fait qu'il y a des matières sacrées qui relèvent purement de la constitution devant être soustraites de toute autre activité normative en dehors de l'activité constituante.

Ce faisant, l'analyse du domaine de la constitution nécessite le recours à une méthode spécifique. Aussi, en s'appuyant sur la théorie constitutionnelle qui n'exclue pas la dimension factuelle de la pratique du pouvoir, la présente réflexion fera recours au positivisme méthodologique²⁹ et plus spécialement à sa dimension pragmatique. Cette option est guidée par le fait que malgré la prévalence du droit constitutionnel écrit en Afrique, on assiste depuis pratiquement deux décennies, à l'émergence du droit constitutionnel non écrit. Ce qui rend donc indispensable le recours au droit constitutionnel par-delà le texte et la jurisprudence constitutionnelle pour reprendre *Olivier BEAUD*³⁰.

Cela dit, en adoptant la méthode juridique, il convient d'appréhender le domaine de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone d'une part comme un domaine défini (I) mais surtout comme un domaine affaibli (II).

29 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 111.

30 O. BEAUD, « Le droit constitutionnel par-delà le texte et la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Les Cahiers du conseil constitutionnel*, n°6, 1996, pp. 97-110.

I- UN DOMAINE DEFINI

La constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone a un domaine distinct du domaine de la loi. Ce constat est renforcé par l'acuité de la justice constitutionnelle dont l'office essentielle est destiné à la protection du domaine de la constitution contre tout empiètement de la loi. A cet égard, il existe bel et bien une « frontière constitutionnelle »³¹ circonscrite par le pouvoir constituant (A) mais surtout élargi par le juge constitutionnel (B) dans sa mission de gardien du domaine de la constitution.

A- Un domaine circonscrit par le pouvoir constituant

« *La Constitution (...) ne comprend donc plus toutes les prescriptions concernant les pouvoirs publics, mais seulement celles de ces prescriptions qui relèvent de l'organe constituant* »³². En partant de cette vision de Carré de Malberg, il convient de faire observer que le domaine de la constitution est délimité par l'organe détenteur du pouvoir constituant. Celui-ci désigne l'organe en charge de l'élaboration ou de la révision de la constitution. Il peut s'agir soit du pouvoir constituant originaire soit du pouvoir constituant dérivé. L'activité constituante de ce dernier ne permettant pas de déterminer avec sérénité le domaine de la constitution, il convient de l'exclure dans ce pan de la réflexion. En effet, dans son office certaines matières peuvent faire l'objet de constitutionnalisation et de déconstitutionnalisation selon les époques. Aussi, le pouvoir constituant dérivé agit-il généralement pour renforcer les matières constitutionnelles définies par le pouvoir constituant originaire. Pour ces raisons, seule la fonction constituante du pouvoir constituant originaire sera considérée. Qu'il soit qualifié de « pouvoir constituant initial », de « pouvoir constituant stricto sensu »³³, ou de « pouvoir

31 L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 825.

32 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 2, op.cit., p. 572.

33 G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, t. IV, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1969, p. 183.

constituant tout court »³⁴, le pouvoir constituant originaire intervient « pour faire une Constitution alors qu'il n'y a pas ... ou qu'il n'y a plus de Constitution en vigueur. »³⁵. C'est dans ce cadre que dans le système constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone, il procède d'une part à la construction d'une réserve de constitution originaire (1) et d'autre part à la définition des organes constitutionnels et des organes constitués (2).

1- La construction d'« une réserve de constitution »

Dans le cadre de son activité constituante, le pouvoir constituant originaire, en distribuant « les capacités normatives »³⁶, a procédé à l'érection d'un domaine qui lui est exclusivement réservé. De ce fait, à l'image de « la réserve de loi »³⁷ entrevue par Jérôme Trémeau, le constituant originaire africain a construit une véritable « réserve de constitution ». Ceci implique que les matières constituant cette réserve ne peuvent être aménagées par des normes infra constitutionnelles et donc exclues de la compétence des pouvoirs constitués. La « réserve de constitution » relèvent essentiellement de la compétence du pouvoir constituant originaire. Il s'agit des matières auxquelles le constituant originaire n'associe aucun « énoncé habilitant »³⁸. De ce fait, il n'autorise aucun acteur étatique à produire des normes sur lesdites matières. Sous cet angle, ces matières sont regroupées par le constituant originaire aussi bien dans les clauses d'intangibilité que dans les règles de procédure de révision constitutionnelle.

Pour ce qui concerne les clauses d'intangibilité constitutionnelles, en théorie constitutionnelle, elle désigne habituellement les matières qui sont expressément soustraites de la compétence du pouvoir constituant dérivé. Elles rentrent dans le cadre principalement des

34 O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, « Léviathan », Paris, 1994, p. 315.

35 R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue de droit public*, 1942, pp.48-90.

36 J. TRÉMEAU, *La réserve de loi : compétence législative et constitution*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 35.

37 *Ibid.* p. 1.

38 G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Paris, 2006, p. 3.

limites matérielles et temporelles à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Ce faisant, cette soustraction de matières au pouvoir de révision est loin d'être une consécration de l'immutabilité absolue de certaines dispositions de la constitution³⁹. Il s'agit plutôt du domaine réservé au pouvoir constituant originaire⁴⁰. C'est dans cette optique que Georges Burdeau arguait de ce que la consécration des clauses d'intangibilité participe du refus « à l'organe de révision la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance dépassent les possibilité d'un pouvoir institué. Mais ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser »⁴¹. En d'autres termes, il est de la compétence du pouvoir constituant originaire de modifier ces clauses intangibles. Ceci étant dit, le droit constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone range dans les clauses d'intangibilité les matières relatives aux droits fondamentaux. C'est le cas des constitutions congolaise⁴² et tchadienne⁴³ qui consacrent les libertés et droits fondamentaux comme matières réservées au constituant originaire. En outre, selon les Etats la forme républicaine de l'Etat, l'intégrité du territoire⁴⁴, *la laïcité de l'Etat*⁴⁵ le pluralisme politique⁴⁶, la séparation des pouvoirs⁴⁷, le régime des mandats du Président de la République⁴⁸ font partie des clauses d'intangibilité.

39 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. IV, éd.de Boccard, Paris, p. 539.

40 A. D. NTOLO NZÉKO, « Le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RDIDC*, n°2, 2019.

41 G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, op.cit., p. 258.

42 Art. 220 de la constitution de la RDC de 2006.

43 Art. 225 de la constitution du Tchad de 1996.

44 Art. 63 de la constitution du Cameroun de 1996, art. 299 de la constitution du Burundi de 2005, art. 153 de la constitution du Bénin de 1990.

45 art. 299 de la constitution du Burundi de 2005, art. 144 de la constitution du Mali révisée en 2017, art. 225 de la constitution du Tchad.

46 art. 225 de la constitution du Tchad, art. 220 de la constitution de la RDC, art. 175 de la constitution du Niger de 2010.

47 art. 225 de la constitution du Tchad.

48 art. 144 de la constitution du Mali révisée en 2017, art. 175 de la constitution du Niger de 2010.

De même, le constituant originaire fait entrer dans son domaine de compétence la détermination des modalités de la révision de la constitution parmi lesquelles la détermination de la procédure. Le Doyen G. Vedel relevait justement que « *le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir initial : la constitution lui donne sa procédure* »⁴⁹, En effet, si la procédure de révision est un élément de définition de la constitution, elle est par voie de conséquence l'œuvre exclusif du pouvoir constituant originaire. Ce dernier range la procédure de révision dans la solennité et la complexité⁵⁰. La solennité désigne la nécessité de soumettre le texte de révision constitutionnelle à la ratification du peuple par voie de référendum. C'est tout le sens de la disposition du constituant camerounais selon laquelle, « *Le Président de la République peut décider de soumettre tout projet ou toute proposition de révision de la Constitution au Référendum* »⁵¹. Sous un autre angle, la solennité de la procédure de révision se mesure par la participation de la seconde chambre du parlement. Concrètement, le constituant originaire prévoit que le parlement se réunit en congrès pour examiner le texte de révision constitutionnelle⁵². Cette participation des secondes chambres du parlement à la révision constitutionnelle est également observable au Congo⁵³ et au Tchad⁵⁴. Pour ce qui est de la complexité de la procédure de révision, elle exige l'institution d'une majorité qualifiée pour l'adoption du projet ou de la proposition de révision. A cet égard, le constituant camerounais prévoit que le projet ou la proposition de révision doit être adopté à la majorité des deux tiers des membres composant le parlement⁵⁵. Cette majorité qualifiée est variable selon les constituants des Etats d'Afrique noire francophone.

49 G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 179.

50 J-LATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain » *op.cit.*, p. 593.

51 Art. 63(4) de la constitution camerounaise.

52 Art. 63(2) de la constitution camerounaise.

53 Art. 178 de la constitution congolaise.

54 Art. 223 de la constitution tchadienne du 14 avril 1996.

55 Art. 63(3) de la constitution camerounaise.

Ainsi, selon le constituant béninois du 11 décembre 1990⁵⁶, le projet ou la proposition de révision, avant d'être pris en considération et soumis au référendum, doit obtenir l'accord des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale. Au Togo, la constitution du 14 octobre 1992 et révisée le 31 décembre 2002, ramène cette majorité aux deux tiers des membres composant l'Assemblée nationale⁵⁷.

Pour finir, il appartient également au constituant originaire la compétence de fixer les limites temporelles à la révision constitutionnelle. A cet égard, les constitutions africaines de la troisième génération consacrent des clauses interdisant leur révision pendant des périodes jugées instables et insusceptibles de garantir le sérieux du projet de la révision. Il s'agit notamment des révisions entreprises en période de vacance de la présidence de la République⁵⁸, ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. Tel est le sens de la Constitution togolaise : « *aucun projet de révision ne peut être engagé en période d'intérim ou de vacance, ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* »⁵⁹

Au regard de ce qui vient d'être énoncé, force est de remarquer l'acuité d'une « réserve de constitution » explicitement consacré par le pouvoir constituant originaire. Il est soutenu dans cette activité de construction du domaine de la constitution par le pouvoir constituant dérivé. Ce dernier procède à définition des organes constitutionnels et organes constitués.

2- La définition des organes constitutionnels et des organes constitués

Le domaine propre de toute constitution comme nous le renseigne Carré De Malberg est la définition des organes constitutionnels et des

56 Art. 154 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

57 Art. 144 al.3 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992.

58 Art. 6 (4) de la constitution camerounaise.

59 Art. 144(5) de la constitution du Togo.

organes constitués. Relayant les classiques du droit public, il argue de ce que « *la Constitution, au sens foncier du mot, a pour objet propre de créer les organes qui exerceront les diverses fonctions de puissance étatique, et de fixer l'étendue de la compétence de ces organes, soit dans leurs rapports réciproques, soit dans leurs rapports avec les gouvernés* »⁶⁰. La substance conceptuelle des organes constitutionnels et des organes constitués permet de les ranger dans le domaine de la constitution puisqu'essentiellement défini par le pouvoir constituant originaire.

D'entrée de jeu, force est d'avouer que le concept d'organe constitutionnel est largement indéterminé⁶¹ notamment par les lexiques et les textes juridiques. Il faut donc se référer à la doctrine pour en avoir une idée précise. En effet, les premières définitions de l'organe constitutionnel trouvent leurs origines dans les idées politiques révolutionnaires des pères du constitutionnalisme et ont été proposées par la plus éminente doctrine publiciste française jusqu'au milieu de 20^e siècle⁶². Ainsi, ce concept d'organe constitutionnel est alternativement qualifié selon les auteurs d'organes d'Etat⁶³, de pouvoirs⁶⁴, ou encore de représentant⁶⁵. Ce faisant, pour Carré De Malberg, les organes constitutionnels sont « *les institutions politiques supérieures (...)habilitées par la Constitution* »⁶⁶. Barthélemy et Duez vont dans cette logique car pour ces auteurs les organes constitutionnels n'existent qu'en vertu de la constitution qui crée juridiquement la compétence de ceux-ci⁶⁷.

60 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 2, *op.cit.*, p. 570

61 E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, Paris, 2006, p. 109.

62 *Ibid.*

63 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, E. de Boccard, Paris, 1928, pp. 155 et ss.

64 M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1929, p. 211.

65 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, D., Tome II, 2004, p. 263.

66 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, D., Tome I, 2004, p.790.

67 J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1985, p.195.

En principe, tous les organes ont un statut, des attributions et des matières définis par la Constitution. Dans ce sens CARPENTIER allègue que les organes constitutionnels sont des organes doté d'une attribution constitutionnelle spécifique. La spécificité réside dans la mise en œuvre indépendante et autonome de l'attribution constitutionnelle « *en dehors de toute subordination hiérarchique ou ingérence de la part d'autres organes* »⁶⁸. Or, rares sont les organes qui exercent les fonctions étatiques ou constitutionnelles. Le cadre organique concourant à l'exercice de la fonction étatique s'avère sélectif et exclusif dans les Etats d'Afrique noire francophone. Sont donc exclus de l'exercice de ces fonctions, les organes n'ayant pas l'habilitation de la Constitution.

Les organes constitutionnels à l'image de la définition qui a été retenue plus haut sont le fruit de l'activité du pouvoir constituant. Ils ne sauraient être assimilés à ce dernier. En effet, contrairement au pouvoir constituant qui n'a aucun fondement juridique⁶⁹, les organes constitutionnels ont une base constitutionnelle. Ils sont donc l'émanation du pouvoir constituant. Toutefois, la distinction est moins évidente entre organe constitutionnel et organes constitués.

Le concept d'organe constitué est usité par Georges Burdeau en référence à celui de pouvoir constitué cher à Sieyès⁷⁰. Montesquieu divise la puissance étatique en trois pouvoirs tels les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Il examine les titulaires de ces trois pouvoirs, c'est-à-dire le monarque, les assemblées et les tribunaux, en prenant ceux-ci tels qu'il les trouve historiquement *constitués*⁷¹.

68 E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, op.cit., p. 118.

69 « *la formation initiale de l'Etat, comme aussi sa première organisation, ne peuvent être considérées que comme un pur fait, qui n'est susceptible d'être classé dans aucune catégorie juridique, car ce fait n'est point gouverné par des principes de droit* » R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* op.cit., tome 2, p. 491.

70 G. BURDEAU, *Traité de science politique*, tome IV, op.cit., p. 187.

71 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

Mais c'est SIEYES qui va systématiser le premier le concept de pouvoirs constitués le distinguant du pouvoir constituant. Dans sa logique, il définit le pouvoir constituant comme le « pouvoir de faire la constitution » et les pouvoirs constitués comme les « pouvoirs créés par la constitution »⁷².

Les pouvoirs constitués sont donc ceux de l'Etat dont l'organisation et le fonctionnement sont définis par la constitution. C'est-à-dire qu'ils sont des pouvoirs d'exercer les diverses compétences juridiques de l'Etat dans le cadre de la constitution⁷³. De la définition des pouvoirs constitués, il faut remarquer que comme les organes constitutionnels, ils sont consacrés par la constitution. Deuxièmement, ils exercent les trois principales fonctions étatiques comme ces derniers. Ce faisant, il faut se rendre à l'évidence, que les critères de définition de l'attribution constitutionnelle des compétences dans l'exercice des fonctions étatiques manquent d'épaisseur dans la définition de l'organe constitutionnel. Il faut nécessairement trouver un autre élément qui distingue définitivement l'organe constitutionnel des pouvoirs constitués.

En fait, s'il faut se limiter à ces critères, on pourrait inférer de ce que tout organe consacré par la constitution exerçant une fonction étatique serait qualifié d'organe constitutionnel. Dans cette perspective, il y'aurait une pléthore d'organes constitutionnels notamment les hautes autorités de l'audiovisuel⁷⁴, le conseil national de la communication⁷⁵, toutes les juridictions consacrées dans la constitution entre autres. Pourtant, la question d'organe constitutionnel est élitiste et doit être suffisamment élaguée.

72 SIEYES cité par G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 3^e éd., tome IV, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 187.

73 GÖZLER(K), *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, p. 9.

74 Art. 212 de la constitution de la République démocratique du Congo.

75 Art. 94 de la constitution du Gabon.

Cela étant dit, il convient d'associer l'élément de la participation à l'équilibre des pouvoirs dans l'exercice des attributions constitutionnelles pour pouvoir identifier un organe constitutionnel. Avec ce critère, l'organe constitutionnel se distingue des pouvoirs constitués car ce n'est pas tous les pouvoirs constitués qui participent à l'équilibre des pouvoirs dans un jeu de poids et contre poids. Par voie de conséquence, si tous les organes constitutionnels sont des pouvoirs constitués puisque consacré par la constitution, tous les pouvoirs constitués ne sont pas des organes constitutionnels. Puisqu'ils ne participent pas tous au jeu de poids et contrepoids dans la séparation des pouvoirs. C'est le cas de la Cour Suprême et du Conseil économique et social qui n'entreront pas dans la catégorie d'organes constitutionnels. A la lumière ces éléments de définition, on distingue comme organes constitutionnels les institutions parlementaires, le Président de la République, le Conseil Constitutionnel, la Haute Cour de Justice. En droit camerounais on pourrait ajouter la Région, collectivité territoriale décentralisée⁷⁶ comme organe constitutionnel. Elle a un statut constitutionnel et surtout elle participe au jeu de poids et de contre poids dans l'ordonnement juridique avec son pouvoir de saisine du conseil constitutionnel pour contester la constitutionnalité des lois⁷⁷. En ce qui concerne les organes constitués, en plus des organes constitutionnels sus évoqués on peut relever selon les Etats les hautes autorités de l'audiovisuel ⁷⁸, le conseil national de la communication⁷⁹, le Médiateur de la République⁸⁰, Le conseil supérieur de la liberté de la communication, la Cour des comptes⁸¹, la commission nationale des droits de l'homme⁸².

76 Art. 55(1) de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972.

77 *Ibid.* Art. 47(3).

78 Art. 212 de la constitution de la République démocratique du Congo.

79 Art. 94 de la constitution du Gabon.

80 Art. 200 de la constitution du Congo Brazzaville art. 165 de la constitution de Côte d'ivoire de 2016.

81 Art. 130 de la constitution du mali, constitution du Gabon.

82 Art. 214 de la constitution du Congo Brazzaville.

Ceci étant contrairement aux « réserves de constitution » construites par le constituant originaire, la définition des organes constitutionnels et des organes constitués peut faire l'objet d'énoncés habilitants. A cet égard, le constituant peut habiliter le législateur à procéder à leur aménagement. Cette pratique est récurrente dans les Etats d'Afrique noire francophone où le constituant renvoie quasi-systématiquement l'aménagement d'un organe constitutionnel ou d'un organe constitué à une loi organique. Mais lorsque que ces habilitations constitutionnelles se multiplient c'est le domaine de la constitution qui se trouve affaibli⁸³. Qu'à cela ne tienne, il convient de retenir que le domaine de la constitution est bien circonscrit par le pouvoir constituant. Toutefois, l'office du juge constitutionnel contribue à son élargissement.

B- Un domaine élargi par le juge constitutionnel

Au-delà de la simple application de la constitution pour protéger son domaine, l'œuvre des juridictions constitutionnelles est en constante mutation avec l'émergence de son statut normatif. Ce statut recèle plusieurs enjeux d'importance⁸⁴ en l'occurrence l'élargissement du domaine de la constitution. Cet élargissement a trait à la manière dont le juge constitutionnel participe, par sa jurisprudence, à la diversification des sources du droit constitutionnel⁸⁵ devant servir de norme de référence au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique noire francophone révèle deux modalités par lesquelles le juge constitutionnel élargit le domaine de la constitution. Il s'agit d'une part de l'interprétation extensive des dispositions constitutionnelles (1) et d'autre part de l'élévation de certaines normes infra-constitutionnelles dans le bloc de constitutionnalité (2). Ceci

83 Voir infra.

84 J. PINI, « Simples réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2008, p. 1.

85 A. ROBLOT-TROIZIER, « Le conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus politicum* 20-21, juillet 2018.

démontre l'acuité de la fonction constituante du juge constitutionnel⁸⁶. En fait comme le pense Pierre Pactet, « *l'œuvre constituante n'est pas épuisée par le texte initial de la constitution, ses compléments et ses révisions, car il faut aussi tenir le plus grand compte de certaines décisions du Conseil constitutionnel* »⁸⁷.

1- L'interprétation extensive des dispositions constitutionnelles

En systématisant la théorie réaliste de l'interprétation, Michel Troper posait déjà l'idée selon laquelle l'interprétation est une opération de création du droit⁸⁸. Il concluait alors que le juge en interprétant la constitution se transforme en constituant⁸⁹. En effet, l'interprétation de la constitution est une opération non pas de reconnaissance de normes préexistantes mais de production de normes nouvelles⁹⁰. Ce faisant, les principes constitutionnalisés par le juge constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone sur le fondement des dispositions constitutionnelles doivent s'entendre comme étant des principes normatifs. Il s'agit bien de normes de caractère général et non écrit puisque le juge ne se fonde pas sur un texte particulier mais sur le principe même si celui-ci peut être déduit du texte constitutionnel⁹¹. A cet égard, le juge constitutionnel repose son action sur le texte de la constitution, mais crée aussi des standards qui lui permettent de s'émanciper du texte⁹². Leur originalité est qu'elles sont dégagées par le juge par voie d'extension jurisprudentielle.

86 A. WERNER « Le juge constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 117.

87 P. PACTET, « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p.1369.

88 M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmenn*, CUJAS, 1977, p. 142.

89 *Ibid.*, p. 146.

90 M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexion sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2008, p. 2.

91 D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, coll. « droit public positif », Paris, 1996, p. 433.

92 D. GNAMOU, « Juridictions constitutionnelles et normes de référence », *RCC*, n°001, 2019, p. 80.

Toutefois, cette hardiesse prétorienne dans la fonction constituante reste une proposition à l'organe légitime pour son exercice en l'occurrence le pouvoir constituant. Ce dernier par l'élaboration d'une nouvelle constitution ou sa simple révision peut écarter les parturitions du juge constitutionnel notamment dans la construction du bloc de constitutionnalité.

Qu'à cela ne tienne et en attendant leur suppression, certains principes ont été portés dans le catalogue des normes de référence au contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone. On relèvera remarquablement l'érection du principe du consensus national par rapport auquel le juge constitutionnel béninois a contrôlé la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle⁹³. Il prétend que ce consensus national, peut être tiré de certains considérants du préambule de la Constitution. Il s'agit notamment de ceux dans lesquels le peuple béninois affirme son « *opposition fondamentale à tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, la concussion, le régionalisme, le népotisme, la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel la loi constitutionnelle* ». Aussitôt découvert, le juge constitutionnel béninois a affirmé dans son deuxième considérant que « *le consensus national est un principe de valeur constitutionnelle* ». Dès lors, le respect de ce consensus national devient un principe à l'aune duquel doit s'apprécier la constitutionnalité de toute nouvelle règle de droit qui naît dans l'ordonnement juridique béninois. Par conséquent, la Cour conclut que « *la Loi constitutionnelle n° 2006-13 adoptée par l'Assemblée Nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé* » est contraire à la Constitution. N'en déplaise à d'aucun qui pense à une consécration

93 DCC n°06-074 de la Cour constitutionnelle du Bénin du 8 juillet 2006 Loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés.

d'un principe supraconstitutionnel⁹⁴, il s'agit bien d'un principe à valeur constitutionnel servant de référent au contrôle de constitutionnalité en l'occurrence d'une loi constitutionnelle. En outre, le juge constitutionnel béninois crée comme autre principe de valeur constitutionnel la représentation proportionnelle majorité/minorité⁹⁵.

De même, dans d'autres Etat d'Afrique noire francophone, le juge constitutionnel érige en valeur constitutionnelle l'un des principes matriciels du constitutionnalisme contemporain à savoir le principe de la séparation des pouvoirs. La cour constitutionnelle malienne fonde une de ses décisions sur «*le principe de valeur constitutionnelle de la séparation des pouvoirs qui exclue l'intervention du Président de la République dans la procédure législative au niveau de la discussion d'un projet ou d'une proposition de loi* »⁹⁶. Elle s'est servie de ce principe pour censurer une disposition du règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui permettait au Président de la République, chef de l'État, et non du gouvernement, de demander à l'Assemblée nationale la discussion à tout moment d'un projet ou d'une proposition de loi. Toute chose qui rehausse les principes créés par le juge constitutionnel par rapport au règlement intérieur des Assemblées. Le juge constitutionnel ivoirien pour sa part n'a fait que constater le principe de la séparation des pouvoir comme principe de valeur constitutionnelle consacré par le texte constitutionnel⁹⁷.

De son côté, le juge constitutionnel sénégalais dans la création de principes de valeur constitutionnelle estime que les restrictions apportées aux libertés fondamentales par le législateur ne sont possibles que dans la seule invocation « *d'autres principes de valeur*

94 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 336

95 Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994 (Contrôle de constitutionnalité de la loi créant la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) au Bénin)

96 Arrêt Cour Constitutionnelle du Mali n° 97-058

97 avis N° 2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005

constitutionnelle telles que la préservation de l'ordre public ou la sauvegarde de l'intérêt général »⁹⁸.

Le droit constitutionnel gabonais a inspiré une relecture du régime constitutionnel de la vacance du Président de la République. En effet, le Président de la République gabonaise Ali Bongo s'est absenté depuis plusieurs semaines dans l'exercice de ses fonctions pour des raisons de maladie au courant de l'année 2018. La constitution gabonaise en consacrant la vacance du Président de la République a simplement de façon lapidaire prévu que l'empêchement définitif entraîne la cessation des fonctions du Président de la République sans en préciser les causes ou les cas. Au regard de la paralysie des institutions que cette absence suscitait, le Premier Ministre a saisi la Cour constitutionnelle pour interpréter les dispositions de l'article 13. Celle-ci, dans son principale considérant, loin de constater l'empêchement définitif du Président de la République, a relevé la lacune constitutionnelle en raison de l'absence de dispositions sur l'empêchement provisoire. D'autorité, en assumant son pouvoir constituant par le mécanisme d'interprétation⁹⁹, la Cour constitutionnel ajoute à la constitution la disposition selon laquelle « *en cas d'indisponibilité temporaire du Président de la République pour quelque cause que ce soit, certaines fonctions dévolues à ce dernier à l'exception de celles prévues aux articles 18, 19 et 109 alinéa 1^{er}, peuvent être exercées, selon les cas soit par le vice-président de la République soit par le Premier Ministre sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle saisie par le Premier Ministre ou un dixième des membres du Gouvernement, chaque fois que nécessaire* »¹⁰⁰. Par ricochet, la raison de santé est transmutée de l'empêchement définitif à l'empêchement temporaire mais sans en être la seule.

98 Conseil Constitutionnel du Sénégal, Décision 3/C/95 du 9 juillet 1995

99 N. AKACHA, « Les techniques de participation du juge constitutionnel à la fonction constituante », in BENACHOUR(R), *Droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, 2009, p. 56

100 Décision n°219/CC du 14 novembre 2018 relative à la requête du Premier Ministre tendant à l'interprétation des dispositions des articles 13 et 16 de la constitution.

D'un autre côté, l'interprétation extensive des dispositions constitutionnelles a abouti à la consécration par certains juges africains du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. En effet, les textes constitutionnels consacrent le contrôle de constitutionnalité des lois sans expressément énumérer les lois constitutionnelles comme normes contrôlées. C'est par interprétation extensive de ses compétences que le juge constitutionnel de certains Etats intègre « *la sanction constitutionnelle* »¹⁰¹ dans le domaine de la constitution en consacrant le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. A cet égard, la Cour constitutionnelle malienne a fait preuve de hardiesse dans ce sens. En effet, elle avait été saisie par certains députés, à propos de la loi du 21 juillet 2000, portant révision de la Constitution malienne du 25 février 1992. Dans sa décision du 11 décembre 2001, la Cour constitutionnelle du Mali, se fondant sur l'article 88 de la Constitution de ce pays, s'est clairement déclarée compétente pour exercer un contrôle effectif sur les lois de révision. Selon la Cour, « *la loi portant révision de la Constitution qui est l'objet du référendum..., fait partie des autres catégories de lois prévues à l'article 88 de la Constitution ; qu'en conséquence, elle est susceptible de recours en contrôle de constitutionnalité...* »¹⁰². De même, le juge constitutionnel béninois en opérant un revirement jurisprudentiel¹⁰³, déclarait, en effet que : « *même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commande que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle ; qu'en conséquence [...] la loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006*

101 E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, Paris, 2016, 699 pages.

102 DCC n° 1-128 des 11 et 12 décembre 2001, Loi n° 00-54/AN-RM du 21 juillet 2001, portant révision de la Constitution du 25 février 1992.

103 DCC, 00-001 du 7 janvier 2000.

sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé [...] est contraire à la constitution... »¹⁰⁴.

Cette hardiesse des juges malien et béninois contraste avec la réticence expresse du juge sénégalais¹⁰⁵ d'étendre le contrôle de constitutionnalité aux lois constitutionnelles. Qu'à cela ne tienne, il n'est pas exclu que cette sanction constitutionnelle puisse être adoptée de manière systémique dans les Etats d'Afrique noire francophone fort du dynamisme du juge constitutionnel. Ce dynamisme se révèle par l'élévation des normes infra-constitutionnelles dans le bloc de constitutionnalité qu'il opère également pour étendre le domaine de la constitution.

2- L'élévation des normes infra-constitutionnelles dans le bloc de constitutionnalité

La création du bloc de constitutionnalité par le juge constitutionnel participe de l'élargissement du domaine de la constitution. En effet, utilisée par la plupart des juristes français, l'expression de « bloc de constitutionnalité » est une pure construction doctrinale et dogmatique, élaborée à partir de l'étude de la jurisprudence. L'expression apparaît pour la première fois sous la plume de Claude Emeri et Jean-Louis Seurin commentant à la *Revue du droit public*, la décision n° 69-37 DC du 20 novembre 1969 du Conseil constitutionnel¹⁰⁶. Les auteurs entendaient mettre en évidence le fait que, dans cette décision, la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires s'apprécie « *tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des normes législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de premier alinéa de l'article 92 de la*

104 DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

105 I. A. FALL, in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, Crédila, 2008 p. 247 et ss. ; T. ONDO, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RDIDC* 2009, n°1, p. 130 et ss.

106 CC n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, cons. 22.

Constitution »¹⁰⁷. Le sens de l'expression se transforme lorsqu'elle est reprise par Louis Favoreu, particulièrement dans son article sur le « principe de constitutionnalité »¹⁰⁸, pour rendre compte des conséquences découlant de la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association¹⁰⁹. Le « bloc de constitutionnalité » est en effet défini comme étant l'« ensemble des principes et règles de valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif »¹¹⁰. Il s'agit donc des « dispositions de valeur constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel doit assurer le respect »¹¹¹. En France, font partie du bloc de constitutionnalité, la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le préambule de la constitution de 1946, les principes fondamentaux et la charte de l'environnement de 2004.

La pratique de la constitution des textes constitutionnels en bloc s'est clairement exporté et émancipée en Afrique noire francophone. Dans les Etats de cette partie du continent, considérant l'appréhension du bloc de constitutionnalité, *il s'agit comme en France du bloc des normes juridiques sur la base duquel le juge constitutionnel exerce son office*. Adopté par les juridictions constitutionnelles de ces Etats, le bloc est élargi par « l'insertion des normes dérivées »¹¹². Au-delà de la définition des principes à valeur constitutionnelle, le juge constitutionnel a érigé à la dignité constitutionnelle des certaines normes infra constitutionnelles par nature.

107 CC n° 69-37 DC du 21 novembre 1969, Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale.

108 L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges C. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 35.

109 CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

110 L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », *op.cit.*, p. 87.

111 G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 35, en part. p. 49.

112 L.P. GUESSELE ISSEME, « Les normes dérivées de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone », *RADSP*, Vol V, n° IX- jan.- juin 2017, p. 109.

A cet égard, certaines lois organiques, les dispositions des règlements d'Assemblée complétant la constitution et les normes internationales de référence comptent parmi les normes rangées dans le bloc de constitutionnalité par le juge constitutionnel africain.

En effet, s'agissant des lois organiques, elles n'ont pas toute valeur constitutionnelle. Les juges constitutionnels des Etats d'Afrique noire francophone ont procédé à une sélection parmi les lois organiques auxquelles les constitutions renvoient pour préciser son contenu. De cette sélection il ressort pour l'essentiel que seules les lois organiques relatives à l'organisation et au fonctionnement des Cours Constitutionnelles font parties du bloc de constitutionnalité¹¹³. Le juge constitutionnel béninois y ajoute le code électoral comme référence par rapport auquel il opère le contrôle de constitutionnalité¹¹⁴. Le juge constitutionnel ivoirien pour sa part indique en substance que les lois relatives à l'organisation de la juridiction judiciaire sont des lois organiques et sont par conséquent, insérées dans le bloc de constitutionnalité¹¹⁵.

Cependant, pour ce qui est du règlement intérieur des Assemblées parlementaire sa valeur constitutionnelle n'est pas systématique ou alors global. D'entrée, le juge constitutionnel en l'occurrence du Bénin n'a rejeté son intégration dans le bloc de constitutionnalité¹¹⁶ conformément au droit français¹¹⁷. C'est ultérieurement que le règlement intérieur des Assemblées a acquis valeur constitutionnelle mais seulement pour ses seules dispositions portant application

113 Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-019 du 20 février 1998, *Me FELIHO Jean* « ... Considérant que la disposition précitée de la Loi organique (sur la Cour Constitutionnelle) ... forme avec la Constitution le bloc de constitutionnalité ... » et qu'il « apparaît que le texte déferé a été pris sur le fondement des dispositions du bloc de constitutionnalité que forment la Constitution et la loi organique sur la Cour Constitutionnelle... » ; Chambre Constitutionnelle de la Cour Suprême du Burkina-Faso, Décision n° 2007-03/CC du 04 juillet 2007, 8ème Considérant.

114 Cour constitutionnelle du Bénin, Décision n°3, DC du 02 juillet 1991.

115 Décision n°CI-2014-140/04-07/CC/SG du 04 juillet 2014 (Côte d'Ivoire).

116 Décision DCC 10-94 du 09 mai 1994 *Gbenou Tonwas Jean*.

117 D. ROUSSEAU, P-Y GADHOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel, op.cit.*, p.231.

de la constitution¹¹⁸. A partir de cette insertion partielle au bloc de constitutionnalité il est déjà possible d'inférer de l'infériorité du règlement intérieur par rapport aux autres normes dérivées. Toutefois, cette inférence doit être confirmée avec la théorie kelsenienne de la validité des normes dans un ordre pyramidal.

Mieux encore, le juge constitutionnel africain a érigé en norme de référence une convention internationale non constitutionnalisées. A cet égard, au Bénin, le juge constitutionnel a fait référence au Protocole additionnel A/SP1/12/O1 du 21 décembre 2001 de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) pour considérer que le vote de la loi d'abrogation de la loi sur la Liste Electorale Permanente Informatisée (LEPI) et le Recensement Electoral National Approfondi (RENA) viole les exigences dudit protocole en matière de transparence et de fiabilité de la liste électorale¹¹⁹. Par cette technique de contrôle, il conjugue *la constitutionnalité d'une loi à sa conventionalité* et par là il propose le protocole additionnel au rang des conventions internationales constitutionnalisées.

Ceci étant, on peut constater que le juge constitutionnel de l'Afrique noire francophone est acteur non négligeable dans la définition du domaine de la constitution au côté du pouvoir constituant. Son activité jurisprudentielle participe à l'enrichissement permanent de la constitution. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le domaine de la constitution se trouve affaibli au regard de certains facteurs.

118 Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC O1-013 du 29 janvier 2001, *Sanny Babatoundé*.

119 Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 10-049 du 05 avril 2010 (Contrôle de constitutionnalité de la loi d'abrogation de la loi sur la LEPI et le RENA).

II-UN DOMAINE AFFAIBLI

Loin du formalisme que présentent ces « *belles constructions juridiques* »¹²⁰ dans les États africains, la condition de la Constitution a subi d'énormes transformations ces dernières années en Afrique. Elle s'est détériorée au point qu'il est permis aujourd'hui de s'interroger sur l'emprise qu'elle garde encore dans la réalité sur l'État, ses représentants et leurs activités tant son domaine se trouve de plus en plus affaibli aussi bien par la multiplication des normes de renvois (A) que par l'émergence des accords politiques comme constitutionnalisme alternatif¹²¹ (B).

A-La contraction du domaine de la constitution par la multiplication des normes de renvoi

« Normes dérivées »¹²² pour certains, « normes visées »¹²³ pour d'autres, les normes de renvoi sont des normes qui ne sont pas énoncées dans le texte constitutionnel mais auxquels ce dernier fait référence¹²⁴. Ainsi, ces dispositions constitutionnelles de renvoi constituent des normes d'habilitation à des normes extérieures à la constitution pour aménager cette dernière. Il peut s'agir des lois organiques des règlements d'Assemblée parlementaire et même des lois ordinaires. Les constitutions des États d'Afrique noire francophone utilisent largement cette technique de renvoi qui contribue fortement à la dégradation de la norme constitutionnelle avec le resserrement de son domaine. Ceci s'explique donc par la dispersion du domaine

120 Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régime juridique et système politique », *RBSJA*, 2006, n° 16, p. 31.

121 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n° 90, 2012, p. 73.

122 L. P. GUESSÉLÉ ISSÉMÉ, « Les normes dérivées de la constitution dans les États d'Afrique noire francophone », *RADSP*, Vol V, n° IX- jan.- juin 2017, pp. 89-122.

123 A. ROBLLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, recherche sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 65, 2005, p. 1.

124 *Ibid.*

de la constitution dans les normes infra-constitutionnelles (1) avec comme effet juridique la déconstitutionnalisation des matières aménagées par les normes visées (2)

1- La dispersion du domaine de la constitution dans les normes infra-constitutionnelles de renvoi

« *Le droit devient clair parce qu'à la place d'un droit éparpillé, on trouve un droit rassemblé matériellement dans un même texte ou plusieurs mais toujours selon un regroupement logique et systématique* »¹²⁵. Or, l'unité alléguée du bloc de constitutionnalité semble un leurre dans les Etats d'Afrique noire francophone tant les normes visées qui le constituent diffusent l'idée de constitution en idées éparses. Logiquement, cette diffusion se fait par le truchement de plusieurs normes infra-constitutionnelles reflétant chacune une idée partielle de la constitution initiale. A cet égard, on constate dans le droit constitutionnel des Etats sous étude que chaque organe constitué est réglementés par une loi organique. Bien plus, le statut de certains organes constitués est éparpillé dans plusieurs lois ordinaires.

En effet, pour ce qui est des lois organiques, leur substrat notionnel renseigne suffisamment sur la limitation de leur objet. D'après le Lexique des termes juridiques, une loi organique est une « *loi votée par le Parlement pour préciser ou pour compléter les dispositions de la Constitution* »¹²⁶. La plupart des constituants, loin de donner une définition précise de la notion de loi organique, préfèrent recourir à une formule plutôt laconique : « *une loi organique est une loi à laquelle la Constitution confère le caractère de loi organique* »¹²⁷.

125 S. LAMOUREUX, « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC*, n°48, 2001 p.802.

126 R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 17e éd, Paris, Dalloz, p.442.

127 Art. 97 de la Constitution béninoise, art 46 de celle française et art 78 de celle sénégalaise.

Mais ce laconisme révèle sans ambages la supériorité de la constitution dans sa volonté de définir souverainement le contenu des lois organiques devant préciser son œuvre constituante. Par cette disposition, il paraît lisiblement que le législateur organique ne prolonge l'idée de constitution qu'avec parcimonie. Dans ce sens au Sénégal, le constituant habilite une loi organique à aménager le régime électoral des assemblées parlementaires¹²⁸ et la délégation exceptionnelle du vote au sein de cet organe¹²⁹. Il en est de même de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux¹³⁰ et du Haut Conseil des collectivités territoriales¹³¹. Au Bénin, le constituant habilite à une loi organique, le soin de déterminer l'organisation, le fonctionnement, la procédure à suivre devant la Cour constitutionnelle¹³² à l'image de tous les autres organes constitués, et les conditions de recours au référendum¹³³. L'on retrouve le prolongement de cette idée avec quelques variables chez le constituant congolais. Ce dernier laisse également à une loi organique, le soin de présenter le budget général de l'Etat¹³⁴. Dans la même veine, il convient de remarquer avec emphase le cas d'éparpillement du statut d'un organe constitué dans plusieurs normes dérivées de la constitution. En d'autres termes, certains constituants africains visent plusieurs normes pour préciser le statut d'un même organe constitué. C'est le cas des Assemblées parlementaires. Ainsi pour la même institution parlementaire, le constituant malien renvoie l'organisation et le fonctionnement du bureau du parlement au règlement intérieur¹³⁵. Mais aussi associe-t-il les lois organiques pour

128 Art. 60 de la Constitution du Sénégal de 2001 révisée en 2008.

129 *Ibid.* Art. 67.

130 *Ibid.* art. 62.

131 *Ibid.*, art. 66-1.

132 Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990 « *« Une Loi organique détermine l'organisation et le fonctionnement de la cour constitutionnelle, la procédure suivie devant elle, notamment les délais pour sa saisine de même que les immunités et le régime disciplinaire de ses membres ».*

133 *Ibid.* art. 4.

134 Articles 213 de la Constitution du 6 novembre 2015 du Congo Brazzaville.

135 Art. 63 de la constitution du Mali révisée en 2017.

fixer les conditions de remplacement des parlementaires appelés au gouvernement¹³⁶, pour autoriser exceptionnellement la délégation de vote des membres du parlement¹³⁷. C'est également une loi organique qui doit fixer le nombre des membres des deux Assemblées, leurs indemnités, le régime d'inéligibilité et des incompatibilités¹³⁸. De même en Côte d'Ivoire, le constituant renvoie en plus du règlement intérieur de chaque chambre du parlement, l'organisation du vote d'une loi de finance, la fixation du nombre de membres de chaque chambre, le montant des indemnités et les avantages parlementaires à diverses lois organiques.

En outre, la volonté constituante de disperser son contenu entre les normes visées se vérifie avec la délimitation de l'objet des règlements des Assemblées. Les constituants d'Afrique noire francophone¹³⁹ convergent tous vers la matière d'organisation et de fonctionnement des chambres du Parlement aux règlements intérieurs de celles-ci. Cette matière constitutionnelle ne concerne que la fixation du statut d'un pouvoir public constitutionnel en l'occurrence le Parlement. Encore que certaines règles d'organisation et de fonctionnement du parlement sont fixées par le constituant lui-même et simplement reprises par les règlements intérieurs. Il en est ainsi de la détermination du nombre de sessions ordinaires, leur durée des modalités de convocation des sessions extraordinaires¹⁴⁰. A contrario le constituant délimite l'objet du règlement intérieur à la composition, les règles de fonctionnement du Bureau ainsi que les pouvoirs et prérogatives de son Président; à la détermination du nombre, le mode de désignation, la composition, le rôle et la compétence de ses commissions permanentes ainsi que celles qui sont spéciales et temporaires. Il en est de même de la

136 *Ibid.*, art. 57.

137 *Ibid.* art. 62.

138 *Ibid.* art. 63.

139 Art. 54 de la constitution du Togo, art. 89 de la constitution du Bénin, art. 114 de la constitution du Congo.

140 Art. 88 de la constitution du Bénin ; art. 14 et suivant de la constitution du Cameroun révisée en 1996.

création de commissions d'enquêtes parlementaires dans le cadre du contrôle de l'action gouvernementale; de l'organisation des services administratifs et le régime de discipline des députés au cours des séances de l'Assemblée.

Toutefois, il convient d'observer que les textes épars auxquels renvoie le constituant entravent l'équilibre de la constitution dans son ensemble. Certes, ils permettent de bénéficier des clarifications ultérieures, mais, ils la dépossèdent cependant de l'agencement ordonné des règles que son auteur lui a donné au stade initial. La constitution est compartimentée en plusieurs parties choisies à l'avance par le constituant. Ceci donne alors au texte de base différents niveaux qui entament sa structure. En créant un réseau de normes dérivées en charge de parachever son œuvre, le constituant érige la constitution en un simple catalogue¹⁴¹. Cet éclatement du texte constitutionnel rend difficile l'accès à son contenu. Dans un contexte africain où la publicité reste une véritable gageure, le recours fréquent aux normes dérivées ne peut que rendre la tâche encore plus ardue pour les destinataires de la norme. Quoique ne partageant pas totalement le point de vue d'une certaine doctrine, on peut admettre en partie avec elle que « *l'idée d'une constitution écrite devrait si l'on était conséquent, en rester à celle d'une codification close* »¹⁴².

Mais cette inférence est somme toute radicale pour résoudre le problème que pose l'éclatement de l'idée de constitution entre plusieurs blocs. La solution française peut être instructive à cet égard. En effet, le constituant français à la différence des constituants dans les Etats d'Afrique noire francophone privilégie les annexes au texte constitutionnel du 4 octobre 1958¹⁴³. Trois textes essentiels sont annexés à ce dernier. Il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme

141 A. ROBLOF-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, recherche sur la constitutionnalité par renvoi*, op.cit., p. 11.

142 C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1927, p. 144.

143 G. GRUNBERG et R. ROBERT, *La Constitution*, Paris, Michalon, coll. Le bien commun, 2010, p.23.

et du citoyen, du 26 août 1789, du préambule de la constitution de 1946, la charte de l'environnement de 2004. Les Etats d'Afrique noire francophone pourraient faire leur la technique des annexes des composantes du bloc de constitutionnalité au risque de voir d'importantes matières de la constitution déconstitutionnalisées du fait de leur aménagement par les normes infra-constitutionnelles.

2- La déconstitutionnalisation des matières aménagées par les normes visées par la constitution

Lorsque la constitution renvoie à un texte qui n'a pas la forme constitutionnelle, les normes qu'il contient ne sont pas constitutionnalisées par l'effet du renvoi. En effet, les normes visées jouissent d'une valeur juridique correspondant à celle qui s'attache au texte qui les porte c'est-à-dire qu'en dépit de la référence explicite que la constitution leur consacre, elles conservent leur valeur juridique originaires. Dans ce cas, elles peuvent être modifiées ou abrogées dans le respect du principe du parallélisme des compétences et des formes. Selon ce principe, l'autorité compétente pour modifier ou abroger une norme est celle qui est compétente pour l'édicter ; et la modification et l'abrogation doit se faire dans les mêmes formes que celles qui sont imposées pour l'édiction de la norme¹⁴⁴. A cet égard, les normes visées par la constitution n'ont pas valeur constitutionnelle notamment parce que leur modification et leur abrogation peuvent être réalisées en dehors de la mise en œuvre de la procédure de révision constitutionnelle¹⁴⁵. Toute chose qui entraîne une déconstitutionnalisation des matières aménagées par les normes infra-constitutionnelles.

144 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, Paris, 2011, p. 725.

145 A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, recherche sur la constitutionnalité par renvoi*, *op.cit.*, p. 218.

Ainsi, le droit constitutionnel camerounais est assez révélateur de la déconstitutionnalisation importante des matières constitutionnelles au profit des lois ordinaires. En effet, le constituant renvoie l'aménagement de la quasi-totalité des organes constitutionnels à l'édition d'une simple loi ordinaire. Le domaine par renvoi implicite du constituant au législateur ordinaire est si important¹⁴⁶ que la technique de renvoi tend à enrichir le domaine de la loi.

Le cas des lois organiques et des règlements d'assemblées parlementaires visés par la constitution pourrait présenter une appréhension différente de celle des lois ordinaires. En fait, ces normes de renvoi intègrent également une procédure qui concilie certains aspects complexes de la révision constitutionnelle pour enclencher leur modification. Bien qu'elles soient initiées par le législateur organique en l'occurrence le parlement, elles ne s'écartent pas de la procédure rigide de leur élaboration, caractéristique de l'œuvre constituante. Ainsi au Bénin, le constituant habilite le parlement à voter et à modifier une loi organique suivant une procédure rigide. A cet égard, le projet ou la proposition ne peut être soumis(e) à la délibération de l'assemblée que dans un délai de quinze jours suivant son dépôt. Il est exigé une majorité qualifiée. Sa promulgation est conditionnée par la déclaration de la Cour constitutionnelle. Sur ce dernier point, le constituant béninois affirme en substance que : « *Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après délibération de la Cour constitutionnelle* »¹⁴⁷. Au Burkina Faso, il ressort clairement que la loi à laquelle le constituant confère le caractère organique est votée à la majorité absolue et promulguée après déclaration de sa conformité avec la constitution par le conseil constitutionnel. Cette qualité est conférée aux lois de finances¹⁴⁸.

146 S. T. BILOUNGA, « La crise de la loi en droit public camerounais », Les Annales de droit, n°11, 2017, p. 32.

147 Article 97 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990.

148 Article 97 de la Constitution du Burkina Faso révisée en 2015.

L'on retrouve la lettre et l'esprit de cette illustration en droit centrafricain¹⁴⁹, togolais¹⁵⁰ et gabonais¹⁵¹. La plupart des Etats d'Afrique noire francophone consacrent l'initiative partagée du projet ou de la proposition de la loi organique. La délibération et le vote ressortissent quant à eux, exclusivement de la compétence du parlementaire. Cette complexité s'entrevoit également en ce qui concerne les règlements d'assemblée parlementaire.

Or une analyse minutieuse de la procédure plus ou moins rigide d'élaboration et de révision des lois organiques et des règlements d'assemblées parlementaires permet de la distinguer clairement de la procédure de révision constitutionnelle. Contrairement à celle-ci, la procédure d'élaboration des lois organiques et des règlements d'assemblées parlementaires est moins complexe dans la mesure où elle n'intègre pas de caractère solennel. En effet, la rigidité de la procédure de révision constitutionnelle concerne aussi bien la complexité que la solennité. Celle-ci renvoie d'une part à la constitution des chambres du parlement en congrès. Lorsque le parlement est monocaméral la solennité se manifeste par l'approbation du projet de révision par référendum. Aucun de ces aspects n'étant consacré pour la révision des lois organiques et des procédures plus ou moins rigide d'élaboration et de révision des lois organiques et des règlements d'assemblées parlementaires, il convient de conclure à la déconstitutionnalisation des matières que ces normes de renvoi aménagent.

Dans cette mouvance de multiplication des normes visées induisant la déconstitutionnalisation de certaines matières constitutionnelles, il faut relever avec une pointe de curiosité le cas congolais. En effet, le constituant du Congo Brazzaville après avoir consacré sommairement la procédure de révision constitutionnelle, renvoie la

149 Articles 58 et 72 de la Constitution de la République centrafricaine du 30 Mars 2016.

150 Article 92 de la Constitution du Togo du 31 décembre 2002.

151 Articles 54 et 60 de la Loi n°13/2003 du 19 Août 2003 portant Constitution de la République du Gabon.

détermination complète de cette procédure à la charge du législateur organique¹⁵². Cet exemple à lui seul illustre la réduction du domaine de la constitution avec la technique du renvoi. Celle-ci participe à l'allègement de la rigidité de la constitution avec une procédure de révision constitutionnelle déposséder de sa forme constituante.

Etant dépossédé de la valeur constitutionnelle, les normes de renvoi, dans l'ordonnancement juridique voient leur sort laissé à l'appréciation du juge constitutionnel. Ce dernier en Afrique noire francophone n'érige pas systématiquement les dispositions constitutionnelles de renvoi à la dignité constitutionnelle. Il procède au cas par cas en sélectionnant tantôt parmi les lois organiques tantôt parmi les dispositions des règlements d'assemblée parlementaires celles qui sont rattachées au bloc de constitutionnalité. Ce procédé discrétionnaire d'élévation des normes visées à la dignité constitutionnelle laisse des pans importants du domaine de la constitution soit au législateur organique soit au législateur ordinaire. Par voie de conséquence, c'est la suprématie de la constitution qui se trouve menacée. Le juge constitutionnel africain gagnerait peut-être à s'inspirer de son homologue français qui a pu juguler selon une technique de contrôle la contraction du domaine de la constitution par le phénomène de multiplication des normes visées.

En fait, en droit français, le juge constitutionnel procède au « contrôle de constitutionnalité médiatisé »¹⁵³ pour rattacher les dispositions constitutionnelles de renvoi parmi les normes de référence au contrôle. Selon Agnès Roblot-Trozier l'existence du contrôle de constitutionnalité médiatisé s'explique par le traitement différencié des normes de référence du contrôle exercé par le juge constitutionnel. A cet égard, le juge constitutionnel français part du principe qu'il existe un bloc de supralégalité qui contient des normes

152 Art. 242 de la Constitution du Congo Brazzaville de 2015.

153 A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, recherche sur la constitutionnalité par renvoi, op.cit.*, p. 195.

qui sont toutes susceptibles d'être des normes de référence au contrôle de constitutionnalité mais dont certains ont valeur constitutionnel et d'autres non¹⁵⁴. Il s'agit donc d'un contrôle de constitutionnalité indirecte mais que le juge constitutionnel français opère avec la même rigueur qu'un contrôle de constitutionnalité classique¹⁵⁵. Ce faisant même si le juge constitutionnel s'inspire de cette hardiesse, il doit également faire face à l'émergence des accords politiques comme autre facteur de limitation du domaine de la constitution.

B- L'immixtion des accords politiques dans le domaine de la constitution

« Les prescriptions ayant valeur ou portée constitutionnelle ne sont plus *stricto sensu* dans la Constitution ni même *lato sensu* dans le bloc de constitutionnalité. Il faudra élargir la recherche de ces normes à valeur ou portée constitutionnelle au-delà du champ constitutionnel classique et les trouver dans les accords politiques »¹⁵⁶. A la lumière de ces déclarations, la doctrine africaine posait déjà la base d'une réflexion devant déboucher sur le rétrécissement du domaine de la constitution par l'émergence des accords politiques. Le professeur Atangana Amougou en a esquissé une définition essentielle¹⁵⁷. Parlant plutôt d'accords de paix, l'auteur s'attache en effet à les présenter comme des conventions conclues entre les protagonistes d'une crise interne dans le but de la résorber. Qu'il s'agisse d'un constitutionnalisme alternative¹⁵⁸ pour certains ou d'un conventionnalisme constitutionnelle¹⁵⁹ pour d'autres, les accords politiques sont davantage considérés comme des « *normes destinées*

154 *Ibid.*, p. 218.

155 A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française, recherche sur la constitutionnalité par renvoi*, *op.cit.*, p. 236.

156 F.-J. AIVO, « La crise de la normativité de la constitution en Afrique », *op.cit.*, p. 157.

157 J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique » (2008) 3 *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 1723 à la p 1743.

158 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n°90, 2012, p. 79.

159 F.-J. AIVO, « La crise de la normativité de la constitution en Afrique », *op.cit.*, p. 151.

à suppléer les insuffisances ou carences du texte constitutionnel »¹⁶⁰. A cet égard, le contenu des accords politiques rend compte de la redéfinition des règles d'exercice des fonctions étatiques (1). Mieux encore, dans certains cas le juge constitutionnel africain l'érige en norme de référence au contrôle de constitutionnalité (2).

1- La redéfinition des règles d'exercice des fonctions étatiques

La mise en œuvre des accords politiques a généré des nouvelles règles étrangères à la Constitution. Ceci a eu pour conséquence, au plan strictement juridique, le gel partiel de la Constitution et le triomphe du compromis politique dont les dispositions sont substituées à la norme fondamentale¹⁶¹. C'est sur cette base, surtout dans le respect du compromis politique consolidé dans l'accord, que les dispositions constitutionnelles sont modifiées, contournées, abrogées de fait, améliorées ou protégées. Ces dispositions conventionnelles parviennent par le jeu des acteurs politiques à modifier l'ordre constitutionnel initialement établi. Il en est ainsi des règles d'exercice des fonctions étatiques qui, comme on l'a précisé plus haut relève du domaine de la constitution. En effet, si les accords politiques présentent essentiellement la vertu de résoudre les crises constitutionnelles, leur application conduit généralement à une remise en cause de la structure institutionnelle des organes constitués de certains États d'Afrique en l'occurrence la modification des attributions constitutionnelles du Président de la République et du parlement. De ce fait, ce sont les fonctions exécutive et législative des organes constitués concernés qui se retrouvent redéfinies.

Relativement à la redéfinition des règles d'exercice de la fonction exécutive, les accords politiques consacrent l'émiettement de la

160 Lemaire (F), « les conventions de la constitution dans le système juridique français », *RFDC*, n°98, 1998, p. 465.

161 A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janvier 2003 », *RRJ-Droit prospectif*, 2005, pp. 2522-2523.

fonction présidentielle entre les acteurs de la négociation. En effet, source de convoitise aigüe et donc de grand enjeu politique, les fonctions présidentielles sont les plus importantes dans les Etats à régime présidentieliste. C'est en vertu de cette position essentielle dans l'ordonnement institutionnel du Président de la République que ses fonctions retiennent l'attention dans les négociations politiques pour apaiser les tensions après la crise post-électorale. Ces négociations aboutissent au partage de la fonction présidentielle entre les différents protagonistes de la crise politique. Dans le cadre des arrangements politiques, le pouvoir exécutif d'abord, dans sa nature, passe réellement du monocéphalisme en période normale au bicéphalisme en période de crise. Dans certains régimes présidentielistes, caractérisés ordinairement par la personnalisation du pouvoir d'État¹⁶², on révèle même une *désacralisation* de la fonction présidentielle¹⁶³, marquée par un réexamen du statut du Président de la République¹⁶⁴. L'exemple ivoirien semble particulièrement instructif de ce point de vue. On peut relever en effet une certaine redistribution des cartes au sein du pouvoir exécutif, à l'occasion de la conclusion d'arrangements politiques dans le cadre de la résolution de la crise ivoirienne¹⁶⁵. La formation du gouvernement, à la tête duquel le Premier Ministre n'est plus seulement un *primus inter pares*, prend une forme hétéroclite et consensuelle. Le chef de l'État n'est plus véritablement le chef du gouvernement. Il n'est plus en réalité, pour reprendre la formule consacrée par l'article 41 de la *Constitution ivoirienne*, le détenteur exclusif du pouvoir exécutif. Les accords lui retirent sa compétence constitutionnelle de nommer et de démettre discrétionnairement le premier ministre.

162 G. CONAC, « Portrait du chef de l'État » (1983) 25 *Pouvoirs* 121 aux p 121 et s.

163 P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les états africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *MCGILLAW JOURNAL ~ Revue de droit de MCGILL*, 2012, p. 935.

164 A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » *RFDC*, n°52, 2002 p. 729.

165 Crise militaro-politique ivoirienne débutée le 19 septembre 2002 et achevée, selon les discours officiels, le 11 avril 2011 à la suite de violentes contestations post-électorales.

Ce dernier voit ainsi son statut être solidifié¹⁶⁶. Dans cette mouvance, les attributions du Président de la République et du Premier Ministre s'en trouvent inévitablement redistribuées au profit de ce dernier. Ce fut le cas en République démocratique du Congo, où contrairement aux habitudes institutionnelles consacrées, la présidence du conseil des ministres relevait de la compétence du Premier Ministre par principe et exceptionnellement du Président de la République. Mais c'est surtout dans la crise ivoirienne que « le renversement du sens de la roue »¹⁶⁷ politico-institutionnelle est juridiquement surprenant. La portée de cette « évolution vertigineuse »¹⁶⁸ paraît bouleversante : le premier ministre, naguère simple exécutant, est devenu un décideur. Et ses rapports avec le chef de l'État passent ainsi du duo au duel, de la collaboration à la compétition, ouvrant la voie à une insoumission du chef du gouvernement au président.

Au-delà de la fonction présidentielle, les règles d'exercice de la fonction législative ont également modifiées par les compromis politiques. Il s'agit notamment des règles de désignation des parlementaires totalement en déphasage avec les principes démocratiques. Le parlement constitue dans le constitutionnalisme africain le principal contrepoids du Président de la République dans l'exercice de sa fonction législative et de contrôle de l'action du gouvernement. A cet égard, ces fonctions parlementaires intéressent

166 Surtout à la suite de l'accord politique de Ouagadougou du 4 mars 2007, obtenu à la faveur d'un dialogue direct entre les principaux protagonistes de la crise ivoirienne débutée le 19 septembre 2002. Le chef de l'ex-rébellion, M. Guillaume Soro, nommé alors premier ministre par le président Laurent Gbagbo, exerça les fonctions de chef du gouvernement jusqu'aux élections de sortie de crise d'octobre et de novembre 2010.

167 P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les états africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *op.cit.*, p. 937

168 Jean du Bois de Gaudusson rappelle que l'accord exige du président de la République qu'il délègue certaines de ses prérogatives au premier ministre et au gouvernement dirigé par ce dernier. L'exemple évoqué précédemment, sur les questions militaires, peut être cité à nouveau, car la responsabilité de la restructuration de l'armée, contrairement à ce que laissent entendre les dispositions constitutionnelles, se trouve confiée au gouvernement et retirée au chef de l'État (Gaudusson, « L'accord de Marcoussis », en droit et politique », *Afrique contemporaine* n°2, 2003, p. 34).

aussi les protagonistes de la crise politique comme objet de négociation dans l'optique d'apaiser les tensions.

Le cas de la République Démocratique du Congo est très instructif avec l'accord global et inclusif de 2002 qui prévoit notamment la répartition des sièges du parlement entre les acteurs de la crise. Ainsi, les 500 sièges qui composent l'Assemblée nationale étaient ainsi répartis: 94 à chacune des 5 composantes, 15 au RCD-ML en proie à des scissions, 5 au RCD-N et 10 aux Maï-Maï¹⁶⁹. Le Sénat étant composé de 120 sénateurs, la répartition était alors de 22 sénateurs pour chacune des 5 composantes, 4 RCD-ML, 2 RCD-N et 4 au Maï Maï. En ce qui concerne les bureaux des chambres, le bureau de l'Assemblée nationale présidé par le MLC et le bureau du Sénat présidé par la société civile et à part égalitaire dans la mesure où les 5 composantes et les 3 entités La participation des composantes et des entités du dialogue inter-congolais au Sénat est fondée sur le principe de leur participation au dialogue inter-congolais de Sun-City. En ce qui concerne les bureaux des chambres, le bureau de l'Assemblée nationale présidé par le MLC et le bureau du Sénat présidé par la société civile et à part égalitaire dans la mesure où les 5 composantes et les 3 entités¹⁷⁰ avaient chacune une responsabilité. Cela étant, les conventions de sortie de crise, dans la majorité des situations observées, ont pour finalité un partage du pouvoir d'État entre les parties à la convention. Toute chose qui empiète résolument dans le domaine de la constitution. Le juge constitutionnel renforce la position des accords politiques dans l'ordre juridique en les intégrant dans les normes de référence au contrôle de constitutionnalité.

169 E.H. МВОДИ, «La constitution de la transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République démocratique du Congo », *op.cit.*, p. 456.

170 L'accord global et inclusif.

2- L'érection des accords politiques en norme de référence au contrôle de constitutionnalité

Les accords politiques marquent leur prégnance dans l'aménagement de la matière constitutionnelle avec leur érection en norme de référence au contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel. En effet, c'est surtout par leur intégration au bloc de constitutionnalité que les accords politiques signalent leur immixtion dans le domaine de la constitution. Même si l'incorporation des normes conventionnelles au texte juridique replace la constitution dans son statut de loi suprême de l'État. Cette adjonction des accords politiques au bloc de constitutionnalité désigne une opération de syncrétisme constitutionnel, consistant dans l'association entre la constitution et les accords politiques pour féconder la loi fondamentale.

Toutefois, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de l'intégration des accords politiques dans le bloc de constitutionnalité tant leur existence dans l'ordre juridique est généralement très brève. On a pu parler, dans le contexte des États africains en crise, de succession des conventions politiques, pour souligner leur caractère épisodique, provisoire et éphémère. Un auteur rappelle utilement que ces compromis ou ces arrangements sont des actes transitoires¹⁷¹, dont la vie et la survie dépendent de la volonté des acteurs du jeu politique, ainsi que de l'évolution même de la crise. A cet égard, le juge constitutionnel ne peut intégrer tout type d'accord politique dans le bloc de constitutionnalité. De ce fait, il est possible d'inférer de ce que le juge constitutionnel n'érige en norme de référence au contrôle de constitutionnalité que les accords politiques dont le

171 la J-L ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *op.cit.*, p 1744.

contenu constitue « une option fondamentale »¹⁷² pour l'organisation et le fonctionnement de l'Etat.

C'est dans cette mouvance que le juge constitutionnel burundais a érigé l'accord d'Arusha en norme de référence au contrôle de constitutionnalité. Le 25 avril 2015, le congrès du parti CNDD-FDD (Conseil national pour la défense de la démocratie – Forces de défense de la démocratie) a élu Pierre Nkurunziza comme son candidat aux élections présidentielles. Le 27 avril 2015, quatorze membres du Sénat ont introduit une requête devant la Cour Constitutionnelle ayant comme objet « une action en interprétation des articles 96, 302 de la Constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005 ». La question précise à laquelle la Cour est invitée à s'exprimer par les requérants est la suivante : « Le renouvellement une fois de l'actuel mandat présidentiel de cinq ans est-il ou non conforme à la Constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005 ? ».

En exerçant son pouvoir d'interprétation, le juge constitutionnel burundais argue de ce que « Attendu que les accords d'Arusha pour la paix et la réconciliation, sans être supra-constitutionnel en constitue tout de même le socle surtout dans sa partie relatives aux principes constitutionnels ; Que celui qui violerait les grands principes constitutionnels de ce dernier ne pourrait pas prétendre respecter la constitution »¹⁷³.

172 Le juge constitutionnel béninois a consacré ce principe dans sa Décision DCC11-067 du 20 octobre 2011 à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité. Elle estime en effet que l'article 6 de la loi organique n° 2011-27 portant conditions de recours au référendum, votée par l'Assemblée Nationale le 30 septembre 2011, sous examen, est contraire à la Constitution en ce qu'« il ne cite pas toutes les options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990 et qui sont reprises par les articles 42, 44 et 54 de la Constitution ; qu'il s'agit du nombre de mandats présidentiels, de la limitation d'âge pour les candidats à l'élection présidentielle et de la nature présidentielle du régime politique dans notre pays ».

173 Cour constitutionnelle du Burundi siégeant en matière d'interprétation de la constitution RCCB 303, arrêt du 4 mai 2015.

Dans ce sens on peut remarquer que selon le juge constitutionnel burundais, les accords politiques apparaissent comme des correctifs aux défaillances des textes constitutionnels. Ils permettent ainsi de gommer ou de revenir sur certaines aberrations constitutionnelles. Dans ce sens, la constitution paraît honorablement améliorée par les interventions récurrentes des compromis politiques dans le domaine de la constitution. C'est à juste titre que le juge constitutionnel entreprend leur intégration dans le bloc de constitutionnalité.

CONCLUSION

Au sortir de cette analyse, il semble s'établir que le domaine de la constitution a toutes les raisons de mériter une réflexion approfondie au regard de son appréhension dans le constitutionnalisme africain. Il ressort que le domaine de la constitution est défini donc identifiable aussi bien par l'activité du pouvoir constituant que par celle du juge constitutionnel. Le pouvoir constituant représente l'organe par excellence dont l'activité facilite la circonscription du domaine de la constitution. Ainsi, par sa fonction constituante, il a procédé à la délimitation de ce domaine aux matières intangibles dans le processus de révision. En d'autres termes, les clauses d'intangibilité soustraites de l'objet de révision constitutionnelle sont des matières constitutionnelles par nature relevant du constituant originaire. Il en est de même de la définition des organes constitutionnels et des organes constitués qui sont exclusivement consacrés par la constitution. Au-delà de l'activité du pouvoir constituant, le juge constitutionnel dans son office a procédé à l'élargissement du domaine de la constitution. Pour ce faire, il a procédé par l'interprétation extensive du texte constitutionnel pour la définition de nouvelles règles et principes. Aussi a-t-il étendu le bloc de constitutionnalité en érigeant certaines normes à la dignité constitutionnelle. Toutefois, le domaine de la constitution se trouve affaibli par un certain nombre

de facteurs. Il s'agit notamment de la multiplication des dispositions constitutionnelle qui tendent à vider la matière constitutionnelle de sa substance. De même, il faut noter l'émergence des accords politiques comme constitutionnalisme alternatif s'ingérant résolument dans les domaines classiquement réservés à la constitution.

Ceci étant, la présente étude a également ceci de particulier qu'elle met en exergue les singularités du constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone dans la définition du domaine de la constitution. Ainsi au plan institutionnel, on relève que dans certains Etats comme le Cameroun, la Région en tant que collectivité territoriale décentralisée a un statut constitutionnel, considérée comme organe constitutionnel. De même, force est de remarquer que le Médiateur de la République est quasiment un patrimoine commun des Etats d'Afrique noire francophone pour la résolution des mésententes politiques¹⁷⁴. Au plan matériel, l'activité constitutionnelle d'élargissement du domaine de la constitution révèle la consécration du principe du consensus national comme principe de valeur constitutionnelle inspiré des conventions nationales souveraines des années 1990.

Toutefois, pour raffermir le domaine de la constitution, il convient pour le constituant africain de limiter les cas de renvoi dans son dispositif. Cette technique de renvoi affaiblit la constitution. De ce fait, le constituant doit prendre ses responsabilités. Certes, il ne peut tout prévoir mais il doit autant que faire se peut, aménager le statut des organes constitutionnel qu'il crée. En outre, il est également nécessaire de freiner la montée en puissance des accords politiques qui participent à la dégradation du domaine de la constitution. La pratique du dialogue politique comme cadre consultatif des acteurs de la crise devant inspirer la décision du pouvoir politique, doit leur être préférée. Ceci permet de réserver l'exclusivité de la matière constitutionnelle au pouvoir constituant.

174 Y.K. LOGO, « Les mésententes politiques et le droit constitutionnel en Afrique noire francophone », *Afrilex*, décembre 2018, p. 12.

TABLE DES MATIÈRES

TOME I

1^{ÈRE} PARTIE L'ÉTAT DE LA RÉGULATION

Les chiffres de la justice constitutionnelle, Joseph DJOGBENOU	31
Brève incursion dans la jurisprudence constitutionnelle nigérienne, Paternelle MAMBO	63
La désignation des juges constitutionnels en Afrique noire francophone, Gaétan Thierry FOU MENA	77
Emergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne, Serge François SOBZE	129
La raison du juge constitutionnel en Afrique, Luciano Sèwènan HOUNKPONOU	179
La fonction constituante dans les processus de sortie de crise en Afrique, Thierry S. BIDOUZO	213
Le domaine de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone, Ntolo Nzéko Aubran Donadoni	245

TOME II

2^{ÈME} PARTIE LA RÉGULATION DANS SES ÉTATS

Les rapports entre les juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires en Afrique de l'ouest, Dandi GNAMOU	31
Les tiers et l'office du juge constitutionnel, Gildas Enagnon NONNOU	77
La primauté du droit de l'intégration (OHADA- UEMOA) devant la Cour constitutionnelle du Bénin, Gilles BADET ,	109
Le juge béninois constitutionnel et la régulation de la communication médiatique, Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI	179
L'Assemblée nationale dans la jurisprudence constitutionnelle au Bénin, Akouègnon Clément DASSI	231
L'exercice du mandat du député béninois, Vigny Landry AMOUSSOU	253
L'exception d'inconstitutionnalité devant la cour constitutionnelle sous la mandature DOSSOU Issaou SOUMANOU	267
L'inégalité des époux dans la transmission du nom : La lecture audacieuse du juge constitutionnel béninois de la loi n°2002-07 du 24 août 2002, Codjo Bienvenu LASSEHIN	281

Le délit d'adultère devant le juge constitutionnel : retour sur la décision dcc 09-081 du 30 juillet 2009, Sri Amor M. COOVI	305
Le statut constitutionnel d'ancien chef d'État en Afrique noire Francophone, Eric SIMO	319
Commentaire de l'article 14 al. 2 de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972, Émile MENGUE MBOUE	369
Le contentieux de la régulation dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone : Les cas du Cameroun et de la Côte d'ivoire, Éric Stéphane MVAEBEME	377
Les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun, Joseph Valerie EVINA	421
L'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire, Simplice Comlan DATO	477
L'exception d'inconstitutionnalité fait sa toilette, Kenneth KPONOU	525

