



HAL
open science

**Essai sur la fonction constituante des cours
constitutionnelles d'Afrique noire francophone : les
exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du
Niger et du Sénégal**

Carlos Odjaga

► **To cite this version:**

Carlos Odjaga. Essai sur la fonction constituante des cours constitutionnelles d'Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du Niger et du Sénégal. Droit. Université de Lorraine, 2021. Français. NNT : 2021LORR0304 . tel-03702596

HAL Id: tel-03702596

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-03702596v1>

Submitted on 14 Feb 2024

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

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



**UNIVERSITÉ
DE LORRAINE**

**BIBLIOTHÈQUES
UNIVERSITAIRES**

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact bibliothèque : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr
(Cette adresse ne permet pas de contacter les auteurs)

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITÉ DE LORRAINE
FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION DE NANCY
IRENEE

Thèse

En vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

Doctorat nouveau régime - mention Droit public

**ESSAI SUR LA FONCTION CONSTITUANTE DES COURS CONSTITUTIONNELLES
D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE**

LES EXEMPLES DU BÉNIN, DE LA CÔTE D'IVOIRE, DU GABON, DU NIGER ET DU SÉNÉGAL.

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2021

Par

Carlos ODJAGA

Directeur de thèse

Stéphane PIERRÉ-CAPS

Professeur émérite de droit public, Université de Lorraine.

Membres du jury

Madame Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI

Directrice de recherches au CNRS, HDR, *rapporteur*

Madame Lauréline FONTAINE

Professeur de droit public à l'Université de Sorbonne Nouvelle - Paris 3

Monsieur Thibault GUILLUY

Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, *président du jury*

Monsieur Fabrice HOURQUEBIE

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, *rapporteur*

Monsieur Téléphore ONDO

Professeur de droit public à l'Université Omar Bongo de Libreville

L'Université de Lorraine n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À Angèle que j'ai tant aimée,
À mon Père, à ODJAGA Jean-Marie
et à ma fille que j'aime tant.*

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le professeur Stéphane Pierré-Caps d'avoir placé sa confiance en moi en acceptant d'encadrer la présente recherche. Votre grande disponibilité, votre soutien, vos conseils avisés et vos relectures m'ont été précieux au cours de ces années. C'est dire combien ce fut un privilège pour moi de travailler sous votre direction.

Je tiens également à exprimer ma reconnaissance aux professeurs Lauréline Fontaine, Fabrice Hourquebie, Thibault Guilluy, Téléphore Ondo et madame Marthe Fatin-Rouge Stefanini, qui m'ont fait l'honneur d'évaluer ce travail.

Mes remerciements vont également à la cellule d'appui de l'IRENEE, au personnel de la bibliothèque universitaire de Nancy (Michel et Nicolas), mais surtout aux docteurs et doctorants de droit public de l'Université de Lorraine sans lesquels l'aventure qu'est la thèse aurait été des plus solitaires. Je pense à Flora Atcho, Héritage Bita Heyeghe, Jérémy Brzenczek, Antoine Harquet, Arthur Braun, Arthur Jully, Bessou Kouassi, Léandre Mvé Ella, Johanna Noël, Placide Lasmothey, Kader Sanogo, Moussa Sarr Serigne, René Songolé, Cécile Thomassin.

En outre, je tiens particulièrement à remercier Antoine Harquet, Koumba Dembele, Tephy-Lewis Edzozomo Nkoumou, Pascaline Motsch, Ines Ahmed Youssouf, pour la relecture de ce travail, Jérôme Charpentier, pour son amitié et ses conseils, les professeurs Théodore Holo et Oumarou Narey, les membres de la Cour constitutionnelle du Niger et Dominique Bounougere, ancien juge à la Cour constitutionnelle du Gabon, pour le temps qu'ils ont bien voulu m'accorder dans le cadre de mes enquêtes de terrain.

Un grand merci à mes aînées que j'aime tant, Betty et Fouzhia, mais aussi à Merlyne, à Martine, à Euphrasie et à Jean Felix. Ensemble, par votre soutien multiforme (moral, financier et spirituel), vous m'avez littéralement porté et accompagné. Grâce à vous, j'ai osé rêver. Avec vous, je n'oublie pas le reste de ma chère et grande famille.

Merci également à cette autre famille de cœur. À Friss, dévouée et attentionnée, à mon frère Pierrick Melvyn, à Qeshy, à Benjamin, à Éliane, à Gadiel, à Terry et Clothilde, à Diane, à Ruth et aux membres de l'association « Un chant Nouveau ».

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AFRILEX	<i>Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique</i>
AJJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
al.	Alinéa
C.C	Conseil constitutionnel français
CADBE	Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant
CAEDBE	Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant
CADHP	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
CEDEAO	Communauté économique des états d'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
ChADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
ComADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
dir.	Sous la direction
DCC	Décision rendue par la Cour constitutionnelle (Bénin)
Droits	<i>Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques (auparavant Revue française de théorie juridique)</i>
Ed.	Édition(s)
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État (français)</i>
Ét.	Établi(e) par
HCC	Haut conseil de la République siégeant en qualité de Cour constitutionnelle (Bénin)
Ibid	<i>Ibidem</i>
Jus politicum	<i>Jus politicum - Revue de droit politique</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>

Note	Note de bas de page
Op.cit	<i>opus citatum</i>
Pouvoirs	<i>Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques</i>
pp.	Plage de numéros de pages
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RCC	<i>Revue Constitution et Consolidation de l'État de droit, de la démocratie et des libertés fondamentales en Afrique</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
s.	suivant(s)
t.	Tome(s)
trad.	Traduit (en français) par
V. ou v.	Voir
Vol.	Volume(s)

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Chapitre préliminaire. Éléments d'une théorie de la fonction constituante d'une juridiction constitutionnelle

PARTIE I. LA RÉALITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

TITRE PREMIER. LA FONCTION CONSTITUANTE AU SUD DU SAHARA OU LA PRODUCTION DE
RÈGLES, PRINCIPES ET D'OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE PAR LES JURIDICTIONS
CONSTITUTIONNELLES

Chapitre I. Le droit institutionnel prétorien d'Afrique noire francophone

Chapitre II. La fonction constituante dans le contentieux non institutionnel

TITRE SECOND. LES FONDEMENTS DU POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

Chapitre I. un « constituant de robe » habilité ou les fondements juridiques de la fonction constituante

*Chapitre II. Les fondements implicites du pouvoir créateur du juge constitutionnel africain : entre
particularités et universalité*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

PARTIE II. LA SINGULARITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

TITRE PREMIER. LA CARACTÉRISATION DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE
FRANCOPHONE

Chapitre I. Une fonction constituante circonscrite aux questions institutionnelles

Chapitre II. Une fonction constituant des blocs de constitutionnalité hétérogènes

TITRE SECOND. LA PERFECTIBILITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE
FRANCOPHONE : ÉLÉMENTS DE PROSPECTIVE

Chapitre I. Un remodelage de la cour constitutionnelle africaine conforme à la nature hybride de l'organe

*Chapitre II. Esquisse d'une méthode de création régulière du droit par une juridiction constitutionnelle en
Afrique noire*

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Je considère le pouvoir créateur du droit du juge comme une des réalités de la vie. »¹.

« Dire le droit, légal ou extra-légal, voilà l'objet véritable [d'une] juridiction »².

¹ B. N CARDOZO, *The nature of the judicial process*, Yale university Press, 1921, p. 10, traduit et cité par W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges » in S. MOUTON (dir.), *Le gouvernement représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016, p. 67.

² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, Éditions du CNRS, reimpr. 1962, p. 704.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Comment amorcer une énième étude sur les juridictions constitutionnelles africaines ? Telle est la question qui s'est imposée alors que nous entamions les premières lignes de ce travail. Convient-il d'adopter une approche classique, revenant sur les grands moments de l'évolution de la justice constitutionnelle dans cette partie du monde, ou une autre, questionnant plutôt son effectivité ? Convient-il plutôt de revenir de manière générale sur l'histoire des États francophones au sud du Sahara ? En réalité, chacune de ces approches s'y prête. Mais, s'il faut à la fois introduire le sujet qui est le nôtre et susciter l'intérêt du lecteur, la meilleure approche consiste certainement à dire ce que ne sont pas (ou plus) les cours et conseils constitutionnels africains, autonomisés pendant la décennie³ de la démocratisation des régimes autoritaires africains. Il n'est pas question de juridictions constitutionnelles classiques comme on en trouve en Europe ou en Amérique. D'une part, les Hautes juridictions au sud du Sahara ne s'inscrivent plus dans cette *summa divisio* – entre les modèles américain et européen de justice constitutionnelle – enseignée en licence dans les facultés de droit. D'autre part, les cours africaines gomment en quelque sorte la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, et leur fonction constituante en est la parfaite illustration.

³ Cette période correspond aux années quatre-vingt-dix. Pour aller plus loin, v. Y. MOREL, « Démocratisation en Afrique noire les “les conférences nationales” » in *Études*, vol. 376, n°6, 1992, pp. 733-744 ; G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme juridique*, Economica, 1993 ; F. EBOUSSI BOULAGA, *Les Conférences nationales en Afrique noire, une affaire à suivre*, Karthala, 1993 ; P. D. TONG, *Les Conférences nationales en Afrique noire francophone : les chemins de la démocratie*, thèse soutenue à Lille, 1997 ; D. BOURMAUD et P. QUANTIN, « Le modèle et ses doubles : les conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) » in Y. MÉNY, *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, L'Harmattan, 2000 ; R. NTSAKALA, *Les Conférences nationales de démocratisation en Afrique francophone et leurs résultats*, Thèse soutenue à Poitiers, 2001 ;

2. Fonction constituante, pouvoir créateur ou pouvoir normatif des juges – et des précisions terminologiques s'imposent ici⁴ -, la notion est loin d'être inédite, mais son étude dans le cadre de l'Afrique francophone est des plus intéressantes. En effet, la présente thèse ambitionne de systématiser la fonction constituante du juge constitutionnel africain en prenant appui sur la jurisprudence des juridictions béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise. Quand il s'agit de découvrir, produire ou créer du droit, et aucun de ces verbes ne semble faire l'unanimité, le « constituant de robe »⁵ africain n'a pas son pareil. Il semble dès lors tout à fait possible d'en identifier les logiques, les qualités et les insuffisances. Il en découle donc plusieurs questions dont la première est celle des motifs et moyens de cette constitutionnalisation prétorienne.

3. Mais avant d'aller plus loin, l'on ne saurait manquer à nos devoirs les plus élémentaires dans le cadre d'un travail de thèse. Ces derniers consistent en effet à présenter plus longuement et successivement l'objet de notre étude (§1), son intérêt (§2), son cadre spatio-temporel et la démarche adoptée (§3).

§1. L'OBJET D'ÉTUDE : LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

4. La présentation de l'objet de notre étude passe nécessairement par l'appréhension des notions principales contenues dans le sujet tel qu'il est formulé. Ce premier paragraphe s'articulera par conséquent autour des notions de « fonction constituante » (A) et de « juridiction constitutionnelle » (B).

A. LA NOTION DE « FONCTION CONSTITUANTE »

5. Il ne fait aucun doute que la définition du terme « fonction » (1) revêt une importance capitale, et ce, autant dans la signification (2) que dans le choix (3) de la locution

⁴ V. *Infra*, §.25 et s.

⁵ S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 262.

« fonction constituante » pour désigner le phénomène juridictionnel dont il sera question dans cette étude.

1. La fonction : du langage courant au juridique

a. La « fonction » dans le langage courant

6. Du latin *functio* pour désigner « l'exécution, l'accomplissement »⁶, le terme « fonction » renvoie à plusieurs idées et réalités en dehors de la sphère juridique. Selon le contexte d'énonciation, les acceptions de ce terme sont nombreuses. En mathématiques, dans l'administration publique, en mécanique, pour ne citer que ces domaines, la fonction est respectivement « une relation constante entre deux ou plusieurs variables »⁷, un emploi ou une charge (publique) et un ensemble « [d'actes] accomplis par une structure organique définie en vue d'un résultat déterminé »⁸.

Avec la juxtaposition d'un autre terme, l'ensemble ainsi formé ouvre la voie à d'autres significations. On en vient à des notions plus familières comme la « fonction publique », la « fonction exécutive », « la fonction gouvernementale » ou encore la « fonction juridictionnelle ».

7. Reste que malgré le nombre non négligeable des acceptions qui peuvent lui être trouvées, la « fonction » implique très souvent deux idées. La première étant qu'une fonction – au sens d'activité déterminée et accomplie dans un but précis – s'inscrit toujours dans un ensemble. Dit autrement, une fonction est instituée pour être mise au service d'une plus grande cause, d'un ensemble organisé, d'un système... Il s'agit là de l'idée centrale de « la fonction » en tant que concept, « [elle] désigne une tâche qu'une partie a à accomplir en relation avec un tout »⁹. La seconde idée est bien évidemment celle relative à l'antériorité dudit ensemble. En d'autres termes, une fonction est toujours instituée, c'est-à-dire postérieure au système et faisant partie de celui-ci. Elle ne peut exister avant celui-ci, et encore

⁶ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 265.

⁷ V. Centre national des ressources textuelles, disponible à l'adresse suivante : <https://www.cnrtl.fr/definition/fonction> .

⁸ *Ibid.*

⁹ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 265.

moins en dehors. Ces deux idées, on les retrouve en science du droit chez les auteurs publicistes.

b. La « fonction » en droit public

8. Si le *Vocabulaire juridique*¹⁰ définit la fonction, en droit public, comme étant « [le] service d'un but supérieur et commun » ou « [l']ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service », l'étude de cette notion est encore aujourd'hui étroitement liée à une partie de la doctrine que sont les *administrativistes*.

9. Dans son manuel de *Droit administratif approfondi*, Ch. Eisenmann voit dans cette notion une dualité. En effet, selon lui, il convient d'insister autant sur le résultat d'une fonction que sur sa finalité. Il en découle ainsi la « fonction-objet », accomplissant l'acte pour lequel elle a été créée, et une « fonction-fin »¹¹, poursuivant des objectifs au-delà du droit, c'est-à-dire propres à l'auteur de l'acte. Cette dualité, on la retrouve aussi chez A. de Laubadère¹², même si ce dernier parvint à poser une distinction moins connue entre la conception matérielle et une autre dite formelle.

10. Très sensible à la thèse de celui qui fut son directeur de thèse, G. Timsit reprendra la distinction faite entre le résultat et la finalité, ou encore entre les conceptions *objective* et *finaliste* de la fonction. Toutes les deux sont là encore essentielles à la compréhension de ladite notion. G. Timsit dira ainsi que « la fonction-objet désigne [...] dans le Droit, le produit, le résultat de l'activité de l'organe, c'est-à-dire l'acte d'un organe ou d'un agent, qui a précisément pour objet l'édiction de cet acte »¹³, tandis que sur le « plan métaphysique, sur le plan psychologique : [la fonction-fin fait référence] à l'intention qui anime l'auteur de l'activité étatique. ».

11. Privilégiant une approche différente, en science administrative cette fois-ci, L. Boulet – après avoir hiérarchisé la finalité, la mission, la fonction et la tâche – estime pour sa part que

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, p. 461.

¹¹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif* (1949-50), t. 2, LGDJ, 1983, p. 15 et s.

¹² V. V. COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, p. 43.

¹³ G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, 1963, p. 13.

« la fonction explicite la mission; elle est à l'intérieur de la mission. La fonction est, dans une certaine mesure, à la mission ce que la mission est à l'objectif. Elle traduit la mission. Mieux : elle la réalise. Nous avons dit en effet que la mission s'apparentait à un itinéraire à parcourir pour atteindre l'objectif; la fonction est l'action, le mouvement, le déplacement, le progrès vers le but à travers la mission. [...] En effet, la notion de fonction est bipolaire : elle rend compte à la fois, et simultanément, de l'action à accomplir pour assumer la mission et des moyens à mettre en œuvre pour cela. »¹⁴.

12. Fort de ce qui précède, il nous faut dire ici que la présente étude s'inscrit dans la droite ligne des travaux des professeurs Eisenmann et Timsit, car la fonction constituante en Afrique noire francophone, comme nous le verrons, invite autant à s'intéresser à l'acte juridictionnel de portée constituante qu'aux finalités poursuivies par le juge. Effectivement, la fonction constituante n'est pas qu'une question d'énoncés habilitants¹⁵ ou, dit autrement, d'exercice d'attributions posées par les textes juridiques, ce qui renvoie *grosso modo* à l'idée de fonction-objet. Il faudra donc conserver les deux conceptions – *objective* et *finaliste* – qui apparaîtront alternativement, et parfois concomitamment, au cours de ce travail.

13. Il reste alors à préciser ce qu'il convient d'entendre par « fonction constituante » car jusqu'ici la notion de « fonction » ne permet pas encore de saisir pleinement sa signification.

2. Fonction constituante du juge et pouvoir constituant : des notions distinctes

14. La « fonction constituante », qu'est-ce donc ? Ce groupe nominal n'est pas nouveau. Il est fréquemment employé en doctrine pour désigner le pouvoir constituant. M. Hauriou¹⁶, C. De Malberg¹⁷, M.-F. Rigaux ou D. De Béchillon¹⁸, pour ne citer que ceux-là,

¹⁴ L. BOULET, « La notion de fonction administrative » in *La Revue administrative*, n°113, 1996, p. 478.

¹⁵ Sur cette notion, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.

¹⁶ V. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, 1^e éd., PUF, 1994, p. 360.

¹⁷ Estimant que le pouvoir originaire est hors du droit, il définit le pouvoir dérivé comme « réformation paisible, régulière, juridique en un mot, de la Constitution en vigueur ». V. R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris 1920, t. 2, Paris 1922, réed. CNRS, 1962.

¹⁸ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996, p. 53. Pour une rapide approche historique de la distinction entre pouvoirs originaire et dérivé en France, v. R. BONNARD, *Les actes constitutionnels de 1940*, Paris, LGDJ, 1942, p. 36.

y voient le pouvoir de créer¹⁹ une constitution ou celui de la modifier²⁰. Il y a ici un écueil à éviter à tout prix, car la présente étude n'entend pas s'intéresser au constituant *politique*. Traiter de la fonction constituante (d'une juridiction constitutionnelle) ne peut donc se faire sans aborder et préciser les rapports de celle-ci avec le « pouvoir de fait qui, par conséquent, est extérieur au droit »²¹, mais aussi avec « [la] puissance qui consiste à modifier ou à abroger les dispositions constitutionnelles »²². Pour cette raison, il nous a semblé opportun d'y consacrer un chapitre préliminaire, avec pour objectif principal de cerner ladite notion, en tenant compte des grandes juridictions constitutionnelles issues de systèmes de tradition romano-civiliste.

15. Toutefois, il est d'ores et déjà possible de résumer ici l'un des nombreux résultats auxquels nous sommes parvenus. Au terme de ce chapitre préliminaire, nous avons pu retenir comme première définition de la fonction constituante qu'elle est une faculté, découlant d'une habilitation ou d'une auto-habilitation, permettant à un organe constitué *de changer* la teneur du bloc de constitutionnalité en reconnaissant une valeur constitutionnelle à des textes ou principes existants d'une part, et d'autre part, en créant des règles, des principes, voire des buts (objectifs) de valeur constitutionnelle.

16. Cette définition posée, il est connu que d'autres expressions très usitées comme « le pouvoir créateur », « le pouvoir normatif » ou « le pouvoir manipulatif des normes »²³ renvoient au phénomène décrit ci-dessus. Le choix de « la fonction constituante » doit donc lui aussi être justifié.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, F. Larcier, 1985.

²¹ Il s'agit d'une des définitions du pouvoir constituant originaire que donne G. Burdeau. V. G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, J. Buguet-comptour, 1930, p. 79.

²² *Ibid.* p. 74.

²³ C'est ainsi que la doctrine italienne désigne le phénomène de création du droit par les juges de la Cour. V. D. ROUSSEAU et PH. BLACHER, *La justice constitutionnelle en Europe*, 4^e éd., LGDJ, 2020, p. 32.

3. La fonction constituante, et non les pouvoirs normatif ou créateur du juge : le choix d'une dénomination

17. Pour traiter du phénomène d'élaboration de règles jurisprudentielles par les juges, la doctrine estime très souvent que le juge détient un pouvoir créateur ou un pouvoir normatif²⁴, voire les deux. Par exemple, S. Belaid rédigea une thèse sur *le pouvoir créateur et normatif du juge*²⁵. Décrite comme une habilitation implicite²⁶, il s'agirait d'un pouvoir (créateur et/ou normatif) que peut exercer tout juge lorsqu'il est appelé à rendre la justice.

18. Mais il faut reconnaître que ces dénominations restent imprécises, voire trompeuses ; raisons pour lesquelles celle de « fonction constituante » a été retenue.

En effet, que faut-il exactement entendre par « pouvoir normatif » ? S'il est question de celui de créer ou édicter des normes, alors il peut autant concerner les règles jurisprudentielles nouvelles que les décisions de justice, voire administratives. Tout acte ou décision émanant d'une autorité investie d'un certain pouvoir est finalement une norme, entendue comme un « énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou un système normatif, et obligatoire dans ce système. »²⁷. Dit autrement, l'ensemble des pouvoirs publics bénéficie d'un pouvoir normatif. De plus, s'agissant du juge constitutionnel, aborder son pouvoir normatif reviendrait à s'intéresser à l'ensemble de sa jurisprudence, constituante ou non. Or, ce serait excéder les limites du présent travail.

19. Quant au « pouvoir créateur », cette formule n'insiste pas assez sur le produit, sur le résultat de l'exercice dudit pouvoir. D'aucuns s'empresseraient de nous rappeler que, quand il est fait référence aux juridictions, il ne peut s'agir que des règles et principes jurisprudentiels. Mais cela ne renseigne ni sur la place des normes ainsi créées en droit interne, c'est-à-dire au sein de la hiérarchie des normes, ni sur leurs conséquences sur le(s) texte(s) juridique(s) en vigueur. En outre, le « pouvoir créateur » est presque toujours employé pour désigner expressément une seule et unique compétence du juge constitutionnel:

²⁴ V. par exemple, M. SOMERHAUSEN, « La motivation et la mission normative du juge » in CH. PERELMAN et P. FORTIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Ets Émile Bruylant, 1978, pp. 23-36.

²⁵ S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974.

²⁶ V. *Infra* § 504 à 532.

²⁷ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, p. 399.

l'interprétation²⁸. Mais la création du droit par les juges peut se faire selon une autre modalité qu'est la régulation des institutions²⁹. De plus, « le pouvoir créateur » peut autant concerner tout ce qui précède que les réserves d'interprétation formulées par les juges constitutionnels. Effectivement, il est créé du droit quand un juge ajoute ou retire à la loi ce qu'il faut pour la déclarer conforme à la constitution. C'est déjà exercer un pouvoir créateur, mais celui-ci porte exclusivement sur la loi, et non sur la constitution. Le juge devient co-législateur, et non co-constituant. Cela vient une fois de plus montrer l'imprécision qui caractérise la locution « pouvoir créateur ».

20. Ainsi, « la fonction constituante (du juge constitutionnel) » invite non seulement à opérer un tri au sein de la jurisprudence constitutionnelle entre les décisions et avis à portée constituante et le reste, mais aussi à considérer que les normes produites ont une valeur constitutionnelle. Mieux que toutes les autres formules, la « fonction constituante » fait référence à cette jurisprudence qui a une incidence certaine et directe sur le bloc de constitutionnalité, et qui ne repose pas sur la seule compétence interprétative d'une juridiction constitutionnelle. Reste alors à présenter cette dernière institution.

B. LA NOTION DE « JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE »

21. La notion est connue. La juridiction constitutionnelle est en effet tout organe chargé de rendre la justice constitutionnelle, et donc « d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement, par les pouvoirs publics. »³⁰.

22. Mais aborder les notions de juridiction et de justice constitutionnelles revient inévitablement à rappeler que l'instauration de l'organe de justice constitutionnelle a avant

²⁸ M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, p. 25. V. également T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica, 1997.

²⁹ V. *infra*, §. 175 et s. 526 et s.

³⁰ T. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle » in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p.1.

tout été, en doctrine³¹, le vœu du juriste autrichien Hans Kelsen. Un vœu qui se concrétisa par la création de la Haute cour constitutionnelle d'Autriche en 1920. C'est effectivement cet auteur qui songea à confier à une « juridiction ou tribunal constitutionnel »³² la charge d'assurer le respect de la constitution. Ainsi, appréhender la notion de juridiction constitutionnelle ne peut se faire que par le truchement de la justice constitutionnelle.

23. À ce propos, il est fréquemment rappelé que cette justice s'opère *via* deux principaux modèles se distinguant essentiellement sur les modalités de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. Comme l'explique A. Roux³³, l'opposition entre ces deux modèles n'apparut qu'à partir de 1928, année de la parution de l'ouvrage³⁴ de Ch. Eisenmann sur la Cour autrichienne. D'un côté, il existe un modèle né à partir d'un célèbre arrêt³⁵ de 1803 rendu par la Cour suprême américaine. Qualifié de modèle *américain* de justice constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité des lois y est réalisé par l'ensemble des juridictions, et par voie d'exception. L'autre modèle, de type européen cette fois-ci, caractérise les systèmes juridiques dans lesquels la suprématie de la constitution est garantie par un organe spécialisé, et par voie d'action. La loi y est contrôlée avant son entrée en vigueur, mais aussi parfois par voie d'exception. Entre les deux, il y a lieu d'attirer l'attention sur l'apparition d'un modèle hybride qui emprunte aux modèles traditionnels leurs caractéristiques, et que l'on retrouve par exemple dans de nombreux États africains. Le contrôle de conformité des lois (et même de certains actes non législatifs) est pratiqué par voies d'action et d'exception. Mais ce modèle n'est qu'une variante du modèle européen car l'examen de constitutionnalité des textes législatifs est toujours confié à un organe spécialisé. Dit autrement, le contrôle y est toujours concentré.

³¹ À ce propos, nous n'oublions pas de rappeler que la « jurie constitutionnaire », théorisée par Sieyès, avait aussi pour objet de réaliser un contrôle de constitutionnalité des lois. V. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, 1970, spéc. pp. 608-615.

³² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) » in *RDP*, 1928, p. 223.

³³ A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles » in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, 2012, p. 110.

³⁴ CH. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle*, LGDJ, 1928.

³⁵ Supreme Court US, *Marbury v. Madison*, feb. 1803.

24. De la présentation de ces deux modèles de justice, il ressort qu'une définition de la juridiction constitutionnelle est inévitablement et étroitement liée à l'un ou l'autre. Dans certaines régions du monde, il s'agit d'un organe juridictionnel dédié exclusivement au contrôle de constitutionnalité. Sous d'autres cieux, il est question d'une juridiction assurant, en plus du contrôle de constitutionnalité, d'autres missions que l'on qualifiera volontiers d'ordinaires. C'est dire combien, dans le second cas de figure, la définition³⁶ posée par L. Favoreu peut être relativisée, et même remise en cause. Partant, la justice constitutionnelle peut être rendue par toute juridiction, c'est-à-dire par tout organe appelé à trancher un litige, et ce, à partir du moment où il lui est attribué le pouvoir de contrôler la conformité de certains actes à la constitution. Ainsi, le juge ordinaire qui contrôle la constitutionnalité d'un acte administratif à la constitution peut être considéré comme une juridiction constitutionnelle.

25. Analyser la fonction constituante des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone n'a donc rien d'évident, tant cela peut conduire à s'intéresser, dans chaque État, à l'ensemble du pouvoir juridictionnel. Il est plus que nécessaire de préciser les institutions juridictionnelles auxquelles nous songeons dans le cadre de cette thèse, et par la même occasion de délimiter un élément essentiel de notre sujet. En Afrique comme ailleurs, et à notre connaissance, les textes constitutionnels retiennent des dénominations comme « la Cour constitutionnelle », « le tribunal constitutionnel » ou « la Haute cour » pour désigner une juridiction parmi d'autres, mais sans jamais employer celle de « juridiction constitutionnelle ». C'est donc très souvent en doctrine que cette dernière dénomination est retrouvée.

26. Pour notre part, la « juridiction constitutionnelle » est une institution habilitée à connaître et à trancher définitivement la question de la conformité des lois à la constitution. Autonome ou en tant que chambre spécialisée d'une Cour suprême, comme cela fut le cas entre les indépendances et le début des années quatre-vingt-dix, saisie par voie d'action ou à l'occasion d'un litige, statuant *a priori* ou *a posteriori*, composée de professionnels du droit

³⁶ « [Une] juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics ». v. L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, 2^e éd., Dalloz, 2016, p. 4.

(magistrats, professeurs de droit...) ou non, la juridiction constitutionnelle est avant tout cet organe à même de prononcer autant la conformité d'une loi que son inconstitutionnalité.

27. L'objet de la présente étude, « la fonction constituante des juridictions constitutionnelles », doit par conséquent s'entendre comme la consécration et la production des règles et principes constitutionnels par les seuls cours et conseils constitutionnels en Afrique noire francophone. Un phénomène loin d'être dénué d'intérêt.

§2. L'INTÉRÊT D'UNE ÉTUDE PORTANT SUR LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

28. L'intérêt d'une étude vient avant tout du fait que celle-ci soit la première du genre dans un domaine scientifique ou qu'elle traite d'un phénomène connu sous un jour nouveau. Dans les deux cas, ensemble ou séparément, l'absence, la quantité et la qualité des travaux antérieurs donnent à la recherche ainsi menée un intérêt certain. Tel est notamment le cas de la présente étude, laquelle part du constat selon lequel la doctrine publiciste est quasiment silencieuse sur le rôle co-constituant des juges constitutionnels africains (A), alors même que de nombreux indices invitent à s'y intéresser (B), et que l'originalité de cette étude avec son échantillon de juridictions ne fait l'ombre d'aucun doute (C).

A. UN INTÉRÊT LIMITÉ EN DOCTRINE

29. Loin d'être aussi inexistante, l'analyse de la fonction constituante ou co-constituante des cours africaines est encore à ses débuts. Une autre manière de dire que la présente étude ne révèle pas le pouvoir co-constituant du juge constitutionnel africain francophone. Il est en effet aisé de trouver ici et là des écrits portant sur ce énième rôle joué par les Hautes cours africaines. Dernière en date, la contribution³⁷ de S. Bolle *aux Mélanges*

³⁷ S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 248-179.

Dossou est une fois de plus revenue sur ce phénomène de co-constitutionnalisation de textes, règles et principes. Bien avant ce dernier, un autre universitaire analysait « la participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique »³⁸ dans un article publié à la *Revue française de droit constitutionnel*.

30. Si l'on se limite à ces deux écrits, il ne fait aucun doute que la fonction constituante a attiré l'attention de la doctrine, mais peut-être pas assez. En effet, il n'existe pas d'analyses quantitativement plus importantes sur cette thématique. À notre connaissance, aucune thèse ou ouvrage (individuel ou collectif) ne porte sur la question de la création du droit constitutionnel à l'échelle du monde noir et/ou en droit comparé au sein dudit espace géographique. C'est plutôt en abordant des concepts et des notions à la mode qu'une attention est accordée à la fonction co-constituante dans les systèmes africains. On en a une parfaite illustration avec une thèse³⁹ soutenue en 2021 à Nancy, et axée sur l'office du juge constitutionnel. « L'office constituant des juges »⁴⁰, comme l'appelle l'auteur, n'y est examiné qu'au sixième chapitre. En outre, quand une étude d'envergure entend plus ou moins cerner cette fonction constituante, soit elle l'examine partiellement, soit elle se limite à une juridiction donnée. Ce double reproche peut être formulé à l'endroit de G. Badet, auteur d'un ouvrage⁴¹ sur la Cour constitutionnelle béninoise, et dans lequel n'est évoqué qu'un aspect de la fonction constituante : la régulation institutionnelle.

31. Pour en revenir aux écrits quantitativement moins importants, mais portant sur l'Afrique noire francophone, il règne toujours une certaine incomplétude, car la fonction constituante y est encore analysée partiellement, comme ont pu le faire S. Andzoka⁴² et N.

³⁸ S. ANDZOKA, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique » in *RFDC*, n°110, 2017, pp. 279-316.

³⁹ T.-L. EDZODZOMO NKOUMOU, *L'office du juge constitutionnel en Afrique Subsaharienne. Étude comparative à partir des exemples béninois, gabonais et malgache*, Thèse soutenue à Nancy, 2021, 502 pages.

⁴⁰ *Ibid.* pp. 261-314.

⁴¹ G. BADET, *Les attributions originales de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, 480 pages.

⁴² S. ANDZOKA, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *op. cit.*

Médé⁴³ en se focalisant respectivement sur l'interprétation (de la constitution) et la régulation.

32. Et quand l'objet est pleinement saisi, c'est le sujet qui est restreint. Tel est le cas quand on songe par exemple aux travaux d'universitaires comme H. Akerekoro⁴⁴ et E. Toni⁴⁵, lesquels ont centré leurs réflexions sur le juge béninois et avec des problématiques connexes à la fonction constituante, et qui méritaient sans aucun doute d'être menées au niveau régional, voire continental. Au Gabon, le professeur T. Ondo a également eu l'occasion de traiter indirectement de la fonction constituante⁴⁶ au cours du commentaire d'une jurisprudence rendue par la Cour constitutionnelle gabonaise. Or, dans un article certainement antérieur⁴⁷, l'universitaire gabonais abordait un peu plus frontalement le pouvoir créateur du juge constitutionnel en procédant à un inventaire des blocs de constitutionnalité en Afrique.

33. De ce qui précède, il convient de retenir qu'une étude approfondie, à l'instar d'une thèse, sur le rôle constituant du juge constitutionnel n'a jamais été menée aussi bien à l'échelle des États retenus ici qu'au niveau de l'Afrique noire francophone. Et c'est bien là l'intérêt du présent travail : présenter, pénétrer, évaluer et si possible orienter l'exercice de la fonction constituante par les cours béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise. Cela apparaissait déjà plus ou moins clairement, la présente étude a pour ambition de combler une lacune au sein de la doctrine, tant sa réalisation était évidente.

⁴³ N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone » in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2007, p. 45-66.

⁴⁴ H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin » in *Afrilex* [revue en ligne], 2016 (consulté le 05/10/2021).

⁴⁵ E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin » in *Afrilex* [en ligne], 2020 (consulté le 05/10/2021).

⁴⁶ T. ONDO, « “La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ?” Essai d'analyse de la décision n°22/CC du 30 avril 2018 » in *L'Harmattan* [en ligne], disponible à l'adresse suivante : https://www.editions-harmattan.fr/auteurs/article_pop.asp?no=33143&no_artiste=15361, (consulté le 05/10/2021).

⁴⁷ T. ONDO, « La Cour constitutionnelle et la révision de la constitution en Afrique », 21 pages (non publié).

B. L'ÉVIDENCE D'UNE ÉTUDE SUR LE RÔLE CONSTITUANT DU JUGE
CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

34. Mener une telle étude s'impose en raison des nombreuses questions non résolues et que soulèvent tant l'attribution de compétences extraordinaires aux juridictions constitutionnelles africaines que leur exercice.

35. Au-delà du fait que la présente étude soit par sa taille la première du genre en Afrique, s'intéresser à la fonction constituante des cours africaines devient bien évidemment une nécessité à partir du moment où il importe d'en souligner la ou les spécificités. En effet, les juges africains ne sont pas les seuls à *construire* la constitution au sens large. Ailleurs, et en raison de la nature foncièrement créatrice⁴⁸ de la fonction juridictionnelle, les juges constitutionnels étrangers sont eux aussi à la manœuvre. Dès lors, il serait intéressant de cerner ce qui distingue les juridictions africaines de leurs équivalents dans la production des règles et principes constitutionnels.

36. À ce propos, il faut absolument souligner que la spécificité de la fonction constituante en Afrique francophone repose avant toute chose sur les énoncés habilitants⁴⁹ des cours, et que l'on ne retrouve pas dans certaines constitutions étrangères, comme le texte français de 1958. En Afrique, la fonction constituante est moins fondée sur la jurisprudence des cours que sur les dispositions constitutionnelles ou organiques relatives à ces juridictions. Il s'agit là d'une donnée sur laquelle ont toujours insisté les rares travaux portant sur le pouvoir créateur des juges constitutionnels en Afrique, une donnée qui invite déjà à investiguer puisque la mise en œuvre du pouvoir créateur des juges y est plus ou moins prévue dans le détail. Il infère que les résultats (la jurisprudence constituante) de cette mise en œuvre seront inévitablement, eux aussi, spécifiques. Mais il ne suffit pas de le supposer.

⁴⁸ V. par exemple sur ce point, J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p. 7 ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit en droit privé positif*, (2 vol.), 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1919 ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974 ; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, M. VAN DE KERCHOVE (trad.), Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1999 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruylant, 2011 ; J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois » in G. KOURBI et G. FAURE (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 125 et s. ; J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 374.

⁴⁹ V. *Infra*, § 480 et s.

Encore faut-il identifier ces jurisprudences, les rapprocher – par une recherche et une critique plus poussées – de leur contexte, et révéler ainsi les dynamiques, les finalités, les logiques et éventuelles limites qui président à l'exercice du pouvoir co-constituant des Hautes cours subsahariennes, et ce, sans jamais oublier qu'une ou plusieurs d'entre elles peuvent, sur certains points, poursuivre une trajectoire différente, voire opposée.

37. En outre, cette étude est l'occasion de cerner la nature de la juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone. Au regard de ses attributions, octroyées par le constituant ou auto-octroyées, une cour constitutionnelle africaine ne saurait simplement être une institution juridictionnelle à laquelle il est consacré un titre, fût-il distinct de celui relatif au pouvoir judiciaire. L'on est en effet en droit de se demander si le rôle d'institution de contrôle (en tant que juridiction), et non d'action, qu'a assigné le constituant à la juridiction constitutionnelle africaine cadre avec les attributions de celle-ci. En réalité, elle n'est pas qu'une juridiction. Tout porte à croire qu'elle est bien plus, et pourquoi pas *un gouvernement de crise*⁵⁰? Et ce ne serait pas erroné de le croire puisque, comme T.-L. Edzodzomo Nkoumou a pu le montrer, certains conseils africains sont des représentants officiels du peuple. Interprétant⁵¹ le premier alinéa de l'article 3⁵² de la Constitution gabonaise, il estime que la Cour est au nombre de ces « institutions constitutionnelles » censées représenter indirectement le peuple gabonais. Ce qui fait du juge constitutionnel un représentant du peuple.

38. Enfin, cette étude se justifie également par l'impérieuse évaluation des conséquences de la fonction constituante sur le texte constitutionnel. Tel qu'il est exercé en Afrique, le pouvoir créateur des cours participe-t-il ou non à la crise de la normativité de la constitution ? Le professeur Aïvo dit de cette crise qu'elle « traduit davantage la faiblesse de la contrainte attachée à la norme et à laquelle échappe ici, en partie “l'encadrement juridique

⁵⁰ Pour souligner ici le contexte de crise justifiant le recours au pouvoir régulateur du juge constitutionnel africain.

⁵¹ T.-L. EDZODZOMO NKOUMOU, *L'office du juge constitutionnel en Afrique subsaharienne. Étude comparative à partir des exemples béninois, gabonais et malgache*, op. cit., p. 398.

⁵² L'article 3 dispose : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce directement, par le référendum ou par l'élection, selon le principe de la démocratie pluraliste, et indirectement par les institutions constitutionnelles. [...] ».

du pouvoir politique”. »⁵³. Si l’origine de cette crise est imputée principalement au pouvoir politique⁵⁴, en raison de la multiplication des accords politiques et/ou internationaux ayant une incidence directe sur les règles constitutionnelles en les affaiblissant, la question de la participation du juge constitutionnel à cette fragilisation de la constitution se pose également aujourd’hui, alors même qu’il lui était reproché jusque-là d’être un interprète « peu créatif »⁵⁵. D’une part, confier des attributions à portée constituante à une juridiction, c’est courir le risque d’ôter tout intérêt à la lettre de la constitution dès lors que le juge constituant bénéficie d’une marge de manœuvre comparable à celle du constituant (dérivé)⁵⁶. D’autre part, c’est évidemment prendre le risque de voir se développer des jurisprudences constituantes *contra legem*. Et c’est justement sur ce dernier point qu’il est plus qu’urgent de savoir si l’action du juge constituant africain est conforme à l’esprit de la constitution. Trois décennies après le Renouveau démocratique et constitutionnel, les cours sont-elles en tout temps respectueuses des constitutions ou au contraire coupables « d’attouchements opportunistes, de manipulations maladroites, voire de mutilations profanatoires »⁵⁷? À partir des juridictions retenues, notre étude répondra accessoirement à une question capitale restée jusqu’à présent sans réponse globale, certaine et définitive.

C. L’ORIGINALITÉ D’UNE ÉTUDE PORTANT SUR LE POUVOIR CRÉATEUR LES JURIDICTIONS BÉNINOISE, GABONAISE, IVOIRIENNE, NIGÉRIENNE ET SÉNÉGALAISE

39. Il n’est pas fréquent de mener une étude de droit constitutionnel avec pour échantillon de travail ces cinq juridictions constitutionnelles. À dire vrai, cela ne s’est jamais

⁵³ J. AÏVO, « La crise de normativité de la constitution en Afrique » in *RDP*, n°1, 2012, pp. 141-180.

⁵⁴ V. J. KOBILA MOUANGUE, « Peut-on parler d’un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? » in *Recht in Afrika* (Droit en Afrique), n°13, pp. 33-82.

⁵⁵ J. AÏVO, « La crise de normativité de la constitution en Afrique », *op. cit.*

⁵⁶ V. *infra*, §. 170 et s.

⁵⁷ F. J. AÏVO, *Constitution de la République du Bénin. La constitution de tous les records en Afrique*, 2018, nouvelle édition, Les éditions universitaires, p. 41, cité par S. BOLLE, « Les Cours constituantes », *op. cit.*, p. 279.

fait. Il est certes possible de retrouver des analyses sur un sous-ensemble⁵⁸ de notre échantillon, sur les États correspondants⁵⁹ ou encore à l'échelle de l'Afrique noire francophone⁶⁰, mais il n'est jamais exclusivement question des juridictions retenues ici. De plus, à l'exception notable de la Cour béninoise, aucune des autres juridictions n'a, à ce jour, fait l'objet de travaux axés sur les attributions à portée constituante que sont l'interprétation et la régulation. Or, ce ne sont pas les occasions qui ont manqué quand on sait que ces autres cours n'ont rien à envier à celle de Cotonou, ou que des recueils de jurisprudence – comme celui de L. Sindjoun⁶¹ – mettent suffisamment en lumière des avis et arrêts sortant de l'ordinaire.

40. En outre, le choix de ces organes de justice constitutionnelle renferme *a priori* une difficulté mais qui se révèle très vite être un atout pour cette étude : la diversité. Grande a été la tentation de ne retenir que des institutions aux pouvoirs et procédures quasi identiques, mais nous avons su y résister pour conserver ladite diversité. Si ces cours détiennent, en vertu des textes ou de leur jurisprudence, le pouvoir de modifier et/ou

⁵⁸ V. par exemple, B. ISSA ABDOURHAMANE, *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 soutenue à Bordeaux IV, 2002 ; A. NDIAYE, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Montpellier, 2003 ; K. HOUNAKE, *Les juridictions constitutionnelles dans les démocraties émergentes de l'Afrique noire francophone : les cas du Bénin, du Gabon, du Niger, du Sénégal et du Togo*, Thèse soutenue à Lomé, 2012.

⁵⁹ V. par exemple, S. MADANY SY, *Recherches sur l'exercice du pouvoir politique en Afrique noire. Côte d'Ivoire, Guinée, Mali*, Pedone, 1965 ; M. TALL, *Le parlement dans les États d'Afrique noire francophone : essai sur le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Togo et le Sénégal*, Thèse soutenue à Poitiers, 1986 ; Y. B. VIGNON, *Recherches sur le constitutionnalisme en Afrique noire francophone : le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo*, Thèse soutenue à Poitiers, 1989 ; M. NIANG, *Contribution à l'étude du droit de suffrage dans quelques États africains francophones*, Thèse soutenue à Bordeaux, 1992 ; S. P. MAMOUR, *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Dakar, 1998 ; T. Ondo, *La responsabilité introuvable du Chef d'État africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (exemples camerounais, gabonais, tchadiens et togolais)*, Thèse soutenue à Reims, 2005 ; I. SALAMI, *La protection de l'État de droit par les Cours constitutionnelles africaines : analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse soutenue à Tours, 2005 ; A. W. BININGA, *Les mutations constitutionnelles en Afrique noire francophone : à partir des exemples du Congo, du Bénin et Sénégal*, L'Harmattan Congo-Brazzaville, 2019.

⁶⁰ V. par exemple, G. PAMBOU TCHIVOUNDA, *Essai sur l'État africain postcolonial*, LGDJ, 1982 ; M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, LGDJ 1987 ; J. W. MISONA, *Constitution de l'État de droit et développement. Essai sur le fondement de la justice constitutionnelle dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Aix-en-Provence, 2005 ; M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007 ; F. J. AÍVO, *Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, L'Harmattan, Études africaines, 2007 ; I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, L'Harmattan, 2008 ; A. MBOUSNGOK, *La protection constitutionnelle des droits de l'homme dans les États d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Nancy, 2016 ;

⁶¹ L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, 2009.

suppléer la constitution, elles interviennent selon des modalités différentes. Par exemple, une juridiction peut librement interpréter la constitution ici quand, ailleurs, son équivalent doit au préalable et explicitement caractériser une lacune. Dans la même veine, on relèvera que d'un État à l'autre, le juge constitutionnel est régulateur de l'activité des pouvoirs publics ou en charge de la répartition des conflits de compétences. S'intéresser au pouvoir créateur des juridictions de notre échantillon, avec leurs particularités, permet assurément d'étendre les résultats de nos analyses au reste des juridictions constitutionnelles africaines ; lesquelles seront d'ailleurs très souvent convoquées tout au long de notre propos. Mais avant d'en venir aux résultats, il convient encore d'éclaircir certains points comme les raisons ayant conduit au choix des juridictions précitées.

§3. L'ESPRIT DE LA DÉMONSTRATION

41. La présente recherche s'inscrit dans un cadre spatio-temporel bien défini (A), et elle entend répondre à une problématique générale (B) à l'aide d'une méthode assez classique (C).

A. LE CADRE SPATIO-TEMPOREL

42. Dans les lignes précédentes, nous justifions déjà quelque peu la délimitation du cadre spatial de notre travail. Mais les arguments avancés plus tôt en faveur d'une étude sur la fonction constituante des cours béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise sont aisément transposables. Ils peuvent en effet justifier le choix d'autres juridictions africaines dont l'analyse serait tout aussi digne d'intérêt. Il y a donc bien évidemment d'autres raisons au choix des juridictions concernées.

43. La première est bien évidemment la langue. En effet, les cours examinées ont été instaurées dans des États ayant le français comme seule langue officielle. Il s'agit d'un critère de sélection que nous avons très tôt appliqué afin de ne conserver que des systèmes juridiques exclusivement, sinon très fortement, influencés par le droit de l'ancienne puissance coloniale qu'est la France. Cela permet en effet d'établir, quand cela se justifie, des comparaisons avec

le droit français. D'aucuns regretteront certainement de ce fait l'exclusion de la Haute cour malgache, mais il nous fallait appliquer sans compromis le critère de la langue.

44. En ne retenant que des États d'Afrique noire subsaharienne ayant le français comme langue officielle, il faut bien reconnaître qu'on est loin du compte avec notre échantillon. Les États francophones sont bien plus nombreux, et ce fut d'ailleurs notre espace géographique de départ. Mais il nous a fallu là encore procéder à un choix dicté par un deuxième critère : l'accessibilité des textes et de la jurisprudence constitutionnelle. Sans sites internet non gouvernementaux, réseaux et forums (numériques) informels rassemblant des juristes ou des passionnés du droit constitutionnel, il s'avère impossible de mener à bien une étude sur l'ensemble des juridictions du monde noir francophone. Au moment où nous entamions nos recherches, très peu d'organes en charge de la publication des actes officiels ou de juridictions constitutionnelles détenaient un site numérique institutionnel. Quand cela était le cas, soit il n'était pas alimenté, soit il n'était tout simplement pas fonctionnel⁶². Or, afin d'asseoir notre travail sur des données accessibles, consultables et suffisamment pertinentes au regard de l'objet de cette étude, l'échantillon final s'imposa de lui-même. Avec l'accessibilité comme critère, l'équilibre de nos analyses dans cette thèse a en outre été préservé. Éviter l'écueil d'une trop grande attention accordée à certaines juridictions – possédant une jurisprudence accessible et quantitativement plus importante – au détriment d'autres au sein d'un même échantillon, était au nombre de nos préoccupations. Il aurait certainement été reproché à ce travail de ne pas s'en être tenu à la première catégorie s'il avait eu un déséquilibre.

45. Enfin, l'activité desdites juridictions a joué un rôle déterminant dans leur choix. Elles sont loin d'être en sommeil ou de se contenter d'une activité contentieuse ordinaire. Du Bénin au Sénégal, les cours jouissent d'une certaine notoriété en lien avec l'exercice de leurs attributions constituantes. Cela sera d'ailleurs l'objet de nombreux développements à venir⁶³. De la suppression des anciennes chambres constitutionnelles à ce jour, le juge

⁶² C'est notamment le cas au Gabon où le site de la Cour est en maintenance depuis près de trois années. Le dépouillement de la jurisprudence et la consultation des textes ont par conséquent été faits sur place et grâce à des contacts noués tant au Gabon qu'en France.

⁶³ V. § 632.

constituant a toujours fait usage de son pouvoir créateur. Il n'a donc pas seulement été choisi des cours aux compétences à portée constituante, mais surtout des juridictions qui les exercent effectivement et qui, au passage, se sont démarquées. La Cour béninoise avec sa décision dite « consensus national »⁶⁴, la juridiction ivoirienne et son épisode souverainiste⁶⁵ du 14 mai 2001, les dernières décisions⁶⁶ régulatrices des juges gabonaise, l'arrêt du 12 juin 2009⁶⁷ rendu par la Cour de Niamey, l'intangibilité⁶⁸ du mandat présidentiel en cours au Sénégal, sont autant de précédents qui ont attiré notre attention.

46. Pour ce qui est du cadre temporel, il nous a semblé pertinent et judicieux d'inscrire notre travail dans la période allant des années quatre-vingt-dix à nos jours. Si la justice constitutionnelle était déjà exercée avant ladite période, l'inaccessibilité des textes organiques portant sur les chambres constitutionnelles, voire sur les cours suprêmes de l'époque dont elles dépendaient nous interdit d'affirmer que ces anciennes juridictions détenaient déjà des attributions à portée constituante ou les exerçaient. En outre, la jurisprudence de cette période est, elle aussi, introuvable. On fera d'ailleurs remarquer qu'il n'est jamais fait référence à ces décisions et avis anciens dans la jurisprudence constitutionnelle postérieure. Il aurait été par conséquent imprudent de notre part de remonter plus loin dans le temps.

47. Au-delà de l'inaccessibilité de la jurisprudence antérieure, il faut dire que les années quatre-vingt-dix ont été une décennie décisive en Afrique. Il s'agit de l'époque de la démocratisation des régimes autoritaires, mais surtout celle de l'autonomisation des cours constitutionnelles. C'est à partir de ce moment qu'intervient l'éclatement des cours suprêmes, et que plusieurs juridictions constitutionnelles se voient officiellement attribuer des compétences comme celle d'interpréter la constitution ou de réguler les institutions en cas de crise. Ce point de départ s'est donc imposé car non seulement il est très souvent retenu en doctrine, mais il nous assurait également d'avoir accès à une quantité non négligeable de sources.

⁶⁴ DCC n°06-074 du 8 juillet 2006.

⁶⁵ N°CI-20011-036 du 4 mai 2011.

⁶⁶ V. La décision n°022 /CC du 30 avril 2018 sur la vacance de l'Assemblée nationale et la décision n°219 du 14 novembre 2018 sur l'indisponibilité temporaire du chef de l'État gabonais.

⁶⁷ Arrêt n°04/CC/ ME du 12 juin 2009.

⁶⁸ Décision n°1/C/2016 du 12 février 2016.

B. LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTUDE

48. *La fonction constituante des juges constitutionnels africains est-elle aussi effective que singulière ?* C'est en ces termes que se pose la problématique centrale du présent essai, et qui met l'accent sur deux aspects – l'effectivité et la singularité – qui ne peuvent être considérés comme des acquis sans la démonstration que constituera ce travail de thèse.

49. S'agissant de l'effectivité, il n'est pas rare qu'une juridiction soit des plus passives ou que ses attributions soient mises en veille plus ou moins longtemps. On se souvient que dans les trente premières années des indépendances, l'activité des anciennes chambres constitutionnelles auprès des Cours suprêmes a très peu convaincu. Après le renouveau démocratique des années quatre-vingt-dix, l'installation tardive de certaines cours et les soubresauts politiques⁶⁹ ont là encore eu une incidence sur leur fonctionnement ; et l'on n'oubliera pas de souligner l'environnement actuel et peu favorable (inféodation au pouvoir politique, concurrence avec le chef de l'État en matière d'interprétation, une armée régulatrice des crises institutionnelles...) au plein épanouissement de la juridiction constitutionnelle africaine. De plus, il existe des zones d'ombre dans les énoncés constitutionnels, organiques et jurisprudentiels⁷⁰ habilitant les cours co-constituantes. En des termes plus clairs, rien ne filtre quant aux modalités de mise en œuvre de la fonction constituante. Les juges sont certes autorisés à créer du droit *via* l'interprétation ou la régulation institutionnelle, mais il n'est à aucun moment précisé *comment* ils doivent concrètement le faire. Quid des motifs d'intervention du juge-constituant et des objectifs censés inspirer son action ? Un pouvoir potentiellement aussi important que celui exercé par le Chef de l'État africain en cas de crise⁷¹, est confié au juge, et ce, sans qu'une finalité n'ait

⁶⁹ Il est ici fait allusion aux juridictions nigérienne et ivoirienne dissoutes lors de coups d'État.

⁷⁰ En effet, certaines juridictions ont exercé ou exercent une attribution à portée constituante sur la base d'un avis ou d'une décision.

⁷¹ L'article 67 de la Constitution nigérienne dispose par exemple que : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend des mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances après consultation officielle du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale et du Président de la Cour constitutionnelle. [...] ».

été définie. Les énoncés habilitants ne permettent ainsi qu'une appréhension partielle de la fonction constituante des juges africains. Ils ne renseignent qu'à moitié sur le *pourquoi*, et jamais sur le *comment*. Les mobiles⁷² ou les techniques à employer ne sont quasiment jamais abordés. La question de l'effectivité des attributions, et en particulier de celles ayant une incidence sur la constitution, mérite d'être posée tant les obstacles à leur mise en œuvre par les juges sont nombreux.

50. S'agissant de la singularité, chaque juridiction constituante suit nécessairement une trajectoire particulière. Il s'agit là d'un truisme. Cependant, à l'instar de ce qui est fréquemment fait en doctrine à propos du constitutionnalisme africain⁷³, il est tout à fait possible de déceler, au niveau d'un espace géographique déterminé, des tendances générales, et ce, d'autant plus quand elles ont été construites à partir d'un même modèle et/ou que les États africains francophones ont en commun des histoires constitutionnelle et politique analogues. Toutefois, la découverte de ces tendances ne constitue qu'une étape de la recherche. Cette dernière serait en effet incomplète s'il n'était pas procédé à une évaluation. Il s'agit d'un examen critique, lequel revient surtout à poser la question de la conformité de cette jurisprudence à ce qu'on serait en droit d'attendre des juges. Et si tel n'est pas toujours le cas, il devient alors légitime de leur indiquer le chemin, de leur prescrire une méthode, en identifiant au passage les écueils que les membres des cours n'ont pas su éviter ou qu'il conviendrait d'éviter à l'avenir.

51. La fonction constituante des juges constitutionnels en Afrique se démarque largement de ce qui est fait ailleurs au point où il est possible de parler d'une spécificité

Les mesures exceptionnelles doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. [...] »

⁷² L'exception vient ici du législateur organique gabonais, lequel a fait référence aux lacunes et au doute pour fonder une demande d'interprétation. V. Loi organique sur la Cour constitutionnelle du Gabon, article 60.

⁷³ V. à ce propos par exemple, P.-F. GONIDEC, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain » in *RJPIC*, n°4, 1988 ; P.-F. GONIDEC, « Constitutionnalismes africains » in *Revue juridique et politique*, 1996, pp. 23-50 ; G. CONAC, « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain », *Symposium international de Bamako*, 2000 ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *RFDC*, n°4, 2002, pp. 721-748 ; K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone » in *Afrique juridique et politique*, 2002, pp. 35-86 ; J. M. BIKORO, « La fonction constituante du peuple dans le nouveau constitutionnalisme des états d'Afrique noire francophone » in *Civitas Europa*, vol. 46, 2021, pp. 325-359 ; G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Économica, 1993 ; A. CABANIS et M.-L. MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions des Constitutions récentes*, L'Harmattan, 1999.

africaine en ce sens. Telle est la thèse que nous entendons défendre. De la saisine aux solutions dégagées en passant par les sources mobilisées ou invoquées, le juge constituant africain innove à tous les niveaux ; tout contentieux devenant potentiellement l'occasion de créer du droit. Notre thèse enfin exposée, il nous faut en venir à la méthode suivie dans le cadre de ce travail.

C. LA MÉTHODE

52. Dès lors qu'il est question de méthode, il n'est pas rare que l'on fasse appel à un célèbre philosophe français, comme pour insister sur la rigueur de celle-ci dans la conduite d'une réflexion. Dans son célèbre *Discours de la méthode*, Descartes énonce en effet que « [son] dessein n'est pas d'enseigner ici la méthode que chacun doit suivre pour bien conduire sa raison, mais seulement de faire voir en quelle sorte [il a] tâché de conduire la [sienne] »⁷⁴. À la suite de ce dernier et à propos du sujet qui est le nôtre, nous entendons également ici exposer tant nos choix méthodologiques que les sources mobilisées.

53. Au titres des sources, il y a d'abord les textes juridiques en vigueur et abrogés au cours de la période sus-évoquée. Il s'agit plus précisément des constitutions et des lois organiques, mais aussi les chartes et accords politiques ayant une incidence sur les premières. Viennent ensuite les actes conventionnels, les règlements des assemblées parlementaires, les lois ordinaires et les actes administratifs. À côté des textes, il y a lieu d'inscrire la jurisprudence constitutionnelle africaine. Après un tri entre celle dite constituante et le reste, la première catégorie a été grandement mobilisée. Ici, le choix de certaines jurisprudences a été parfois discrétionnaire et peut-être discuté. En dehors des affaires où les juges font explicitement appel à leurs compétences constituantes, ailleurs, il a fallu se demander si le raisonnement ou la solution dégagée par le juge a eu pour conséquence de combler une lacune, de préciser une disposition, de provoquer une variation objective dans la signification d'un énoncé juridique préexistant, ou encore s'il a été greffé un texte ou une norme au bloc de constitutionnalité.

⁷⁴ R. DESCARTES, *Discours de la méthode* (1637), Les Échos du Maquis, 2001, p. 7.

54. On a également pu compter sur les travaux doctrinaux. Du droit à la sociologie en passant par l'anthropologie, l'histoire et la science politique, la doctrine a grandement contribué à la réalisation de la présente recherche. S'agissant particulièrement de la doctrine juridique, son concours était évident et indispensable pour avoir non seulement une première idée de ce dont on traite, mais aussi une vue d'ensemble des implications de cette orientation nouvelle prise par la justice constitutionnelle dans les anciennes colonies françaises depuis les années quatre-vingt-dix.

55. Pour ce qui est enfin de la démarche, elle a été des plus classiques, et il importe de préciser ici que la présente étude s'inscrit moins dans le cadre d'une comparaison que dans celui d'une synthèse. L'accent a surtout été mis sur la recherche de dynamiques communes entre les différentes juridictions constituantes. Le choix a donc été fait de procéder par induction en partant, une fois celles-ci identifiées, des données (les textes et/ou la jurisprudence), pour remonter jusqu'à ce qui fait la singularité de l'exercice de la fonction constituante par les juges constitutionnels en Afrique noire.

56. De la démarche choisie, il découle par conséquent un plan de travail en deux parties, et articulé autour des aspects qui nous ont paru incontournables dans l'appréhension d'un sujet aussi inédit. Après avoir pris la mesure de cette immixtion du juge dans la sphère constituante et examiné les fondements de celle-ci, le cadre africain étant aussi singulier que peuvent l'être les contextes européen et américain, l'analyse de la fonction constituante des Cours et Conseils concernés se concentrera sur ce qui en fait et pourrait en faire la singularité. D'où :

Chapitre préliminaire. Éléments d'une théorie de la fonction constituante d'une juridiction constitutionnelle

Première partie. La réalité de la fonction constituante des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone

Seconde partie. La singularité de la fonction constituante des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. ÉLÉMENTS D'UNE THÉORIE DE LA FONCTION CONSTITUANTE D'UNE JURIDICITON CONSTITUTIONNELLE

« Mais on voit immédiatement que cette opération consistant à dissocier la détention du pouvoir (le pouvoir proprement dit) et son exercice (la fonction) s'effectue au prix d'une singulière amputation de l'idée de pouvoir. »⁷⁵

58. La fonction constituante est consubstantielle au pouvoir constituant. Cette fonction ou le pouvoir créateur des juges constitutionnels – dénomination usitée et erronée⁷⁶ – inaugure une nouvelle ère dans l'analyse des juridictions constitutionnelles de tradition romano-germanique. Cette consubstantialité n'étant pas un obstacle à une tentative d'identification, la fonction constituante invite immanquablement à revenir sur le concept de pouvoir constituant. Concepts connexes, ils ne sauraient être pris l'un pour l'autre et c'est bien là l'intérêt de ce premier chapitre. La fonction n'est pas un pouvoir, c'est-à-dire « une libre énergie de la volonté qui assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création de l'ordre et du droit »⁷⁷. Alors que la première est presque toujours dévolue, ce qui sous-entend la préexistence d'un cadre ou ordre juridique (ou constitutionnel), le pouvoir peut autant relever du fait – pouvoir constituant – que du droit lorsqu'il est dit « constitué ». Juridiquement, la fonction ne peut relever du factuel. Juridiquement, qu'elle

⁷⁵ À propos de la représentation constituante chez Sieyès. v. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF Léviathan, 1994, p. 231.

⁷⁶ Elle sera néanmoins reprise dans le cadre de notre étude par commodité.

⁷⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 2015, p. 14.

soit une fonction-objet ou fonction-fin, elle est une « activité »⁷⁸ et non une « volonté autonome »⁷⁹. Partant, la fonction est attribuée à un organe constitué et son exercice fait l'objet d'un encadrement au moins dans son acception objective. Cela est particulièrement avéré quand le pouvoir a identifié des fonctions et les organes censés les exercer au sein de l'État. Le pouvoir constituant ou la fonction constituante, dans la pensée de D. de Béchillon, est la matrice des fonctions au sein de l'État. La distinction entre la fonction constituante, que l'on qualifiera de primaire, et les fonctions créées devrait rendre compte d'une autre existant entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, voire d'une troisième entre le « pouvoir » et « les pouvoirs ».

59. Néanmoins, on assiste à l'émergence de nouvelles fonctions ou à l'appropriation de fonctions existantes par d'autres organes, brouillant ainsi la lisibilité de la configuration fonctionnelle de l'État. La fonction constituante (secondaire) des juridictions constitutionnelles est de ce nombre. Née ou révélée au sein desdites juridictions, la fonction constituante opère des changements constitutionnels à l'instar de la fonction primaire. Par leurs décisions et avis, ces juridictions « produi[sent], détrui[sent] ou modifi[ent] » une constitution, elles exercent « un véritable pouvoir paraconstituant »⁸⁰. Certains de ces actes juridictionnels – dont les décisions qui ont par défaut une valeur constitutionnelle⁸¹ – ont ainsi une portée constituante⁸², et ce malgré l'indécision de certains auteurs⁸³ français par exemple. En ayant une telle portée, les décisions de justice constitutionnelle ne peuvent avoir une autre valeur. Prenant acte de l'appropriation dont la fonction constituante primaire fait l'objet, il nous revient d'« amputer » le pouvoir constituant de l'idée de pouvoir pour saisir l'essence même de la fonction constituante secondaire. En effet, il y a dans le « pouvoir »

⁷⁸ G. TMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1963, p. 6.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁰ G. TUSSEAU, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle : remarques sur quelques évolutions récentes du droit constitutionnel gabonais » in *Politeia*, n°33, 2018, p. 122.

⁸¹ V. §. 153.

⁸² Dans la suite de notre propos, lesdits avis et décisions seront qualifiés de constituants.

⁸³ Par exemple, P. Avril lorsqu'il affirme « [qu']on peut qualifier les normes énoncées par le Conseil [constitutionnel français] d'infra-constitutionnelles et de supra-législatives. ». V. P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? » in *Archives de philosophie du droit*, t. 50, 2006, p. 34.

constituant, une omnipotence qu'on ne saurait supposer dans la fonction constituante sans un examen préalable.

60. Le pouvoir constituant est au nombre des notions fondamentales structurant la science constitutionnelle. L'important « discours »⁸⁴ produit à ce sujet témoigne à juste titre de l'intérêt que la doctrine⁸⁵ a su lui porter ; une littérature très abondante dont J. Bodin est l'initiateur. En effet, s'il est formellement théorisé au XVIII^e par l'Abbé Sieyès, le pouvoir constituant trouve ses origines dans des notions et des événements bien évidemment antérieurs à 1789.

61. Communément admise au Moyen-âge, la nature divine du pouvoir était un obstacle rédhibitoire à l'émergence d'un pouvoir constituant d'une autre nature. Une idée que Carl Schmitt émet avec une certaine clarté dans sa *Théorie de la Constitution*⁸⁶. Séculariser le pouvoir (constituant) pour parvenir à une version que nous qualifierons de « moderne » nécessitait des changements dans la conception même du pouvoir et son titulaire. Au Moyen-

⁸⁴ C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, 1^{er} éd., PUF, 1996, p. 2.

⁸⁵ Sans prétendre à l'exhaustivité, E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1987), 3^e éd., Éditions du Boucher, 2002 ; E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Librairies de l'Université de Californie, 1909. ; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Paris 1920, t. 2, Paris 1922, réed. CNRS, 1962 ; G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse soutenue à la Faculté de droit de Paris, 1930 et *Traité de science politique*, t.4, 2^e éd., LGDJ, 1969 ; P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, 2^e éd., Hachette, 1970 ; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996 et du même auteur « Le pouvoir constituant » in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, Traité Dalloz, Tome 3, 2012, p.6-31 ; G. VEDEL, « souveraineté et supraconstitutionnalité » in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 90 ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF Léviathan, 1994, p. 223 et s. ; P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, 1998 ; A. NEGRI, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF Pratiques théoriques, 1^{er} éd., 1997 ; E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, O. JOUANJAN (trad.), Bruylant et LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 2000. ; C. KLEIN ; C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF Quadrige, 1^{re} éd., 2008, p. 211-226 ; E. SUR, « Le pouvoir constituant n'existe pas » in *Mélanges en l'honneur de Georges Lavroff: la Constitution et ses valeurs*, Dalloz, 2005, pp. 569-591 ; O. CAYLA, « l'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable » in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *Economica*, 2006, pp. 249-265 ; P.G. GRASSO, *Le pouvoir constituant et les contradictions du droit constitutionnel*, Turin, G. Giappichelli, 2006 ; H. LINDAHL, « Constituent power and reflexive identity : Towards an ontology of collective selfhood » in M. LOUGHLIN et N. WALKER, *The paradox of constitutionalism : constituent power and constitutional form*, Oxford, 2008 ; S. M. GRIFFIN, « Constituent power and constitutional change in american constitutionalism », *Ibid.* ; G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, 2011, p. 17-114. Dans un registre moins juridique, nous pouvons évoquer J.-D. BREDIN, *Sieyès, la clef de la révolution française*, éd. de Falois, 1988.

⁸⁶ « Seul Dieu a une *potestas constituens* – du moins dans la mesure où l'on parle d'un pouvoir constituant », *op.cit.*, p. 213. Dans sa thèse, Gaëlle MARTI rappelle l'idée de la « *plenitudo potestatis* ». V. G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, *op.cit.*, p. 19.

âge, la souveraineté joua le rôle de terreau pour le concept de pouvoir constituant même s'il n'apparut qu'au XVIII^eme.

62. À la faveur d'une autorité politique fragmentée et parvenue à son apogée en Europe, le concept de souveraineté apparut comme une réponse adéquate à la féodalité⁸⁷. Seigneur parmi les seigneurs dans un système dominé par les plus puissants d'entre eux, le roi ne se distingue que par son sacre. Du fait de son couronnement et en tant qu'autorité politique « réelle »⁸⁸ représentant légitimement Dieu parmi les hommes, le roi a vocation à dominer sur les autres autorités politiques. Une domination qui se réalisa graduellement dans les faits. Dans un premier temps, le roi s'affirma comme le suzerain. Il s'agit purement et simplement d'un « recours à la hiérarchie féodale »⁸⁹. Utilisant le système féodal, il se hisse au sommet de la hiérarchie féodo-vassalique existante. La suzeraineté, malgré les limites⁹⁰ qu'on lui connaissait, eut le mérite de « redonner une place centrale à la monarchie, en regroupant les seigneuries autour de la Couronne »⁹¹. On assiste là au premier acte de la centralisation du pouvoir. Néanmoins, si la période allant du XII^e au XV^e se singularise par l'apparition de royaumes indépendants, l'on ne peut parler de souveraineté avant le XIII^e siècle. L'indépendance de ces royaumes est externe dans la mesure où elle fait référence à la fin des prétentions⁹² papale et impériale à *l'impérium mundium*⁹³ ; une remise en cause d'autorités supérieures, prélude nécessaire à la souveraineté.

63. La royauté a grandement facilité le glissement de la suzeraineté à la souveraineté au sens étatique. En effet, la souveraineté royale⁹⁴ a constitué une étape intermédiaire entre

⁸⁷ Le système féodal fonctionnait au détriment de la royauté dans la mesure où l'autorité royale se limitait à ses terres et que la vassalité faisait dépendre la relation entre le roi et les sujets des princes territoriaux. V. A. RIGAUDIERE (dir.), *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 4^{ème} éd., 2010, pp. 309-310.

⁸⁸ F. BORELLA, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de Sciences PO., 2008, p. 66.

⁸⁹ A. CASTALDO et Y. MAUSEN, *Introduction historique au droit*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 65.

⁹⁰ Autorité personnelle – et malheureusement fluctuante – du roi sur ses vassaux, à laquelle on pouvait encore opposer la maxime selon laquelle *le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal*.

⁹¹ *Ibid.* p. 66.

⁹² En France, Les rois se heurtèrent aux prétentions de l'empereur (Saint-Empire romain germanique) et aux intérêts de l'Église.

⁹³ G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op.cit.*, p. 21.

⁹⁴ « Cette conception de la souveraineté comme pouvoir de dernier mot circonscrit à la sphère judiciaire imprègne encore notre terminologie juridique. Dans cette acception très générale et quasi intemporelle, la souveraineté désigne un pouvoir de dernier ressort [...] mais ce pouvoir demeure cantonné à la sphère juridictionnelle. On pourrait, à cet égard, parler d'une conception *judiciaire* de la souveraineté, à laquelle

ces deux moments. Dépendante de la féodalité, la souveraineté du monarque est partielle car elle n'est que « la qualité de *susserain* des seigneurs féodaux »⁹⁵. Si la période postféodale (XIII^e-XV^e) voit se renforcer un pouvoir royal centralisateur et séculier, le partage du pouvoir normatif entre plusieurs autorités demeure une tare qui retarde l'apparition sinon la découverte de la souveraineté moderne. Cette dernière, par opposition à la souveraineté royale, apparaît bien plus tard au XVI^e siècle sous la plume de Bodin dans *Les six livres de la République*⁹⁶.

64. La souveraineté est « la puissance de donner et casser la *loy* à tous en général, et à chacun en particulier [...] sans le consentement de plus grand ni de pareil ni de moindre que soi »⁹⁷, écrit Bodin. Par sa réflexion sur la souveraineté, Bodin prend conscience de la *République*, de l'État, en identifiant sa principale spécificité. En effet, la souveraineté est envisagée par Bodin comme étant consubstantielle « au droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun [...] »⁹⁸. L'identification de la République ou de l'État au principe de l'unité de la puissance souveraine est ainsi posée. Une réflexion qui, selon O. Beaud, n'a pu se faire avant le XVI^e⁹⁹. Convaincu de la nécessaire « émancipation de l'État par rapport à l'Église »¹⁰⁰, et s'appliquant à asseoir définitivement la supériorité du monarque, Bodin n'hésite pas à reconnaître à l'autorité royale¹⁰¹ des caractéristiques divines lorsqu'elle donne la *loy*. Ainsi, la souveraineté en tant que « pui[ss]ance de commander »¹⁰² est à l'image de la puissance divine, c'est-à-dire perpétuelle, indivisible et absolue. Des

s'oppose la conception moderne, *législative*, qui ne connaît aucune délimitation matérielle » O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op.cit.* p. 40.

⁹⁵ G. MARTI, *Le pouvoir constituant*, *op.cit.* p. 21.

⁹⁶ Dans le sillage de BODIN sur le concept de souveraineté on peut citer le *Traité des Seigneuries* (1608) de CHARLES LOYSEAU et *De la souveraineté du roi, de son domaine et sa couronne* (1632) de C. Le Bret. Sur la naissance du concept de souveraineté, une analyse succincte et intéressante a été réalisée par A. RIGAUDIÈRE, « L'invention de la souveraineté » in *Pouvoirs*, n° 67, PUF, 1993, pp. 5-20.

⁹⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République, avec l'Apologie de R. HERPIN*, Aalen Scientia, 1961, Livre 1, Chap.10, p.216. Pour O. BEAUD, il s'agit « [d']un pouvoir unique et indivisible capable de créer et recréer le droit », *La puissance de l'État*, *op.cit.* p. 47.

⁹⁸ Telle est la définition de la république retenue par J. Bodin.

⁹⁹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op.cit.* p. 47.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 50

¹⁰¹ « Vis qu'il n'y a rien de plus grand en terre après Dieu, que les Princes Fouuerains, &, qu'ils ont establis de luy côme fes lieutenants, pour commâder aux autres hommes [...] » J. BODIN, *Les six livres de la République, avec l'Apologie de R. HERPIN*, *Scientia Aallen*, 1961, p.211.

¹⁰² *Ibid.* p.123

caractéristiques qui ne sont pas sans rappeler les dispositions relatives à la souveraineté dans les textes constitutionnels du XXI^e siècle. Si le caractère perpétuel¹⁰³ ne mérite pas qu'on s'y attarde plus longuement, il en va autrement des autres caractères. L'indivisibilité exclut l'idée d'un partage¹⁰⁴ de la souveraineté entre plusieurs titulaires. Ce qui, plusieurs auteurs ont su le préciser, n'écarte pas la possibilité que le Souverain¹⁰⁵ puisse être un groupe de personnes ou l'ensemble des sujets¹⁰⁶. La préférence de Bodin pour la monarchie n'en fait pas la seule forme de gouvernement acceptable pour ce dernier mais replacée dans son contexte historique le concept de souveraineté ne pouvait se départir de l'influence de la monarchie. Quant au caractère absolu de la souveraineté, il implique la double impossibilité pour le Souverain d'être lié autant par ses commandements que par ceux d'un autre¹⁰⁷. Absolue, comme le rappelle G. Marti, cette caractéristique de la souveraineté ne fait pas obstacle à un exercice de la souveraineté différent de celui auquel on pourrait s'attendre. Avec Bodin, il est alors possible de distinguer la forme de l'État – non pas du point de vue de son organisation interne mais selon le titulaire de la souveraineté – de la forme de gouvernement. En d'autres termes, le titulaire de la souveraineté moderne n'apporte aucune information quant aux modalités d'exercice de celle-ci. Inaugurant l'idée d'une souveraineté absolue, Bodin précise qu'elle ne l'est qu'en respectant certaines limites¹⁰⁸. Ces dernières ont pour principale conséquence la légitimation de la souveraineté moderne. Il s'agit là d'une question non traitée par Bodin ou, au regard du contexte historique, qui ne se pose pas ; le roi étant dépositaire de la puissance divine, la question de la légitimité était accessoire¹⁰⁹. Puis, sous

¹⁰³ « [...] dissociée de la personne même du prince, la souveraineté ne disparaît pas à sa mort mais demeure intacte [...] » B. BASDEVANT-GAUDEMET et J. GAUDEMET, *Introduction historique au droit, XIII^e-XX^e siècle*, 3^e éd. LGDJ, 2010, p.215. V. également G. MARTI, *Le pouvoir constituant...*, *op.cit.* p. 23.

¹⁰⁴ « [La souveraineté n'est] pas plus divisible que le point en géométrie », C. LE BRET, « De la souveraineté du roi », in *Les Œuvres de Messire Cardin Le Bret*, Rouen, 1689, *op.cit.*, p. 19.

¹⁰⁵ « Le souverain est la personne qui détient et exerce le pouvoir *suprême*, c'est-à-dire la personne qui, sans être contrôlée, crée librement le droit positif ». O. BEAUD, « Le Souverain » in *Pouvoirs*, n° 67, PUF, 1993, p. 34.

¹⁰⁶ J. BODIN, *LES six livres de le République*, *op.cit.*, p. 251.

¹⁰⁷ Cette indépendance du Souverain légitime une fois de plus la thèse, défendue par O. Beaud, quant à la différence de nature entre la souveraineté dans le royaume *prétatistique* et celle de l'État moderne

¹⁰⁸ Les Lois divines, naturelles et fondamentales. Les dernières ont principalement trait à la dévolution de la couronne et au statut du domaine de la Couronne.

¹⁰⁹ Dans la mesure où la puissance du roi était soumise à certaines lois (divines et naturelles), G. MARTI a su, avec justesse, relever le fait que le monarque de Bodin bénéficiait d'une légitimité matérielle. V. *Le pouvoir constituant européen*, *op.cit.*, p. 206.

l'action du courant absolutiste, la légitimité du monarque devint de droit divin. Finalement, ce n'est qu'en faisant transiter la souveraineté par la personne du roi que le pouvoir constituant a pu faire une timide apparition. En effet, la puissance du monarque soumise à des Lois met en exergue une certaine hiérarchie entre Dieu et le roi. La souveraineté de ce dernier étant limitée par des normes supérieures, le titulaire de la *potestas constituens* est nécessairement le premier. En réalité, seul Dieu peut « donner et casser » les lois y compris celles considérées comme étant fondamentales ou naturelles.

65. De la royauté au divin, la souveraineté n'a pu être transférée au peuple que sous l'action combinée de plusieurs facteurs qu'énumère chronologiquement G. Marti.

66. D'abord, elle évoque les mutations du droit de résistance. De Saint Thomas d'Aquin, pourfendeur de la conception punitive¹¹⁰ du pouvoir politique, qui orienta l'objet du pouvoir politique vers la préservation des droits, aux monarchomaques (ardents défenseurs d'une souveraineté populaire¹¹¹), le droit de résistance se heurta à une fructueuse contradiction¹¹² dans la mesure où le dépassement de celle-ci permit l'éclosion partielle du pouvoir constituant. Résolvant le paradoxe relevé par Hobbes, J. Locke justifie le droit de résistance par la préexistence de la communauté et la violation de l'un des actes fondateurs. En effet, Locke distingue deux moments clés que sont la création de la société et celui de l'institution. En d'autres termes, ce n'est qu'après avoir décidé de s'unir en un seul corps que le peuple, pour sa préservation, va instituer le « législatif, pouvoir suprême, et le gouvernement. »¹¹³. En tant que « pouvoir suprême [...] auquel tous les autres pouvoirs doivent être subordonnés »¹¹⁴, il peut être reformé, par le peuple, s'il venait à manquer ou transgresser sa raison d'être, « sa constitution »¹¹⁵ pour reprendre l'expression lockienne.

¹¹⁰ Vision soutenue par Saint-Augustin qui voit dans le pouvoir politique l'expression d'une sanction divine suite au péché originel. *Ibid.* p. 30.

¹¹¹ *Ibid.* p. 31.

¹¹² « Or, pour Hobbes, l'unité des différents individus implique forcément l'anéantissement du peuple dans la personne du souverain et par conséquent l'impossibilité de concevoir le droit de résistance. ». *Ibid.* p. 35.

¹¹³ *Ibid.* p. 38.

¹¹⁴ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil* (1690), trad. par J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, p. 108.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 154.

Institution et réformation du législatif, avec Locke, le peuple revêt les traits du pouvoir constituant tel qu'il se présente de nos jours.

67. Comme second facteur, G. Marti fait allusion aux répercussions des révolutions américaine et française¹¹⁶ sur le concept de souveraineté. En effet, ces épisodes ont en commun le passage de la souveraineté du monarque au peuple. Outre-Atlantique, aux États-Unis, la souveraineté a fait place au concept de pouvoir constituant. Défendu par les partisans de la fédération, il a été au centre de la construction américaine par le recours aux peuples plutôt qu'aux États confédérés à l'époque. Se résumant dorénavant à son objet – l'adoption d'une constitution – le pouvoir constituant produit une norme « fondant le genre et la forme de l'existence politique »¹¹⁷. En ce sens, G. Marti énonce que « le pouvoir d'adopter la constitution apparaît clairement comme étant « l'acte de souveraineté. »¹¹⁸. Sans aucun doute, la révolution américaine et le contexte¹¹⁹ d'adoption de la Constitution de 1787 ont profondément structuré le concept de pouvoir constituant en mettant l'accent sur l'acte constituant. La souveraineté se retrouve ainsi réduite à une expression précise et utile au processus constituant américain. En France, le concept de pouvoir constituant est théorisé par Sieyès dans son pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*¹²⁰ Cette œuvre entame au XVIII^e une véritable révolution juridique.

« Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. [...] Mais toujours est-il vrai qu'une représentation extraordinaire ne ressemble point à la législature ordinaire. Ce sont des pouvoirs distincts. Celle-ci ne peut se mouvoir que dans les formes et aux conditions qui lui sont imposées. L'autre n'est soumise à aucune forme en particulier : elle s'assemble et délibère comme ferait la nation elle-même [...] »¹²¹.

68. Pour la première fois en Europe, et en France plus précisément, le pouvoir constituant est concédé à la nation¹²², une entité que Sieyès s'emploie également à définir. Il

¹¹⁶ Voir. M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789*, Armand Colin, 3 vol., 1932-1937 ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, Montchrestien, 13^e éd., 2014.

¹¹⁷ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.* p. 210.

¹¹⁸ G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op.cit.* p. 51.

¹¹⁹ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, 7^e éd, PUF, 2016, pp. 64-66.

¹²⁰ J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1987), 3^e éd., Éditions du Boucher, 2002.

¹²¹ *Ibid.* p. 50 et 57.

¹²² La nation de Sieyès s'identifie au Tiers-État.

voit en elle l'origine de la constitution¹²³ qui n'est rien de moins que son expression ultime. Dans la nation, l'Abbé trouve ainsi un nouveau fondement à la légitimité politique dans l'État. Un principe qui le conduit à identifier la plénitude des pouvoirs d'une assemblée extraordinaire (ou de la nation) par rapport à ceux d'une législature ordinaire ; la constitution ne pouvant être que le fait de la première. Comme on pouvait s'y attendre, Sieyès attribue purement et simplement au pouvoir constituant une caractéristique consubstantielle à la souveraineté. Emblématique, autant par la méthode que par ses innovations, *Qu'est-ce que le Tiers-État* ne constitua qu'une source d'inspiration pour les révolutionnaires qui, une fois parvenus à leur fin, reviendront assez rapidement à une conception de la souveraineté très éloignée des idées de l'Abbé.

69. Les sources du concept de pouvoir constituant étant rappelées, il faut souligner que son exercice a toujours été reconnu à une autorité naturellement souveraine. De la divinité à la nation (peuple) en passant par le monarque de droit divin, le sujet du pouvoir constituant (par l'entremise de la souveraineté) a toujours été un *donné*¹²⁴. Si la souveraineté chez Bodin permet de souligner la distinction pouvoir constituant/constitué(s) – idée que l'on retrouve évidemment chez Sieyès à propos du pouvoir constituant –, cette spécialisation relègue les autorités ou pouvoirs constitués au second plan en les enfermant dans les « formes » et les « conditions » imposées. Existant *dans* l'État, il leur est logiquement défendu d'agir comme le ferait le sujet constituant au risque de remettre en cause le principe de la légitimité politique chez Sieyès : la nation. Bien d'autres aspects du concept pourraient longuement retenir notre attention mais celui du titulaire est l'occasion d'introduire l'objet de ce chapitre.

70. En effet, les développements subséquents ont pour objet la dissociation du pouvoir constituant de ses sujets traditionnels. Une dissociation dont découle la reconnaissance de l'exercice du pouvoir constituant par un organe constitué ; ce qui emporte d'importantes conséquences que nous évoquerons ici (Section 2) et que nous compléterons au cours d'autres développements du présent travail. Néanmoins, si séparation il y a,

¹²³ « Il est impossible de créer un corps pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce qu'on appelle la *constitution* de ce corps » *Ibid.* p. 54.

¹²⁴ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 92.

l'exercice du pouvoir constituant par une juridiction constitutionnelle ne diffère que partiellement de l'usage qui en est habituellement fait (Section 1). On l'aura compris, les propos qui suivent auront – par le truchement des spécificités traditionnelles du pouvoir constituant – pour finalité d'isoler le concept de fonction constituante d'une juridiction constitutionnelle. Pour ce faire, retenons une première acception du pouvoir constituant, à savoir « le pouvoir mis en œuvre pour l'élaboration et la révision d'une constitution »¹²⁵ ; une définition suffisamment neutre pour constituer le point de départ de ce travail.

SECTION 1. LES POINTS DE RAPPROCHEMENT ENTRE LA FONCTION CONSTITUANTE ET LE POUVOIR CONSTITUANT

71. Tout en se construisant théoriquement au détriment du pouvoir constituant, c'est-à-dire en remettant en cause la frontière pouvoir(s) constituant/constitué(s), la fonction constituante continue d'entretenir des relations avec le pouvoir. Le vocable « constituant » étant plus qu'évocateur, les points de rapprochement entre ces deux concepts se donnent à voir dans le procédé constituant (§1), son résultat (§2) et son étendue (§3).

§1. LE RECOURS À UN ACTE DÉCISOIRE

72. À l'instar du pouvoir constituant, la fonction constituante se manifeste par une décision dite constituante dont le contenu a une valeur constitutionnelle. Ce caractère décisoire est un aspect qui n'a cessé d'être réaffirmé en matière *constituante*. Il serait judicieux de l'explicitier à l'aide de certains travaux et d'établir par la suite un parallèle avec la décision constituante.

¹²⁵ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1989, p. 94.

A. L'ACTE DU POUVOIR CONSTITUANT

73. La constitution est avant tout une décision politique comme l'exemple américain l'a démontré. Unilatérale ou conventionnelle, ses modalités d'édition n'ont aucune incidence sur son caractère décisive. À ce propos, C. SCHMITT¹²⁶ apporte une idée dans la définition qu'il retient du pouvoir constituant, à savoir qu'il est « une volonté politique [...] en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique »¹²⁷. En effet, le pouvoir constituant à vocation à décider une chose (le genre et la forme de l'existence politique) raisonnée et à laquelle s'attache un ordre. Une décision ne se définit-elle pas principalement au travers de ces éléments¹²⁸ ? Le décisionnisme¹²⁹ n'est-il pas la matrice de la pensée schmittienne ? À l'instar du pouvoir constituant, la décision *constituante* de justice est elle aussi une œuvre de raison qui crée sinon modifie l'ordre constitutionnel (2). Les juges constitutionnels ne sont pas sans savoir la portée d'une telle décision par rapport à une autre plus classique portant, par exemple, sur la déclaration de vacance d'un siège de parlementaire. Il y a dans la fonction constituante une volonté consciente de pérenniser ou de modifier l'ordre établi par le constituant. La conscience ou la réflexivité (1) est un point qu'ont en commun la décision globale et la décision constituante d'une juridiction.

¹²⁶ « Une Constitution apparaît soit par une décision politique unilatérale du détenteur du pouvoir constituant, soit par une convention mutuelle de plusieurs détenteurs de ce pouvoir. », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.* p. 177.

¹²⁷ *Ibid.* p. 211.

¹²⁸ « Fin de la réflexion dans l'acte volontaire de faire ou ne pas faire (une chose) » in *Le Robert plus : dictionnaire de langue française*, Editions France loisirs, 2007, p. 248 ; « terminaison normale de la délibération, dans un acte volontaire. Soit que cette fin se constitue simplement par la conclusion logique de la délibération consciente, soit qu'il intervienne quelque chose de plus » in André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, Quadrige, 2016, p. 202. Voir également, en ligne, la définition fournie par le Centre national de ressources textuelles et lexicales, « Action de décider quelque chose ou de se décider, après délibération individuelle ou collective ; *p. méton.* Résultat de cette action » (nous soulignons). V. à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/d%C3%A9cision>.

¹²⁹ À propos du décisionnisme schmittien, v. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2012, p. 348 : « Tout ordre – non seulement juridique – repose sur une décision. ».

1. La réflexivité de la décision globale

74. Il ne s'agit pas de faire allusion à la démocratie réflexive qui se traduit par l'instauration « des mécanismes correcteurs et compensateurs de la fausseté [des] trois présumés [que sont] l'identification du choix électoral à l'expression de la volonté générale ; l'assimilation des électeurs au peuple ; l'inscription durable de l'activité politique et parlementaire dans la continuité du moment électoral »¹³⁰. Ici, nous entendons rappeler que la décision globale est une œuvre consciente. Elle est le fait d'une entité politique qui a conscience de son existence. Dans le cas de la nation, cette conscience de soi est comprise dans la réponse apportée par Sieyès à la question « Qu'est-ce que le Tiers État ? », à savoir que

« Le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation ; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers ? TOUT¹³¹ ».

75. Cette conscience ne se limitant pas à une représentation de son être, elle est également une connaissance de ses facultés. La première d'entre elles, et non des moindres, consiste à se donner une forme d'existence, c'est-à-dire un ensemble de caractéristiques sous lesquelles l'entité consciente existera et pourra être reconnue comme telle. Intentionnellement, cette entité politique décide de ce qu'elle veut (ou doit être) et sa décision peut se matérialiser sous diverses formes. Les théories du contrat social traitent en ce sens de la préservation de divers éléments (ordre, bonheur, égalité...) qui serait à l'origine de la création de l'État. Hobbes, Locke et Rousseau¹³² s'accordent sur l'existence d'une communauté d'hommes (antérieure à l'État) qui décide volontairement de devenir cette communauté étatisée. L'une des formes que peut revêtir la décision de cette « personnalité réelle »¹³³ est la constitution ; une forme qui se confond admirablement avec le fond, c'est-à-dire sa fonction qui est de constituer, organiser, formaliser etc.

¹³⁰ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, 2008, 195.

¹³¹ J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, *op.cit.* p. 7 (nous soulignons).

¹³² J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Hachette, 1762.

¹³³ « Ainsi, il y aurait dans l'État une double personnalité : une personnalité réelle, antérieure à sa personnalité juridique, et formant le *substratum* de cette dernière qui viendrait ainsi s'ajouter à la première » R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, p. 22-29. L'expression, seule, séduit mais l'idée qu'elle porte est activement combattue par l'auteur. En effet, pour CARRÉ DE MALBERG, l'État ne

76. On retrouve ce volontarisme dans la pensée de Schmitt. Il met l'accent sur la conscience de la constitution en tant que décision. Rejetant l'hypothèse d'une constitution normativement juste¹³⁴, le juriste allemand attire l'attention sur la conscience nationale. Rationalité et conscience – qui ne se confondent pas dans la pensée schmittienne – peuvent être ici rapprochées pour décrire la situation de l'auteur de la décision. La constitution est un acte conscient dans la mesure où son auteur (la nation) a conscience autant de lui-même que de la portée de son acte. Cette idée présuppose donc l'antériorité du décideur par rapport à l'acte. L'auteur préexiste à sa décision. La décision ne pouvant être antérieure à son auteur, Schmitt exclut également l'hypothèse d'une décision concomitante à l'apparition de son auteur. Ce qui est en réalité le cas de la révolution américaine :

« Dans les déclarations d'indépendances américaines de 1776, on ne peut pas encore reconnaître avec une parfaite clarté ce principe [constituant] tout nouveau parce qu'il s'agissait de la création d'une nouvelle entité politique et que l'acte conscient coïncida avec la fondation politique d'une série de nouveaux États »¹³⁵.

77. Effectivement, l'histoire américaine est assez singulière. Les *Articles de la Confédération de 1777* établissant une union d'États souverains¹³⁶, il est impossible d'isoler à ce moment une volonté politique consciente autre que celle affichée par ce traité¹³⁷. Plus tard, lors de la Convention¹³⁸ de Philadelphie de 1787, le pouvoir constituant fait officiellement son apparition sous les premiers mots « *We, the people of United States* » de ce qui sera le futur Préambule. Employer ces termes suffisait à démontrer la transgression, par

peut avoir une personnalité autre que juridique qui justifierait l'existence d'un intérêt collectif étranger et supérieur aux intérêts individuels.

¹³⁴ « Une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité » C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.* p. 212.

¹³⁵*Ibid.* p. 214.

¹³⁶ Treize états étaient signataires. Les Articles de la Confédération furent adoptés le 15 novembre 1777 et marquent ainsi le début de la Confédération américaine. Fidèle à la logique de leur union, les États conservaient leur souveraineté. L'article 2 disposait, sans ambiguïté que « Chaque État conserve sa souveraineté, sa liberté et son indépendance et tous les pouvoirs, juridiction et droits qui ne sont pas expressément dévolus aux États-Unis par l'assemblée de Confédération. ».

¹³⁷ V. l'appendice de l'ouvrage d'E. MARIENSTRAS et N. WULF, *The federalist papers : Défense et illustration de la Constitution fédérale des Etats-Unis*, PUF, 2010.

¹³⁸ La Convention de Philadelphie ou la Convention constitutionnelle (du 25 mai au 17 septembre 1787) se tient après la victoire des anciennes colonies sur les Anglais. Elle est convoquée pour remédier aux dysfonctionnements et défauts de la confédération. Il en résulta finalement l'actuelle Constitution américaine.

la Convention, de ses attributions. En faisant référence au(x) peuple(s) américain(s) et non plus aux États ou leurs représentants, cette Convention envisageait un procédé curatif inédit pour atteindre l'objet de sa convocation. Il n'était plus question d'améliorer l'Union mais plutôt de consolider celle-ci par la fédération. Pour ce faire, « déposséder les États de leur souveraineté et par là même [...] leur ôter la possibilité de contester le pacte fondateur »¹³⁹ était un passage obligé. L'affirmation du pouvoir constituant du peuple américain, par les Pères Fondateurs, avait pour principal objectif la création de la fédération au moyen d'une constitution. Par conséquent, l'idée d'une entité politique prenant concomitamment conscience de sa propre existence et de la portée de son acte (constituant) est invraisemblable dans le contexte américain. En France, l'unité politique constituait déjà un acquis avant la convocation des États généraux. La domination de l'autorité royale et la division de la population en ordres rendent compte d'une communauté structurée. Pour Schmitt, l'existence de l'État français ne faisait aucun doute. Avec Sieyès, la nation française est consciente d'elle-même et de son rôle constituant. Ainsi, les députés français qui ont prêté serment¹⁴⁰ tirent de la nation ce pouvoir constituant. Ce qui n'était pas le cas outre-Atlantique.

78. Reste alors la question du jugement de valeur que le positivisme ambiant règle aisément. Dès lors que la constitution est décidée, son contenu importe peu. Il faut considérer l'acte et non la justesse de son contenu. Ce qui se justifie dans la mesure où l'appréciation du contenu de la décision globale ne pourrait se faire qu'au regard de normes obligatoirement supérieures ou équivalentes. Envisager une telle hypothèse reviendrait à faire du pouvoir constituant un pouvoir constitué dès lors que son ultime décision, reléguée au rang d'une norme quelconque, serait soumise à des conditions de forme ou de fond, soit dit en passant, insaisissables¹⁴¹. Dans une dimension normativiste, la question du jugement de valeur serait vaine car le pouvoir constituant y relève du pur fait. Finalement, le pouvoir constituant n'est jamais conduit par des valeurs identifiables et il ne saurait *a priori* en être

¹³⁹ G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op.cit.* p. 44.

¹⁴⁰ Le serment du Jeu de Paume du 20 juin 1789.

¹⁴¹ Face à des normes d'égale importance, l'hypothèse à considérer serait celle d'une concurrence entre deux ou plusieurs constituants ; ce qui constituerait un véritable paradoxe.

différemment quand la fonction constituante est exercée par un organe. La fonction constituante secondaire, en tant que concept, ne saurait être assujettie à une quelconque rectitude morale, philosophique ou juridique¹⁴². La décision de justice n'a pas pour but d'emporter la conviction des parties ou des tiers mais plutôt d'exposer le raisonnement et les conclusions de la juridiction. En soulignant la réflexivité des décisions globale et de justice constituante, nous n'avons pas la prétention de démontrer sa justesse mais plutôt son existence – l'autorité absolue de la chose jugée dont bénéficient les décisions des juridictions constitutionnelles a ainsi cet avantage d'écarter tout recours quant à des erreurs d'appréciation commises par les juges. Une constitution et une décision constituante relèvent toutes les deux du *construit* et non du *donnée*¹⁴³ ; plusieurs actes antérieurs à la prise de l'une¹⁴⁴ ou l'autre¹⁴⁵ de ces décisions suffisent à le confirmer.

2. Le caractère normatif de la décision globale

79. À la suite d'Émile Boutmy, il faut rappeler que « tout acte du pouvoir constituant est nécessairement un ordre, un “acte impératif” »¹⁴⁶. On touche là au cœur de la décision, ce qui fait d'elle ce qu'elle est. L'acte constituant est un ordre dans la mesure où le pouvoir constituant décide d'une nouvelle situation. L'acte du constituant est *un ordre qui crée un ordre*¹⁴⁷ (juridique). Sur ce point, la décision juridictionnelle dite constituante parvient au même résultat. Elle produit ou modifie –pour les plus sceptiques – non seulement un ordre juridique et particulièrement les règles et principes fondamentaux qui conditionnent la production des autres normes en droit interne, mais elle ne manque pas de réorganiser

¹⁴² Dans le dernier titre de notre travail, cette idée sera fortement nuancée, et même renversée, à propos de la fonction constituante des juridictions africaines.

¹⁴³ Dans sa conception organique, la constitution est un donné quand il est fait référence aux lois naturelles ou à l'autorégulation des forces.

¹⁴⁴ Travaux préparatoires, rapports, débat(s) en commissions, en séance plénière etc.

¹⁴⁵ Audition des parties, conclusions du rapporteur, débats lors du délibéré et le vote.

¹⁴⁶ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.* p. 212. V. également du même auteur, *La Dictature*, Éditions du Seuil, 2000 (pour la traduction française), pp. 38. Dans ces lignes, il oppose deux courants du droit naturel en ces termes « La meilleure formulation de la différence existant entre les deux courants [...] consiste à dire que l'un des systèmes s'intéresse avant tout aux représentations de la justice et, par conséquent, au contenu de la décision, alors que ce qui intéresse l'autre système, c'est qu'on prenne une décision ».

¹⁴⁷ « [Un] ordre de droit » C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.* p. 226.

l'agencement et les rapports entre les pouvoirs et les personnes (publiques et privées) comme le pouvoir constituant le fait au moyen de la constitution.

80. En effet, le texte constitutionnel en tant que décision crée une nouvelle situation, un nouveau paradigme dans lequel les institutions et les hommes deviennent ses obligés. Si décision il y a, c'est qu'il y a création ou modification de l'ordonnement juridique. Olivier Beaud énonce à propos de la constitution moderne qu'elle est « destinée à produire des effets de droit »¹⁴⁸. La forme et le genre de l'existence politique, une fois décidés, deviennent un cadre contraignant pour l'ensemble des individus. La constitution est à l'origine d'un certain agencement de l'entité politique. Cet ordre ou son *obligatorité* découle directement du pouvoir constituant. Avec Schmitt, il semble que la réponse à la question du commandement se trouve dans la légitimité.

« Une constitution est légitime — c'est-à-dire reconnue non seulement comme état de fait, mais encore comme ordre de droit — lorsque le pouvoir (Macht) et l'autorité du pouvoir constituant dont la décision fonde cette constitution sont reconnus. La décision politique prise sur le genre et la forme de l'existence de l'État, qui constitue la substance de la constitution, est valide parce que l'unité politique correspondant à cette constitution existe et parce que le sujet du pouvoir constituant peut déterminer le genre et la forme de cette existence ».¹⁴⁹

81. Sur le caractère normatif de la constitution, les travaux menés par O. Beaud sont d'une plus grande richesse. En effet, il identifie le commandement constitutionnel à son unilatéralité à l'égard de ses destinataires. Attaché aux formes que peut revêtir la constitution (acte unilatéral ou convention), Beaud identifie également le commandement dans la notion de pacte constitutionnel¹⁵⁰.

¹⁴⁸ O. BEAUD, La puissance de l'État, *op.cit.* p. 245.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 225 (Nous soulignons).

¹⁵⁰ De cette présumée aporie, il parvient à une conciliation à l'aide des réflexions menées de M. Hauriou et C. Schmitt sur le pacte constitutionnel. Si le premier présente le pacte comme une « transmutation d'un contrat en phénomène institutionnel » (p. 249) suite à une accumulation de consentements, le second s'intéresse à l'objet du pacte, à savoir la création « d'un statut, un ordre institutionnel qui dépasse l'existence de ceux qui l'ont conclu » (*Ibid.* p. 249). Par ce processus irrévocable « d'intégration de volontés », ces deux auteurs parviennent finalement à découvrir l'obligatorité du pacte ou plutôt ce qui en fait un commandement au-delà de sa nature conventionnelle. Mais, il convient de le préciser à la suite de Beaud, le pacte constitutionnel n'est qu'un commandement instituant l'État dans le seul cadre de la Fédération.

82. Acte unilatéral ou pacte, la constitution est un commandement requérant l'obéissance de ses destinataires. Beaud ramène naturellement cette obéissance à l'exécution et *in fine* à l'existence d'une sanction. La constitution en tant qu'ordre nécessite enfin qu'on la considère comme « un corps de lois obligatoires »¹⁵¹. À l'instar des lois, l'obéissance à la constitution est implicite. C'est de cette analogie que Beaud émet et développe l'idée d'une « obéissance préalable » à la constitution. Des développements *a priori* superflus puisque consistant finalement à expliquer une norme par sa normativité. Mais comme le professeur l'énonce « en matière constitutionnelle, la mention d'obligation d'obéissance vise à ajouter à l'obligation la conviction intime, c'est-à-dire le sentiment de l'obligation en faisant appel à une sorte de loyauté constitutionnelle, de fidélité constitutionnelle. »¹⁵². Il serait inutile de rappeler le légicentrisme qui a prévalu en France pour souligner l'intérêt de cette obéissance préalable. En sus, l'auteur de *La puissance de l'État* traite également d'une « obéissance générale »¹⁵³ à la constitution. Il faut tenir compte de la sphère d'influence constitutionnelle. De l'État des sujets à celui des citoyens, la constitution – contrairement à la *loy* – oblige¹⁵⁴ autant les gouvernés que les gouvernants.

83. Ce qui précède nous conduit irrémédiablement à aborder la sanction dans le cadre de la constitution. Le droit de résistance pouvant apparaître comme une sanction interne¹⁵⁵ et externe (naturelle car liée au statut de citoyen) à la constitution, l'inexécution de celle-ci est parfois prévue et fait appel à des mécanismes spéciaux autres que le droit de résistance. Toute difficulté survenant dans l'application de la constitution ou qui compliquerait celle-ci constitue une inexécution. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité¹⁵⁶ est une

¹⁵¹ *Ibid.* p. 257.

¹⁵² *Ibid.* p. 258.

¹⁵³ *Ibid.* p. 259.

¹⁵⁴ « [...] Étendre aux gouvernants l'obligation d'obéissance à la norme suprême ».

¹⁵⁵ Le droit de résistance peut faire l'objet d'une reconnaissance. Cela fut le cas en France avec l'article 27 de la Constitution du 24 juin 1793 : « **Que** tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres. » et l'article 35 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ». Des textes étrangers ont, à l'instar de la Loi Fondamentale allemande, conservé un tel droit. L'article 20 alinéa 4 de la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 8 mai 1949 dispose : « Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible. » ;

¹⁵⁶ Le contrôle de constitutionnalité est une donnée assimilée par plusieurs constitutions comme l'atteste, par exemple, les articles 61 et 61-1 de la Constitution française de 1958, l'article 52 de la Loi

sanction qui a pour objectif d'éviter que des textes infraconstitutionnels ne viennent gêner ou empêcher l'exécution d'une constitution. En assurant la suprématie de la constitution, les juges participent directement à son exécution, cela va de soi. Un autre exemple serait celui de la dissolution d'une assemblée lorsque cette dernière vient à compliquer ou retarder l'action gouvernementale. La dissolution assure ici une sanction à l'égard du législateur et est prévue le plus souvent par la constitution.

84. La décision constitutionnelle (constituante ou non) quant à elle est normative. Lorsque les juges constitutionnels décident de la constitutionnalité d'un engagement international ou consacrent la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, ils figent constitutionnellement une situation juridique ou un droit dont pourront se prévaloir les individus. Si l'on s'en tient à cette idée, toute décision de justice constitutionnelle aurait une valeur constitutionnelle. Il faut alors trouver des critères qui puissent servir autant à opérer une distinction parmi les décisions rendues qu'un rapprochement entre les décisions dites constituantes et la constitution. Deux critères cumulatifs semblent pertinents. D'abord, celui des effets de la décision sur le bloc de constitutionnalité, et c'est certainement le plus déterminant. Dans les exemples précédents, seule la décision consacrant la liberté d'entreprendre établit une règle nouvelle et quasi immuable contrairement à la conformité du traité qui, lui, peut faire l'objet d'une dénonciation à tout moment par les acteurs politiques. Dit autrement, il y a une extension des normes de références, et donc des règles regardées comme étant supérieures aux autres en droit interne. Ce premier critère nous conduit par conséquent au second : celui de l'exercice de compétences débordant le cadre d'un contrôle de constitutionnalité classique. Dans la jurisprudence constituante, il ne s'agit plus simplement et seulement de dire si un acte est conforme à la constitution, mais aussi, par exemple, de déterminer les significations *réelles* des énoncés constitutionnels, d'en combler les lacunes si besoin, d'ériger un bloc de constitutionnalité et même d'élargir ou restreindre l'office du juge constitutionnel. Autrement dit, on retrouve dans la décision constituante tout ce qui est *a priori* étranger à une opération de vérification de conformité

constitutionnelle canadienne de 1982, l'article 114 de la Loi n° 90-32 du 11 Décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin ou l'article 81 de la Constitution japonaise de 1946 « La Cour suprême est le tribunal de dernier ressort ; elle a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des lois, décrets, règlements et tous autres actes officiels quels qu'ils soient. »

d'une loi au sens strict. Pour résumer, elle est, contrairement à la jurisprudence constitutionnelle classique, une (ré)écriture -informelle ou non - de la constitution.

85. À l'instar de la constitution, le juge chargé de sa garantie peut être ainsi amené à rendre des décisions d'une même valeur. Il s'agit là d'un premier point de convergence entre le pouvoir constituant et son exercice par une juridiction constitutionnelle. Cependant, si le procédé décisionnel permet une certaine assimilation, il importe de la parfaire par une identification des actes juridictionnels retenus. En d'autres termes, quels actes juridictionnels sont susceptibles d'être des décisions constitutives ?

B. LES INSTRUMENTA JURIDICTIONNELS DE PORTÉE CONSTITUANTE

86. Quel est l'intérêt du pouvoir judiciaire si ce n'est trancher des litiges ? Cela peut également être le fait d'un médiateur ou d'un arbitre. Mais, comme l'explique C. Guarnieri, face au juge, « la liberté d'action des parties est encore plus limitée. [...] Ces dernières doivent obéir à la décision du juge, même si elles n'ont aucun contrôle quant au choix de celui-ci »¹⁵⁷. Pouvoir constitué ou organe institutionnalisé, la fonction juridictionnelle a toujours fait l'objet d'un certain mépris sinon d'une grande méfiance. Quand Montesquieu ne voyait en l'organe juridictionnel qu'une autorité subalterne censée n'être que la bouche de la loi¹⁵⁸, les révolutionnaires français tinrent à réaffirmer sa subordination au pouvoir législatif¹⁵⁹. Ces quelques données ont largement structuré la conception française de la justice. À l'inverse, dans le système de *common law*, la position du juge est des plus prestigieuses. Associés à la formation du droit dans un système polycentrique¹⁶⁰, les juges de *commun law* jouissent d'une

¹⁵⁷ C. GUARNIERI, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire » in *Traité international de droit constitutionnel*, t.2, Dalloz, 2012, p. 288.

¹⁵⁸ « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. » in MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Liv. XI, chap.VI, Garnier, 1777, p. 327.

¹⁵⁹ R. BADINTER résume la méfiance des révolutionnaires et l'impopularité du Parlement de Paris qui, selon lui, « lors des États généraux, s'était montré plus préoccupé de défendre ses privilèges que de promouvoir un nouvel ordre social plus libre et plus juste ». V. R. BADINTER, « Une si longue défiance » in *Les Juges, Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 7.

¹⁶⁰ « [...] les branches politiques ne monopolisent pas la création des normes juridiques et un rôle important a toujours été réservé aux décisions juridictionnelles. », C. GUARNIERI, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire », *op.cit.*, p. 291.

meilleure reconnaissance et d'une plus grande autonomie. En parlant de reconnaissance, en France par exemple, l'usage du terme « autorité »¹⁶¹ en lieu et place de « pouvoir » est plus qu'évocateur pour saisir la place des juridictions dans la hiérarchie institutionnelle. Néanmoins, l'apparition des juridictions constitutionnelles a profondément modifié cette vision de la fonction juridictionnelle grâce à une évolution dans la conception même de la fonction de juger comme nous le verrons.

87. La justice rendue oblige et ce n'est ni l'histoire¹⁶² ni Montesquieu qui le contrediront. Par sa célèbre théorie de la séparation des pouvoirs, Montesquieu affirme la spécialisation de « la puissance de juger¹⁶³ » et l'emploi du terme « puissance » n'est pas anodin. Sous l'Ancien Régime, la fonction de juger a longtemps fait partie intégrante de la royauté. L'omnipotence judiciaire du roi devint une conséquence logique de la *summa potestas*¹⁶⁴ du prince. Plus tard, le concept bodinien de souveraineté aidant, l'idée d'une délégation divine de la justice au roi ouvrit la voie à une seconde délégation de la justice : du roi aux magistrats. Après la Révolution, la justice trouva d'autres fondements selon le principe politique de l'époque (nation, roi, Empereur, peuple). Aujourd'hui, la puissance judiciaire est intimement liée à la loi. D'ailleurs cela a toujours été le cas car juger a invariablement consisté à appliquer la décision du souverain quel qu'il soit. Le jugement est contraignant parce qu'il applique la Loi entendue ici comme droit positif (constitution, lois etc.). Dans les formes et le fond, les magistrats sont soumis à l'autorité de la loi *lato sensu*. Toutefois, tous les actes pris par les juridictions ne constituent pas des jugements.

88. Les actes rendus par les juridictions constitutionnelles sont prévus par des textes (constitution, les lois organiques, règlement intérieur etc.). Traditionnellement, l'activité

¹⁶¹ « C'est la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, la feuille de route du constitutionnel [sic] de 1958, qui disait fort justement, en ce sens, que “ seul le suffrage universel est la source du pouvoir ” [...] parce qu'il n'y a de pouvoir que politique, et dans une démocratie, de pouvoir politique que légitimité par le suffrage universel. Dès lors, seuls sont et peuvent être des pouvoirs l'exécutif et le législatif, [...] », O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., LexisNexis, p. 1156.

¹⁶² R. COLSON, *La fonction de juger : Étude historique et positive*, Fondation Varenne. LGDJ, 2006 spéc. pp. 7-38.

¹⁶³ « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : [...] et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. [...] punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger », Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Liv. XI, Chap. VI, Firmin-Didot, frères et Cie, Paris, 1875, p. 265 [en ligne].

¹⁶⁴ R. COLSON, *La fonction de juger : Étude historique et positive*, op.cit. p. 14.

juridictionnelle se partage entre les avis et les décisions. S'il existe des actes de procédure par lesquels les juges peuvent ordonner des mesures¹⁶⁵ périphériques sans toucher au fond d'une affaire, seuls les décisions (1) et avis (2) retiendront notre attention. Une troisième fonction dite « proclamatoire¹⁶⁶ » a été relevée par F. Luchaire à propos de la juridiction de la rue Montpensier. Si cette fonction permet de rassembler les déclarations (résultats d'élections, déchéance...) émises par le Conseil français, elles ne peuvent être dissociées des décisions *stricto sensu* car,

« Quels que soient leurs intitulés, ces actes sont définitifs et doivent être considérés comme ayant l'autorité que leur confère l'article 62, alinéa 2 [...]. La Constitution et les textes de valeur organique ne permettent au Conseil de prendre que des décisions définitives puisqu'elles sont insusceptibles de recours »¹⁶⁷.

1. La décision de justice constitutionnelle

89. Les cours et conseils constitutionnels rendent la justice à l'instar des juridictions ordinaires. Quelle que soit la dénomination retenue au contentieux, la « décision » ou « l'arrêt » d'une juridiction constitutionnelle est le support de la fonction constituante. Comme le pouvoir constituant, le procédé principalement utilisé par les juridictions est celui de la décision.

90. Les particularités du contentieux constitutionnel incitent en effet au choix du terme « décision » pour deux raisons. D'une part, le contentieux constitutionnel se distingue du contentieux ordinaire dans lequel le « jugement » permet d'identifier le degré (dans l'ordre administratif ou judiciaire) de la juridiction à l'origine de la décision. D'autre part et contrairement à l'ensemble des autres juridictions internes, le contentieux devant la juridiction constitutionnelle est un procès fait à la loi, d'où l'inapplication du principe du contradictoire. Mais il faut très vite nuancer cette idée puisque, en réalité, seul le contrôle de constitutionnalité *a priori* apparaît comme un contrôle objectif. Une objectivité qui tend à

¹⁶⁵ Par exemple, en matière électorale, les sections du Conseil constitutionnel français peuvent mener des enquêtes (Art. 14 du Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs). L'article 64 de la Loi organique n° 91-009 du 4 mars 1991 sur la Cour constitutionnelle du Bénin prévoit également cette faculté.

¹⁶⁶F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? » in *RDP*, 1979, p. 39.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 40.

s'amenuiser sous l'énoncé de griefs de plus en plus précis et techniques alors même que les textes n'en font pas une condition de saisine pour certains requérants¹⁶⁸. Dans le cadre d'un contrôle concret, la solution est plus délicate. En effet, d'un contentieux à l'autre, une juridiction constitutionnelle peut admettre les observations des parties. C'est le cas lorsque le Conseil constitutionnel français est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁹. Le principe du contradictoire est respecté dans la mesure où les observations des parties font l'objet d'une communication entre ces dernières et que leurs avocats sont autorisés à en formuler à l'audience publique.

91. Le procédé ainsi affirmé, la décision constitutionnelle constituante est néanmoins provoquée. La fonction constituante est subordonnée à la décision comme cette dernière dépend d'une espèce. Autrement dit, l'exercice de la fonction constituante est aussi dépendant des requérants que de son support, la décision. Pour qu'il y ait décision, un contentieux doit être élevé devant la juridiction constitutionnelle. Toutefois, la décision peut gagner en autonomie par rapport à la requête. Cette autonomie trouve très souvent sa source dans l'autosaisine quand elle est prévue. En matière de droits et libertés ou de sauvegarde de l'ordre constitutionnel, il peut arriver que le constituant reconnaisse aux juridictions constitutionnelles la possibilité de s'autosaisir. Elles sont habilitées à soulever et statuer sur une ou plusieurs questions sans le concours d'un tiers. C'est le cas des cours béninoise¹⁷⁰,

¹⁶⁸ Les conditions de la saisine parlementaire sont, dans plusieurs pays, très souples. En dehors du nombre de requérants, les textes constitutionnels n'imposent aucune condition quant aux griefs. C'est le cas en France « le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs » (art 61 al. 2 de la Constitution), au Bénin « tout député » (art. 121 de la Constitution), en Côte d'Ivoire « un dixième au moins des députés ou des sénateurs, ou des groupes parlementaires » (art. 113) et au Niger « un dixième des députés » (art. 131).

¹⁶⁹ L'article 23-10 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose : « Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel. »

¹⁷⁰ Article 121 al. 2 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, « La Cour constitutionnelle [se prononce] d'office 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. »

roumaine¹⁷¹ et autrichienne¹⁷². Curieusement, l'autosaisine n'a pas été reconnue aux juges français¹⁷³. La rareté d'une telle disposition dans les constitutions modernes s'explique certainement encore par la méfiance que suscite une telle juridiction qui finirait par devenir incontrôlable. Le spectre d'un gouvernement des juges n'est jamais loin. En effet, il ne s'agit pas d'une simple extension de saisine mais d'un véritable contentieux initié et épuisé par la juridiction elle-même. Un contentieux, initié et résolu en interne mais opposable à des tiers.

92. Les décisions constitutionnelles s'imposent traditionnellement aux « pouvoirs publics ». Une expression assez générique ayant le mérite de désigner l'ensemble des autorités publiques centrales ou locales administrant, au moyen d'actes, l'État ou une partie de celui-ci. Pourtant, il existe des cas où le constituant a décidé d'étendre cette opposabilité aux administrés. Une extension aux conséquences imperceptibles. En effet, l'opposabilité des décisions constitutionnelles est moins contestée que la décision elle-même. L'opposabilité des décisions aux personnes privées est une donnée propre à des systèmes dans lesquels la justice constitutionnelle n'est pas parvenue à maturité¹⁷⁴. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer ici les exemples malien et ivoirien.

« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toute autorité administrative, juridictionnelle, militaire et à toute personne physique ou morale. »¹⁷⁵.

¹⁷¹ Article 146 de la Constitution roumaine du 21 novembre 1991, «La Cour constitutionnelle a les attributions suivantes:
a) elle se prononce sur la constitutionnalité des lois, avant leur promulgation, sur saisine du Président de la Roumanie, du président de l'une des Chambres, du Gouvernement, de la Haute Cour de Cassation et de Justice, de l'avocat du peuple, de cinquante députés au moins ou de vingt-cinq sénateurs au moins, ainsi que d'office, sur les initiatives de révision de la Constitution » (nous soulignons)

¹⁷² Article 139a de la Loi constitutionnelle fédérale autrichienne du 1^{er} octobre 1920, « Sur demande d'un tribunal, la Cour constitutionnelle statue sur la question de savoir si, lors de la nouvelle publication d'une règle juridique, les limites de l'habilitation accordée ont été dépassées ; elle agit de son propre chef si elle doit fonder son propre arrêt sur une règle de droit republiée [...] ». »

¹⁷³ « Le Conseil constitutionnel peut se saisir, dans le même délai, des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution. », article 2 (non adopté) du projet de loi constitutionnelle du 27 septembre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution française de 1958.

¹⁷⁴ Voir ce sens le numéro spécial portant sur « La justice en Afrique » in *Afrique contemporaine*, n° 156, 4/90, 1990.

¹⁷⁵ Article 138 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 (nous soulignons).

« Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et à toutes les personnes physiques et morales. »¹⁷⁶.

93. En outre, le lien de dépendance existant entre la fonction constituante et la décision suffit à écarter l'idée d'un cloisonnement de l'exercice constituant à certains contentieux. Que l'affaire ait un caractère institutionnel, électoral ou normatif... l'action constituante du juge constitutionnel ne se borne pas à des espèces prédéfinies (V. chap.1). En Autriche par exemple, la Cour constitutionnelle s'est particulièrement illustrée en matière de protection de l'ordre constitutionnel¹⁷⁷ par sa décision VfSlg 11.829/1988 en estimant « [qu'] une accumulation de révisions simples pourrait selon l'ampleur globale ou le caractère effectivement fondamental des changements concernés, équivaloir à une révision totale obtenue par une forme de fraude à la constitution »¹⁷⁸. Ailleurs, les juridictions allemande¹⁷⁹ et italienne¹⁸⁰ ont sciemment étendu leur compétence à l'appréciation des révisions constitutionnelles. Dans un autre registre, la Cour constitutionnelle malgache a consacré la constitutionnalité de l'usage de la langue française¹⁸¹ pour la publication des textes officiels. En France, les Sages n'ont eu de cesse enrichi le bloc de constitutionnalité¹⁸², ce qui témoigne de la variété des espèces pouvant conduire à une décision constituante.

94. Ces illustrations permettent de situer la décision constitutionnelle dans l'ordonnement juridique. Sauf indication contraire, la décision d'une juridiction constitutionnelle a une valeur constitutionnelle comme osa le préciser la juridiction béninoise¹⁸³. Comment pourrait-il en être autrement ? D'abord, les institutions et pouvoirs

¹⁷⁶ Article 94 al. 1 de la Constitution malienne du 25 février 1992 (nous soulignons).

¹⁷⁷ Le droit constitutionnel autrichien reconnaît deux modalités de révision constitutionnelle, partielle et totale. Le critère de cette distinction est celui du référendum sanctionnant la révision totale.

¹⁷⁸ J. PINI, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre le juge constitutionnel et le pouvoir constituante » in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 52.

¹⁷⁹ C.C all., 15/12/1970, *BverfGe* 30, 1.

¹⁸⁰ C.C, arrêt n° 1146 du 15 décembre 1988.

¹⁸¹ Décision n° 03 HCC/D2 du 12 avril 2000.

¹⁸² Aujourd'hui, le bloc de constitutionnalité français comprend la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de 1946 (consacré en 1975), la Constitution de 1958, la Charte de l'environnement (2004), les principes reconnus par les lois de la République ainsi que les objectifs à valeur constitutionnelle (1982).

¹⁸³ « [...] La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fait-elle partie intégrante du bloc de constitutionnalité de la même manière que la jurisprudence des Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif fait partie intégrante du bloc de légalité et du bloc réglementaire. [...] En conséquence, pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, toute violation par commission ou par omission de ladite jurisprudence équivaut à une violation de la constitution. » V. DCC 09-087 du 13 août 2009, *Atoyo et Aidasso*.

publics n'ont en commun qu'un texte suffisamment général pour, tout en les déclinant, prévoir leur existence. Ce texte suffisamment général est la constitution qui s'applique et s'impose à tous dans la mesure où elle est censée régir entièrement la communauté politique. En reconnaissant une portée comparable à la décision des juridictions constitutionnelles en Afrique notamment, a-t-on voulu leur donner une autre valeur que constitutionnelle ? La négative s'impose. S'imposant aux institutions et aux pouvoirs publics, la décision doit avoir une valeur au moins égale à celle des textes qui régissent les institutions et pouvoirs concernés. La constitution étant le texte éminent de cet ensemble, la décision constitutionnelle a nécessairement la même valeur. Mais, reconnaissons-le, ce qui précède ne repose pas sur des bases inébranlables. En effet, toutes les constitutions ne précisent pas la portée de l'autorité de chose jugée des décisions rendues par les Cours et Conseils. D'autre part, ces décisions peuvent bénéficier de la même autorité que celle conférée aux juridictions suprêmes ordinaires.

95. Privilégions un raisonnement par élimination en considérant cette fois-ci que la jurisprudence constitutionnelle ne puisse pas avoir une autre valeur. En effet, si les décisions rendues n'ont pas une valeur constitutionnelle, il faudrait envisager le fait qu'elles aient une valeur soit supraconstitutionnelle, soit infraconstitutionnelle. La supraconstitutionnalité étant une piste menant à une exploration des confins de la juridicité, il faut rechercher la nature desdites décisions dans les catégories infraconstitutionnelles. Autrement dit, supposons que la jurisprudence constitutionnelle ait une valeur législative ou réglementaire. Il suffirait ainsi d'une loi ou d'un acte administratif – seules catégories communément admises – pour surmonter n'importe quelle décision rendue par une juridiction constitutionnelle. Jusqu'à très récemment, le légicentrisme aurait suffi à accréditer cette thèse. Aujourd'hui, dans les pays dotés d'une constitution écrite et d'un système de justice constitutionnelle, il serait insensé d'argumenter en ce sens. À l'instar du Conseil français, la quasi-totalité des juridictions constitutionnelles ne reconnaît qu'une limite à l'autorité de leurs décisions : le pouvoir constituant. C'est dire l'incompétence du législateur ordinaire pour revenir sur les décisions rendues par ces juridictions. Par conséquent, les décisions des juridictions constitutionnelles ont *par défaut* une valeur constitutionnelle.

96. En outre, et il n'est pas inutile de le rappeler, les Cours et Conseils constitutionnels invoquent leurs jurisprudences respectives pour censurer des textes pris en

méconnaissance de celles-ci. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer la décision n°89-258 DC du 8 juillet 1989 rendue par le Conseil constitutionnel français et dans laquelle les juges considérèrent que

« [...] si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ; ».

97. Si les décisions ont une valeur constitutionnelle, elles n'ont pas pour autant une portée constituante. Autrement dit, toutes les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles ne modifient pas les dispositions constitutionnelles, voire le bloc de constitutionnalité. Il y a là une distinction à faire, et qui relève de la casuistique. Il s'agit d'une distinction arbitraire, nous le concédons, qui ne repose que sur l'originalité de certaines décisions et auxquelles on attribue une portée constituante, transformatrice du bloc de constitutionnalité. Il est donc question ici, au minimum¹⁸⁴, des décisions juridictionnelles à l'origine de « changements constitutionnels informels »¹⁸⁵ auxquelles M. Altwegg-Boussac¹⁸⁶ a consacré sa thèse de doctorat. Selon elle,

« il s'agit dans un même système de constitution écrite, et en dehors de toute révision constitutionnelle, des phénomènes d'attribution par voie interprétative d'une ou plusieurs signification(s) normative(s) de la matière constitutionnelle, distincte(s) de celle(s) que contient le cadre de la constitution »¹⁸⁷.

98. La décision est prescriptive, ce qui la distingue fondamentalement du simple avis juridictionnel qui se veut indicatif par principe. Mais l'influence qu'un avis peut avoir sur un comportement peut être telle qu'il génère une forme d'*obligatorité*. D'où le contenu d'un avis peut également être constituant.

¹⁸⁴ M. Altwegg-Boussac ne fait référence qu'à l'interprétation de la constitution. Or, nous verrons, dans la suite de notre propos, que la fonction constituante se manifeste également par la régulation institutionnelle. Autrement dit, la fonction constituante du juge peut être mise en œuvre sans produire un changement constitutionnel informel, tel que défini par le professeur Altwegg-Boussac.

¹⁸⁵ Nous soulignons.

¹⁸⁶ M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Institut universitaire Varenne, 2013.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 45.

2. La portée des avis juridictionnels

99. La marge de manœuvre qu'offre un avis consultatif à ses destinataires soulève la question de son *obligatorité*. Assimiler un avis à une décision nécessite d'adopter une vision plus large. Pour ce faire, il faut porter le regard sur le comportement du ou des destinataire(s) après le prononcé de l'avis. Envisager l'autorité de l'avis invite à s'intéresser à deux principaux concepts que sont la *soft law* (A) et la théorie des contraintes juridiques (B).

a. La valeur des avis juridictionnels consultatifs en tant que droit souple

100. *Infra droit* ou aporie dans un normativisme ambiant au niveau interne, la *soft law* remet en cause l'idée même du droit. Elle gangrène la norme juridique puisqu'elle apparaît sous les traits de cette dernière sans qu'on ne puisse lui reconnaître une quelconque juridicité. A priori, la *soft law* atteint ce qui fait de la norme ce qu'elle est : son *obligatorité* et/ou sa force contraignante. Cela explique autant la naissance du droit souple dans un contexte bien particulier (droit international) que les difficultés qu'elle a éprouvées pour s'enraciner en droit interne. Aborder le concept de *soft law* permettra ici de réévaluer l'intérêt porté aux avis facultatifs rendus par les juridictions. Ces derniers ont une utilité et par conséquent une valeur que l'on ne peut saisir qu'au prix d'une représentation graduée de la normativité. Les avis influencent les comportements sans pour autant être obligatoires *stricto sensu*, ce que le droit souple permet partiellement d'expliquer.

101. Concept de droit international à l'origine et attribué au juge Lord Mc Nair, la *soft law* est présenté comme un ensemble de

« [...] règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes. »¹⁸⁸.

102. Il est de ce fait possible de retenir deux conceptions de la *soft law*. Une conception formelle portant sur la nature du contenant et une autre, matérielle, qui s'attache au

¹⁸⁸ J. CAZALA, « La *Soft Law* international entre inspiration et aspiration » in *RIEJ*, Université Saint-Louis- Bruxelles, 2011, p. 41.

contenu. À ce propos, il convient de s'appuyer sur les travaux menés par Benjamin Lavergne¹⁸⁹.

103. Subdivisant la première conception, B. Lavergne distingue, non sans difficultés, le « droit mou » du « droit doux ». Pour l'auteur, la première facette concentre le principal reproche fait à la *soft law* tant au niveau international que communautaire, mais aussi en droit interne : le développement « d'instruments originaux [et contestés] en dehors du cadre formellement attribué »¹⁹⁰. En effet, Lavergne évoque l'apparition de nouveaux actes dans chaque ordre juridique. On peut ainsi relever au niveau international « les communications, les programmes, les chartes, les positions communes etc » autant d'actes dont la normativité est principalement empêchée par la nature de l'instrument. Dans le cadre de l'Union européenne, la situation est quelque peu inédite dans la mesure où des actes de « droit dérivé mou et officiel »¹⁹¹ côtoient des instruments « innommés »¹⁹² tels que les résolutions prises par le Conseil et la Commission européenne. Au niveau des États, la mise en place de l'autoréglementation a constitué la principale manifestation du droit mou. D'abord en droit privé, le droit mou s'est révélé par des actes non-déontiques tels que les codes de conduite¹⁹³ puis, en droit public, par la création des autorités de régulation. C'est en substance ce qu'énonce Lavergne sur le droit mou au niveau de l'État. Pour une parfaite compréhension de la pensée de cet auteur, il faut prendre en compte l'arrière-plan positiviste de ses travaux auquel il confronte sans cesse le concept de *soft law* pour en cerner les limites. D'où la première limite inhérente au droit mou : la nature de l'*instrumentum*.

« [...] l'examen de cette acception est plus complexe considérant que le caractère non obligatoire de ces actes vient non seulement de leur dénomination et de leur caractère nouveau, mais aussi de leur contenu formulé en des termes souples. La formulation de l'énoncé normatif de ces instruments serait alors celle de leur nature propre : une recommandation ne commande pas, au même titre qu'une loi ne recommande pas »¹⁹⁴.

¹⁸⁹ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 56.

¹⁹¹ B. LAVERGNE fait référence aux recommandations que peuvent émettre les organes de l'Union notamment la Commission en matière de libre circulation des biens (articles 60 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ou le Conseil en matière de politique économique (article 120 du TFUE).

¹⁹² *Ibid.* p. 52.

¹⁹³ *Ibid.* p. 53.

¹⁹⁴ *Ibid.* p. 68.

104. En d'autres termes, il manque aux instruments de droit mou la « contrainte » sinon « l'obligatorité », des notions que le professeur tourangeau tente sans succès de distinguer pour introduire la conception « douce » de la *soft law*. Tentative de dissociation infructueuse puisque fatalement vouée à l'échec, Lavergne conclut que « l'obligation ne s'entend que par la contrainte, car elle est l'un des moyens en vue de l'assurer. La distinction entre les deux concepts relève alors d'une hypothèse purement théorique, car dans les faits, ils sont irrémédiablement liés. »¹⁹⁵.

105. Si cette entreprise de dissociation permet *in fine* d'assouplir le rapport de causalité entre la force contraignante et la sanction¹⁹⁶, elle révèle également la superfluité de cette conception dite douce¹⁹⁷. Le droit doux est un droit mou puisqu'ils font tous deux référence à la nature de l'instrument, à « des contenants » privés naturellement de juridicité puisqu'étant non-obligatoires et non contraignants. En réalité, le droit doux a deux principaux atouts, le premier étant celui d'approfondir la différenciation entre l'obligatorité d'une norme et sa contrainte. Le second, que l'auteur n'énonce pas explicitement, est que les droits mou et doux sont une précompréhension évidente de ce qu'est réellement la *soft law* : elle a une valeur autre que juridique, et ce avec ou sans action extérieure (du juge). Comme on aurait pu s'y attendre, c'est dans le contenu (le *negotium*) que Lavergne tâche de trouver un quelconque intérêt à la *soft law*. « Droit flou » ou *soft law*, il s'agit du « [droit] dont le *negotium*, le contenu, est formulé de manière vague, imprécise ou en laissant une marge d'interprétation à son destinataire »¹⁹⁸. En adoptant une telle perception – majoritaire au sein de la doctrine – le droit souple se rapproche de la juridicité. En droit interne, il serait plus exact de dire que la juridicité s'est approchée de la *soft law*. Comme l'explique l'auteur de *la Recherche sur la soft law en droit public*, la consécration de principes juridiques abstraits et l'adoption de lois non prescriptives ont encouragé, voire creusé, le terreau de la *soft law* en

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 73.

¹⁹⁶ « Le concept de force contraignante censé répondre à l'interrogation sur la manière avec laquelle une norme s'impose, ne peut alors selon nous s'assimiler complètement à la sanction ». *Ibid.* p.72.

¹⁹⁷ Pour Lavergne, seul le droit doux pose la question des conséquences de son inobservation. Nous n'adhérons pas à cette idée qui semble omettre l'identité des conceptions molle et douce. En d'autres termes, les conséquences peuvent être envisagées au niveau du « mou » sans attendre le droit doux.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 75

droit public. À partir de ce moment, le droit souple ne doit plus être envisagé comme un ensemble de règles parallèles mais plutôt comme un « instrument ou une méthode d'édiction de la norme ». Il ne s'agit plus d'opposer droit souple et droit classique, mais plutôt de les associer ; la *soft law* étant le résultat d'un changement dans la manière dont le « véritable droit » est produit. La fonction du droit souple se substitue au débat sur sa juridicité. Le droit souple a une valeur instrumentale¹⁹⁹. En d'autres termes, la valeur de la *soft law* tient à sa fonction : être au service du droit, en privilégiant la recommandation au lieu de l'ordre (obligation et contrainte), lorsque l'*instrumentum* et le *negotium* coïncident. Effectivement, seule l'hypothèse d'une discordance entre l'instrument et le contenu pose la question centrale de la normativité du droit souple, celle intéressant particulièrement le juriste. En ce sens, Lavergne énonce que la normativité est « susceptible de degré »²⁰⁰. Il s'agit là, nous en convenons, de l'explication la moins embarrassante. Le droit souple ne saurait pour autant tomber aussi facilement dans la juridicité. La normativité par degré, c'est-à-dire le fait de considérer la porosité de la frontière entre droit et non droit plutôt qu'un « seuil [figé] de juridicité », est un pis-aller dont devrait se satisfaire la communauté scientifique. L'exemple du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (en France) avancé par Lavergne démontre suffisamment la présence d'énoncés normatifs dans des actes *a priori* mous. Toutefois, rassurons les défenseurs de la juridicité, il revient toujours au juge de dire ce qui n'est pas du droit.

106. Ramené à la problématique des avis juridictionnels facultatifs, le droit souple met à mal la frontière entre l'avis et la décision constitutionnelle. À partir du droit souple, l'avis facultatif ne peut raisonnablement être ignoré. Ranger les avis dans cette catégorie dite « douce » ou « floue » n'a pas pour finalité d'admettre qu'ils seraient obligatoires à l'instar de la décision. Il s'agit plutôt de dire qu'ils ne devraient pas être ignorés sous prétexte que l'ordre juridique n'y attache aucune valeur. Ils régulent et orientent sans pour autant contraindre. Les avis juridictionnels ont une valeur qui est fonction du contenu de l'avis et non de

¹⁹⁹ « Le droit souple n'aurait pas connu une telle extension s'il n'avait pas une utilité, s'il ne remplissait pas certaines fonctions » in *Les rapports du Conseil d'État*, 2013, p. 85 et s., disponible à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280-etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-le-droit-souple>.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 88.

l'instrumentum. Pour s'en convaincre, rappelons à titre d'exemple l'examen de recevabilité mené par le Conseil constitutionnel ivoirien dans son avis²⁰¹ CI-2010-A-35 du 22 décembre 2010:

« Considérant que si l'avis du Conseil constitutionnel peut être sollicité par le Président de la République dans des cas énumérés par la Constitution, il n'en demeure pas moins que, chargé, comme le prévoit l'article 34 de la Constitution, de veiller au respect de la Constitution et des engagements internationaux, le Président de la République puisse, à ce titre, consulter le Conseil constitutionnel, organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics, sur le point de savoir si une situation donnée est de nature à violer la Constitution »²⁰².

Considérant que la demande d'avis a été régulièrement introduite ;

Qu'il convient de la recevoir ».

107. À la lecture de cet avis, n'assiste-t-on pas à un élargissement des cas de saisine dont pourraient se prévaloir les futurs chefs d'État ivoiriens ? Cet avis ne modifie-t-il les prescriptions constitutionnelles relatives à la saisine du Conseil ivoirien ? Certainement. Si norme (juridique) il y a, il convient d'interroger plus particulièrement la portée de ces avis au sein du système juridique, leur influence sur le comportement des acteurs dudit système.

b. *La contrainte exercée par les avis facultatifs*

108. Ce n'est qu'au travers du contenu que l'on peut assimiler l'avis à la décision constitutionnelle. Néanmoins, la contrainte produite par l'acte consultatif (forme et fond compris) en lui-même reste une première piste à explorer. En ce sens, la théorie des contraintes juridiques (TJC), proposée par M. Troper, peut s'avérer utile à la compréhension de l'autorité qui s'attache aux avis juridictionnels facultatifs. Certes il s'agit d'une théorie qui

²⁰¹ En l'espèce, la Haute juridiction avait été saisie par le Président de la République pour statuer sur les actes posés (prestation de serment...) par son concurrent et adversaire politique au sortir de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010. Loyauté aveugle à l'égard de l'exécutif ou audace jurisprudentielle, la recevabilité de la saisine présidentielle en dehors des cas prévus est le principe, et non l'exception en Côte d'Ivoire. Voir également les avis n° A/002/95 du 20/10/1995 et n° 003/CC/SG du 17/12/2003.

²⁰² Nous soulignons.

doit encore faire ses preuves²⁰³, mais elle permet de cerner une réalité : celle de la structuration des rapports entre les organes de l'État sous l'action de facteurs autres que les règles de droit. En d'autres termes, aucune autorité n'est indifférente aux actes pris par les autres et ce quel que soit la forme ou le contenu desdits actes. En ce sens, l'avis facultatif rendu par une juridiction constitutionnelle entraîne toujours une réaction²⁰⁴ de la part des organes ou individus.

109. De nombreuses constitutions²⁰⁵ reconnaissent aux juridictions constitutionnelles la faculté de se prononcer par des avis sur des questions constitutionnelles. Cette fonction consultative, sur saisine ou non, est l'occasion pour les juges de statuer accessoirement sur la teneur du bloc de constitutionnalité quand il existe, de clarifier des dispositions constitutionnelles, voire de combler des lacunes du même type. En ce sens, l'utilisation d'*obiter dicta* est une technique des plus exploitées. En effet, c'est souvent au détour de digressions que les juges saisissent l'occasion dans les avis et les décisions d'émettre plus qu'un « soit dit en passant ». Si pour la réponse apportée par le juge *l'obiter dictum* n'a aucun intérêt, il en a forcément pour autre chose. *L'obiter dictum* n'a pas vocation à servir de fondement à la décision ou à l'avis, il a un intérêt pédagogique. À ce titre, de telles considérations superfétatoires bénéficient-elles de l'autorité de la chose jugée quand elles apparaissent dans les décisions ? En prenant appui sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, A. Vidal-Naquet répond par la négative en marquant sa préférence pour une autorité persuasive²⁰⁶ telle qu'exposée par l'avocat général R. de Gouttes²⁰⁷.

²⁰³ Dans sa « Critique de la théorie des contraintes juridiques » le professeur O. PFERSMAN estime que « [la théorie des contraintes juridiques] consiste à attiser sans *résultat* l'attention du chercheur sur les raisons exactes des choix [...] » in *Théorie des contraintes juridiques*, *op.cit.* p. 142. Une autre critique, adressée par E. MILLARD dans le même ouvrage (p. 154), attire l'attention sur le fait qu'il s'agisse plus d'une théorie sociale d'une part, rejetée par le normativisme, et insuffisamment réaliste, d'autre part, puisque n'épuisant pas son objet. Par ailleurs, l'exclusion d'éléments extra-juridiques (psychologie des acteurs...) du champ de la TCJ semble affaiblir cette théorie alors même que certains de ces éléments jouent un rôle non-négligeable.

²⁰⁴ La seule prise en compte du contenu de l'avis peut s'analyser comme une réaction.

²⁰⁵ R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel » in *RFDC*, n° 68, 2006, p. 781.

²⁰⁶ A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in P. RAIMBAULT (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ-PU Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 259.

²⁰⁷ « Cette autorité persuasive qu'il apparaît nécessaire de reconnaître à la décision interprétative du Conseil constitutionnel, à défaut d'admettre son autorité de chose jugée, se justifie pour plusieurs raisons. En premier lieu, elle se justifie par le souci de maintenir une harmonie entre les plus hautes juridictions françaises et de sauvegarder l'unité et l'homogénéité de l'ordre juridique interne indispensable dans un État de droit. Comme on le sait, il n'existe pas de mécanisme permettant de demander l'interprétation du Conseil

110. Au-delà des *obiter dicta*, il s'attache une *autorité de la chose interprétée* commune à l'ensemble des décisions et avis rendus par une juridiction constitutionnelle. Une autorité qui a un effet préventif²⁰⁸ en dissuadant ou en incitant les pouvoirs publics à agir dans un sens ou un autre. Au regard de la diversité du contenu de l'avis juridictionnel, il ne serait pas fallacieux d'y voir une certaine contrainte juridique pour les autorités ou individus concernés.

111. Ainsi, la contrainte « juridique » se définit comme « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une autre ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »²⁰⁹. Puisqu'étant produite par le droit, elle est dite juridique ; le droit pris comme système juridique. Mais, en elle-même, la contrainte juridique est une

constitutionnel, sous la forme, par exemple, de recours préjudiciel. Chaque haute juridiction ne peut cependant avoir son ordre juridique propre et indépendant. Il faut que l'unicité du droit soit assurée. Il arrive un moment où, selon l'opinion de MM. Favoreu et Renoux, les interprétations doivent être harmonisées et stabilisées. Dans ce processus d'harmonisation, il est normal que le juge constitutionnel soit considéré comme le principal interprète de la Constitution ... En deuxième lieu, l'autorité persuasive de la décision interprétative du Conseil constitutionnel se justifie par un impératif de sécurité juridique dans l'intérêt même des justiciables ... En troisième lieu, l'autorité de la décision du Conseil constitutionnel doit se justifier aussi, estime M. Genevois, par la force de conviction du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel et c'est à ce propos qu'il parle « d'autorité jurisprudentielle persuasive » (on pourrait aussi parler « d'autorité interprétative persuasive ») en reprenant l'expression utilisée par certains auteurs pour les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » in R. DE GOUTTES, « Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 », *RFDC*, n° 49, 2002/1, p. 72.

²⁰⁸ « [...] la recherche permet notamment de dégager un effet préventif de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel sur les pouvoirs publics, d'ordre tantôt dissuasif, tantôt incitatif. Cela contribue à mieux connaître l'impact de la doctrine constitutionnelle authentique sur l'activité parlementaire, tant lors de la discussion de la loi qu'à l'occasion des missions de contrôle ou d'information. C'est aussi un biais par lequel l'usage de la jurisprudence constitutionnelle dans les saisines parlementaires du Conseil a vocation à être évalué. Dans le second cas, il est apparu que le modèle d'une force juridique de nature directive permet d'envisager son autorité propre comme imposant au minimum un impératif de "prise en considération" et une obligation de "respect prioritaire". L'autorité directive de la chose interprétée repose ainsi sur une force d'orientation qui se traduit par une contrainte souple au plan formel [...] », M. DISANT, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel - Permanence et actualité(s) » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2316/pdf>, (nous soulignons). V. également du même auteur, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

²⁰⁹ C. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques » in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, La pensée juridique, 2005, p. 33. Cela n'est pas sans rappeler ce que disaient M. van de Kerchove et F. Ost à propos de l'interprétation, mais pour des raisons différentes. Pour ces derniers, « l'interprétation [juridique] combine la contrainte et la liberté, et ce tant au plan des règles à interpréter (aucun texte, fût-il dit suprême ou clair, n'échappe à l'interprétation), que des directives ou règles du second degré destinées à guider ce processus interprétatif ». V. M. VAN de KERCHOVE et F. OST, *Le droit et le paradoxe du jeu*, les Voies du droit, 1992, p. 166 (nous soulignons).

situation de fait car elle ne fait pas l'objet au sens strict d'un énoncé prescriptif. Elle est un phénomène favorisé par les interactions entre les différents acteurs sans pour autant être formellement une règle de droit, elle est « un principe intériorisé de modération »²¹⁰. En effet, « le système juridique ne crée pas seulement des obligations, mais aussi des contraintes »²¹¹ comme l'explique le professeur M. Troper. La théorie des contraintes juridiques (TCJ) emmène le fait aux portes de la normativité sans pour autant les franchir, car la contrainte n'y est juridique que de nom, comme nous venons de l'expliquer, et elle ne peut donner lieu à une sanction directe en cas d'inobservation. La théorie des contraintes juridiques est une théorie de la causalité, c'est-à-dire qu'elle s'intéresse aux éléments « juridiques » influant sur la prise de décision des acteurs (législateur, autorité administrative, magistrats...). Ces contraintes sont propres au système et sont générés par ce dernier à l'image d'une partie d'échecs au cours de laquelle le jeu de chaque joueur produit, à chaque coup, des contraintes pour son adversaire et *vice-versa*. Cette illustration²¹² prise par M. Troper et V. Champeil-Desplats permet de saisir l'hypothèse de départ de la théorie des contraintes. Effectivement, le jeu d'échecs est une fidèle matérialisation du jeu institutionnel. « La contrainte juridique a pour effet de réduire les choix possibles »²¹³ sans pour autant que la TCJ devienne une théorie prédictive. En réduisant ainsi les hypothèses, la contrainte pousse les acteurs à adopter un comportement. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler le « pouvoir de réplique des autres acteurs » qu'aborde sous plusieurs angles G. Tusseau²¹⁴.

112. Si l'avis facultatif d'une juridiction constitutionnelle réduit les choix, voire influe sur le comportement des acteurs, c'est surtout en raison de l'autorité de la chose interprétée évoquée plus tôt. Les avis ont « une haute valeur juridique ainsi qu'une grande autorité

²¹⁰ P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, éd. Odile Jacob, 1998, p. 155.

²¹¹ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, 1^{er} ed. Léviathan, 2011, p. 10.

²¹² « La contrainte ne peut donc provenir que de la situation du jeu à cet instant précis, une situation qui elle-même résulte de tous les coups joués jusque là [sic], conformément aux règles. Dans ce cas, il est possible d'affirmer que la contrainte vient du système des échecs et de la situation de l'échiquier », v. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes », in *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 13.

²¹³ *Ibid.* p. 14.

²¹⁴ G. TUSSEAU, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison* [*] » in *Droits*, n°55, 2012, pp. 41-84.

morale »²¹⁵ comme l'énonça la Cour constitutionnelle malgache en 2014. Grâce à cette autorité de chose interprétée dont l'avis est revêtu, il se rapproche de l'autorité absolue de chose jugée dont jouissent les décisions de justice constitutionnelle. L'avis étant demandé sur un ou plusieurs points de droit constitutionnel, la réponse apportée par les juges, lorsqu'elle dépasse la simple interprétation²¹⁶, est comparable à l'œuvre réalisée par le pouvoir constituant. En effet, l'avis peut conduire à une *réécriture* de la constitution comme nous avons pu le voir en Côte d'Ivoire. Si l'avis n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée et que son caractère déontique découle d'hypothétiques contraintes juridiques réduisant les choix des autres acteurs d'un système, indéniablement cet acte peut avoir, selon son contenu, une portée constituante. Dans ce cas, l'avis est un acte non contraignant, mais au contenu décisoire pour l'ordonnement juridique. Que le contenu dit constituant soit respecté ou non, comme peut l'être la constitution, cela ne remet nullement en cause les conclusions auxquelles sont parvenus les juges. La constitution peut survivre à sa violation. Pourquoi cela ne serait-il pas le cas pour une décision ou un avis dit « constituant » ? L'utilisation en 1962 de l'article 11 par le Général de Gaulle a été dénoncée comme une violation de la Constitution de 1958. Malgré les critiques et la désuétude de cette pratique, rien ne l'interdit explicitement jusqu'à ce jour. Si violation il eut, il nous faut admettre que la constitution ait survécu à cela.

113. L'association par le procédé, entre le pouvoir constituant et les actes des juridictions, étant ainsi exposée, il nous faut s'intéresser au résultat.

§2. LE RAPPROCHEMENT PAR LE RÉSULTAT : LA CRÉATION D'UNE CONSTITUTION

114. Au cours des développements précédents, il nous a été donné d'effleurer le résultat auquel parviennent les juridictions constitutionnelles dans leur fonction constituante. Un résultat qui se caractérise par la diversité des domaines concernés et dont la seule limite serait *a priori* le champ couvert par la constitution. L'association par le résultat entre le pouvoir

²¹⁵ Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014.

²¹⁶ Entendue comme « l'action d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est dense, compliqué ou ambigu ; » d'après la définition fournie par le CNTRL (disponible en ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/interpr%C3%A9tation>).

constituant et la fonction constituante des juridictions constitutionnelles consiste à établir un parallèle entre ces deux sujets quant à leur objet. Le titulaire « officiel » du pouvoir constituant et les juges constitutionnels *créent* la constitution – l’antériorité du premier sujet (quand il est originaire) par rapport au second est bien entendu admise. Mais une fois décidée et la juridiction constitutionnelle instituée, la constitution est ce qu’en disent les juges. Ce rapide exposé des choses ne pourrait se comprendre sans adopter une conception réaliste du droit.

115. Assimiler par leur objet, le constituant et la fonction constituante, conduit inexorablement à expliciter la notion de constitution (A) avant d’en rapprocher le contenu des éléments produits par le juge (B).

A. LE NOTION DE CONSTITUTION

116. L’origine du terme « constitution » est à rechercher autant en médecine qu’en droit. Il s’agit là d’une donnée sur laquelle tous les manuels et lexiques juridiques semblent s’accorder. Cependant, il faudra attendre la réimpression de la grande *Encyclopédie* de Diderot et d’Alembert de 1772 pour avoir une première définition politico-juridique de la constitution de l’État entendue comme « le règlement fondamental qui détermine la manière dont l’autorité politique est exercée. En elle se voit la forme sous laquelle la nation agit en qualité de corps politique »²¹⁷. Mêlant les sciences politique et constitutionnelle, cette acception de la constitution présupposait sa dépendance vis-à-vis de l’État. Ce n’est qu’à la faveur des révolutions américaine et française que la constitution acquit son autonomie conceptuelle.

117. À l’instar de l’anatomie humaine, la constitution, du latin *constitutio*, est censée rendre compte de l’organisation d’un être. Appliquée à une communauté d’hommes, la constitution rend compte de la forme d’existence choisie par l’entité politique.

« La notion de constitution a conservé un noyau permanent : l’idée d’un principe suprême déterminant l’ordre étatique tout entier et l’essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu’on

²¹⁷ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, *op.cit.* p. 258.

définisse la Constitution, toujours c'est le fondement de l'État, la base de l'ordre juridique que l'on prétend à saisir »²¹⁸.

118. La constitution serait un ou plusieurs textes dits « suprêmes » établissant les différents organes de l'État ainsi que leurs rapports. On retrouve alors dans cette acception les deux principales conceptions qui traversent encore aujourd'hui le concept.

119. La première conception, dite « institutionnelle » ou « descriptive », et qui tend à s'étioler est déclaratoire. Dans cette conception, la constitution est *un donné* dans la mesure où tout corps, humain ou politique, obéit à des règles pour assurer sa conservation. C. Schmitt, dans sa *Théorie générale la Constitution*, aborde cette conception de la constitution avec « la notion absolue de constitution »²¹⁹. Bien avant le juriste allemand, on peut ranger d'autres grands auteurs dans ce courant tels qu'Aristote, Montesquieu Hobbes, de Maistre et Hegel. La constitution est un ordre naturel, un ensemble de phénomènes sociaux, politiques et juridiques. Toutefois, des tenants de ce courant admettent également l'existence d'autorités (publiques) afin de maintenir et conserver l'unité de cet ordre naturel.

120. L'autre conception de la constitution est dite normative. Elle invite à voir la constitution comme une norme et plus précisément comme la mère des normes, celle qui règle la production d'autres normes. D'où l'épithète « suprêmes » utilisé précédemment. Évidemment influencé par les travaux kelséniens, le courant normatif donna naissance à deux modèles de constitution : matérielle et formelle. Au sens matériel, il nous est permis d'aborder le contenu de la constitution. La constitution matérielle désigne des règles à valeur constitutionnelle. À la lecture du célèbre article 16 de la Déclaration de 1789, ces règles constitutionnelles sont censées aménager les pouvoirs publics au sein de l'État (séparation des pouvoirs) tout en garantissant les droits et libertés des citoyens. Une constitution matérielle existe de ce fait dès la réunion de ces aspects. Sans faire référence à une forme particulière – les règles constitutionnelles pouvant exister en dehors d'un texte –, la constitution matérielle est très souvent constatée. Le Royaume-Uni est le modèle consacré par les manuels de droit constitutionnel. Au sens formel, la constitution vise un support

²¹⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) » in *RDP*, 1928, p. 204.

²¹⁹ *Ibid.* p. 132.

(texte) rassemblant l'ensemble sinon l'essentiel des dispositions regardées comme fondamentales. Singularisée par l'écrit, la constitution formelle existe indépendamment des prescriptions de la DDHC. Elle est écrite donc décidée par un pouvoir dit constituant²²⁰ originaire. Toute modification du texte constitutionnel fera intervenir une procédure différente de celle utilisée pour l'abrogation des lois. La révision constitutionnelle, que l'on ne retrouve pas dans la conception matérielle, permet d'opérer une seconde distinction entre les constitutions souples et rigides. Si la constitution formelle est généralement rigide, la constitution matérielle fait toujours preuve d'une grande souplesse. Modifier une constitution matérielle n'implique pas d'observer une procédure spéciale. Au-delà du texte, la seconde caractéristique d'une constitution formelle est l'existence d'une procédure spéciale de révision ; un critère qui tend à être remplacé par celui de la reconnaissance juridictionnelle²²¹. Une constitution normative, par opposition à une autre qui serait descriptive, se doit également d'être effective²²², car elle « fonde une hiérarchie et doit l'emporter sur toute autre norme contraire, quels qu'en soient l'origine et l'objet »²²³.

121. Quelle que soit la « forme » sous laquelle la constitution se présente, son contenu n'est jamais figé. D'ailleurs, une constitution n'est jamais exhaustive au point d'épuiser la matière constitutionnelle qui elle-même ne fait pas l'objet d'une délimitation certaine. Néanmoins, le contenu d'une constitution peut se fondre dans les deux grandes catégories²²⁴ de normes que sont les règles constitutives et « *régulatives* ».

122. « [...] l'organisation des compétences des organes de l'État requiert des normes constitutives, et plus spécifiquement, des normes qui confèrent des pouvoirs normatifs. Pour chacun de ces organes, de telles normes rendent possibles, en en établissant les conditions, la production de

²²⁰ F. BORELLA, *Éléments de droit constitutionnel*, *op.cit.* p. 66.

²²¹ « Cette activité constituante n'est plus uniquement le fait du seul acteur de l'écriture du texte constitutionnel, c'est-à-dire le "peuple" français pour l'acte originaire de 1958 et l'acte dérivé de 1962, et son représentant parlementaire seulement pour tous les actes dérivés postérieurs. Car elle est désormais aussi le fait de l'acteur de la lecture de ce texte qu'est le Conseil constitutionnel. Ce qui revient à dire que le juge est un acte constituant tout aussi nécessaire à la normativité constitutionnelle que peuvent l'être "le peuple" et le Parlement [...] », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in J. ROBERT (dir.), *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LJDJ, 1999, p. 133.

²²² V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, *op.cit.* pp. 189-190.

²²³ *Ibid.* p. 190

²²⁴ J. R. MANERO, « Une typologie des normes constitutionnelles », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité internationale de droit constitutionnel*, t.1, Dalloz, 2012, p. 297-325.

résultats institutionnels ou de changements normatifs. Ce en quoi consiste précisément l'exercice de leurs compétences. En revanche, l'établissement de limites et d'orientations pour l'exercice de ces mêmes compétences requiert, non des formes constitutives mais des normes régulatrices, soit, des normes qui contiennent des énoncés déontiques sous forme d'obligations, d'interdits et de permissions »²²⁵.

123. Les normes régulatrices servent à encadrer le pouvoir mais seules les normes constitutives permettent à un texte d'être appelé « constitution » ; l'encadrement des pouvoirs n'étant rendu nécessaire qu'après l'attribution des compétences.

124. Dans ce qui suit, on verra que la fonction constituante des juridictions constitutionnelles se manifeste dans tout le champ constitutionnel défini par le texte, et même au-delà.

B. LE CONTENU OU LE RÉSULTAT DE L'ACTE JURIDICTIONNEL CONSTITUANT

125. Les juridictions constitutionnelles créent des normes et consacrent des principes, voire des objectifs à atteindre. Une telle affirmation repose par principe sur une précompréhension des énoncés constitutionnels. En d'autres termes, les dispositions ou plus précisément les propositions linguistiques contenues dans une constitution véhiculent une ou plusieurs significations. Avant l'intervention des juges, les dispositions constitutionnelles ont une signification autant dans l'esprit de leur rédacteur que dans celui du juriste ou du non-juriste comme a pu le montrer Schmitt avec la notion de « constitution idéale »²²⁶ ou Kelsen en abordant l'interprétation scientifique dans sa *Théorie pure du droit*. Traversé par ses passions et idéologies, chaque commentateur s'en fait une opinion, une idée et en envisage légitimement la teneur comme les limites. Préconception ou précompréhension, la fonction constituante ne se donne à voir qu'en partant d'une opération intellectuelle de connaissance jusqu'à la solution dégagée par le juge. De ce fait, l'analyse d'une fonction constituante des juridictions constitutionnelles ne peut se départir d'une distinction entre l'énoncé²²⁷, l'action

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op.cit.*, pp. 167-175.

²²⁷ Sur la place du texte de norme, l'on peut évoquer l'étude menée par F. MÜLLER dans son *Discours de la Méthode Juridique* publié en 1996. Dans sa théorie dite « structurante », la norme juridique ne s'identifie pas

du juge et la signification (la norme). On s'inscrit ici dans un réalisme²²⁸ des plus modérés, alliant la signification conventionnelle d'un texte et la volonté du juge. L'espèce dont la juridiction est saisie a par conséquent une importance capitale, car ce n'est qu'une fois confrontée à une situation concrète que la constitution (formelle) révèle ses limites ou lacunes et que l'effort du juge pour assurer tant bien que mal son application, sinon sa sauvegarde, est dit constituant. La juridiction constitutionnelle peut être amenée à attribuer une nouvelle signification à une disposition, voire – et il faut l'admettre – construire sinon reconnaître qu'un élément (norme, principe...) a une valeur constitutionnelle. La décision constituante est nécessairement un acte de volonté comme l'interprétation qui la sous-tend.

126. Pour s'en convaincre, dans les lignes qui suivent nous introduirons des éléments de droit comparé et plus précisément des décisions de justice rendues par des juridictions constitutionnelles étrangères.

1. Les normes constitutionnelles

« La "norme" signifie que quelque chose doit être ou avoir lieu. Son expression linguistique est un impératif ou une proposition normative. »²²⁹.

127. La norme, en tant que devoir-être peut être le fait d'une juridiction constitutionnelle. En effet, la fonction constituante joint à la constitution ou au bloc de constitutionnalité de nouvelles prescriptions à l'endroit des pouvoirs publics et des individus. Ces normes constitutionnelles peuvent également découler de la neutralisation par les juges de certaines dispositions constitutionnelles mais cela reste un cas d'école. Qu'il s'agisse d'une neutralisation ou d'un enrichissement de la constitution, les juges modifient matériellement cette dernière. Les nouvelles significations décidées par le juge ne sont rien d'autre qu'une ou plusieurs normes regardées comme valides et constitutionnelles. Valides puisque l'acte

au texte de norme. Elle est plutôt le résultat d'un travail de *construction à partir du texte de norme*. On parle alors de concrétisation. La norme (ou norme-décision) n'est pas le point de départ mais le résultat de la concrétisation avec l'emploi de méthodes juridiques. Elle est contenue dans le texte.

²²⁸ Cette position pourrait être confondue avec la théorie mixte ou éclectique de l'interprétation à condition d'épurer préalablement cette dernière de la distinction redondante entre les cas faciles et difficiles. V. P. BRUNET, *Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative*, RGDIP, éd. A. Pédone, 2011.

²²⁹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, col. Léviathan, 1996, p. 2.

respecte les exigences²³⁰ de son système ; constitutionnelles car – à moins que la juridiction n'en décide explicitement autrement – l'attribution d'une nouvelle signification à un énoncé constitutionnel n'altère pas sa valeur. Afin d'aider à la compréhension de ce qui précède, nous nous appuyerons sur les exemples allemand, espagnol, hongrois et italien.

128. La Cour de Karlsruhe s'est particulièrement illustrée par ses décisions constitutives en lien avec le droit communautaire. La référence en la matière est la double jurisprudence *So lang*²³¹ qui a en quelque sorte amenuisé le contrôle de constitutionnalité²³² de la juridiction fédérale. En effet, la Cour allemande exclut de son contrôle les actes dérivés²³³ portant atteinte aux droits fondamentaux aussi longtemps qu'une protection équivalente à celle de la Loi Fondamentale existe en droit communautaire. Cette position s'écarte de la lecture des dispositions constitutionnelles relatives à la juridiction de Karlsruhe qui ne prévoient pas une telle restriction dans l'examen des affaires soumises à la Cour. Dans une autre décision du 21 décembre 1977 relative à l'éducation sexuelle, les juges allemands ont eu l'occasion de préciser le domaine de la loi. Relèvent ainsi du législateur « les règles essentielles²³⁴ » pour lesquelles « il convient de se baser sur la Loi fondamentale ». Cette jurisprudence, des plus équivoques, a eu pour conséquence d'étendre considérablement le pouvoir du législateur fédéral au détriment des *länder*.

²³⁰ « Dans les deux cas [chez Kelsen et Ross], la validité va dépendre de l'intégration de la norme dans un système ; plus exactement de sa production en conformité avec les exigences du système concerné. » (nous soulignons), E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 (Dossier : la normativité), 2007 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique>).

²³¹ Décisions dites « *Solange I* » du 29 mai 1974 et « *Solange II* » du 22 octobre 1986.

²³² V. l'article 93-4a de la Loi fondamentale et la section 15 §90 de la loi du 12 mars 1951 relative à la Cour constitutionnelle fédérale.

²³³ « Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé », traduction fournie sur le site institutionnel du Sénat français (disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/r09-119/r09-1192.html>).

²³⁴ M. FROMONT, « Domaine réservé à la loi » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 360-363.

129. En Espagne, le contrôle de constitutionnalité est une compétence exclusivement reconnue au Tribunal constitutionnel²³⁵. Au-delà du contrôle de constitutionnalité des actes pris par l'État et les communautés autonomes, le Tribunal est chargé de veiller au respect de la séparation horizontale et verticale des pouvoirs et à la sauvegarde des droits fondamentaux (*amparo*). S'appuyant sur un texte suffisamment fourni²³⁶, le Tribunal n'a pas hésité à enrichir la matière constitutionnelle. Par un arrêt 165/1994 du 26 mai 1994 relatif à un conflit positif de compétence, les juges espagnols ont reconnu et encadré la possibilité pour les communautés autonomes de créer des organismes de représentation auprès d'institutions communautaires. En l'espèce, la Communauté du Pays basque décida de créer une représentation auprès des institutions de l'Union européenne. Invoquant la violation de la compétence exclusive²³⁷ de l'État et du principe de territorialité des compétences des communautés, le gouvernement central saisit le Tribunal constitutionnel. Alors que la Constitution fait des relations internationales une compétence relevant de l'État, les juges parvinrent à créer une exception au profit des communautés. En considérant les « caractéristiques spécifiques des organes communautaires qui les différencient des structures traditionnelles »²³⁸, les juges conclurent à la constitutionnalité de la délégation basque au motif qu'elle participait à un ordre juridique intégré et perçu comme interne. Anticipant les travers auxquels aurait pu donner lieu cet arrêt, le Tribunal tint néanmoins à enserrer la nouvelle faculté des communautés :

130. « La possibilité pour les communautés [...] est limitée aux seules activités nécessaires pour l'exercice de leurs compétences dès lors qu'elles n'impliquent pas l'exercice du *jus contrabendi*, ni ne génère des obligations immédiates vis-à-vis d'autres pouvoirs publics étrangers, ni n'interfèrent dans la politique extérieure de l'État, ni n'engagent la responsabilité de ce dernier à l'égard d'États étrangers ou d'organisation inter- ou supra-nationales [sic] »²³⁹.

²³⁵ Titre IX de la Constitution espagnole du 27 septembre 1978 et loi organique du 3 octobre 1979 (LOTC).

²³⁶ Le texte disponible sur le site institutionnel du Tribunal comporte cinquante-quatre pages.

²³⁷ Art. 149-1 al. 3 de la Constitution du 27 septembre 1978.

²³⁸ L. FAVOREU et A. PENAGAÍA, « La justice constitutionnelle II : Belgique, Espagne, Italie, RFA » in *Documents d'Études, droit constitutionnel et institutions politiques*, La documentation française, n° 1.16, 1998, p. 18-19.

²³⁹ *Ibid.* p.19.

131. Dans un autre arrêt 234/2001²⁴⁰ du 16 janvier 2001, le Tribunal consacra la non-rétroactivité des règles fiscales alors que la Constitution espagnole ne prohibait que la rétroactivité de certaines dispositions. En effet, à la lecture de l'article 9-3²⁴¹, seules « les dispositions infligeant des sanctions plus sévères ou restreignant les droits individuels » ne peuvent s'appliquer à des situations déjà constituées. Saisi d'une loi sur les impôts spéciaux supprimant une exemption fiscale en matière industrielle, le Tribunal dut se prononcer sur le caractère sanctionnateur ou restrictif d'une telle loi car, dans ses effets, elle s'appliquait à des activités exemptées au moment de leur réalisation. Indubitablement rétroactive, il était difficile, voire impossible pour les juges espagnols de faire tomber cette loi sous le coup de la non-rétroactivité visée à l'article 9-3. C'est d'ailleurs sur un autre fondement – la sécurité juridique – que la Haute juridiction conclut à l'inconstitutionnalité du texte mise en cause. Peut-on parler d'extension du champ de la non-rétroactivité ? Certainement. L'utilisation d'un autre fondement de l'article 9-3 donne une nouvelle lecture à celui-ci ; à savoir celle actant la non-rétroactivité « des dispositions infligeant des sanctions plus sévères ou restreignant les droits individuels [et les lois fiscales] ». Bien que reposant sur la sécurité juridique, l'objet de l'arrêt influe inévitablement sur le sens et la portée de la disposition constitutionnelle.

132. En Italie, la Cour constitutionnelle s'autorise également quelques immixtions dans la compétence constituante. Dans un arrêt n°496/2000 du 14 novembre 2000 relatif à la procédure de révision constitutionnelle (article 138 de la Constitution de 1948), la Cour a étendu l'initiative en matière législative de la région²⁴². En effet, les locataires du Palais de la *Consulta* ont reconnu la possibilité pour une région d'initier une révision constitutionnelle comme elle le ferait dans le cadre du deuxième²⁴³ alinéa de l'article 121. À partir de cet arrêt, la révision de la Constitution de 1948 peut être initiée au niveau de la région sans pour

²⁴⁰ V. L. M. DIEZ-PICAZO, « Rétroactivité des lois fiscales et principe de sécurité juridique » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 24-29.

²⁴¹ « La Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie des normes, la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions infligeant des sanctions plus sévères ou restreignant les droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité et l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics » (nous soulignons).

²⁴² Dans arrêt antérieur n° 256/1989, la Cour est parvenue à la même solution au profit de la Sardaigne puis de manière générale dans un autre arrêt n° 470/1992.

²⁴³ « Le conseil régional exerce les pouvoirs législatifs attribués à la région ainsi que les autres fonctions qui lui sont conférées par la Constitution et par les lois. Il peut soumettre des propositions de loi aux chambres. ».

autant que celle-ci puisse organiser un référendum local pour approuver le projet de révision. Dans un autre registre, celui du référendum abrogatif²⁴⁴, la Cour a fait preuve d'une certaine témérité en en posant indirectement le cadre. L'arrêt n° 16 du 7 février 1978 établit « quatre différentes séries de raisons d'inadmissibilité »²⁴⁵ d'un référendum initié sur le fondement de l'article 75 :

« En premier lieu, sont inadmissibles les requêtes formulées de telle sorte que chaque question devant être soumise au corps électoral vise une telle pluralité de questions hétérogènes, sans une matrice rationnellement unitaire, qu'elle ne puisse correspondre à la logique de l'article 75 de la Constitution ; en raison du fait qu'elle se détache de manière manifeste et arbitraire des buts en vue desquels l'institution du référendum abrogatif a été introduite dans la Constitution, en tant qu'instrument d'une manifestation pure de la souveraineté populaire. En deuxième lieu, sont inadmissibles les requêtes qui ne concernent pas des actes législatifs de l'État ayant force de loi ordinaire, mais qui visent à abroger — en tout ou en partie — la Constitution, “les lois de révision constitutionnelle, les autres lois constitutionnelles” visées par l'article 138 de la Constitution, ainsi que les actes législatifs munis d'une force passive particulière et donc non susceptibles d'être abrogés par des lois ordinaires successives). En troisième lieu, doivent de même être proscrits les référendums ayant pour objet des dispositions législatives ordinaires dont le contenu est constitutionnellement lié et dont le noyau normatif ne peut être modifié ou invalidé sans violer les dispositions spécifiques correspondantes de la Constitution elle-même (ou d'autres lois constitutionnelles). En quatrième lieu, enfin, sont valables les causes d'inadmissibilité énumérées textuellement par l'article 75, lesquelles, à la différence de toutes les autres, ont été explicitées par la Constitution, précisément parce qu'elles répondaient et répondent à des choix particuliers de politique institutionnelle, au lieu d'être relatives à la nature même de l'institution en question. Mais, sur ce terrain aussi, l'interprétation littérale doit être intégrée — si besoin est — par une interprétation logico-systémique, ce qui fait que doivent être soustraites aux référendums les dispositions qui produisent des effets liés de manière tellement étroite au champ d'application des lois expressément indiquées par l'article 75, que l'exclusion doit être considérée comme implicite. »

133. De telles causes d'inadmissibilité ont vite fait de nous convaincre de la production par les juges italiens d'une ou plusieurs normes règlementant le référendum populaire en

²⁴⁴ Article 75 : « Un référendum populaire est fixé pour décider l'abrogation, totale ou partielle, d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi, lorsque cinq cent mille électeurs ou cinq conseils régionaux le demandent. Le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation à ratifier des traités internationaux [...] » (nous soulignons).

²⁴⁵ T. GROPPI et C. MEOLI, « Admissibilité des référendums d'abrogation des lois » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 377-381.

Italie. Au demeurant, le référendum a donné lieu à une jurisprudence²⁴⁶ tout aussi audacieuse.

134. En matière de décisions constituanes, la patrie de J. Pulitzer n'est pas en reste. La très jeune juridiction constitutionnelle hongroise (1990) s'est construite sur les ruines de la République populaire de Hongrie (1949-1989) en neutralisant progressivement les anciennes lois communistes. Au sortir de l'Union soviétique, le texte constitutionnel transitoire et « décommunisé »²⁴⁷ de 1989 (issue d'une révision de la Constitution de 1949) ne fut remplacé qu'en 2011. Pendant vingt-deux ans et en dépit du musellement²⁴⁸ dont elle fait l'objet depuis 2013, la juridiction hongroise a pu jouer un rôle co-constituant. Ce fut le cas en matière référendaire. En précisant les éventuels objets du référendum prévu par le texte constitutionnel, les juges hongrois ont estimé qu'il ne pouvait avoir pour objet de modifier la forme de l'État²⁴⁹ et que cette forme d'expression bénéficiait de la « protection constitutionnelle accordée à un droit fondamental »²⁵⁰. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle n'a de cesse *construit* le principe de l'État de droit²⁵¹ en l'enrichissant d'autres règles ou principes fondamentaux plus ou moins prévus par la Constitution. Il en va ainsi du principe de la séparation des pouvoirs²⁵² dont la Cour a elle-même constaté et reconnu l'omission.

²⁴⁶ On peut citer en ce sens l'arrêt n° 2/1994 (exclusion des budgets et de la loi de finances du cadre de l'article 75) et l'arrêt n° 25/1981 (exclusion des dispositions ordinaires ayant un contenu constitutionnel).

²⁴⁷ S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, 2^e éd, PUF, 2015 ?, p. 228.

²⁴⁸ Les réformes constitutionnelles menées par le Premier ministre Viktor Orban ont considérablement réduit les attributions de la Cour constitutionnelle comme l'atteste le nouvel article 24-5 issu de la révision de 2016. En effet, il dispose :

« La Cour constitutionnelle ne peut réviser la loi fondamentale ou son amendement que par rapport aux exigences de procédure prévues dans la loi fondamentale pour sa rédaction et sa promulgation. Cet examen peut être initié par :

a. Le Président de la République en ce qui concerne la loi fondamentale ou l'amendement de la loi fondamentale, s'il a été adopté mais pas encore publié;

b. Le gouvernement, un quart des membres de l'Assemblée nationale, le président de la curie, le procureur général ou le commissaire aux droits fondamentaux dans les trente jours de sa promulgation. », version disponible à l'adresse suivante : https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2016?lang=en.

²⁴⁹ Décision n° 28-1999 du 04/10/1999. Voir également, Dr. T. BÁN, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Hongrie » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13 (dossier : Hongrie), 2003 (disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2848/pdf>).

²⁵⁰ A. HARMATHY, « Souveraineté populaire » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 36.

²⁵¹ A. HARMATHY, « État de droit, législation et autres domaines » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008 pp. 31-34.

²⁵² Décision n° 42/2005, XI. 14, du 12 novembre 2005 (disponible en ligne : <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/B336B4DC80014245C1257ADA0052666F?OpenDocument>).

Dans la jurisprudence constitutionnelle hongroise, comme en Allemagne, l'État de droit apparaît autant comme une norme qu'un principe.

2. Les principes constitutionnels

« Les principes sont des impératifs d'optimisation qui sont caractérisés par le fait qu'ils peuvent être réalisés à des degrés divers et que la mesure exigée de leur exécution [...] dépend entre autres des possibilités juridiques. Le champ des possibilités juridiques est délimité par des principes contraires »²⁵³.

« [...] En général les juristes contemporains semblent considérer comme étant un principe toute norme qui présente deux caractéristiques. Les principes [sont] des normes fondamentales [et] structurellement indéterminés »²⁵⁴.

135. Selon D. Alland et S. Rials dans leur *Dictionnaire de culture juridique* cité précédemment, « le principe est un commencement ». « Le commencement », « la source » ou « l'origine » sont d'ailleurs les principales idées évoquées par les ressources textuelles²⁵⁵ à ce propos. Les principes sont génétiques. Dit autrement, un ou plusieurs éléments dépendent d'eux et permettent de remonter par induction jusqu'à ces derniers.

136. En droit, le principe « normatif »²⁵⁶ est une « norme juridique édictant un devoir-être »²⁵⁷. Présenté de la sorte, il ne diffère pas des normes exposées plus tôt. Or, il n'en est rien. Les principes normatifs sont des devoir-être transcendants²⁵⁸ et généraux censés compléter, et au besoin s'opposer, à ce qu'on pourrait appeler des devoirs-être particuliers (lois, règlements, décisions de justice...). Par la méthode de constatation des principes métaphysiques, ils se déduisent cette fois-ci des textes juridiques et des « valeurs supérieures

²⁵³ R. ALEXI, « Die logische analyse juristischer Entscheidungen (l'analyse logique des décisions judiciaires) » in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Archive de philosophie juridique et sociale)*, Beiheft Neue Folge, n° 14, pp. 181-212 (traduit par nous).

²⁵⁴ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), Dalloz, p. 232.

²⁵⁵ Voir les définitions et synonymes fournis par le CNRTL (disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/principe>).

²⁵⁶ Un principe peut également être métaphysique, c'est-à-dire issu d'une réflexion inductive, ou logico-juridique (axiome élaboré et appartenant à un système de connaissance).

²⁵⁷ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, *op.cit.* p. 1202.

²⁵⁸ « Les principes normatifs ont un caractère transcendant, idéal et absolu » *Ibid.* p.1203.

préexistantes »²⁵⁹. Deux idées s'imposent à ce stade. La première, les principes normatifs ne font pas l'objet d'une liste exhaustive²⁶⁰ et cela explique le fait qu'ils soient toujours découverts ou consacrés par les juges. La seconde, d'un ordre juridique à l'autre, les principes consacrés ne sont pas les mêmes et il en va ainsi de leur valeur (infra ou supra-législative, constitutionnelle ou supraconstitutionnelle).

137. Reprenant une distinction dworkinienne²⁶¹, R. Guastini précise qu'un principe est une norme fondamentale²⁶² (sa position au sein du système considéré) et structurellement indéterminée²⁶³ (son contenu). Fondamentale dans la mesure où elle est caractéristique de son système (constitutionnel par exemple) et sous-tend plusieurs normes sans pourtant bénéficier elle-même d'un quelconque fondement. Ce dernier point attire ainsi l'attention sur la question de l'évidence du principe. Une idée bien évidemment erronée quand on sait l'incompréhension qui peut naître de la consécration jurisprudentielle de certains principes. Tous les principes ne sont pas évidents²⁶⁴. S'agissant du contenu du principe, Guastini lui reconnaît deux formes distinctes. D'une part, et contrairement à la norme *stricto sensu*, le principe n'appréhende ni les situations dans lesquelles il a vocation à s'appliquer ni ses exceptions. Le vocable idoine et utilisé par le professeur italien est la « défectibilité »²⁶⁵. D'autre part, seconde forme, les principes sont des « normes structurellement vagues ». À la

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ À ce propos, les principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (Préambule français de 1946) sont une exception.

²⁶¹ « La distinction entre principes juridiques et règles de droit est une distinction logique. Ces ensembles de standards dictent l'un et l'autre des décisions particulières en matière d'obligation juridique dans des cas particuliers, mais ils diffèrent quant au caractère de la directive qu'ils donnent. Les règles sont applicables dans un style tout-ou-rien. Si les faits qu'une règle stipule sont données, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle n'apporte rien pour la décision. [...] Les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles : celle du poids ou de l'importance » in R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMAIER (trad.), révisé et présenté par F. MICHAUT, PUF, Léviathan, 1995, pp. 82 et 84.

²⁶² Un principe peut être fondamental pour un ou plusieurs systèmes ou sous-systèmes juridiques (domaine/branche juridique).

²⁶³ H. Kelsen a abordé la problématique de l'indétermination des normes juridique (en général) dans la partie relative à l'interprétation dans sa *Théorie pure du droit*. Voir également P. AMSELEK, « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen » in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, éd. Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2011, pp. 39-56.

²⁶⁴ Par exemple, sur la base du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel français a dégagé le principe de sincérité des compétitions sportives dans une décision DC n° 2004-507 du 9 décembre 2004, *Loi portant diverses dispositions relatives au sport professionnel* (cons. 27).

²⁶⁵ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, V. CHAMPEIL-DESPLATS (trad.), *op.cit.*, p. 233.

lecture des *Leçons de théorie constitutionnelle*, l'on se rend compte que cette forme²⁶⁶ se résume à l'ineffectivité et l'adaptabilité des principes.

138. En ce sens, nous pouvons citer l'exemple du principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. En effet, il s'agit d'un principe élevé au rang constitutionnel par la Cour. En s'inspirant de la jurisprudence administrative allemande sur les décisions de police, la Cour de Karlsruhe a déduit du principe de l'État de droit celui de la proportionnalité. Désormais principe constitutionnel non écrit, le principe de proportionnalité a été particulièrement fructueux sous la plume des juges constitutionnels allemands. Dans une décision du 15 décembre 1970 relative à la répression du cannabis²⁶⁷, la Cour posa et explicita les trois sous-principes traditionnels que sont l'adéquation, la nécessité et la stricte proportionnalité. Dans un autre contexte et registre, l'État de droit a été la matrice d'un grand nombre de principes comme en Allemagne²⁶⁸. C'est le cas en Pologne où le Tribunal constitutionnel²⁶⁹ a adopté une lecture dynamique de l'État droit notamment en matière fiscale. Par sa décision K 26/97 du 25 décembre 1997, le Tribunal rappela et dégagait plusieurs principes inhérents à celui de l'État de droit tels que ceux relatifs à une « législation raisonnable »²⁷⁰. Le Tribunal a reconnu d'ailleurs en 1995 la constitutionnalité du principe de proportionnalité²⁷¹ comme aspect essentiel de l'État de droit. De ce dernier, les juges polonais ont également extrait des principes libéraux à l'instar

²⁶⁶ « Une norme structurellement vague – un “principe”, donc – est une norme qui : (A) d'un côté, exige la création d'autres normes – des normes “d'exécution” ou de “concrétisation” – qui lui donne la capacité de résoudre des cas concrets ; mais, (B) d'un autre côté, peut être exécutée ou concrétisée de plusieurs façons différentes et alternatives. » *op.cit.* p.234.

²⁶⁷ V. M. FROMONT, « État de droit et principe de proportionnalité » in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, *op.cit.* pp.5-8.

²⁶⁸ Jurisprudence allemande sur l'État de droit.

²⁶⁹ Pour une présentation historique et institutionnelle, M. WYRZYKOWSKI, « Présentation du Tribunal constitutionnel Polonais » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3 (dossier : Pologne), 1997, (disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/presentation-du-tribunal-constitutionnel-polonais>).

²⁷⁰ « ...par exemple, interdiction de la rétroactivité du droit, obligation de prévoir une *vacatio legis* “adéquate”, obligation de respecter les droits acquis légalement. Mais leur fondement général était la conviction que l'État de droit se devait de respecter le principe de confiance du citoyen envers l'État et le droit qu'il établit ». Pour une traduction française de la décision, M. FROMONT, « État de droit et modification de la législation fiscale » in *Les grandes décisions...*, *op.cit.* p.15.

²⁷¹ Jugement K 11/94 du 26 avril 1995.

du principe de la dignité de l'homme²⁷². Dans le domaine des droits et libertés, nous ne saurions ignorer la contribution française. Au-delà de la continuité du service public²⁷³, ou plus récemment de la fraternité²⁷⁴, le Conseil constitutionnel français apparaît aujourd'hui comme le protecteur des droits et libertés, voire le pourfendeur des lois attentatoires à ceux-ci. En dehors de la catégorie préétablie des Principes Fondamentaux reconnus par les Lois de la République (PFRLR), le Conseil a pu enrichir le patrimoine juridique des individus d'une certaine dignité de la personne humaine²⁷⁵, d'une liberté d'entreprendre²⁷⁶ et d'un droit au respect de la vie privée²⁷⁷. Dans la même logique, la Cour allemande est allée plus loin en consacrant, au titre des principes non écrits, un droit fondamental à un minimum vital²⁷⁸ découlant de la dignité humaine. Dans une moindre mesure, les jurisprudences constitutionnelles italienne et espagnole n'ont pas démerité si l'on s'en tient au recueil des décisions européennes compilées et commentées sous la direction de P. Bon et D. Maus.

3. Les principes d'orientation ou d'interdiction : les objectifs ou impératifs de valeur constitutionnelle

139. La décision constitutive crée également un nouveau cadre de représentations dans lequel l'activité législative est continuellement réorientée pour préserver des objectifs définis par les juges. On parle alors d'objectifs de valeur constitutionnelle. Fausse spécificité du contentieux constitutionnel français²⁷⁹, le Conseil s'est surtout autorisé à créer de toutes

²⁷² Résolution W 16/92 du 17 mars 1993.

²⁷³ Cons. const n°79-105 DC du 25 juillet 1979 Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, cons. 1.

²⁷⁴ Cons. const. n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 M. Cédric H. et autres, cons. 7.

²⁷⁵ Cons. const. n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, cons. 2.

²⁷⁶ Cons. const. n°81-132 DC du 16 janv. 1982.

²⁷⁷ Cons. const. n°76-75 DC du 12 janv. 1977; n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, cons. 3; n° 99-416 DC du 23 juill. 1999, cons. 45.

²⁷⁸ BVerfGE, 1 BvL 1/09, 9 févr. 2010. V. également C. FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision "Hartz IV" de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 » in RDSS, 2010, n° 4, p. 653.

²⁷⁹ En Afrique, on a pu relever l'apparition d'objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle. En ce sens, l'on peut citer une décision n° 3/CC du 21 février 2004 rendue par la Cour

pièces une nouvelle dénomination²⁸⁰. En effet, les objectifs sont une catégorie juridique commune à la jurisprudence communautaire²⁸¹ et aux droits étrangers²⁸².

140. Plus que le législateur, c'est la loi dont il est question dans la mesure où elle doit désormais atteindre un ou plusieurs buts assignés par les juges. Outrepassent-ils leur rôle ? Là n'est pas la question, car on pourrait tour à tour et inlassablement blâmer les juges et justifier leur position. En s'en tenant à la lettre des textes, les Cours et Conseils dépassent certainement le cadre leurs missions. Argument ultime qui rappelle qu'il ne revient pas, par principe, aux juges d'orienter la fonction législative.

141. Qu'à cela ne tienne, P. de Montalivet écrit à propos de l'objectif « [qu'] il s'agit de parvenir à un état désiré, d'aller dans une certaine direction, d'un point vers l'autre [...] sa particularité est d'être précis, "opérationnel"... »²⁸³. Les objectifs de valeur constitutionnelle sont ainsi définis, par l'auteur, comme « des buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit ou peut tendre l'action du législateur. »²⁸⁴. Contrairement aux buts, les objectifs sont réalisables avec des moyens appropriés. Cette définition bien que provisoire, comme le précise De Montalivet dans l'introduction de sa thèse, ne permet pas de cerner totalement la finalité des objectifs de valeur constitutionnelle. En effet, l'intérêt des objectifs constitutionnels est à rechercher dans la décision n° 82-141 DC, 27 juill. 1982 dans laquelle les Sages français affirment qu'« il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication, avec [...] les objectifs de valeur ...»²⁸⁵. En effet, les objectifs ont

constitutionnelle gabonaise et une du 12 février 2006 n° 1/CC/ rendue par le Conseil constitutionnel sénégalais.

²⁸⁰ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, spéc. pp. 687-689.

²⁸¹ Dans un arrêt *Nold* du 14 mai 1974, la Cour de Justice des Communautés posa pour la première fois la notion « d'objectifs d'intérêt général poursuivis par la communauté ».

²⁸² P. MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, pp. 57-63.

²⁸³ *Ibid.* pp. 10-11.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 11. M. Blanquer dira, bien avant Montalivet, qu'un « objectif constitutionnel est donc soit un objet clairement énoncé par un texte constitutionnel soit un droit abstrait dont la réalisation est en soi un but que doit rechercher le législateur ». M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse soutenue à Paris II, 1993, p. 154.

²⁸⁵ Cons. const. n° 82-141 DC, 27 juill. 1982 communications audiovisuelles, cons. 5 (nous soulignons).

vocation à assurer une conciliation²⁸⁶ sinon une limitation des droits fondamentaux. Au-delà du parlement et de la loi, l'objectif tempère l'exaltation des droits et libertés fondamentaux ou – pour reprendre une formule plus familière – le caractère absolu de ces droits.

142. Tels qu'ils sont désignés par la jurisprudence constitutionnelle française, les objectifs ont une valeur constitutionnelle. D'ailleurs, les limitations qu'ils apportent aux droits fondamentaux permettent de leur reconnaître un rang au moins égal. Une idée corroborée par les jurisprudences constitutionnelles allemande²⁸⁷, italienne²⁸⁸ et d'Afrique subsaharienne²⁸⁹.

143. Normes, principes et objectifs, les Cours et Conseils constitutionnels sont à l'origine d'une kyrielle d'éléments venant enrichir le droit constitutionnel. Autant d'objets produits questionnent finalement les limites de la fonction constituante et particulièrement – pour éviter la sempiternelle question du *gouvernement des juges* – la marge de manœuvre des juges. À ce propos, nous évaluerons la marge d'action de la fonction constituante à l'aune de celle reconnue au pouvoir constituant.

§3. POUVOIR CONSTITUANT ET FONCTION CONSTITUANTE : UNE MARGE DE MANŒUVRE COMPARABLE OU LES INSAISSABLES LIMITES DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

144. Rendre la justice constitutionnelle est-ce édicter une Constitution ? La réponse à une telle question est évidemment fonction d'une certaine conception de l'office du juge constitutionnel. En effet, l'importante bibliographie²⁹⁰ relative à la justice constitutionnelle

²⁸⁶ « [Un objectif de valeur constitutionnelle est] une finalité vers laquelle la législation doit tendre en édictant des prescriptions positives et protectrices, conciliatrices des droits fondamentaux antagonistes », T. S. RENOUX et M. de VILLERS, *Code constitutionnel*, 3^e éd, Paris, Litec, 2004, p. 206.

²⁸⁷ Cour constitutionnelle fédérale, arrêt 2 BvR 441/90 du 1^{er} juillet 1998, cité par P. de MONTALIVET, *op.cit.*, p. 61.

²⁸⁸ La Cour constitutionnelle italienne depuis une *Sentence* n° 118 du 18 avril 1996 (§4 al. 2 des considérations en droit) estime que le droit à la santé, tout en étant un droit individuel, comporte un volet social et objectif en tant qu'intérêt de la communauté, (décision disponible à l'adresse suivante : <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>).

²⁸⁹ V. note 187, p. 48.

²⁹⁰ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution » in *RDP*, 1958, p. 197; M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » in *RIDC*, vol.33 n° 2, 1981, pp. 625-657 ; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute Cour d'Autriche* (1928), Paris-Aix-en-Provence, éd. Economica-PUAM, 1986 ;

témoigne au moins d'une chose, à savoir la spécificité de cette justice. La distinction faite entre justice ordinaire (administrative...) et constitutionnelle rend finalement compte d'autres réalités que la sempiternelle question de l'appartenance de la justice constitutionnelle au pouvoir judiciaire. Ces autres réalités – les pouvoirs du juge constitutionnel – se subsument volontiers sous le concept d'office du juge. Mais cette subsumption n'est que partielle car l'office du juge ne se limite pas à ce qu'il peut faire. En effet, il faut y adjoindre les devoirs, contrepartie naturelle, et la ou les finalités de sa fonction. L'office du juge est, pour reprendre Charles-Édouard Sénac, « l'étendue et le mode d'exercice des pouvoirs du juge en vue de la réalisation d'une mission spécifique »²⁹¹. L'accent mis sur la mission conduit à opérer une différenciation entre les juges ordinaires et constitutionnels. Effectivement, si juge constitutionnel²⁹² il y a, c'est que son office est singulier. L'activité des juridictions constitutionnelles modernes se structurant autour du contrôle de constitutionnalité (des lois), la finalité d'un tel examen singularise plus que tout autre

P. AVRIL, « La justice constitutionnelle est politique » in *Commentaire*, n° 35, 1986/3, spéc. pp. 416-417 ; E. PANTOU, *La notion de juridiction constitutionnelle dans la doctrine française. Essai d'analyse critique*, Thèse soutenue à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 1989 ; M. TROPER, « Chapitre XXI. Justice constitutionnelle et démocratie » in M. TROPER (dir.) *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 329-346 ; F. MAURO et autres, « La justice constitutionnelle en 1995 » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 11-1995, 1996 ; J. HABERMAS, « justice et législation : rôle et légitimité de la justice constitutionnelle » in *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, R. Rochlitz et C. Bouchindomme (trad.), Gallimard, 1997, pp. 261-310 ; F. DELPÉRÉE (dir.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité. Actes des XVII^e journées juridique Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2000. G. DRAGO, « Justice constitutionnelle » in *Droits*, vol. 34, no. 2, 2001, pp. 119-130. Weber Albrecht, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences. » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 2003, pp. 29-41 ; F. HAMON, « La justice constitutionnelle » in C. Wiener (dir.), *Documents d'études*, Paris, la Documentation française, 2001 ; O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN, P. WASHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005 ; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris-Aix-en-Provence, éd. Economica-PUAM, 2005 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Lacier, Bruxelles, 2012. V. « La justice constitutionnelle contemporaine : modèles et expérimentations » in *Jus Politicum*, n° 13, déc. 2014, (disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/numero/la-justice-constitutionnelle-contemporaine-modeles-et-experimentations-61.html>). V. également *Annuaire international de justice constitutionnelle*, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? XXe Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004 » Economica, 2004, pp. 123-422. L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2011.

²⁹¹ C.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 29.

²⁹² Contrairement à C.-E. SÉNAC, nous employons cette expression pour désigner une juridiction constitutionnelle et non l'ensemble des juges pouvant opérer un contrôle de constitutionnalité (juge constitutionnel, juge administratif...).

élément l'office du juge constitutionnel. Ainsi, les pouvoirs et les devoirs du juge constitutionnel ont pour objectif « d'assurer la protection de la Constitution »²⁹³.

145. De prime abord, le pouvoir constituant et les juridictions constitutionnelles n'ont donc pas le même objet. Tandis que le premier entend édicter ou modifier une constitution, les juges doivent en assurer la protection ou la garantie.

146. Affirmer que les juges et le pouvoir constituant bénéficient d'une marge de manœuvre similaire – ce qui fait référence au caractère discrétionnaire²⁹⁴ de la décision – induirait qu'ils exercent tour à tour le même pouvoir. Autrement dit, il faudrait également admettre un dédoublement dans l'œuvre constituante en considérant que le pouvoir constituant édicte simplement un texte, entendu comme une suite de signes linguistiques et non une constitution au sens normatif. Si la constitution n'est qu'un texte alors l'admission d'une activité normative des juridictions constitutionnelles s'en trouve facilitée. Mais cette position nous semble trop radicale et peu pertinente car elle conduirait à reconnaître une portée constituante à toute décision de justice constitutionnelle. Le pouvoir constituant décide de formulations, sommaires ou non, desquelles les juges tireront de temps à autre des normes constitutionnelles. Associer pouvoir constituant et fonction constituante par le caractère discrétionnaire revient finalement à souscrire à l'une ou l'autre des idées suivantes : soit il existe une relation édicition-application²⁹⁵ précédemment exposée, soit il existe une relation de concurrence dans laquelle le juge va confirmer, modifier, voire infirmer les normes posées par le constituant. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, la fonction constituante est normative et il règne (dans la seconde situation au moins) une confusion entre le pouvoir et la fonction. Cela constitue notre postulat de départ. Nous le réaffirmons, la révision judiciaire d'une constitution dans les pays de droit écrit est *matériellement*

²⁹³ « Dès lors, l'office du juge constitutionnel peut se définir comme l'étendue et le mode d'exercice des pouvoirs du juge en vue d'assurer la protection de la Constitution ». *Ibid.* p. 31.

²⁹⁴ « C'est "le pouvoir pour une autorité d'agir librement, parce que la conduite à tenir n'a pas été dictée à l'avance par une règle de droit". Plus précisément et immédiatement sans doute, c'est ce qui n'est pas contrôlé. », B. PACTEAU, « Discrétionnarité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op.cit.* p.374.

²⁹⁵ Cette relation ne peut se penser en dehors d'une théorie réaliste du droit dans laquelle la constitution n'est finalement ce qu'en dit les juges. V. O. W. HOLMES cité par M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22 (dossier : le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007, (disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>).

assimilable à l'action du pouvoir constituant et aucun domaine du droit constitutionnel n'est épargné.

147. Certainement pour sauvegarder une des plus importantes fictions juridiques qu'est la distinction entre pouvoir constituant et constitué, Denys de Béchillon²⁹⁶ et Hélène Gaudin²⁹⁷ s'attachent à préserver l'unicité et l'unité du pouvoir constituant. D'une part, de Béchillon fait de la fonction constituante un travail « contraint » par l'existence d'un litige, la saisine de la juridiction et l'existence d'une norme (la constitution) extérieure à la juridiction. Plus qu'une entreprise de soumission de la fonction au pouvoir, le professeur palois admet qu'« il y a bien fonction normative, mais pas pouvoir. »²⁹⁸. En effet, pour ce dernier, le pouvoir connote une liberté dont ne bénéficie pas l'organe juridictionnel. D'autre part, avec une position plus tranchée à l'égard de la Cour de Justice, H. Gaudin oppose deux principales limites à la fonction constituante de la Cour européenne, et que l'on pourrait transposer en droit interne. D'abord, le critère organique. Tiré de la souveraineté, le pouvoir constituant ne saurait se départir de son titulaire. Le souverain est par essence le constituant, ce que ne peut être une juridiction. Il est vrai, si l'on suit H. Gaudin, que « [...] la souveraineté se présente comme le critère [distinctif] déterminant »²⁹⁹ entre la fonction normative et le pouvoir constituant. Mais cette limite organique n'est pas convaincante car la fonction normative n'a ni pour effet, ni pour finalité, de remplacer le titulaire du pouvoir, mais plutôt de le suppléer. Comme second critère, H. Gaudin évoque le fait que la révision judiciaire n'emporte jamais une réécriture du ou des textes de référence et, ultime argument, que la fonction constituante ne peut se substituer au pouvoir constituant.

148. Pour autant, il n'en reste pas moins que la marge de manœuvre qu'offre la fonction constituante aux juges est tout aussi importante que celle qui caractérise le pouvoir

²⁹⁶ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996.

²⁹⁷ H. GAUDIN, « La “fonction constituante” de la Cour de Justice des Communautés Européennes » in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit communautaire*, C.E.E, Bruylant Bruxelles, 2001, spéc. pp. 29-39.

²⁹⁸ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op.cit.* 48. Dans la suite de son ouvrage, l'auteur pose néanmoins le primat général de la fonction constituante entendue comme « l'activité – constitutionnellement aménagée – devant aboutir à une modification de la constitution qu'elle qu'en soit l'ampleur. », V. p. 53 et 240-241.

²⁹⁹ H. GAUDIN, « La “fonction constituante” de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *op.cit.* p. 31.

constituant. Mais, et il faut le préciser, il s'agit d'une assimilation d'ordre matériel et par défaut, car aucun élément, en droit constitutionnel comparé, ne semble être hors de portée des juges. La proposition est vraisemblable en absence de contre-proposition(s) et il faut se satisfaire de cet expédient. Toutefois, contrairement au pouvoir constituant, la fonction s'exerce au travers d'un organe juridictionnel et selon des modalités spécifiques.

SECTION 2. LA DIFFÉRENCIATION ENTRE FONCTION ET POUVOIR CONSTITUANT

« Les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet le choix entre les raisons de répondre par l'affirmative que l'hésitation sur l'affirmative. »³⁰⁰.

149. En assimilant – dans le fond – la révision juridictionnelle (car on ne peut l'appeler autrement) au pouvoir constituant, son exercice par un pouvoir *constitué* fait malencontreusement tomber la fonction constituante dans le carcan du pouvoir constituant dérivé. En raison de son action parfois corrective, la fonction constituante est assimilée à tort à la révision constitutionnelle. Une assimilation erronée³⁰¹ qui met en lumière la nécessité d'isoler l'œuvre créatrice des juridictions constitutionnelles au-delà des données évidentes ; la première d'entre elles étant l'identification de dispositions relatives à la modification (formelle) d'une constitution alors que la révision juridictionnelle est informelle. En effet, cette dernière est à rechercher dans des dispositions générales³⁰² ou des notions³⁰³ (telles que

³⁰⁰ H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence » in *Archives de philosophiques du droit*, 1967, p. 335.

³⁰¹ La crainte d'un « gouvernement des juges » est là encore à l'œuvre. Depuis l'analyse qu'en a donnée Montesquieu, la fonction juridictionnelle est perçue comme étant potentiellement subversive quand elle a pour objet de faire autre chose que de l'exégèse.

³⁰² V. par exemple les articles 82 de la Constitution japonaise du 3 novembre 1946, 111 de la Constitution nord-coréenne du 25 février 1988, 94 alinéa 1^{er} de la Constitution allemande, 189 de la Constitution de la Confédération suisse du 1 janvier 2000, le titre VII de la Constitution française du 4 octobre 1958 ou l'article 167 de la Constitution sud-africaine de 1996.

³⁰³ V. par exemple les articles 114 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, 146 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 ou 126 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016.

l'interprétation) qui sont elles-mêmes à définir. La désignation d'un organe constitué, conséquence logique de la précédente distinction, est un truisme. La fonction constituante échoit à une juridiction, alors que la science constitutionnelle s'accroche tant bien que mal à l'idée d'un pouvoir dérivé exercé exclusivement par les citoyens eux-mêmes ou *via* leurs représentants. Bien des conséquences peuvent être tirées de ce quasi-transfert de compétence au profit du juge. Par exemple, il est impossible d'enserrer la révision judiciaire dans les limites qu'une constitution imposerait au pouvoir dérivé, auquel cas il n'y aurait aucun intérêt à les distinguer. Sans changer *de* constitution, les juges constitutionnels comme les représentants (ou les représentés) dans une démocratie bénéficient d'une autorisation implicite pour changer *la* constitution, car ils en sont les « interprète[s] naturel[s] »³⁰⁴, « autorisé[s] »³⁰⁵ ou habilités pour reprendre une formulation kelsénienne. D'où l'on pourrait avancer que la fonction constituante est toujours admise dans un système régi par une constitution écrite.

150. Comme on peut s'y attendre, c'est à l'égard du pouvoir dérivé que l'isolement de la fonction constituante prend tout son sens. Si, et cela est peu contesté, la relation entre pouvoir constituant *originaire* et fonction constituante apparaît comme une délégation, on ne peut raisonnablement établir un rapport similaire à l'égard du constituant dérivé. L'isolement se justifie par une confusion que l'on pourrait qualifier d'horizontale dans la mesure où l'exercice constituant et la révision constitutionnelle apparaissent *a priori* sur un pied d'égalité. Mais, rappelons-le encore une fois, révision constitutionnelle au sens strict et révision informelle (juridictionnelle) ne se confondent pas. La fonction constituante est singulière autant dans la manière dont elle est pensée que dans sa substance, et sur ce dernier point, il est plus précisément fait allusion à ces modalités d'exercice.

151. D'une part, et contrairement au pouvoir dérivé, la fonction constituante est consubstantielle à la justice³⁰⁶ ; c'est ainsi qu'elle est pensée. À partir du moment où il existe

³⁰⁴ Une idée énoncée par R. de Gouttes dans sa communication portant sur « le dialogue des juges » lors du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008, (disponible à l'adresse suivante : https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/Colloques/de_gouttes_031108.pdf).

³⁰⁵ H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997, p. 21.

³⁰⁶ V. *infra* § 478 et s.

un organe appelé à juger, il lui est reconnu le pouvoir de créer du droit au-delà de la simple décision de justice qu'il pourrait rendre. « Pouvoir créateur » ou « fonction constituante », ces deux notions ne se distinguent que dans la mesure où la seconde est réservée et employée ici pour faire référence au pouvoir créateur d'une catégorie de juges : les membres des juridictions constitutionnelles. Mais c'est bel et bien en tirant profit de l'évolution du statut et des pouvoirs du juge ordinaire que le juge constitutionnel, ce dernier-né du pouvoir juridictionnel dans les pays de droit civil, parvient de nos jours à exercer une fonction dite constituante ; c'est dire combien la fonction constituante confirme ainsi une transformation dans l'office du juge constitutionnel, pensé à l'origine comme un organe de contrôle, et non d'action. Une mutation donc commune à l'ensemble des juges dont la portée des décisions a été revalorisée au point d'amenuiser la force de l'acte de référence (constitution, loi, règlement...) et reconsidérer la position de son auteur. En doctrine, les courants exégétique et celui de la libre recherche scientifique retracent ainsi le passage de la figure d'un juge « confiné » dans un premier temps, pour des raisons qu'on évoquera plus longuement³⁰⁷, à celle d'un organe aux pouvoirs étendus et justifiés par la mobilisation d'une quantité plus importante de sources du droit ; le juge devenant par la même occasion une autorité créatrice du droit. S'agissant particulièrement du juge constitutionnel, son pouvoir créateur est en outre favorisé par la nature éminemment politique³⁰⁸ de la justice qu'il est appelé à rendre.

152. D'autre part, la fonction constituante d'une juridiction constitutionnelle s'exerce toujours selon deux principales modalités que sont l'interprétation et la régulation, et sur lesquelles il conviendra de revenir³⁰⁹.

153. Pour l'heure, on se limitera à rappeler que la décision de justice constitutionnelle a une portée générale autant dans la désignation des normes de référence retenues pour opérer un contrôle que dans ses conclusions. Toutefois, il faut bien reconnaître que toute décision constitutionnelle n'est pas constituante. Autrement dit, si la fonction de justice constitutionnelle est normative, elle n'est pas automatiquement constituante. La normativité de la décision s'entend ici comme un ajout à l'ordonnement juridique sans autre précision, une norme créée pour trancher un litige, tandis que la décision constituante opère

³⁰⁷ V. *infra*, § 510 à 515.

³⁰⁸ V. *infra* § 528 et s.

³⁰⁹ V. *infra* § 364 et s.

objectivement une modification dans le seul champ de la constitutionnalité. La frontière entre les deux est sans aucun doute discutable, voire intenable. Néanmoins, elle se vérifie lorsqu'on met côte à côte une décision déclarant la conformité d'une convention internationale et une autre consacrant la valeur constitutionnelle d'un texte portant sur l'environnement. Seul le second exemple permet d'attester avec précision et certitude « l'existence d'un écart entre les données de départ, le cadre des significations normatives de la constitution écrite, et des données d'arrivée, les significations normatives attribuées par les acteurs juridiques à la suite d'une opération d'interprétation »³¹⁰. Autrement dit, la seconde illustration est à l'origine d'une variation dans la teneur de la constitution au sens large ou du bloc de constitutionnalité. À n'en point douter, ce qui précède, c'est-à-dire cette variation, ne peut être que le résultat d'une interprétation ou – en absence d'un texte ou d'une disposition pertinente – d'une régulation institutionnelle, souvent précédée du constat d'une ou plusieurs lacunes. L'interprétation est ainsi la principale modalité d'exercice de la fonction constituante, et certainement la plus répandue. Il s'agit en effet d'une compétence que se reconnaissent les juridictions constitutionnelles même dans le silence des constitutions, mais également d'une opération qui précède celle, moins connue, de la régulation que l'on retrouve auprès des cours constitutionnelles en Afrique noire francophone. Cette dernière, peu importe la systématisation³¹¹ dont elle peut faire l'objet, aboutit toujours à une décision dite *régulatrice*, censée surmonter un dysfonctionnement institutionnel, et la constitution s'en trouve ainsi inévitablement et matériellement affectée.

154. Différencier la fonction constituante du juge et le pouvoir dérivé revient ainsi à mettre l'accent sur des procédés que n'emploie jamais le constituant politique pour se manifester, mais également sur les limites imposées à celui-ci et qui, elles, ne peuvent être appliquées au juge. Cela dit, il conviendrait d'aborder ces fameuses modalités (interprétation et régulation) ici afin d'approfondir un peu plus notre entreprise de différenciation. Mais nous choisissons de le faire en nous appuyant sur les énoncés habilitants des constitutions

³¹⁰ M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, *op.cit.* p. 51.

³¹¹ N. MÉDÉ qui en parle comme un « lubrifiant institutionnel » et un contrôle de l'activité des pouvoirs publics. V. N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone » in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2007, p. 47 et s. Analysant la juridiction béninoise, G. Badet subdivise le contrôle de l'activité des pouvoirs publics en « régulation discipline des acteurs politiques » et « régulation mixte ». V. G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, pp. 272 et 284.

africaines et la jurisprudence des cours constitutionnelles de notre étude. Il faut dire que les formulations retenues par les constituants et la pratique des juges africains nous assurent de tirer de riches enseignements. La seconde partie de ce chapitre préliminaire sera donc complétée par les développements à venir sur les fondements de la fonction constituante.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

155. Les juges constitutionnels sont les truquistes d'un ordre constitutionnel que l'on pense, à tort, figé. Ils en altèrent, par des décisions et des avis, la première réalité voulue par le constituant, et pour des motifs variés tenant autant à la fonction de juger qu'au(x) contexte(s).

156. La constitution adoptée, le pouvoir constituant originaire ne s'évanouit pas comme le martèlent inlassablement les manuels de droit. Dans les démocraties contemporaines dotées d'une juridiction constitutionnelle, la consécution des pouvoirs constituant et constitués a laissé place à leur coexistence. Confier aux juges la sauvegarde de la constitution a permis à ces derniers de ne plus en être seulement les gardiens, mais également les auteurs. L'office du juge constitutionnel le conduit désormais à exercer un pouvoir comparable à celui du constituant. Entre la condamnation du déni de justice et la nature politique de cette justice, l'office du juge ne pouvait que s'enrichir d'autres facultés à l'instar de la fonction constituante.

157. En effet, la révision juridictionnelle d'une constitution n'est pas une révision constitutionnelle. Comme nous avons pu le souligner, si on ne peut assujettir la fonction aux formes et aux limites du pouvoir dérivé, la fonction constituante est nécessairement originaire sans pour autant constituer un pouvoir au sens organique. D'ailleurs, ni les textes constitutionnels ni les juridictions elles-mêmes ne retiennent une telle qualification.

158. Un autre intérêt de ce chapitre a notamment été de montrer que les juridictions constitutionnelles de droit écrit exercent une fonction qui tend finalement à les faire passer pour des autorités hybrides, c'est-à-dire constituées et co-constituantes. En effet, la fonction constituante emporte des conséquences tant sur l'ordre juridique que sur le statut de l'organe qui l'assume. Il nous faut par conséquent en proposer une définition.

159. La fonction constituante est la faculté reconnue aux Cours et Conseils constitutionnels *de changer* la teneur du bloc de constitutionnalité³¹² en consacrant ou en ôtant³¹³ la valeur constitutionnelle à des textes ou principes existants d'une part, et d'autre part, en créant des règles, des principes, voire des objectifs de valeur constitutionnelle. La fonction constituante est une construction du bloc de constitutionnalité qui consiste autant dans l'adjonction de nouveaux éléments que dans la dénégation d'une valeur constitutionnelle à certains d'entre eux. Ayant pour support un acte³¹⁴ de justice constitutionnelle, la fonction constituante trouve dans l'interprétation et la régulation pratiquées par les Cours et Conseils ses principales modalités d'expression.

³¹² D'un État à l'autre, il conviendra de substituer la constitution au bloc de constitutionnalité quand ce dernier ne fait pas l'objet d'une reconnaissance certaine en droit interne.

³¹³ Il s'agit d'un cas d'école qu'il convient néanmoins d'envisager. Nous ne disposons pas d'un exemple jurisprudentiel à ce jour.

³¹⁴ « On doit rechercher le droit créé par les juges non pas seulement dans le dispositif des arrêts, mais aussi (et même surtout) dans leur motivation », R. GUASTINI, « MICHEL TROPER sur la fonction juridictionnelle » in *Droits*, n°37, 2013, p.112.

PARTIE I. LA RÉALITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

« *The constitution means what the judge says it means* »³¹⁵.

161. Au sud du Sahara, la fonction constituante est une ingérence – permise ou tolérée – dans la compétence du pouvoir constituant. Une immixtion qui a pour résultat une modification de la réalité constitutionnelle, c'est-à-dire des « changements constitutionnels informels »³¹⁶ - pour reprendre l'expression de Manon Altwegg-Boussac³¹⁷ – et/ou l'élaboration de règles nouvelles de valeur constitutionnelle par les juges. D'une constitution subsaharienne à l'autre, l'idée d'une fonction constituante reposant sur l'interprétation ou la régulation institutionnelle et normative induit alors un niveau de lecture supérieur, une métalecture.

162. Le pouvoir créateur des juges constitutionnels africains relève plus de la permission que de l'immixtion. La fonction constituante en Afrique noire, parce qu'elle

³¹⁵ O. W. HOLMES cité par M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel » in *Cahiers du conseil constitutionnel* n°22, 2007, p. 127. J. CHIPMAN GRAY estime lui aussi que le véritable droit est celui prononcé par les juges. Dit autrement, les textes de lois ne sont que des sources. V. J. CHIPMAN GRAY, *The nature and Sources of the law*, 2e éd., Macmillan, 1927.

³¹⁶ « Un changement dans la signification normative de la matière constitutionnelle intervenu sans que la procédure de révision constitutionnelle ait été utilisée, ce qui implique corrélativement, que le texte constitutionnel n'a pas été modifié », M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 16.

³¹⁷ Liant le changement constitutionnel au travail d'interprétation, Manon Altwegg-Boussac semble dépasser l'exclusion de l'interprétation comme source du changement constitutionnel. Analysé par Olivier Beaud, qui reprend la définition posée par Jellinek, le changement constitutionnel est « une modification de la Constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la Constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la Constitution ou de la conscience de le faire ». v. O. BEAUD, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une Constitution écrite » in *Pouvoirs*, n° 99, 2001/4, p. 19-31 ; Sur les mutations constitutionnelles, v. également F. MODERNE, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006. p. 37 et s.

devrait rester exceptionnelle, serait frappée du sceau de l'indésirabilité par les juridictions elles-mêmes ; ce qui justifie le fait que les juridictions africaines doivent presque toujours s'acquitter de quelques démonstrations, voire ratiocinations, dans l'exercice de cette fonction. Les motifs – pour les uns – ou les prétextes – pour les autres – sont nombreux et nous y consacrerons une partie de notre étude (**Titre second**).

163. Pour l'heure, il nous faut prendre la mesure de l'office du juge constitutionnel africain dont la portée réelle est trop souvent occultée par le phénomène électoral. Au-delà du cercle des initiés à la science juridique, la justice constitutionnelle africaine est réduite aux élections. Pour les spécialistes, la connivence généralisée entre le pouvoir exécutif et les juridictions constitutionnelles a vite fait de susciter plus de pessimisme que d'espoir quand bien même certaines décisions auraient pour conséquence – au moins en théorie – de consolider l'État de droit. La fonction constituante est encore là marquée du sceau de l'indésirabilité par les observateurs, et la tendance est manifestement à la méfiance depuis la fin du mandat du professeur Holo³¹⁸ au Bénin. Néanmoins, la jurisprudence constitutionnelle africaine regorge d'espèces dans lesquelles les cours et conseils se sont faits constituants. Consacrer les développements subséquents à la présentation de la fonction constituante en Afrique n'est en rien superfétatoire. À l'aide des conclusions tirées de notre chapitre préliminaire, il nous faut au contraire – et sans jugement de valeur – nous assurer de l'existence de la fonction constituante en Afrique telle que précédemment définie, faute de quoi cet essai serait sans objet (**Titre premier**).

L'agencement interne de ces deux titres peut surprendre. Mais il nous paraît pertinent et opportun de procéder de la sorte. Pertinent, car la question des fondements a déjà été effleurée dans le propos introductif et le chapitre préliminaire. Cet agencement est outre pertinent puisqu'il nous assure de rapidement montrer l'effectivité de la fonction constituante. Pour ce qui est de la praticité, ce plan facilite la lecture de notre travail. Il est en effet plus aisé d'aborder « les fondements de la fonction constituante », où nous renvoyons à des jurisprudences évoquées la première sous-partie, quand on a déjà pu prendre longuement connaissance des faits et des solutions retenues par les juges. En inversant ces

³¹⁸ Professeur de droit public, Théodore Holo a été président de la Cour constitutionnelle du Bénin pendant cinq ans. Avant et pendant sa présidence, la Cour béninoise a fait l'objet d'un large consensus au sein de la doctrine quant à la qualité et l'audace de sa jurisprudence.

deux sous-parties, nous aurions fait excessivement appel à des notes de bas de page pour préciser le contexte des jurisprudences évoquées d'une part. D'autre part, cela se serait fait au détriment du titre relatif « aux manifestations... » dont l'intérêt est justement de revenir plus en détail sur les jurisprudences dites constitutives ou à portée constitutive.

TITRE PREMIER. LA FONCTION CONSTITUANTE AU SUD DU SAHARA OU LA PRODUCTION DE RÈGLES, DE PRINCIPES ET D'OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

164. N'en déplaise à Victor Hugo³¹⁹, « L'histoire [humaine] de l'Afrique commence au IX siècle avant notre ère »³²⁰ mais celle des États « modernes »³²¹ d'Afrique noire francophone ne débute réellement qu'au XX^{ème} à partir de la vague de décolonisation des années soixante³²². Ces *indépendances-balkanisation*³²³ marquèrent le début d'un mimétisme constitutionnel, c'est-à-dire « la transposition³²⁴ d'une constitution d'un État vers un autre

³¹⁹ « L'Asie a son histoire, l'Amérique a son histoire, l'Australie elle-même a son histoire ; l'Afrique n'a pas d'histoire. Une sorte de légende vaste et obscure l'enveloppe...Eh bien, cet effroi va disparaître. Déjà les deux peuples colonisateurs, qui sont deux grands peuples libres, la France et l'Angleterre, ont saisi l'Afrique ; [...] » J. C. DIAW, « Victor Hugo et l'Afrique ou le mépris paternaliste » in *Actes et Paroles, 1870-1871-1872*, cité par M. GABIZO, *Introduction à la politique africaine*, 2^e éd., Les Presses de l'Université de Montréal, 2010, p. 24.

³²⁰ G. MARTIN, « l'État africain dans une perspective historique : origine, nature et évolution » in *Les défis de l'État en Afrique*, M. GALY et E. SANNELLA (dir.), L'Harmattan, CREA, 2007, p. 44.

³²¹ Sans refuser la qualité d'États aux grands royaumes africains précoloniaux, nous faisons exclusivement référence ici aux États subsahariens nés de la disparition de l'empire colonial français.

³²² La Guinée-Conakry accéda à la souveraineté internationale le 2 octobre 1958.

³²³ « En effet, l'État africain contemporain est un État typiquement colonial – je dis bien “colonial”, plutôt que “post-colonial” ou “néo-colonial” – dans la mesure où il a été transféré tel quel, aux élites nationales africaines par les élites coloniales européennes au moment des indépendances » G. MARTIN, « l'État africain dans une perspective historique... », *op. cit.* p. 51.

³²⁴ Dans le cas africain, il est plus judicieux de dire que la constitution a été transposée sans son esprit.

État, une exportation plus ou moins consciente et plus ou moins complète »³²⁵. Selon Albert Bourgi, « les premières Constitutions africaines furent le plus souvent, à quelques variantes près, un simple décalque du texte de 1958 »³²⁶. Mais il s'agissait plus exactement d'un mimétisme institutionnel³²⁷ dans la mesure où les structures de l'ancienne métropole étaient plus ou moins fidèlement reproduites dans les nouveaux États. Si on y retrouvait des institutions telles que le président de la République ou une Assemblée nationale, le régime semi-présidentiel fait objectivement l'objet d'une « application déformée »³²⁸ ou « tropicalisée ». En effet, tout en s'inspirant certainement des textes français³²⁹ de 1946 et 1958, les constituants africains (aidés par des conseillers français) ont surtout eu recours à un patrimoine constitutionnel universel³³⁰ pour construire un régime présidentiel à mi-chemin des régimes parlementaire et présidentiel. La « destruction des systèmes politiques africains traditionnels » par la colonisation avait rendu nécessaire cet emprunt exogène. Avaient-ils d'autres choix ? On ne saurait y apporter une réponse sans dépasser le cadre de notre travail. Finalement, les États africains ont été érigés sur un droit étranger au système de valeurs de la très grande majorité des populations³³¹.

³²⁵ F. DARGENT, « Les échecs du mimétisme constitutionnel Afrique noire francophone » in *RDP*, n°5, 2017, p. 1347.

³²⁶ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *RFDC*, n°52, 2002/4, p. 722.

³²⁷ Le passage du multipartisme au parti unique (en droit ou dans les faits) discrédite encore plus la thèse du mimétisme constitutionnel. D. DARBON présente le mimétisme institutionnel comme « un mode particulier d'ingénierie sociale, caractérisé par l'importation concrète ou diffuse, plus ou moins massive, de technologies institutionnelles externes, extirpées de leur environnement géniteur, arbitrairement reconstruites et modélisées, à travers les codes propres des exportateurs et importateurs et ayant vocation à s'insérer dans un autre environnement. ». v. Y. MÉNY, *Les politiques du mimétisme...*, op. cit. p. 113.

³²⁸ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, LGDJ, Paris, 1987, p. 244. Sur la question du mimétisme constitutionnel ou la déformation du modèle métropolitain, l'article de F. DARGENT s'appuie sur une importante bibliographie.

³²⁹ B. BADIE évoque en ce sens une logique de dépendance qui explique que « certains modèles politiques voyagent, se diffusent, s'imposent hors de chez eux, autrement dit comment ils peuvent quitter le quai des pays qui dominent l'ordre international » ; Le droit devenant alors un produit importé. v. B. BADIE, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Fayard, 1992, p. 17 et 197.

³³⁰ v. A. CABANIS et B. GUÉYE, « Dire le droit en Afrique francophone » in *Droit sénégalais*, n°11, 2013, p.105.

³³¹ *Ibid.*

165. Aujourd'hui, si l'on excepte le sempiternel constat³³² de Amor, qu'en-est-il de ces États ? Ici nous évoquerons et présenterons les États envisagés dans le cadre de cette étude que sont le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Niger et le Sénégal. Cette présentation ne dérogera pas au triptyque traditionnel en abordant successivement et succinctement les indépendances, les conférences nationales³³³ et la situation constitutionnelle actuelle. Ultime précision, nous nous bornerons à énumérer les institutions éminentes.

166. « Ancien enfant malade³³⁴ » de l'Afrique, le Bénin est considéré depuis 1990 comme le laboratoire³³⁵ de la démocratie en Afrique noire francophone. Aujourd'hui, le pluralisme et l'alternance politique (pacifique et civile) sont des données largement assimilées par les individus et les institutions. L'instabilité politique autrefois provoquée par l'armée a toutefois conduit à l'adoption de plusieurs constitutions. Entre 1960 et 1990, cinq textes constitutionnels se succédèrent jusqu'à la Conférence³³⁶ des forces vives de la Nation. Celle-ci donna naissance à un Haut Conseil de la République qui proposa, avec succès, au référendum l'actuelle Constitution béninoise du 11 décembre 1990. La Constitution confie le pouvoir exécutif à un président de la République qui est le chef de l'État et du gouvernement. Elle ne prévoit pas de premier ministre mais, dans les faits, quatre personnes ont officiellement occupé ce poste avec l'approbation de la Cour constitutionnelle³³⁷. Le

³³² « L'actualité dans les États d'Afrique s'identifie à une revendication de liberté assimilée à une revendication de démocratie », Abdelfattah Amor, « L'émergence de la démocratie dans les pays du tiers-monde? Le cas des États africains » in H. Roussillon (dir.), *Les Nouvelles constitutions africaines: la transition démocratique*, Presses de l'Institut d'Études politiques, 1993, p. 8.

³³³ « (...) À défaut d'être conçue *ab initio* comme étant souveraine, [elle finit] toujours d'une manière ou d'une autre par se proclamer seule source de légitimité et d'autorité. Au nom de la souveraineté du peuple qu'elle incarne en l'absence même d'habilitation fondée sur l'élection (...) Aussi l'une des premières décisions de la conférence consiste-t-elle à suspendre la Constitution en attendant l'adoption d'une nouvelle. La conférence procède à une nouvelle répartition du pouvoir au sommet de l'État ou prive le chef de l'État de tout pouvoir en chargeant une équipe de gérer la transition et d'organiser des élections sur la base d'une nouvelle Constitution. Dans les deux cas, la Conférence élit un Premier ministre auquel elle confie des pouvoirs importants », A. AMOR, *Ibid.* pp. 12-13.

³³⁴ Cinq coups d'État entre 1963 et 1972.

³³⁵ R. BANEGAS, *La démocratie à pas de Caméléon. Transition et imaginaires politiques au Bénin*, Karthala, Paris, 2003.

³³⁶ La Conférence fut convoquée le 19 février 1990 dans un contexte socio-économique particulièrement préoccupant. Putschiste, le Président-général Mathieu Kérékou, décida de l'organisation de cette conférence sur un ordre de jour précis devant conduire à l'adoption d'une nouvelle constitution. Dès sa convocation, la conférence se déclara souveraine et élit un premier ministre.

³³⁷ Décision DCC 96-020 du 26 Avril 1996 *Gbetin dézégni et consorts*, « Qu'il appert que le président de la République est le chef du Gouvernement : que les attributions confiées au Premier ministre, à savoir la

pouvoir législatif est exercé par l'Assemblée nationale. En effet, le Bénin a toujours fait le choix du monocamérisme.

167. En Côte d'Ivoire, l'indépendance est acquise le 7 août 1960 alors qu'une première Constitution³³⁸ est déjà en vigueur. Néanmoins le premier texte constitutionnel de l'État ivoirien indépendant n'interviendra qu'en 1960, actant ainsi la naissance de la première République. Sont instaurés un chef de l'État, un gouvernement sans primature, une Assemblée nationale et une Cour suprême. La distance prise avec le texte de l'ancienne métropole était flagrante comme en témoignent les articles 8³³⁹ et 21³⁴⁰. Des révisions successives permirent la création d'une vice-présidence³⁴¹ de la République, du Conseil constitutionnel³⁴² et du Sénat. Une deuxième³⁴³ République verra le jour avant la Constitution actuelle du 30 octobre 2016. Politiquement, l'histoire ivoirienne a été rythmée par le monopartisme³⁴⁴, un coup d'État³⁴⁵ et une crise politico-militaire³⁴⁶. Aujourd'hui, la III^{ème} République met en place un régime comparable à celui de la V^{ème} française si l'on omet la vice-présidence, la Cour suprême et une chefferie traditionnelle.

coordination de l'action gouvernementale et les Relations avec les institutions, ne font de lui que le premier des ministres ; que la création, dans ces conditions, d'un poste de Premier ministre ne porte pas atteinte au régime présidentiel choisi par le peuple béninois ; »

³³⁸ La Constitution du 26 mars 1959.

³³⁹ « Le président de la République est le chef de l'État. Il incarne l'unité nationale. Il veille au respect de la Constitution. Il assure la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des traités et accords internationaux. » (Nous soulignons).

³⁴⁰ « Le président de la République détermine et conduit la politique de la Nation » (nous soulignons) en Côte d'Ivoire quand, en France, ces prérogatives reviennent au Gouvernement. v. L'article 20 de la Constitution française de 1958.

³⁴¹ Fonction supprimée par la loi n°85-1072 du 12 octobre 1985 puis réinstaurée par la Constitution ivoirienne de 2016.

³⁴² Loi n°94-438 du 16/8/1994.

³⁴³ Loi n°2000-513 du 1^{er} août 2000 portant Constitution de la Côte d'Ivoire

³⁴⁴ De l'indépendance à 1990, le Parti démocratique de la Côte d'Ivoire (PDCI) fondé par Félix Houphouët-Boigny était l'unique formation politique. Père de la nation ivoirienne, il en fut le premier président et voyait dans ledit parti « le centre unique et exclusif d'expression de l'opinion publique », cité par M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, op. cit. p. 341.

³⁴⁵ Henri Konan Bédié, deuxième président de la République, fut renversé par un général de l'armée (Robert Guéi) en 1995. Ce dernier mourut, assassiné, en 2002 après une défaite à l'élection présidentielle de 2000.

³⁴⁶ La crise se déroula de 2002 à 2011 malgré la conclusion de plusieurs accords censés y mettre un terme.

168. Dix jours après la Côte d'Ivoire, le Gabon accéda à la souveraineté internationale. Une constitution³⁴⁷ transitoire censée préparer le Gabon à son indépendance y était également en vigueur. La première Constitution gabonaise lui succéda le 14 novembre 1960 en mettant en place un régime parlementaire qui sera très vite remplacé en 1961 par un régime présidentiel³⁴⁸. Il faut ici faire état d'une première³⁴⁹ tentative de coup d'État intervenue le 17 février 1964 et la convocation d'une conférence nationale par le chef de l'État. Mais jusqu'en 1991, les révisions³⁵⁰ intervenues ne remettent pas en cause la configuration institutionnelle. On y retrouve un président de la République, et un vice-président à partir de 1967, une chambre législative et une Cour suprême. La Conférence³⁵¹ nationale, à l'instar des révisions constitutionnelles, eut peu d'impact sur le régime. Les véritables acquis³⁵² de cette concertation ont été le rétablissement du multipartisme et la création d'une Cour constitutionnelle par la Constitution du 26 mars 1991 précédée elle-même par une constitution dite transitoire³⁵³. Par la suite, il est créé un Sénat (1994) quand la vice-présidence³⁵⁴ et le septennat sont réintroduits. La dernière révision du 10 janvier 2018 n'a pas rebattu les cartes du jeu institutionnel gabonais.

169. Quant au Niger, son agencement institutionnel est comparable à celui du Bénin. Colonie française, territoire d'outre-mer puis république autonome, le Niger devint indépendant le 3 août 1960. Au-delà du monocrémisme³⁵⁵, ces deux pays ont en commun un nombre important de coups d'État (et de tentatives). Quatre renversements militaires aboutirent entre 1974 et 2010, soit un renversement chaque neuf (9) ans en moyenne. La

³⁴⁷ Loi constitutionnelle n°4/59 du 19 février 1959.

³⁴⁸ La deuxième Constitution du 21 Février 1961 intervient moins d'un an après la première.

³⁴⁹ La seconde, qui ne dura qu'une matinée, eut lieu le 7 janvier 2019.

³⁵⁰ On en dénombre quatorze au cours desquelles on peut relever l'instauration et l'élection d'une Vice-présidence à l'américaine (article 7 alinéa 1^{er} issu de la révision du 17 février 1967) et la mise en place du parti unique (1968).

³⁵¹ Elle ne tint pas les mêmes promesses que son homologue béninoise. La Conférence gabonaise resta sous le contrôle du chef de l'État.

³⁵² On peut évoquer également la (brève) limitation du mandat présidentiel qui n'est plus d'actualité. En effet, le président de la République n'était rééligible qu'une seule et unique fois pour un mandat passé de sept à cinq ans. Ce verrou constitutionnel n'a pas résisté aux révisions suivantes.

³⁵³ Loi n°4 du 28 Mai 1990

³⁵⁴ Dorénavant, le vice-président de la République est nommé tandis que Président du Sénat assure l'intérim en cas de vacance de la fonction présidentielle.

³⁵⁵ Depuis le 20 septembre 2012, le Sénégal a de nouveau procédé à la suppression du Sénat. Il s'agit de la seconde suppression après celle du 2 janvier 2001. Cette chambre a fonctionné moins de sept années.

Constitution nigérienne du 8 Novembre 1960 introduisit la I^{ère} République et le parti unique. La II^{ème} République lui succéda en 1989. En 1991, la Conférence nationale conduisit à l'adoption de la Constitution du 26 décembre 1992 ouvrant ainsi la voie à une III^e République. Fait suffisamment rare en Afrique noire, une première cohabitation vit le jour sous cette République ; une expérience inédite qui scellera également son sort³⁵⁶. La République³⁵⁷ suivante, inaugurée par la Constitution du 12 mai 1996, fut interrompue une fois de plus par les militaires. La Constitution de la V^e République du 9 août 1999 prévoyait pour la première fois la création d'une juridiction constitutionnelle autonome. S'en suivent, le 4 août 2009, la Constitution de la VI^e République et celle de la VII^e le 25 novembre 2010. Cette dernière prévoit *grosso modo* un président de la République – chef de l'État –, un premier ministre, une Assemblée nationale, une Cour constitutionnelle ainsi qu'un Conseil de la République³⁵⁸.

170. Le monocamérisme est également le choix du Sénégal. Après une courte expérience fédérale³⁵⁹ au cours et au sein de laquelle il obtient son indépendance, le Sénégal devient pleinement souverain après sa sécession du 20 août 1960. Cinq jours après, une première Constitution élaborée par le gouvernement est adoptée. Établissant un « régime parlementaire rationalisé »³⁶⁰, le texte de 1960 prévoyait un exécutif bicéphale³⁶¹ avec un président de la République, élu au suffrage indirect, qui nomme un président du Conseil investi par l'Assemblée nationale, unique chambre législative. Les rapports entre les

³⁵⁶ La Constitution de 1993 fut abrogée par un coup d'État militaire mené par un colonel, Baré Maïnassara, las des conflits politiques nés de la cohabitation.

³⁵⁷ Sur le plan institutionnel, on relève la création du Sénat. Sous la République précédente, le pouvoir législatif était bicaméral mais la Constitution n'attribuait aucune dénomination à la seconde. Cette dénomination relevait de la loi (art.63).

³⁵⁸ « Il est institué un Conseil de la République en vue de prévenir et de résoudre les crises institutionnelles et politiques, de manière consensuelle, dans le respect de la présente Constitution. Le Conseil de la République émet des avis sur les questions dont il est saisi. Ces avis sont portés à la connaissance de la Nation, sous réserve du secret défense. Il se réunit sous la présidence du Président de la République. 12 Le Conseil de la République est constitué : - du Président de la République ; - du président de l'Assemblée nationale ; - du Premier ministre ; - des anciens Présidents de la République et des anciens Chefs d'État ; - et du Chef de file de l'Opposition. La loi détermine les attributions et le fonctionnement du Conseil de la République. » Article 69.

³⁵⁹ Officiellement reconnue par la métropole le 20 juin 1960, la fédération du Mali prit fin le 20 août 1960.

³⁶⁰ D.-G. LAVROFF, *La République du Sénégal*, LGDJ, Paris, 1966, p.43.

³⁶¹ P. F. GONIDEC, *La République du Sénégal*, Institut international d'administration publique, éd. Berger-Levrault, 1968, p. 22.

différentes institutions dans ce régime parlementaire ne présentent aucune originalité par rapport à la Constitution française de 1958 dans sa version antérieure à 1962. Après une crise³⁶² au sein de l'exécutif, un deuxième texte est approuvé par référendum le 3 mars 1963 ; il marque le tournant présidentieliste³⁶³ du régime. Le président de la République est dorénavant élu au suffrage universel direct, ce qui ne manque pas de bouleverser l'équilibre des pouvoirs. Au niveau de la vie partisane, le Sénégal résista à la tentation du parti unique - très répandu dans l'Afrique postcoloniale - et privilégia le système du parti dominant. Après plusieurs révisions³⁶⁴ du texte de 1963, une nouvelle Constitution vit le jour le 7 janvier 2001. Reprenant la dernière version de l'article 5 de la Constitution de 1963, le nouvel article 6 dispose que « Les institutions de la République sont : le président de la République, l'Assemblée nationale, le Gouvernement, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation, la Cour des comptes et les cours et tribunaux. ». Après cinq révisions, les juridictions suprêmes administrative et judiciaire sont à nouveau réunies pour former la Cour suprême.

171. Aujourd'hui, la majorité des États d'Afrique noire francophone réaffirment constitutionnellement leur attachement à des textes libéraux tels que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789³⁶⁵, la Charte des Nations-Unies de 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le Pacte³⁶⁶ international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Convention³⁶⁷ sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981(et ses protocoles additionnels). Il faut également relever la mention d'autres textes politiques de droit interne.

³⁶² D.-G. LAVROFF, *La République du Sénégal*, op. cit. p. 48 et s.

³⁶³ L'article 5 de la Constitution de 1963 disposait « Les institutions de la République sont : le président de la République ; l'Assemblée nationale, la Cour suprême et les cours et tribunaux. »

³⁶⁴ Les différentes révisions intervinrent par les lois suivantes : loi n°67-32 du 20 Juin 1967 ; n°68-04 du 04 Mars 1968 ; n°70-15 du 26 Février 1970 ; n°76-01 du 19 Mars 1976 ; n°76-27 du 06 Avril 1976 ; n°78-60 du 28 Décembre 1978 ; n°81-16 du 06 Mai 1981 ; n°83-55 du 1er Mai 1983 ; n°84-34 du 24 Mars 1984 ; n°91-20 du 16 Février 1991 ; n°91-25 du 05 Avril 1991 ; n°91-26 du 05 Avril 1991 ; n°91-46 du 06 Octobre 1991 ; n°92-14 du 15 Janvier 1992 ; n°92-22 du 30 Mai 1992 (Création du Conseil constitutionnel) ; n°92-54 du 03 Septembre 1992 ; n°94-55 du 13 Juin 1994 ; Loi du 2 mars 1998 créant le Sénat.

³⁶⁵ Seules les Constitutions gabonaise et sénégalaise mentionnent ce texte.

³⁶⁶ v. Le préambule de la Constitution nigérienne.

³⁶⁷ La mention de cette Convention figure uniquement dans le préambule de la Constitution sénégalaise.

172. Fort de cette présentation sommaire qui sera complétée opportunément, il nous faut sonder l'apport des juridictions constitutionnelles sur ces ordonnancements constitutionnels. Sonder ? Le terme sied car la jurisprudence constitutionnelle redéfinit tant les formes que le fond des ordres juridiques considérés. Pour s'en convaincre, un retour sur les décisions et avis rendus s'impose. En s'inspirant de la trame d'une constitution écrite, il est possible d'opérer une catégorisation. D'une part, la jurisprudence constituante africaine porte principalement sur des affaires tenant aux institutions constitutionnelles. De cette première catégorie d'espèces, d'autre part, se dégage une seconde au contenu hétéroclite. Cette catégorie par défaut rassemble des affaires touchant aux droits et libertés, à la coopération internationale et aux finances publiques. Cruciales, ces matières sont les composantes d'un contentieux profus en Afrique.

CHAPITRE I. LE DROIT INSTITUTIONNEL PRÉTORIEN D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

173. « (...) Lorsqu'il s'agit de l'Afrique, le constitutionnalisme est trop souvent l'objet de préjugés, de non dits [sic], enfermé dans un certain nombre de "tabous" sur sa nature, son effectivité, sur son avenir »³⁶⁸ énonçait le professeur Jean du Bois de Gaudusson. En effet, il existe des tabous « oubliés »³⁶⁹ en Afrique et ailleurs qui entourent autant le constitutionnalisme que les juridictions constitutionnelles. Quasi religieusement, l'on s'interdit parfois d'évoquer au sein de ces cours et conseils leur fonction constituante.

174. Pour les membres de ces juridictions, l'antienne de « l'interprète autorisé ou légitime » joue le rôle de substitut idéal dans des contextes où l'institutionnalisation de la justice constitutionnelle reste encore pour beaucoup une énigme que le pouvoir créateur du juge vient, sans l'ombre d'un doute, compliquer. Néanmoins, en Afrique, le droit (étatique) et les institutions, quelles qu'elles soient, sont devenus familiers à des individus toujours aussi méfiants à leur égard. À défaut d'en saisir totalement l'utilité, les populations subsahariennes présument l'existence de règles dictant l'exercice du ou des pouvoirs, autrement dit « la règle du jeu de la manière dont on joue ce jeu »³⁷⁰ ; ce qui n'est rien d'autre que la constitution. Corrélativement, la constitution est ce qu'en dit la pratique des institutions. En effet, avec une plus ou moins grande fidélité, la pratique des institutions ou des organes institue spontanément et pérennise une certaine lecture du texte. Une pratique

³⁶⁸ J. B. Gaudusson, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique » in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012/2, p. 53.

³⁶⁹ « Ainsi y a-t-il des sujets constitutionnels qu'il est interdit d'évoquer ou qu'il est préférable de ne pas aborder. [...] Saisir l'occasion de prendre en compte des objets constitutionnels que l'on évoque difficilement, sans insister, mais auxquels beaucoup pensent. On connaît ces interrogations sur le constitutionnalisme en Afrique que l'on n'ose pas poser ou qui le sont avec tant de précautions ou de manière si affirmatives et péremptoires qu'elles interdisent d'apporter des réponses. », *Ibid.* p. 54.

³⁷⁰ M.-A. COHENDET, « Le système des variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, LGDJ, 2008 p. 120.

qui concerne autant l'organisation, le fonctionnement, les compétences que les rapports qu'entretiennent les pouvoirs et institutions constitutionnels. Nul n'en doutera, seule la survenance d'une difficulté découlant de l'application spontanée de la constitution et portée devant les juges permettra de s'assurer de la conformité des faits avec le droit, de la pratique avec le texte. En effet, les cours et conseils peuvent confirmer la pratique ou la réajuster. Sans pour autant exclure définitivement le premier cas de figure, la seconde hypothèse désigne ce qu'il convient d'appeler ici une redéfinition des institutions et de leurs attributions. Cette intervention juridictionnelle a, formellement, pour principal avantage d'envoyer un signal fort puisqu'étant guidée par un impérieux motif de constitutionnalité. Par l'entremise des juges et officiellement, la constitution donne sa bénédiction ou l'estocade à une marche à suivre ou effectivement suivie. Dans sa substance, le remodelage des institutions et de leurs interactions peut autant accroître l'effet formel du texte qu'accentuer une certaine crise de la normativité constitutionnelle, c'est-à-dire « la faiblesse de la contrainte attachée à la norme et à laquelle échappe [...] "l'encadrement juridique du pouvoir politique" »³⁷¹. Ce remodelage, dont il sera fait état, peut également avoir lieu en l'absence d'une pratique institutionnelle antérieure notamment lorsqu'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles n'ont jamais eu à s'appliquer. En ce sens, en Afrique, on peut évoquer les dispositions relatives à la vacance de la présidence de la République pour d'autres cas d'empêchements définitifs que le décès en exercice ou l'appréciation de la force majeure pour le report de scrutins électoraux. Fort de ce qui précède, on affirmera volontiers à la suite du professeur Avril que les jurisprudences que l'on assimilera ici à des révisions sont « tenues pratiquement comme prescriptions de la Constitution elle-même [...] »³⁷².

175. Les institutions concernées par ce réajustement juridictionnel sont nombreuses. Pris en lui-même, le terme *institution* est polysémique³⁷³ mais il est possible de s'accorder sur

³⁷¹ F. J. AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », in *RDP*, n°1, 2012, p.147.

³⁷² P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? » in *Archives de philosophie du droit*, t. 50, 2006, p. 33.

³⁷³En sociologie, E. DURKHEIM présentait en 1895 les institutions comme un « ensemble d'actes ou d'idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux » in *Les règles de la méthode sociologique*, 1967 (réed.), PUF. Pour M. HAURIOU, l'institution (dite vivante) est une « organisation sociale en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence est assurée par un équilibre des forces ou par une séparation des pouvoirs, et qui constitue par elle-même un état de droit [...] Que l'institution soit un établissement ou autre chose, la définition que nous en avons proposée fait ressortir les caractères suivants : 1°

un premier point qu'est l'origine d'une institution. Quelle que puisse être sa nature ou sa destination, une institution est avant tout le fait de l'homme. La seconde caractéristique, et certainement la plus évidente, est celle de la stabilité ou de la permanence. Une institution s'inscrit dans le temps comme le laissent entendre G. Renard et G. Burdeau.

« Un organisme ayant des buts de vie et des moyens supérieurs en puissance et en durée à ceux des individus qui la composent »³⁷⁴.

« L'institution est une entreprise au service d'une idée, organisée de telle sorte que l'idée étant incorporée dans l'entreprise celle-ci dispose d'une puissance et d'une durée supérieures à celles des individus par lesquels elle agit. »³⁷⁵.

176. Juxtaposer « institution(s) » et « constitutionnelles » circonscrit alors les organisations dont il sera question. Organismes permanents, institués par le constituant avec une ou plusieurs missions qu'ils remplissent en agissant comme « des personnes morales »³⁷⁶, les institutions envisagées par notre étude sont suffisamment importantes pour être mentionnées dans une constitution avec plus ou moins de détails. Pour autant, elles ne se réduisent pas aux « institutions-organes »³⁷⁷ de la République désignées par le texte constitutionnel mais intègrent également l'ensemble des dispositifs essentiels au maintien et à la collaboration desdites structures. « Il s'agit d'un ensemble de mécanismes [*stricto sensu*] et

une organisation sociale ; 2° une organisation établie en relation avec l'ordre général des choses ; 3° une organisation dont la permanence soit assurée par un équilibre de forces ou une séparation des pouvoirs ; 4° une organisation qui constitue par elle-même un état de droit : », *Précis de droit administratif*, 6e éd., Sirey, 1907, pp. 8-9. On ne manquera certainement pas de rappeler la distinction institutions-corps et institutions-mécanismes de M. PRÉLOT, « [les premières] correspondent à une collectivité humaine, unie par une idéologie ou un besoin commun et soumise à une autorité reconnue et à des règles fixes. L'institution-corps parvient ainsi à une existence propre, transcendant ses composants individuels L'institution-corps connaît de multiples variétés, tant privées que publiques, existant au sein de cette variété supérieure qu'est l'État. [...] Les autres sont des institutions-mécanismes (dites aussi institutions-choses par opposition aux institutions-personnes de la catégorie précédente). Il ne s'agit plus d'un complexe humain juridiquement structuré mais d'un système de règles de droit, formant un ensemble mécanique, susceptible de se combiner avec d'autres » in M. Prélot et J. Boulois, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11e éd., Dalloz, 1990, p. 44. Selon E. Millard, il s'agit d'une « une forme sociale établie dans la durée ». v. E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution » in *Droit et société* (L'environnement et le droit), n°30-31, 1995, p. 384.

³⁷⁴ G. RENARD, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, 1930, p. 168.

³⁷⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique. L'État*, t. 2, 3^e éd., 1980, p. 255.

³⁷⁶ G. CORNU, « Institution » in *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Quadriga, PUF, p.557.

³⁷⁷ J. CADART les définit comme des « organismes sociaux créés par la volonté humaine de manière durable et unissant les hommes ». v. J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3^e éd., Economica, 1990, p. 40.

de structures juridiques »³⁷⁸. Ainsi, il est sans nul doute question d'organes supposés par la traditionnelle séparation des pouvoirs (Section 1) et des mécanismes de sauvegarde de l'ordre constitutionnel (Section 2).

SECTION 1. LA CONTRIBUTION DE LA FONCTION CONSTITUANTE DANS L'ORGANISATION, LE FONCTIONNEMENT ET LES COMPÉTENCES DES INSTITUTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES

177. Pour assurer un fonctionnement satisfaisant des institutions et *in fine* la pérennité de l'ordre constitutionnel, les Hautes juridictions agissent en lieu et place du constituant sur l'organisation, le fonctionnement interne et les attributions des organes représentant les pouvoirs que sont l'exécutif (§1), le parlement (§2) et le pouvoir judiciaire (§3).

§1. LA REPRÉSENTATION NATIONALE, PRINCIPALE VOIE DE PASSAGE DES JUGES DANS LA SPHÈRE CONSTITUANTE

178. Nonobstant un présidentielisme patent, les États africains francophones restent attachés à ce vœu pieux qu'est le parlementarisme. Inspirées des régimes français de 1946 ou de 1958, les chambres avaient une grande importance pour les États naissants en 1960. Héritage du passé colonial devenu un symbole de démocratie et de modernité, les chambres n'ont jamais été remises en cause sous des gouvernements civils, et ce malgré la neutralisation³⁷⁹ constitutionnelle et politique dont elles font l'objet. Loin d'être un lieu de pouvoir, les chambres législatives sont le dernier bastion de l'opposition à l'échelle nationale,

³⁷⁸ N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, PUAM, 23-2007, 2008, p. 48.

³⁷⁹ Au regard des prérogatives du chef de l'État, on peut affirmer que les constitutions africaines créent un environnement peu favorable à l'émergence d'un véritable pouvoir législatif exerçant l'ensemble de ses compétences. À cela, il faut ajouter le fait majoritaire qui vient accentuer une véritable domination du président sur les chambres.

si elle veut être audible. Plus exactement, cette frange de la classe politique n'acquiert une véritable notoriété qu'une fois parvenue à asseoir des élus au sein des chambres nationales. Conscients des difficultés rencontrées par ces partis et du risque de basculement dans un régime à parti unique sinon dominant, les constituants africains ont tenté avec plus ou moins de clairvoyance d'apporter des solutions. Le statut de l'opposition³⁸⁰ prévu par la Constitution nigérienne est suffisamment singulier pour le mentionner à titre d'exemple.

179. La jurisprudence constitutionnelle est une source du droit parlementaire entendu largement comme « cette partie du droit constitutionnel qui traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des Assemblées politiques »³⁸¹. C'est le constat auquel sont finalement parvenus les professeurs Avril, Gicquel et Jean-Éric Gicquel dans la cinquième édition de leur manuel³⁸² de droit parlementaire français, et qui se vérifie également en Afrique francophone subsaharienne. D'ailleurs, quantitativement, les décisions perçues comme constitutives des cours et conseils ont plus trait au droit parlementaire. Le droit parlementaire constitutionnalisé est, en partie, le fait des juridictions constitutionnelles qui tiennent compte des caractéristiques essentielles du pouvoir concerné (A) et en précisent le champ de compétences (B).

³⁸⁰ Article 99 : « La loi fixe les règles concernant : [...]

- le statut de l'opposition. ».

³⁸¹ M. PRÉLOT, cité par M. TOUZEIL-DIVINA, « Droit parlementaire », in *Dictionnaire de droit public interne*, Lexis Nexis, 2017, p. 142. v. M. PRÉLOT, « Droit parlementaire français » in *Cours IEP 1957-1958*, Les Cours de droit, 1957-1958.

³⁸² « Dans la première édition de cet ouvrage, nous avons répondu par la négative conformément à l'opinion du professeur François Luchaire qui estimait que la jurisprudence du Conseil ne peut être considérée comme “une source de règles constitutionnelles” [...] Aujourd'hui, les développements de la justice constitutionnelle incitent donc à une présentation moins dogmatique. On observera d'abord que, par les interprétations qu'elle donne des dispositions de valeur constitutionnelle, cette jurisprudence est une source secondaire ou dérivée du droit parlementaire, et on constatera ensuite qu'elle est parfois véritablement créatrice de règles qualifiées de constitutionnelles, en ce sens qu'elle édicte des normes qui n'existent pas dans les textes de référence. », P. AVRIL, J. GICQUEL et J. -É. GICQUEL (dir.), *Droit parlementaire*, 5^e éd., LGDJ, 2014, pp. 14-15.

A. LA FONCTION CONSTITUANTE ENTRE CONSTITUTIONNALISATION DES RÈGLEMENTS INTÉRIEURS ET ÉQUILIBRE POLITIQUE AU SEIN DU PARLEMENT.

180. Lorsqu'il use de son pouvoir créateur à l'égard du pouvoir législatif, le « constituant de robe »³⁸³ entend parfois accorder une valeur supérieure aux textes qui le régissent (1) et tient compte de la configuration partisane des chambres (2).

1. La constitutionnalisation des textes relatifs aux chambres parlementaires

181. Nous percevons d'entrée de jeu l'intérêt de cette sous-partie dans la mesure où le professeur A. Ndiaye, dans sa thèse soutenue en 2003, ne présageait pas un revirement dans « l'exclusion "tranchée" [...] des règlements internes du Parlement »³⁸⁴. Les choses ont en effet bien évolué.

182. Les constitutions béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise ne sont que les sources premières du droit parlementaire. Elles laissent le soin à un ou plusieurs textes de préciser, et parfois de définir, *grosso modo* les modalités d'élection des parlementaires, leur statut, l'organisation et le fonctionnement des chambres. Des textes *matériellement* constitutionnels que sont les règlements intérieurs et lois organiques ou ordinaires réalisent ainsi ce travail d'orfèvre que ne pourrait accomplir la constitution elle-même pour des questions de forme. À ce niveau, les constituants africains et français adoptent le même procédé en ce qui concerne la législation des chambres jusqu'à l'intervention des juridictions constitutionnelles.

183. En effet, sous l'action de certaines Hautes juridictions³⁸⁵, les textes relatifs aux chambres ont connu une évolution non négligeable en acquérant une valeur

³⁸³ S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÍVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 262.

³⁸⁴ A. NDIAYE, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Montpellier, 2003, pp. 414-418.

³⁸⁵ Le Conseil constitutionnel sénégalais, dans une affaire n°02/C du 06 août 2015, considéra que le règlement intérieur de l'Assemblée nationale n'avait pas une valeur constitutionnelle.

constitutionnelle³⁸⁶. La position de ces textes dans l'ordonnement juridique constitue le point de départ incontournable de l'action constituante des cours et conseils sur le pouvoir législatif.

184. Dans une décision³⁸⁷ du 29 janvier 2001, la Cour béninoise adopta une position modérée à ce propos. Saisie sur le fondement de l'article 22³⁸⁸ de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, la Cour était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de la désignation du collège de la Haute Cour de justice. Sans accorder totalement au règlement de l'Assemblée nationale une valeur constitutionnelle, elle précisa que « les articles du Règlement intérieur ne font partie du bloc de constitutionnalité que s'ils constituent la mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle ou à valeur constitutionnelle ». Il s'agit d'une position peu surprenante et raisonnable qui prend en compte l'objet dudit règlement – à savoir, l'organisation et le fonctionnement d'une institution constitutionnelle – sans verser dans une constitutionnalisation généralisée.

185. Au Gabon, la juridiction constitutionnelle alla plus loin que son homologue à propos du règlement du Sénat. Par une décision DC n°13/CC du 13 avril 2006, ledit texte s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle dans l'ensemble de ces dispositions. Ce qui est assez paradoxal au regard la jurisprudence antérieure de la Cour. Dans une décision n°002/96/CC du 4 mars 1996, les juges gabonais adoptèrent la position inverse à l'égard du règlement de l'Assemblée nationale.

« Considérant que c'est par rapport à la Constitution et aux normes qui forment le bloc de constitutionnalité que la Cour constitutionnelle vérifie la régularité juridique des lois soumises à son examen ; que, quand bien même il y aurait eu violation du Règlement de l'Assemblée nationale, l'exigence constitutionnelle selon laquelle le Règlement de chaque chambre du Parlement ne peut entrer en vigueur qu'après avoir été déféré à la Cour constitutionnelle a pour seul objet de voir déclarer ledit règlement

³⁸⁶ Au Niger, si la Cour n'adopte pas une telle position à l'égard du règlement de l'assemblée nationale, elle en préserve néanmoins la substance en censurant les textes qui auraient le même objet. C'est le sens de l'arrêt n°06/08/CC/MC du 14 août 2008.

³⁸⁷ DCC 01-013 du 29 janvier 2001, *Sanny Babatoundé*.

³⁸⁸ Art. 22 loi n°91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 : « De même sont transmis à la Cour Constitutionnelle soit par le Président de la République, soit par tout citoyen, par toute association ou organisation non gouvernementale de défense des Droits de l'Homme, les lois et actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques, et en général, sur la violation des droits de la personne humaine »

conforme à la Constitution ; qu'il suit de là que le Règlement de l'Assemblée nationale ne saurait avoir valeur constitutionnelle et que le moyen tiré de sa violation n'est pas fondé ; »³⁸⁹.

186. Le revirement jurisprudentiel ne se fit pas attendre après la décision du 4 avril 2006. Dans une décision DC n°175/CC du 12 octobre 2007, la Cour mit fin à cette inégalité en revenant sur la décision du 4 mars 1996. Aujourd'hui, les textes régissant les assemblées gabonaises font partie du bloc de constitutionnalité.

187. Contrairement aux juges béninois et gabonais, les conseillers sénégalais ont implicitement écarté la constitutionnalisation du règlement de l'Assemblée. Ils le firent en refusant d'en faire un acte de référence du contrôle de constitutionnalité.

« Considérant qu'il résulte de la combinaison [de l'article 92 de la Constitution et l'article premier de la loi organique n°92-23 du 30 mai 1992] que le contrôle auquel se livre le Conseil Constitutionnel saisi d'un recours en inconstitutionnalité porte sur la conformité des dispositions des textes attaqués aux règles de valeur constitutionnelle au regard desquelles elles doivent être appréciées ; Considérant que le pouvoir pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité d'une disposition d'une loi à la Constitution n'englobe pas celui de vérifier la régularité de la procédure d'adoption, ni celui de statuer sur les contestations des mentions du procès-verbal établi par les organes compétents de l'Assemblée nationale dès lors que les règles applicables sont fixées, non pas par la Constitution, mais par le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale ; »³⁹⁰.

188. Une dernière décision rendue par le Conseil ivoirien mérite une attention particulière sur la valeur des textes relatifs aux chambres dans la mesure où elle précisa la teneur du bloc de constitutionnalité ivoirien. En effet, la jurisprudence ivoirienne du 11 avril 2017³⁹¹ a engendré un contrôle « bâtard » ou « d'organité »³⁹² des lois ordinaires. Ingénieusement adossé à son rôle « d'organe régulateur », le Conseil parvint à opérer un contrôle d'un texte ordinaire à l'égard d'un texte organique sans pour autant réaliser un contrôle de constitutionnalité ; véritable talon d'Achille d'une décision qui se voulait certainement restrictive du bloc de constitutionnalité.

³⁸⁹ Décision n°002/96/CC du 4 mars 1996, procédure d'adoption de la loi n°07/96 portant dispositions communes à toutes les élections politiques, *cons.* 11 (nous soulignons).

³⁹⁰ Décision n°2-C-2015 du 6 août 2015, *Loi modifiant la loi n°2002-20 du 15 mai 2002 portant Règlement intérieur de l'Assemblée nationale*, *spec. cons.* 14 et 15. *v.* également la décision n°CI-2017-308/11-04/CC/SG.

³⁹¹ Décision n°CI-2017-308/11-04/CC/SG du 11 avril 2017.

³⁹² D. OUEDRAOGO, « Quand le conseil constitutionnel ivoirien consacre le contrôle "d'organité" de la loi ordinaire... » in *Afrilex*, 2019, p. 4, (disponible à l'adresse suivante : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/quand-le-conseil-constitutionnel.html?var_mode=calcul).

«[...] Que si le juge constitutionnel est juge de la conformité de la loi au bloc de constitutionnalité, ledit bloc de constitutionnalité doit s'entendre, en droit ivoirien, de la Constitution stricto sensu et de son préambule, ainsi que des instruments juridiques internationaux énumérés dans ce préambule, notamment la Charte des Nations Unies de 1945, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples de 1981 et ses protocoles additionnels et l'Acte constitutif de l'Union africaine de 2001 : [...] qu'intégrer au bloc de constitutionnalité les lois organiques, existantes ou à venir, comme le soutient le requérant, comporterait le risque de rendre incertaines les limites de la loi fondamentale ; »³⁹³.

189. Par ces considérants de principe, l'on ne peut manifestement ignorer la position des conseillers sur les règlements des assemblées.

190. Matériellement, rien ne s'opposerait à la constitutionnalisation des règlements dans la mesure où il est admis qu'ils poursuivent le travail du constituant. C'est certainement le raisonnement suivi par les juges gabonais qui préfèrent procéder à une appréciation matérielle, mais surtout globale. Néanmoins on ne saurait passer sous silence le fait que certaines dispositions ne puissent objectivement avoir une valeur constitutionnelle. Il en va ainsi des insignes distinctifs des parlementaires ou de la composition du cabinet du Président d'une chambre dont l'inscription dans le bloc de constitutionnalité est incompréhensible. A *contrario*, la valeur constitutionnelle des dispositions explicitant l'autonomie financière d'une chambre ne saurait faire l'objet d'un débat. Séparant le blé de l'ivraie, les juges béninois privilégient une approche au cas par cas. Il n'est pas raisonnable de s'arrêter à l'objet de l'acte pour lui reconnaître une valeur constitutionnelle, mais plutôt rechercher dans ledit règlement les dispositions qui sont la parfaite traduction de la Constitution. Ultime observation, cette approche a le mérite de créer sinon de conserver, une certaine hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité entre la constitution et le règlement.

2. La prise en compte de la configuration politique des chambres

191. La composition des chambres parlementaires africaines n'a plus rien à voir avec celle des premières heures des indépendances. Dans les États où le système du parti unique a été expérimenté, le multipartisme a entraîné une nouvelle configuration politique des chambres avec l'hégémonie du ou des parti(s) de la majorité présidentielle. Le multipartisme

³⁹³ Décision précitée, cons. 3 et 4 (nous soulignons).

est un acquis et surtout une réalité. Les cours constitutionnelles vont ainsi dans le sens d'une consolidation de l'organisation et du fonctionnement démocratique des chambres. C'est dans cette idée que le « principe à valeur constitutionnelle »³⁹⁴ de la répartition proportionnelle majorité/minorité a été posé par la Cour béninoise alors qu'il était contesté devant elle la désignation des parlementaires appelées à siéger au sein de la Haute Cour de Justice. Au Niger, la Cour a eu à connaître d'une question portant sur la composition du gouvernement pour laquelle la configuration politique de l'Assemblée nationale est déterminante. À la demande du Premier ministre, la Cour fut appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'un gouvernement d'union nationale. Notion plus politique que juridique, la Cour en fixa les conditions de formation, une définition³⁹⁵ et les conséquences avant de conclure à sa conformité. L'intérêt de cet avis pour notre démonstration est double.

192. D'une part, la Cour approuva la formation d'un tel gouvernement ; ce qu'elle ne manqua pas de souligner. D'autre part, et c'est là que se donne à voir la fonction constituante, les juges nigériens font de la séparation des pouvoirs une limite à la composition d'un gouvernement. Autrement dit, les missions de l'Assemblée nationale ne doivent pas être remises en cause du fait de la formation d'un gouvernement reflétant la configuration politique de la chambre. Finalement, ce n'est pas tant la formule gouvernementale qui est importante, mais plutôt le rôle de l'opposition au sein de la chambre. En estimant que « la formation d'un gouvernement d'union nationale ne saurait remettre en cause les missions constitutionnelles de l'Assemblée nationale notamment le contrôle de l'action gouvernementale », les juges font de l'opposition le véritable rempart contre une éventuelle mise en veille de la mission de contrôle de la chambre parlementaire par l'existence d'un gouvernement intégrant plusieurs tendances politiques. Voir dans cet avis une fonction constituante peut paraître être le fruit d'une interprétation très éloignée

³⁹⁴ DCC 09-022 du 8 janvier 2009, *Come Gb et autres*, cons. 7.

³⁹⁵ Avis n°27/CC du 26 juillet 2013, *formation d'un gouvernement d'union nationale*. « Le gouvernement d'union nationale est un gouvernement dont la formation découle de la participation des principaux partis ou groupements de partis politiques représentés à l'Assemblée nationale ; Ainsi en cas de formation d'un tel gouvernement, la concordance de majorités présidentielle et parlementaire se trouve renforcée ; le clivage entre la majorité et l'opposition disparaît ou est considérablement réduit ; ». Dans une décision n°143/CC du 25 octobre 2002 relative aux élections locales, La Cour gabonaise jugea que « la participation du président [d'un parti d'opposition] au gouvernement dit d'ouverture ne remet pas en cause l'appartenance de son parti à la mouvance politique de l'opposition ».

de la réalité car la mission de contrôle de l'Assemblée est déjà prévue par la Constitution. *A priori* la Cour n'aurait rien apporté. D'ailleurs le contrôle de l'action gouvernementale est une fonction consubstantielle aux chambres législatives. Mais si la Constitution présente cette fonction comme un pouvoir, la Cour nigérienne la rappelle comme une obligation ; une limite à toute collaboration aussi organisée et institutionnelle soit-elle avec l'exécutif. Les juges nigériens attachent effectivement une importance particulière à la configuration politique de l'unique chambre législative. Dans un arrêt n°4 du 2 mai 2014, la Cour précisa les paramètres d'une telle configuration pour le bureau de ladite institution constitutionnelle.

« [...]Qu'il résulte de l'article 89 alinéa 1 de la Constitution, que le bureau doit refléter la configuration politique de l'Assemblée nationale ; que cette configuration s'entend de l'ensemble des forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et organisées en groupes parlementaires et les non-inscrits ; qu'elle est déterminée proportionnellement au nombre des élus de chaque groupe parlementaire et est fonction de la taille des groupes parlementaires ; qu'en application de l'article 81 alinéa 1 de la Constitution un bureau de 11 membres ne reflète pas la configuration politique de l'Assemblée nationale ; »³⁹⁶

193. Dans une décision antérieure³⁹⁷ portant toujours sur la configuration du bureau de l'assemblée législative, la Cour de Niamey avait déclaré l'inconstitutionnalité d'une résolution parlementaire créant un poste supplémentaire au sein dudit bureau car, selon la Cour,

« [...] La création d'un tel poste au bureau de l'Assemblée Nationale dont le nombre de groupes parlementaires est resté invarié n'est pas conforme à l'article 71 alinéa 2 de la constitution aux termes duquel la composition du bureau doit refléter la configuration de l'Assemblée nationale ; ».

³⁹⁶ *v. Cons. 25*. Deux semaines plus tard, la Cour ajouta que « [Le] refus persistant de la part des présidents des groupes concernés de déposer des candidatures aux postes vacants du bureau devait être considéré comme une renonciation temporaire de leur droit d'occuper [ces] postes ». *v. Arrêt n°6 du 15 mai 2014* (nous soulignons).

³⁹⁷ Arrêt n°10/04/CC/MC du 28 décembre 2004.

B. L'APPORT DE LA FONCTION CONSTITUANTE SUR LES ATTRIBUTIONS DES CHAMBRES LÉGISLATIVES

194. La jurisprudence constituante africaine va au-delà de l'organisation et du fonctionnement interne. Sous l'angle du droit parlementaire, la fonction constituante des cours et conseils africains est avant tout une affaire de compétences dans la mesure où lesdites juridictions prescrivent aux chambres un exercice approprié de leurs attributions en tant que pouvoir (1) et protègent celles-ci (2).

1. La clarification des attributions des chambres

195. Les chambres se voient préciser les modalités d'exercice et les limites de leurs attributions par les juridictions constitutionnelles. En votant la loi ou en ratifiant un accord international, le législateur peut ignorer, négliger, voire outrepasser ses attributions. À ce propos, le Conseil constitutionnel de transition nigérien rappela qu'il lui revenait « d'interprét[er] les dispositions de la Constitution et non la pratique du parlement. »³⁹⁸. En effet, l'action des juges est motivée par un souci de conformité de la pratique parlementaire au texte constitutionnel et à l'esprit de celui-ci. Les cours et conseils examinent et explicitent finalement la portée des missions dévolues aux chambres afin que celles-ci ne soient pas méconnues autant par les titulaires eux-mêmes que par les autres pouvoirs ou organes de l'État.

196. C'est en filigrane le sens de la décision DCC 31-94³⁹⁹ rendue par la Cour constitutionnelle béninoise. Saisie par le président de la République, la Cour était appelée à se prononcer sur l'entrée en vigueur d'une loi fixant la durée d'exercice des pouvoirs de crise. En l'espèce, le chef de l'État contestait entre autres la fixation par le parlement du délai d'exercice de ses pouvoirs exceptionnels sans tenir compte du délai de promulgation de la loi ainsi adoptée. Autrement dit, le requérant estimait qu'il lui revenait de décider de l'opportunité de promulguer la loi, moment à partir duquel elle devait effectivement

³⁹⁸ Avis n°001/CCT/2003.

³⁹⁹ Décision DCC 31-94 du 1^{er} octobre 1994.

produire ses effets et ainsi entamer le délai d'exercice desdits pouvoirs. Répondant au chef de l'État, la Cour considéra que

« [...] Le législateur, dont l'attribution constitutionnelle principale est de voter la loi, a le pouvoir d'en fixer librement la date d'effet ; que la prérogative du président de la République de promulguer la loi dans un délai déterminé ne saurait priver le législateur de ce pouvoir ; que s'il est une règle que lorsque la date d'effet d'une loi n'est pas fixée par le législateur, celle-ci produit des effets à la date de sa promulgation par le chef de l'État ; que par contre, lorsque la date d'effet est fixée par le législateur, c'est à cette date que la loi produit ses effets ; »⁴⁰⁰.

197. Les juges s'immiscent également dans les travaux des chambres. Ainsi, la Cour gabonaise a estimé « [qu'] en vertu du principe de la continuité du service public, la législation entrante est tenue de poursuivre l'examen de tous les dossiers pendants devant l'Assemblée nationale ; »⁴⁰¹ quand le requérant (le premier ministre) invoquait une pratique selon laquelle le gouvernement devait recommencer la procédure législative lorsqu'un texte n'avait pas été adopté avant la fin de la législature concernée.

198. S'agissant des textes votés, les juridictions constitutionnelles n'hésitent pas à assigner à certaines lois des objectifs que devrait poursuivre le législateur. Saisi d'une loi d'amnistie⁴⁰², les conseillers sénégalais trouvèrent un motif de censure dans l'objectif affiché du texte. Par cette décision, le Conseil renoua avec la cécité de l'amnistie. Communément qualifiée de « mesure aveugle »⁴⁰³, puisqu'étant réelle et impersonnelle, les juges sénégalais lui trouvèrent un but tout aussi général qu'objectif. Selon le Conseil, en légiférant dans le seul intérêt de la famille du conseiller constitutionnel Babacar Sèye, assassiné, le législateur

⁴⁰⁰ Nous soulignons.

⁴⁰¹ Avis n°6/CC du 5 décembre 2007 relative à la requête du premier ministre sur la question de savoir si le président de la République peut à nouveau faire usage de l'article 17 de la Constitution pour solliciter du Parlement une nouvelle délibération qui n'a pas pu être effectuée avant la fin de la dixième législature.

⁴⁰² Loi n°01/2005 du 7 janvier 2005 amnistiant les délits et des crimes post-électorales commis entre 1983 et 2004. Ce texte avait pour objectif d'amnistier les infractions ayant une motivation politique et commises au Sénégal et à l'étranger au cours de la période susmentionnée. 1983 fut l'année de la première élection présidentielle véritablement démocratique. En effet, le successeur de Senghor (Abdou Diouf) permit l'inscription du multipartisme illimité dans la Constitution alors que son prédécesseur ne tolérait qu'un nombre limité de partis. Comme on pouvait s'y attendre dans une jeune démocratie africaine, le scrutin ne se fit pas sans heurts. D'où, la loi de 2004 ; un texte décrié car les personnes amnistiées étaient les partisans d'un ancien candidat à la présidence (en 1978, 1983, 1988 et 1993) devenu entre-temps chef de l'État (Abdoulaye Wade).

⁴⁰³ S. FOURNIER, « Amnistie et grâce » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 46.

méconnut le but d'une loi d'amnistie que le Conseil explicita sans amoindrir la clémence d'une telle mesure face à l'inflexibilité du droit pénal.

« [...] C'est dans un but d'apaisement politique ou social que le législateur doit rechercher, dans l'exercice de la compétence que la constitution lui reconnaît en matière d'amnistie, l'oubli de certains faits par l'effacement de leur caractère répréhensible. »⁴⁰⁴.

199. Lorsque les attributions des chambres ne sont pas précisées, les cours constituantes en assurent la sauvegarde.

2. La sauvegarde des compétences législatives face aux empiètements d'autres organes

200. Comme le prévoit la constitution, le pouvoir législatif est en interaction, et dans certains cas en concurrence, avec d'autres organes de l'État. Que ce soit dans le vote de la loi ou dans le contrôle de l'action gouvernementale, le texte constitutionnel met en place des mécanismes et procédures dans lesquels le législateur est appelé à jouer un rôle. Aussi prévoyant que puisse être le constituant, les questions de compétences ou des incompréhensions entre le législatif et les autres pouvoirs sont toujours à redouter. D'où l'intervention décisive des cours et conseils constitutionnels.

201. L'avis n°006/AC/CC du Conseil constitutionnel ivoirien rend ainsi compte d'une méconnaissance manifeste des prérogatives du pouvoir législatif par l'exécutif. Saisi dans sa fonction consultative par le Président de la République, le Conseil était invité à se prononcer sur la transmission à l'Assemblée d'un projet de loi portant révision de la constitution. La question de fond étant de savoir si un tel projet pouvait être simplement « transmis » sans donner lieu à un examen et sans être interprété comme la première phase d'une procédure de révision. Les conseillers furent d'avis

« [...] Que le Président de la République, en élaborant et en transmettant à l'Assemblée Nationale le projet de loi portant révision constitutionnelle exécute intégralement la phase de la procédure de révision à lui réservée et engage conséquemment et nécessairement la procédure de révision, et ce, d'autant plus que le

⁴⁰⁴ Affaire n°1-C-2005 du 12 février 2005, *cons. 17*. Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler la teneur de la décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988 relative à la loi portant amnistie rendue par le Conseil constitutionnel français.

Président de la République ne pouvant légalement enjoindre les membres de l'Assemblée Nationale de surseoir à l'examen et au vote du texte transmis, il leur est loisible de donner à celui-ci la suite qu'ils jugent convenable, peu importe que ledit texte soit ou non "simplement" transmis, c'est-à-dire sans qu'il soit destiné à recevoir une suite ; »⁴⁰⁵.

202. La Cour béninoise, dans une décision DCC 07-83⁴⁰⁶, fit plus que rappeler au gouvernement et au pouvoir législatif les termes de leur collaboration dans la procédure législative. En l'espèce, des députés saisirent la Cour afin de contrôler la constitutionnalité d'une loi instituant un service militaire. Proposition de loi à l'origine, sa recevabilité financière fut facilitée par le gouvernement sans lequel l'adoption de ladite proposition aggravait les charges publiques. Censurant la loi, la Cour jugea

« [...] Qu'une telle proposition ne peut donc être recevable que si elle est accompagnée d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes conformément aux articles 107 de la Constitution et 74.5 du Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale précités ; que cette proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes doit donc émaner des députés qui ont proposé la loi et non du Gouvernement ; qu'en acceptant cette proposition de loi, le Président de l'Assemblée Nationale a méconnu les dispositions des articles 107 de la Constitution et 74.5 du Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale ; qu'il s'ensuit que l'adoption dans ces conditions de la loi portant institution du service militaire d'intérêt national est contraire à la Constitution. »⁴⁰⁷.

203. Dans une décision postérieure⁴⁰⁸, les juges béninois en vinrent à sanctionner l'attitude des parlementaires et du gouvernement. En se conformant à une décision DCC n°10-117⁴⁰⁹ par laquelle la Cour avait censuré l'augmentation du nombre de députés, le gouvernement présenta un projet de loi de finances comportant un budget différent de celui voté par la chambre et que cette dernière s'était abstenue d'adopter. Constatant la violation du règlement intérieur de l'assemblée par le gouvernement « n'ayant pas soumis à l'Assemblée Nationale le budget qu'il a réaménagé en l'invitant à se conformer elle-même à

⁴⁰⁵ Avis n°006/AC/CC du 24 juillet 2004, cons. 4.

⁴⁰⁶ DCC 07-83 du 6 août 2007, députés du Parti du Renouveau Démocratique.

⁴⁰⁷ Nous soulignons.

⁴⁰⁸ Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010.

⁴⁰⁹ Décision DCC 10-117 du 8 septembre 2010.

la décision de la Cour [...] »⁴¹⁰, la Cour sanctionna également l'attitude de la chambre⁴¹¹. L'occasion nous sera donnée de revenir sur ce dernier point⁴¹².

204. Quantitativement plus importante, la jurisprudence constituante des cours et conseils sur le pouvoir législatif a indiscutablement le mérite d'en aborder différents aspects. Plusieurs logiques, comme nous l'avons vu, sont ainsi simultanément suivies sans qu'on ne puisse en dégager une tendance générale si ce n'est une densification du bloc de constitutionnalité par la constitutionnalisation de nouveaux principes, textes et procédures par les cours. Toutefois, à propos du pouvoir exécutif, la position des juridictions constitutionnelles est moins équivoque quand elles ont recours à leur fonction constituante.

§2. LA MOINDRE INFLUENCE DES JURIDICTIONS CONSTITUANTES SUR LE POUVOIR EXÉCUTIF

205. L'exécutif intéresse moins la jurisprudence constituante africaine et cela n'est en rien surprenant. Si l'on écarte l'hypothèse d'une cohabitation (A) ou celle d'un intérim présidentiel, l'entente de mise entre le chef de l'État et le gouvernement et la prééminence du premier (B) rendent hypothétique une saisine de la juridiction constitutionnelle pour trancher de questions relatives à l'exercice des missions confiées à chacun des organes. Dans la pratique, les attributions exercées par l'organe que forment le premier ministre et les autres ministres sont loin d'être celles dévolues par la constitution.

⁴¹⁰ Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010, *cons.* 19 (nous soulignons).

⁴¹¹ « [...] que les députés, en subordonnant le vote du budget général de l'État gestion 2011 à l'intégration préalable de leur budget initial voté le 23 septembre 2010, refusent d'exercer l'une de leurs prérogatives essentielles telle qu'elle découle des articles 109 et 110 de la Constitution ; qu'un tel comportement viole l'article 35 de la Constitution aux termes duquel : "Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien." ; », *cons.* 24.

⁴¹² *v.* § 609 à 618.

A. L'ACCENTUATION DU DÉSÉQUILIBRE ORGANIQUE AU SEIN DU POUVOIR EXÉCUTIF

206. Avec la récente suppression du poste de premier ministre au Sénégal en 2019⁴¹³, le bicéphalisme exécutif reste plus qu'apparent⁴¹⁴. En Afrique, l'exécutif en tant que fonction n'a été que très rarement incarné et assuré par une autre personnalité que le président de la République dans les États qui ont fait le choix d'une primature. C'est un constat général en Afrique francophone sur lequel le professeur Kamto et le doyen Aïvo ont attiré l'attention. Quand, en 1987, le professeur camerounais abordait « le refus du Pouvoir partagé »⁴¹⁵, le doyen béninois y intercalait le qualificatif « constant »⁴¹⁶ vingt années après. En rejetant le bicéphalisme, les constituants africains tournent le dos à l'idée d'un « pouvoir morcelé et distribué [...] au sein même de l'exécutif entre le chef de l'État et le Premier ministre »⁴¹⁷ ; toujours perçu *a priori* comme « un système contre nature irréel »⁴¹⁸. La dualité organique n'est pas le synonyme d'un exécutif bicéphale et Y. S. Lath⁴¹⁹ a bien rappelé que ce n'est jamais le cas. À ce propos, il n'est plus nécessaire d'adopter une lecture semi-présidentialiste des constitutions car les différentes révisions et les textes nouvellement adoptés ont purement et simplement acté la présidentialisation – en droit ou dans les faits – des régimes africains comme le corrobore l'introduction récente d'un parlementarisme dualiste⁴²⁰ au

⁴¹³ La loi constitutionnelle étant introuvable, seul un décret présidentiel n° 2019-904 portant composition du Gouvernement permet de constater la disparition de la primature.

⁴¹⁴ V. A. CABANIS et M. L. MARTIN, « La pérennisation du chef de l'État : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone » in *Mélanges Slobodan Milacic*, Bruylant, 2007, p. 379.

⁴¹⁵ M. KAMTO, Pouvoir et droit en Afrique, *op. cit.* pp. 244-249.

⁴¹⁶ F. J. AÏVO, Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction, L'Harmattan, 2007, p. 94 et s.

⁴¹⁷ M. KAMTO, Pouvoir et droit..., *op. cit.* p. 244.

⁴¹⁸ M. AHANHANZO-GLÉLÉ, *Naissance d'un État noir*, LGDJ, 1969, p.364.

⁴¹⁹ « [...] Même bien qu'étant désigné chef du gouvernement par les dispositions constitutionnelles, [le premier ministre] peut n'être qu'un *primus inter partes*, il n'est que le premier des ministres », Y. S. LATH, « La pérennisation du présidentialisme dans les États d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique » in *Mélanges Maurice Ahanhanzo-Glélé*, *op. cit.* p. 298.

⁴²⁰ L'article 28 issu de la loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise dispose : « Le Gouvernement conduit la politique de la Nation sous l'autorité du Président de la République ; il dispose, à cet effet, de l'administration et forces de défense et de sécurité.

Le Gouvernement est responsable devant le Président de la République.

Il est responsable devant l'Assemblée Nationale dans les conditions prévues par la présente Constitution. ».

Gabon. Omniprésent, le chef de l'État et, *de facto* de gouvernement, a un rôle prépondérant. C'est un « invariant constitutionnel [car] l'idée du président de la République fort est non seulement assumée, voire assénée, depuis les indépendances, mais aussi largement partagée. »⁴²¹. L'institution présidentielle est continuellement maintenue au-dessus du gouvernement.

207. De ses pouvoirs dépendent finalement ceux du premier ministre et du gouvernement. Cette prééminence du chef de l'État se confirme d'ailleurs dans la jurisprudence africaine. En effet, le sens de la jurisprudence constituante africaine est celui de la pérennisation et de l'accentuation d'un déséquilibre au sein de la fonction exécutive. Élu au suffrage universel direct, le chef d'État africain bénéficie d'une légitimité qui lui ouvre toutes les portes et, en particulier, celles de la juridiction constitutionnelle. Ce qui n'est pas le cas des membres du gouvernement. La jurisprudence consultative ivoirienne nous en donne une parfaite illustration. Dans un premier avis n°A/002/95⁴²² rendu sous l'empire de la Constitution révisée du 3 novembre 1960, le garde des Sceaux saisissait le Conseil d'un projet de loi portant extension des attributions du conseil supérieur de la magistrature. Jugeant irrecevable la requête du ministre de la Justice, le Conseil rendit un avis très favorable au président de la République dans le silence du texte constitutionnel. Ouvrant son prétoire au seul « garant de la Constitution »⁴²³, les conseillers considérèrent que

« [...] Ce texte ne précise pas l'autorité habilitée à saisir le Conseil constitutionnel ; que cependant, en raison de l'origine de ces initiatives, il ne peut s'agir, sauf disposition expresse de la loi que du Président de la République ayant l'initiative des lois, aux termes de l'article 13 et en sa qualité de garant de la Constitution⁴²⁴ ; ».

208. Il est ici question d'une tendance que le Conseil ivoirien a perpétuée dans un autre avis n°003⁴²⁵ rendu sous la Constitution du 1^{er} août 2000. Le Conseil dégagea des

⁴²¹ F. HOURQUEBIE, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'État africain. Entre principes théoriques et pratique du pouvoir » in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, p. 74.

⁴²² Avis n°A/002/95 du 20 Octobre 1995.

⁴²³ Décision précitée, cons. 2.

⁴²⁴ Nous soulignons.

⁴²⁵ Avis n°003 du 17 décembre 2003.

missions dévolues au président à l'article 34⁴²⁶ un accès illimité, en matière consultative, à sa juridiction. Eu égard aux fonctions présidentielles et celles attribuées au Conseil, la recevabilité des demandes d'avis émanant du Chef de l'État ne fit plus aucun doute comme l'atteste le considérant de principe de la décision susmentionnée :

« [...] L'exercice de [ses] fonctions implique pour le Président de la République le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution et susceptible de mieux l'éclairer et pour le Conseil constitutionnel [sic] devoir de lui fournir l'avis demandé ; »⁴²⁷.

209. Le Conseil constitutionnel se mua en « conseiller personnel » du président de la République sur les questions constitutionnelles ; ce que faisait déjà la Constitution de 2000 du Conseil⁴²⁸ à l'égard du gouvernement.

210. La Cour gabonaise fait également la part belle au premier magistrat au détriment du gouvernement. En 2009, elle rendit ainsi une décision⁴²⁹ relative à la cessation des fonctions du gouvernement. Saisie par le président de la République par intérim, il était demandé à la Haute juridiction de se prononcer sur la conformité du maintien en fonction du gouvernement. La Cour délivra à ce propos une interprétation constituante en

« Considérant qu'en retenant que les fonctions du gouvernement cessent automatiquement à l'issue de la prestation de serment du président de la République, le constituant a entendu par président de la République celui nouvellement élu ou celui désigné dans les conditions prévues à l'article 13 de la Constitution, c'est-à-dire le président du Sénat qui exerce les fonctions du président de la République en cas de vacance de la présidence de la République ; qu'il suit de là qu'à l'issue [...] de la prestation de serment subséquente du président du Sénat en qualité de président de la République, chef de l'État, le gouvernement nommé par le précédent président de la République doit présenter immédiatement sa démission ; »⁴³⁰.

⁴²⁶ Art. 34 : « Le Président de la République est le Chef de l'État. Il incarne l'unité nationale. Il veille au respect de la Constitution. Il assure la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des engagements internationaux. ».

⁴²⁷ Décision précitée, *cons.* 5. Dans un autre avis, n°CI-2010-A-035/22-12-CC/SG de 2010, le Conseil refit parler de lui. Les juges estimèrent que le président de la République était tout à fait habilité à les saisir dès lors qu'il était question de savoir « si une situation donnée est de nature à violer la Constitution ». *v.*

⁴²⁸ L'article 52 disposait : « Les projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire peuvent être soumis au Conseil constitutionnel pour avis, avant d'être examinés en Conseil des ministres. ».

⁴²⁹ Décision n°32/CC du 12 juin 2009 relative à l'interprétation des dispositions de l'article 34 alinéa premier de la Constitution.

⁴³⁰ Décision précitée, *cons.* 4. Dans le fond, la position adoptée par la Cour dans cette décision peut se justifier, et ce malgré les épisodes français de 1969 et 1974 au cours desquels Alain Poher assura l'intérim de la

211. Avec la décision n°35/CC⁴³¹, les juges gabonais allèrent plus loin et firent primer la fonction présidentielle sur le gouvernement, mais également sur la continuité de l'État. En décidant que « [...] le décès du Président de la République en exercice, avec l'organisation des obsèques qui en sont le corollaire, constituent une force majeure justifiant la prorogation des délais constitutionnels d'organisation de l'élection du nouveau président de la République ; », la Cour relevait une lacune constitutionnelle ; la constitution n'ayant pas prévu un délai supplémentaire permettant l'inhumation du président⁴³². Toutefois, si l'on s'en tient à la lettre du texte, celui-ci ne s'intéresse pas aux suites à donner au décès du président si ce n'est la constatation de la vacance du poste. En d'autres termes, ni le décès, ni les obsèques ne constituaient une force majeure au regard de la Constitution car celle-ci réglait l'empêchement définitif du président. Constituante, cette décision de la Cour a finalement le mérite de consacrer « les obsèques » comme une cause de report de l'élection présidentielle au Gabon.

212. Au final, seul un épisode comme celui d'une cohabitation politique est à même de donner une nouvelle orientation à la jurisprudence constituante portant sur les rapports entre le président de la République et le gouvernement ; et c'est ce qu'a montré la cohabitation nigérienne.

présidence avec les gouvernements de ses prédécesseurs. Politiquement, l'on se fait aisément une idée de la fâcheuse situation dans laquelle se trouverait un président, fût-il par intérim, contraint de travailler avec les collaborateurs de son prédécesseur. Par ailleurs, au regard de la Constitution, la nomination des membres d'un gouvernement en fonction relève de l'autorité investie du pouvoir exécutif. En ne nommant pas un nouveau gouvernement, le Chef de l'État par intérim aurait ignoré une de ses attributions constitutionnelles censée marquer son entrée en fonction.

⁴³¹ Décision n°35/CC du 8 juillet 2009.

⁴³² Les rites et coutumes africains ont certainement pesé dans cette décision. Assurément, le décès du chef de l'État n'est pas vécu au Gabon comme il l'est ailleurs, et cette différence culturelle pourrait expliquer la constatation d'un cas de force majeure de la part de la Cour.

B. LA FONCTION CONSTITUANTE ET LA GESTION DE LA COHABITATION
NIGÉRIENNE DE 1996 : LA REDISTRIBUTION DES CARTES AU SEIN DE
L'EXÉCUTIF

213. Le 12 janvier 1995, l'Afrique noire francophone expérimentait une des rares cohabitations⁴³³ politiques de son histoire. Sous la présidence de Mahamane Ousmane, l'unique chambre parlementaire adopta une couleur politique différente suite à des élections législatives anticipées. Pour certains, la cohabitation était antérieure à 1995. En 1994 déjà, la coalition (Alliance des forces de changement) qui soutenait le président de la République en fonction prit fin suite à la démission du premier ministre. Mis en minorité et ne se résignant pas à une cohabitation, le chef de l'État procéda à une dissolution de l'Assemblée nationale après une brève et vaine tentative de gouvernement dit d'union nationale. Comptant sur un désaveu populaire de l'opposition, les espoirs du président furent anéantis par la validation de résultats actant la défaite de ses derniers soutiens.

214. Aussi inédite que chaotique pour l'État nigérien, la cohabitation de 1996 conduisit la chambre constitutionnelle de la Cour suprême à trancher plusieurs questions relatives à la répartition des compétences entre le chef de l'État et le gouvernement. L'exercice ne fut pas des plus aisés car « cette cohabitation n'[était] pas exempte d'incidents [opposant] le chef de l'État à son Premier ministre »⁴³⁴. Les juges durent tirer du contexte politique une nouvelle grille de lecture de la constitution et innover dans certains cas. Un premier arrêt n°95-05⁴³⁵ venait révéler les tensions au sein de l'exécutif. Aussi surprenantes que pouvaient être les questions posées par le premier ministre, auteur de la saisine, elles avaient pour objectif de mettre un terme au blocage institutionnel provoqué par le président. En effet, ce dernier refusait d'assurer la présidence du Conseil de ministres et de signer les nominations des hauts fonctionnaires et cadres en ajournant inopinément les réunions.

⁴³³Au Togo, les élections législatives de 1994 ont forcé le président togolais G. Eyadema à « cohabiter » officiellement.

⁴³⁴E. GRÉGOIRE, « Cohabitation au Niger » in *Afrique contemporaine*, n°175, 1995, p. 49. Le juge administratif fut également conduit à intervenir dans les conflits opposant ces deux autorités en acceptant les recours du Chef de l'État contre les décrets du premier ministre. v. CS (CA) Niger, Arrêt n°96-08/A du 14 février 1996, *Président de la République c/ Premier Ministre*.

⁴³⁵Arrêt n°95-05/Ch. Cons. du 5 septembre 1995.

Saisie et appelée à se prononcer sur la fixation de l'ordre du jour du dudit conseil, le refus du président d'y assister et les solutions juridiques que le gouvernement pouvait envisager, la Cour privilégia le consensus dans un premier temps. La chambre constitutionnelle considéra que « [...] que les deux autorités doivent se mettre d'accord sur les points à inscrire à l'ordre du jour du conseil des ministres ; qu'en cas de désaccord, l'ordre du jour définitif doit être arrêté en conseil des ministres ; »⁴³⁶. Sur la deuxième question, les juges décidèrent que le président ne pouvait se « soustraire à cette obligation constitutionnelle » qu'est la présidence du conseil tout en rappelant qu'il n'existait aucun mécanisme permettant au gouvernement de surmonter le refus du président ou de se substituer à celui-ci⁴³⁷. Par ailleurs, la discordance des majorités présidentielle et parlementaire a été l'occasion pour les juges de clarifier les prérogatives du chef de l'État dans la procédure législative. Ainsi, lorsque les parlementaires sont saisis d'une demande de seconde délibération formulée par le président de la République, la Cour nigérienne a jugé que

« [Celle-ci] ne doit pas être faite en des termes généraux et imprécis ; qu'elle doit préciser l'objet pour lequel elle a été formulée ; qu'elle ne peut être faite par le Président de la République que dans les cas suivants : 1°- Lorsque le Président de la République demande à l'Assemblée Nationale de remédier à certaines imperfections de la loi dans le but de la compléter, de la préciser ou de la corriger ; [...] Considérant que dans tous les cas la deuxième délibération ne doit pas être demandée dans le but d'entraver la promulgation d'une loi adoptée par l'Assemblée ; »⁴³⁸.

215. Par un autre arrêt n°96-002⁴³⁹, la Cour compléta la jurisprudence antérieure qui n'écartait pas en réalité le risque de demandes évasives ou dilatoires de seconde délibération. Elle décida en effet

« [que] les demandes en seconde délibération du Président de la République adressées à l'Assemblée nationale et non revêtues du contreseing du Premier ministre ne sont pas recevables et ne suspendent pas les délais de promulgation ; 2) - qu'en conséquence, à défaut de promulgation dans les délais prévus à l'article 49 de la Constitution, toute loi est considérée comme promulguée de plein droit et entre en vigueur dès sa publication au Journal Officiel ; ».

⁴³⁶ Cons. 13 (nous soulignons).

⁴³⁷ « [...] qu'en tout état de cause, le gouvernement ou un de ses membres ne peut se prévaloir d'un éventuel refus du Président de la République pour exercer des attributions constitutionnelles qui ne sont pas les siennes ; », cons. 15.

⁴³⁸ Arrêt n°95-06/Ch. Cons. du 5 septembre 1995, cons. 7 et 8.

⁴³⁹ Arrêt n°96-003/Ch. Cons. du 16 janvier 1996,

216. On le voit, seules des situations exceptionnelles à l'instar d'une cohabitation politique contrebalancent les rapports entre les deux têtes de l'exécutif. Les juridictions constitutionnelles sont inexorablement tenues d'apporter des solutions de principe censées compléter le texte constitutionnel et lui assurer une certaine utilité. Assurément, la cohabitation a su montrer une fois de plus la nature foncièrement présidentialisée des constitutions africaines. Dans leur conception, ces textes sont moins pensés pour assurer une dyarchie qu'une présidence forte. Les épisodes de discordance de majorités n'apparaissent pas comme le résultat du jeu démocratique, mais plutôt comme un événement totalement étranger et perturbateur du système. Le remède est alors à rechercher en dehors du système juridique. Raison pour laquelle la cohabitation nigérienne ne connut pas un épilogue par les urnes, mais par les armes. Las de cet affrontement ouvert entre le président et son premier ministre, l'armée prit le pouvoir par la voix du colonel Baré Maïnassara le 27 janvier 1996.

217. Comme le suggère tout ce qui précède, les cours constitutionnelles n'ont pu jouer jusque-là un rôle déterminant dans la résolution des difficultés institutionnelles sans faire évoluer leur office. En effet, elles ont au passage et inopinément fait usage de leur fonction constituante en élargissant ou en circonscrivant leurs attributions. Au sein de l'autorité judiciaire, les cours et conseils constitutionnels révèlent donc un intérêt particulier par rapport aux autres juridictions de droit interne.

§3. LA FONCTION CONSTITUANTE ET LE POUVOIR JURIDICTIONNEL : L'EXEMPLE DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

218. Profitant de cette faculté qu'est la fonction constituante, les juridictions influent principalement sur les attributions qui sont les leurs. Ici, on assiste à une relative extension des cas de saisine (A). Ailleurs, s'agissant des compétences à proprement parler, elles sont accrues chez certaines juridictions quand les autres s'en tiennent à la lettre des textes constitutionnels et organiques (B).

A. L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DES RECOURS ET REQUÊTES

219. La recevabilité des requêtes adressées aux juges constitutionnels africains est fixée par les textes en vigueur. Constitutions et lois organiques exceptées, les autres cas de saisine sont fondés sur les règles relatives aux élections à caractère national. En dépit de cette législation hétérogène et abondante listant les requêtes et recours qui peuvent être portés devant les juridictions constitutionnelles, les juges accueillent d'autres requêtes au regard de leur objet ou de la qualité des requérants.

220. Au regard de l'objet d'abord, les Hautes juridictions sont dites spécialisées dans la mesure où les requêtes qui leur sont présentées doivent rentrer dans le cadre de leurs attributions. Les prétentions des requérants ne peuvent être étrangères à l'office du juge constitutionnel auquel cas il serait amené à connaître d'espèces insusceptibles d'être rattachées à sa compétence. D'où l'examen de recevabilité répété inlassablement par toutes les juridictions. Préalable à tout examen au fond, la recevabilité des requêtes et recours fait intervenir plusieurs éléments conditionnant les suites susceptibles d'être données par le juge saisi. Le moment de la saisine, la compétence du juge constitutionnel, la qualité du requérant, le non-respect de la procédure à suivre devant la juridiction saisie ou de sa jurisprudence sur des questions déjà tranchées... autant de motifs peuvent conduire au rejet ou non d'une requête. Néanmoins, de la forclusion à l'incompétence *ratione materiae*, les juges constitutionnels vont étendre leur office en admettant la recevabilité de requêtes aux objets nouveaux ou mettant en cause des intérêts spécifiques. C'est dire que les règles de recevabilité ne peuvent empêcher les juridictions de se pencher sur des affaires mettant en cause des matières auxquelles les juges accordent une grande importance ; le fond prenant alors le pas sur les formes.

221. La décision nigérienne n°95-05, déjà évoquée, s'avère à nouveau utile. C'est à la faveur d'une demande en interprétation formulée par le premier ministre que la chambre constitutionnelle « se découvre »⁴⁴⁰ une compétence en matière d'interprétation

⁴⁴⁰ La chambre n'avait jamais trouvé de fondement à ce pouvoir d'interprétation qu'elle avait déjà eu l'occasion d'exercer. Loin de se découvrir finalement un pouvoir, la Cour lui trouve plutôt un fondement juridique *a posteriori*.

constitutionnelle pour accueillir la requête qui lui était adressée. Étonnamment, la chambre tira cette compétence de la séparation des pouvoirs car c'est

« [...] Surtout à la lumière du principe de la séparation des pouvoirs institués, que les constituants ont dans leur esprit ainsi voulu donner à la Cour suprême seule, à travers sa Chambre Constitutionnelle, le pouvoir d'interpréter et d'apprécier toutes les dispositions de la Constitution qui feront l'objet de contestation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, quand bien même cette compétence n'est pas mentionnée de manière expresse ; ».

222. Comme elle le souligne dans la suite de cette décision, la Chambre avait déjà eu l'occasion d'interpréter la constitution dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Le raisonnement qu'elle expose pour affirmer sa compétence en matière d'interprétation n'a pour seul objectif que d'accueillir la requête car celle-ci ne reposait sur aucun fondement juridique. En 2014⁴⁴¹ le Conseil ivoirien suivit la même logique pour répondre à une demande d'avis formulée par le président de l'Assemblée nationale. Alors que le constituant s'était limité à instaurer un mécanisme de consultation auprès du Conseil sans préciser les personnes habilitées à le saisir, les juges ivoiriens désignèrent les requérants du contrôle de constitutionnalité par voie d'action. Pour les membres du Conseil,

« [...] malgré le silence du texte constitutionnel quant aux personnes habilitées à solliciter l'avis, on peut affirmer tout logiquement que ces personnes ne peuvent être que celles à qui la Constitution a conféré le droit de saisir le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité par voie d'action ; »⁴⁴².

223. Cette solution jurisprudentielle repose principalement sur la fonction consultative du Conseil. Ce dernier accueillit la requête au regard des conséquences qu'un rejet aurait sur sa fonction consultative⁴⁴³. C'est finalement l'objet, une demande d'avis, qui permet à la requête de passer le test de la recevabilité.

224. Dans une tout autre logique, la juridiction constitutionnelle peut se saisir d'office d'une question posée par un recours manifestement irrecevable. C'est le cas de la Cour

⁴⁴¹ Avis n°CI-2014-A-137/10-06/CC/SG du 10 juin 2014 relatif à la demande du Président de l'Assemblée nationale aux fins de vérifier la conformité à la Constitution de la proposition de loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs.

⁴⁴² Déc. précitée, cons. 9.

⁴⁴³ « Considérant, dès lors, que l'on serait porté à déclarer irrecevable pour défaut de qualité, la demande d'avis soumise au Conseil constitutionnel par le Président de l'Assemblée nationale, le 22 mai 2014 ; Considérant, cependant, qu'une telle conclusion aboutirait à annihiler tout le mécanisme de la compétence consultative du Conseil [...] », cons. 6 et 7.

béninoise qui reprit à son compte une requête⁴⁴⁴, déclarée irrecevable, dont l'objet intéressait selon elle « un impératif constitutionnel ». D'une part, relevons que la Cour s'est écartée de l'article 121 alinéa 2 de la Constitution qui dispose que la Cour « [...] se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques »⁴⁴⁵. Cette disposition, reprise par la loi organique, restreint l'autosaisine de la Cour aux questions des droits et libertés. Or la Cour se prononce sur la base d'un impératif constitutionnel, découvert par elle, que constitue « le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels à la vie, à la santé, à la sécurité, à la justice, à la défense et à la mobilisation des ressources publiques indispensables à l'existence de l'État et à la construction de la Nation ; ». Le rapprochement est tout aussi ténu que possible au regard des conséquences que l'interruption des services stratégiques aurait sur l'exercice des droits et libertés. D'autre part, en raison de l'objet du recours – initialement exercé par des personnes privées – qui visait à restaurer l'impératif susmentionné, la Cour fit en définitive un examen de recevabilité au regard de sa propre jurisprudence. Toujours est-il, en apparence, que la recevabilité de la requête fut facilitée par l'activisme de la Cour.

225. La qualité du requérant peut également et grandement faciliter la recevabilité d'une requête. Par voie d'action ou d'exception, l'examen de la recevabilité d'une requête dépend de la qualité de son auteur, c'est-à-dire sa condition civile ou politique et ses titres. Des représentants des institutions constitutionnelles aux particuliers en passant par les membres de l'opposition et les candidats à des élections relevant de la compétence des juridictions constitutionnelles, la recevabilité de la requête tient à la personne du requérant. Si cette question se pose moins pour le président de la République, le premier ministre, les présidents des chambres ou les membres de l'opposition dans le cadre d'un contrôle *a priori* où les titres prévalent, elle conditionne l'examen au fond des autres auteurs de saisine.

226. Dans l'ensemble, la jurisprudence constitutionnelle africaine ne favorise pas la recevabilité des requêtes émanant de simples particuliers comme l'a démontré le Haut

⁴⁴⁴ Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, *Souliou Adjounvi et Juliette Kayassi*.

⁴⁴⁵ Nous soulignons.

Conseil de la République siégeant en qualité de Cour constitutionnelle dans sa décision n°12 DC du 13 août 1992⁴⁴⁶. En l'espèce, les juges béninois déclarèrent une requête irrecevable au motif qu'elle fut signée par des étrangers⁴⁴⁷ et non par des « citoyens [béninois] »⁴⁴⁸. Ce n'est que cinq années plus tard que la Cour opéra un revirement sur la nationalité des requérants en admettant un recours formulé par un Danois contre une mesure fiscale contraire aux articles 12 de la Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples⁴⁴⁹ et 25 de la Constitution béninoise⁴⁵⁰. Dans une décision n°001/94/CC⁴⁵¹, la Cour gabonaise rejeta quant à elle un recours formulé par des « requérants qui font fi de la Constitution et des institutions régulièrement mises en place ». Assurant une forme de sanction à l'endroit des candidats malheureux à des élections, la Cour justifia l'irrecevabilité de leurs recours par les agissements des requérants, annihilant par là même leur intérêt à agir.

227. De son côté et comme on peut s'y attendre, la qualité de chef d'État fait pencher la balance en faveur de la recevabilité comme l'illustrent les avis n°A/002/95, n°003/CC/SG⁴⁵² et n°CI-2010-A-35⁴⁵³ du 22/12/2010 rendus par le Conseil ivoirien. Ce n'est qu'exceptionnellement que les autres institutions constitutionnelles ont pu bénéficier de l'indulgence des conseillers. C'est le cas du président de l'Assemblée nationale ivoirienne dans l'avis précité n° CI 2014-A-137⁴⁵⁴.

⁴⁴⁶ Décision n°12 du 13 août 1992, *Mohamed Amadou Cisse*.

⁴⁴⁷ « Considérant qu'en l'absence de la signature du seul citoyen béninois, [...], sur la requête du 30 juillet 1992, la présente requête est irrecevable en la forme, conformément à l'article 122 de la Constitution sus-énoncé : », déc. précitée.

⁴⁴⁸ L'article 122 de la Constitution béninoise dispose : « Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité [...] ».

⁴⁴⁹ Les deux premiers alinéas de cet article disposent : « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi.

Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques. ».

⁴⁵⁰ « L'État reconnaît et garantit, dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et venir, la liberté d'association, de réunion, de cortège et de manifestation. »

⁴⁵¹ Décision n°001/94/CC du 21/1/1994.

⁴⁵² Avis n°003/CC/SG du 17/12/2003

⁴⁵³ Avis n°CI-2010-A-35 du 22/12/2010

⁴⁵⁴ « Que, pouvant ainsi obtenir du Conseil constitutionnel des décisions ayant autorité absolue de chose jugée et s'imposant à tous, ces autorités, que sont les Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et les Députés, peuvent, a fortiori, obtenir des avis qui n'ont aucun effet contraignant,

228. Au-delà de la recevabilité, Le pouvoir créateur des juges concerne particulièrement leur office. Souverainement, les cours et conseils africains décident des pouvoirs, des devoirs et des limites qu'implique la justice constitutionnelle. Ce fut d'ailleurs le point de départ de la réflexion que nous menons présentement sur la fonction constituante.

B. L'ACCROISSEMENT ASYMÉTRIQUE DES COMPÉTENCES.

229. Les juridictions constitutionnelles décident de leurs compétences mais à des rythmes différents. On s'en rendra rapidement compte : les juridictions nigérienne et sénégalaise sont en queue de peloton, voire spectatrices, à supposer qu'il s'agisse d'une course au(x) compétence(s). Au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Gabon, on assiste véritablement à une extension des pouvoirs des juges.

230. Aucun autre pouvoir ou organe au sein de l'État n'agit de la sorte et, il faut bien l'admettre, il n'y a rien de rassurant à ce qu'un organe constitué puisse autant s'affranchir des règles du jeu sans jamais être contrôlé. Le texte constitutionnel et la loi organique renseignent certes sur les attributions des juridictions constitutionnelles, mais les limites de celles-ci sont le fait des juges eux-mêmes. Dans certains cas et avec du recul, les cours vont d'ailleurs jusqu'à se découvrir de nouvelles compétences. Finalement, les cours et conseils « redéfinissent » leur office autant dans le contrôle des actes qui leur sont soumis que dans la régulation des rapports institutionnels.

231. Dans le contrôle des actes soumis aux juridictions, l'accroissement de leurs compétences est perceptible dès la recevabilité des requêtes. En acceptant certains recours, les cours et conseils étendent leur champ d'action sous couvert d'un « évident » examen de recevabilité. Les jurisprudences sus-évoquées méritent donc d'être simplement rappelées ici.

étant seulement destinés à les éclairer sur leurs attributions prévues par la Constitution ; Considérant que, s'agissant plus particulièrement du Président de l'Assemblée nationale, en sa qualité de premier responsable, agissant au nom et pour le compte de l'Assemblée nationale, l'autorise, en cela seul, à solliciter et obtenir un avis relatif aux propositions et projets de lois que l'Assemblée nationale est appelée à discuter et adopter, dans le cadre de l'article 97 de la Constitution ; », cons. 9 et 10 (nous soulignons).

232. Comme premier fait d'armes, les cours desserrent l'étau que constituent les moyens des requérants. C'est ainsi que la Cour béninoise décida, sur le fondement de l'article 114 de la Constitution, « que quel que soit l'objet de la saisine, la Cour est saisie d'une loi dans son entier ; qu'en conséquence, le juge constitutionnel est habilité à juger de l'ensemble de la loi en dehors des griefs et moyens évoqués par les requérants »⁴⁵⁵. Dans un autre volet, et allant dans le sens d'une restriction des compétences, le Conseil ivoirien a quant à lui préféré une solution traditionnelle à propos des dispositions constitutionnelles. Saisis d'une contestation sur la constitutionnalité d'une disposition constitutionnelle, les juges déclarèrent « qu'il n'entre pas dans [leur] compétence de censurer une disposition constitutionnelle qui demeure intangible à [leur] égard »⁴⁵⁶. Il s'agit d'une jurisprudence constante et d'une position commune à l'ensemble des juridictions constitutionnelles considérées comme le corrobore la décision 92/2005⁴⁵⁷ du Conseil sénégalais. À l'instar du Conseil constitutionnel français, les juges africains s'interdisent de contrôler les choix du constituant originaire ou dérivé alors même qu'aucun texte ne l'interdit expressément. Mais, nous le verrons, il s'agit d'un expédient. Sur le contrôle de conventionalité de la loi, les juges sénégalais et français s'accordent également sur leur incompétence⁴⁵⁸ en la matière.

233. L'extension de la compétence des cours constitutionnelles porte également sur l'applicabilité des normes soumises à leur contrôle. Classiquement, le contrôle de constitutionnalité opéré par les Hautes juridictions se réalise à l'égard du bloc de constitutionnalité. Autrement dit, l'acte auquel on accorde une valeur supérieure sert de référence. Conservant cette logique qui est au fondement même de la garantie juridictionnelle de la constitution, les juges intègrent au bloc de constitutionnalité les objectifs de valeur constitutionnelle. Tout en consacrant la valeur constitutionnelle de nouveaux éléments, les cours s'en servent comme instrument de contrôle. Il y a

⁴⁵⁵ Décision DCC 96-002 du 5 janvier 1996 *Gbadamassi Moucharaf tidjani serpos Ismaël, cons. 7*. En l'espèce, la Cour fut saisie d'une loi définissant les règles particulières de l'élection présidentielle qui permettait à l'autorité administrative chargée de l'organisation des élections (Commission électorale nationale et autonome) d'exercer des compétences dévolues à la Cour. Cette décision, qui au départ portait sur la contestation de deux articles du nouveau texte, a été l'occasion pour la Cour de clarifier l'étendue de sa compétence en la matière. D'où le contrôle de constitutionnalité de l'ensemble de la loi.

⁴⁵⁶ Décision CC n°001/SG/CC du 4 novembre 2003.

⁴⁵⁷ Décision 92/2005-affaire 3/C/2005.

⁴⁵⁸ v. Affaire n°1/C/2005 du 12 février 2005 rendu par le Conseil sénégalais, *cons. 23*.

manifestement dans ce cas une extension du champ de la compétence car, en l'absence desdits objectifs, les cours seraient obligées de reconnaître la conformité de certaines lois au bloc de constitutionnalité tel que celui-ci se présentait au jour de la saisine. Ainsi, « l'applicabilité d'un texte de loi ou d'une disposition légale ou réglementaire »⁴⁵⁹ est au nombre de ces objectifs découverts par la Cour gabonaise. Jugeant impraticables les délais des nominations au sein d'une autorité administrative, en l'occurrence celle chargée de la régulation du secteur de la communication, la Cour les déclara inconstitutionnels. En effet, selon ladite juridiction, « [...] le juge constitutionnel doit s'assurer de la réalisation dans la pratique [des textes soumis à son appréciation] ; » et il est fort intéressant de constater au travers de cette jurisprudence que l'autorité de contrôle qu'est la Cour s'est muée en autorité d'action en examinant la faisabilité des choix du législateur et non simplement leur constitutionnalité. Qui oserait d'ailleurs contester ledit examen quand la Cour sous-entend que « seule la Constitution elle-même »⁴⁶⁰ peut revenir sur ses décisions.

234. Statuant souverainement, les cours jouent accessoirement un rôle sanctionnateur. C'est le cas de la Cour béninoise qui, saisie d'une décision du Conseil des ministres ordonnant la suspension de l'exécution des décisions de justice en milieu urbain, en déclara l'inconstitutionnalité. L'originalité de cette jurisprudence tient à la prise en compte du comportement du secrétaire général du gouvernement par la Cour. Alors même qu'il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'apprécier le comportement des autorités, organes et agents de l'État et d'en déclarer ou non la conformité à la constitution, les juges béninois relevèrent

« Qu'en transmettant à la Cour un extrait du relevé daté du 06 novembre 2007, différent de celui qu'il a signé le 15 octobre 2007, le Secrétaire Général du Gouvernement a tenté d'induire la Haute Juridiction en erreur ; qu'en agissant comme il l'a fait, il a violé les dispositions de l'article 35 de la Constitution selon lesquelles : "Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le

⁴⁵⁹ Décision n°3/CC du 27 février 2004 relative à la requête de Monsieur le premier ministre tendant au contrôle de constitutionnalité de la loi organique n°16/2003 modifiant les dispositions de certains articles de la loi organique n°14/91 du 24 mars 1992 portant organisation et fonctionnement du Conseil national de la communication, *cons.* 6.

⁴⁶⁰ Décision n°11/CC du 10 février 2003 relative à la requête présentée par Monsieur Jean Christophe Nze-Biteghe tendant à voir déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi n°5/2002 portant création, organisation et fonctionnement de la commission nationale de lutte contre l'enrichissement illicite.

devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun.» ; sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens ; »⁴⁶¹.

235. Dans une décision⁴⁶² plus récente, la Cour ira même jusqu'à censurer le législateur qui outrepassa les limites de sa fonction quand celui-ci a été invité par la Cour à se conformer à l'une de ses décisions.

« [...] Que la modification d'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution ne peut se faire à l'occasion d'une mise en conformité sans violer l'autorité de la chose jugée attachée à la décision ayant ordonné la mise en conformité ; »⁴⁶³.

236. La sanction peut également être indirecte comme le démontre la décision DCC 33-94⁴⁶⁴ par laquelle la Cour « conçue par la Constitution comme la pierre angulaire de l'État de droit de libéral »⁴⁶⁵ déclara irrégulière la procédure d'adoption du décret portant obligations des membres de la Cour constitutionnelle. La violation d'un principe général du droit selon lequel « l'institution habilitée à prendre la décision finale discute de la proposition avec celle qui l'a initiée »⁴⁶⁶ en fut le motif.

237. Dans une moindre mesure, les juridictions constitutionnelles adressent des injonctions aux pouvoirs publics. La Cour gabonaise, dans une décision n°014/GCC⁴⁶⁷, enjoignit expressément au couple exécutif de prendre des textes réglementaires censés, dans un délai d'un (1) mois, « remédier à la situation juridique qui [résultait de sa décision] » à partir de la notification de celle-ci⁴⁶⁸. Au titre d'une extension des compétences, on pourrait

⁴⁶¹ Décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007, *Wele Oboubé Jeanne et consorts*.

⁴⁶² Décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018, *Valentin Djenontin-Agousou*.

⁴⁶³ Décision précitée, cons. 11.

⁴⁶⁴ Décision DCC 33-94, *Houessou H. Gnonlonfoun*.

⁴⁶⁵ Cons. 5. C'est ainsi que la Cour se présente elle-même.

⁴⁶⁶ Cons. 6. D'autres principes généraux ont été mobilisés par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence. V. en ce sens, l'article de É. M. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *RDP*, n°6, 2018, p. 1705 et s. Sur le principe *affirmanti incumbit probatio* (DCC 02-063, 5 juin 2002, *Da Trinidadé Jean-Marie* ; DCC 13-004, 15 janv. 2013, *Euloge Assoukademey* ; DCC 09-022, 5 mars 2009, *Nadine Menoukon*) ou celui de la réparation (DCC 02-52, 31 mai 2002, *Fanou Laurent*).

⁴⁶⁷ Décision n°014/CC du 22 juin 2017 relative à la demande du premier ministre tendant à l'interprétation de certaines dispositions de la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifiée par la loi n°42/2010 du 2 février 2001.

⁴⁶⁸ En l'espèce, la Cour était saisie d'une demande en interprétation d'une loi organique relative aux pensions de retraite des membres du gouvernement et des parlementaires. Recevant la requête au motif que ledit texte avait, eu égard à son objet, une valeur constitutionnelle, la Cour y apportera d'importantes corrections

également rappeler la jurisprudence ivoirienne du 11 avril 2017⁴⁶⁹ qui a engendré un contrôle « d'organité »⁴⁷⁰ des lois ordinaires. Contrôler une loi par rapport à une autre sans que celle-ci ait une valeur constitutionnelle ou équivalente, n'est-ce pas là une nouvelle compétence du juge ivoirien ? Dernière curiosité en date, la Cour béninoise s'est autorisée à exercer à contrôler des actes communautaires, et se déclare compétente pour écarter leur application en droit interne⁴⁷¹.

238. Finalement, l'accroissement des compétences des juridictions constitutionnelles ne trouve une véritable limite que dans la volonté des juges. C'est ainsi que la Cour gabonaise jugea qu'il lui était impossible de se « substituer au peuple souverain en permettant le maintien en fonction [les parlementaires] sur des périodes tellement longues qu'elles finissent quasiment par couvrir la durée normale d'un mandat ; »⁴⁷², alors qu'elle aurait pu décider du contraire.

239. Dans la régulation des rapports institutionnels, les juridictions africaines régulent autant le fonctionnement des institutions que leurs interactions. De la Constitution béninoise à la dernière Constitution ivoirienne en passant par le texte gabonais de 1991 révisé, la fonction normalisatrice des cours constitutionnelles est tour à tour reprise. Lorsqu'il subsiste un doute créé par le rôle de garant du chef de l'État comme c'est le cas au Niger et au Sénégal, il est toujours contrebalancé par la fonction consultative des cours et conseils constitutionnels. C'est dire que toute juridiction constitutionnelle en Afrique noire

ayant pour objectif de faciliter son application. « Considérant qu'en tant que la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier des pensions de retraite, des membres du Gouvernement, des députés et des sénateurs, modifiée, organise un des droits fondamentaux protégés par la Constitution, en l'occurrence le droit à une pension de retraite pour les anciens travailleurs et agents publics, il doit être regardé comme un texte à valeur constitutionnelle et rentre de ce fait dans la catégorie des textes qui peuvent faire l'objet d'une interprétation par la Cour constitutionnelle, en cas de doute ou de lacune ; », décision précitée, *cons.* 5, nous soulignons.

⁴⁶⁹ Décision n°CI-2017-308/11-04/CC/SG du 11 avril 2017.

⁴⁷⁰ D. OUEDRAOGO, « Quand le conseil constitutionnel ivoirien consacre le contrôle “d'organité” de la loi ordinaire... » in *Afrilex*, 2019, p. 4, (disponible à l'adresse suivante : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/quand-le-conseil-constitutionnel.html?var_mode=calcul).

⁴⁷¹ DCC 19-287, E. DEWEDI. Professeur agrégé des facultés de droit, monsieur Dewedi saisit la Cour suite au refus, opposé par le bâtonnier, d'inscription sur le tableau de la profession d'avocat. En effet, ladite profession était dorénavant réglementée par un acte communautaire, lequel dispose que la profession « est compatible avec les fonctions d'enseignant vacataire », alors que la loi nationale étendait cette compatibilité aux professeurs, agrégés et chargés de cours.

⁴⁷² Décision n°15/CC du 12 juin 2017 relative à la requête présentée par le premier ministre tendant au report des élections législatives.

francophone est potentiellement un organe régulateur dans le silence des textes, et les missions du président de la République n'y changent rien. Par exemple, la Constitution gabonaise ne reprend-elle pas l'article 5⁴⁷³ de la Constitution française de 1958 tout en érigeant la Cour constitutionnelle comme « organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics » ? N'étant pas « organe régulateur » mais plutôt « le garant »⁴⁷⁴ ou celui « qui assure le fonctionnement régulier des pouvoirs publics »⁴⁷⁵, le chef de l'État joue un rôle d'arbitre au sein de l'exécutif ou de l'appareil gouvernemental au sens large ; c'est là le principal point de désaccord⁴⁷⁶ de la doctrine française sur le rôle du président de la République alors qu'en Afrique ledit rôle au sein de l'exécutif ne souffre aucune ambiguïté. En période de cohabitation ou face à des difficultés persistantes mettant en cause les institutions constitutionnelles, la régulation est toujours le fait des juridictions constitutionnelles, et ce même en matière consultative. Inspiré par les avis qu'il pourrait demander à la juridiction constitutionnelle, le président de la République n'est pas « l'arbitre régulateur de toute l'activité politique, pour ne pas dire [le] décideur suprême, inventé par certains »⁴⁷⁷. L'apparente concurrence qu'organiseraient certaines constitutions entre la juridiction constitutionnelle et le chef de l'État en matière de régulation n'est que le fruit d'une interprétation très extensive, voire fantasmée des missions du président, et qui ignore la faculté qu'a ce dernier de saisir l'interprète naturel de la Constitution. En matière consultative, une juridiction constitutionnelle émet une opinion quant à la conformité d'un projet de loi (ordinaire, organique, référendaire, constitutionnelle), d'un traité, voire d'une action envisagée à la constitution. Ceci pour dire que seul le juge de la constitution peut en contrôler le respect par les institutions ou les pouvoirs. Partant de là, si un autre organe de l'État à l'instar du président de la République

⁴⁷³ Il dispose : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. »

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

⁴⁷⁴ Art. 42 de la Constitution sénégalaise.

⁴⁷⁵ Art. 46 al. 4 de la Constitution nigérienne.

⁴⁷⁶ À propos de l'article 5 de la Constitution française, G. CONAC estime que « là où les interprétations divergent, c'est lorsqu'il s'agit de savoir dans quel esprit l'arbitrage doit être assuré et surtout si, outre la fonction de régulation, il n'implique pas une participation active [du président] à la détermination et à la conduite de la Nation, voire une hiérarchisation de la fonction présidentielle par rapport à la fonction gouvernementale. », F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT (dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, 3^e éd., 2009, p. 250.

⁴⁷⁷ P. Ardant, « L'article 5 et la fonction présidentielle » in *Pouvoirs*, n°41, PUF, 1987, p. 44.

était habilité à réguler les institutions et les pouvoirs publics, cela reviendrait à faire de cet organe un autre interprète de la constitution ; un rôle qu'aucune des constitutions sus-évoquées ne reconnaît au chef de l'État. Les juges constitutionnels sont les seuls interprètes de la constitution.

240. Contrairement à l'accroissement des compétences dont il a été fait état précédemment, la régulation ne peut être totalement inscrite dans ce phénomène d'extension. En effet, si l'on excepte les saisines relatives à la répartition des domaines respectifs de la loi et du règlement qui en sont un aspect, la régulation est une mission dont on ne peut préalablement et exactement établir les contours. Elle est par principe constituante par la ou les solution(s) jurisprudentielle(s) qu'elle apporte à une problématique. La régulation institutionnelle⁴⁷⁸ pratiquée par les cours africaines permet d'établir une hiérarchie allant des décisions régulatrices timides à d'autres plus audacieuses. Elles constituent des précédents susceptibles d'être suivis et invoqués pour pérenniser une nouvelle lecture de la constitution quant à l'activité des institutions et des pouvoirs publics.

241. Les décisions béninoise, ELP 01-053⁴⁷⁹ relative au report du second tour de l'élection présidentielle et DCC n°03-078⁴⁸⁰ relative à l'élection des membres du bureau de l'Assemblée nationale, s'inscrivent dans cette logique en posant, pour la première, la possibilité pour la haute juridiction de reporter la tenue d'un scrutin électoral, et pour la seconde, le principe du remplacement de l'autorité défaillante⁴⁸¹. En effet, elle décida

⁴⁷⁸ Celle qui porte sur l'organisation et le fonctionnement des institutions et des pouvoirs publics.

⁴⁷⁹ Décision ELP 01-053 du 17 mars 2001. En l'espèce, la Cour fut confrontée au désistement de l'un des candidats au second tour de l'élection présidentielle, et ce quarante-huit heures avant le scrutin. Invoquant son rôle de régulateur, la Cour s'arrogea le pouvoir de reporter le scrutin à une date ultérieure alors même qu'aucun texte ne lui conférait ce pouvoir, prorogeant ainsi de quelques jours le mandat du président sortant dont le terme est censé correspondre à l'entrée en fonction du président élu. Le professeur F. J. AÏVO n'hésita pas à qualifier la Cour de « co-constituant ». F. J. AÏVO « Les juridictions constitutionnelles et les crises : Cas du Bénin » in *Actes du Ve Congrès de l'Association des cours constitutionnelles francophones*, 2009, disponible à l'adresse suivante : <https://accf-francophonie.org/publication/actes-du-5e-congres/#les-cours-constitutionnelles-et-les-crisis>.

⁴⁸⁰ Décision DCC 03-078 du 12 MAI 2003, Gougbedji Cyrille et AKOBI Issifou Ahmed.

⁴⁸¹ En l'espèce, la haute juridiction était saisie, une seconde fois, des reports de séance intempestifs de la doyenne d'âge qui retardait la formation du bureau de l'Assemblée nationale. Convaincue que la répartition des postes – après l'élection du président de l'Assemblée – devait être fidèle à la configuration politique de la chambre, la doyenne estimait que la première décision⁴⁸¹ rendue par la Cour ne lui indiquait pas la marche à suivre. D'une part, dans leur décision du 12 mai, les juges béninois déclarèrent que la doyenne d'âge avait violé la Constitution en méconnaissant l'autorité des décisions de la Cour. D'autre part, en réaffirmant son rôle d'organe régulateur, la Cour constitutionnelle posa comme règle le remplacement de l'autorité défaillante.

« [qu'] elle est fondée à prendre toute décision pour éviter toute paralysie du fonctionnement des institutions de la République ;

Considérant qu'au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de dire et juger que la doyenne d'âge doit convoquer l'Assemblée nationale dès la date de la présente décision et poursuivre sans discontinuité, c'est-à-dire au cours de la même séance, 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 décision; qu'en tout état de cause, le Bureau de l'Assemblée nationale devra être installé au plus tard le mercredi 14 mai 2003 à minuit »⁴⁸².

242. Dans le même registre, à savoir la constitution du bureau de la chambre législative, la Cour nigérienne parvient en 2014 à la même solution. Saisie par des députés constatant l'inobservation d'un arrêt de la Cour par le président de l'Assemblée, la juridiction nigérienne se découvreit « un rôle de régulation du fonctionnement des institutions et des pouvoirs publics »⁴⁸³ par la combinaison des articles 120 alinéa premier⁴⁸⁴ et 126⁴⁸⁵ de la Constitution. En tant qu'organe régulateur, elle put ainsi « prendre toute décision tendant à prévenir toute paralysie du fonctionnement des institutions de la République »⁴⁸⁶. Prenant la mesure de sa mission, la Cour prévint un blocage du pouvoir législatif, et ce, en autorisant son fonctionnement avec un bureau partiellement constitué⁴⁸⁷.

⁴⁸² Cons. 12 et 13, nous soulignons.

⁴⁸³ Arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

⁴⁸⁴ Il dispose : « La Cour constitutionnelle est la juridiction compétente en matière constitutionnelle et électorale. ».

⁴⁸⁵ « La Cour constitutionnelle se prononce par arrêt, sur :

-la constitutionnalité des lois ;

-le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale avant sa mise en application et ses modifications ;

-les conflits d'attribution entre les institutions de l'État.

La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur toute question d'interprétation et d'application de la Constitution. »

⁴⁸⁶ Cons. 24.

⁴⁸⁷ « [Qu'] il y a lieu de dire que le Président de l'Assemblée nationale est tenu de convoquer l'Assemblée pour la reprise des travaux et poursuivre sans discontinuer l'élection des deux membres du Bureau restants dès notification du présent arrêt ;

[...] qu'en cas de refus d'obtempérer immédiatement à cet arrêt de la Cour constatant la violation de la Constitution et la poursuite du blocage dans le fonctionnement de l'Assemblée nationale, il sera procédé à la mise en œuvre des dispositions de l'article 89 alinéa 6 de la Constitution relatif à la vacance de la présidence de l'Assemblée nationale; que dans ce cas, les membres du Bureau élus continuent l'élection des membres manquants en vertu du principe de continuité du service public; Considérant que tout refus persistant de la part des présidents des groupes parlementaires concernés de déposer des candidatures aux postes vacants est considéré comme une renonciation temporaire à leur droit d'occuper les postes qui leur reviennent conformément à l'article 89 alinéa 1 de la Constitution; que par conséquent, les autres membres du Bureau élus doivent assurer le fonctionnement régulier de l'Assemblée nationale ; » Cons. 28 et s., (nous soulignons).

243. Tout au long de ce qui précède, il fut question d'aborder les changements informels qu'ont apportés les juridictions constitutionnelles africaines sur les règles régissant les principales institutions de l'État. Pris isolément ou en interaction avec un autre, chaque organe a vu son activité lui être précisée, déterminée, voire modifiée par les juges dans un souci de constitutionnalité. Le second temps de ce chapitre sera donc l'occasion d'examiner l'apport de la fonction constituante sur une question ô combien capitale en Afrique : la sauvegarde de la Constitution. Tout en restant une question institutionnelle, puisque faisant principalement intervenir les acteurs précédents, la protection du texte constitutionnel est un impérieux devoir pour les juges africains dans l'accomplissement duquel ils ne feignent point d'être constituants. Une fois de plus, l'apport des juges est ici non négligeable.

SECTION 2. LA CONTRIBUTION DE LA FONCTION CONSTITUTIANTE À LA SAUVEGARDE DE LA CONSTITUTION EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

244. Les jurisprudences constituantes qui seront évoquées et analysées ici ont en commun la sauvegarde de la constitution ou du bloc de constitutionnalité. Incidemment ou non, elles mettent l'accent sur le rapport des juges à la révision constitutionnelle ou à des situations exceptionnelles pouvant conduire au même résultat dans les faits. La résilience de la constitution face à des tentatives de révision, initiées en violation des règles de procédure ou des principes constitutionnels, est accrue par les juridictions constitutionnelles ; une situation somme toute ordinaire dans la mesure où les cours et conseils apparaissent déjà comme les gardiens naturels de la constitution en réalisant le contrôle de constitutionnalité des lois et, parfois, des règlements. Mais, on le verra, ces gardiens vont souvent au-delà des dispositions constitutionnelles et des textes organisant la procédure devant elles dans l'unique but de préserver le texte constitutionnel ; une réponse par l'affirmative à la question

que se posait S. Bolle dans les *Mélanges Dossou*⁴⁸⁸. Pour ce faire, les cours et conseils d'Afrique noire francophone se servent des textes (§2) mais aussi des recours présentés par les institutions et les personnes privées (§1).

§1. LA SAUVEGARDE PAR LES INSTITUTIONS ET LES REQUÉRANTS

245. Les juges vont dans certaines circonstances s'employer à connaître des atteintes au texte fondamental (A) et à conserver, autant que faire se peut, l'aménagement constitutionnel des pouvoirs et des institutions (B).

A. L'ADMISSION DE NOUVEAUX RECOURS ET REQUÉRANTS EN DÉFENSE DE LA CONSTITUTION

246. Dans le cadre d'une révision constitutionnelle, l'accès au prétoire des cours et conseils constitutionnels est une fois de plus facilité bien qu'il ne s'agisse pas d'une tendance générale ; on peut d'ailleurs y voir une contribution incidente à la protection des droits et libertés. La recevabilité des requêtes relatives à des réformes constitutionnelles fit particulièrement couler beaucoup d'encre devant les juridictions ivoirienne et nigérienne.

247. Dans sa décision n°019/CC/SG⁴⁸⁹, qualifiée de « souverainiste »⁴⁹⁰, le Conseil ivoirien endossa le rôle de défenseur de la Constitution au plus fort de la crise politico-

⁴⁸⁸ « La traditionnelle déférence du juge envers le Constituant – laisser faire, laisser passer – est communément perçue, dans les démocraties émergentes, comme une indifférence coupable aux usages pervers de la Constitution, au travestissement du constitutionnalisme. Dès lors, au nom “de principes et valeurs tirés de l'esprit supérieur de la Constitution”, le garant de la Constitution peut-il ou doit-il s'octroyer un droit exorbitant de regard ou de veto sur les autres institutions pour empêcher des “révisions dangereuses” ou un changement régressif de Constitution, voire se substituer provisoirement au Constituant dérivé pour sauvegarder l'ordre constitutionnel ? », S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 263.

⁴⁸⁹ Décision n°019/CC SG du 06 décembre 2006 relative à la résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations Unies portant modification de la répartition des compétences entre les institutions de la République de Côte d'Ivoire.

⁴⁹⁰ G.-F. NTWARI, « La décision du Conseil constitutionnel ivoirien n°CI-20011-036 du 4 mai 2011 » in *RQDI*, vol. 24-1, 2001, p. 410.

militaire ivoirienne. Le Conseil fut saisi d'une résolution⁴⁹¹ du Conseil de sécurité des Nations unies censée conduire à une sortie de crise. Touchant à divers aspects du droit constitutionnel ivoirien, l'internationalisation de la solution à la crise opérerait une révision de la constitution ivoirienne. Invité à contrôler la constitutionnalité de cette résolution, le Conseil fonda exceptionnellement la recevabilité du recours sur son rôle de régulateur au moyen d'une motivation aussi concise que péremptoire.

« Considérant qu'en vertu de l'article 88 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics ; Considérant que la Résolution 1721 du Conseil de Sécurité des Nations Unies en date du 1er novembre 2006 sur la situation en Côte d'Ivoire comporte des dispositions tendant à modifier la répartition des compétences entre les Institutions de la République de Côte d'Ivoire ; Que l'application de ladite Résolution est de nature à porter atteinte au fonctionnement régulier des pouvoirs publics ; Que le Conseil constitutionnel est fondé à se prononcer sur sa conformité à la Constitution de la République de Côte d'Ivoire ; »⁴⁹².

248. Il préserva ainsi l'intégrité de la Constitution ivoirienne en élargissant les cas de saisine en matière conventionnelle puisqu'il ne rentrait pas dans ses compétences de contrôler la constitutionnalité des actes internationaux non soumis à ratification à l'instar des résolutions du Conseil de sécurité. La décision est d'ailleurs dite « souverainiste » dans la mesure où elle remettait en cause l'autorité⁴⁹³ des résolutions du Conseil onusien prises dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Par ailleurs, le Conseil ivoirien invoqua à nouveau son rôle de régulateur dans l'avis de 2010 relatif à la prestation de serment d'Alassane Ouattara en tant que président de la République alors que les juges avaient conclu à la réélection de Laurent Gbagbo. En effet, le 3 décembre 2010, le candidat Ouattara prêta

⁴⁹¹ S/RES/1721 (2006) du Conseil de sécurité des Nations Unies. L'acte onusien préconisait une modification substantielle des attributions du premier ministre au détriment du chef de l'État durant la période de transition. Investi d'un mandat et ayant « toute l'autorité nécessaire sur les Forces de défense et de sécurité de Côte d'Ivoire », ce premier ministre fort devait finalement être la cheville ouvrière du processus de paix ; ce qui n'était pas sans conséquences pour le régime présidentiel ivoirien posé par la constitution de 2000. En outre, le Conseil constitutionnel se voyait lui aussi perdre le contrôle des processus électoraux et de leur contentieux au profit d'un Haut représentant pour les élections en Côte d'Ivoire, nommé par le Secrétaire général des Nations unies.

⁴⁹² Décision n°019/CC SG du 06 décembre 2006 relative à la résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations Unies portant modification de la répartition des compétences entre les institutions de la République de Côte d'Ivoire, *cons.* 2 à 5.

⁴⁹³ L'article 25 de la Charte des Nations Unies dispose : « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte. ».

serment après avoir été déclaré vainqueur de l'élection présidentielle par l'organe chargé des élections. Invalidant une partie des résultats provisoires par la suite, le Conseil constitutionnel proclama⁴⁹⁴ la victoire du président sortant L. Gbagbo qui prêtera serment devant la haute juridiction le lendemain, soit le 4 décembre. La Côte d'Ivoire se retrouvait ainsi avec deux chefs d'État ; une situation qui mettait en péril tant les institutions que la constitution. La recevabilité de la requête présentée par le président Gbagbo ne tint une fois de plus qu'à « l'office » du juge constitutionnel ivoirien puisqu'il lui appartenait de donner son avis « sur le point de savoir si [la situation décrite ci-dessus était] de nature à violer la Constitution ; ».

249. La Cour nigérienne fit preuve de plus de souplesse sur la qualité des requérants en matière de révision constitutionnelle. Ce fut le cas dans le fameux arrêt n°04/CC/ME déjà examiné. Saisie dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret portant convocation du corps électoral pour l'adoption d'une nouvelle constitution, la juridiction nigérienne reçut ledit recours en se fondant moins sur les règles en la matière que sur la fonction politique des requérants qui étaient des partis politiques. Cela suffit à leur reconnaître la qualité et l'intérêt à agir. Aussi louable soit-il, si l'objectif était d'empêcher le président de la République de briguer un troisième mandat en se servant d'une disposition analogue à l'article 11 de la Constitution française de 1958, la recevabilité de la requête pêche sur plusieurs points. Il y a sans nul doute une confusion, faite par la Cour nigérienne, entre l'intérêt et la qualité des requérants. D'une part, l'invocation d'un article aussi général que l'article 9⁴⁹⁵ de la Constitution sans autre précision ne convainc pas, bien que l'intérêt à agir des requérants soit plus que légitime. D'autre part, les contours de cette qualité à agir reconnus aux partis sont imprécis. Devrions-nous, à la lecture de cette jurisprudence, considérer que l'ensemble du mouvement partisan ait qualité pour agir contre tout acte relatif à la matière électorale ? La Cour nigérienne semble l'admettre.

⁴⁹⁴ Décision n°CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG relative à la prestation de serment par écrit de monsieur OUATTARA Alassane et les actes qui en découlent.

⁴⁹⁵ L'article 9 alinéa 2 de la Constitution de la Vème République disposait : « Les partis et groupements de partis politiques concourent à l'expression des suffrages. Les mêmes prérogatives sont reconnues à tout citoyen nigérien jouissant de ses droits civils et politiques et remplissant les conditions d'éligibilité prévues par la loi. ».

B. LE MAINTIEN ET L'ADAPTATION DES INSTITUTIONS CONSTITUTIONNELLES
AUX SITUATIONS EXCEPTIONNELLES

250. Aussi exceptionnelles que puissent être certaines situations politiques en Afrique, la fidélité de la jurisprudence constitutionnelle au texte fondamental semble ne pas s'éroder. S'il n'est pas toujours et formellement question d'une révision constitutionnelle, la constitution peut être affectée par le contexte qui prévaut à un certain moment. Suivant la gravité de la situation et les intérêts en présence, la lecture et surtout l'application de la constitution peuvent être altérées comme le montre la résolution onusienne sur la crise ivoirienne. Est-ce finalement au texte de se conformer aux faits ou l'inverse ? L'action régulatrice ou corrective des juridictions constitutionnelles montre bien que toute situation, aussi extraordinaire soit-elle, doit pouvoir être appréhendée et régie par la constitution en vigueur. Dans cette optique, les juges constitutionnels africains convoquent encore tous les institutions et pouvoirs publics pour « sauver » la constitution.

251. L'avis⁴⁹⁶ du Conseil ivoirien en date du 15 décembre 2005 confirme ce sauvetage. Cet avis fut rendu alors que l'intégrité territoriale ivoirienne était compromise par des milices qualifiées de rebelles par le pouvoir central. L'occupation du nord du pays, par les forces nouvelles de Côte d'Ivoire (FNCI), empêchait l'organisation des élections législatives dans les délais constitutionnels. D'où la requête adressée par le chef de l'État au Conseil constitutionnel. Alors que le président de la République avait décidé de la mise en œuvre de ses pouvoirs exceptionnels, le Conseil ivoirien estima « qu'aussi longtemps que l'article 48⁴⁹⁷ sera en application, le Parlement demeure en fonction ; »⁴⁹⁸. Pour parvenir à cet expédient, les juges mirent en avant les dangers d'une vacance du pouvoir législatif pour « la séparation des pouvoirs et l'équilibre des pouvoirs, [...], l'exercice de la souveraineté du

⁴⁹⁶ Avis n°2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005.

⁴⁹⁷ L'article 48 de la Constitution de 2000 disposait : « Lorsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances après consultation obligatoire du Président de l'Assemblée nationale et de celui du Conseil constitutionnel. ».

⁴⁹⁸ Cons. 5.

peuple par ses représentants, [...] et la continuité de la vie de la Nation [...] »⁴⁹⁹. En déclinant ces principes et valeurs, le Conseil fit finalement allusion à ceux sur lesquels reposait la Constitution du 23 juillet 2000.

252. Si l'exercice fut délicat en Côte d'Ivoire, il fut – pour nombre de commentateurs – maladroit au Gabon dans la décision n°219/CC⁵⁰⁰ du 14 novembre 2018. En l'espèce, le premier ministre saisit la Cour d'une demande en interprétation des articles 13 et 16 suite aux problèmes de santé⁵⁰¹ du Chef de l'État hospitalisé à l'étranger. Écartant l'hypothèse de la vacance, la Cour s'efforça d'adapter la Constitution aux circonstances. C'est ainsi qu'elle consacra « l'indisponibilité temporaire », à mi-chemin entre l'exercice effectif d'une fonction et sa vacance, en décidant que

« L'article 13 de la Constitution comporte une lacune qu'il convient de combler en lui ajoutant un autre alinéa ainsi libellé : "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 1er, peuvent être exercées selon le 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" »⁵⁰².

253. L'exercice est en effet maladroit, car si l'objectif affiché est celui « de la continuité de l'État et du service public », il ne fait aucun doute que la décision rendue tend moins à sauvegarder la Constitution qu'à maintenir le titulaire de la fonction en poste. D'autre part, l'exclusion de certaines compétences présidentielles démontre la volonté de la haute juridiction de ne pas créer un régime *sui generis*. Cela tend finalement à conserver l'essence de la fonction présidentielle au Gabon. La décision n°219 s'inscrit dans une logique de sauvegarde de la Constitution, selon la Cour, si l'on estime que les compétences déléguées au vice-président et au premier ministre ne portent pas atteinte à la fonction exécutive du Chef de l'État, à la séparation des pouvoirs et donc à la Constitution. Néanmoins, s'il n'y

⁴⁹⁹ Cons. 4.

⁵⁰⁰ Décision n°219/CC⁵⁰⁰ 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.

⁵⁰¹ Sur cette notion, v. J. M. BIKORO, « Réflexions sur un tabou du constitutionnalisme africain : la santé du président de la République » in *Afrilex* [en ligne], 2020, 32 pages, disponible à l'adresse suivante : http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/afrilex_bikoro_reflexions_sur_un_tabou_du_constitutionnalisme_africain_la_sant_e_du_president_de_la_republique.pdf

⁵⁰² Article 1^{er} du dispositif de la décision précitée.

pas de régime *sui generis*, l'intervention permanente de la Cour via les autorisations spéciales pour exercer ce qui reste de la fonction exécutive (ou gouvernementale) place cette dernière sous la dépendance des juges. D'aucuns diront certainement que la Constitution a été plus dénaturée que sauvegardée.

254. Qu'à cela ne tienne, les juridictions constitutionnelles se servent effectivement des requérants, des recours et des requêtes qui leur sont présentés pour sauvegarder la constitution. Au surplus, un autre procédé reposant cette fois-ci sur les textes est également à l'œuvre pour parvenir au même résultat.

§2. LA SAUVEGARDE PAR LES TEXTES

255. Si elles contrôlent la régularité de la procédure de révision, les juridictions constitutionnelles africaines n'examinent pas la constitutionnalité des lois ainsi adoptées. Néanmoins, elles peuvent être consultées sur la constitutionnalité des projets et propositions de lois entrant dans ce domaine. Dans cette mission de conseil auprès des requérants privilégiés ou au contentieux, les cours et conseils se sont distingués en écartant d'autres modalités de révision constitutionnelle (A) et en complexifiant la procédure prévue à cet effet (B).

A. L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROCÉDURE DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

256. L'existence d'un titre ou de dispositions organisant les modalités d'une révision constitutionnelle rend inconstitutionnel le recours à toute autre disposition.

257. Le développement de techniques de démocratie directe est à l'origine d'une confusion entre les différentes consultations populaires que permettent les textes constitutionnels. À l'instar de l'actuelle Constitution française, les textes africains prévoient un mécanisme d'adoption des lois ordinaires par voie référendaire⁵⁰³. La tentation de miser sur la forme, le recours au peuple, et non sur le fond l'emporte très souvent sur les

⁵⁰³ v. les articles 58 et 108 de la Constitution béninoise, l'article 60 de la Constitution nigérienne, l'article 75 de la Constitution ivoirienne, l'article 51 de la Constitution sénégalaise (version antérieure à la révision de 2019) et l'article 18 de la Constitution gabonaise.

prescriptions constitutionnelles. Les juridictions constitutionnelles africaines ont ainsi dû faire face à des tentatives de détournement des procédures de consultations populaires pour réviser la constitution. L'occasion leur a été donnée de réaffirmer l'exclusivité de la procédure de révision en battant en brèche une interprétation gaullienne⁵⁰⁴ du référendum législatif ; c'est bien là l'exercice d'une fonction constituante interprétative qui neutralise une certaine lecture de la constitution. On évoquera en ce sens l'avis⁵⁰⁵ rendu par le Conseil ivoirien par lequel il estima que

« [...] l'expression "tout texte ou toute question" contenue dans l'article 43-1 de la Constitution ne peut s'entendre de la révision constitutionnelle, réglementée par les articles 124 à 127 du titre XIV de la Constitution. »⁵⁰⁶.

258. Avec moins d'originalité⁵⁰⁷, une solution analogue fut dégagée dans l'arrêt emblématique du 12 juin 2009 rendu par la Cour nigérienne dans lequel la haute juridiction annula le décret de convocation du corps électoral au motif

« [...] qu'en l'état actuel des dispositions constitutionnelles, l'opération projetée par le décret attaqué s'analyse en une révision intégrale de la Constitution en vigueur ; [...] Considérant dès lors que toute révision de la Constitution ne peut s'envisager hors la procédure prévue à l'article 135 [...] »⁵⁰⁸.

259. Mais, comme le souligna la Cour, il s'agissait d'un référendum sur l'adoption d'une nouvelle constitution et non sur la révision de la constitution en vigueur. L'intérêt de cette décision pour notre travail se donne finalement à voir dans la consécration d'une unique procédure pour changer *la* constitution et changer *de* constitution. Qu'est-ce qu'une révision « intégrale » si ce n'est l'adoption d'un nouveau texte au final ? La Cour nigérienne consacra en fin de compte les modalités d'exercice du pouvoir constituant originaire calquées sur celles du pouvoir dérivé. Une position que la Cour affirmait déjà dans son avis n°2/CC⁵⁰⁹ du 25 mai 2009.

⁵⁰⁴ G. CONAC, « Les débats sur les référendums de la V^e République » in *Pouvoirs*, n°77, Seuil, 1996, p.102.

⁵⁰⁵ Avis n°004/CC/SG du 17 décembre 2003.

⁵⁰⁶ Cons. 6.

⁵⁰⁷ La Constitution nigérienne de l'époque excluait déjà la révision constitutionnelle du champ de la consultation populaire initiée sur le fondement de l'article 49 alinéa 1.

⁵⁰⁸ Cons. 7 et 9.

⁵⁰⁹ « Le Niger étant actuellement régi par la Constitution du 9 août 1999, une nouvelle Constitution ne peut donc être envisagée qu'à travers la révision intégrale de la loi fondamentale, impossible par ailleurs du fait des restrictions imposées par l'article 136 de la Constitution. ».

260. Par un raisonnement différent, le Conseil ivoirien rejoignit la Cour nigérienne à propos de la procédure de révision. Il l'étendit au changement de constitution sans pour autant en faire l'unique procédure. Saisis par des partis politiques contestant l'adoption de la Constitution ivoirienne de 2016 par la procédure de révision prévue par le texte 2000, les conseillers d'Abidjan décidèrent

« [...] qu'aucun texte de loi, dans le droit positif ivoirien, n'indique une procédure obligatoire à suivre pour l'adoption d'une nouvelle Constitution, Que c'est certainement la raison pour laquelle les requérants n'ont pas indiqué la procédure qui devrait être suivie, et qui ne l'a pas été ; Que dès lors, il ne peut être reproché au Gouvernement d'avoir [suivi la procédure de révision constitutionnelle]. »⁵¹⁰.

261. Par cette extension du champ concerné par la révision et au regard de la jurisprudence antérieure, les juges ivoiriens accréditèrent l'idée selon laquelle la constitution de 2000 ne pouvait faire l'objet d'une modification ou être remplacée en dehors des dispositions du titre XIV. Celles-ci organisaient une procédure dont l'initiative appartenait concurremment au Chef de l'État et aux députés. La révision devait obligatoirement être précédée d'un « vote de prise en compte »⁵¹¹ à l'Assemblée nationale avant d'être soumise au référendum⁵¹² ou, à nouveau, à l'Assemblée⁵¹³.

262. Finalement, seul le juge sénégalais autorisa le contournement de la procédure de révision de la Constitution de 1963 ou le changement de constitution. Dans une affaire n°3/2000⁵¹⁴, le Conseil jugea que la constitution ne distinguait pas les référendums législatif et constitutionnel. Le président de la République pouvait ainsi proposer une nouvelle constitution sur le fondement de l'article 46 (équivalent de l'article 11 de la Constitution française de 1958) sans recourir à la procédure de révision.

⁵¹⁰ Décision n°CI-2016-R-173/04-11/CC/SG du 4 novembre 2016 portant proclamation du résultat définitif du référendum du 30 octobre 2016 pour l'adoption de la constitution.

⁵¹¹ Article 125 de la Constitution ivoirienne de 2000 : « Pour être pris en considération, le projet ou la proposition de révision doit être voté par l'Assemblée nationale à la majorité des 2/3 de ses membres effectivement en fonction. ».

⁵¹² Article 126 al. 2 : « Est obligatoirement soumis au référendum le projet ou la proposition de révision ayant pour objet l'élection du Président de la République, l'exercice du mandat présidentiel, la vacance de la Présidence de la République et la procédure de révision de la présente Constitution. ».

⁵¹³ Article 126 al. 3 : « Le projet ou la proposition de révision n'est pas présenté au référendum dans toutes les autres matières lorsque le Président de la République décide de le soumettre à l'Assemblée nationale. Dans ce cas, le projet ou la proposition de révision n'est adopté que s'il réunit la majorité des 4/5 des membres de l'Assemblée nationale effectivement en fonction. ».

⁵¹⁴ Décision n°3/2000 du 9 novembre 2000.

B. LE DURCISSEMENT DE LA PROCÉDURE DE RÉVISION

263. Une fois de plus, à l'image d'un dernier rempart censé protéger la constitution, les juges constitutionnels africains s'ingénient à remettre en cause des révisions susceptibles d'altérer l'esprit ou les principes fondateurs de la constitution. Alors même que toutes les conditions semblent être réunies pour opérer une révision de la constitution, les juges africains vont accroître la rigidité du texte ou restreindre la portée de la révision. Ce n'est pas un constat qui peut se vérifier auprès de toutes les juridictions. La complexification de la procédure de révision en Afrique est un fait rarissime reposant sur deux principales jurisprudences, béninoise et sénégalaise.

264. Intéressons-nous, d'abord, à la décision dite *consensus national*⁵¹⁵ de la Cour constitutionnelle béninoise. La Cour fut saisie de plus d'une vingtaine de recours contre la loi portant révision de l'article 80⁵¹⁶ de la Constitution et les juges censurèrent ladite loi pour avoir méconnu tant les conditions d'une révision qu'un principe dégagé par eux. D'une part, la juridiction béninoise précisa que le vote de prise de compte⁵¹⁷ de la révision par l'Assemblée nationale n'était en rien facultatif ; une étape de la procédure que les parlementaires avaient négligée en l'espèce. D'autre part, aspect qui nous intéresse particulièrement, la Cour posa des conditions supplémentaires de révision. Ainsi, « [...] 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 commandent 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 »⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Décision DCC 06-074 du 08 juillet 2006, *Ahossi Jean Irené et consorts*.

⁵¹⁶ « Les députés sont élus au suffrage universel direct. La durée du mandat est de quatre ans. Ils sont rééligibles. Chaque député est le représentant de la Nation toute entière et tout mandat impératif est nul. »

⁵¹⁷ Article 154 de la Loi fondamentale béninoise : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République, après décision prise en Conseil des ministres, et aux membres de l'Assemblée nationale. Pour être pris en considération, le projet, ou la proposition de révision, doit être voté à la majorité des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale. », (nous soulignons).

⁵¹⁸ Dernier cons., nous soulignons.

265. Comme nous l'évoquions dans les propos introductifs de ce premier titre, le Bénin bascula très vite dans une instabilité politique rythmée par des coups d'État au sortir de la colonisation, et ce, jusqu'à la Conférence nationale et souveraine de février 1990. De cette constituante réunissant « les forces vives de la Nation » naîtra la Constitution de décembre 1990, traduction fidèle d'un nouveau régime libéral et démocratique. En faisant du consensus national⁵¹⁹ un principe constitutionnel, le juge béninois fait d'une situation exceptionnelle et déterminante dans l'adoption du texte en vigueur une condition de sa révision. En d'autres termes, la révision de la Constitution béninoise nécessiterait la convocation d'une nouvelle Conférence nationale ou d'une instance analogue permettant de dégager un consensus sur l'opportunité d'une révision. Il s'agit purement et simplement d'une limitation du pouvoir constituant dérivé par la Cour dont on ne peut encore mesurer la portée puisque seule ladite juridiction demeure compétente pour découvrir « ces idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990 ». Cette jurisprudence a d'ailleurs été perçue comme l'illustration d'un contrôle de constitutionnalité des lois de révision par les juges béninois ; ce qui constituerait une autre forme de complexification de la procédure de révision. Mais, en réalité, le juge béninois n'a jamais contrôlé une loi constitutionnelle comme peut le faire le juge gabonais⁵²⁰. Il s'agit d'une erreur imputable au septième article⁵²¹ du dispositif de la décision de la haute juridiction qui, elle, croit fermement contrôler un acte du pouvoir dérivé après avoir elle-même relevé la violation de la procédure de révision. En effet, en ignorant le vote de prise en compte imposé par la Constitution de 1990, les parlementaires ne s'inscrivaient plus dans le cadre d'une procédure de révision. En présence d'une telle violation des règles de procédure, on ne pouvait qualifier ce texte de loi constitutionnelle. Les élus ont plutôt adopté une loi ordinaire à une majorité renforcée.

⁵¹⁹ v. également, sur d'autres questions, les décisions DCC 10-025 du 11 mars 2010, DCC 10-049 du 5 avril 2010 et DCC 10-050 du 14 avril 2010.

⁵²⁰ V. Le huitième aliéna de l'article 58 nouveau de la Loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par l'ordonnance n° 010/PR/2021 du 06/09/2021. Il dispose en effet : « Lorsque la révision est acquise par voie parlementaire, le texte adopté est obligatoirement soumis à la Cour Constitutionnelle avant sa promulgation. ».

⁵²¹ L'article 7 dispose : « Toutes les dispositions de la Loi constitutionnelle n°2006-13 portant révision de l'article 80 de la Constitution du 11 décembre 1990 votée par l'Assemblée Nationale le 23 juin 2006 sont contraires à la Constitution. »

266. Dans une autre décision⁵²² de 2001, la Cour censura une loi organique organisant le recours au référendum⁵²³ au motif que celle-ci devait exclure de son champ d'action «[...] 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 ; »⁵²⁴.

267. Il est bien évidemment inutile de préciser qu'en dehors de la forme républicaine du gouvernement et de la laïcité les autres limitations étaient l'œuvre de la Cour.

268. Au Sénégal, le Conseil apporta également des limites au pouvoir constituant dérivé. Il le fit en interdisant qu'il soit porté atteinte à des situations constitutionnellement établies. Autrement dit, la haute juridiction complexifia la révision constitutionnelle en en restreignant simplement la portée. Ce fut le cas dans la décision n°1/C/2016 du 12 février 2016. Voulant matérialiser une promesse de campagne, le nouveau président sénégalais entreprit de réduire la durée du mandat présidentiel et d'en faire une disposition intangible à l'instar de la forme républicaine du gouvernement. Saisi dudit projet de révision présenté, les conseillers le censurent sur la question du mandat en considérant que

« [...] le mandat en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi de révision, par essence intangible, est hors de portée de la loi nouvelle ;[...] ; Considérant, en effet, que ni la sécurité juridique, ni la stabilité des institutions ne seraient garanties si, à l'occasion des changements de majorité, à la faveur du jeu politique ou au gré des circonstances notamment, la durée des mandats politiques en cours, régulièrement fixée au moment où ceux-ci ont été conférés pouvait, quel que soit au demeurant l'objectif recherché, être réduite ou prolongée ; »⁵²⁵.

269. Solution de bon sens, la décision n°1/C/2016 tend à préserver les mandats politiques mais surtout les décisions du Conseil qui en établissent l'expiration. En outre, cette restriction du pouvoir constituant s'explique autant par la valeur

⁵²² Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2001, Loi organique portant conditions de recours au référendum.

⁵²³ Selon l'article 4 de la Constitution « Le Peuple exerce sa souveraineté par ses représentants élus et par voie de référendum. Les conditions de recours au référendum sont déterminées par la présente Constitution et par une loi organique » (nous soulignons).

⁵²⁴ Cons. 5.

⁵²⁵ Cons. 30 et 32, nous soulignons.

supraconstitutionnelle⁵²⁶ que la même révision donnait au mandat présidentiel que par des objectifs de valeur constitutionnelle. Le Conseil posa ainsi que la « sécurité juridique et la stabilité des institutions » étaient au nombre de ces objectifs que devrait prendre en compte le constituant dérivé.

⁵²⁶ À l'instar de la forme républicaine du gouvernement, la durée du mandat présidentiel au Sénégal ne peut faire l'objet d'une révision.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

270. Depuis 1992, les cours et conseils constitutionnels africains sont à l'origine de plusieurs modifications informelles de la Constitution en ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement et les compétences des institutions républicaines. L'exercice de la fonction constituante par les juges est quantitativement et qualitativement plus important dans le contentieux des institutions. En effet, en s'en affranchissant ou en l'ignorant, les pouvoirs constitutionnels ont mis à mal la normativité des énoncés constitutionnels. L'action des juridictions constitutionnelles sur les principaux organes constitutionnels se veut donc corrective selon elles.

271. En s'inspirant des grands principes de la science constitutionnelle, du constitutionnalisme hérité de la période coloniale et, dans une moindre mesure, des précédents étrangers, les juges normalisent la pratique des institutions africaines. La pratique de la constitution par les pouvoirs constitutionnels est tumultueuse et, parfois, attentatoire au texte. Maladresse ou malveillance de la part desdites autorités, les juridictions ont en quelque sorte mis un terme à des libertés effectivement prises ou qu'auraient tenté de prendre les institutions avec la constitution. Le texte et son esprit sont alors tour à tour opposés, par les juges, aux pratiques institutionnelles inconstitutionnelles.

272. À bien y regarder, le pouvoir créateur des juges ne remet que très rarement en cause les logiques et dynamiques de la constitution en Afrique. Sans occulter certains avis et décisions qui nuanceraient fortement ce qui suit, les juridictions constitutionnelles font vivre les fondements sur lesquels les constituants africains ont entendu asseoir les textes fondamentaux. C'est d'ailleurs en rappelant inlassablement ces fondements ou les dispositions qui les traduisent que les cours et conseils *construisent* les constitutions en prescrivant, dans le silence des textes ou non, l'application idoine aux éminents organes de

l'État. Toutefois, et nous en avons pris la mesure, les juridictions dépassent largement le cadre de la prescription. La justice constitutionnelle institutionnelle est en effet devenue sanctionnatrice de certains comportements. Des sanctions dont la portée est encore incertaine.

CHAPITRE II. LA FONCTION CONSTITUANTE DANS LE CONTENTIEUX NON INSTITUTIONNEL

274. La fonction constituante est réduite à sa portion congrue dans le contentieux non institutionnel. Les droits et libertés, les finances publiques et la politique étrangère sont au nombre de ces matières qui, si elles ont constitué des occasions pour les juges de créer du droit, forment un ensemble peu cohérent. Malgré l'hétérogénéité du contentieux non institutionnel, ses composantes ont en commun le champ de compétences des juridictions constitutionnelles. En effet, les Cours et Conseils africains ont très tôt hérité de ces contentieux. Dès l'instauration des juridictions concernées, les finances publiques et les accords internationaux relevaient de la justice constitutionnelle subsaharienne francophone. Quant au contentieux des libertés, il a toujours été compris dans le contrôle de constitutionnalité même s'il a été nettement mis en avant par le recours direct⁵²⁷ en inconstitutionnalité et l'exception d'inconstitutionnalité. Cela explique certainement la plus grande attention qu'accordent les juges à ce sujet par rapport aux affaires budgétaires et conventionnelles, et ce, d'autant plus que les constitutions africaines s'adonnent à un notable et substantiel exposé de droits et libertés. En moyenne, plus d'une vingtaine des dispositions constitutionnelles en vigueur sont consacrées à ces « mot[s]-valise fourre-tout »⁵²⁸, à ces facultés et prérogatives individuelles. Qualifiés de « fondamentaux » pour des raisons historiques⁵²⁹ évidentes, ils se recoupent et se confondent inévitablement avec les droits de l'homme ; notion qui n'est pas étrangère aux ordres juridiques africains.

⁵²⁷ On pense ici aux constituants béninois et gabonais qui ont très tôt permis au juge constitutionnel de connaître du recours direct allant même jusqu'à concurrencer le rôle du juge administratif. *v.* en ce sens l'article de C. K. TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? » in *RFDC*, 2008, n°75, p. 551-583.

⁵²⁸ G. CORNU, « Fondamentaux » in *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, p. 467.

⁵²⁹ On pense ici à la formulation retenue par la Constitution allemande d'après-guerre.

Qu'à cela ne tienne, il nous faut partir de la constitution pour désigner ce qui entre dans la catégorie des droits et libertés « fondamentaux⁵³⁰ », dits aujourd'hui *constitutionnels*⁵³¹, mais également de la jurisprudence des Cours et Conseils. En effet, c'est l'apport des cours constitutionnelles qui justifie l'examen des droits et libertés (Section 1) et des domaines financier et conventionnel (Section 2) dans le cadre de ce chapitre.

SECTION 1. L'EXERCICE ASYMÉTRIQUE DE LA FONCTION CONSTITUANTE DANS LE DOMAINE DES DROITS ET LIBERTÉS.

275. Il faut d'emblée l'admettre, le pouvoir créateur des juges constitutionnels africains consiste moins dans la consécration de nouveaux droits que dans la protection et l'aménagement de ceux existants. À ce propos, les cours et conseils sont loin de poursuivre une seule et même trajectoire en la matière. En effet, l'orientation de la jurisprudence constituante sur les droits et libertés en Afrique tient compte du statut des personnes concernées. Ainsi, on relève une attention toute particulière accordée aux libertés en lien avec des fonctions publiques et électives au sens large (§2) ; une attention ou plus précisément une prudence qui contraste avec la position des juges quand il est question des droits et libertés individuels (§1).

⁵³⁰ Seules les constitutions béninoise, gabonaise et sénégalaise retiennent une formulation similaire. En Côte d'Ivoire et au Niger, il est respectivement fait mention de « droits de la personne humaine » (art. 2) et de « droits et devoirs de la personne humaine » (Titre III) pour en souligner l'essentialité.

⁵³¹ La notion de droit(s) constitutionnel(s) est inexistante en dehors de la jurisprudence des Cours et Conseils. Une catégorie est certes créée mais elle est peu viable dans la mesure où son contenu n'est en rien original. En effet, on y retrouve des droits individuels et collectifs qualifiés de droits de l'homme ou de droits fondamentaux. Finalement, ils ne sont dits « constitutionnels » qu'en raison de leur valeur constitutionnelle en droit interne.

§1. LA MODESTE CONTRIBUTION DU JUGE CONSTITUANT AUX DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS EN AFRIQUE

276. Les textes constitutionnels du *Renouveau démocratique africain*⁵³² n'ont pas été le fruit d'un simple réaménagement des dispositions constitutionnelles des textes antérieurs. Sur la question des droits et libertés, le constituant africain a plus ou moins cessé de renvoyer totalement aux déclarations africaine, française ou onusienne (B) et préfère lister, dans le corps de la constitution, les droits qu'il juge fondamentaux ; ce qui peut expliquer en partie – car d'autres facteurs ne sont pas à négliger (A) – les timides innovations du constituant de robe dans ce contentieux en Afrique noire (C) car, comme le pense M.-C. Ponthoreau⁵³³, le caractère lacunaire des constitutions est au nombre des « conditions propices à la reconnaissance de droits non écrits », et ce même si l'auteur reconnaît en même temps que la complétude n'est pas un obstacle au pouvoir créateur des juges. Une actualisation est donc toujours indispensable.

A. L'EXISTENCE DE MÉCANISMES CONTINENTAUX ET SOUS-RÉGIONAUX DE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS : UNE CAUSE DU SELF-RESTRAINT DU JUGE CONSTITUANT ?

277. Contrairement au contentieux institutionnel, celui des droits et libertés est investi par plusieurs acteurs. La protection des droits et libertés est une question traitée à tous les niveaux. La présence d'institutions, politiques ou juridictionnelles, régionales et continentales, pourrait expliquer la modeste contribution du juge constituant dans le contentieux des libertés. Les nombreux dispositifs de protection rendent compte d'une pluralité d'instruments (chartes, traités, protocoles). Des instruments parfois adoptés avant l'entrée en vigueur des constitutions africaines. Ceci pour dire qu'au moment où les juridictions constitutionnelles autonomes émergent au début des années quatre-vingt-dix,

⁵³² Il est fait ici allusion aux constitutions issues des Conférences nationales voire postérieures à celles-ci.

⁵³³ M.-C. PONTHEAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, pp. 33-52.

des organes supra-étatiques plus ou moins spécialisés ont déjà été institués ou le seront très peu de temps après ; et cela a certainement pu avoir une influence sur les juges dans leur mission de protection et justifier ainsi un *self-restraint*. Impossible en effet de faire abstraction d'institutions et de mécanismes régionaux ou continentaux hautement spécialisés – car exclusivement dédiés à la protection des libertés – et de ne pas penser, en tant que juges constitutionnels, qu'il n'y aurait plus rien à apporter ; qu'il n'y aurait plus de normes à découvrir.

278. Pour cette raison, nous nous proposons de présenter sommairement ici les différents mécanismes de protection des droits en Afrique, encore aujourd'hui peu connus. Il sera laissé de côté les organisations purement politiques telles que l'Union africaine ou le Mécanisme africain d'évaluation par les pairs (MAEP) de 2003, un instrument à vocation continentale. Parmi ses nombreux objectifs liés à la gouvernance, cet accord entend permettre une évaluation des questions démocratique et politique dans les pays qui y ont adhéré.

279. L'institution majeure en matière de protection est bien évidemment la Cour africaine des droits de l'homme (CADHP), créée par le protocole du 9 juin 1998 – entré en vigueur en janvier 2004 – relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Basée à Arusha, la Cour est composée de onze (11) juges issus des États membres de l'Union africaine,

« [...] élus à titre personnel parmi des juristes jouissant d'une très haute autorité morale, d'une compétence et expérience juridique, judiciaire ou académique reconnue dans le domaine des Droits de l'Homme et des Peuples »⁵³⁴.

280. En effet, comme le suggère déjà le profil des juges, la Cour est entre autres compétente

« [...] pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument⁵³⁵ pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés. »⁵³⁶.

⁵³⁴ Article 11 al.1^{er} du protocole.

⁵³⁵ On se limitera à donner l'exemple du Protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes de 2003, qui dispose que « La Cour [...] est compétente pour connaître des litiges relatifs à l'interprétation du présent Protocole, découlant de son application ou de sa mise en œuvre. » (article 25).

⁵³⁶ Article 3 al. 1^{er} du protocole.

281. Mais, comme cela l'est souvent souligné, la Cour est venue compléter et renforcer un mécanisme de protection des droits et libertés. Avant son installation, la promotion et la protection des droits de l'homme à l'échelle continentale étaient assurées par la Commission africaine des droits de l'homme (ComADHP). Regroupant elle aussi onze (11) membres, la Commission fut créée par la Charte elle-même⁵³⁷. Sensibilisant les populations et les États sur la question des droits de l'homme, statuant sur les cas de violations présumées, aidant à leur réparation⁵³⁸, interprétant la Charte, la Commission a toujours détenu d'importants pouvoirs, au moins en théorie. En effet, la création de la Cour africaine – jugée d'abord « prématurée »⁵³⁹ au moment de l'adoption de la Charte – rendait au moins compte d'une chose s'agissant de la Commission : sa dépendance vis-à-vis du pouvoir politique incarné par les chefs d'État et de gouvernement. Au-delà du fait que toutes les mesures prises par la Commission doivent rester « confidentielles jusqu'au moment où la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement en décidera autrement »⁵⁴⁰ ou que son rapport d'activité ne puisse être publié qu'après un examen par ladite Conférence, les violations massives dont la Commission a connaissance ne peuvent donner lieu qu'à des recommandations une fois l'institution autorisée (toujours par la conférence des chefs d'État) à produire un rapport. Toutefois, il faut porter au crédit des commissaires des évolutions notables en faveur des libertés que rappelle H. Gherari⁵⁴¹. La Commission s'est dans un premier temps permis d'examiner les communications⁵⁴² (individuelles) mettant en lumière (ou non) des violations

⁵³⁷ Article 30 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : « Il est créé auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée "la Commission", chargée de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique. ».

⁵³⁸ V. par exemple la règle 123, portant sur le règlement à l'amiable, du règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans sa version adoptée lors la 27^{ème} session extraordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples réunie à Banjul (Gambie) du 19 février au 04 mars 2020.

⁵³⁹ « Il faut se souvenir que le droit africain traditionnel fait une place peu importante à la procédure contentieuse. Le droit processuel africain est essentiellement conciliatoire. », disait K. Mbaye à ce propos. V. K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pedone, 1992, p. 266.

⁵⁴⁰ Article 59 de la Charte.

⁵⁴¹ H. GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples. Bilan d'une jurisprudence » in P. TAVERNIER, *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, p. 140.

⁵⁴² La Commission peut être saisie de communications étatiques et non-étatiques. Les premières prévues aux articles 47 et 48 de la Charte sont initiées par un État à l'encontre d'un autre État-membre qui aurait violé la Charte. Les secondes ou « autres communications », selon la Charte en son article 55, ont pour auteurs des personnes privées (physiques ou morales), des organisations non-gouvernementales, des mouvements...

graves et massives des droits de l'Homme. Mais cette émancipation de la Commission ne peut être pleinement saisie sans rappeler que l'article 58 de la Charte n'autorise un tel examen que sur invitation de la Conférence des Chefs d'État ou de son président. Plus tard, dans les années quatre-vingt-dix, la Commission a par exemple décidé de joindre l'examen de communications (et donc les mesures prises par elle) dont elle a été saisie à ses rapports d'activité, contournant une fois de plus ainsi la Charte en son article 59. Au niveau de la recevabilité des communications, la Commission s'est encore distinguée par une appréciation très concrète de l'existence⁵⁴³ et de l'épuisement des voies de recours interne. Malgré cela, c'est « face aux violations importantes des droits de l'Homme à la fin des années 1980, les rapports de la Commission et leur confidentialité [qui] enlèvent toute crédibilité à l'action de protection de la Commission [...] »⁵⁴⁴ que la Cour (CADHP), organe juridictionnel et présentant les garanties nécessaires (indépendance, autonomie⁵⁴⁵ et impartialité), devient donc une nécessité. On évoquera également, toujours à propos de la Comadhp, que l'examen de recevabilité des communications non étatiques laisse à désirer sur certains points accordant, par exemple, plus d'intérêt à la forme qu'au fond. Tel est le cas de l'article 55 qui prévoit que les communications ne doivent pas « contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'État mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA » et il revient à la Comadhp d'en juger. En d'autres termes, une communication non étatique portant sur des violations avérées ou notoires des droits peut être déclarée irrecevable au motif que son auteur aurait manqué de sagesse dans le choix des termes pour décrire cette situation.

282. Toujours à l'échelle du continent africain, le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) est un mécanisme supplémentaire de protection des droits et découlant d'un instrument distinct : la Charte africaine sur les droits et le bien-

⁵⁴³ H. GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples. Bilan d'une jurisprudence », *op. cit.* p. 146.

⁵⁴⁴D. GNAMOU-PETAUTON, « Les mécanismes régionaux africains de protection des droits de l'Homme » in P. Tavernier (dir.), *Regards sur la justice et les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, p. 258.

⁵⁴⁵ Sur ce point, on rappellera qu'entre 1987 - année de son installation - et 1989, la Commission n'avait pas de secrétariat permanent. Elle dut donc se servir du secrétariat de l'Union Afrique pour accomplir ses missions.

être de l'enfant (CADBE)⁵⁴⁶. Avec un objet certes limité (l'enfant), le Comité peut par exemple « recevoir des communications concernant toute question traitée par la [...] Charte, de tout individu, groupe ou organisation non gouvernementale reconnue par [l'Union africaine], par un État membre, ou par l'Organisation des Nations unies »⁵⁴⁷ ; enquêter « sur toute question relevant de la [...] Charte » ou encore sur « les mesures adoptées par un État partie pour [l'] appliquer »⁵⁴⁸. Mais pour ce qui est de la publication de son rapport, on retrouve une procédure analogue à celle de la Commission.

283. À un échelon inférieur en Afrique noire francophone, on relèvera la présence de la Cour de justice de la communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), instaurée par le texte fondateur⁵⁴⁹ sur l'organisation précitée. Régie par le protocole A/P. 1/7/91⁵⁵⁰, la Cour est compétente pour connaître « des cas de violations des droits de l'Homme dans tout État membre »⁵⁵¹. Elle peut ainsi être directement saisie par les victimes desdites violations. À l'Est, on retrouve bien évidemment la Cour de justice de l'Afrique de l'Est qui, grâce au Traité sur l'établissement de la communauté de l'Afrique de l'Est⁵⁵² et à la Charte africaine ratifiée par les États orientaux, contribue là encore à la protection des droits de l'homme.

284. Les instruments et les organismes en matière de protection des droits sont nombreux en Afrique, et cela n'est pas sans engendrer des difficultés. La première et la plus importance a trait à la configuration de ce système. Effectivement, là où devrait primer la complémentarité il règne encore⁵⁵³ la concurrence et l'étanchéité. Dans un ouvrage⁵⁵⁴

⁵⁴⁶ Adoptée lors de la vingt-sixième Conférence de Chefs d'État et de Gouvernement de l'Union africaine (OUA à l'époque) à Addis-Abeba (Éthiopie) en juillet 1990.

⁵⁴⁷ Article 44, point 1.

⁵⁴⁸ Article 45, point 1.

⁵⁴⁹ Article 15 du Traité du 28 mai 1975 portant création de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, version issue de la révision de 1993.

⁵⁵⁰ Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la communauté modifié par Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) portant amendement du préambule, des articles 1er, 2, 9, 22 et 30, ainsi que de l'article 4 paragraphe 1 de la version anglaise.

⁵⁵¹ Article 9, point 4 du protocole.

⁵⁵² V. Article 27.

⁵⁵³ Il faut souligner quelques améliorations comme la mise en place d'une coopération entre la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et le Comité africain sur les droits et le bien-être de l'enfant. V. Résolution ACHPR/Res144 (XXXXV)09 du 27 mai 2009.

⁵⁵⁴ H. K. TAKAM GATSING, *Le système africain de protection des droits de l'homme. Un système en quête de cohérence*, Harmattan Cameroun, 2014.

consacré à la question, un magistrat a pu ainsi illustrer cette concurrence en faisant référence aux interventions des mécanismes que sont la Commission des droits de l'homme et le Comité sur les droits et le bien-être de l'enfant.

« [La Charte sur le bien-être de l'enfant] institue [un comité] pour promouvoir et protéger les droits et le bien-être de l'enfant. Bien que cette mission soit identique à celle de la [Commission] qui a cependant un mandat plus englobant, les deux institutions n'ont pas fait preuve au départ d'une convergence d'approche. Chacune d'elle a développé sa stratégie propre, alors qu'il existe des points d'intersection entre leurs champs d'intervention. [La Commission] qui assure la surveillance du Protocole de Maputo relatif aux droits de la femme peut par exemple intervenir dans la promotion et la protection des droits de la jeune fille. »⁵⁵⁵.

285. Pour ce qui est de l'étanchéité, elle concerne plutôt les mécanismes purement politiques instaurés dans le cadre d'accords comme le MAEP et qui remplissent leurs missions sans mobiliser les ressources et le travail des mécanismes continentaux. Le MAEP, regrette l'auteur, « aurait pu, dans un souci de cohérence et de coordination, prendre en compte le résultat des travaux des autres institutions comme élément de base de son intervention. »⁵⁵⁶.

286. Ensemble, et malgré les faiblesses de ce système de protection des droits de l'homme en Afrique, ces mécanismes ont certainement une influence sur le pouvoir créateur du juge. Une influence qui est, malheureusement, difficile à évaluer et qu'il faut ici simplement présumer.

B. LA GARANTIE CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

287. « Des droits et des devoirs de la personne humaine »⁵⁵⁷, « des principes et des droits fondamentaux »⁵⁵⁸, « des droits et libertés fondamentaux [...] »⁵⁵⁹ ou « Des droits et libertés »⁵⁶⁰ sont autant d'intitulés de subdivisions retenus par les constituants africains pour

⁵⁵⁵ *Ibid.* p. 108.

⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 111.

⁵⁵⁷ v. Constitutions béninoise et nigérienne en vigueur.

⁵⁵⁸ v. Constitution gabonaise en vigueur.

⁵⁵⁹ v. Constitution sénégalaise en vigueur.

⁵⁶⁰ v. Constitution ivoirienne en vigueur.

décliner les prérogatives individuelles en droit interne. Les constitutions africaines garantissent en effet un nombre assez important de droits et libertés. Cela n'est certes pas nouveau mais il faut dire que cela tranche avec les textes adoptés dans la période allant des indépendances au renouveau démocratique. On songe immédiatement, à titre d'exemple, à la Constitution ivoirienne de 1960 qui renvoyait simplement aux déclarations⁵⁶¹ de 1789 et 1948 dans son Préambule. Au Gabon, si l'on renvoie également aux déclarations française et onusienne, le constituant se livra à un exposé de droits individuels (la liberté de conscience, secret des correspondances, la propriété, la liberté d'association...). Au sein de notre échantillon d'analyse et après un examen des constitutions accessibles, le constituant sénégalais fut le premier à consacrer un titre spécifique aux libertés par la loi n° 63-32 du 7 mars 1963 portant Constitution du Sénégal.

288. Aujourd'hui, les constitutions africaines sont de véritables catalogues de droits et libertés. Mais cette explicite consécration constitutionnelle serait fictive si leur garantie n'était pas assurée par des organes dédiés. Cela a toujours été cas si l'on considère la seule présence d'une autorité judiciaire comme suffisante. En se référant à nouveau au texte ivoirien de 1960 qui, en son article 62, faisait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, on se rend compte que le reste des droits fondamentaux ne bénéficiait pas d'une réelle protection si par « liberté individuelle » on entend exclusivement « le domaine des privations de liberté »⁵⁶². En d'autres termes, l'acceptation ou non d'une conception plurielle de la liberté dans les premières constitutions africaines conduirait à affirmer ou infirmer l'idée selon laquelle les droits et libertés constitutionnels ont toujours bénéficié d'une réelle protection. Qu'à cela ne tienne, les textes postérieurs au Renouveau démocratique ont apporté une réponse définitive en empruntant des voies distinctes.

289. D'un côté, il a été décidé de confier à l'ensemble des juridictions la garantie des droits constitutionnels. C'est le cas au Sénégal où « le pouvoir judiciaire est garant des droits

⁵⁶¹ « Le peuple de Côte d'Ivoire proclame son attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme, tels qu'ils ont été définis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, par la Déclaration universelle de 1948, et tels qu'ils sont garantis par la présente Constitution. ».

⁵⁶² Conseil constitutionnel, commentaire sous décision n°2013-357 QPC du 29 novembre 2013, page 7 [disponible en ligne].

et libertés définis par la Constitution »⁵⁶³ ; pouvoir judiciaire entendu comme l'ensemble formé par le Conseil constitutionnel, la Cour suprême, la Cour des comptes et les cours et tribunaux. Pour autant, il ne fait aucun doute que la juridiction constitutionnelle est dans une situation particulière dans la mesure où, au travers de l'exception « générale »⁵⁶⁴ d'inconstitutionnalité, elle peut être amenée à apporter une protection spécifique sinon supplémentaire aux libertés fondamentales comme le font les juges ivoirien et nigérien. Formellement, ces derniers ne sont pas eux aussi appelés à jouer un rôle particulier dans la sauvegarde des droits et libertés. Le contrôle *a posteriori*, soit dit en passant mécanisme de protection par excellence dans d'autres systèmes africains, couvre un champ d'action plus large que les libertés et ne se différencie finalement du contrôle de constitutionnalité *a priori* que par ses acteurs (les parties au procès).

« Toute personne partie à un procès peut soulever l'inconstitutionnalité d'une loi devant toute juridiction, par voie d'exception. Celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle, qui doit intervenir dans un délai de trente (30) jours »⁵⁶⁵.

« Tout plaideur peut, par voie d'exception, soulever l'inconstitutionnalité d'une loi devant toute juridiction »⁵⁶⁶.

290. La mission de protection des droits subjectifs des juridictions précédentes ne peut être saisie au niveau des textes constitutionnels. Il faut en effet se tourner du côté des textes organiques sur les juridictions. On apprend ainsi qu'en Côte d'Ivoire « les associations des Droits de l'Homme [peuvent déférer au Conseil] les lois relatives aux libertés publiques ». Il s'agit en quelque sorte d'un recours direct – même si le législateur organique a privilégié le terme « requête » – qui révèle le rôle de garant des libertés du Conseil.

291. Quand ils ne choisissent pas une « garantie diffuse » des libertés, les constituants africains l'attribuent à une unique juridiction comme cela est le cas au Bénin et au Gabon. De manière générale, « [La Cour] garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques »⁵⁶⁷. Cette garantie est renforcée, au Bénin, par les facultés

⁵⁶³ Article 91.

⁵⁶⁴ En effet, l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas un mécanisme particulier de protection des droits et elle ne peut être soulevée que devant la Cour d'appel et la Cour suprême. *v.* Article 1^{er} de la loi organique 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel.

⁵⁶⁵ Article 132 al. 1^{er} de la Constitution nigérienne (nous soulignons).

⁵⁶⁶ Article 135 de la Constitution ivoirienne (nous soulignons).

⁵⁶⁷ *V.* Respectivement les articles 114 et 83 des constitutions béninoise et gabonaise.

supplémentaires offertes à la Cour de se « prononcer d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques » et de connaître des « violations des droits de la personne humaine ». Au Gabon, la protection juridictionnelle des libertés s'est enrichie d'un mécanisme de contrôle *a posteriori* sur mesure puisque l'article 86 prévoit qu'une exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée qu'à l'encontre « d'une loi ou d'une ordonnance qui méconnaîtrait [les] droits fondamentaux [du justiciable] ». Il ne serait pas superfétatoire de préciser que l'examen des actes réglementaires attentatoires aux libertés a été retiré à la Cour après plus d'un quart de siècle. Amputée dudit contentieux administratif, la garantie des droits et libertés demeure une réalité.

292. Quels sont alors ces droits dont les constituants africains sont si soucieux ? En dessous ou dans le préambule où sont traditionnellement évoqués l'attachement et l'adhésion à des textes libéraux (les déclarations de 1789, 1948 et 1981) et à des conventions internationales⁵⁶⁸, les droits *constitutionnels* africains ne diffèrent pas de ceux consacrés en France ou ailleurs et nous pouvons ici renvoyer à une thèse à l'intitulé plus qu'évocateur : *La protection constitutionnelle des droits de l'homme dans les états d'Afrique noire francophone*⁵⁶⁹. L'auteur y énumère les différents droits consacrés en les rangeant selon leur génération. Pour notre part, il nous apparaît plus pertinent ici de ne relever qu'un point traduisant une prise en compte de problématiques actuelles ou internes. L'environnement est au nombre de ces préoccupations intégrées dans les nouvelles constitutions des années quatre-vingt-dix. « Le droit à un environnement sain [ou naturel préservé] » est effectivement proclamé. Mais en cette matière, la surprise est venue du constituant béninois qui est allé jusqu'à faire de la cause environnementale un cas de haute trahison⁵⁷⁰ de la part du chef de l'État. La disposition est inédite et sur ce point le texte béninois se distingue véritablement de ces

⁵⁶⁸ La Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes de 1979 et la Convention sur les droits de l'enfant de 1989 sont citées par le texte sénégalais.

⁵⁶⁹ A.-D. MBOUSNGOK, *La protection constitutionnelle des droits de l'homme dans les États d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Nancy, 2016, spec. pp. 115-120.

⁵⁷⁰ Article 74 : « Il y a haute trahison lorsque le président de la République a violé son serment, est reconnu auteur, co-auteur ou complice de violations graves et caractérisées des droits de l'homme, de cession d'une partie du territoire national ou d'acte attentatoire au maintien d'un environnement sain, satisfaisant, durable et favorable au développement. » (Nous soulignons).

équivalents africains. Si la prise en compte de la préservation de l'environnement ne fait aucun doute ailleurs, les autres constitutions africaines se sont limitées jusqu'à aujourd'hui à mettre celle-ci à la charge de l'État et parfois des individus⁵⁷¹, et à étendre la sphère de compétence d'un organe peu influent qu'est le conseil économique et social⁵⁷². Néanmoins, la reconnaissance d'un tel droit devait fatalement entraîner une plus grande implication de la part de l'État et il en allait de l'effectivité de cette nouvelle prérogative individuelle ; d'où l'adoption de lois en droit interne, montrant ainsi que sa protection (ou sa garantie) n'était pas un vœu pieux. Le législateur sénégalais a été le précurseur en la matière en adoptant la loi n° 83-05 du 28 janvier 1983 portant code de l'environnement, modifiée par une autre du 26 février 1996⁵⁷³ ; une année qui correspond à celle de l'adoption du code ivoirien⁵⁷⁴. En 1993, l'Assemblée nationale gabonaise lui emboîta le pas par la loi n°16/93 du 26 août 1993 relative à la protection et à l'amélioration de l'environnement, abrogée par une loi n°007/2014 du 1er août 2014. Les choses prirent plus de temps au Niger car le premier texte n'est intervenu qu'en 1998⁵⁷⁵. À l'exception de la Constitution ivoirienne, c'est finalement dans ces textes infraconstitutionnels que l'on retrouve des principes⁵⁷⁶ bien connus tels que le principe de précaution, de prévention, du pollueur-payeur...

293. Ceci dit et exposé, il est temps de s'intéresser plus précisément à la contribution du juge constituant dans le cadre des droits et libertés.

C. LA CONTRIBUTION DU JUGE CONSTITUANT

294. Les cours et conseils africains ne consacrent pas de nouveaux droits et libertés. À vrai dire, cela est quasiment impossible. Comme il l'a été souligné, les textes constitutionnels africains sont de véritables catalogues de droits et libertés et l'ont presque toujours été. La

⁵⁷¹ L'article 40 de la Constitution dispose par exemple que « La protection de l'environnement et la promotion de la qualité de la vie sont un devoir pour la communauté et pour chaque personne physique ou morale ».

⁵⁷² Comme on peut s'y attendre, la dénomination a évolué pour intégrer la dimension environnementale. Dorénavant, il est appelé « Conseil économique, social et environnemental » au Gabon, au Niger, en Côte d'Ivoire (Conseil économique, social, environnemental et culturel) et au Sénégal.

⁵⁷³ Loi 96-03 du 26 février 1996 portant Code de l'environnement.

⁵⁷⁴ Loi-cadre n°96/766 du 3 Octobre 1996 portant Code de l'environnement

⁵⁷⁵ Loi n°98-56 du 29 décembre 1998 portant loi cadre relative à la gestion de l'environnement.

⁵⁷⁶ v. l'article 7 du texte gabonais ou l'article 3 de la loi nigérienne.

question de ces facultés et prérogatives se pose ainsi moins sous l'angle de leur consécration que de leur praticabilité ; ce à quoi s'emploient les juridictions constitutionnelles. Doit-on encore parler de fonction constituante ou simplement d'une protection des droits et libertés par les juges constitutionnels africains ? Il y a dans la protection une part, certes infime, qu'occupe la première. Des exemples tirés de la jurisprudence constitutionnelle permettent une fois de plus d'établir ce qui précède.

295. Premièrement, dans le champ du droit à la sûreté. La jurisprudence béninoise regorge d'espèces relatives à des arrestations et détentions arbitraires⁵⁷⁷. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle précisa que « le décompte du délai de quarante-huit (48) heures [de détention d'une personne non-présentée à un magistrat] doit se faire d'heure à heure »⁵⁷⁸. Certainement saisie dans le cadre du troisième alinéa de l'article 3⁵⁷⁹ de la Constitution – les juges ne précisèrent pas le fondement sur lequel reposait la requête –, la Cour était appelée à se prononcer sur la durée de la détention d'une personne impliquée dans une série de rixes. Les juges conclurent donc à la violation de la Constitution mais pour les seules heures suivant la durée constitutionnelle. Le constituant béninois a en effet pris le soin de préciser la durée d'une garde à vue et c'est un fait assez inédit en Afrique subsaharienne qu'il convient de souligner à l'heure où la garde à vue (excessivement prolongée et donc arbitraire) s'érige en principe. L'apport de la Cour béninoise en ce sens pour les droits et libertés se donne à

⁵⁷⁷ Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer les décisions suivantes : DCC 03-032 *Mensah Aristide* ; DCC 03-047 *Agbangnonde Dieudonné* ; DCC 02-026 *Afagnibo C. Dieudonné* ; DCC 00-039 *Gangan Déko* ; DCC 98-029 *GANGLOZOUN G. Raphaël* ; DCC 97-055 *Houessou Narcisse* ; DCC 96-005, *Barra Franck* ; DCC 96-015, *Tevoedjre Albert* ; DCC 04-052, *Symphorien Cakpo Etienne Lombe*, DCC 96-031, *Maître A. Pognon agissant pour BWENI Tuzeyi et consorts* ; DCC 04-073, *Djotchou Isaïe* ; DCC 04-075 *Yetongnon Blaise* ; DCC 07-026 *Moustapha Yacoubou Obaorin* ; DCC 08-114 *Claude Anani Adanou* ; DCC 09-045 *Janvier D. Boton* ; DCC 15-067 *Georges Constant Amoussou, assisté de Maîtres Yves Kossou, Alfred Pognon et Mamert D. Assogba* ; DCC 15-071 *Maîtres Mohamed A. O. Bare, Rafiou G-C. Paraiso, Igor Cécil E. Sacramento et Evelyne da Silva-Ahouanto*.

⁵⁷⁸ Décision DCC 96-035, *Aguïar Luc*, cons. 3. Dans une autre décision, DCC 03-057 du 18 mars 2003 *Amoussou Thierry*, Les juges jugèrent que « la durée à retenir est celle dont a fait état le requérant » si celle-ci est différente de celle retenue par l'officier de police judiciaire.

⁵⁷⁹ L'article 3 dispose : « La souveraineté nationale appartient au Peuple. Aucune fraction du Peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

La souveraineté s'exerce conformément à la présente Constitution qui est la Loi Suprême de l'État. Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenus.

En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels. ».

voir dans la computation, laquelle aurait pu se calculer en jours francs comme le pensait l'officier de police judiciaire à l'origine de la détention. La décision précitée est ainsi constituante dans la mesure où elle est venue combler une lacune relative à la méthode de calcul ; une méthode qui ne relève pas du législateur puisque, en cette matière, l'intervention de ce dernier ne doit consister qu'en un allongement⁵⁸⁰ de la durée constitutionnelle.

296. En matière de droit à un recours juridictionnel⁵⁸¹, la Cour gabonaise s'est particulièrement distinguée en sanctionnant d'une irrecevabilité le recours des candidats malheureux à la magistrature suprême. Dans cette décision⁵⁸² déjà évoquée, la Cour rejeta le recours dont elle était saisie au motif que les requérants avaient illégalement participé à la formation d'un gouvernement parallèle en ignorant les résultats définitifs du scrutin présidentiel.

« Considérant qu'au lendemain de l'annonce par le ministre de l'Administration du Territoire des résultats du scrutin du 5 décembre 1993, le sieur Paul MBA ABESSOLO s'est autoproclamé Président de la République gabonaise ; que le même jour il a nommé un Premier Ministre en la personne du sieur Pierre-André KOMBILA, lequel a immédiatement formé son gouvernement ; qu'il a été créé une institution appelée Haut Conseil de la République dont font partie les requérants ; que de ce fait ceux-ci se sont mis délibérément dans l'illégalité, faisant ainsi fi de l'existence de la Constitution et par conséquent des Institutions régulièrement mises en place ; »⁵⁸³

297. Décision liberticide, elle porta atteinte autant au droit au recours⁵⁸⁴ qu'à la présomption d'innocence car, en réalité, il ne revenait pas à la haute juridiction de prendre en compte le comportement des dites personnes pour apprécier la recevabilité de leur recours. En ignorant ainsi les limites textuelles de ses attributions pour condamner l'attitude des requérants, ce sont finalement les droits de ceux-ci et de potentiels autres requérants qui

⁵⁸⁰ v. article 18 alinéa 4.

⁵⁸¹ Soulignons que, dans une décision DC 22/CC du 26 mai 2015, la Cour avait implicitement reconnu et consacré le principe de l'effet dévolutif de l'appel.

⁵⁸² Décision n°001/94/CC relative au contentieux de l'élection présidentielle du 5 décembre 1993.

⁵⁸³ Cons. 5.

⁵⁸⁴ L'article 67 de la loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 disposait :

La Cour est saisie par tout électeur, tout candidat, tout parti ou groupement politique légalement reconnu ou tout délégué du Gouvernement. L'électeur n'a le droit d'arguer de nullité que les opérations électorales ou les opérations de référendum de son bureau de vote.

Tout candidat, tout parti ou groupement politique qui a présenté des candidats à une élection a le droit d'arguer de nullité, soit par lui-même, soit par son représentant, les opérations électorales de la circonscription où la candidature a été déposée.

ont été atteints. On en arrive au même résultat d'ailleurs avec la décision DCC 03-043⁵⁸⁵ rendue par la Cour béninoise. En 2003, le sieur Hounkpevi saisissait la Cour de ce qu'on pourrait qualifier d'un recours en indemnisation suite aux dommages subis par sa propriété du fait de la réalisation de travaux de voirie en 1985. Analysant cet épisode comme une expropriation, la Cour tint à en apprécier les conséquences au regard de la constitution socialiste en vigueur au moment des faits. Conformément à la pensée économique marxiste-léniniste de l'époque, la Constitution de la République populaire du Bénin faisait de l'indemnisation pour cause d'expropriation une « faculté laissée à la discrétion des pouvoirs publics »⁵⁸⁶ ; ce qui conduisit la Cour à se déclarer incompétente. Les juges fermèrent ainsi la porte à des recours⁵⁸⁷ fondés sur un droit aussi fondamental que celui de la propriété et qu'un texte, fût-il constitutionnel, avait violé. Cette décision est bien la preuve d'une différenciation opérée par la Cour entre les « droits de l'homme » et les « droits et libertés dits constitutionnels », une catégorie moins universaliste ou jusnaturaliste. Toutefois, depuis une décision de 2002⁵⁸⁸ mettant en cause les agissements des autorités de police, le juge béninois reconnaît un droit général à réparation aux personnes dont les droits fondamentaux auraient été violés.

«Considérant qu'il ressort tant de la lecture combinée et croisée des [dispositions constitutionnelles] que de la doctrine et de la coutume internationale, que de tels préjudices subis par toute personne ouvrent droit à réparation ; »⁵⁸⁹.

298. Il faudrait en plus rappeler les jurisprudences n° DCC 96-017, n° DCC 14-156 ou n° DCC 14-199 du 20 novembre 2014 par lesquelles le juge béninois ignore l'irrecevabilité des saisines correspondantes au motif qu'était en cause un « intérêt essentiellement constitutionnel »⁵⁹⁰.

299. Dans un autre registre, la liberté individuelle a elle aussi connu une évolution au Bénin sous l'angle de la liberté d'aller et venir. Dans une affaire⁵⁹¹ mettant en cause

⁵⁸⁵ Décision DCC 03-043 du 13 mars 2003, *Hounkpevi Anani Emmanuel*.

⁵⁸⁶ *Ibid.* Cons. 4. v. également la décision DCC 01-051 du 27 juin 2001.

⁵⁸⁷ Le requérant n'étant qu'une victime parmi d'autres.

⁵⁸⁸ Décision DCC 02-052 du 31 mai 2002, *Fanou Laurent*, confirmée par la décision DCC 02-058.

⁵⁸⁹ Cons. 7.

⁵⁹⁰ N° DCC 96-017 du 5 avril 1996, *Gangbe Aurélien*, n° DCC 14-156 du 19 août 2014, *Jean Claude Dossa* et n° DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *Latifou Daboutou*.

⁵⁹¹ Décision DCC 01-096 du 7 novembre 2001, *Houssou désiré christian*.

l'instauration d'un péage autoroutier, la Cour rappela que la gratuité de la voirie publique était le principe. La Cour assit ainsi une liberté de circulation sur la voie publique qu'implique la liberté d'aller et venir. Jusque-là, cette jurisprudence semblait aller dans le sens d'une consécration d'une nouvelle prérogative individuelle. Mais le dispositif de la décision tend à relativiser ce qui précède. En effet, sans revenir sur le principe de gratuité, les juges béninois estimèrent que la création d'une redevance ne violait pas la liberté d'aller et venir.

« Considérant que si l'usage des voies publiques est en principe gratuit, cet usage peut, dans certaines conditions donner lieu au versement d'une redevance ; qu'en l'espèce, l'utilité de l'ouvrage d'art, ses dimensions, son coût et le service rendu aux usagers justifient la perception d'une telle redevance ; »⁵⁹².

300. Mais dans les faits les choses n'étaient pas si simples ; et c'est là que pèche la décision de la Cour. Au-delà des avantages relevés par les juges, ces derniers ne soulignent pas que la route à péage constitue l'unique itinéraire routier entre les deux plus grandes villes du pays. Pour cette seule raison, l'inconstitutionnalité du péage ne faisait aucun doute puisqu'il n'existait pas un itinéraire routier alternatif et gratuit permettant la libre circulation des personnes. On peut donc regretter la position de la Cour en 2001 sur la liberté d'aller et venir

301. Au titre de la protection plus générale des droits et libertés politiques, on peut évoquer la censure, par les juridictions béninoise et sénégalaise de la parité et des quotas dans le cadre des élections législatives, qui ferma ainsi la porte à une féminisation de la vie politique conduite par le législateur. Au Sénégal, le Conseil déclara que « la loi qui [institue la parité dans la liste des candidats au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections législatives] est contraire à la Constitution »⁵⁹³ après la Cour béninoise qui, elle, avait jugé « qu'en réservant aux femmes un quota de vingt pour cent (20%) au moins sur les listes de candidature, le législateur établit une disparité fondée sur le sexe [qui] ne répond ni à la lettre ni à l'esprit des dispositions constitutionnelles »⁵⁹⁴. Entre les deux jurisprudences, il est connu que le Conseil constitutionnel français adopta la position inverse sur la parité

⁵⁹² *Ibid.* Cons. 5.

⁵⁹³ Affaire n°1/C/2007, cons. 5.

⁵⁹⁴ Décision DCC 01-096 du 7 novembre 2001, *Houssou désiré christian*, cons. 16.

en validant la loi⁵⁹⁵ tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, et ce après la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999⁵⁹⁶ revenant sur deux décisions du Conseil qui, comme le résumait B. Mathieu et M. Verpeaux « avait posé le verrou du principe de l'identité et de l'abstraction des citoyens, pour interdire à toute loi relative aux élections de prévoir soit des quotas par sexe⁵⁹⁷[...] soit la parité⁵⁹⁸ selon le sexe des candidatures à des élections se déroulant au scrutin de liste [...] »⁵⁹⁹.

302. Confrontés au droit communautaire ouest-africain⁶⁰⁰, les droits constitutionnels ont permis aux juges béninois de clarifier les modalités de leur protection⁶⁰¹ en droit interne. C'est ainsi que la Cour a jugé que

« [...] le droit communautaire antérieur ou postérieur, s'appliqu[e] aussi longtemps qu'il ne diminue pas ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes ; qu'il n'en irait autrement que si la disposition contenue dans la législation nationale antérieure ou postérieure fixe des obligations et impose des sujétions plus élevées que ces conventions régulièrement ratifiées par la République du Bénin ; ».

303. À l'égard des autres juridictions internes, les cours et conseils ont aussi parfois innové. C'est ainsi que la Cour béninoise a étendu son contrôle aux décisions juridictionnelles ordinaires⁶⁰² en jugeant que « [...] les décisions de justice n'étaient pas des

⁵⁹⁵ Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000. Pour les commentaires de cette jurisprudence, v. N. JACQUINOT, « [Note sous décision n° 2000-429 DC] » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°43, 2000, p. 561-567 ou L. PHILIP et L. FAVOREU, « Principe d'égalité » in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 213-242. Pour un aperçu de la jurisprudence constitutionnelle antérieure sur la parité, v. N. JACQUINOT, « Constitutionnalité de la loi sur la parité hommes-femmes » in *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1837 et s. ou B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « [Note sous décision n° 2000-429 DC] » in *Les Petites Affiches*, n°207, 2000, p. 12 et s ;

⁵⁹⁶ Loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les hommes et les femmes.

⁵⁹⁷ Décision 82-146 D.C.

⁵⁹⁸ Décision 98-407 D.C.

⁵⁹⁹ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « [Note sous décision n° 2000-429 DC] », *op. cit.* p.e. 6.

⁶⁰⁰ L'Union économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), créée en 1994, regroupe huit Etats africains et a, selon le site institutionnel de l'union, « pour objectif essentiel, l'édification, en Afrique de l'Ouest, d'un espace économique harmonisé et intégré, au sein duquel est assurée une totale liberté de circulation des personnes, des capitaux, des biens, des services et des facteurs de production, ainsi que la jouissance effective du droit d'exercice et d'établissement pour les professions libérales, de résidence pour les citoyens sur l'ensemble du territoire communautaire. ».

⁶⁰¹ Décision DCC 19-287 du 22 août 2019, *Eric DEWEDI*.

⁶⁰² Article 131 de la Constitution béninoise : « La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'Etat. Elle est également compétente en ce qui concerne le contentieux des élections locales. Les décisions de la Cour suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions. »

actes au sens de l'article 3 alinéa 3 de la Constitution, pour autant qu'elles ne violent pas les droits de l'homme ; »⁶⁰³. En l'espèce, la Cour fut saisie d'une requête en interprétation et rectification d'une de ses décisions par laquelle la haute juridiction s'était déclarée incompétente⁶⁰⁴ pour connaître des décisions d'irrecevabilité des pourvois rendus par la Cour suprême ; une innovation que le professeur Djogbenou⁶⁰⁵, aujourd'hui président de ladite Cour, qualifia à l'époque de « fantaisie » d'une jeune juridiction.

304. Les droits et libertés individuels ne constituent pas une matière hermétique au pouvoir créateur des juges constitutionnels. Ces questions semblent plutôt éloignées des préoccupations des juges africains. En effet, ces quelques jurisprudences constitutives représentent une part négligeable des affaires mettant en cause les droits individuels dont les juridictions constitutionnelles sont saisies. En tenant compte de l'ensemble des juridictions concernées par cette étude, elles sont peu intéressées par les questions relatives aux libertés individuelles et le contentieux des droits et libertés des élus et agents de l'État en est le parfait contre-exemple. Dans ce dernier, il existe un activisme judiciaire qui n'a rien à avoir avec la posture des juges dans le contentieux des libertés individuelles.

§2. L'APPORT CONSÉQUENT DES JUGES DANS LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS EN LIEN AVEC UNE FONCTION PUBLIQUE OU ÉLECTIVE

305. L'agent public et l'élu sont, dans la jurisprudence constitutionnelle constituante, des « privilégiés face à l'individu ». D'ailleurs, au sein même de cette première catégorie, il est possible d'identifier un déséquilibre dans la protection juridictionnelle en faveur des élus (§2) alors même que, d'une juridiction à l'autre, la situation des agents publics (§1) évolue différemment.

⁶⁰³ Décision DCC 03-166 du 11 novembre 2003, *Maître Feliho v. Florentin*, cons. 4.

⁶⁰⁴ Décision DCC 03-079 du 14 mai 2003, *Maître Feliho v. Florentin*.

⁶⁰⁵ « Le mot désigne, tantôt, un attrait passager pour quelque chose et en ce sens, est synonyme de caprice, c'est-à-dire d'une folle envie à satisfaire au sens physiologique du terme. Tantôt, il désigne une capacité créatrice, caractérisée autant par son originalité que par son imprévisibilité. C'est sous ce double aspect qu'il caractérise la jeunesse, qu'il caractérise toute jeunesse, y compris celle de la Cour constitutionnelle du Bénin », J. DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? » in *Afrilex* [en ligne], 2014, p. 3, (disponible à l'adresse suivante : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/DJOGBENOU_Quelques_propos_sur_le_controle_de_constitutio_nalite_des_decisions_de_justice_type_2_co-.pdf).

A. LES DROITS DES AGENTS PUBLICS DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUANTE :
ENTRE PROTECTION ET RESTRICTION(S)

306. Dans cet « ensemble de personnels qui, occupant à titre professionnel un emploi salarié dans les services des personnes publiques, sont soumis à un statut de droit public »⁶⁰⁶, l'identification d'une tendance générale de la jurisprudence est une fois de plus aisée. Contrairement aux libertés individuelles, quelques jurisprudences constitutives vont dans le sens d'une protection accrue des fonctionnaires. En effet, les agents publics ont des obligations et des droits que les juges entendent faire respecter quitte à s'inscrire dans une optique constitutive. Au service de la collectivité, la situation des fonctionnaires et des agents non titulaires est régie par la constitution et la loi. Si la première consacre très souvent des libertés tant individuelles que collectives pour les travailleurs, la seconde va en organiser les modalités d'exercice (en tenant compte du service) et la déontologie⁶⁰⁷. En dépit du caractère administratif, en principe, du service et des grands principes qui le gouvernent, les agents publics ont ainsi la possibilité de s'associer, de se syndiquer ou de faire grève. Ces droits – dont le dernier porte inéluctablement atteinte à la continuité du service public – sont à l'origine de remarquables jurisprudences.

307. Envisageons dans un premier temps la liberté syndicale à propos de laquelle les jurisprudences constitutives sont moins importantes. Somme toute, un seul avis rendu par la juridiction gabonaise et intéressant cette liberté mérite d'être présentée ici tant il y a apporté une limite. Il s'agit de l'avis n°23/CC⁶⁰⁸ du 13 mai 2013 par lequel la haute juridiction fut d'avis que

⁶⁰⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 15^e éd., Monchrestien, 2001. Il va de soi que cette définition mérite aujourd'hui d'être largement relativisée. D'autres définitions se sont imposées en mettant l'accent sur le service d'intérêt général et non plus sur la professionnalisation.

⁶⁰⁷ v. en ce sens les manuels de O. DORD, *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., PUF, 2016, pp. 213-253 ; A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique. État, collectivités locales, hôpitaux, statuts autonomes*, 8^e éd., Dalloz, 2019, pp. 338-396.

⁶⁰⁸ Avis n°23/CC du 13 mai 2013 relatif à la demande du premier ministre concernant la régularité de l'adoption unilatérale d'une grille salariale par certains agents publics regroupés au sein de deux syndicats.

« [face aux revendications professionnelles,] les exigences exorbitantes du droit commun auxquelles la puissance publique ne peut accéder sans mettre en péril l'intérêt général peuvent être regardées comme un dépassement de l'exercice normal du droit syndical ; »⁶⁰⁹.

308. S'agissant de la cessation concertée du travail, avant d'aborder les éventuelles et préalables formalités à son exercice, attachons-nous à la reconnaissance de ce droit aux seuls fonctionnaires en Afrique et particulièrement au Bénin. Assurément, les décisions DCC 18-001⁶¹⁰ et 18-141⁶¹¹ rendues la même année mais sous des présidences différentes ont changé la donne pour les agents publics titulaires.

309. En janvier 2018, la Cour était appelée à contrôler la constitutionnalité de la loi portant modification du statut général⁶¹² de la fonction publique. L'un des requérants contestait particulièrement la conformité à la constitution du cinquième⁶¹³ alinéa de l'article 50 de la nouvelle loi au motif qu'il retirait le droit de grève à certains agents de la fonction publique. La Cour, tout en rappelant les limitations que peut apporter le législateur au droit de grève, étendit sa jurisprudence de 2006 sur les militaires à l'ensemble des personnels concernés par la disposition législative critiquée. En effet, dans une décision DCC 06-034, les juges béninois conclurent « que la Constitution ne prévoit aucune exception au droit de grève pour telle ou telle catégorie ; que le législateur ordinaire ne pourra porter atteinte à ce droit ; qu'il ne peut que dans le cadre d'une loi en tracer les limites ; »⁶¹⁴. La décision du 18 janvier venait confirmer, et pour quelques mois seulement, celle de 2006 car un revirement est intervenu par la décision 18-141 rendue sous une nouvelle mandature. Il faut dire que la décision du 28 juin est un minutieux détricotage de la jurisprudence de la précédente mandature. Les juges ont finalement avalisé le retrait du droit de grève aux fonctionnaires de la défense, de la sécurité, de la justice et de la santé. En actant de la sorte cette exclusion

⁶⁰⁹ *Ibid.* cons. 9 (nous soulignons).

⁶¹⁰ Décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018, *Valentin Djenontin-Agossou*.

⁶¹¹ Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, *Isamël Adjounvi et Juliette Kayassi*.

⁶¹² À propos de la spécificité de ce statut, la Cour a jugé « [qu'il] ne peut exister une autre loi, autonome, fixant le cadre général de l'emploi d'un personnel qui relève de la Fonction publique, à moins d'être expressément prévue par la Constitution [...] ; ».

⁶¹³ « Toutefois, sont exclus du droit de grève, les militaires, les agents des forces de sécurité publique et assimilés (gendarmes, policiers, douaniers, agents des eaux-forêts et chasses, sapeurs-pompiers) ; le personnel de la santé ; le personnel de la justice ; les personnels des services de l'administration pénitentiaire ; les personnels de transmission opérant en matière de sécurité de l'État. ».

⁶¹⁴ DCC 06-034 du 4 avril 2006.

faite initialement par la loi, c'est finalement la Cour qui va une nouvelle fois au-delà des prescriptions constitutionnelles car il n'est plus question d'un exercice du droit de grève « dans les conditions définies par la loi »⁶¹⁵ mais de son interdiction pure et simple ; un point sur lequel la précédente mandature avait précisément attiré l'attention. Qu'à cela ne tienne et si l'on excepte le domaine de la santé⁶¹⁶, la position de la Cour se rapproche de celle adoptée par plusieurs États sur les fonctions considérées comme essentielles à l'instar de la justice⁶¹⁷.

310. S'agissant des formalités à accomplir en vue d'une cessation concertée du travail, la Cour suprême nigérienne fut saisie d'une demande en interprétation de l'article 26⁶¹⁸ de la Constitution du 12 mai 1996, et en délivra une lecture véritablement « neutralisante »⁶¹⁹. En l'espèce, il était indirectement demandé à la chambre constitutionnelle de se prononcer sur le motif du préavis de grève déposé par l'Union des syndicats des travailleurs du Niger (USTN). En effet, ledit préavis avait pour objectif d'obliger le gouvernement à rétablir la commission en charge des élections. Il faut ici brièvement rappeler le contexte politique de l'époque. Arrivé au pouvoir par la force, le chef de la junte et *de facto* de l'État procéda à la dissolution de la commission au moment du dépouillement des urnes de l'élection présidentielle à laquelle il était lui-même candidat. Six jours après, soit le 16 juillet 1996, l'USTN déposait alors un préavis de grève générale en signe de protestation contre cette décision. Il revenait ainsi à la chambre constitutionnelle saisie de préciser les finalités du

⁶¹⁵ L'article 31 de la Constitution dispose : - L'État reconnaît et garantit le droit de grève. Tout travailleur peut défendre, dans les conditions prévues par la loi, ses droits et ses intérêts soit individuellement, soit collectivement ou par l'action syndicale. Le droit de grève s'exerce dans les conditions définies par la loi. ».

⁶¹⁶ La reconnaissance du droit de grève a généralement pour contrepartie le service minimum. Mais, comme le fait remarquer F. MELLERAY « l'exigence d'organiser un service minimum dans certaines hypothèses doit s'analyser comme une interdiction de faire grève opposable à certains agents ». *v.* F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., Economica, 2013, p. 381.

⁶¹⁷ Par une décision DCC 17-226 du 7 novembre 2017, la Cour a d'ailleurs estimé « que dans le domaine de la justice et particulièrement lorsqu'est en cause la liberté d'un citoyen, tout juge comme tout acteur de la justice, est tenu aux meilleures diligences pour faire aboutir toute procédure pénale dans un délai raisonnable ; que toute défaillance à cette obligation s'analyse comme une violation des prescriptions de l'article 35 [...] de la Constitution et de l'article 7-1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. ». *v.* également DCC 17-188 du 5 septembre 2017.

⁶¹⁸ Il disposait : « L'État reconnaît et garantit le droit syndical et le droit de grève qui s'exercent dans les conditions prévues par les lois et règlements. ».

⁶¹⁹ S. BOLLE, « Des constitutions "made in" Afrique » *in* *Constitution en Afrique* [en ligne], 2007, p. 20, disponible à l'adresse suivante : <http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/35/48/78/Constitutions-made-in-Afrique.pdf>.

droit de grève. Chose qu'elle fit en décidant « [...] que le droit de grève doit s'exercer exclusivement pour la défense d'intérêts matériels, moraux et professionnels d'ordre collectif, en dehors de toute autre considération, »⁶²⁰ ; le préavis étant par conséquent infondé.

311. Sur un autre volet, les juges cotonois ont tenu à renforcer l'indépendance⁶²¹ du pouvoir judiciaire puis à « préciser le contenu »⁶²² du principe d'inamovibilité des magistrats du siège. En 1995, la Cour réécrivit la constitution en jugeant que les avis⁶²³ donnés par le Conseil de la magistrature devaient « li[er] » le chef de l'État dans lors de la nomination⁶²⁴ des magistrats, avant d'élaborer, en 1997, ce qu'elle qualifia elle-même de « procédure minimale »⁶²⁵ en l'absence de tout texte.

« [...] Que le respect du principe d'inamovibilité exige que le magistrat du siège ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et les lieux précis où il est appelé à les exercer ; que les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour la garantie de l'indépendance des magistrats du siège ; »⁶²⁶.

312. Enfin, la Cour consacra également un « principe à valeur constitutionnelle du parallélisme des formes »⁶²⁷ pour les actes touchant à la carrière de l'agent public. Principe général du droit selon lequel « un acte administratif ne peut être modifié ou abrogé que par un autre acte pris dans les mêmes formes que celles imposées pour l'édition [du premier] »⁶²⁸, il renforça les droits des agents titulaires et non titulaires en acquérant une valeur constitutionnelle. La Cour y fera à nouveau référence dans une autre décision⁶²⁹ de

⁶²⁰ Arrêt n°96-06/Ch.Cons. 16 juillet 1996, nous soulignons.

⁶²¹ Décision DCC 95-027 du 2 août 1995, *Président de la République*, dite « jurisprudence de l'avis conforme ».

⁶²² Décision DCC 97-033 du 10 juin 1997, *Dako Fortuné et Kakpo Damien, cons. 4.*

⁶²³ L'article 129 dispose : « Les magistrats sont nommés par le président de la République, sur proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis du Conseil supérieur de la magistrature. ».

⁶²⁴ Dans les faits, les parlementaires refuseront dans un premier temps de se plier à cette jurisprudence. Il faudra attendre que la Cour censure une énième fois la loi organique sur la magistrature pour que l'Assemblée consente à y intégrer les « enseignements » de la décision du 2 août.

⁶²⁵ *Ibid.*, cons. 9.

⁶²⁶ *Ibid.*, cons. 12.

⁶²⁷ « Considérant qu'en vertu du principe du parallélisme des formes, l'autorité de nomination a le pouvoir discrétionnaire de nommer, de suspendre ou de relever de ses fonctions un agent, sans avoir besoin de motiver sa décision ; », DCC 05-017 du 3 mars 2005, *Dakpogan Marius, cons. 4.*

⁶²⁸ G. CORNU, « Parallélisme » in *Vocabulaire juridique, op. cit.* p.734.

⁶²⁹ Décision DCC 08-129 du 18 septembre 2008, *Mathias Zomaletho.*

2008. Les principes à valeur constitutionnelle sont très souvent des principes généraux du droit « parvenus à maturité »⁶³⁰ comme l'a montré le Conseil constitutionnel français avec le principe de continuité des services publics par exemple ou la Cour béninoise avec le parallélisme des formes dont la définition⁶³¹ reprend des termes familiers.

313. Toujours dans le cadre de la carrière des agents publics, et plus précisément du régime des incompatibilités de ces derniers, la Cour béninoise a permis aux enseignants-chercheurs d'exercer la profession d'avocat, et ce, en écartant au passage l'application d'un règlement communautaire⁶³².

314. Mais la protection des agents par les décisions des cours et conseils détonne fortement avec celle que ces mêmes juridictions accordent aux droits et libertés des élus. Conscientes du mandat dont sont investis les représentants nationaux, les cours constitutionnelles sont allées plus loin que le constituant dans la mise en œuvre des garanties accordées aux ceux-ci.

B. LES DROITS ET LIBERTÉS DES ÉLUS : UNE MATIÈRE LARGEMENT INVESTIE PAR LE JUGE CONSTITUANT

315. Commentant le premier alinéa de l'article 27⁶³³ de la Constitution française de 1958, Jacques Cadart énonçait qu'il s'agit

« D'une règle de principe essentielle [qui] interdit aux électeurs de donner des ordres à leurs parlementaires, sous quelque forme que ce soit [...]. La même interdiction s'applique aux partis qui voudraient soumettre leurs élus à leur autorité. »⁶³⁴.

⁶³⁰ v. C. ODJAGA, « La nécessité d'un contentieux constitutionnel du sport » in F. ATCHO, J. BRZENCZEK et Y. PETIT (dir.), *Phénomène sportif et droit public*, PUN- Éditions universitaires de Lorraine, 2020, p. 178.

⁶³¹ Dans une décision DCC 05-017 du 3 mars 2005, la Cour définit le parallélisme des formes comme un principe à valeur constitutionnelle qui s'impose « même sans texte » ; une formule très souvent réservée aux principes généraux du droit.

⁶³² DCC 19-287, E. DEWEDI. Pour la Cour, « le droit communautaire antérieur ou postérieur [s'applique] aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes. », cons. 6. V. A. KPODAR, et C. NONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : Quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire » in RCC, n°2 et 3, 2020, pp. 217-232.

⁶³³ Art. 27 al. 1 « Tout mandat impératif est nul. ».

⁶³⁴ J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, t. 2, LGDJ, 1975, p. 879.

316. Représentation et indépendance sont les maîtres-mots du statut du parlementaire. En tant que représentant du peuple, l'élu a pour mission de voter la loi et de contrôler l'action du gouvernement. Son indépendance est garantie par des incompatibilités visant à interdire tout cumul entre le mandat et des activités publiques ou privées, et confortée par une immunité (irresponsabilité et inviolabilité). En Afrique, ces solutions sont celles retenues par les textes précisant les dispositions constitutionnelles relatives au statut des élus nationaux. Néanmoins, pour ce qui est des incompatibilités, il est presque toujours question d'un régime relatif, dans la mesure où un cumul de mandats (national et local non exécutif) reste possible comme cela est le cas en Côte d'Ivoire ou au Sénégal.

317. L'indépendance du mandat n'est pas exclusivement garantie par des dispositions constitutionnelles ou légales. Elle est également le fait des juridictions constitutionnelles qui vont dans le sens d'une rupture du lien qui unit l'élu à sa formation politique. C'est en ce sens que la Cour constitutionnelle gabonaise, dans une décision n°5/94⁶³⁵, a jugé qu'il était « [...] Antidémocratique et singulièrement contraire à la liberté de conscience, de pensée et d'opinion d'instaurer un lien de dépendance entre le mandat parlementaire et l'appartenance à un parti politique du titulaire de ce mandat ; [...] ».

318. Si cette décision est fidèle à la logique du mandat représentatif, il faut rapidement souligner qu'une révision constitutionnelle du 29 septembre 1995 est revenue sur la position de la haute juridiction tout en réaffirmant la nullité du mandat impératif ; il y a là une antinomie créée par le constituant sur laquelle il n'est jamais revenu. En effet, la Constitution gabonaise réaffirme le caractère représentatif du mandat des élus tout en organisant la dépendance de celui-ci à l'égard des formations politiques dans la mesure où l'exclusion d'un élu de son parti entraîne la perte de son mandat. N'est-ce pas là une variante du mandat impératif ? La précarité du mandat est d'autant plus grave que l'exclusion de l'élu se fera sur la base du règlement du parti et suivant une procédure interne qui, tous les deux, ne sont pas à l'abri d'une instrumentalisation politique et d'une violation des droits de l'élu.

⁶³⁵ Décision CC n°5/94 du 11 mars 1994. v. également les décisions n°15/CC du 18 août 1994 et n°3/CC du 8 juin 1999. Dans un avis 12/CC/MC du 24 mai 2014, la Cour nigérienne estima que « le Président de la République ne peut ni nommer ni révoquer par décret ou tout autre acte, un membre de l'Assemblée nationale dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 67 de la Constitution ».

La décision n°311 bis⁶³⁶ en est la parfaite illustration de par son intitulé et les faits de l'affaire. En l'espèce, la Cour gabonaise fut saisie par une parlementaire qui contestait l'exclusion de son parti dont elle avait fait l'objet ; la requérante estimant que ses droits de la défense avaient été violés. Alors que la Cour avait conclu à la vacance du siège dans une première décision⁶³⁷, elle dut finalement se raviser en considérant que la formation politique en cause ne s'était pas conformée à ses textes (statuts, règlement interne...) pour prononcer l'exclusion contestée devant elle ; l'élue n'ayant jamais été « appelée ou entendue pour qu'elle fasse valoir ses moyens de défense devant la commission permanente de discipline [...] »⁶³⁸.

319. Malgré le désaveu consécutif à la révision de 1995, la Cour gabonaise continua sur sa lancée en précisant la situation des élus issus d'un parti dissous illégalement. Dans un avis n°3/CC⁶³⁹, les juges gabonais considérèrent que la dissolution d'une formation politique faisait *de facto* de ses élus des indépendants en attendant qu'une législation adéquate soit prise. En faisant ainsi référence au législateur en lieu et place du constituant, la Cour suggérait que la question ne relevait pas de la constitution mais de la loi organique⁶⁴⁰. Cependant, la Constitution gabonaise ne confie à aucun texte le soin de régler la cessation

⁶³⁶ Décision n°311 bis/ CC du 2 avril 2019 portant rétractation de la décision n°283/ CC du 26 février 2019 relative à la constatation de la vacance du deuxième siège de député de la commune de Ntoum, province de l'Estuaire.

⁶³⁷ Décision n°283/CC du 26 février 2019 relative à la constatation de la vacance du deuxième siège de député de la commune de Ntoum, province de l'Estuaire.

⁶³⁸ Décision n°311 bis/ CC du 2 avril 2019, *cons.* 6.

⁶³⁹ « Considérant effectivement qu'au regard de la législation en vigueur, aucune précision n'est apportée relativement aux conséquences directes de la dissolution d'un parti politique sur les mandats de ses élus ; que la question étant d'importance en raison du principe constitutionnel de l'appartenance de la souveraineté nationale au seul peuple, il convient, dans le cas d'espèce, en attendant que le législateur édicte des règles précises pour régir la situation des élus d'un parti dissout [sic], de dire que les élus de l'ancien parti politique dénommé Union nationale conservent leurs mandats à titre individuel, sans préjudice de la constatation de la déchéance [...] » Avis n°3/CC du 28 février 2011, *cons.*3, *relatif à la demande du premier ministre tendant à savoir quel doit être le sort des élus nationaux et locaux de l'Union nationale suite à sa dissolution.*

⁶⁴⁰ En effet, l'article 37 de la Constitution gabonaise dispose : « Une loi organique fixe, pour chacune des Chambres, le nombre des parlementaires, leur indemnité, les modalités et les conditions de leur élection ainsi que le régime des inéligibilités et des incompatibilités.

Elle fixe également les conditions dans lesquelles sont élues les personnes appelées à assurer, en cas de vacance du siège, le remplacement des parlementaires jusqu'au renouvellement de la Chambre concernée, ainsi que le régime des inéligibilités et des incompatibilités. »

L'article 39 dispose quant à lui « Tout mandat impératif est nul.

Toutefois, en cas de démission ou d'exclusion dans les conditions statutaires d'un membre du Parlement du parti politique auquel il appartient au moment de son élection, et si ce parti a présenté sa candidature, son siège devient vacant à la date de sa démission ou de son exclusion. [...] »

des fonctions d'un parlementaire en dehors des cas d'inéligibilités ou d'incompatibilités. Si l'on peut légitimement écarter l'idée d'une réserve d'interprétation constructive⁶⁴¹, cet avis peut ainsi faire l'objet de deux interprétations. Soit, et c'est l'hypothèse la plus vraisemblable, la Cour a consacré une règle constitutionnelle relative à l'indépendance du mandat à l'égard des partis dissous, soit les juges ont inauguré un nouveau domaine de la loi non prévu par le constituant. Dans un cas comme dans l'autre, l'exercice du pouvoir créateur de la Cour ne fait aucun doute. Suite à la réhabilitation dudit parti, les juges gabonais furent d'avis⁶⁴² que les personnes réélues en tant qu'indépendants ne pouvaient pour autant réintégrer leur ancienne formation politique ; un ralliement qu'interdisait la loi sans tenir compte de l'hypothèse d'une dissolution illégale.

320. La gestion interne des groupes politiques a fait également l'objet de quelques précisions. En ce sens, la Cour de Niamey a pu affirmer la primauté de la liberté de candidature des élus au bureau de leur chambre sur le principe d'autonomie⁶⁴³ des groupes parlementaires.

« Considérant par ailleurs que l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, auquel se réfère le préambule de la Constitution dont il fait partie intégrante, reconnaît à tout citoyen le droit “de prendre part à la direction des affaires publiques..”, “le droit et la possibilité... de voter et d'être élu...” ; que par conséquent tout membre d'un groupe parlementaire peut être éligible à un poste affecté à son groupe ; que chaque groupe parlementaire fonctionne selon ses règles internes, mais cette liberté ne l'autorise pas à violer le principe de la liberté de candidature consacré par les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme signés et ratifiés par le Niger ».

321. Dans un autre registre, la juridiction gabonaise a précisé les contours d'une levée d'immunité parlementaire. Dans un avis n°19/CC du 13 mai 2013, elle considéra que seuls

⁶⁴¹ Dans cet avis, la Cour ne prend appui sur aucun texte législatif aussi lacunaire soit-il pour se prononcer. On ne peut alors adopter une analyse qui conduirait à dire que la Haute juridiction ait complété une législation préexistante.

⁶⁴² Avis n°43/CC du 5 novembre 2015 relatif à la demande du premier ministre sur la question de savoir à quelles conditions devraient être soumis les militants de l'Union nationale élus en qualité d'indépendants et qui souhaiteraient participer aux prochaines élections sous la bannière dudit parti politique. Sans tenir compte du fait qu'une réhabilitation signifie que le parti est réputé n'avoir jamais fait l'objet d'une dissolution, les juges se rangèrent du côté de la loi commune aux élections politiques en République gabonaise qui interdisait aux élus indépendants d'adhérer à des partis. Du fait de l'administration, les indépendants ont été empêchés de se présenter sous les couleurs de leur parti.

⁶⁴³ Arrêt n°004/CC/MC du 02 mai 2014, cons. 20.

les faits ayant conduit à la levée de l'immunité du parlementaire peuvent justifier l'arrestation de ce dernier. Ce qui ne manque pas de rappeler le second alinéa de l'article 9 bis de l'ordonnance n°58-1100⁶⁴⁴ en France. Fermant ainsi la porte à une reprise spontanée des éventuelles autres poursuites dont l'élu pourrait faire l'objet, la Cour maintint l'immunité pour les autres faits justifiant des poursuites. Or, dans le même contexte pénal, la jurisprudence constitutionnelle nigérienne a été moins favorable à l'inviolabilité de l'élu. Dans son avis-arrêt⁶⁴⁵ n°12/CC/MC du 4 septembre 2014⁶⁴⁶, la Cour décida

« Qu'en dehors des sessions le député bénéficie d'une protection moindre dès lors qu'il peut être poursuivi sans aucune forme d'autorisation ; que seule l'arrestation du député requiert l'autorisation préalable du Bureau ; que par conséquent, le bureau de l'Assemblée nationale est compétent hors session pour autoriser l'arrestation d'un député ;

[...] que l'appréciation des motifs justifiant l'arrestation d'un député hors session relève de la compétence du bureau [...] »

322. Par cette décision, la Cour nigérienne fit de la levée de l'immunité parlementaire une procédure implicite, comprise dans l'autorisation d'arrestation hors session d'un élu. En effet, la question posée à la Cour était de savoir si l'autorisation d'arrestation d'un parlementaire donnée par le bureau de l'assemblée devait être précédée d'une levée d'immunité en plénière ; question à laquelle la Cour ne répondit pas. Par leur silence, les juges constitutionnels laissèrent les députés à la merci d'une détention durant l'intersession, et ce, sans levée d'immunité formelle. La décision rendue moins d'une semaine après confirme cette orientation de la jurisprudence nigérienne en la matière dans la mesure où la Cour indiqua que « hors session, l'autorisation décidée par le Bureau de l'Assemblée nationale constitue une levée d'immunité »⁶⁴⁷ ; ce qui, dans le silence de la Constitution nigérienne, tombe sous le sens. Si les décisions rendues par la Cour ne méconnaissent pas

⁶⁴⁴ Article 9 bis al. 2 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires dispose « l'autorisation donnée par le Bureau de l'assemblée intéressée ne vaut que pour les faits mentionnés dans la demande prévue au premier alinéa. ».

⁶⁴⁵ Alors que les juges ont été saisis d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 133 de la Constitution, la Cour estima qu'elle se devait de statuer par un arrêt.

⁶⁴⁶ Arrêt n°12/CC/MC du 4 septembre 2014 requête du Président de l'Assemblée nationale tendant à l'interprétation et l'application de l'article 88 de la Constitution.

⁶⁴⁷ Arrêt n°13/CC/MC du 9 septembre 2014 portant sur l'interprétation et l'application de l'article 88 relatif à l'immunité parlementaire.

l'article 88 de la Constitution et, comparées aux droits parlementaires béninois⁶⁴⁸ ou ivoirien⁶⁴⁹ elles ont manifestement une portée constitutionnelle, ces arrêts fragilisent véritablement l'inviolabilité de l'élu au regard du contexte politique nigérien. On en a pour preuve la levée d'immunité hors session de Hama Amadou, principal intéressé des décisions précitées. Se portant candidat à l'élection présidentielle, l'ancien président de l'Assemblée nationale fut quelque temps après suspecté d'avoir pris part à un vaste trafic de nouveau-nés. La coïncidence entre la candidature du principal adversaire du chef de l'État sortant et l'action du ministère public présumait une instrumentalisation de l'appareil répressif à des fins politiques comme cela fut le cas de Moïse Katumbi, adversaire pressenti du président Joseph Kabila, en République démocratique du Congo, suspecté d'avoir recruté des mercenaires suite à l'officialisation de sa candidature à la présidence de la République.

323. Dans une moindre mesure, la question des incompatibilités avec des activités privées a également retenu l'attention des juges. C'est notamment le cas de la Cour nigérienne qui a été appelée à donner son avis sur la signature d'un avenant à un contrat de marché public par un entrepreneur devenu entre-temps député. S'éloignant de l'interdiction de principe prévue à l'article 52 de la Constitution, les juges firent de la casuistique pour aboutir à la solution inverse.

« Bien que l'article 52 de la Constitution interdise à un député de prendre part aux marchés publics et privés de l'État et de ses démembrements, rien ne s'oppose à ce que ce député signe un avenant pour uniquement se faire payer les travaux réalisés avant qu'il ne change de statut ; »⁶⁵⁰.

324. La Cour considéra avant tout l'objet du contrat, à savoir le paiement d'une prestation déjà accomplie, pour justifier l'inapplication du régime d'incompatibilités. Il aurait en effet été regrettable qu'une personne soit privée du fruit de son labeur. Toutefois, la voie d'un examen choisi par les juges peut servir, à l'avenir, à assouplir les interdictions et incompatibilités par lesquelles le constituant a entendu préserver l'indépendance du parlementaire. Précurseur, le juge gabonais donnait déjà en 1993 un exemple de cet assouplissement en posant une *lex non scripta* favorable aux leaders politiques présents au Parlement. Elle jugea ainsi

⁶⁴⁸ Article 90 alinéa 3 de la Constitution béninoise.

⁶⁴⁹ Article 92 alinéa 2 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016.

⁶⁵⁰ Avis n°002/CTT/2013.

« [Qu]’il apparaît injustifié et contraire à l’exercice de la liberté de communication de frapper de la même incompatibilités les députés [...] et les dirigeants de partis ou groupements politiques, étant donné que, de par leurs activités quotidiennes, ceux-ci ont vocation à “communiquer” leurs pensées et leurs opinions ; qu’il convient par conséquent de supprimer ladite incompatibilité à l’égard de ces derniers »⁶⁵¹.

325. S’agissant de la fin du mandat parlementaire, les juridictions constitutionnelles ne font pas perdre aux anciens élus tous les droits et mécanismes exceptionnels attachés aux fonctions autrefois exercées.

326. Au titre des mécanismes, en matière pénale, les juges gabonais ont récemment jugé que les présidents et les vice-présidents des assemblées dont « la cessation de fonction intervient alors qu’une procédure [les impliquant] est déjà ouverte devant la Haute Cour de justice »⁶⁵² relèvent de cette juridiction⁶⁵³ alors que la Constitution ne prévoyait pas une telle exception. Pour ce qui est des droits, la même juridiction rendit une décision relative au régime spécial des pensions de retraite des membres des gouvernements et des parlementaires. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la Cour conclut que la loi

« [...] Fixant le régime particulier des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifié[e], organise un des droits fondamentaux protégés par la Constitution, en l’occurrence le droit à une pension de retraite pour les anciens travailleurs et agents publics, il doit être regardé comme un texte à valeur constitutionnelle [...] »⁶⁵⁴

327. La solution est en effet déroutante à double titre. D’un côté, d’autres textes à l’instar de la législation électorale n’ont jamais reçu une telle valeur, ne fut-ce qu’organique, en dépit des droits et principes (droit de vote, l’éligibilité, le pluralisme politique...) qu’ils

⁶⁵¹ Décision n°3/CC du 2 novembre 1993.

⁶⁵² Décision n°003/GCC du 13 mars 2017 relative à l’interprétation des dispositions de l’article 78 de la Constitution, *cons.* 9.

⁶⁵³ L’article 78 de la Constitution gabonaise dispose : « La Haute Cour de Justice est une juridiction d’exception non permanente.

Elle juge le Président de la République en cas de violation du serment ou de haute trahison.

[...]

Le Vice-Président de la République, les Présidents et Vice-Présidents des corps constitués, les membres du Gouvernement et les membres de la Cour constitutionnelle sont pénalement responsables devant la Haute Cour de Justice des actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis, ainsi que leurs complices et co-auteurs en cas d’atteinte à la sûreté de l’État. »

⁶⁵⁴ Décision n°014/GCC du 22 juin 2017 relative à la demande du Premier ministre tendant à l’interprétation de certaines dispositions de la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifiée par la loi n°42/2010 du 2 février 2011.

« organisent ». D'autre part, les juges gabonais n'ont à aucun moment fait référence à la valeur organique du texte sur la pension de retraite avant de lui reconnaître une valeur constitutionnelle. Il est bel et bien question d'une loi ordinaire qui, sans crier gare, se retrouve dans le bloc de constitutionnalité. La décision précitée brouille par conséquent les contours du bloc de constitutionnalité gabonais qui semblait n'intégrer jusque-là que les lois organiques en dehors de la constitution, des principes constitutionnels non écrits et des objectifs de valeur constitutionnelle.

328. Quant à la saisine des juridictions constitutionnelles par les élus, ces derniers n'ont pas toujours été favorisés. C'est le cas en Côte d'Ivoire où le Conseil, par une décision rectifiée⁶⁵⁵ de 2018 sur le règlement du Sénat, refusa aux sénateurs la possibilité de le saisir dans le cadre d'un contrôle *a priori* d'un engagement international soumis à ratification. Constatant, sans le dire, une lacune constitutionnelle quant aux personnalités pouvant saisir le Conseil des traités visés à l'article 120⁶⁵⁶, il fit appel aux dispositions de la précédente constitution ivoirienne de 2000⁶⁵⁷, laquelle réservait cette faculté aux présidents de la République et de l'Assemblée nationale, le parlement étant monocaméral à l'époque. En application du principe de la continuité législative⁶⁵⁸, les juges étendirent uniquement cette faculté au président du Sénat.

⁶⁵⁵ Décision rectifiée n°CI-2018-007/dcc/06-07/CC/SG du 06 juillet 2018 *relative à la requête du président du Sénat*.

⁶⁵⁶ Article 120 de la Constitution de 2016 (en vigueur) : « Les traités de paix, les traités ou accords relatifs à la création d'organisations internationales, ceux qui modifient les lois internes de l'État ne peuvent être ratifiés qu'à la suite d'une loi. ».

⁶⁵⁷ Article 95 al.1 de la Constitution de 2000 (abrogée) : « Les engagements internationaux visés à l'article avant leur ratification, les lois organiques avant leur promulgation, les règlements de l'Assemblée nationale avant leur mise en application, doivent être déférés par le Président de la République ou le Président de l'Assemblée nationale au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. ».

⁶⁵⁸ Ce principe, selon le Conseil, est celui énoncé à l'article 183 de la Constitution (2016) qui dispose : « La législation actuellement en vigueur en Côte d'Ivoire reste applicable, sauf l'intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. ». Mais, il faut le reconnaître, la référence à la « législation en vigueur » prête à confusion. En effet, on aurait pu s'attendre à des dispositions en vigueur et non à celles d'une constitution abrogée. Le Conseil confirmera d'ailleurs cette idée en considérant « [qu']il ne peut contrôler la constitutionnalité d'une loi qu'aux regards des dispositions constitutionnelles en vigueur ; ». *v.* Décision n°CI-2017-305/21-03/CC/SG du 21 mars 2017 *relative au recours en inconstitutionnalité des articles 5 et 22 de la loi organique n°2016-11 du 13 janvier 2016 portant modification de la loi n°2014-424 du 14 juillet 2014 portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de commerce et des articles 5, 10 et 41 de la loi n°2016-1110 du 08 décembre 2016 portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de commerce*.

« Qu'en raison du principe de la continuité législative énoncé à l'article 183 de la Constitution, seul le Président du Sénat doit disposer de ce pouvoir, et non le dixième (10ème) des sénateurs ; »⁶⁵⁹.

329. L'article 95 de la Constitution de 2000 a d'ailleurs été repris dans une décision⁶⁶⁰ postérieure relative à la saisine du Conseil pour apprécier la constitutionnalité du règlement de l'Assemblée. En effet, les juges mirent à nouveau à contribution l'article 183 (en vigueur) et celui précité pour juger

« [...] que le Président de l'assemblée nationale figure au nombre des personnalités pouvant saisir le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de conformité à la Constitution »⁶⁶¹.

330. Enfin, les élus locaux bénéficient également d'une jurisprudence constituante protectrice, voire très favorable. La Cour gabonaise⁶⁶² interdit, par exemple, aux présidents des délégations spéciales⁶⁶³ de siéger – en lieu et place des représentants communaux et départements – au sein du Conseil économique et social. De son côté, la Cour de Niamey précisa « qu'en l'absence de disposition constitutionnelle expresse [...], la durée du mandat des élus locaux relève de la loi organique déterminant la libre administration des régions, des départements et des communes, ainsi que leurs compétences et leurs ressources ; »⁶⁶⁴ ; ce qui tombe sous le sens, mais que la Cour se devait tout de même d'indiquer pour relever l'incompétence du législateur ordinaire.

331. Il en est ainsi de certains truismes que les juridictions constitutionnelles s'évertuent à rappeler ou à « repreciser » dans des espèces que l'on qualifierait volontiers de banales à l'instar des affaires budgétaires et financières. D'autres affaires en revanche, sous l'effet de certaines évolutions des relations internationales, méritaient que les juridictions s'y penchent. On l'aura compris, un autre pan du contentieux non institutionnel et non des moindres, est aussi le terreau de jurisprudences constituantes.

⁶⁵⁹ Cons. 23.

⁶⁶⁰ Décision n°CI-2018-008/DCC/23-08/CC/SG du 23 août 2018 relative à la requête du Président de l'Assemblée nationale.

⁶⁶¹ Cons. 5 et s.

⁶⁶² Avis n°1/CC du 21 février 2008 relatif à la demande du premier ministre tendant à savoir si les présidents des délégations spéciales ont qualité pour représenter au Conseil économique et social les 18 membres de ladite institution issus des conseils départementaux et des conseils municipaux dont le mandat a expiré le 13 janvier 2008.

⁶⁶³ Il s'agit de personnes nommées par l'État ou par son représentant dans une collectivité locale suite à la démission des élus locaux, à l'annulation de leur élection ou à la dissolution de l'organe délibérant de la collectivité. La délégation spéciale est ainsi appelé à administrer provisoirement une collectivité sans pouvoir exercer la plénitude des attributions d'un organe délibérant élu.

⁶⁶⁴ Arrêt n°04/08/CC/MC du 22 juillet 2008, nous soulignons.

SECTION 2. LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE DANS LES MATIÈRES BUDGÉTAIRE ET CONVENTIONNELLE

332. N'eût été l'existence et le développement de conventions internationales ayant une incidence sur les finances d'un État (accord de prêt, accord de coopération économique...), les finances publiques et le droit international pourraient être considérés comme des matières étrangères l'une à l'autre et, partant de là, impossible à rapprocher. Mais étant plus ou moins organisées par la constitution, l'intervention créatrice des juridictions constitutionnelles dans ces matières était quasi inévitable. D'où une seconde propriété commune. En effet, en Afrique noire francophone, les finances publiques et le droit international sont des questions qui relèvent presque toujours exclusivement des cours et conseils pour ce qui est de l'adoption des lois de finances au sens large et de la conclusion ou de l'application des accords internationaux.

333. Incidemment, il nous a déjà été donné d'aborder les questions budgétaires en évoquant l'action des juges constitutionnels sur les compétences des organes appelés à participer à l'élaboration de la loi. Mais ici il faudra particulièrement mettre l'accent sur la matière en cause – les textes organisant les charges ou les ressources de l'État ou ayant une incidence sur celles-ci – comme étant à l'origine de l'exercice de la fonction constituante du juge (§2). Le sens de l'action constituante du juge consiste ainsi à rappeler la spécificité de la matière financière et à innover en fonction de celle-ci autant lorsqu'il est saisi dans le cadre du vote de la loi de finances que dans celui des textes susceptibles de modifier l'équilibre budgétaire.

334. S'agissant du droit international, la logique est tout autre. En effet, ce n'est pas tant (et seulement) la matière en elle-même qui invite les juges à innover que le décalage existant entre les dispositions internes et le droit international contemporain (§1).

§1. LA FONCTION CONSTITUANTE ET L'OBSOLESCENCE DES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT INTERNATIONAL DANS LES CONSTITUTIONS AFRICAINES

335. On aurait tort de croire que le pouvoir créateur du juge dans le champ du droit international soit toujours curatif après avoir fait référence à l'obsolescence des dispositions constitutionnelles relatives au droit international. La fonction constituante est certes corrective (B) sous bien des aspects, mais elle est également à l'origine d'une rupture entre les droits interne et international (A).

A. L'ACCENTUATION DE LA DISSONANCE ENTRE LES TEXTES INTERNES ET LES ÉVOLUTIONS DU DROIT INTERNATIONAL

336. *Ubi societas, ubi jus*. Indépendants, les États africains tinrent compte de leur participation *de facto* à une société internationale constituée d'États tout aussi souverains et d'organisations internationales à l'influence croissante. Loin d'être une communauté⁶⁶⁵, cette société régie par des règles conventionnelles et coutumières s'imposait à de jeunes États qui n'eurent d'autres choix que d'emprunter à l'ancienne « métropole »⁶⁶⁶ ses dispositions constitutionnelles en la matière pour appréhender ce contexte nouveau. Néanmoins, comme le releva le professeur Gonidec⁶⁶⁷, l'existence d'un droit international africain ne fait l'ombre d'aucun doute comme en témoigne le quatrième alinéa de l'article 96 de la Constitution sénégalaise qui dispose : « La République du Sénégal peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de

⁶⁶⁵ « La vie en communauté développerait des relations confiantes et intimes, alors qu'un état de tension caractériserait fondamentalement la vie en société [...] », P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8 éd., LGDJ, 2009, p. 48.

⁶⁶⁶ F. GONIDEC, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique » in *AFDI*, vol. 11, 1965, spéc. pp. 868-871.

⁶⁶⁷ « Il semble qu'on puisse affirmer l'existence d'un droit international africain, encore en voie de formation. D'une part les États africains considèrent qu'ils ont leurs propres problèmes et qu'il convient de les régler dans le cadre d'organisations continentales ou régionales. D'autre part, on assiste à une remise en question des régimes juridiques internationaux établis par les puissances coloniales. », P.F. GONIDEC, *op. cit.*, p.879.

souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine ». Plus d'une cinquantaine d'années après, ce droit international africain est toujours une réalité. Il n'est toujours pas question d'une « décalcomanie affadissant les singularités [des dispositions constitutionnelles africaines] »⁶⁶⁸.

337. Le pouvoir de traiter, en tant que fonction régaliennne, s'organisait ainsi selon une procédure analogue à celle prévue aux articles 52 et 53 de la Constitution française de 1958. Comme l'illustrent les Titre V⁶⁶⁹ de la Constitution ivoirienne de 1960 ou VI⁶⁷⁰ de la Constitution sénégalaise de 1963, l'inspiration française ne faisait aucun doute. Conclure des traités est, pour tout État, une nécessité tant politique qu'économique que confirma la Convention de Vienne de 1969 en en codifiant les règles.

⁶⁶⁸ S. NOUROU TALL, « Les références au droit international public dans les constitutions africaines francophones : exemples du Bénin, du Sénégal et du Togo » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 121-154.

⁶⁶⁹ Le Titre V, « Des traités et accords internationaux », dans sa version initiale disposait :

« Article 53.

Le président de la République négocie et ratifie les traités et les accords internationaux.

Article 54.

Les traités de paix, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui modifient les lois internes de l'État ne peuvent être ratifiés qu'à la suite d'une loi.

Article 55.

Si la Cour suprême, saisie par le président de la République ou par le président de l'Assemblée nationale, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Article 56.

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».

⁶⁷⁰ Le Titre VI dans sa version initiale disposait : «

Article 76.

Le président de la République négocie les engagements internationaux. Il les ratifie ou les approuve.

Article 77.

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulla cession, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

Article 78.

Si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Article 79.

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».

338. Mais comme nous le verrons dans la suite de notre propos, le droit international de constitutions africaines a souvent montré ses limites face à la prolifération de nombreuses et nouvelles conventions n'entrant pas dans les catégories constitutionnelles existantes. Dans ce cas, lesdites dispositions apparaissent dépassées dans la mesure où elles n'empêchent pas l'introduction en droit interne de textes internationaux originaux. Prévoir limitativement des textes susceptibles d'être ratifiés ainsi qu'une procédure dédiée traduit la volonté du constituant d'interdire autant que faire se peut la conclusion d'autres accords ou instruments internationaux dont il n'aurait pas explicitement prévu la ratification. Relevant l'originalité de certains accords, les juridictions constitutionnelles ont toutefois validé leur ratification et leur application en droit interne donnant ainsi l'impression que les catégories prévues par la constitution et leur procédure seraient des exceptions au sein d'une pluralité de textes eux aussi *ratifiables*. En d'autres termes, les dispositions constitutionnelles n'organiseraient qu'une procédure de conclusion spéciale et propre à certains traités, laissant ainsi le champ libre à la ratification d'autres accords dont l'objet n'aurait pas été prévu par la constitution. C'est notamment le cas des accords en forme simplifiée⁶⁷¹, des recommandations⁶⁷² internationales et des traités innommés⁶⁷³ à l'instar des statuts d'une organisation régionale.

339. En sus, le droit international a également des répercussions sur l'office du juge en la matière. L'avis n°02/07/CC⁶⁷⁴ de la Cour nigérienne peut ici servir à illustrer ce qui précède. Saisie dans le cadre du deuxième alinéa de l'article 87⁶⁷⁵, la Cour était consultée au sujet d'un projet d'ordonnance portant création d'une société d'État. D'une part, les juges conclurent à la conformité à la Constitution du projet d'ordonnance après avoir établi que la création d'une telle société relevait bien du domaine de la loi. D'autre part, la Cour estima

⁶⁷¹ V. § 341 à 346.

⁶⁷² Décision n° L008/97 du 16 juin 1997 rendue par le Conseil ivoirien. Cette jurisprudence porte d'ailleurs sur une recommandation émise par l'Organisation internationale du travail. Selon M. VIRALLY, l'article 19§6 de la Constitution de l'organisation fait en sorte que ces actes « s'apparentent à des décisions obligatoires pour leurs destinataires [les membres], mais leur conservent un large pouvoir discrétionnaire ; elles relèvent d'une direction politique internationale [...] ». v. M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales » in *AFDI*, vol. 2, CNRS, 1956 p. 80. Il y a certes une obligation mais elle ne pèse que sur les membres de l'organisation et non sur les autorités étatiques.

⁶⁷³ Décision n°L 002/97 du 02 avril 1997 rendue par le Conseil ivoirien.

⁶⁷⁴ Avis n°02/07/CC du 31 juillet 2007.

⁶⁷⁵ « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis de la Cour Constitutionnelle. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. ».

que certaines dispositions de l'ordonnance étaient contraires aux règles relatives au droit africain des affaires dit « Acte uniforme d'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ». Bien qu'elle fût saisie d'une demande d'avis à propos d'un projet de texte, l'utilisation d'un traité (l'acte OHADA) en tant qu'acte de référence ne laisse planer aucun doute quant au fait que la Cour ait contrôlé la conventionalité de l'ordonnance à venir. De plus, la prise en compte de cet instrument international par la Cour conduirait à reconnaître que les juges sont – une fois de plus – allés au-delà de ce qui leur était demandé. Partant de là, on pourrait conclure à la valeur constitutionnelle de l'acte OHADA puisque, dans le cadre de l'article 87, la mission de la Cour consiste seulement à examiner si le projet d'ordonnance s'inscrit dans le domaine de la loi et dans les limites de la loi d'habilitation. En invoquant cet accord international, la Cour ne reconnaît-elle pas que si l'ordonnance est conforme à la constitution, elle ne l'est pas à l'égard d'un texte ayant au moins la même valeur ? La réponse à cette question aurait été plus évidente s'il s'agissait d'un avis rendu par une juridiction ordinaire à l'instar du Conseil d'État français à propos d'une ordonnance. Et c'est là que se trouve finalement la réponse à la question que nous nous posions. L'acte OHADA n'a pas valeur constitutionnelle, mais la Cour nigérienne, saisie d'un projet d'ordonnance, se mue en organe consultatif constitutionnel et ordinaire. Autrement dit, la Cour a dû se faire juge ordinaire pour contrôler la conformité de l'ordonnance à l'instrument international.

340. Au contentieux, les cours et conseils africains font de l'incompétence un principe lorsqu'ils sont saisis d'affaires mettant en cause la constitutionnalité des traités ou la conformité d'actes internes à ceux-ci. Toutefois, il convient de relever une légère inflexion à ce principe dans la jurisprudence nigérienne⁶⁷⁶. En l'espèce, la Cour fut saisie d'une exception d'inconstitutionnalité ayant pour but d'établir l'inconstitutionnalité du code des assurances issu d'un traité international censé régir le marché des assurances dans plusieurs pays africains. Les juges décidèrent en effet « que l'article 113 de la Constitution invoqué par le requérant institue un contrôle a posteriori permettant à la Cour de connaître non pas directement de la constitutionnalité du traité, mais de la loi autorisant la ratification dudit engagement international ; »⁶⁷⁷. Par ce considérant, l'on peut s'attendre à ce que l'examen d'une loi de ratification par les juges dépasse le cadre des conditions d'adoption de ladite loi

⁶⁷⁶ Arrêt n°09/CC/MC du 17 novembre 2004.

⁶⁷⁷ Cons. 10.

et que la Cour aille jusqu'à contrôler au fond l'acte ratifié ; ce qui constituerait une évolution notable dans l'office du juge constitutionnel nigérien.

B. LA CONSÉCRATION CONSTITUTIONNELLE DES ACCORDS EN FORME SIMPLIFIÉE : UNE MISE À JOUR PRÉTORIENNE DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RELATIVES AUX TRAITÉS ET ACCORDS INTERNATIONAUX

341. Au regard de la procédure qui gouverne leur conclusion, les accords en forme simplifiée s'opposent aux accords dits solennels. Sans déroger entièrement à la Convention de 1969, l'accent est mis sur leur conclusion par des représentants n'ayant pas les pleins pouvoirs. Il s'agit de traités conclus par une procédure à « un seul degré »⁶⁷⁸, rendant inutile toute procédure de ratification après leur signature. La forme simplifiée s'oppose ainsi à une procédure à deux degrés ou « lourde »⁶⁷⁹. Il peut éventuellement avoir une procédure d'approbation postérieure, mais elle ne sera qu'une confirmation. La signature étant le point de départ de l'entrée en vigueur du traité. Sans pour autant perdre la nature d'engagements internationaux, les accords en forme simplifiée conservent une identité de nature avec les traités adoptés par la procédure de droit commun. Ce qui explique le fait que les différentes parties puissent choisir des procédures distinctes. L'une n'est jamais liée par la procédure choisie par l'autre pour la conclusion de l'acte international.

342. D'origine américaine, l'adoption simplifiée est née d'une volonté d'émancipation des contraintes législatives et elle fut reconnue en 1931 par la jurisprudence internationale⁶⁸⁰. Comme le rapportent P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, le pouvoir exécutif américain s'est assuré de la conclusion et du développement de ces accords et pour lesquels il était le seul compétent. La pratique a été par la suite étendue aux autres États. Si au départ le recours à cette procédure était justifié par la moindre importance de l'objet (technique ou administratif) ou de la matière concernée (coopération scientifique...), lesdits accords ont

⁶⁷⁸ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁷⁹ C. CHAYET, « Les accords en forme simplifiée » *in* *AFDI*, vol. 3, CNRS, 1957, p. 4.

⁶⁸⁰ Régime douanier austro-allemand, C.P.J.I., série A/B, n°41.

gagné aujourd'hui en autonomie et en importance⁶⁸¹ comme le présentait C. Chayet⁶⁸². On touche là à la principale difficulté que pose la conclusion de ces accords ; celle de leur(s) objet(s).

343. En Afrique comme ailleurs, certaines constitutions ignorent totalement l'existence de ces accords et conséquemment les matières qui justifient d'y recourir. C'est le cas des textes béninois, nigérien et sénégalais. De leur côté, les textes gabonais et ivoirien prévoient la conclusion « d'un accord international non soumis à ratification »⁶⁸³, reconnaissant donc constitutionnellement la catégorie des conventions en forme simplifiée.

344. Il revint par conséquent aux juridictions de combler cette lacune au Bénin et au Sénégal. Ce que lesdites cours firent par des décisions. Dans leur décision DCC 30-94, les juges de Cotonou validèrent la signature d'un engagement en forme simplifiée en précisant « qu'un tel accord ne saurait être assimilé aux traités et accords prévus par l'article 147 de la Constitution »⁶⁸⁴. Le Conseil constitutionnel sénégalais parviendra à la même solution en 2015 en s'appuyant sur le « droit international des traités »⁶⁸⁵. Les juges étaient saisis d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée par l'ancien chef d'État tchadien Hissen Habré poursuivi par les Chambres africaines extraordinaires⁶⁸⁶. En l'espèce, le requérant excipait du défaut de publication de la loi de ratification de l'accord instituant le Tribunal. Mais le Conseil jugea

« Que cet accord n'entre pas dans le champ de l'article 96 de la Constitution qui énumère limitativement les traités et accords qui sont soumis à la procédure prévue à cet effet ; qu'il s'agit d'accords dits "en forme simplifiée [...] par opposition aux accords "en forme solennelle". »

⁶⁸¹ Maintes fois cités en exemples, les Accords de la Baie d'Along du 22 décembre 1950 ou les protocoles franco-tunisien du 2 mars 1956 et franco-marocain du 20 mars 1956, reconnaissant l'indépendance de la Tunisie et du Maroc.

⁶⁸² « [...] il n'est pas interdit de penser que cette procédure de conclusion d'engagements internationaux restera dans l'avenir d'une utilisation au moins aussi habituelle qu'elle est à l'heure présente », C. CHAYET, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸³ v. l'article 113 al. 2 issu de la révision du 18 mars 1994 et l'article 119 al. 2 de la Constitution ivoirienne de 2016.

⁶⁸⁴ DCC 30-94 du 1^{er} octobre 1994, Ahouandjou Anselme, Président de l'Assemblée nationale et Président de la République, *cons.* 23.

⁶⁸⁵ Affaire n°1-C-2005 du 02 mars 2015, *cons.* 10.

⁶⁸⁶ Il s'agit d'une juridiction spécialement créée par un accord du 22 août 2012 entre l'Union africaine et le Sénégal. Elle était compétente pour connaître des crimes internationaux commis au Tchad sous la présidence de Hissen Habré.

345. On le constate aisément, les objets des accords en forme simplifiée dépassent aujourd'hui le cadre de questions techniques ou administratives. L'intégration d'une juridiction internationale au sein d'une organisation judiciaire interne relève de matières touchant aux fonctions régaliennes. La consécration des accords en forme simplifiée est une énième manifestation de la fonction constituante des cours et conseils africains. Par ailleurs, cette constitutionnalisation confirme la compétence de l'exécutif en la matière et plus précisément du ministre chargé des affaires diplomatiques ou étrangères.

346. On l'aura compris, le pouvoir créateur du juge dans la matière conventionnelle invite à reconsidérer les dispositions constitutionnelles portant sur les traités et accords internationaux. Pour les juges, la constitution pose une procédure d'exception pour des accords ayant des objets précis sans pour autant empêcher la conclusion d'autres conventions. Le droit constitutionnel international est une exception qui ne remet pas en cause le pouvoir de l'État de conclure des engagements internationaux portant sur d'autres objets et selon des modalités différentes. Toutefois, en matière budgétaire, les juges ne reconnaissent pas une marge de manœuvre équivalente aux organes étatiques.

§2. LA RÉAFFIRMATION DE LA SINGULARITÉ DE LA PROCÉDURE BUDGÉTAIRE ET DES LOIS IMPACTANT LES RESSOURCES DE L'ÉTAT

347. Parmi les nombreux textes que comporte la hiérarchie des normes, les lois qui organisent ou impactent les finances de l'État forment une catégorie assez particulière. Dans leur conception, ces textes doivent répondre à des contraintes spécifiques. On fait ici allusion à l'examen de recevabilité (des propositions ou amendements) dont ils font l'objet au moment de leur examen en commission parlementaire ou en chambre(s). À ce propos, la Cour béninoise considéra que l'irrecevabilité peut être « opposée même aux amendements dont les conséquences financières ne se réaliseront que dans le futur » et que « la proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes [...] doit être concomitante à la proposition de loi »⁶⁸⁷. À ces contraintes budgétaires, il faut également ajouter des contraintes temporelles pour la loi de finances proprement dite. Les lois de finances ne sont pas adoptées à tout moment. Elles sont préparées, présentées, discutées et adoptées suivant un calendrier

⁶⁸⁷ DCC 10-117 du 8 septembre 2010, Président de la République, EZIN et autres.

des plus précis. Scrupuleuses, les institutions censées prendre part à ces différentes étapes s'emploient autant que faire se peut à adopter une loi de finances avant son année d'exercice en principe. Un principe que la Cour gabonaise a rappelé tout en consacrant une procédure tout aussi originale qu'exceptionnelle en cas de dépôt tardif du projet de loi de finances.

« Il convient de retenir qu'une loi de finances, dont le projet a été tardivement déposé à l'Assemblée nationale, est valablement adoptée lorsque son adoption et sa promulgation interviennent avant le début de l'exercice budgétaire considéré ; qu'en revanche, lorsque la loi de finances annuelle ne peut être votée et promulguée avant le début de l'exercice budgétaire, en raison d'un dépôt tardif du projet de celle-ci à l'Assemblée Nationale, le Gouvernement dépose, quinze jours avant la clôture de la session budgétaire, un projet de loi spéciale, discuté et adopté selon la procédure d'urgence, l'autorisant à percevoir les impôts existants et à ouvrir les crédits se rapportant aux services votés dans la limite de 1/12ème, renouvelable ; que dans les quinze jours qui suivent la clôture de la session budgétaire, à la demande du Premier ministre, le Parlement est convoqué en session extraordinaire, en vue de l'adoption de la loi de finances de l'année. »⁶⁸⁸.

348. Comblant une « lacune »⁶⁸⁹ de la constitution ou élaborant une « constitution financière de substitution »⁶⁹⁰, cette décision audacieuse tendait à maintenir l'adoption du budget de l'État dans le giron législatif au prix d'une procédure budgétaire élaborée par les juges et manifestement contraire au principe de l'antériorité budgétaire. Toutefois, cette jurisprudence contribuait également à perpétuer un certain déséquilibre au profit de l'exécutif. En effet, une lecture attentive de l'article 48⁶⁹¹, en vigueur au moment de la

⁶⁸⁸ Décision n°006/CC⁶⁸⁸ du 12 novembre 1999 relative à l'interprétation de l'article 48 alinéas 1 et 2 de la Constitution.

⁶⁸⁹ Décision précitée, cons. 5.

⁶⁹⁰ S. BOLLE, « La Constitution jurisprudentielle du 30 avril 2018 », *La constitution en Afrique* [en ligne], disponible à l'adresse suivante : <http://la-constitution-en-afrique.over-blog.com/2018/06/la-constitution-jurisprudentielle-du-30-avril-2018.html>.

⁶⁹¹ L'article 48 de la Constitution gabonaise disposait : « Toutes les ressources et les charges de l'État doivent, pour chaque exercice financier, être évaluées et inscrites dans le projet annuel de la loi de finances déposée par le Gouvernement à l'Assemblée nationale quarante-cinq (45) jours au plus tard après l'ouverture de la seconde session ordinaire.

Si, au terme de la session budgétaire, le Parlement se sépare sans avoir voté le budget en équilibre, le Gouvernement est autorisé à reconduire par ordonnance le budget précédent. Cette ordonnance peut néanmoins prévoir, en cas de nécessité, toute réduction de dépenses ou augmentation de recettes. À la demande du Premier Ministre, le Parlement est convoqué dans les quinze jours en session extraordinaire pour une nouvelle délibération. Si le Parlement n'a pas voté le budget en équilibre à la fin de cette session extraordinaire, le budget est établi définitivement par ordonnance prise en Conseil des Ministres et signée par le Président de la République.

Les recettes nouvelles qui peuvent être créées, s'il s'agit d'impôts directs et des contributions ou taxes assimilables, sont mises en recouvrement pour compter du premier janvier. [...] »

décision, établissait une prééminence du gouvernement en matière budgétaire. Raison pour laquelle, dans cette décision, la Cour donna l'impression de couvrir la négligence du gouvernement en ne mettant pas suffisamment l'accent sur le(s) fait(s) à l'origine du « retard imputable » à cet organe.

349. Comme on peut s'en douter, la singularité de ces textes se résume à leur objet : les ressources de l'État. D'où le « carcan » budgétaire existant et justifié par la recherche d'un équilibre budgétaire. Parmi la diversité des textes que peut adopter le législateur, les juridictions constitutionnelles africaines ont toujours tenu compte de la spécificité des lois de finances ou celles engageant les moyens de l'État. Plus précisément, les juges veillent au respect des procédures et mécanismes spéciaux censés éviter tout déficit public et toute autre violation de la constitution.

350. C'est en ce sens que l'on peut évoquer l'arrêt 2003-003 rendu en matière budgétaire par la Cour du Niger et dans lequel la constitutionnalité d'une ordonnance portant loi de finances a été contestée. Prise dans le cadre d'une loi d'habilitation autorisant le gouvernement à légiférer sur des allègements de la dette extérieure, l'ordonnance outrepassait manifestement les limites imposées par le législateur ; ce que la Cour ne manqua pas de souligner d'une part. D'autre part, les juges nigériens posèrent comme principe qu'une « loi d'habilitation ne doit en aucun cas concerner une loi organique dont les procédures d'adoption et de révision sont définies par la Constitution. »⁶⁹². Constituante, cette jurisprudence s'appuyait sur l'article 95⁶⁹³ de la Vème République alors même que la disposition relative à l'habilitation législative⁶⁹⁴ n'excluait aucune matière de son champ d'intervention. En d'autres termes, l'interdiction de recourir à la procédure législative

⁶⁹² Arrêt n°2003-003/CC/MC du 9 janvier 2003.

⁶⁹³ Article 95 de la Constitution nigérienne de 2004 : « L'Assemblée Nationale vote le projet de Loi de finances dans les conditions déterminées par la loi. »

⁶⁹⁴ L'article 87 du même texte disposait : « Le gouvernement peut pour l'exécution de son programme demander à l'Assemblée Nationale l'autorisation de prendre par ordonnance (s) pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Cette autorisation prend la forme d'une loi d'habilitation. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis de la Cour Constitutionnelle. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée Nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans leurs dispositions qui sont du domaine de la loi. ».

déléguée pour l'adoption de la loi de finances a été posée par la jurisprudence constitutionnelle nigérienne.

351. Dernier avis en date et en la matière, le Conseil ivoirien posa un principe, inspiré de la loi organique sur les finances, selon lequel « l'affectation d'une recette de l'État à une dépense ne peut résulter que d'une loi de finances »⁶⁹⁵. En l'espèce, il était demandé au Conseil de se prononcer sur la constitutionnalité de deux propositions de loi relative à l'amnistie et l'indemnisation des victimes de la crise ivoirienne. Estimant la première proposition sans objet⁶⁹⁶, le Conseil se pencha sur la création d'un fonds d'indemnisation, approvisionné par des impôts sur la valeur locative des biens immobiliers et les produits pétroliers, qu'il estima contraire à la Constitution au motif que cela reviendrait à modifier la loi de finances initiale.

⁶⁹⁵ Avis n°CI-2017-A-313/19-12/CC/SG du 19 décembre 2017 demandé par le Président de l'Assemblée Nationale, cons. 17.

⁶⁹⁶ Deux lois d'amnistie avaient déjà été votées et appliquées.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

352. Le contentieux non institutionnel est tout aussi essentiel que le contentieux institutionnel quand il s'agit d'établir la réalité du pouvoir créateur du juge. Si, quantitativement il est moins le foyer de grandes jurisprudences constituantes, il est néanmoins riche d'enseignements sur la manière dont les juges constitutionnels apportent leur touche dans les différentes matières qui composent ce contentieux.

353. Une fois de plus, les dynamiques de la fonction constituante ne sont pas les mêmes d'un contentieux à l'autre. Ce qui sous-entendrait que les juges tiennent compte de la spécificité de chaque matière en adoptant ainsi tour à tour une grille de lecture différente pour parvenir à des solutions tout aussi différentes les unes des autres. Toutefois, d'une juridiction à l'autre, il n'est pas rare qu'une position similaire soit adoptée comme c'est le cas dans le cadre des finances publiques ou, spécifiquement, des accords en forme simplifiée. Les droits et libertés sont quant à eux le terrain de tous les positionnements et revirements à l'instar de la Cour béninoise. Pour autant, il est quasiment impossible de conclure à des rapports d'influence entre les différentes juridictions sur des sujets aussi importants que les droits et libertés. Chaque cour évolue en vase clos, ce qui est perceptible lorsqu'elle revêt son rôle constituant. La doctrine est certes parfois convoquée, dans le domaine budgétaire par exemple, mais jamais la jurisprudence des autres juridictions. Chacune se fait constituante à sa manière.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

355. À la lecture de ce qui précède, on serait tenté de parler non pas « d'une » mais « des fonctions constituantes africaines ». En effet, la création du droit par les juridictions constitutionnelles est aussi réelle que les multiples postures qu'adopte chacune d'entre elles dans différents domaines. D'ailleurs, une juridiction constitutionnelle est *a priori* indifférente à la jurisprudence constituante des autres cours malgré des constitutions et des contextes politiques analogues. C'est un constat général qui ne manque pas soulever des interrogations quand on sait que les occasions ne manquèrent pas et, surtout, qu'il existe une collaboration institutionnalisée entre ces cours et conseils aux niveaux régional⁶⁹⁷ et international⁶⁹⁸.

356. Mais le choix de traiter « d'une fonction constituante en Afrique noire francophone » n'a jamais été guidé par la volonté de gommer les particularismes sus-évoquées. Peu importe les caractéristiques de son exercice par chaque juridiction, la fonction constituante est une réalité que l'on retrouve dans des contentieux aussi variés qu'éloignés les uns des autres. Elle est un aspect essentiel et évident de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone.

357. Nous pensons ainsi avoir atteint l'objectif de cette première partie qui était de révéler, au moyen de la jurisprudence, le juge constituant africain. Révéler ? le terme peut paraître prétentieux car des travaux avaient déjà évoqué cette participation des cours et conseils constitutionnels au pouvoir constituant. Mais nous pensons en avoir apporté une vision plus globale, une vue d'ensemble qui autorise à voir le pouvoir créateur du juge au-delà des hypothèses de révision constitutionnelle ou du contentieux institutionnel. La

⁶⁹⁷ On mentionnera ici la Conférence des Cours constitutionnelles africaines (CCJA) créée en mai 2011 suite à une décision de l'Union africaine lors de sa quinzième session ordinaire. Sous le pilotage de la Cour égyptienne, une plateforme de diffusion des décisions de justice constitutionnelle africaine (<http://www.ejha.org/fr>) a d'ailleurs vu le jour mais son contenu demeure inaccessible.

⁶⁹⁸ L'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF) créée en 1997, devenue l'Association des cours constitutionnelles francophones (ACCF) depuis 2019.

fonction constituante n'est pas fonction d'un certain type de contentieux ou de matière, elle est exercée où le besoin se fait sentir. Et, comme nous l'avons vu, il se fait sentir dans l'ensemble des matières relevant de la compétence des juridictions constitutionnelles africaines. Si l'interprétation et l'application de la constitution n'ont jamais été des exercices des plus aisés dans les démocraties occidentales, à combien plus forte raison il n'en saurait être autrement dans des États où la greffe d'institutions et de mécanismes constitutionnels « étrangers » a encore du mal à prendre. Présenter de la sorte la fonction constituante aurait pour objectif d'accroître la normativité de la constitution d'inspiration occidentale en Afrique ; une conclusion qui serait prématurée à ce niveau de notre étude et qui trouverait pléthore de contradicteurs.

358.

TITRE SECOND. LES FONDEMENTS DU POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

360. Il a été donné jusqu'ici de constater la production effective de normes constitutionnelles par le juge africain mais aussi de mesurer l'étendue de son pouvoir, lequel semble au premier abord ne rencontrer aucune limite.

361. L'importance quantitative des jurisprudences constituantes suffit à ne pas les considérer comme des faits isolés, périodiques, voire contingents et, par voie de conséquence, négligeables pour le chercheur. À l'image d'un édifice en construction dont la solidité tient aux fondations sur lesquelles il repose, une analyse des décisions et avis à portée constituante en Afrique noire francophone – qui n'est rien d'autre qu'une construction du bloc de constitutionnalité – conduit inévitablement à s'intéresser aux fondements du pouvoir créateur des cours et conseils. Un passage en revue des attributions et/ou des missions confiées aux juges constitutionnels africains s'avère nécessaire. Mais il faut se garder de procéder à un examen de l'ensemble des compétences ; ce qui constituerait un prétexte et nous éloignerait de l'objet principal de notre étude. Fort heureusement, des travaux antérieurs sur les cours constituantes au sud du Sahara ont mis et remis l'accent sur des compétences spécifiques par lesquelles les juges seraient habilités à se faire co-constituants (Chapitre 1). Un second écueil serait à redouter : la description. Aborder la question des attributions des cours constitutionnelles africaines doit nécessairement s'accompagner d'un examen de leur pratique en situation car celle-ci peut s'éloigner des prescriptions, et ce, d'autant plus que les constituants ne brillent pas toujours dans le choix des termes inscrits dans le texte fondamental.

362. Néanmoins, la fonction constituante ou le pouvoir créateur du juge africain ne saurait être réduit à l'exercice par ce dernier de ses seules attributions expresses. En effet, cela

aurait pour conséquence de mettre hors la loi les décisions du même genre rendu par le juge français par exemple. Privé de certaines des attributions de ses homologues africains, le Conseil français est pourtant parvenu lui aussi à construire un bloc de constitutionnalité. L'idée du pouvoir créateur reposant sur les seuls énoncés constitutionnels est irrecevable. Ce que confirme la situation du Conseil sénégalais – dont les attributions sont quasiment identiques à celles du juge français – qui exerce une fonction constituante. On le pressent. La fonction constituante a des fondements moins visibles mais tout aussi déterminants (Chapitre 2).

CHAPITRE I. UN « CONSTITUANT DE ROBE »⁶⁹⁹

HABILITÉ OU LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA FONCTION CONSTITUANTE

364. Le pouvoir créateur des juridictions constitutionnelles repose avant tout sur des textes constitutionnels, organiques, voire sur des décisions de justice constitutionnelle. La fonction constituante a pour origine immédiate des textes qui attribuent des compétences spécifiques aux cours constitutionnelles. Des attributions qui n'ont d'équivalents qu'en droit comparé africain mais jamais en droit interne.

365. La singularité des attributions de la justice constitutionnelle a toujours été admise au sein de chaque ordre constitutionnel. De l'accession à la souveraineté internationale à nos jours, les dispositions et textes relatifs à l'organe censé rendre ce type de justice ont organisé des compétences tout à fait inédites. Sous l'ère des cours suprêmes africaines, le manque de personnels qualifiés n'a pas toujours eu pour conséquence l'exercice par une même juridiction⁷⁰⁰ des différentes justices (administrative, judiciaire, financière et constitutionnelle). Il s'opéra également une spécialisation des contentieux par la mise en place de différentes chambres. Pendant près d'une trentaine d'années, il exista une chambre dite constitutionnelle dont les attributions tranchaient avec celles des autres chambres. Alors que la justice administrative ou l'autorité judiciaire étaient connues du grand public à l'époque coloniale, bien que peu sollicitées par les autochtones⁷⁰¹, la justice constitutionnelle

⁶⁹⁹ v. S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique », *op. cit.*

⁷⁰⁰ Ce fut le cas au Sénégal.

⁷⁰¹ Tel est le constat qui malheureusement s'impose. En effet, il n'existe pas de statistiques sur les affaires traitées par les chambres constitutionnelles, alors qu'il y en a à propos des autres chambres. On apprend ainsi, avec G. Mangin, que les décisions en matières civiles et commerciales étaient les plus nombreuses quand la jurisprudence pénale était la plus importante à Madagascar. V. G. MANGIN, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone » in *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. 1, *op.cit.* p. 140.

était un dernier-né dont l'apparition suscita plus d'indifférence que d'enthousiasme. En effet, la justice constitutionnelle française ne fut qu'une brève expérience pour les premiers États décolonisés de la zone francophone, car il se passa moins de deux années entre le 20 février 1959⁷⁰² et le 17 août 1960⁷⁰³. Pour autant, les Africains ont nanté la justice constitutionnelle d'attributions distinctives mais également plus importantes que ceux du Conseil français. Les énoncés habilitants des cours constitutionnelles, c'est-à-dire les dispositions juridiques en vertu [desquelles des acteurs sont appelés] à produire une norme⁷⁰⁴ sont originaux, comparés aux dispositions de la Constitution française de 1958. Relisons le texte sénégalais de 1963 pour s'en convaincre. Si son intervention dans le processus électoral présidentiel ou le contrôle de constitutionnalité (des lois et traités) obéissaient à des modalités analogues à celles qui régissaient l'action du juge français dans les mêmes matières, l'ancienne Cour suprême sénégalaise était en outre chargée « [de trancher] des conflits de compétence entre l'exécutif et le législatif »⁷⁰⁵ et était « juge de l'excès de pouvoir des autorités exécutives ». Dans les autres États où prévalut le choix d'une chambre constitutionnelle jusqu'à l'autonomisation de la juridiction, les attributions confiées à celle-ci n'étaient, là encore, pas des moindres⁷⁰⁶. C'est dire qu'avant les textes du *Renouveau démocratique*, les juridictions africaines s'écartaient déjà du modèle de justice constitutionnelle installée dans l'aile Montpensier du Palais royal. Les constitutions africaines de la fin du XXème siècle ont d'ailleurs confirmé, si besoin était, que la justice constitutionnelle africaine était plus encline à faire des emprunts autant du côté de Karlsruhe (interprétation de la constitution, recours direct en inconstitutionnalité...) que de Paris. C'est ainsi qu'à partir des années quatre-vingt-dix on assiste à l'érection de juridictions autonomes dotées de pouvoirs sans pareils et dont l'utilisation ne pouvait qu'inéluctablement aboutir à une justice à portée constituante. Il en est ainsi de l'interprétation constitutionnelle (Section

⁷⁰² Cette date correspond à la mise en place du Conseil constitutionnel après que la Commission consultative provisoire a exercé ses missions entre le 4 novembre 1958 et le 16 février 1959.

⁷⁰³ Date de l'indépendance du Gabon qui a été le dernier État à accéder à la souveraineté internationale au sein de notre échantillon d'analyse.

⁷⁰⁴ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 2.

⁷⁰⁵ Article 82 de la Constitution de 1963.

⁷⁰⁶ Dans les États membres du Conseil de l'entente (Côte d'Ivoire, Bénin, Burkina Faso, Niger et Tchad), la Cour suprême intervenait dans le contentieux électoral national (élections présidentielle et législatives) ou connaissait des irrecevabilités prononcées contre les propositions et amendements excédant le domaine législatif.

1) et de la régulation institutionnelle (Section 2). Ces compétences sont dites autonomes, car elles ne s'inscrivent pas dans le schéma classique d'un contrôle de conformité d'un texte à des dispositions constitutionnelles clairement identifiées. L'une ou l'autre de ces attributions offre aux juridictions constitutionnelles la faculté d'élaborer des normes constitutionnelles. Il existe ainsi une ou plusieurs procédures de saisine spécifiques, différentes de celles servant normalement au contrôle de constitutionnalité.

SECTION 1. LA COMPÉTENCE INTERPRÉTATIVE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

366. F. Savigny la présentait comme « un acte intellectuel, [...] fort simple, mais qui néanmoins est un travail scientifique, principe et fondement de la science du droit. [Une] opération est indispensable pour toute application de la loi à la vie réelle »⁷⁰⁷. Tout juge est amené à interpréter l'acte dont il est censé assurer le respect par d'autres actes de valeur inférieure. L'histoire de la fonction de juger est celle de l'interprétation des textes juridiques, si l'on s'en tient à l'antienne selon laquelle appliquer un acte implique nécessairement de déterminer sa signification, de l'interpréter. Pour autant qu'il s'agisse d'une pratique juridictionnelle communément admise, les textes ne font quasiment jamais allusion à l'interprétation, à l'instar du silence observé par la Constitution française sur ce point. En Allemagne, la Loi fondamentale affecte cette pratique aux « litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres »⁷⁰⁸. Or, le pouvoir d'interpréter la constitution en Afrique est d'un tout autre genre. Il n'est ni occulté ni circonscrit. Il est question d'une compétence reposant sur des bases textuelles (§1)

⁷⁰⁷ F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, C. GUENOUX (trad.), t.1, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, pp. 119-200. Notons que l'auteur fait de l'interprétation une opération indissociable de l'application du droit. Elle ne serait interdite que dans l'hypothèse où une loi postérieure ou une coutume viendrait fixer le sens d'une loi.

⁷⁰⁸ Article 93 alinéa 1^{er}.

et susceptible d'être exercée en toutes circonstances. De la pratique de l'interprétation constitutionnelle par les juges africains, il ressort qu'elle sert moins à l'explication des textes juridiques qu'à la création de normes (§2).

§1. LES MULTIPLES ORIGINES DE L'ATTRIBUTION

367. Si les textes constitutionnels africains en vigueur consacrent le pouvoir interprétatif des cours et conseils constitutionnels (§2), la situation actuelle est le fruit d'une évolution au cours de laquelle l'interprétation de la constitution s'est momentanément faite sur la base de la jurisprudence de chaque cour (§1).

A. UNE COMPÉTENCE D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE

368. Interpréter la constitution en Afrique noire francophone fut au départ une faculté présidentielle tacite. Si aucun des textes fondamentaux des premières heures des indépendances ne faisait du chef de l'État l'interprète de la constitution, rien ne lui interdisait de prétendre et d'assurer cette fonction. On était là face à un truisme. Il ne serait pas controuvé de dire que la constitution elle-même l'invitait dans certains cas à en être l'interprète. C'est notamment le cas au Sénégal où depuis 1963 « le président de la République est le gardien de la Constitution. [...] ». Comment « garder » sans jamais être conduit à dire ou à délivrer une lecture (politique) du texte ? Sans jamais dire le Droit ? A. Wade, avocat de profession et aujourd'hui ancien chef de l'État, l'avait bien compris⁷⁰⁹ et

⁷⁰⁹ Nous reproduisons ici une lettre envoyée au Conseil constitutionnel par le Chef de l'État et publiée par le Journal *Le soleil* le 10 avril 2001 :

« Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,

En ma qualité de Gardien de la Constitution, je vous fais part des réflexions que m'inspire la lecture de la décision rendue par le Conseil constitutionnel en sa séance du 26 mars 2001, sur requête de trois partis politiques : le PS, l'URD et l'AFP.

En effet, l'article 9 de la Constitution dispose : "la défense est un droit absolu dans tous les Etats [sic] et à tous les degrés de la procédure".

La matière électorale, comme en l'espèce, est une matière où le contentieux doit se dérouler dans le respect du principe du contradictoire qui est un principe général du droit.

D'un autre côté, le règlement intérieur du Conseil constitutionnel a prévu, en son article 8, qu'en matière électorale la requête est communiquée par le Greffier du Conseil aux autres candidats intéressés conformément aux dispositions du Code électoral. Or il n'en a rien été.

avait ainsi retenu une « conception maximaliste de sa fonction de gardien »⁷¹⁰ ; en 2001, alors même que le juge constitutionnel avait jugé contraire à la constitution le fait que les bulletins de vote de certains candidats aux législatives portaient l'effigie et le nom du chef de l'État, ce dernier ignora la jurisprudence du Conseil⁷¹¹. Le rôle de gardien est une « habilitation générale »⁷¹² pour interpréter la constitution, souligne R. Romi. Même si l'expression n'a pas été reprise par l'ensemble des textes africains, il n'en demeure pas moins que l'exercice de certaines missions présidentielles impliquait, pour leur détenteur, une interprétation constitutionnelle. Nous nous limiterons à fournir ici une seule illustration. L'article 19 relatif aux pouvoirs de crise du chef de l'État, un simple et partiel⁷¹³ copier-coller de l'article 16 du texte français, nécessitait, et nécessite encore, une interprétation par le président de notions telles qu'une « menace grave et immédiate » ou « [l'interruption] des pouvoirs publics ». Sur le fondement d'une habilitation, générale ou spéciale, et à l'instar de son homologue français, le chef de l'État africain était l'interprète politique de la constitution avant le Renouveau démocratique en Afrique subsaharienne.

369. À l'exception du Gabon, les constitutions dites démocratiques des années quatre-vingt-dix ne firent pas mieux que les premières sur la question de leur interprétation, et ce, malgré l'autonomisation des juridictions constitutionnelles et la volonté de réduire l'omnipotence du président de la République. Mais cette question était inéluctable, tant les

La Coalition dont le bulletin de vote est mis en cause n'a pas eu notification des requêtes des demandeurs et n'a pas été mise en état de présenter sa défense.

Je constate donc une double violation, celle de la Constitution et celle de la loi.

Si le Conseil Constitutionnel a pour mission de veiller au respect de la constitution par l'Exécutif et le Législatif, il va de soi qu'il est tenu lui-même aux mêmes obligations de respect de la Constitution et de la loi.

Je souhaite avoir vos explications et vos commentaires.

Abdoulaye Wade. », nous soulignons.

⁷¹⁰ S. BOLLE, « Des constitutions “made in” Afrique » in *Constitution en Afrique* [en ligne], 2007, p. 12, disponible à l'adresse suivante : <http://ddata.over-blog.com/xxxxyy/1/35/48/78/Constitutions-made-in-Afrique.pdf>.

⁷¹¹ S. BOLLE rapporte que le président envoya une lettre au Conseil pour l'informer qu'il maintiendrait sa vision des choses. En d'autres termes, A. Wade assumait de violer l'autorité de la chose jugée.

⁷¹² R. ROMI, « Le Président de la République, interprète de la Constitution » in *RDP*, 1987, pp. 1265-1295. v. également F. GOGUEL, « les institutions politiques françaises » in *Les Cours du droit*, 1967-1968, p. 259 et s., et M. DUVERGER, *Le système politique français*, PUF, 1958, p. 259. Pour ces deux auteurs, l'interprétation est une possibilité offerte au chef de l'État par la constitution elle-même.

⁷¹³ Le passage « [...] et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » n'a pas été repris par les premières constitutions ivoirienne, béninoise et nigérienne.

nouvelles attributions des cours constitutionnelles préfiguraient un contrôle de constitutionnalité dont l'effectivité induisait que son auteur puisse lui-même pénétrer le sens du texte de référence, et non s'en remettre à un autre organe ou institution de l'État. Il est par conséquent revenu au juge constitutionnel d'affirmer son rôle d'interprète. Ce qu'il fit dès les premières heures du Renouveau démocratique. Au Bénin, le Haut-Conseil de la République, siégeant en qualité de juge constitutionnel jusqu'à l'installation des institutions prévues par la Constitution de 1990, affirma d'abord que

« [...] parmi les moyens dont dispose la Cour pour vérifier la constitutionnalité figurent les techniques d'interprétation qui sont le principal moyen de contrôle ;

Considérant en effet que pour se prononcer sur la conformité des dispositions de la Constitution, la Cour dispose d'un instrument obligé et nécessaire à l'exercice de sa mission qu'est l'interprétation »⁷¹⁴,

370. Avant de poser comme règle que

« La Cour constitutionnelle doit se prononcer toutes les fois qu'elle est requise pour statuer sur l'interprétation à donner au contenu de la Constitution ; cette prérogative n'est conférée à aucune autre institution »⁷¹⁵.

371. Deux ans plus tard, ce fut au tour de la chambre constitutionnelle nigérienne de juger que

« [...] la Cour suprême, seule, à travers sa chambre constitutionnelle, [a] le pouvoir d'interpréter et d'apprécier toutes les dispositions de la Constitution [...] quand bien même cette compétence n'est pas mentionnée de manière expresse ; »⁷¹⁶.

372. Dans ces deux précédents, il se dégagait un consensus quant au fait qu'il ne pouvait exister qu'un seul interprète de la constitution et que celui-ci devait être l'organe juridictionnel qui en assure la primauté *via* le contrôle de conformité. En s'affirmant comme l'authentique interprète de la constitution, le juge (béninois ou nigérien) dénia implicitement cette compétence à de potentiels interprètes concurrents, au premier rang desquels figure le chef de l'État.

⁷¹⁴ Décision 14 DC du 16 février 1993, *Association des journalistes du Bénin*.

⁷¹⁵ Décision 15 DC du 16 mars 1993 du Haut Conseil de la République siégeant en qualité de Cour constitutionnelle.

⁷¹⁶ Arrêt n°95-05/Ch.Cons du 5 septembre 1995.

373. Pour leur part, les juges ivoiriens et sénégalais ont spontanément exercé cette compétence sans jamais la déclarer comme le firent leurs homologues béninois et nigérien. Par exemple, en Côte d'Ivoire, le Conseil est l'interprète de la constitution au moins depuis sa décision n°A/002/95 du 20 octobre 1995⁷¹⁷, même si en 2010 il n'était étrangement compétent que pour interpréter « les règles de fonctionnement des pouvoirs publics »⁷¹⁸. S'agissant du Conseil sénégalais, son rôle d'interprète découle autant de la constitution que de sa jurisprudence. En effet, la constitution révisée de 1963 lui attribua le contentieux des conflits de compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif, un contentieux qui implique toujours d'interpréter la constitution. Le juge nigérien l'a démontré puisqu'il profita dudit contentieux pour consacrer son rôle d'interprète. La constitution distinguant les principales attributions de chaque institution, c'est au minimum dans ce texte que le juge doit rechercher l'organe devant exercer la compétence disputée devant lui. Cette recherche peut en effet être menée grâce à un travail d'interprétation du texte constitutionnel lorsque son sens littéral ne permet pas d'aboutir à une solution certaine ou satisfaisante. Mais le supposé cantonnement de ce pouvoir interprétatif implicite au conflit de compétences ne l'a pas empêché d'y recourir dans d'autres espèces, faisant ainsi de l'interprétation constitutionnelle une compétence générale. La jurisprudence du Conseil montre effectivement que ce dernier est l'interprète constitutionnel en dehors d'affaires mettant en cause la répartition des compétences exécutive et législative. Ce fut par exemple le cas dans une décision n°5-2000 du 16 novembre 2000 où le Conseil autorisa le chef de l'État à utiliser le référendum législatif pour adopter une nouvelle constitution. En l'espèce, il n'était point question de trancher un conflit de compétences, mais plutôt de savoir si le référendum législatif pouvait avoir une autre destination.

374. Il faut dire que l'attitude des requérants a largement contribué à l'émergence et à la consolidation de cette compétence auprès de ces deux juridictions. En effet, la compétence interprétative des juridictions n'est jamais contestée ou concurrencée. En outre, elle est une évidence dans la mesure où les requérants ne font jamais explicitement appel à cette fonction

⁷¹⁷ v. § 207.

⁷¹⁸ V. Décision n°CI-2010-EP-033bis/02-12/CC/SG du 02 décembre 2010 portant dessaisissement de la Commission électorale indépendante, cons. 6 et s.

de la Cour mais formulent plutôt des requêtes qui laissent aisément deviner le rôle d'interprète que le juge constitutionnel est appelé à jouer. Cela explique que le Conseil sénégalais ait été saisi en 2016⁷¹⁹ d'une demande d'avis qui faisait sans ambages allusion à son rôle d'interprète. Contrôler un projet de révision à « l'esprit de la Constitution », n'est-ce pas infailliblement interpréter cette dernière dans un premier temps pour en saisir l'esprit qui, lui, n'a pas été fourni en même temps que le texte comme aurait pu l'être le guide d'emploi d'une machine ? Sans aucun doute. De manière générale, on pourrait d'ailleurs considérer que les juridictions africaines ont toujours bénéficié d'un pouvoir interprétatif au travers du contentieux des irrecevabilités. En confiant aux chambres constitutionnelles, puis aux cours, l'examen des décisions d'irrecevabilité⁷²⁰ des textes excédant le domaine de la loi, il leur a été très tôt donné la possibilité de redéfinir, à un moment ou un autre, les contours du domaine législatif quand l'exposé *a priori* exhaustif qu'en fait la constitution ne permet pas, une fois de plus, de décider avec exactitude du bien-fondé de l'irrecevabilité. L'interprétation, qu'elle soit une simple opération cognitive ou une création de sens, joue ici encore un rôle essentiel.

375. Un rôle qu'elle a pu également jouer au Gabon à l'époque où la Cour suprême faisait office de conseillère juridique. En effet, de 1960 à 1983, le gouvernement pouvait saisir la Cour de « [...] toute question juridique [...] »⁷²¹, et ce, sans que le constituant ne précise à partir de 1963⁷²² la chambre compétente pour répondre à une telle demande. Cette

⁷¹⁹ v. § 268.

⁷²⁰ Dans sa première version, la Constitution ivoirienne de 1960 (abrogée) disposait en son article 46 : « Les propositions et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi sont irrecevables. L'irrecevabilité est prononcée par le président de l'Assemblée nationale.

En cas de contestation, la Cour suprême, saisie par le président de la République ou le président de l'Assemblée nationale, statue dans un délai de huit jours ».

L'article 46 de la Constitution gabonaise de 1963 (abrogée) disposait : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 42, le président de la République ou le président de l'Assemblée nationale peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord la Cour suprême, saisie par le président de la République ou par le président de l'Assemblée nationale, statue dans un délai de huit jours.

Le délai de promulgation est, le cas échéant, suspendu tant que la Cour suprême ne s'est pas prononcée. », nous soulignons. V. également, la Constitution sénégalaise de 1960 (article 48 al. 2).

⁷²¹ Ce mécanisme a été repris entre autres aux articles 69 alinéa 2 de la Constitution de 1960 (abrogée), 61 alinéa 2 de la Constitution de 1967 (abrogée) ou 62 de la Constitution de 1983 (abrogée).

⁷²² La création des chambres de la Cour s'est faite par la Constitution de 1963. Il y en avait quatre : la chambre administrative, la chambre des Comptes, la chambre constitutionnelle et la chambre judiciaire.

disposition entretenait un certain flou. Seuls les textes législatifs censés préciser les attributions de la Cour et de ses chambres ont pu apporter des éclaircissements, mais ils sont aujourd'hui inaccessibles. L'on n'est donc pas plus avancé sur la question de la chambre destinataire de ce type de requête. Deux certitudes demeurent néanmoins : la première étant que le juge administratif n'était pas appelé à répondre à ces questions de droit. Le professeur Y. Luchaire, dans un article relatif à la chambre administrative gabonaise dans la période comprise entre 1962 et 1985, releva que la fonction consultative de cette juridiction portait sur les « projets de lois, d'ordonnances, de règlement d'administration publique et de décrets réglementaires avant [d'être] soumis au Conseil des ministres ou au Comité central du bureau politique du Parti démocratique gabonais »⁷²³. Les conseils juridiques devaient donc provenir de l'une des trois chambres restantes, sinon de la Cour elle-même toutes chambres réunies. Dans un cas comme dans l'autre, « une question juridique » pouvait vraisemblablement être une demande d'interprétation de la constitution ; cela correspond à la seconde conviction. Ce fut, nous le croyons, l'une des utilités de ce mécanisme, voire sa principale. L'hypothèse est d'autant plus plausible quand on sait que l'abrogation de cette faculté gouvernementale à l'égard de la Cour suprême coïncida avec la consécration du pouvoir d'interprétation de la chambre constitutionnelle transformée en Cour constitutionnelle. Dans sa version initiale, l'article 88 de la Constitution gabonaise de 1991 énonçait en effet : « [...] la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution [...] ». Toutefois, le fait qu'avant 1991 ce pouvoir d'interprétation n'ait pas été expressément confié à la chambre constitutionnelle et que les problématiques juridiques posées par le gouvernement étaient destinées à la Cour suprême de manière générale (et non à l'une de ses chambres) invite à la prudence. Par conséquent, il faut conclure que la chambre n'était pas officiellement l'interprète de la constitution.

⁷²³ Y. LUCHAIRE, « La chambre administrative et la Cour suprême du Gabon » in G. CONAC et J. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. 2. *La jurisprudence administrative*, Economica, 1988, p. 194.

B. UNE COMPÉTENCE ATTRIBUÉE PAR LES TEXTES

376. Au cours de la dernière décennie du vingtième siècle, les constituants africains décidèrent de confier aux jeunes juridictions constitutionnelles le pouvoir d'interpréter la constitution. Le texte gabonais du 26 mars 1991 fut le premier à aller dans ce sens.

« En dehors des autres compétences prévues par la Constitution, la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution, à la demande du président de la République, du Premier ministre, du président de l'Assemblée nationale, ou du dixième des députés »⁷²⁴.

377. En 1997, une révision constitutionnelle étendit cette compétence à « [...] l'ensemble des textes à valeur constitutionnelle »⁷²⁵ et ouvrit le prétoire de la Cour au « Président du Sénat [...] et au dixième des sénateurs »⁷²⁶. Cette attribution n'a jamais été retirée à la Cour et les requérants demeurent les mêmes à ce jour. La loi organique⁷²⁷ sur la Cour a néanmoins apporté deux conditions alternatives à l'introduction des requêtes en interprétation du bloc de constitutionnalité. En son article 60, la loi dispose en effet que « Conformément aux dispositions de l'article 88 de la Constitution, la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle en cas de doute ou de lacune »⁷²⁸.

378. S'agissant de la procédure⁷²⁹, le dossier de demande fait l'objet d'une instruction par un rapporteur et la décision de la Cour doit intervenir dans un délai d'un mois à partir de sa saisine ou huit jours à compter de celle-ci en cas d'urgence.

379. Cinq années après la Constitution gabonaise de 1991, le constituant de la IVème République nigérienne décida lui aussi de confier à la Cour suprême le pouvoir d'interpréter

⁷²⁴ Article 88.

⁷²⁵ Avant cette extension, la Cour avait jugé en 1993 qu'elle n'était pas compétente pour interpréter d'autres textes que la constitution. *v.* Décision n°13/83/CC du 24, 25 et 26 mai 1993.

⁷²⁶ Article 88 issu de la révision du 22 avril 1997.

⁷²⁷ Loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle modifiée par les lois organiques n°13/94 du 17 septembre 1994, n°2/2003 du 2 juin 2003 et par la loi organique n°9/2011 du 25 septembre 2011. Une modification de cette loi faisait partie des réformes décidées par le « Dialogue national d'Angondjé » qui s'est tenu entre mars et mai 2017. Alors même que certaines réformes sont effectivement suivies (le mandat unique de neuf ans des juges), la loi est inchangée à ce jour.

⁷²⁸ Nous soulignons.

⁷²⁹ Article 67 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle.

la Constitution. Certainement inspiré de la jurisprudence ⁷³⁰ de la chambre constitutionnelle, l'article 103 de la Constitution du 12 mai 1996 disposait

« La Cour suprême interprète la Constitution.

Elle est saisie à cet effet par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou un dixième des députés, le président de la deuxième chambre ou un dixième des membres de celle-ci. ».

380. La Constitution de la Vème République procédant à l'éclatement de la Cour suprême, le pouvoir d'interprétation échet à la nouvelle Cour constitutionnelle qui l'exerce jusqu'à ce jour. En effet, la Constitution de la VIIème République prévoit que « [La Cour] interprète les dispositions de la Constitution [...] »⁷³¹ ou que « La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur toute question d'interprétation et d'application de la Constitution. »⁷³². Lorsqu'elle est invitée à faire usage de son pouvoir d'interprétation, la Cour a précisé qu'il s'étend à l'ensemble de la constitution, et seulement à cette dernière⁷³³. Autrement dit, dans le cadre d'un avis interprétatif, c'est-à-dire à la demande du « [...] Président de la République, [du] Président de l'Assemblée nationale, [du] Premier ministre, ou [d'un] dixième (1/10) des députés »⁷³⁴, le juge peut « déchiffrer » autant les dispositions constitutionnelles que le préambule. À ce propos, la loi organique précise que l'avis doit être rendu dans un délai de quinze jours, qui peut être ramené à cinq en cas d'urgence.

§2. LES ACCEPTIONS DE L'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

381. Que signifie « interpréter la constitution » ? La justice constitutionnelle africaine apporte une double réponse à cette question selon le contexte dans lequel elle est appelée à se prononcer. Il y a ainsi un discours officiel en dehors du prétoire (A), destiné aux institutions et aux particuliers et ôtant tout particularisme à l'interprétation des textes juridiques, mais qui est loin de refléter la pratique (B).

⁷³⁰ Arrêt n°95-05/Ch.Cons du 5 septembre 1995.

⁷³¹ Article 120 alinéa 3 de la Constitution en vigueur.

⁷³² Article 126 alinéa 2.

⁷³³ Dans un avis n°001/CC du 10 janvier 2014, la Cour a précisé qu'une demande d'avis ne pouvait porter sur sa jurisprudence.

⁷³⁴ v. les articles 133 de la Constitution nigérienne et 31 de la loi organique n°2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et la procédure suivie devant elle.

A. LE DISCOURS OFFICIEL DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE
AFRICAINNE QUANT À SON RÔLE D'INTERPRÈTE

382. La définition et la finalité de l'interprétation font l'objet d'un très large consensus auprès des juridictions constitutionnelles, à tel point que l'on pourrait parler d'une version officielle. À l'instar du Conseil français « [qui] s'ingénie à dissimuler son pouvoir créateur sous le couvert de l'interprétation et a insisté au cours de ces dernières années sur son attachement aux sources écrites »⁷³⁵, les juridictions africaines s'ingénient plutôt à dissimuler l'interprétation réaliste qu'elles pratiquent. Une doctrine officielle qu'a résumée la Cour béninoise en énonçant que l'interprétation est « un procédé visant à préciser la signification d'un jugement ou d'un acte »⁷³⁶. L'interprétation de la constitution présentée par les cours est une recherche de sens, de ce qu'il convient d'entendre. Elle est une « opération cognitive, qui analyse la signification des actes de langage [...] »⁷³⁷. La doctrine officielle des juridictions constitutionnelles africaines sur l'interprétation qu'elles pratiquent ne se veut ni originale ni réaliste. Tel que le formule la Cour béninoise, l'interprétation de la constitution n'aurait rien de spécifique, elle ne serait même pas une « espèce du genre “ interprétation juridique” »⁷³⁸. En d'autres termes, l'interprétation de la constitution ne diffère pas officiellement de l'interprétation des textes religieux ou littéraires par exemple, ce que corroborent les propos de certains juges, à l'instar du conseiller nigérien Illa Ahmet⁷³⁹. Au moment où nous interrogeons ce dernier, il déclara « [qu']interpréter, c'est décliner les différentes significations »⁷⁴⁰ avant de préciser que la spécificité de l'interprétation de la constitution réside dans le caractère solennel et la nature du texte. D'autre part, si elle est une opération cognitive, cela constitue son unique finalité. Autrement dit, l'interprétation ne peut servir à créer des normes. Les cours africaines sont majoritairement anti-réalistes

⁷³⁵ M. C. PONTHEUREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, p. 25.

⁷³⁶ Décision DCC 17-158 du 20 juillet 2017.

⁷³⁷ F. MODERNE, *Réviser la constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, p. 71.

⁷³⁸ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 155.

⁷³⁹ Docteur en science politique et enseignant-chercheur à l'Université Abdou Moumouni de Niamey, conseiller en fonction à la Cour constitutionnelle.

⁷⁴⁰ Propos recueillis au siège de la Cour constitutionnelle nigérienne, le 14 février 2018.

quant à la fonction interprétative ; c'est du moins la conclusion à laquelle on peut aboutir puisqu'aucune d'entre elles ne semble officiellement⁷⁴¹ faire autre chose qu'expliquer quand il s'agit d'interpréter la constitution. N'est-ce pas ce que fit le juge sénégalais dans une décision de 1998 relative à la recevabilité d'un amendement et dans laquelle il expliqua ce qu'il fallait entendre par « propositions de recettes compensatrices »⁷⁴² ? Certainement, et ce même si cette définition – reproduite ci-dessous – est des plus superflues au regard de la clarté de la disposition constitutionnelle interprétée.

« Considérant qu'en conséquence, l'expression "propositions de recettes équivalentes" doit être entendue comme visant la création de recettes nouvelles ; [...] les recettes nouvelles à créer doivent pouvoir couvrir totalement la charge publique qu'entraînerait l'adoption de la proposition ou de l'amendement ; »⁷⁴³.

383. Seul le droit gabonais confère officiellement à l'interprétation constitutionnelle une autre fonction que celle de la recherche de sens. En affectant l'interprétation au comblement des lacunes⁷⁴⁴ du texte, le législateur organique admet que le juge constitutionnel puisse se faire non plus interprète du constituant mais plutôt co-constituant. En effet, le propre d'une lacune est de caractériser une situation dont la solution n'est pas prévue par le droit positif. Il revient ainsi au juge gabonais, et ce de manière régulière, de créer du droit positif sur-mesure, une faculté qui n'est pas offerte à ses homologues béninois, ivoirien, nigérien et sénégalais. De ce qui précède, il découle deux idées. La première étant que la norme et le texte ne sont pas séparables, ils forment un tout. Le texte est une norme. La seconde idée est que l'interprétation ne porte que sur des normes. Autrement dit, pour les juridictions constitutionnelles africaines, à l'exception de la Cour gabonaise, l'interprétation constitutionnelle ne doit servir qu'à traduire les normes et non à en créer de nouvelles. Si tel n'était pas le cas, ces juridictions reconnaîtraient l'existence de lacunes

⁷⁴¹ Nous soulignons.

⁷⁴² L'article 71 alinéa 2 de la Constitution de 1963 disposait : « Les propositions et amendements formulés par les députés ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence, soit la diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique, à moins que ces propositions ou amendements ne soient assortis de propositions de recettes compensatrices. » (Nous soulignons).

⁷⁴³ Décision n°1-C-1998 du 28 février 1998, *cons.* 14.

⁷⁴⁴ Article 60 de la Loi organique sur la Cour constitutionnelle.

constitutionnelles ou au moins admettraient officiellement que l'interprétation puisse servir à autre chose.

384. S'agissant de la démarche suivie, elle est avant tout liée à la recherche de l'intention de l'auteur comme le révèle une formule topique du juge gabonais lorsqu'il répond à des demandes en interprétation, « le constituant a entendu par [...] »⁷⁴⁵, ou à une autre de la Cour béninoise, « la détermination du peuple béninois à créer un État de droit [...] »⁷⁴⁶. L'exégèse est à vrai dire une méthode qui s'impose aux juridictions constitutionnelles. D'une part, « l'interprétation juridique est forcément à base d'exégèse »⁷⁴⁷ car, à l'instar des autres textes juridiques, la constitution n'épuise jamais expressément son objet. En effet, la concision des dispositions constitutionnelles implique inévitablement pour le juge un travail d'éclaircissement grâce aux « règles de la grammaire, de l'étymologie, de la syntaxe, de la langue [...] »⁷⁴⁸, pour en saisir le sens ou la volonté de leur auteur. D'autre part, les constitutions africaines ont moins d'une trentaine d'années et s'inscrivent dans des ordres juridiques qui n'ont plus connu de grands changements, du moins aussi importants que le renouveau démocratique des années quatre-vingt-dix ; dans certains cas, en Côte d'Ivoire par exemple, le texte en vigueur l'est depuis moins de dix ans. De manière générale, il est question de textes récents si on les compare à la Constitution américaine. Par conséquent, la volonté des constituants est aisément accessible et, surtout, toujours d'actualité pour les juges. Il n'est donc *a priori* point utile pour ces derniers d'avoir recours à des méthodes d'interprétation plus sophistiquées, plus éloignées du texte ; mais, comme nous le verrons, il n'en est rien⁷⁴⁹.

385. Les précisions, que le texte organique apporte à la compétence de la Cour gabonaise, sont à vrai dire inédites. Elles font figure d'exception alors que la loi organique nigérienne se contente de paraphraser les dispositions constitutionnelles et que les législateurs organiques béninois et ivoirien font toujours fi de la jurisprudence de leur cour en matière d'interprétation. Toutefois, que les textes régissant les juridictions

⁷⁴⁵ Décision n°32/CC du 12 juin 2009 relative à l'interprétation de l'article 34 alinéa 1er de la Constitution

⁷⁴⁶ DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

⁷⁴⁷ F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation » in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978, p. 199.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ *ibid.* § 667.

constitutionnelles soient silencieux ou paraphrastiques ne signifie pas que l'interprétation constitutionnelle n'y revêt pas d'autres fonctions. En effet, la pratique des Cours révèle moins une glose qu'une interprétation dynamique.

B. L'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE NOIRE
FRANCOPHONE : UNE MODALITÉ EFFECTIVE DE CRÉATION DU DROIT OU LE
TRIOMPHE DU COURANT RÉALISTE

386. La pratique de l'interprétation constitutionnelle en Afrique (2) s'inscrit dans un environnement juridique foncièrement réaliste (1).

1. L'interprétation en droit ou l'hégémonie des thèses réalistes

*« On se retrouve en présence d'une norme créée toutes les fois que le droit écrit, laissé à ses propres moyens, c'est-à-dire à sa lettre et à son silence même, commanderait une solution inverse à celle adoptée. »*⁷⁵⁰

387. Généralement définie comme une action tendant à rendre compréhensible ce qui est dense ou ambigu, l'interprétation reste une notion dont la définition, le moment et la finalité ne font pas l'unanimité. Cependant et comme nous l'avons déjà souligné, il est possible d'établir à ce propos deux grands courants diamétralement opposés qui font de l'interprétation en droit, d'une part, une opération de connaissance et, d'autre part, un acte de volonté ; une troisième conception dite *éclectique* doit aussi être évoquée. Le dépassement de l'opposition entre les deux premiers courants – inconciliables et déconnectés tous deux de la réalité juridictionnelle – était inéluctable. La balance a en effet penché en faveur de la volition et les questions sur l'interprétation sont dorénavant plus axées sur les limites qu'un tel pouvoir connaît ou plutôt devrait connaître. La tendance actuelle est à une « compétence

⁷⁵⁰ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de G. Scelle*, T.2, 1950, 913 pages, cité par A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, Thèse, 2000, p. 16.

semi-discrétionnaire »⁷⁵¹ de l'interprète pour laquelle la doctrine s'évertue à trouver des contraintes internes et/ou externes. L'interprétation juridique comme acte de volonté (du juge) a ouvert la voie à bien des incertitudes que d'hypothétiques contraintes sont censées réduire sans jamais en venir à bout, auquel cas l'interprète ne serait plus libre. Liberté et contrainte(s) vont de pair avec un certain équilibre sans lequel l'un annihilerait l'autre. Cette autonomie de l'interprète, la science du droit la doit au tournant herméneutique⁷⁵².

388. En effet, *Du texte à l'action*⁷⁵³ déconnecte le sens d'un texte de son auteur et de son contexte. La pensée ricoeurienne se résume ainsi à cette célèbre formule selon laquelle « le sens d'un texte n'est pas derrière [...] mais devant lui »⁷⁵⁴. Pour saisir ce sens, Ricoeur fait en quelque sorte de l'interprétation une entreprise « d'appropriation »⁷⁵⁵ et « d'actualisation ». Avec J. R. Austin⁷⁵⁶ puis J. R. Searle⁷⁵⁷, il découle de la théorie des actes illocutoires l'idée que l'interprète peut entraîner une action du locuteur.

« L'intérêt majeur de la théorie des actes illocutoires est de montrer que le langage n'est pas seulement un moyen de décrire le monde et transmettre à autrui certaines informations, mais il est aussi surtout un moyen d'action sur autrui. [...] C'est cet aspect de l'interprétation que l'on peut qualifier de créateur »⁷⁵⁸.

⁷⁵¹ P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit » in RDP, 5, 1991, p. 6. P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophique de l'interprétation normative », offre une bibliographie des plus intéressantes, notamment R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMAIRE (trad.), révisé et présenté par F. MICHAUT, PUF, Léviathan, 1995, ou N. MacCormick, *Rhetoric and Rule of Law. A theory of legal reasoning*, Oxford, 2005, qui évoquent des principes que doit prendre en compte l'interprète. D'autres auteurs mettent l'accent sur le but ou l'objectif, notamment A. BARAK, *Purposive interpretation in Law*, Princeton and Oxford UP, 2005 ou B. Z. Tamanaha, *Beyond the formalist-realist divide*, Princeton, Princeton UP, 2010.

⁷⁵² « La philosophie contemporaine - essentiellement sans doute la phénoménologie, et plus précisément ce qu'on peut appeler le "tournant" (Gadamer) ou la "greffe" (Ricoeur) herméneutique de la phénoménologie - a conféré à l'interprétation une extension et une portée inédites. Pour fonder une "herméneutique générale", elle renonce à suivre les fondateurs de l'herméneutique vers une théorie normative des règles de l'interprétation (Schleiermacher, Dilthey), pour privilégier des dimensions plus larges, irréductibles à toute approche épistémologique. », L. CURNARIE, « L'interprétation. Les limites de l'interprétation » in *Philopsis* (revue numérique), 2017, p. 13 (disponible à l'adresse suivante : http://www.philopsis.fr/IMG/pdf/les_limites_de_l_interpretation.pdf).

⁷⁵³ P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris, Éd. du Seuil, 1986.

⁷⁵⁴ *Ibid.* p. 132.

⁷⁵⁵ *Ibid.* p. 171. v. également A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, op. cit. p.132.

⁷⁵⁶ J. R. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, éd. du Seuil, 1991, p. 113.

⁷⁵⁷ J. R. SEARLE, *Sens et expression. Études de théorie des actes de langage*, trad. J. Proust, Paris, éd. de Minuit, 1982, p. 53.

⁷⁵⁸ A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation...*, op. cit. p.135.

389. L. Wittgenstein⁷⁵⁹ admet également une part de créativité dans la signification des mots reposant sur les jeux de langage⁷⁶⁰. Autrement dit, pour qu'un terme puisse avoir une même signification entre une ou plusieurs personnes, ces individus s'accordent naturellement sur cette dernière selon leurs codes ou conventions linguistiques. Avec Wittgenstein, il est porté un coup supplémentaire à l'idée d'une signification première des mots que l'interprétation aurait pour but d'exhumer. La création est inséparable de l'interprétation dans l'herméneutique générale, ce qui a pour conséquence avec J. Derrida⁷⁶¹ de « déconstruire » le logocentrisme et admettre ainsi – à propos d'un texte – qu'il puisse recevoir indéfiniment plusieurs significations.

390. Qu'en est-il alors de l'interprétation en droit ? Est-il toujours question d'un texte ? Quel en est le résultat ? Il nous faut encore évoquer la *Théorie pure du droit*⁷⁶² tant elle constitue un passage obligé. Si l'interprétation y est liée à l'application du droit et que le juriste autrichien reconnaît deux hypothèses de création de normes générales par le juge⁷⁶³, il faut souligner que la pensée kelsénienne souffre d'une importante contradiction : l'interprétation porte non sur des énoncés mais sur des normes. Or, comme l'énonce M. Troper

« ...si l'on emploie, à propos de la théorie de l'interprétation, des définitions que Kelsen lui-même donne de quelques concepts, on constate que l'objet de l'interprétation ne peut être une norme. Interpréter, en effet, c'est déterminer la signification de quelque chose. Par ailleurs, une norme est la signification d'un acte de volonté. On ne saurait donc interpréter une norme, parce qu'on ne peut déterminer la signification d'une signification. »⁷⁶⁴.

391. Nous rejoignons M. Troper sur ce point. L'interprétation en droit ne peut avoir pour objet une norme. Et comme l'ont fait plusieurs commentateurs autorisés avant nous,

⁷⁵⁹ Pour faire référence aux *Investigations philosophiques* (1988) où Wittgenstein adopte un point de vue diamétralement opposé à celui développé dans le *Tractatus logico-philosophicus* (1921).

⁷⁶⁰ Il s'agit d'« arrière-plan[s] d'activités langagières corrélées par des règles », M. B. HINTIKKA et J. HINTIKA, *Investigations sur Wittgenstein*, Mardaga, 1991, cité par A. ESSONO OVONO, *Théorie de l'interprétation...* *op. cit.*, p.138.

⁷⁶¹ v. J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, éd. de Minuit, 2015, 424 pages.

⁷⁶² H. KELSEN, « Interprétation » in *Théorie pure du droit*, la pensée juridique 2^e édition, 1999, p. 335 et s.

⁷⁶³ Le précédent judiciaire et l'habilitation législative issue du Code civil suisse. v. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335.

⁷⁶⁴ M. TROPER, « Chapitre IV. Hans Kelsen et la jurisprudence » in *Pour une théorie juridique de l'État*, M. TROPER (dir.). PUF, 1994, pp. 69-83.

nous attribuons à Kelsen le mérite d'avoir restreint avec rectitude la création du droit aux autorités d'application et par conséquent aux juges en dernier ressort. En croisant l'irréductible indétermination (relative) dont souffre l'acte à appliquer en lui-même avec la marge de manœuvre reconnue aux organes d'application, Kelsen envisage le droit ou plus précisément la norme⁷⁶⁵ à appliquer comme un « cadre des sens possibles ». D'où l'interprétation juridique est avant tout une opération de connaissance car l'application d'une norme nécessite au préalable que l'on fasse état des possibles significations qu'elle peut recevoir. D'ailleurs, le maître juriste autrichien estime que tous les sens compris dans le cadre sont réguliers. Dans un second temps, Kelsen voit dans l'interprétation un acte de volonté puisqu'il faut choisir une signification dans le cadre établi, voire en dehors de celui-ci. L'interprétation selon Kelsen est moins un acte de connaissance que de volonté. Le juriste autrichien n'a pas été indifférent aux thèses réalistes d'outre-Atlantique où il s'éteignit en 1973. Effectivement, le pouvoir créateur du juge constitutionnel fait l'objet d'un très large consensus au sein de la doctrine américaine. *L'activisme judiciaire* y est largement encouragé et particulièrement justifié par le contenu, voire par la nature de la constitution. Bien que nous rejetions l'idée d'une spécificité de l'interprétation constitutionnelle⁷⁶⁶, l'activité des juridictions américaines semble corroborer les thèses *activistes*⁷⁶⁷ (*sociological jurisprudence* et théories réalistes) au moins en ce qui concerne le pouvoir créateur du juge et l'interprétation⁷⁶⁸.

392. En Europe, le texte (la constitution au sens formel) conserve une certaine utilité chez les auteurs *éclectiques* qui ne versent pas dans un réalisme radical comme M.

⁷⁶⁵ Contradiction relevée par M. TROPER. *v.* note 267.

⁷⁶⁶ M. TROPER soutient explicitement cette idée. Il affirme que « Si l'on entend par techniques les types d'arguments employés par les interprètes pour justifier leurs décisions, alors on retrouve évidemment dans l'interprétation constitutionnelle les mêmes techniques que dans n'importe quelle interprétation juridique. [...] Mais, la principale spécificité de l'interprétation réside dans la nature de ce qu'elle conduit à produire. [...] Il y a pourtant une différence de taille entre l'interprétation constitutionnelle et toutes les autres variétés d'interprétations juridiques. C'est que la hiérarchie qui a été ainsi créée n'est plus modifiable. » in *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, spéc. pp. 164-168.

⁷⁶⁷ « Ce que les officiels (juges, sheriffs, secrétaires, gardiens, avocats), qui font face à des conflits, jugent, c'est à mon avis, le droit lui-même », K. LLEWELYN, *The Bramble Bush: On our law and its study*, 1930, p.3, cité par B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Paris, A. Colin, 2006, p. 145.

⁷⁶⁸ *v.* en ce sens R. DWORKIN, *L'empire du droit*, E. SOUBRENIE (trad.), Paris, PUF, 1994, p.77 et 78. En distinguant le concept de la conception (interprétation), DWORKIN admet le caractère dynamique de cette dernière.

Troper⁷⁶⁹. L'on peut évoquer la théorie structurante⁷⁷⁰ du droit (constitutionnel) de Friedrich Müller. Dans son *Discours de la méthode juridique*⁷⁷¹, Müller voit dans le texte une limite à ce qu'il appelle la concrétisation⁷⁷². L'analyse qu'il mène à propos de l'application du droit permet d'isoler trois éléments que Müller reproche à la doctrine d'avoir ignorés : le texte de norme, la norme juridique et la norme-décision. La normativité⁷⁷³ n'étant l'apanage que des deux derniers éléments, le texte de norme⁷⁷⁴ joue un tout autre rôle. S'il n'est ni une norme ni l'intention de son auteur, le texte aide « à préparer les grandeurs normatives ultérieures (norme juridique et norme-décision) »⁷⁷⁵ en dirigeant et limitant « les possibilités légales et légitimes de la concrétisation correcte du droit à l'intérieur du cadre qu'il trace »⁷⁷⁶. L'idée d'un cadre établi par le texte ferait en effet penser à Hans Kelsen, mais il n'en est rien, car le cadre müllerien est bien plus contraignant. Avec pour substance et finalité l'État de droit, le texte de norme trace un cadre objectif d'interprétation et de concrétisation du droit. C'est à ce moment qu'intervient l'interprétation en tant qu'explication qui permettra d'établir ce cadre-limite⁷⁷⁷, en dehors duquel une ou plusieurs normes-décisions seront dites irrégulières.

⁷⁶⁹ La TRI de M. Troper a reçu un accueil très mitigé comme le montre l'opposition du professeur O. Pfersmann dans un article à l'intitulé plus qu'évocateur « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper » in *RFDC*, PUF, n°52, 2002, pp.759-788. P. Brunet, revalorisant la pensée de Troper, dira qu'il s'agit plus d'une métathéorie que d'une théorie car « elle ne se situe pas au même niveau de langage que les autres théories de l'interprétation juridique ; elle ne propose pas un modèle d'interprétation ni ne prescrit ce que devrait juridiquement – ou moralement – faire l'interprète ; [...] » in « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative » *op. cit.* p. 327.

⁷⁷⁰ « À mi-chemin entre le dogmatisme du positivisme légaliste et le scepticisme volontariste, la théorie structurante du droit repose sur l'idée que « la norme juridique ne se trouve pas dans le code législatif, mais [qu'elle] est produite, de façon créative, par le juriste au cours du processus méthodique de résolution du cas litigieux qui lui est soumis. » M. SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique » in *Lex electronica*, vol. 14 n°1, 2009, p. 10,

⁷⁷¹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, O. JOUANJAN (trad.), Léviathan, PUF, 1996.

⁷⁷² « [La concrétisation n'est pas] la réduction d'une norme générale donnée aux dimensions du cas d'espèce, mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé », F. MÜLLER, *Discours...*, *Ibid.*, p.12. Plus loin dans son ouvrage, l'auteur en donne une définition plus précise : « La concrétisation d'une norme signifie la construction d'une norme juridique, de laquelle il reste encore à dériver la norme-décision », p. 229.

⁷⁷³ « La normativité est cette capacité prêtée aux normes juridiques de pouvoir être transformées en normes-décisions et de pouvoir alors justifier ces normes décisions pour autant que ces dernières peuvent, du point de vue de la méthode et du principe de l'État de droit, leur être imputées », *Ibid.* p.189.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 25.

⁷⁷⁵ *Ibid.* p. 168.

⁷⁷⁶ *Ibid.* p. 177.

⁷⁷⁷ Sans surprise l'interprétation chez Müller est une explication de texte. *v. Ibid.* p. 45 et 191.

« Les décisions qui *transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme sont irrégulières*. Cela vaut, bien que la norme et le texte de norme ne soient pas identiques et bien que le texte de norme n'ait à l'égard de la norme juridique et de la norme décision établies dans le cas individuel qu'un effet indicatif ; car *cela vaut non pas pour des raisons tirées de la théorie de la norme ou de la méthodologie mais pour des raisons normatives liées à l'État de droit* »⁷⁷⁸.

393. On retrouve également cette idée de cadre avec le réaliste R. Guastini. Selon ce dernier, il existe trois types d'actes interprétatifs⁷⁷⁹ que sont l'acte de connaissance, l'acte de décision et l'acte de création normative. Ce qu'il convient d'appeler « cadre conventionnel » avec Guastini se compose des

« Significations admissibles [d'un texte], le critère d'admissibilité étant : a) la « compréhension intuitive » [...] ; b) les significations possibles selon les règles de la langue ; c) les significations admissibles selon les méthodes d'interprétations acceptées ; d) les interprétations précédentes. »⁷⁸⁰.

394. La définition de ce cadre est une opération de connaissance au sens strict. Elle prend appui sur des données du langage (courant et juridique⁷⁸¹) mais également sur la jurisprudence. L'acte de décision, principale innovation de Guastini dans l'application du droit, consiste à choisir une signification parmi celles dégagées au préalable. L'influence kelsénienne est flagrante. Toutefois, l'interprétation chez Guastini n'est véritablement créatrice qu'à partir du moment où l'autorité d'application choisit une signification en dehors du cadre conventionnel. Cette interprétation-création faite, par exemple, par le juge constitutionnel définit, partiellement, la fonction constituante lorsqu'elle repose sur un texte. « Interprétation décision » et « interprétation-création » sont certes des procédés d'application du droit mettant en avant la volonté de l'interprète, mais seule l'interprétation-création souligne une véritable autonomie du pouvoir créateur de l'interprète. En effet, le

⁷⁷⁸ J.C. LE COUSTOMER, « Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller » in *La Clinique juridique et managériale*, 2013, p. 7, (disponible à l'adresse suivante : http://data.over-blog-kiwi.com/0/57/30/82/ob_50b968_texte-norme-et-etat-de-droit-chez-friedrich-mulle.pdf).

⁷⁷⁹ R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, v. CHAMPEIL-DESPLATS (trad.), Dalloz, 2010, p. 21. v. également, R. GUASTINI, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle » in *Droits*, n°37, 2003.

⁷⁸⁰ *Ibid.* p.115.

⁷⁸¹ « [le droit] est créé également par les juristes, quoique d'une façon indirecte. Ils contribuent à la création du droit : a) par des directives de *sententia ferenda* (des propositions d'interprétation et/ou de décision) adressées aux juges ; et surtout, b) par l'élaboration de concepts et théories (par exemple, la théorie du gouvernement parlementaire, la théorie des relations entre le droit communautaire et les systèmes juridiques étatiques, la théorie des principes supra-constitutionnels, etc.) qui conditionne la *forma mentis* des juges », *Ibid.* p. 114.

théoricien italien reconnaît qu'il puisse exister un écart entre les significations admises d'un texte et celle retenue par l'autorité d'application sans pourtant que cela emporte des conséquences sur la validité de la signification retenue.

395. F. Müller et R. Guastini intéressent particulièrement la présente réflexion pour ce qui est du cadre des significations. Au-delà du fait que l'interprétation ne porte jamais sur des normes, le cadre cognitif des « textes de norme » (pour reprendre une expression chère à Müller) définit un champ d'action au-delà duquel il est possible de distinguer les normes qui relèvent de la création ou de la simple explication d'un texte. La fonction constituante ne peut ainsi s'apprécier qu'au regard de ce que tout initié à la science du droit devrait légitimement attendre du juge. Dès lors qu'il est possible de conclure à un décalage, une évolution, voire une opposition entre l'interprétation que fait une juridiction de la constitution et l'idée que l'on se fait légitimement d'elle, il y a fonction constituante. Pour ce faire, il faut nécessairement s'intéresser à l'état antérieur du droit (conventions, coutumes constitutionnelles, jurisprudence, lois...) et aux travaux doctrinaux qui permettent d'en avoir une précompréhension. Cette précompréhension est d'autant plus importante qu'elle permet de confronter l'interprétation retenue par le juge. Il est vrai que cette confrontation pourrait donner la fausse impression d'imposer une « interprétation juste » que le juge aurait manquée, mais il n'en est rien. Le cadre d'interprétation, appelons-le ainsi, ne sert que d'instrument de mesure sans avoir de fonction heuristique.

396. La dialectique de l'interprétation constitutionnelle décrit un mouvement qui part du cadre posé par un examen linguistique et sémantique du texte vers la création du droit. De la connaissance à la volonté, l'interprétation de la constitution repose sur ces deux opérations et non pas sur l'une au détriment de l'autre. Ainsi, seule une position intermédiaire permet de saisir la fonction constituante comme la découverte « d'une signification nouvelle » d'un texte ou d'une disposition.

2. La pratique réaliste de l'interprétation constitutionnelle en Afrique noire francophone

397. En Afrique noire francophone, l'interprétation de la constitution est une opération réaliste. *Intermédiaire* à la manière de R. Guastini ou *radicale* selon M. Troper, l'interprétation constitutionnelle est loin d'être, dans la jurisprudence africaine, une

explicitation des dispositions constitutionnelles. Le mérite de la loi organique gabonaise n'est donc pas d'avoir consacré des hypothèses de création du droit par les juges, mais bien d'avoir osé révéler l'interprétation telle qu'elle est pratiquée par l'ensemble des juridictions. Une pratique partiellement corroborée par la conception dite « rigoureuse »⁷⁸² de l'interprétation (constitutionnelle) du professeur et ancien juge T. Holo qui, lui, présente l'interprétation-crédation de normes comme un ajustement.

« [...] il est vrai, nous sommes sans doute la bouche mais nous ne sommes pas des inventeurs de normes. Nous essayons de tirer la norme de la volonté du pouvoir constituant et non pas aller au-delà sauf si les circonstances amènent à une certaine adaptation mais dans le respect de l'esprit. »⁷⁸³

398. Pourquoi alors le discours officiel est-il toujours d'actualité ? La survivance de l'interprétation-signification est due à un concept venu d'outre-Atlantique mais qu'ont en partage les cours africaines. Du Bénin au Sénégal, la crainte d'un gouvernement des juges est perceptible et surtout présente dans le discours des membres des juridictions constitutionnelles. Au cours de nos entretiens, il semblerait que les cours soient sensibles à ce concept doctrinal. Au Gabon, l'ancien juge D. Bounougouéré a spontanément évoqué puis balayé cette idée au moment où nous abordions la question du pouvoir interprétatif de la juridiction au sein de laquelle il a siégé. Au Niger, l'ancien vice-président de la Cour, le professeur Oumarou Narey, nous confia que la haute instance ne devait pas « se transformer en gouvernement des juges, [ou les juges] être taxés de juges usurpateurs ». Si le professeur Narey anticipa lui aussi cette question au cours de notre entretien, il ne l'identifia pas pour autant comme une limite propre à l'interprétation, mais plutôt à l'office du juge constitutionnel. Autrement dit, l'ensemble des compétences du juge ne doit pas le conduire à faire prévaloir ses propres jugements en se servant de l'autorité que le droit confère à ses actes. On touche là à ce que les juges africains entendent par gouvernement des juges. Ils n'entendent pas, et on en revient à la version officielle, exercer toute autre fonction qui serait incompatible, sinon étrangère, à la fonction de juger. Pour reprendre une distinction chère au professeur Pierré-Caps, le gouvernement des juges ferait des juridictions constitutionnelles africaines des autorités « d'action » et non plus seulement de « contrôle ».

⁷⁸² Le professeur qualifia ainsi sa vision de l'interprétation.

⁷⁸³ Propos recueillis à Paris le 29 novembre 2019. Nous soulignons.

399. La permanence⁷⁸⁴ du discours officiel se fonde également sur des motifs liés aux attributions des juridictions et à leur participation au pouvoir judiciaire ; ce dernier point se vérifie particulièrement dans les systèmes nigérien et sénégalais qui font de la justice constitutionnelle une composante du pouvoir judiciaire. Pour ce qui est des attributions comme motif, les cours et conseils africains veillent au respect du principe de la séparation des pouvoirs à travers le règlement de conflits d'attribution, lequel intéresse au premier plan les institutions constitutionnelles. Le texte sénégalais est explicite sur cette compétence en disposant que « le Conseil constitutionnel connaît [...] des conflits de compétence entre les pouvoirs exécutif et législatif [...] »⁷⁸⁵, comparé aux autres textes africains qui privilégient une formule plus inclusive en faisant référence « aux institutions de l'État »⁷⁸⁶. Bien que le degré de précision ne soit pas le même, le juge est amené à se prononcer sur la séparation des pouvoirs en réglant ce type de questions. Reconnaître qu'interpréter la constitution puisse faire des cours des organes constitués au moins égaux au pouvoir constituant reviendrait à porter atteinte à ladite séparation dans laquelle elles s'inscrivent et qu'elles se doivent de maintenir en l'état. Si interpréter revient à créer du droit, les conseils ne sont plus participants de la seule fonction judiciaire mais également du pouvoir constituant. Les trois pouvoirs ne seraient plus logés à la même enseigne.

400. Pour autant, les cours constitutionnelles d'Afrique noire francophone sont composées majoritairement d'interprètes réalistes sans pour autant être des anti-cognitivistes. Prenons appui sur la précédente mandature de la Cour de Niamey pour s'en convaincre. Quatre juges sur cinq ont admis qu'interpréter la constitution conduisait à créer du droit pour une raison ou pour une autre. Une fois de plus, ce sont les propos de l'universitaire O. Narey qui retiennent notre attention.

« [Le juge peut être amené à aller au-delà [de la constitution]. [Le] pouvoir créateur se manifeste à travers l'interprétation. C'est une sorte de délégation du constituant, une habilitation. »

401. Cette vision des choses est plus ou moins celle à laquelle adhèrent les magistrats de carrière et les universitaires de la Cour. S'agissant des mobiles, bon nombre d'entre eux pensent que l'interprétation s'avère nécessaire lorsqu'une disposition est obscure ou peu

⁷⁸⁴ Nous excluons bien évidemment la Cour gabonaise.

⁷⁸⁵ Article 92 de la Constitution en vigueur.

⁷⁸⁶ v. constitutions béninoise, gabonaise et nigérienne.

claire, imprécise ou silencieuse. De ces différents mobiles d'interprétation, il ressort que les juges alternent effectivement entre l'examen de la signification ou de la portée des dispositions textuelles et l'élaboration de nouvelles normes. En effet, dès lors que la constitution est silencieuse, n'est-ce pas au juge d'y remédier ? Tout dépend finalement du résultat auquel souhaitent parvenir les juges car, comme les conseillers nigériens nous l'ont expliqué, ce n'est qu'après avoir arrêté la solution d'une affaire qu'ils élaborent le raisonnement de la Cour. Lors du délibéré, c'est donc la conception de l'interprétation la plus utile qui sera mise à contribution, voire les deux, et il semblerait que l'ensemble des juridictions africaines procède de la sorte. Pour s'en convaincre, appuyons-nous sur un avis interprétatif⁷⁸⁷ nigérien récemment rendu et qui mêle ces deux visions de l'interprétation d'une constitution. En l'espèce, la Cour fut saisie d'une demande d'interprétation portant sur les articles 91, 93 et 94 de la Constitution. En pleine crise sanitaire liée à la Covid-19 et après la déclaration de l'état d'urgence sanitaire par le président de la République, le requérant (le Président de l'Assemblée nationale) demanda à la Cour de se prononcer sur la conformité à la Constitution des nouvelles mesures relatives au fonctionnement de la chambre dont il a la responsabilité (huis clos, la rotation des députés dans l'hémicycle, un recours plus souple aux procurations...). C'est principalement sur le principe de la publicité des séances que l'examen du juge se révèle instructif. L'article 93 disposant que

« Les séances de l'Assemblée nationale sont publiques. Il est publié un procès-verbal intégral des débats au Journal Officiel. À la demande du Premier ministre ou du tiers des députés, l'Assemblée nationale peut siéger à huis clos. »,

la Cour, au moyen d'une lecture littérale, fut d'avis que le huis clos peut être observé jusqu'à la fin de la crise car cela est une faculté offerte tant à la primature qu'aux parlementaires. La Cour se contenta de paraphraser la Constitution, car celle-ci permettant de déroger à la publicité non pas pour une séance mais pour « les séances ». Autrement dit, toutes les séances d'une session peuvent régulièrement se dérouler à huis clos tant que la demande en est faite. Quant au pouvoir créateur du juge, il se révèle dans les motifs du huis clos. En effet, le texte nigérien n'évoque pas les motifs permettant de déroger au principe de publicité. C'est d'ailleurs le constat

⁷⁸⁷ Avis n°08/CC du 30 mars 2020.

que l'on peut faire dans les autres pays de notre échantillon. Autant les textes fondamentaux que les règlements des chambres sont muets sur cette question ; seul le règlement⁷⁸⁸ de l'Assemblée gabonaise précise qu'un motif doit être exprimé. Au Niger, la mise en place du huis clos est discrétionnaire et s'il nous vient à l'esprit des motifs évidents, ceux-ci n'existaient pas en droit nigérien jusqu'à cet avis de mars 2020. Selon les juges,

« [Le huis clos] institue alors "le confinement de la procédure législative" pour des raisons généralement de sérénité des débats (excluant toute intimidation des parlementaires), de sécurité, de secret et d'ordre ».

402. Si le recours à l'adverbe « généralement » fait allusion à des pratiques parlementaires antérieures, le juge ne précise pas si celles-ci sont d'origine nigérienne ou étrangère. En tout état de cause, l'interprétation constitutionnelle a été ici une modalité de création du droit, comme ce fut le cas en Côte d'Ivoire dans l'avis n°A/002/95⁷⁸⁹, au Sénégal dans l'affaire n°3/2000⁷⁹⁰ ou encore dans la décision béninoise DCC 03-166⁷⁹¹ du 11 novembre 2003.

403. D'ailleurs, si l'on se limite au cas où l'interprétation sert à créer du droit, on relève que des mobiles avancés au Niger se rapprochent de ceux consacrés par la loi organique gabonaise. D'une part, l'imprécision ou l'obscurité d'une disposition sont des mobiles légitimes. D'autre part, le silence d'une constitution n'est pas autre chose qu'une lacune dans la mesure où il n'est caractérisé qu'à partir du moment où la résolution d'une situation prévisible ou présente n'est pas apportée par le droit. Finalement, l'interprétation constituante est effectivement pratiquée en Afrique et les juges y ont recours grâce à des mobiles similaires.

404. Nous ne saurions clore ces développements sans évoquer une tendance minoritaire représentée par un juge de la Cour nigérienne. La position de Halima Sambaré Diallo⁷⁹² tranche avec l'opinion officieuse dominante. Pour cette dernière, « le droit se lit, il ne s'interprète pas. L'interprétation est une dénaturation. ». Ces propos nous ont à vrai dire

⁷⁸⁸ Article 62 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale : « Lorsque le motif qui a donné lieu au huis clos disparaît, le Président consulte l'Assemblée sur la reprise de la séance publique. » (Nous soulignons).

⁷⁸⁹ v. § 262.

⁷⁹⁰ v. § 303.

⁷⁹¹ « [...] Les décisions de justice n'étaient pas des actes au sens de l'article 3, alinéa 3 [susceptibles d'un recours direct en inconstitutionnalité], de la Constitution, pour autant qu'elle ne viole pas les droits de l'homme. ».

⁷⁹² Conseillère en fonction à la Cour, avocat, élue par ses pairs.

surpris et il nous paraît intéressant de les retranscrire ici, au moins pour montrer la diversité des opinions car nous ne saurions valablement expliquer cette position, et ce, d'autant plus qu'on a affaire ici à une avocate chevronnée.

SECTION 2. LA COMPÉTENCE RÉGULATRICE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES

« La Constitution fait ainsi obligation à la Cour Constitutionnelle de suppléer par des dictums appropriés aux défaillances des institutions constitutionnelles »⁷⁹³.

405. Terme familier en raison de la récente prolifération des autorités administratives indépendantes (AAI) et publiques (API), tant en France qu'en Afrique, la régulation a pour première finalité d'assurer le fonctionnement satisfaisant d'un système « complexe »⁷⁹⁴. Reposant sur une « nouvelle normativité [caractérisée par] l'endogénéité »⁷⁹⁵, elle consiste plus précisément à conserver la maîtrise de l'évolution d'un système ou d'un secteur d'activité. En effet, la régulation tend toujours à préserver des intérêts et/ou des ressources susceptibles d'être remis en cause par une action ou un phénomène. C'est ainsi qu'une autorité de régulation des postes et télécommunications peut être créée lors de l'ouverture à la concurrence du marché des communications, la rareté des ressources hertziennes étant l'intérêt à sauvegarder. Une autre finalité de la régulation serait de ramener une situation à un niveau acceptable. La régulation est ici un retour à la normalité, à ce qui doit être. Pour y parvenir, elle implique de prendre une ou plusieurs décisions pour faire cesser le(s) fait(s) interruptifs de normalité.

⁷⁹³ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 09-057 du 21 avril 2009, cons. 10.

⁷⁹⁴ « Elle est définie comme le processus par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté "en conformité à quelques règles ou normes" » L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, ed. Lextenso, 2008, p. 14.

⁷⁹⁵ G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène » in *RFAP*, n°109, 2004, p. 11.

406. À la lecture de ce qui précède, une conception mécaniste de la constitution impliquerait nécessairement la notion de régulation. Soit le système politique qu'elle pose s'autorégule sous l'effet des forces en présence (conception organique), soit il fait intervenir un acteur ou pouvoir régulateur⁷⁹⁶. Bon nombre de constitutions ont privilégié cette seconde approche par des formules plus ou moins analogues. Ainsi, lorsqu'elle n'est pas attribuée au chef de l'État⁷⁹⁷, la régulation est le fait d'une juridiction constitutionnelle⁷⁹⁸ (§1). Quel qu'en soit le titulaire, la régulation a toujours pour objet de prévenir ou de remédier à une situation de blocage (§2). Que la difficulté soit présente ou imminente, l'organe régulateur peut décider d'une solution de sortie de crise ou d'évitement. La régulation dont il s'agit ici remédie à des « crises qui affectent le fonctionnement »⁷⁹⁹ des institutions constitutionnelles, et non aux crises de la normativité traditionnelle⁸⁰⁰ présentées par G. Timsit. La régulation se résume par conséquent à une décision. Le régulateur décide du traitement préventif ou curatif. Tel est le sens du pouvoir régulateur des juridictions constitutionnelles. Quand elle ne se réalise pas sous couvert d'interprétation, la fonction constituante se manifeste dans la régulation pratiquée par les juridictions constitutionnelles. La régulation institutionnelle ou des pouvoirs publics est une pure attribution de justice constitutionnelle, à l'instar du contrôle de constitutionnalité des lois dans un système concentré. Ce pouvoir s'exerce face à des circonstances si exceptionnelles qu'elles en viennent à neutraliser le bloc de constitutionnalité. En d'autres termes, il n'existe pas de solution congruente à la situation de crise en l'état actuel du bloc. Il revient donc aux juges de créer une véritable règle constitutionnelle. Souvent cette création sera précédée par le constat d'un vide ou d'une lacune juridique, réaffirmant ainsi au passage la rupture du lien entre le(s) texte(s) en vigueur

⁷⁹⁶ v. en ce sens le pouvoir neutre développé par B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Livre VIII, éd. établie par H. GRANGE, Aubier, 1991.

⁷⁹⁷ Voir l'article 5 de la Constitution camerounaise du 2 juin 1972, l'article 5 de la Constitution française de 1958, l'article 30 de la Constitution grecque du 9 juin 1975, l'article 46 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 et l'article 42 de la Constitution marocaine du 1^{er} juillet 2011.

⁷⁹⁸ Art. 114 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, l'article 75 de la Constitution djiboutienne du 15 septembre 1992, l'article 83 de la Constitution gabonaise du 12 janvier 2011.

⁷⁹⁹ G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰⁰ L'État et le marché sont, pour G. Timsit, deux modèles en crises qui forment la normativité traditionnelle. Entre la normativité imposée de l'État et la normativité spontanée du marché se développe une normativité endogène grâce à la démocratie participative : l'autorégulation.

et la norme créée. La régulation s'opère en l'absence de tout fondement exprès, si ce n'est la disposition attributive dudit pouvoir régulateur. Certainement, une interprétation systémique et faisant plus appel à l'esprit de la constitution permettra de façonner une règle ou un principe en vertu duquel les juges décideront, mais nous estimons que la régulation englobe ces deux moments : la fabrication de la norme et la décision proprement régulatrice ; tout dépend de la pratique de la juridiction concernée car, comme nous le verrons, toutes les cours n'élaborent pas au préalable une règle générale avant de réguler. G. Timsit dira de la régulation qu'il s'agit d'un entre-deux entre « l'interprétation et la réglementation »⁸⁰¹. Enfin, la portée constituante de la régulation se vérifie au regard du contexte africain. En effet, la jurisprudence analysée dans la suite de notre propos révèle que les décisions régulatrices ne sont pas à usage unique, car des crises similaires⁸⁰² tendent à se multiplier. Il est effectivement arrivé qu'une juridiction⁸⁰³ s'inspire d'une régulation pratiquée par une autre. Malgré le fait qu'une même crise n'ait jamais été réglée plus d'une fois par la même juridiction, il ne fait aucun doute que toute juridiction préférerait s'en remettre à sa jurisprudence régulatrice antérieure face à des faits similaires. Et G. Tusseau le souligne pertinemment bien quand il énonce, à propos de la décision gabonaise de 2018 actant le transfert de la totalité du pouvoir législatif au Sénat, que la Cour « organise un véritable système de suppléance interorganique, susceptible de régir de manière générale les soubresauts à venir de la vie politique nationale. »⁸⁰⁴.

§1. ORIGINE(S) ET OBJET(S) D'UNE FONCTION DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

407. La régulation pratiquée par les cours africaines bénéficie d'une assise textuelle (A). Toutefois, la lecture des dispositions constitutionnelles indique *prima facie* que la régulation porte sur des objets différents d'une juridiction à l'autre (B).

⁸⁰¹ G. TMSIT, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation » in *RFAP*, n°78, 1996, p.385.

⁸⁰² Au Bénin et Gabon, on ne compte plus le nombre de fois où les cours ont été confrontées à des difficultés ou à des retards dans l'organisation des scrutins électoraux.

⁸⁰³ Dans son arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014 du Cour nigérienne s'inspire de la jurisprudence béninoise DCC 03-078 du 12 mai 2003.

⁸⁰⁴ G. TUSSEAU, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle : remarques sur quelques évolutions récentes du droit constitutionnel gabonais » in *Politeia*, n°38, 2018, p. 126.

A. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA FONCTION RÉGULATRICE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES

408. La régulation des juridictions constitutionnelles africaines a une origine juridique. Il revint au texte béninois⁸⁰⁵ post-conférence nationale d'octroyer pour la première fois cette attribution à un organe juridictionnel car, jusqu'au renouveau démocratique du début des années quatre-vingt-dix, les constitutions africaines contenaient des dispositions qui faisaient implicitement du chef de l'État le régulateur par excellence. C'est ainsi que la Constitution gabonaise de 1983, sous l'ère du parti unique disposait en son huitième article que « [Le président de la République] assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. [...] »⁸⁰⁶. Qu'on le veuille ou non, les « pouvoirs publics » dépassaient en effet le cadre des seuls organes placés sous l'autorité de l'exécutif. Moins de six mois après l'adoption de la Constitution béninoise, le constituant gabonais retenait exactement les mêmes termes pour faire de sa nouvelle Cour constitutionnelle une juridiction régulatrice. En Côte d'Ivoire, le procédé fut le même bien que plus tardif. En effet, il faudra attendre la Constitution de 2000 (IIème République) pour que le Conseil constitutionnel, juridiction autonome depuis la loi de révision constitutionnelle n° 94-438 du 16 août 1994, devienne « [...] l'organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics »⁸⁰⁷.

409. S'agissant des cours nigérienne et sénégalaise, les constituants ne leur ont jamais attribué une telle fonction. Les conseillers ne sont ni qualifiés de « régulateurs », ni appelés à opérer une quelconque « régulation ». D'ailleurs, aucune des constitutions antérieures n'a fait allusion à cette fonction. Ni les deux constitutions sénégalaises, ni le Niger du haut de ses sept républiques, n'ont été influencés par leurs voisins béninois et ivoirien. Ce *statu quo* s'explique principalement par l'une des missions dévolues au chef de l'État dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Au Sénégal, il est censé en être « le garant »

⁸⁰⁵ Article 114 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990: « La Cour Constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. ».

⁸⁰⁶ Nous soulignons.

⁸⁰⁷ Article 88 de la Constitution de 2000 (abrogée) repris par l'article 126 al. 2 de la Constitution de 2016.

quand, au Niger, il « [l']assure ». C'est en effet cette disposition relative à l'exécutif qui pourrait justifier le fait que la juridiction constitutionnelle soit dépourvue d'une fonction régulatrice dans les textes. La formulation de ladite mission confiée au chef de l'État est des plus suggestives. Elle légitime *a priori* la compétence de ce dernier, sans en préciser la modalité, pour connaître et trancher toute question qui empêcherait la bonne marche des pouvoirs publics ou des institutions. Cela est d'autant plus vraisemblable que le constituant sénégalais a précisé ce qu'il fallait entendre par « institutions »⁸⁰⁸.

410. En tant que garant ou personnalité chargée d'assurer leur fonctionnement, le chef de l'État a nécessairement un rôle actif au sein des institutions, comparable à celui des juridictions constitutionnelles ailleurs. On comprend mieux pourquoi le constituant gabonais préféra une formule moins équivoque et conforta plutôt une mission d'arbitrage politique et administratif :

« Le président de la République est le Chef de l'État ; il veille au respect de la Constitution ; il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. [...] »⁸⁰⁹.

411. Néanmoins, l'ambiguïté des dispositions constitutionnelles nigériennes et sénégalaises ne profite pas qu'à l'exécutif. Certaines d'entre elles en effet ouvrent plus ou moins la porte à une fonction régulatrice des juges constitutionnels. Elles leur en donnent les moyens. Examinons d'abord la compétence du juge nigérien en matière « d'application de la Constitution »⁸¹⁰, une attribution à laquelle les juges eux-mêmes avouent ne rien comprendre, la jugeant trop large⁸¹¹. La question de cette compétence n'étant pas abordée par le texte organique et tenant compte du fait que la Cour l'exerce néanmoins au moyen d'une décision (et non d'un avis comme cela est le cas pour l'interprétation), il faut en conclure que l'office du juge consiste ici à savoir si la constitution a fait l'objet d'une saine application, et ce, d'autant plus quand la Cour a déjà été amenée à l'interpréter sur un point précis. C'est du moins le contrôle auquel procède la Cour dans un arrêt

⁸⁰⁸ *vs.* Article 6.

⁸⁰⁹ Article 8 alinéa 1^{er}, nous soulignons.

⁸¹⁰ Article 126 alinéa 2 : « « La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur toute question d'interprétation et d'application de la Constitution

⁸¹¹ C'est en substance l'avis exprimé par le vice-président Oumarou Narey.

n°007/11/CCT/MC du 4 mai 2011 où elle jugea contraire à la Constitution⁸¹² l'attribution à la majorité parlementaire des deux postes à la questure ; une interprétation de l'article 89 que la Cour avait déjà fournie dans un avis⁸¹³ antérieur. L'application de la constitution ou l'article 126 ne confère pas à lui seul une fonction régulatrice à la Cour. Ce qu'elle reconnut elle-même indirectement puisqu'elle a dû combiner cette disposition à une autre relative aux conflits de compétence. C'est ainsi qu'elle tira en 2014 de ces dispositions « un rôle de régulation du fonctionnement des institutions et des pouvoirs publics »⁸¹⁴. Du côté du Conseil sénégalais, il a surtout été question d'un exercice du pouvoir régulateur sans que celui-ci n'ait été mentionné. Sans s'y méprendre, dans une décision n°5-E-1993⁸¹⁵, le juge sénégalais agit tel un régulateur du fonctionnement des institutions. En l'espèce, le Conseil devait se prononcer sur la transmission des procès-verbaux de l'élection présidentielle à la haute instance par le président de la commission chargée de l'organisation et de la proclamation des résultats provisoires. Ladite transmission à la Cour était intervenue alors même que la commission n'avait pas annoncé les résultats provisoires en raison d'un blocage en son sein ; le Conseil n'étant compétent que pour annoncer les résultats définitifs. Face à cette situation « non prévue par la législation » selon le juge, ce dernier assimila cette transmission à une saisine. Comment alors faire passer à pareille saisine l'examen de recevabilité ? Pour ce faire, le Conseil utilisa un argument propre à la fonction régulatrice de ses équivalents africains. En effet, la saisine se justifiait « par la nécessité d'assurer la continuité du fonctionnement des institutions », ce qui revient à admettre qu'en saisissant le Conseil, le requérant s'est effectivement adressé à un organe régulateur, à même d'assurer ladite continuité et ce n'est pas la solution de cette décision qui contredira cette interprétation. La haute juridiction dakaroise renverra les procès-verbaux à la commission en fixant un délai de soixante-douze heures pour proclamer les résultats provisoires. Nous le savons, la fixation d'un délai pour résoudre une crise institutionnelle est un remède qui n'est pas sans rappeler la pratique des cours béninoise ou gabonaise, et pour lequel ces dernières

⁸¹² Le texte dispose en effet que « la composition du Bureau doit refléter la configuration politique de l'Assemblée nationale ».

⁸¹³ Avis n°2/CTT/2011 du 18 avril 2011.

⁸¹⁴ Arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

⁸¹⁵ Décision n°5-E-1993 du 2 mars 1993.

juridictions font toujours et au préalable appel à leur fonction régulatrice. Comme le soulignera I. Diallo en 2004 en assimilant le règlement de conflits institutionnels à une régulation, le Conseil sénégalais fait partie de ces « instances de régulation des institutions de l'État. »⁸¹⁶.

412. Les constitutions africaines confèrent également une fonction régulatrice à des organes administratifs, mais ceux-ci sont censés garantir et réglementer l'exercice de droits et libertés, et ce, dans des domaines précis. Il s'agit d'autorités administratives indépendantes désignées comme telles par la constitution et qui officient principalement dans le domaine de la communication. On songe ainsi à la Haute Autorité de l'audiovisuel et la communication au Bénin⁸¹⁷, au Conseil de la communication au Niger⁸¹⁸ et à la Haute autorité de la communication au Gabon. D'autres autorités administratives dites indépendantes jouent des rôles certes essentiels, mais moins importants dans la mesure où elles sont dépourvues d'un pouvoir de décision sur les affaires portées à leur connaissance. En d'autres termes, elles ne sont à l'origine d'aucune réglementation ou sanction à l'égard des organes, des opérateurs ou des personnes dans les domaines où ces autorités sont appelées à intervenir. La plupart sont les antichambres de la justice ordinaire et, dans certains cas, abattent un travail comparable. Il en va ainsi du médiateur de la République ivoirienne, « l'intercesseur gracieux entre l'Administration et les administrés. »⁸¹⁹. On peut également évoquer la Commission nationale des droits humains⁸²⁰ qui peut, entre autres, « recevoir les plaintes et diligenter des enquêtes sur les cas de violation des droits humains »⁸²¹, « requérir l'assistance de la force publique »⁸²² ou accéder librement « à toute source d'information

⁸¹⁶ I. DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 2004, p. 110.

⁸¹⁷ Article 142 de la Constitution béninoise.

⁸¹⁸ Article 156.

⁸¹⁹ Article 165 de la Constitution ivoirienne.

⁸²⁰ Article 44 : « Une Commission nationale veille à la promotion et à l'effectivité des droits et des libertés ci-dessus consacrés.

La Commission nationale des droits humains est une autorité administrative indépendante. La loi détermine la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de cette Commission, conformément aux principes internationaux en vigueur.

Elle présente, devant l'Assemblée nationale, un rapport annuel sur les droits humains. »

⁸²¹ v. Loi organique n°2012-44 du 24 août 2012, déterminant la Composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Commission Nationale des Droits Humains.

⁸²² *Ibid.*

nécessaire à l'accomplissement de sa mission »⁸²³. Cependant, malgré la plus ou moins grande étendue des prérogatives reconnues à ces autorités, celles-ci n'ont pas trait spécifiquement au fonctionnement des pouvoirs publics, mais plutôt aux résultats de leur action ou inaction sur la situation des personnes privées, d'une part. D'autre part, contrairement à la régulation des cours, la création de ses AAI est fondée sur la protection des droits et libertés individuels. Une donnée qui n'est pas au nombre des préoccupations de la régulation pratiquée par les juges.

413. Enfin, disons quelques mots sur la probable source d'inspiration de cette fonction dans les constitutions africaines. La source évidente et immédiate paraît être la décision du Conseil constitutionnel français du 6 novembre 1962 dans laquelle il se définit, en se référant à l'esprit de la constitution, comme « le régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». De cette jurisprudence, les constituants africains n'ont gardé que le substantif « régulateur » car l'objet de cette nouvelle mission a été plus ou moins étendu. Mais la fonction régulatrice n'est pas une énième illustration du prétendu mimétisme juridique africain, car étant donné que son apparition dans les constitutions africaines se justifiait également par les différents contextes nationaux. Au Bénin, le professeur Holo, qui fut membre de la commission constitutionnelle du texte de 1990, affirme que cette compétence avait pour objectif initial et principal d'empêcher le retour des militaires au pouvoir en cas de crise institutionnelle ou politique. On souhaite prévenir une régulation armée, et toujours funeste pour la constitution, par une autre de type juridictionnel. Cette préférence légitime pour une juridiction régulatrice, on la retrouve en Côte d'Ivoire et au Niger pour la même raison. Néanmoins, il faut reconnaître que la pratique régulatrice du juge béninois y est pour quelque chose et a certainement fini par convaincre les constituants de ces deux autres États qui partagent malheureusement une histoire politique mouvementée. En Côte d'Ivoire d'ailleurs, il ne s'écoula que quelques mois entre le renversement du président H. Konan Bédié en décembre 1999 et la constitution de juillet 2000 qui fit du juge constitutionnel un régulateur. Au Gabon, la fonction régulatrice de la Cour, selon nous, découle de la démocratisation du régime qui, elle, impliquait une réelle déconcentration du pouvoir à

⁸²³ *Ibid.*

l'image du quatrième alinéa de l'article 8⁸²⁴ de la Constitution de 1991. Celui-ci organisait, pour la première fois, un partage du pouvoir exécutif entre le président et son premier ministre. En d'autres termes, le constituant gabonais – et certainement le constituant béninois bien avant lui – a choisi de confier la gestion et la résolution des questions institutionnelles à un organe juridictionnel alors que le pays renouait avec le multipartisme. Pour autant, il ne faudrait pas exclure l'influence de la jurisprudence française, là encore sur les rédacteurs du texte gabonais, car la reprise du terme « régulateur » rappelle la jurisprudence occidentale sus-évoquée.

B. LES OBJETS DE LA RÉGULATION JURIDICTIONNELLE

414. « Le fonctionnement des institutions » (1) et/ou « l'activité des pouvoirs publics » (2) sont les formules que retiennent habituellement les textes constitutionnels pour désigner les objets de la régulation.

1. Le fonctionnement des institutions

415. Le fonctionnement des institutions est un objet de la régulation pratiquée par les cours béninoise, gabonaise et nigérienne, quand la régulation du Conseil ivoirien porte également sur un « fonctionnement » qui est celui des pouvoirs publics.

416. Par « fonctionnement », il faut ici entendre de prime abord la manière dont un système, un organisme ou un mécanisme répond à sa fonction. On parle alors de dysfonctionnement à partir du moment où un élément ne parvient plus à remplir sa fonction spécifique. Dans le cadre étatique, le fonctionnement d'un organe ferait allusion à sa raison d'être qui, elle, se résume finalement à sa mission. Mais à la lecture de la constitution, le fonctionnement d'un organe étatique est une notion équivoque. Cette ambiguïté, on la retrouve dans la jurisprudence des cours. En effet, les juridictions africaines optent autant pour un fonctionnement conforme à la constitution que pour un fonctionnement

⁸²⁴ Il disposait à l'époque : « [Le président de la République] est le détenteur suprême du pouvoir exécutif qu'il partage avec le Premier Ministre. ». La révision de 2017 supprima ce partage.

satisfaisant. Dans le premier cas, on pourrait ranger la décision béninoise DCC n°03-078 relative au blocage de l'élection du bureau de l'Assemblée nationale ; la régulation du fonctionnement y est *normalisatrice*⁸²⁵. On y découvre en effet une régulation intransigeante par laquelle la Cour s'attèle coûte que coûte à ramener l'ordre voulu par les textes au moyen de « dictums appropriés aux défaillances des institutions constitutionnelles »⁸²⁶. Le fonctionnement dont il est question, selon la Cour, s'inscrit dans un rapport de conformité à la constitution ; et ce n'est pas la décision ivoirienne n°019/CC SG relative à la résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations qui le contredira. On y voit le Conseil censurer toutes les mesures onusiennes au motif qu'elles modifieraient profondément les attributions des institutions ivoiriennes, créant ainsi un régime

« [...] sui generis, alors qu'aucune disposition de la Charte des Nations Unies, fondement juridique des décisions ou résolutions, n'autorise les organes de l'Organisation, y compris le Conseil de Sécurité, même agissant en vertu du chapitre 7 de la Charte, à attenter à la Constitution, aux Institutions, à l'organisation politique et sociale, au Régime politique d'un État membre de cette Organisation ; »⁸²⁷.

417. Dans une certaine mesure, le juge sénégalais retient également une conception analogue du fonctionnement. Dans la décision examinée plus tôt, il renvoya les procès-verbaux à l'organe électoral afin de respecter les textes constitutionnels et légaux organisant son fonctionnement.

418. Dans le second cas, l'accent n'est pas mis sur un retour à la normale mais sur le compromis. Le fonctionnement est entendu ici comme un fonctionnement *satisfaisant* ou acceptable pour le juge. En d'autres termes, on ne s'efforce pas d'appliquer la constitution, mais d'élaborer une solution de prévention ou de sortie de crise. Les juges transigent, ce qui ne va pas sans créer de dangereux précédents sur lesquels nous avons déjà attiré l'attention⁸²⁸. Cette acception du fonctionnement découle, entre autres, des jurisprudences nigérienne et

⁸²⁵ Dans sa décision DCC 04-065 du 29 juillet 2004 relative au Conseil économique et social, la Cour fit allusion au « fonctionnement normal » (nous soulignons) que mettait en péril l'absence des membres dudit Conseil lors de l'élection du bureau.

⁸²⁶ Décision DCC 09-057 du 21 avril 2009 relative aux modalités de désignation des parlementaires devant siéger au sein de la Haute Cour de justice, cons. 10.

⁸²⁷ Cons. 4. Au quatrième considérant, le Conseil déclara en outre que « ladite Résolution est de nature à porter atteinte au fonctionnement régulier des pouvoirs publics » (nous soulignons).

⁸²⁸ V. § 252, 253 et 884.

gabonaise. D'un côté, le juge nigérien autorisa le fonctionnement de l'Assemblée avec un bureau partiellement composé⁸²⁹ dans l'hypothèse où des postes ne seraient pas pourvus en l'absence de candidatures et, de l'autre, la Cour gabonaise permit au Sénat d'exercer seul le pouvoir législatif alors que la chambre basse n'avait pas été renouvelée dans les temps. Si ces solutions constituaient un moindre mal au regard des différents contextes et qu'elles étaient temporaires, l'on ne saurait occulter le fait qu'elles s'écartaient des dispositions constitutionnelles. Autrement dit, la régulation n'est pas toujours un retour immédiat à la normalité.

419. Pour autant, aucune juridiction africaine ne devrait être définitivement rangée dans un cas ou dans l'autre, car sa position sur la perception du fonctionnement est susceptible d'évoluer et, nous le croyons, l'éminence des organes concernés peut y contribuer.

420. Une fois la question du « fonctionnement » abordée, il nous faut indiquer les institutions concernées. Selon le professeur N. Médé⁸³⁰, il est question d'institutions « constitutionnelles ». Pour notre part, il s'agit plus précisément d'organes⁸³¹ de droit public dont l'existence, voire les principes d'organisation et de fonctionnement sont fixés par la constitution ou par d'autres textes sur renvoi du constituant. On songe ainsi à la présidence de la République, au gouvernement, aux chambres législatives, au Conseil économique et social, aux juridictions, aux autorités administratives, voire aux assemblées décentralisées. On se rappelle que la Cour gabonaise a déjà fait appel à son rôle de régulateur à propos des assemblées locales. Ce fut notamment le cas dans une décision n°22/CC du 29 avril 2013⁸³². « Dans le souci d'éviter une interruption du fonctionnement des collectivités locales »⁸³³, le juge prononça la vacance des conseils locaux (départementaux, municipaux et d'arrondissement urbains), tout en confiant à leurs bureaux la gestion des affaires courantes jusqu'à l'organisation des élections.

⁸²⁹ Arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

⁸³⁰ N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles... », *op. cit.* p. 47 et s.

⁸³¹ V. § 176

⁸³² En l'espèce, la Cour avait été saisie par le premier ministre afin d'obtenir le report des élections locales (départementales, municipales et d'arrondissements urbains). En effet, l'établissement de la liste électorale avait été retardée par de nombreux événements qui, pris ensemble, ne revêtaient pas le caractère d'une force majeure selon la Cour. D'où la solution retenue par la haute juridiction, car seul un cas de force majeure aurait pu justifier un report du scrutin selon les textes.

⁸³³ Cons. 8.

421. La régulation pratiquée par les cours a par conséquent pour unique objectif de permettre à ces différentes entités de se conformer au texte constitutionnel et, dans certains cas, à son esprit quand les juges optent pour un fonctionnement *satisfaisant*.

2. L'activité des pouvoirs publics

422. Ce second objet de la régulation est destiné au cas de figure dans lequel les attributions des pouvoirs publics seraient en cause. Il s'agit d'une sous-catégorie au sein des institutions, regroupant les organes matérialisant la séparation des pouvoirs qui est le principe d'organisation du pouvoir si l'on se réfère aux textes fondamentaux. L'utilisation du substantif « pouvoir » connote effectivement ladite séparation, mais il ne faut pas compter sur la législation constitutionnelle pour le corroborer. En effet, il n'y a qu'au Sénégal que le constituant ait fait preuve d'une grande clarté. La Constitution y décline les institutions mais seules trois d'entre elles exercent un pouvoir. Ailleurs, il règne une certaine confusion quant à la qualité de pouvoir public. On y emploie simultanément différentes expressions comme « pouvoirs publics constitutionnels »⁸³⁴, « pouvoirs publics », « institutions constitutionnelles »⁸³⁵ qui traduisent moins des notions distinctes qu'un manque de cohérence de la part des rédacteurs.

423. Du côté de la jurisprudence constitutionnelle récente et accessible au moment où nous écrivons ces lignes, les pouvoirs publics apparaissent bel et bien comme « les puissances » de la séparation brédienne. Pour illustrer ce qui précède, on notera que la Cour gabonaise va jusqu'à opérer une distinction selon qu'un organe étatique associé à un pouvoir (exécutif, législatif...) en est le détenteur exclusif ou non. Dans sa décision n°219/GC, elle fit allusion au « fonctionnement régulier » du gouvernement – comme pour souligner qu'il était question d'une institution, et non d'un pouvoir public – au moment où la réunion de celui-ci en conseil des ministres était empêchée du fait de l'absence du chef de l'État. En effet, seul ce dernier est constitutionnellement le détenteur du pouvoir exécutif. La juridiction gabonaise n'en était pas à son premier coup d'essai puisque dans sa décision

⁸³⁴ v. Les constitutions gabonaise (article 26), ivoirienne (article 73) et nigérienne (article 67).

⁸³⁵ v. article 3 de la Constitution gabonaise.

22/CC⁸³⁶ elle qualifia la chambre basse⁸³⁷ du parlement « [d']institution »⁸³⁸ comme ce fut le cas à propos des collectivités territoriales⁸³⁹. Du côté des autres juges, les données sont moins évidentes, car si le juge nigérien dit de l'unique chambre législative qu'elle est une « institution »⁸⁴⁰ dont il doit prévenir toute paralysie, à partir de quel moment peut-elle être considérée comme un pouvoir public ? Pour répondre à cette question, il faudrait revenir à la distinction assez subtile que fait la Cour entre, d'une part, le fonctionnement interne et, d'autre part, l'accomplissement des missions inhérentes à un pouvoir. C'est ce que suggère le dispositif d'un avis du 23 mai 2014 dans lequel la Cour évoque de « simples difficultés de fonctionnement des pouvoirs publics [...] »⁸⁴¹. Ce qui sous-entend *a priori* que de graves difficultés intéresseraient, non plus le fonctionnement, mais l'activité des pouvoirs publics ; une interprétation que la jurisprudence nigérienne n'a jamais confirmée. Une part d'ombre entoure également la jurisprudence béninoise sur ces questions. D'une décision à l'autre, la position du juge est en permanente évolution. On a ainsi relevé que dans des affaires portant sur l'organisation du scrutin présidentiel⁸⁴² ou sur la désignation des membres du bureau de l'Assemblée nationale, la Cour a rendu des décisions régulatrices qui se rapportaient autant au dysfonctionnement de l'organe en charge des élections, qui aurait pu aboutir à la vacance de la fonction exécutive, qu'à l'inactivité du pouvoir législatif. Et si nous parvenons ici à résumer plusieurs jurisprudences, cela ne signifie pas que les décisions sont intelligibles. Pour autant, au Bénin comme au Niger, la régulation pratiquée par la Cour est résumée dans ce fragment de phrase : « [en tant que régulateur,] elle est fondée à prendre toute décision qui permette d'éviter la paralysie du fonctionnement des institutions de la République ; »⁸⁴³. En d'autres termes, une fois qu'il lui apparaît nécessaire de réguler, il n'y a plus lieu de faire une distinction entre le « fonctionnement des institutions » et « l'activité des pouvoirs publics ».

⁸³⁶ Décision n°22/CC du 30 avril 2018.

⁸³⁷ Le Parlement gabonais étant bicaméral, la chambre basse ne pouvait pas tomber sous le coup d'une régulation de l'activité des pouvoirs publics.

⁸³⁸ Cons. 17.

⁸³⁹ Décision n°22/CC du 29 avril 2013, cons. 8.

⁸⁴⁰ v. Arrêts n°06/08/2008 du 14 août 2008 et n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

⁸⁴¹ Nous soulignons.

⁸⁴² V. § 438, les décisions ELP 01-053 du 17 mars 2001, ELP 06-019 du 16 mars 2006 et ELP 11-024 du 4 mars 2011.

⁸⁴³ v. par exemple la décision DCC 03-078 du 12 mai 2013 et l'arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014

À sa guise, le juge peut intervenir dans le fonctionnement d'un pouvoir public ou dans l'activité d'une institution. En Côte d'Ivoire, et à la lecture des décisions n°019 de 2006 et n° CI-2010-EP-033BIS de 2010⁸⁴⁴, il semblerait qu'il n'existe pas une identité entre les trois éminentes fonctions de l'État et la notion de « pouvoirs publics ». Dans la dernière jurisprudence, le Conseil mit un point d'honneur à indiquer qu'en sa « qualité d'organe régulateur, il pourvoit aux défaillances de la Commission électorale indépendante et assure ainsi la continuité du fonctionnement des pouvoirs publics ; »⁸⁴⁵. On aurait pu ainsi croire que la commission, par son rôle dans le processus électoral, ne servait qu'à désigner les titulaires des pouvoirs publics sans en être un elle-même. Or, il n'en est rien. Dans la première décision précitée, le Conseil-régulateur avait fait référence à cette commission en tant que pouvoir public dont les attributions avaient été réaménagées par la résolution onusienne, comme le furent celles « du Chef de l'État, de l'Assemblée nationale, du Conseil constitutionnel et de la Commission électorale indépendante [...] ». Il ne nous aura pas échappé que la juridiction se définit elle aussi comme un pouvoir public.

424. Toutefois, quand il est fait référence dans les constitutions africaines à « l'activité des pouvoirs publics », il nous paraît raisonnable de voir dans le chef de l'État, le gouvernement (premier ministre compris), le parlement et les juridictions, ces « pouvoirs publics » dont l'activité relève du juge constitutionnel africain. La régulation dont il est ici question rappelle le troisième alinéa de l'article 134 de la Constitution moldave de 1994, lequel dispose :

« La Cour constitutionnelle garantit la suprématie de la Constitution, assure la réalisation du principe de la séparation du pouvoir d'État en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et garantit la responsabilité de l'État devant le citoyen et du citoyen devant l'État. »⁸⁴⁶.

425. Mais quelle est la nature de cette activité ? En effet, si l'on s'en tient à la communication institutionnelle, ce que l'on désigne par « activité(s) » des pouvoirs publics regroupe les activités purement politiques (des manifestations, animations, des

⁸⁴⁴ En l'espèce, le Conseil, sur requête du président sortant, déclara le dessaisissement de la Commission électorale au motif qu'elle n'avait pas publié les résultats de l'élection présidentielle dans les trois jours suivant la tenue du scrutin.

⁸⁴⁵ Décision n°CI-2010-EP-033BIS/02-12/CC/SG du 02 décembre 2010 portant dessaisissement de la Commission électorale indépendante, cons. 8 (nous soulignons).

⁸⁴⁶ Nous soulignons.

inaugurations, rencontres avec d'autres élus ou représentants d'institutions nationales ou internationales, des déplacements sur le territoire national ou à l'étranger...), administratives (ordre du jour des assemblées, les rôles des affaires devant des juridictions...) et les activités relevant de l'agenda des pouvoirs publics et qui ressortent de leurs champs d'action respectifs (l'édition d'actes à portée générale, décisions de justice...). De prime abord, en tant que régulateurs de l'activité des pouvoirs publics, les conseils africains ne s'intéressent pas à la seconde catégorie- bien que celle-ci soit liée au fonctionnement des institutions - mais plutôt aux deux autres. La régulation porte sur l'activité normative et politique des pouvoirs publics. Normative car, comme en France, cette fonction ne sert que dans « le seul intérêt du respect de la Constitution »⁸⁴⁷. Elle est cette mission du deuxième type, d'après M. Duverger⁸⁴⁸, puisque censée « maintenir entre [les pouvoirs] la séparation des fonctions établies par la Constitution »⁸⁴⁹. En outre, les cours africaines ne sont pas toutes indifférentes à l'attitude des responsables politiques. La régulation s'intéresse ainsi également à l'activité politique des pouvoirs publics, comme nous avons pu le voir au Bénin et au Niger. Même s'il n'existe pas en France et en Afrique noire francophone une « clause de compétence générale, écrite ou non écrite »⁸⁵⁰ permettant au juge constitutionnel d'apprécier « les comportements politiques »⁸⁵¹, il n'en demeure pas moins que les larges et originales compétences attribuées à certaines juridictions africaines le permettent. L'activité politique doit ici s'entendre au sens large. Elle fait par exemple référence à l'attitude des titulaires desdits pouvoirs, et ce, en dehors et dans l'accomplissement de leurs fonctions. Les juges sont alors, soit saisis directement desdits comportements, soit ils anticipent leur poursuite en édictant une règle-remède applicable alors qu'ils sont saisis d'une affaire connexe.

426. Nous en convenons, « l'activité des pouvoirs publics » ne se distingue pas toujours nettement du « fonctionnement des institutions » car l'activité d'un pouvoir peut accessoirement concerner son fonctionnement, voire son organisation. Certaines

⁸⁴⁷ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.* p. 61.

⁸⁴⁸ À propos des juges de la rue Montpensier, pour M. Duverger, ceux-ci assurent la régulation de l'activité politique des pouvoirs publics. *v.* M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9^e éd., Thémis, PUF, 1996, p. 644

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.* p. 64.

⁸⁵¹ *Ibid.*

ressources⁸⁵² en font d'ailleurs à juste titre des synonymes. A-t-on simplement voulu indiquer aux cours qu'elles disposent d'une plus grande liberté face aux pouvoirs publics que lorsqu'elles sont confrontées à des questions tenant au fonctionnement des institutions ? Cette raison, comme bien d'autres, peut expliquer la diversité des objets de la régulation. Pour l'heure, il faut néanmoins reconnaître que le constituant ivoirien a tenté d'anticiper ces questions en adoptant une formulation différente⁸⁵³ et qui se veut certainement restrictive.

§2. CAUSE ET FORMES DE LA RÉGULATION

427. Il n'est prévu aucune procédure particulière pour saisir les juridictions constitutionnelles régulatrices. Bien souvent, ce sont des faits particulièrement graves et préjudiciables aux institutions qui vont être portés devant le juge par des autorités habilitées à le saisir, mais sur la base d'une autre procédure comme une demande d'interprétation de la constitution. Toutefois, alors même qu'elle est saisie, la Cour ne régule qu'à partir du moment où les faits sont ou peuvent être les générateurs d'une crise institutionnelle (A) et la régulation ainsi décidée peut revêtir plusieurs formes (B)

A. LA RÉGULATION COMME REMÈDE À UNE CRISE DES INSTITUTIONS OU DES POUVOIRS PUBLICS

428. Nous nous intéresserons ici à la notion de crise (1) avant d'aborder les moments de sa prise en compte par les juges (2).

1. L'origine de la crise : la paralysie ou le fait interruptif de la normalité constitutionnelle

429. Réguler consiste essentiellement à remédier à une situation de crise et, pour les juges, cela s'analyse comme une paralysie des institutions (pouvoirs publics compris). En

⁸⁵² v. <https://www.cnrtl.fr/synonymie/fonctionnement>

⁸⁵³ Article 126 al.2 : « Le Conseil constitutionnel est l'organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics ».

effet, toutes les crises que connaît un État ou un organe ne relèvent pas automatiquement de la juridiction constitutionnelle. Autrement dit, toute crise ne nécessite pas *ipso facto* d'être réglée. Il ressort de la jurisprudence des cours africaines notoirement régulatrices que les organes concernés par cette paralysie sont essentiellement ceux dont la création ou l'organisation, voire le fonctionnement sont le fait du constituant. Au minimum, il s'agit presque toujours d'institutions constitutionnelles, c'est-à-dire instaurées par la constitution. Mais à tout principe son exception, et elle nous vient ici du Bénin où plusieurs décisions régulatrices portent sur la commission électorale qui, soit dit en passant, est un organe créé par la loi et non par le constituant.

430. « La paralysie » est une formule générique que l'on retrouve telle quelle, non dans les textes, mais dans la jurisprudence des cours béninoise et nigérienne. Ailleurs, cette idée transparaît derrière des formules comme le « souci d'assurer la continuité de l'État et du service, ainsi que le fonctionnement régulier [d'une institution] »⁸⁵⁴, « l'interruption du fonctionnement [d'une institution] »⁸⁵⁵ ou les « défaillances »⁸⁵⁶. Cela rend compte de la diversité des situations que recouvre la paralysie institutionnelle. Dans l'histoire, cette crise a pu découler de comportements individuels, de la vacance de postes essentiels, d'anomalies dans le fonctionnement des institutions, de l'application en droit interne de textes internationaux contraires à la constitution, d'un défaut de législation adéquate, de tractations politiques... La crise est une problématique d'ordre institutionnel au sens large et pour laquelle la stricte application de la constitution se révèle ou pourrait s'avérer impossible. Dès lors que les dispositions constitutionnelles sont empêchées de produire leur plein effet, le juge se doit de réguler. Les crises sont alors des faits interruptifs de la normalité constitutionnelle, à l'instar d'une double présidence de la République en Côte d'Ivoire, d'une Assemblée nationale renouvelée, mais dépourvue de bureau plus d'un mois après l'ouverture de sa première session ou du non-renouvellement des conseils locaux. Par la régulation, les cours et conseils doivent en principe s'efforcer d'abrèger l'impact de ces faits ou situations sur l'application du texte fondamental. En outre, et cela va de soi, la crise doit mettre en scène des institutions dont l'organisation ou le fonctionnement relèvent de la

⁸⁵⁴ Décision n°219/CC.

⁸⁵⁵ Décision n°22/CC.

⁸⁵⁶ Décision n°CI-2010-EP-033BIS/02-12/CC/SG

compétence des Cours, sinon des organes dont dépendent les premières d'une manière ou d'une autre. Il ressort une fois de plus de la jurisprudence que la crise peut concerner une institution de second rang au travers de laquelle peuvent être affectées des institutions plus éminentes. C'est notamment le cas de l'organe en charge de l'organisation et de la surveillance des élections dont le travail est essentiel au renouvellement des élus, et ce, jusqu'au sommet de l'État. Pour cette raison, les juges vont parfois jusqu'à se substituer à cet organe. Le Conseil ivoirien le fit en proclamant les résultats définitifs de l'élection présidentielle de 2010⁸⁵⁷. Le juge béninois, quant à lui, s'immisça dans la composition des commissions électorales⁸⁵⁸, en rectifiant la répartition⁸⁵⁹ des postes entre les différentes formations politiques.

431. La jurisprudence constitutionnelle africaine révèle également des institutions qui, si elles peuvent être en crise ou en être à l'origine, sont hors d'atteinte de la régulation des cours constitutionnelles. Il en est ainsi de l'appareil judiciaire. En effet, il n'a jamais officiellement connu de paralysie et si cela venait à se produire, on ne voit pas comment cette crise pourrait relever de la juridiction constitutionnelle. Il existe en effet des mécanismes spéciaux qui permettent de répondre à des difficultés liées à l'activité des juridictions, et ce, sans que les juges constitutionnels aient recours à leur pouvoir régulateur. Alors que la majorité des conseils constitutionnels sont habilités à connaître des conflits⁸⁶⁰ entre les institutions de l'État, ailleurs il existe des cours suprêmes qui assurent un arbitrage entre différentes juridictions. C'est notamment le cas en Côte d'Ivoire, car la Cour suprême y est compétente pour « [régler] les conflits de compétence entre les juridictions des deux

⁸⁵⁷ Pour ce qui est de la procédure, il convient de rappeler que la législation électorale prévoyait une proclamation en deux étapes. Alors que la première devait être faite par l'organe en charge des élections, la seconde étape était celle de la proclamation définitive par le Conseil constitutionnel, après avoir bien évidemment statué sur les éventuels recours des candidats.

⁸⁵⁸ DCC 01-12 du 22 janvier 2001. En l'espèce, la Cour fut saisie par des députés contestant la répartition des sièges au sein de l'organe en charge des élections (et de ses démembrements locaux) par l'Assemblée nationale. En effet, cet organe doit être composé de personnes désignées par le gouvernement, la magistrature, l'Assemblée nationale et la Commission des droits de l'homme.

⁸⁵⁹ Dans sa décision DCC 01-011, la Cour jugea que la répartition devait se faire au *pro rata* du nombre de députés composant chaque groupe parlementaire.

⁸⁶⁰ v. Textes béninois, gabonais et nigérien.

ordres »⁸⁶¹ et au Sénégal où elle se prononce entre autres sur « [...] les règlements des juges [ou] les contrariétés de jugements »⁸⁶² qui peuvent entraver la bonne marche de la justice. Dans ce dernier cas, on pourrait parler d'un arbitrage⁸⁶³ interne. Mais en portant principalement sur des conflits de compétence ou des divergences de jurisprudence qui affectent le fonctionnement de la justice, l'action des cours suprêmes peut être aussi qualifiée de régulatrice en ce qu'elle tend à assurer l'activité du pouvoir public judiciaire. Une activité compromise si des décisions divergentes se multiplient au sein d'un même ordre ou en cas de conflit (positif ou négatif) de compétence⁸⁶⁴.

432. Nous évoquons le fait que les institutions paralysées étaient celles dont au moins la création relevait des textes fondamentaux. À présent, il nous faut nuancer ce propos car la régulation des Cours va également être fonction de l'éminence de l'institution en cause. Au-delà des cours, il s'agit plus précisément de l'importance que les requérants accordent à un organe. En effet, toute institution paralysée ou risquant de l'être n'est pas urgemment *régulable*. La composition d'une commission électorale suscitera plus de remous aux portes de la juridiction constitutionnelle que la désignation d'un médiateur de la République, alors même que le premier organe repose sur une loi, voire sur un acte administratif. Disons-le : il existe des institutions de moindre importance, de second rang, en Afrique et cela n'est pas fonction de leur consécration constitutionnelle. Il en va ainsi de la vice-présidence⁸⁶⁵ de la République, une institution dont l'utilité peine à convaincre car à ce poste, dans la pratique, il s'agit moins d'être un décideur qu'un inaugurateur de chrysanthèmes. Au Gabon, le poste est vacant depuis le mois de mai 2019, alors qu'il a été réintroduit par la révision constitutionnelle de 2018. Si le choix du titulaire est tout à fait

⁸⁶¹ Article 2 de la loi organique n°2018-976 du 27 décembre 2018 déterminant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême.

⁸⁶² v. Titre premier de la loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême.

⁸⁶³ Dans une décision n°CI-2020-006/DCC/14-05/CC/SG relative à la requête de messieurs Soro Kigbafori Guillaume et Kone Kamaraté Souleymane, le Conseil rappela ainsi que « le Tribunal des conflits qui disparaît avec la suppression de la Cour Suprême, avait pour mission d'arbitrer les éventuels conflits de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif ; » (nous soulignons).

⁸⁶⁴ En Côte d'Ivoire, il existe trois ordres de juridiction.

⁸⁶⁵ Dans un article récent, R. Sandjé reconnaît un rôle plus actif au vice-président dans certains États, à l'instar du Gabon. R. NGANDO SANDJÉ, « Le vice-président et le Premier ministre dans la Constitution gabonaise : duo ou duel ? » in *RFDC*, n°125, 2021, pp. e45-e70.

discrétionnaire, la désignation d'un(e) vice-président(e) est une obligation pour le chef de l'État. En disposant que « le président de la République est assisté d'un vice-président de la République »⁸⁶⁶, le texte n'autorise pas le Chef de l'État à décider de l'opportunité de nommer cet assistant. Il se doit de le faire. La vacance de ce poste est une inapplication de la constitution, d'aucuns diront une violation, alors même qu'aucun motif ne la justifie. Il existe là, bel et bien, une crise dans la mesure où le chef de l'État, par son inaction, fait obstacle aux dispositions constitutionnelles. Mais cela importe peu, car le vice-président ne détient aucune parcelle du pouvoir, et ce, même en cas d'empêchement définitif du chef de l'État. En Côte d'Ivoire, c'est la seconde chambre du Parlement qui passe pour une institution de moindre importance. En effet, la situation a été des plus saugrenues puisque le Sénat a été inactif plus d'une année pour des raisons budgétaire et politique. Les dispositions constitutionnelles transitoires prévoyant que le pouvoir législatif serait exercé par l'Assemblée nationale jusqu'à la mise en place du Sénat, celle-ci eut lieu le 10 avril 2018, mais la première séance de la chambre n'interviendra que le 2 août 2019. Qu'est-ce qui justifiait cette léthargie alors même que la nouvelle chambre était déjà dotée d'un règlement conforme à la Constitution, sous réserve de modifications dictées par le Conseil constitutionnel⁸⁶⁷ ? Sur le papier, le Sénat était donc apte à remplir ses missions. En vérité, comme le révélèrent les médias⁸⁶⁸, la loi de finances n'accorda à l'institution que la moitié du budget prévisionnel de fonctionnement. À cela s'ajoutait un blocage politique entre les deux anciens partis de la majorité présidentielle (RDR et PDCI) représentés par le chef de l'État en exercice et l'un de ses prédécesseurs (H. Konan Bédié). Le problème se situait au niveau de la création des groupes parlementaires car le PDCI décida de faire chambre à part, ce qui n'était pas du goût du parti présidentiel qui souhaitait que la coalition présidentielle ne formât qu'un seul et unique groupe. Prenant acte des difficultés partisans que le Sénat rencontrait, le président de la République décida de restituer le pouvoir législatif à l'Assemblée nationale en informant simplement le Conseil constitutionnel. Si le

⁸⁶⁶ Article 14 issu de la loi n°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République Gabonaise

⁸⁶⁷ Décision rectifiée n°CI-2018-007/DCC/06-07/CC/SG du 06 juillet 2018 relative à la requête du Président du Sénat

⁸⁶⁸ <https://www.jeuneafrique.com/635932/politique/cote-divoire-les-trois-points-qui-paralysent-le-senat/>

fondement de cette décision présidentielle demeure une énigme et qu'elle viola manifestement la séparation des pouvoirs, il ne fait aucun doute qu'il y avait là une crise, dont le juge constitutionnel s'est purement et simplement lavé les mains alors que toutes les conditions d'une régulation étaient réunies. Le Sénat n'intéressa pas le Conseil, et cela n'est pas sans marginaliser la première institution citée.

2. Les moments de la crise

a. *L'actualité de la crise institutionnelle*

433. La paralysie des institutions doit être actuelle. C'est un truisme que de le rappeler et d'y accorder d'interminables développements.

434. Il revient au juge d'apprécier la réalité de la paralysie. Le rang, de l'autorité qui saisit la Cour ou celui de l'institution sur laquelle la juridiction est appelée à se pencher, ne préjuge pas de la réalité d'une crise. La juridiction constitutionnelle procèdera à un examen des faits et surtout de leurs effets sur les institutions concernées. Ces faits interruptifs doivent effectivement avoir des effets néfastes sur lesdits organes pour caractériser une crise. Au moment où le juge nigérien délivrait une interprétation de l'article 67 relatif aux pleins pouvoirs du président de la République, la Cour évoqua le caractère « objectif » du recours auxdits pouvoirs.

« La seconde condition revêt un caractère objectif, dès lors que la menace dont il s'agit doit aboutir à l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnels »⁸⁶⁹,

435. énonça la Cour. À partir de cette jurisprudence, il est possible de se faire une idée de l'évaluation d'une situation par le juge africain. Une crise doit être une réalité extérieure, constatable par tous. C'est notamment le cas de l'indisponibilité d'un chef de l'État que traduit aisément son incapacité à réunir et présider un conseil des ministres ou à assurer ses autres missions. Elle ne doit pas exister que dans les seuls esprits des juges. Pour l'objectiver un peu plus, la juridiction ne manquera pas, le cas échéant, de rappeler sa jurisprudence antérieure sur la même affaire, sinon sur une situation analogue. C'est l'une des méthodes

⁸⁶⁹ Avis n°012/CC/MC du 23 mai 2014.

employées par les juges béninois, gabonais et nigérien comme pour insister sur la persistance d'une difficulté malgré leurs interventions antérieures.

436. La régulation et la paralysie sont en principe concomitantes et la jurisprudence constitutionnelle ne renferme pas de précédents au cours desquels le juge aurait réglé *a posteriori*, c'est-à-dire après la résolution d'une crise. Cela serait anachronique, à moins de vouloir sciemment élaborer une règle pour l'avenir dans l'hypothèse où une situation aurait échappé au juge mais qu'elle pourrait se présenter à nouveau tant la solution non juridictionnelle apportée jusqu'ici relève du dilatoire. En l'absence d'une juridiction constitutionnelle, la problématique de la répartition des postes au bureau de l'Assemblée nationale (au Bénin puis au Niger) aurait certainement pu trouver une issue politique mais cela n'aurait jamais mieux garanti un fonctionnement pérenne des institutions qu'une décision juridictionnelle. Au gré des alternances, et donc à chaque renouvellement de l'assemblée, se reposerait sans cesse la même question si le régulateur n'était pas intervenu. Plus dramatique serait encore l'hypothèse dans laquelle la solution non juridictionnelle à la crise violerait la constitution. Au Niger, les formations politiques hégémoniques auraient légitimement pu accaparer l'ensemble des postes à pourvoir au détriment de partis ou groupes plus modestes. Ce qui, par exemple, aurait conduit à la violation du principe de la configuration politique⁸⁷⁰, si la Haute cour n'avait pas introduit la notion de proportionnalité⁸⁷¹. En effet, n'eut été l'arrêt du 2 mai, une autre interprétation de l'article 89 aurait pu conduire à entendre par « configuration politique » une simple répartition des postes entre la majorité et l'opposition⁸⁷². Or, des formations dites d'opposition, certaines ne le sont souvent que de nom puisqu'étant en intelligence avec la majorité ou collaborant⁸⁷³

⁸⁷⁰ Le premier alinéa de l'article 89 dispose : « L'Assemblée nationale est dirigée par un président assisté d'un Bureau. La composition du Bureau doit refléter la configuration politique de l'Assemblée nationale. » nous soulignons).

⁸⁷¹ « [...] Que cette configuration politique s'entend de l'ensemble des forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et organisées en groupes parlementaires et les non inscrits [sic] ; qu'elle est déterminée proportionnellement au nombre des élus de chaque groupe parlementaire et est fonction de la taille des groupes parlementaire », arrêt n°004/CC/ MC.

⁸⁷² Le texte nigérien reconnaît l'opposition politique et confère un statut à son chef de file.

⁸⁷³ La participation à un « gouvernement d'union nationale » illustre parfaitement la situation de ces formations politiques qui tout en détenant des portefeuilles ministériels ou la direction d'organes étatiques se réclament de l'opposition.

avec celle-ci. Dans un tout autre registre, l'histoire politique ivoirienne⁸⁷⁴ nous donne d'ailleurs une illustration de ces solutions politiques attentatoires à la Constitution.

b. *L'imminence de la paralysie institutionnelle*

437. Des décisions constitutionnelles régulatrices mettent également l'accent sur l'évitement d'une paralysie des institutions. C'est dire que l'imminence d'une crise peut être convaincante et tout aussi déterminante que son actualité.

438. Dans de nombreuses décisions, des crises institutionnelles majeures ont effectivement été anticipées. Une fois de plus, la juridiction béninoise a été la pionnière en la matière grâce à trois jurisprudences⁸⁷⁵ relatives à l'organisation de l'élection présidentielle dans les délais constitutionnels. En l'espèce, la commission électorale béninoise saisit à trois reprises le juge au motif qu'il lui était impossible d'organiser le premier puis le second tour de la présidentielle. Alors que la situation dans laquelle se retrouvait l'autorité administrative était due à différents évènements (le désistement d'un candidat au second tour en 2006 et des difficultés matérielles d'organisation du scrutin en 2001 et 2011), ceux-ci avaient tous pour conséquence prévisible de provoquer la vacance de la fonction présidentielle. Le non-respect des délais conduisait certes à un « vide institutionnel »⁸⁷⁶, mais celui-ci n'existerait réellement qu'au terme du mandat du président en exercice sans que son successeur ne soit élu. Au jour de la saisine du juge, il n'y avait pas de crise à proprement parler au niveau de l'institution présidentielle, mais celle-ci devenait moins hypothétique, d'où la régulation anticipatrice opérée par la Cour. La jurisprudence ivoirienne de 2006 sur la résolution onusienne participe également de cet évitement de crise institutionnelle : « [...] ladite Résolution est de nature à porter atteinte au fonctionnement régulier des pouvoirs publics », une autre manière de dire que son application (dont il n'était pas encore question) était redoutée, tant elle ne pouvait se faire qu'au détriment des dispositions constitutionnelles. C'est donc en tant que régulateur conscient des incidents à venir que le Conseil agit en

⁸⁷⁴ v. Résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations.

⁸⁷⁵ Décisions ELP 01-051 du 16 mars 2001, ELP 06-019 du 16 mars 2006 et EL 11-024 du 4 mars 2011.

⁸⁷⁶ G. BADET, *Les attributions originales...*, op. cit., pp. 263-271.

amont en censurant partiellement la résolution du Conseil de sécurité. Les cours gabonaise et nigérienne agissent, elles aussi, de manière préventive. Dans sa décision de 2013 relative au renouvellement des assemblées locales, la juridiction constitutionnelle gabonaise insista sur une « vacance à venir » et sur le « souci d'éviter l'interruption du fonctionnement des collectivités locales » alors même que le terme⁸⁷⁷ du mandat des élus locaux en fonction n'interviendra que postérieurement à la décision de la Cour. Il s'agissait une fois encore d'un retard accusé dans l'organisation des opérations préélectorales. Le ministre de l'Intérieur n'ayant pu établir une liste électorale biométrique sur la base d'une nouvelle législation, le premier ministre demanda à la Cour de bien vouloir reporter les scrutins en raison d'un cas de force majeure ; un argument qui ne convainquit pas la Cour. Le non-renouvellement des assemblées étant devenu inévitable à moins d'une semaine de l'expiration des mandats, le juge privilégia la solution que l'on sait⁸⁷⁸. Inévitable était aussi le blocage de l'Assemblée nationale nigérienne alors que le processus d'élection des membres du bureau se prolongeait anormalement. En l'absence de la décision de la Cour de Niamey, par laquelle elle ordonna que la prochaine séance suivant la notification de son arrêt dût obligatoirement aboutir à l'élection du reste des membres du bureau, l'assemblée n'aurait jamais pu légiférer sur une session, et ce d'autant plus qu'un mois sur trois venait d'être consommé. La crise anticipée ici était l'inactivité du pouvoir législatif sur une session entière.

439. Les crises que préviennent les cours ne sont pas des éventualités ou des hypothèses. Elles sont inéluctables parce que leurs signes annonciateurs ne laissent guère de place au doute. Il n'est pas inintéressant de remarquer que ces présages sont d'autant plus convaincants lorsqu'ils s'inscrivent dans un intervalle de temps fixé par les textes. En effet, des délais sont presque toujours en cause et leur inobservation invite le juge à prendre une décision dont l'utilité ne se révélera qu'au jour de la crise. Il ressort ainsi de la jurisprudence ci-dessus qu'entre la décision juridictionnelle et la paralysie à venir il est très souvent question d'une affaire de quelques jours. L'urgence est au cœur des préoccupations de la régulation anticipatrice. Face à des situations inconstitutionnelles à venir comme le maintien en fonction d'un élu au-delà du terme de son mandat faute d'élection, les cours se saisissent moins de l'affaire portée devant elles que de ses conséquences qui, elles, seront plus

⁸⁷⁷ Le mandat des élus locaux expirait le 5 mai 2013.

⁸⁷⁸ V. §420.

problématiques. Sans l'aval des juges dans les cas où il a été donné, la constitution aurait été mise en sommeil par la prolifération de situations inconstitutionnelles. Cela explique la recevabilité de requêtes qui préfigurent une crise institutionnelle. À défaut d'avoir une prise sur le temps, les juridictions constitutionnelles organisent prématurément une solution provisoire afin qu'à aucun moment, fût-il bref, des fonctions ne soient usurpées ou des pouvoirs empêchés. Les juges en font-ils trop en anticipant de la sorte ? D'aucuns répondront par l'affirmative et invoqueront le fait que là où le constituant ou le législateur n'ont pas entendu attribuer un tel pouvoir au juge, il ne lui appartient pas de se projeter de la sorte dans le futur. Mais son rôle n'est-il pas de permettre à la constitution de déployer son effet ? Autrement dit, le juge n'est-il pas en quelque sorte contraint, par les circonstances, d'agir de la sorte ? Il n'en demeure pas moins que le bilan de cette régulation, au regard de l'objectif, est des plus positifs.

B. LES FORMES DE RÉGULATION

440. Dire des juridictions constitutionnelles africaines qu'elles régulent ne renseigne pas suffisamment sur les formes que cette régulation peut revêtir. La régulation est un terme assez générique qui ne dit pas comment s'opère *in concreto* le retour à la régularité constitutionnelle. Pour revenir à une situation conforme à la constitution, sinon compatible, les conseils emploient plusieurs procédés régulateurs.

441. La première forme de régulation, et certainement la plus connue, est la prescription. En effet, la *régulation-prescription* consiste en l'élaboration d'une solution jurisprudentielle que devront mettre en œuvre les pouvoirs publics ou les institutions impliquées dans la crise. Les juges se limitent ici à indiquer une marche à suivre qu'ils auront au préalable élaborée⁸⁷⁹. Mis à part la création de nouvelles règles, la posture du juge constitutionnel régulateur ici n'est pas si éloignée de celle qu'il adopte quand il délivre des directives d'interprétation. Mais il faut dire que la liberté des destinataires d'une prescription régulatrice est inexistante. En appelant à son rôle de régulateur, une juridiction constitutionnelle dénie la compétence de tout autre organe dans la résolution de la crise

⁸⁷⁹ V. § 666 et s.

dont elle a été saisie et interdit implicitement la recherche d'un procédé alternatif de règlement de crise. D'une part, les institutions en cause se doivent d'exécuter scrupuleusement la décision de la cour et, d'autre part, elles ne peuvent rechercher d'autres solutions de sortie de crise. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité de la chose jugée et la constitution ne peuvent être violées. En effet, l'inexécution de la décision régulatrice violerait non seulement l'autorité dont sont revêtues les décisions constitutionnelles en Afrique, mais également la prescription du juge en tant qu'elle se confond dorénavant avec la Constitution elle-même. Cette prescription a une valeur constitutionnelle, car les autorités qui l'appliquent agissent conformément à la constitution et celles qui s'y refusent peuvent se voir sanctionnées par certaines cours.

442. En outre, il existe une *régulation-sanction* en Afrique noire francophone. Apparue au Bénin puis au Niger, cette seconde forme peut être perçue comme une sous-catégorie de la régulation-prescription car elle n'est intervenue que pour renforcer les prescriptions et/ou injonctions que les cours ont pris l'habitude d'adresser à des personnalités comme à des institutions. Toutefois, il n'est pas exclu que cette régulation-sanction puisse découler de l'inexécution d'une jurisprudence constitutionnelle non régulatrice, et apparaître ainsi comme une véritable forme de régulation.

443. Confrontés à de potentielles inexécutions de leurs décisions régulatrices, les juges ont organisé un mécanisme de sanction à l'endroit des autorités d'application de leurs jurisprudences. Toutefois, cette sanction a été moins créée par les juges que reprise par ceux-ci. Il s'agit en effet d'une instrumentalisation du mécanisme de la vacance. Tandis que la vacance d'une fonction découle principalement d'une cause d'empêchement définitif ou d'une démission, les cours s'en servent dorénavant pour exercer une contrainte. Sous peine de déchéance, l'exécution d'une décision constitutionnelle est une obligation. C'est de la sorte que les juges ont repris à leur compte un mécanisme institué par les textes et en ont fait un moyen d'intimidation. Toutefois, il convient de remarquer que la *régulation-sanction* a été particulièrement utile dans des crises institutionnelles exacerbées par des comportements individuels. À chaque fois, il a été question d'autorités publiques qui s'étaient abstenues d'appliquer des décisions antérieures, portant ainsi autant atteinte à l'autorité de la chose jugée qu'à la crédibilité de la haute juridiction en tant que régulatrice. Cela ne laissait guère de choix aux juges qui se devaient de trouver une sanction suffisamment convaincante. Quoi

de mieux, dans ce cas précis, que la perte de la fonction grâce à laquelle une personne entrave le fonctionnement des pouvoirs publics ? Et il faut dire que l'efficacité de cette menace n'est plus à démontrer car les autorités concernées finissent par s'exécuter. Avec la régulation-sanction, les juges ont certainement passé une étape supplémentaire dans leur recherche du rétablissement de la légalité constitutionnelle. Il n'est plus simplement question de prescrire une solution de crise, mais de s'assurer de son application par la contrainte. Il est aisé de constater l'accroissement des pouvoirs du juge régulateur d'une forme de régulation à l'autre, mais ses pouvoirs n'ont atteint leur paroxysme qu'à partir du moment où s'y est inscrit un pouvoir de substitution.

444. La substitution est la troisième forme de régulation, et sans aucun doute la plus brutale, en ce qu'elle conduit au dessaisissement d'une autorité au profit du juge constitutionnel. En effet, ce dernier se substitue purement et simplement à un organe considéré comme défaillant. Constatant une situation de blocage ou de paralysie d'une institution, les juges vont considérer qu'elle n'est plus en mesure d'assurer ses missions et qu'elle doit être suppléée. Bien évidemment, la *régulation-substitution* a pour unique fondement la compétence régulatrice de la juridiction constitutionnelle, concernée comme a pu le montrer le juge ivoirien⁸⁸⁰. Aucune disposition constitutionnelle, législative et réglementaire ne prévoit cette substitution dans les différents ordres juridiques examinés.

445. Cette forme de régulation a été expérimentée pour la première et unique fois en Côte d'Ivoire. C'est dans sa décision du 02 décembre 2010 que le Conseil ivoirien décida de proclamer les résultats de l'élection présidentielle en lieu et place de la commission électorale. En l'espèce, le Conseil avait été saisi par le président de la République sortant au motif que la commission n'avait pas proclamé les résultats de l'élection dans les délais. La législation électorale prévoyait une annonce des résultats provisoires dans les trois jours suivant le scrutin, après quoi, s'ouvrait une période de sept jours au cours de laquelle le juge constitutionnel devait statuer sur les recours des candidats et proclamer les résultats définitifs. Le scrutin ayant eu lieu le 28 novembre 2010, la proclamation provisoire

⁸⁸⁰ « Considérant qu'en cette qualité d'organe régulateur, il pourvoit aux défaillances de la Commission électorale indépendante et assure ainsi la continuité du fonctionnement des pouvoirs publics », Décision n°CL-2010-EP-033BIS/02-12/CC/SG du 02 décembre 2010 portant dessaisissement de la Commission électorale indépendante.

n'intervint pas le 1^{er} novembre. Constatant la forclusion de la commission et le fait que le délai des recours contentieux avait été entamé, le Conseil dessaisit la commission de la proclamation des résultats provisoires. D'autres juges africains ont aussi eu maille à partir avec l'organe en charge des élections, et en particulier le juge sénégalais qui a, lui aussi, été confronté à la problématique de la proclamation provisoire. Alors qu'il avait été saisi par l'organe électoral lui-même et que le juge était également en possession des procès-verbaux utiles au dépouillement, le Conseil sénégalais refusa de faire fi des différentes étapes de la proclamation. Contrairement à son homologue ivoirien, il accorda un délai supplémentaire pour qu'intervienne la proclamation provisoire. Le blocage persistant, le juge sénégalais décida de sauter le pas en considérant « qu'en cas de carence de la Commission nationale [...], le Conseil est en droit de se substituer à elle »⁸⁸¹. Pour l'heure, seule la Cour béninoise mise sur l'allongement des délais, mais jamais sur la substitution. La *régulation-substitution* est propre aux conseils ivoirien et sénégalais, une forme originale de régulation qui n'a pas encore livré son plus grand secret, celui de son domaine d'application. Autrement dit, le juge peut-il se substituer à n'importe quel organe ? En prenant appui sur la jurisprudence de 2010, il apparaît que la législation électorale y a grandement contribué en prévoyant des proclamations successives enfermées dans des délais. La forclusion a ainsi permis au juge ivoirien de remplacer plus ou moins régulièrement l'organe paralysé. Or, il n'existait pas de délais au Sénégal⁸⁸². C'est dire que la *régulation-substitution*⁸⁸² est possible en dehors du cas où des institutions seraient inscrites dans une procédure à l'issue de laquelle la juridiction constitutionnelle est appelée à statuer définitivement et dans des délais déterminés.

⁸⁸¹ Décision n°6/93 affaire n°7 à 12/E/93 du 13 mars 1993.

⁸⁸² La proclamation provisoire devait intervenir dans un délai raisonnable.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

447. La constitution et la jurisprudence constitutionnelle sont aujourd'hui les premiers fondements du pouvoir créateur du juge africain. Parmi les attributions que les textes fondamentaux ont confiées aux cours, l'interprétation et la régulation font figure d'exceptions en ce qu'elles autorisent le juge à « toucher » à la norme de référence. À défaut de briller par leur univocité, « interpréter » et « réguler » ont au moins en commun d'organiser, conformément au droit, cette métamorphose des juridictions *constituées* en cours *constituantes*⁸⁸³.

448. Attributions constitutionnelles ou basées sur la jurisprudence, elles sont effectivement mobilisées. Chacune des juridictions africaines y a recours sur demande ou de sa propre initiative et il faut se féliciter que ces compétences ne soient pas en sommeil. Si tel était le cas, d'autres organes interpréteraient la constitution et réguleraient en lieu et place des cours ; il est inutile de rappeler que la nature a horreur du vide. À ce propos, les Cours ont effectivement gagné en crédibilité, non seulement par rapport aux anciennes chambres constitutionnelles, mais aussi parmi les institutions constitutionnelles actuelles. Qu'il s'agisse d'une habilitation ou d'une « prise de pouvoirs »⁸⁸⁴ (auto-habilitation) que l'on retrouve également en droit international, la fonction constituante des juges séduit et convainc. Toutefois, il n'est pas rare que l'on se réjouisse moins de la manière dont ces attributions sont utilisées. Des auteurs sont allés jusqu'à parler d'un « excès de pouvoir juridictionnel »⁸⁸⁵. En effet, la pratique des attributions constituantes révèle un juge au pouvoir illimité, oracle de la constitution et réorganisateur de la régularité constitutionnelle en temps de crise. Cela

⁸⁸³ v. S. BOLLE, *Mélanges Dossou*, *op. cit.*

⁸⁸⁴ H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question » in *SFDI, La juridictionnalisation du droit international*, A. Pedone, 2003, p. 193.

⁸⁸⁵ C. MONEMBOU, « “De l'excès de pouvoir juridictionnel” en Afrique noire francophone. Réflexions à partir des décisions récentes des juridictions constitutionnelles du Gabon et de Madagascar » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 787-810.

n'est pas sans créer une certaine méfiance qui est, à vrai dire, infondée puisque le juge-constituant agit toujours dans le cadre de ses attributions. En adoptant une analyse fonctionnelle de l'habilitation qui met l'accent sur la perception qu'a l'acteur habilité (le juge) de ses pouvoirs, il ne peut exister d'interprétation erronée ou de régulation irrégulière. Les questions de justesse ou de régularité ne se posent pas, et ce, d'autant plus que le constituant et le législateur n'organisent pas de sanction à l'égard des juges, ni ne posent des critères de validité d'une interprétation conforme au droit ou d'une régulation satisfaisante. Bien évidemment, il n'est pas exclu que les juges mobilisent leurs compétences selon leurs propres préférences⁸⁸⁶ ou selon des motifs personnels, mais cela ne constitue pas « une raison pour ou contre la réalisation de [leur] acte »⁸⁸⁷. Autrement dit, les attributions sont ces « modèles hypothétiques de conduite »⁸⁸⁸ que Hart distingue soigneusement des prescriptions. Les dispositions habilitantes ne sont pas des prescriptions mais plutôt des énoncés « [conférant] des pouvoirs [qui] favorisent la poursuite de leurs objectifs par les individus »⁸⁸⁹.

449. Pour finir, il nous faut dire quelques mots quant aux choix des termes des constituants africains. Une mise à jour – et peut-être une harmonisation au niveau de l'Afrique noire francophone – des dispositions constitutionnelles relatives aux Cours devient indispensable. Elle serait la bienvenue, tout comme le serait l'adoption d'une formule moins sujette à interprétation pour ce qui est de la régulation. De plus, il nous a été donné de voir que les énoncés habilitants ne donnent que très rarement lieu à des pratiques différentes. D'une juridiction à l'autre et à quelques exceptions près, l'interprétation et la régulation sont, toutes les deux, exercées selon les mêmes modalités.

⁸⁸⁶ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* p. 509.

⁸⁸⁷ *Ibid.* p. 237

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ H.L.A HART cité par G. TUSSEAU, *Ibid.*

CHAPITRE II. LES FONDEMENTS IMPLICITES DU POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN : ENTRE PARTICULARITÉS ET UNIVERSALITÉ

« La jurisprudence, source de droit ? Pendant de longues décennies, le positivisme s'est insurgé contre cette affirmation. [...] Or, après [le] juge administratif, le juge constitutionnel démontre le mouvement en marchant. »⁸⁹⁰.

450. Dans leurs dispositions relatives aux juridictions constitutionnelles, les constitutions africaines et les textes organiques n'épuisent pas les objets que sont les compétences desdites cours. Les textes prévoient en effet un grand nombre d'attributions qui feraient pâlir de jalousie le juge français. Cependant, cet éventail d'attributions du juge constitutionnel africain ne peut expliquer, à lui seul, l'activité constituante de ces cours et conseils. À l'instar de la régulation ou de l'interprétation qui sont effectivement pratiquées sans bases textuelles dans certains ordres juridiques, il existe des attributions et des missions implicites ; et il faut ici distinguer les premières des secondes. Quand l'attribution renvoie « au contenu d'une fonction conféré par la loi » ou encore « à une catégorie d'actes ou de matières qui entre dans la compétence [d'un] organe »⁸⁹¹, la mission se présente comme « ce qui appartient de droit à une autorité et dont l'accomplissement correspond pour celle-ci à

⁸⁹⁰ J. RIVERO, « Rapport de synthèse » in L. Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 520.

⁸⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 101.

un pouvoir et à un devoir »⁸⁹². À l'aide des énoncés constitutionnels habilitants en Afrique, il est possible d'approfondir ce premier effort de distinction.

451. Ils se distinguent au fond sur deux points, le premier étant le degré de généralité. La mission, contrairement à l'attribution, a un degré de généralité plus élevé. Autrement dit, elle ne va pas jusqu'à préciser les modalités ou les mécanismes conduisant à son accomplissement. Dans certains cas, une mission est plus près du symbole que d'une véritable compétence, et il peut même arriver qu'elle ne soit pas évoquée dans les textes. Par exemple, le chef de l'État africain est très souvent investi de ce type de charge. « Le président de la République est garant de l'indépendance de la justice [...] »⁸⁹³, « [Le Président de la République] veille au respect de la Constitution. Il assure la continuité de l'État. [...] »⁸⁹⁴, sont autant de dispositions qui investissent de missions un organe sans aborder la question des voies et moyens. La régulation peut également être perçue comme une mission, étant donné qu'aucun texte africain n'en précise les modalités (saisine, procédure...), si ce n'est son objet. En droit gabonais, la loi organique organise uniquement une procédure relative aux demandes d'interprétation, laissant ainsi de côté la régulation. Au Niger, la régulation est encore la grande oubliée de la loi organique comme de la constitution. Cette omission est d'autant plus remarquable lorsqu'il est considéré le plus grand soin avec lequel a été institué et organisé un « Conseil de la République »⁸⁹⁵, un organe politique délibérant, lui aussi, sur des questions institutionnelles. Pour ce qui est des attributions, il en va autrement. Elles sont

⁸⁹² *Ibid.* p. 659 (nous soulignons). Cette définition n'est pas exclusive d'une autre selon laquelle la mission serait une modalité pratique dont l'exécution est confiée à un sujet, et servant à atteindre des finalités définies au préalable.

⁸⁹³ Article 127 de la Constitution béninoise.

⁸⁹⁴ Article 54 de la Constitution ivoirienne.

⁸⁹⁵ Article 69 de la Constitution : « Il est institué un Conseil de la République en vue de prévenir et de résoudre les crises institutionnelles et politiques, de manière consensuelle, dans le respect de la présente Constitution. Le Conseil de la République émet des avis sur les questions dont il est saisi. Ces avis sont portés à la connaissance de la Nation, sous réserve du secret défense. Il se réunit sous la présidence du Président de la République.

Le Conseil de la République est constitué :

- du Président de la République ;
- du président de l'Assemblée nationale ;
- du Premier ministre ;
- des anciens Présidents de la République et des anciens Chefs d'État ;
- et du Chef de file de l'Opposition.

La loi détermine les attributions et le fonctionnement du Conseil de la République. »

suivies de mécanismes dédiés. S'agissant des juridictions constitutionnelles, les attributions délimitent les domaines d'intervention des juges, les conditions de cette intervention et leurs pouvoirs. Par exemple, en tant que « [garant des] droits fondamentaux de la personne humaine et [des] libertés publiques »⁸⁹⁶, le juge gabonais opère un contrôle de constitutionnalité *a priori*⁸⁹⁷ et *a posteriori*⁸⁹⁸ sur saisine d'une personne privée.

452. Comme second trait distinctif, les attributions sont presque toujours mises au service d'une ou plusieurs missions. S'il est vrai que les missions et les attributions peuvent être alternativement expresses et implicites – ce que nous verrons – une compétence sert toujours à l'accomplissement d'une mission. À partir de l'exercice de la fonction constituante en Afrique, il est possible de découvrir par induction les objectifs poursuivis par les juges ou les missions dont ils se sentent investis. D'autres impératifs président effectivement à la fonction constituante en Afrique noire francophone. Les énoncés habilitants ne sont que la partie émergée des attributions des cours africaines et ne sont pas des obstacles à l'accomplissement d'autres missions qui, elles, sont autant liées au contexte dans lequel s'inscrit une juridiction constitutionnelle africaine (Section 1) qu'à la fonction de juger (Section 2).

⁸⁹⁶ v. article 83.

⁸⁹⁷ Article 85 al. 2 : « Les autres catégories de loi ainsi que les ordonnances peuvent être déférées à la Cour Constitutionnelle, soit par le Président de la République, soit par le Premier Ministre, soit par les Présidents des Chambres du Parlement ou un dixième (1/10e) des membres de chaque Chambre, soit par les Présidents de la Cour de Cassation, du Conseil d'État et de la Cour des Comptes, soit par tout citoyen ou toute personne morale lésée par la loi ou l'ordonnance querellée. » (Nous soulignons).

⁸⁹⁸ Article 86, alinéa 1^{er} : « Tout justiciable peut, à l'occasion d'un procès devant un tribunal ordinaire, soulever une exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi ou d'une ordonnance qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux. ».

SECTION 1. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AFRICAINNE ENTRE PRÉCEPTORAT ET PATERNALISME⁸⁹⁹

« [...] Le pouvoir que les parents possèdent sur leurs enfants découle du devoir qui leur incombe de prendre soin de leur progéniture tant que dure l'état imparfait de l'enfance. Former leur esprit et gouverner leurs actions tant qu'ils sont dans cet âge d'ignorance, jusqu'à ce que la raison prenne sa place et les délivre de ce soin, voilà ce dont les enfants ont besoin, et à quoi les parents sont obligés. [...] Quelqu'un est-il soumis à la loi de nature ? D'où tient-il la liberté que cette loi lui confère ? Qu'est-ce qui lui a donné la liberté de disposer de sa propriété comme il le veut, à l'intérieur des limites de cette loi ? je réponds : l'état de maturité grâce auquel il peut être supposé capable de connaître cette loi, en sorte qu'il puisse maintenir ses actions dans les limites qu'elle a fixées. Lorsqu'il est parvenu à cet état, il est censé savoir dans quelle mesure cette loi doit être son guide, et dans quelle mesure il peut faire usage de sa liberté, et c'est ainsi qu'il l'acquiert ; jusqu'à ce temps donc, quelqu'un d'autre doit le guider, quelqu'un qu'on suppose savoir jusqu'où la loi permet à la liberté d'aller. »⁹⁰⁰.

453. Des mots des juges constitutionnels africains comme de la jurisprudence, il semble exister une relation entre ces premiers et les pouvoirs publics qui rappelle ce que Locke appela le « pouvoir parental ». L'attitude des juges à l'égard des autres institutions de l'État et des citoyens n'est pas très éloignée de celle des parents à l'égard de leurs enfants. L'analogie entre ces deux comportements est suffisamment inédite pour paraître infantilissante, voire irrévérencieuse à l'endroit des dépositaires des pouvoirs publics en Afrique, mais elle n'est

⁸⁹⁹ Dans le cadre de cette étude, on désignera par ce terme l'attitude infantilissante des juridictions constitutionnelles africaines à l'égard des institutions-organes et des personnes. Le choix de ce terme pour qualifier la relation juridictions-institutions nous a été inspiré par la définition donnée par J. Giry. Selon ce dernier, « [...] il y a paternalisme chaque fois qu'un homme réussit à créer et à imposer dans une société donnée un système de relations, tel qu'il tende à reproduire entre lui et un autre homme les rapports du père et de son enfant tels qu'ils existent au sein d'une famille. Le paternalisme naît donc de deux processus distincts : une PATERNALISATION [et] une INFANTILISATION (un autre homme devient enfant et se fait OBEISSANCE ». v. J. GIRY, *L'âme noire et le paternalisme*, ENFOM, 1950-1951, pp. 45-46 cité par M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, op. cit. p. 258. Dans le cas des juridictions africaines, les juges, à l'image du père de famille, estiment agir dans le seul intérêt des autres organes et, in fine, dans celui de la constitution. Il découle de cette relation entre la juridiction et les pouvoirs une multiplication des pouvoirs de la première à l'égard des seconds.

⁹⁰⁰ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'entendue et la fin du gouvernement civil*, J.-F. Spitz (trad.), PUF, 1994, pp. 42-43.

pas pour autant erronée. D'aucuns préféreraient certainement verser dans la mantique et assimiler plutôt la juridiction constitutionnelle à une Pythie rendant des oracles. Mais une pareille analogie n'aurait pour seul mérite que celui de *desinfantiliser* les pouvoirs publics sans pour autant faire oublier le fait que « la Cour constituante [africaine] donne [effectivement] des leçons aux gouvernants comme aux opposants, à la classe politique comme à la société civile »⁹⁰¹. « [Elle occupe une place] si originale qu'elle est appelée à modifier celle des autres pouvoirs »⁹⁰² en substituant à l'égalité qui devrait prévaloir une relation de subordination entre elle et le reste des institutions et acteurs. Plus précisément, les juges se font un devoir de participer activement à l'éducation constitutionnelle des institutions, une mission qui revêt les traits d'un préceptorat (§1) pleinement assumé par les juges (§2).

§1. LES ORIGINES DU PATERNALISME DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES

454. Le paternalisme des cours et conseils découle du profil de leurs membres qui, lui, est intimement lié aux dispositions relatives à la désignation des juges. En effet, les textes (A) et le portrait type du juge constitutionnel africain (B) font la part belle à des personnalités avancées en âge et jouissant d'une certaine notoriété.

⁹⁰¹ S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 250.

⁹⁰² R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Publications de la Sorbonne, Fayard, 2003, p. 20.

A. UNE LÉGISLATION ET DES NOMINATIONS FAVORISANT LA NAISSANCE ET LA PÉRENNITÉ D'UNE GÉRONTOCRATIE

« Il est difficilement concevable que les autorités en charge de la désignation choisissent des [juges] d'une extrême jeunesse. L'expérience que requiert cette charge s'affirme comme un obstacle à ce type de choix. »⁹⁰³.

455. Cet extrait de la thèse de M.-M. Mborantsuo, dont elle est visiblement – toute révérence exprimée – l'exception, puisque nommée juge constitutionnel au cours de sa trente-sixième année, explique le fait qu'il se soit constitué une véritable gérontocratie au sein des juridictions constitutionnelles africaines. En général, la composition des cours fait en effet émerger une proportion assez importante de personnes âgées, si l'on tient compte des indicateurs de développement de la Banque mondiale en Afrique noire. En effet, l'âge des juges est très souvent supérieur à l'espérance moyenne de vie dans ces cinq États situés au sud du Sahara. Il semblerait que le juge constitutionnel africain doive nécessairement être avancé en âge et que cette condition soit un gage de « sagesse, tranquillité et [de] maturité »⁹⁰⁴ comme le pense le juge Stephen Breyer, ce qui n'est pas sans faire écho au rapport de J. Rivero⁹⁰⁵ lors d'un colloque en 1981. En se basant sur les données publiques de la Banque mondiale, l'espérance de vie est passée de près de cinquante-quatre ans en 1990⁹⁰⁶ à soixante-

⁹⁰³ M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Economica, 2007, p. 52.

⁹⁰⁴ *Ibid.* p. 378. Le juge américain y condamne la vedettisation des magistrats et propose « l'âge » comme étant l'un des remèdes.

⁹⁰⁵ « Il faut, étant donné l'élément politique qui intervient nécessairement dans la décision que prend toute cour constitutionnelle, aux cours constitutionnelles des hommes ayant le sens de la vie politique, ayant derrière eux un certain vécu politique et c'est pour cela qu'on peut se poser la question, qui a été soulevée ici même, de savoir s'il est très souhaitable d'introduire dans les cours de trop jeunes gens qui y apporteraient peut-être des idées neuves, mais qui n'auraient pas derrière eux cette expérience et ce vécu qui confèrent, selon une opinion qui, pour être généralement admise n'est pas nécessairement absurde, une certaine forme de sagesse. », J. RIVERO, « Rapport de synthèse » in L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, pp. 520-521.

⁹⁰⁶ v. les données fournies et mises à jour par la Banque mondiale pour l'année 1990 à l'adresse suivante :

https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&met_y=sp_dyn_le00_in&idim=country:SEN:MLI:GMB&hl=fr&dl=fr#!ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met_y=sp_dyn_le00_in&scale_y=lin&ind_y=false&rdim=region&idim=country:SEN:GAB:BEN:NER:CIV&ifdim=region&tstart=-269658000000&tend=1497564000000&hl=fr&dl=fr&ind=false.

deux ans en 2017⁹⁰⁷. Or, dans la suite de notre propos, nous aurons l'occasion de voir que la proportion des « jeunes juges », c'est-à-dire des personnes ayant un nombre d'années en deçà de l'espérance de vie, décroît. Avec le temps, le vieillissement des juges constitutionnels africains s'accroît, et cela est avant tout une situation à laquelle la législation et les autorités de nomination ne sont pas étrangères. Un bon juge, à l'instar d'un politicien, « est comme le bon vin : il faut qu'il soit vieux. »⁹⁰⁸.

456. Les législations constitutionnelle et organique relatives aux cours renferment souvent des dispositions portant sur l'âge des personnes appelées à siéger. Plus précisément, les textes fixent un âge minimal à l'instar des constitutions gabonaise et nigérienne ; aux âmes bien nées, la valeur attend ici un certain nombre d'années. Au Niger, les trois dernières constitutions ont acté et conservé un âge minimal de 40 ans⁹⁰⁹. Au Gabon, l'âge minimal fut également 40 ans pendant plus d'un quart de siècle avant d'être relevé à 50 ans en 2018, accentuant ainsi le vieillissement des membres. Lorsqu'il n'est pas fixé un nombre d'années en deçà duquel il est impossible d'être juge constitutionnel, le constituant ou le législateur organique mise sur l'expérience des personnes pressenties. À ce propos, la loi organique sur le Conseil sénégalais prévoit vingt années « d'ancienneté dans la fonction publique ou [dans l'exercice d'une] profession »⁹¹⁰, où le constituant béninois retient une quinzaine années pour les magistrats et les juristes de haut niveau mais sans pour autant préciser l'ancienneté des « deux personnalités de grande réputation professionnelle »⁹¹¹. Mais l'âge et l'expérience ne sont pas des critères alternatifs. Il arrive effectivement qu'ils agissent de concert dans la désignation, ce qui, dans la majorité des cas, réduit fortement les chances de voir des jeunes intégrer le cercle des juges constitutionnels. C'est la voie choisie par le

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ CH. DE NANTOIS, *Approche empirique de la science politique*, 2^e éd., Éditions juridiques franco-allemandes, 2019, p. 18.

⁹⁰⁹ Article 121 de la Constitution nigérienne.

⁹¹⁰ Article 4 al. 2 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016.

⁹¹¹ Article 115 de la Constitution béninoise : « [...] La Cour Constitutionnelle comprend :

- trois magistrats ayant une expérience de quinze années au moins, dont deux sont nommés par le bureau de l'Assemblée nationale et un par le président de la République ;

- deux juristes de haut niveau, professeurs ou praticiens du droit, ayant une expérience de quinze années au moins, nommés l'un par le bureau de l'Assemblée nationale et l'autre par le président de la République ;

- deux personnalités de grande réputation professionnelle nommées l'une par le bureau de l'Assemblée Nationale et l'autre par le président de la République. [...] ».

constituant gabonais depuis 1991. Les quarante puis les cinquante années requises ont toujours été accompagnées de quinze années d'expérience professionnelle. Le même procédé est indirectement utilisé en droit sénégalais étant donné que l'accès à certaines fonctions ou activités libérales n'ouvre que très tardivement l'accès au Conseil. Déjà, l'ensemble des magistrats⁹¹² susceptibles d'être nommés est placé hors hiérarchie⁹¹³, et occupe des fonctions de premier plan, ce qui en dit long sur le temps passé au sein de la fonction publique. Parmi ces fonctionnaires, les plus en vue restent bien évidemment le premier Président et le procureur général de la Cour suprême, lesquels avaient respectivement soixante-huit⁹¹⁴ et soixante-six ans⁹¹⁵ en 2020. Un autre exemple est celui des auxiliaires de justice. Un(e) avocat(e) devra au minimum attendre son quarante-quatrième anniversaire pour espérer devenir conseiller(e) constitutionnel(le). En effet, l'inscription⁹¹⁶ au tableau de l'Ordre des avocats sénégalais ne peut avoir lieu si l'avocat a moins de vingt-quatre ans et la date de cette inscription correspond au point de départ de l'exercice de la profession. S'agissant du corps des inspecteurs généraux d'État, le recrutement par voie de concours professionnel ne peut se faire qu'après dix années de « services effectifs »⁹¹⁷ pour les fonctionnaires de catégories supérieures. Du côté ivoirien, le recrutement des juges est plus propice à une diversité générationnelle. En effet, la Constitution ne fait allusion qu'à la « compétence et [l']expertise avérées en matière juridique ou administrative » des conseillers nommés. Pour sa part, la loi organique n'apporte aucune autre condition liée à l'âge ou aux années d'expérience. Malgré cette grande liberté qui caractérise le choix des juges ivoiriens, les autorités de désignation font la part belle aux « anciens ». Pour ce qui est de l'actuelle mandature (2017-2021), il est

⁹¹² L'article 4 de la loi sur le Conseil dispose : « Les membres du Conseil constitutionnel sont choisis parmi :

-Les magistrats ayant exercé les fonctions de Premier président de la Cour suprême, de procureur général près de la Cour suprême, de président de chambre à la Cour suprême, de premier avocat général près la Cour suprême, de président de Cour d'appel et de procureur général près une Cour d'appel ; [...] ».

⁹¹³ v. article 75 de la loi organique n°2017-10 du 17 janvier 2017 portant Statut des magistrats.

⁹¹⁴ Mamadou Badio CAMARA, admis à faire valoir ses droits à la retraite en 2020.

⁹¹⁵ Cheikh Ahmed Tidiane Coulibaly occupait la fonction de procureur générale jusqu'en mai 2020 avant d'être nommé Premier président de la Cour suprême.

⁹¹⁶ Loi n°2009-25 portant modification de la loi n°84-09 du 4 janvier 1984 complétée par la loi n°87-30 du 28 décembre 1987 relative à l'Ordre des Avocats.

⁹¹⁷ v. Loi n°2005-23 du 11 août 2005 portant statut des inspecteurs généraux d'État.

aisé de relever que celle-ci est majoritairement composée de hauts magistrats⁹¹⁸ que côtoient le premier professeur agrégé de droit privé de Côte d'Ivoire⁹¹⁹ et d'Afrique subsaharienne, ainsi qu'un ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

457. Mais la préférence accordée aux aînés en Côte d'Ivoire n'est pas un cas isolé. Au sein des autres juridictions, l'âge pèse également de tout son poids dans le choix des juges. Alors que la Cour gabonaise communique peu sur l'état civil et le parcours professionnel de ses membres en fonction depuis le dernier renouvellement intervenu en septembre 2019, la moyenne d'âge du précédent collège⁹²⁰ était de soixante-trois ans, soit près d'une quinzaine d'années de plus par rapport aux quarante années demandées avant la révision de 2018. Avec le récent relèvement de l'âge et la moyenne du précédent collège, le dernier renouvellement par tiers avait peu de chances d'amorcer un rajeunissement des juges. Quand l'état civil des juges est inaccessible, la situation professionnelle suffit aisément à cerner leur tranche d'âges. Au Bénin, deux membres étaient des magistrats⁹²¹ à la retraite avant leur nomination à la Cour. D'ailleurs, un troisième magistrat en la personne de Razacki Amouda fut nommé à quelques mois de son admission à la retraite. En 2021, l'âge moyen de ces trois juges est compris entre 60 et 65, voire au-delà. En effet, au moment de l'entrée en fonction de la sixième mandature, « la limite d'âge pour le départ à la retraite [était] fixée pour les magistrats à 60 ans »⁹²² avant que n'intervienne la loi n°2019-12 du 25 février 2019 qui la repoussa à 65 ans. Si l'on adjoint à ces trois premiers juges leurs collègues, Cécile de Dravo

⁹¹⁸ Les conseillers Koffi Affoué Geneviève épouse Kouamé, Loma Cissé épouse Matto, Ali Toure, Koua Diehi Vincent et Mamadou Koné (président du Conseil, 62 ans) sont des magistrats hors hiérarchie.

⁹¹⁹ Louhoues Oble jacqueline (70 ans) est membre du Conseil. Juriste de formation, elle a successivement été professeure titulaire à l'université Houphouët-Boigny, doyenne de la faculté de droit, ministre de la justice et député.

⁹²⁰ Les membres de la Cour étaient : Marie Madeleine Mborantsuo (Présidente, docteur en droit et magistrat de l'ordre financier, née le 18 avril 1955), Hervé Moutsinga (Doyen, docteur en médecine, né le 12 décembre 1934), Louise Angue (Vice-doyen, magistrat hors hiérarchie, née le 4 Janvier 1951), Christian Baptiste Quentin (Membre, juriste né le 14 avril 1957), Claudine Menvoula Me Nze (Membre, médecin gynécologue, née le 24 Novembre 1957), François De Paul Adiwa-Antony (Membre, magistrat hors hiérarchie de l'ordre financier, né le 26 Octobre 1958), Christian Bignoumba Fernandes (membre, juriste, né le 7 Février 1959), Jacques Lebama (Membre, magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire, né le 23 Avril 1964) et Afriquita Dolorès Agondjo (Membre, docteur en droit, née le 12 Janvier 1967). v. Site Infos241 à l'adresse suivante : <http://info241.com/gabon-kenya-une-cour-supreme-historique-vs-une-cour,3077>.

⁹²¹ Il s'agit de Sylvain Nouwatin et Moustapha Fassassi.

⁹²² Article 82 de la loi n°2001-35 du 21 février 2003 portant statut de la Magistrature en République du Bénin.

Zinzindohoué (née en 1956) et Joseph Djogbenou (né en 1969), cinq membres de la Cour sur sept ont atteint ou dépassé la cinquantaine. D'ailleurs, le président de l'institution est souvent à l'image de la majorité de ses collègues. Effectivement, ce n'est qu'exceptionnellement que les juridictions constitutionnelles africaines ont fait plus de place aux « jeunes » à leur tête. L'histoire des cours béninoise, gabonaise, ivoirienne et sénégalaise le montre. Au regard des informations disponibles, Marie-Madeleine Mborantsuo et Joseph Djogbenou font figure d'exception puisque nommés respectivement à 38 ans et à 49 ans à la tête d'une juridiction constitutionnelle. Au Bénin, la nomination du dernier contraste avec celles de ses prédécesseurs⁹²³ qui, elles, sont toujours intervenues à partir de leur cinquante-cinquième anniversaire. En Côte d'Ivoire et à l'exception de Noël Némin⁹²⁴ et de Yao Paul N'dré⁹²⁵, tous les présidents⁹²⁶ du Conseil avaient au minimum 60 ans au moment de la prise de fonction ; le record étant détenu par le professeur Francis Wodié du haut de ses soixante-quinze ans. Les présidents sénégalais quant à eux furent⁹²⁷ et sont encore plus âgés avec en moyenne 65 ans⁹²⁸.

B. PORTRAIT TYPE DES JUGES : LE CAS DU PRÉSIDENT D'UNE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE AFRICAINE.

458. À quelques exceptions près, le profil des présidents des cours est représentatif du reste des membres. Pour cette raison, il nous est apparu plus pertinent de focaliser notre examen sur cette haute personnalité. Le portrait type d'un juge

⁹²³ Elizabeth Kayissan Pognon (mandature 1993-1998), Conceptia Liliane Denis Ouinsou (mandatures 1998-2003 et 2003-2008), Robert Dossou (mandature 2008-2013) et Théodore Holo (mandature 2013-2018).

⁹²⁴ Né en 1938, il fut le premier président du Conseil constitutionnel ; une fonction qu'il occupa de 1995 à 1999. Il était âgé de cinquante-sept ans lors de sa prise de fonction.

⁹²⁵ Âgé de 53 ans au moment de sa nomination en tant que président.

⁹²⁶ Germain Yapo Yanon (2003-2009), Francis romain Wodié (2011-2015) et Mamadou Koné (2015 à nos jours).

⁹²⁷ Lors de leur entrée en fonction, les juges Kéba Mbaye, Mireille Ndiaye et Tidiane Diakhaté (biographie introuvable) avaient respectivement soixante-huit et soixante-cinq ans.

⁹²⁸ Nous excluons ici le président Youssoupha Ndiaye (55 ans à l'époque) qui fut un choix par défaut pour remplacer Kéba Mbaye. En effet, ce dernier démissionna moins d'une année après sa nomination.

constitutionnel africain est très souvent celui d'un juriste (1), connu du grand public sinon de l'administration (2), au sommet de sa carrière (3).

1. Des juristes de formation

459. La direction des hautes cours africaines a toujours été confiée à des juristes de formation, et ce, malgré le fait qu'il n'existe pas toujours d'obligation en ce sens. En effet, les textes constitutionnels et organiques n'imposent pas d'autres conditions que celle de choisir le président de la juridiction au sein du collège nommé. Élu par ses pairs au Bénin⁹²⁹ (parmi les juristes) et au Niger⁹³⁰, ce chef de juridiction est simplement désigné par le chef de l'État ailleurs. Au Gabon⁹³¹ et au Sénégal⁹³², le président de la juridiction constitutionnelle est choisi et nommé par le président de la République parmi les membres nommés⁹³³, c'est-à-dire les juristes au sens large (professeurs de droit, magistrats, avocats...), les hauts fonctionnaires⁹³⁴ ou les « personnalités qualifiées ayant honoré le service de l'État »⁹³⁵. En Côte d'Ivoire, la Constitution accorde une plus grande marge de manœuvre à l'autorité de nomination. Le président de la République se doit de choisir le président du Conseil « parmi les personnalités reconnues pour leur compétence et leur expertise avérées en matière juridique ou administrative »⁹³⁶, sachant que la juridiction constitutionnelle peut tout à fait être dirigée par un membre nommé ou un membre de droit, c'est-à-dire un ancien chef de l'État. En Côte d'Ivoire et ailleurs, la présidence d'une juridiction africaine n'est pas réservée à une seule catégorie professionnelle, mais la pratique tend à conforter les juristes dans cette fonction.

⁹²⁹ L'article 116 de la Constitution béninoise dispose : « Le président de la Cour Constitutionnelle est élu par ses pairs pour une durée de cinq ans parmi les magistrats et juristes membres de la Cour. ». Le constituant gabonais expérimenta la désignation du président de la Cour par l'élection entre 1994 et 1997. Son équivalent nigérien supprima temporairement cette modalité sous la Vème République avant de la rétablir.

⁹³⁰ L'article 123 de la Constitution nigérienne dispose : « Le président de la Cour constitutionnelle est élu par ses pairs pour une durée de trois (3) ans renouvelable [sic]. ».

⁹³¹ v. Article 89 de la Constitution gabonaise.

⁹³² v. Article 89 alinéa 4 de la Constitution sénégalaise.

⁹³³ Au Gabon, la Cour est composée de membres nommés et des anciens chefs de l'État.

⁹³⁴ C'est le cas des inspecteurs généraux de l'État sénégalais.

⁹³⁵ v. Article 89 du texte gabonais.

⁹³⁶ Article 129.

460. Au sein de cette catégorie, les détenteurs d'une maîtrise en droit sont majoritaires. Il s'agit essentiellement de magistrats, suivis de près par les titulaires d'un diplôme de troisième cycle⁹³⁷. De l'autonomisation des cours à nos jours, les présidents ont très souvent été des magistrats de carrière et, exceptionnellement, des docteurs ou des avocats⁹³⁸. Elisabeth Kayissan Ekoue, épouse Pognon⁹³⁹ (Bénin), Marie-Madeleine Mborantsuo⁹⁴⁰ (au Gabon), Germain Yayo Yanon et Mamadou Koné (en Côte d'Ivoire), Kéba Mbaye, Youssoupha Ndiaye, Mireille Ndiaye, Cheikh Tidiane Diakhate jusqu'à Papa Oumar Sakho (au Sénégal), Salifou Fatimata Bazèye et Bouba Mahamane (Niger) sont tous issus de la magistrature. Les enseignants-chercheurs sont arrivés plus tardivement à la tête des juridictions constitutionnelles. En 2009, le professeur Yao Paul N'dré fut le premier universitaire nommé à la tête du Conseil ivoirien avant son collègue le professeur Francis Wodié. Au Bénin, la Cour fut dirigée par le professeur Théodore, Holo avant d'être confiée, là encore, à un de ses confrères en la personne du professeur Joseph Djogbenou. Enfin viennent les auxiliaires de justice, avec les maîtres Noël Némin, premier président du Conseil ivoirien, et Robert Dossou.

461. Qu'ils appartiennent à la magistrature, à l'université ou qu'ils soient des auxiliaires de justice, la présidence des cours a toujours été confiée à des mains expertes. Les non-juristes sont ici écartés et l'on ne peut que s'en réjouir car, s'il est une chose aisée à concevoir, c'est bien d'avoir la personne qu'il faut à la place qu'il faut. Autrement dit, un juriste à la tête d'un organe censé rendre la justice, fût-elle extraordinaire. S'agissant de cette justice constitutionnelle, il ne nous aura pas échappé qu'elle est presque systématiquement exercée sous la présidence d'un(e) privatiste en Afrique. Marie-Madeleine Mborantsuo (magistrat de l'ordre financier et docteur en droit public), Abdoulaye Diori Kadidiatou Ly (docteur en droit public), Yao Paul N'dré, Francis Wodié et Théodore Holo font figure d'exceptions. Les conseils constitutionnels sont certes dirigés par des juristes, mais rarement par cette sous-

⁹³⁷ Les présidents des cours béninoise et gabonaise sont respectivement docteurs en droit privé et droit public.

⁹³⁸ Les présidents Noël Némin (Côte d'Ivoire) et Robert Dossou (Bénin).

⁹³⁹ v. C. H. AYÉMONNA (dir.), *Femmes juges du Bénin : visages et contribution à l'évolution du droit* (Association Internationale des Femmes Juges - section béninoise), 2006, p. 59, disponible à l'adresse suivante : <https://docplayer.fr/33530429-Femmes-juges-du-benin-visages-et-contribution-a-l-evolution-du-droit.html>.

⁹⁴⁰ Ce n'est qu'une fois en fonction qu'elle obtiendra le grade de docteur.

catégorie (les publicistes) familière du contrôle de constitutionnalité des lois, des questions institutionnelles ou de l'exercice du pouvoir politique. Si les droits administratif et constitutionnel entretiennent des liens étroits en ce sens que le second repose sur des fondements administratifs⁹⁴¹, il est regrettable de constater que même l'ordre administratif, quand il existe en Afrique, n'est pas un vivier de présidents de juridiction constitutionnelle. Il ressort effectivement de nos investigations qu'un conseiller d'État n'a jamais été promu à la tête des juridictions examinées ici. Peut-être parce qu'ils sont « plus conservateurs alors que les enseignants sont dans une volonté d'évolution de la jurisprudence [et] les avocats [...] plus flexibles sur les droits de l'homme »⁹⁴², les magistrats de l'ordre judiciaire sont mieux perçus comme étant de véritables juges. Cela explique le fait qu'ils soient mis sur le devant de la scène.

2. Des personnalités connues

462. Il n'est pas rare que la nomination d'une personne à la tête d'une juridiction constitutionnelle soit vue comme un parachutage. Sans remettre en cause les compétences de la personne nommée ou questionner son aptitude à diriger une haute juridiction, le soutien (de l'exécutif) dont bénéficie le président pressenti de la cour peut être déterminant dans sa nomination. À titre d'exemple, le dernier en date, l'arrivée du professeur Djogbenou à la Cour béninoise a été moins perçue comme le résultat de son haut niveau de formation que comme une récompense octroyée à un fidèle parmi les fidèles du président de la République en fonction (Patrice Talon) ; sa désignation par la voie de l'élection n'a pas convaincu. Avocat de Talon à l'époque où il était poursuivi pour une tentative d'empoisonnement sur le précédent président de la République et de coup d'État, ministre de la Justice dans le premier gouvernement de son ancien client une fois devenu chef de l'État, J. Djogbenou a été propulsé à la tête d'une institution à laquelle il n'avait jamais appartenu, contrairement à son prédécesseur. Mais bien avant l'agrégé de droit privé,

⁹⁴¹ v. A. FAYE, *Les bases administratives du droit constitutionnel. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Institut universitaire Varenne, 2017, 622 pages.

⁹⁴² Propos du professeur O. Narey, ancien vice-président de la Cour constitutionnelle du Niger et président de la Cour des comptes.

l'ancien président Robert Dossou avait également été catapulté à la tête de la Cour. Cela fut rendu possible, une fois de plus, avec le soutien de l'exécutif de l'époque (Yayi Boni), dont le quartier général de campagne électorale en 2006⁹⁴³ se trouvait dans un immeuble appartenant au président Dossou. En Côte d'Ivoire, le président Koné est également décrit comme le serviteur d'un parti⁹⁴⁴, de ses débuts en tant que magistrat jusqu'à sa nomination au Conseil.

463. « Parachutés » ou non, les présidents des juridictions constitutionnelles africaines ne sont pas des inconnus du public sinon de l'administration judiciaire. Au regard de leurs parcours professionnels singuliers, on se rend vite compte que les présidents sont de hautes personnalités jouissant d'une grande notoriété. La présidence d'une juridiction constitutionnelle n'est pas la première haute fonction qu'ils assurent, mais bien souvent la dernière⁹⁴⁵. Il s'est d'ailleurs créé des voies royales dans certains États à l'instar du Niger ou du Sénégal. En effet, les juridictions constitutionnelles de ces pays ont trouvé dans la Cour suprême et la Cour de cassation les principaux viviers de leurs présidents. Au Sénégal, la haute magistrature du siège a occupé à trois reprises la présidence du Conseil. En effet, les juges Kéba Mbaye, Youssoupha Ndiaye et Papa Oumar Sakho ont tous occupé le poste de (premier) président de la Cour suprême ou de la Cour de cassation à l'époque où cette dernière était distincte du Conseil d'État. Quant à Mireille Ndiaye, elle n'était rien de moins que le procureur général près la Cour de cassation avant sa nomination au Conseil. La présidence de Cheikh Tidiane Diakhaté, premier président de la Cour d'appel de Dakar, a constitué l'exception qui confirma la règle. Au Niger, les magistrats des plus hautes instances judiciaires sont encore à l'honneur. Salifou Fatimata Bazèye et l'actuel président ont respectivement été présidente de la Cour suprême et président de la Cour de cassation nigérienne. Notons que le président Oumar Sakho a également occupé le poste de procureur général près de la Haute Cour de justice. En terre ivoirienne, si tous les présidents du Conseil n'ont pas toujours été extraits de l'appareil judiciaire, Mamadou Koné est bel et bien l'exemple d'un recrutement auprès de la Cour suprême. Il en a été le président avant d'être

⁹⁴³ C. MAYRARGUE, « Yayi Boni, un président inattendu ? Construction de la figure du candidat et dynamiques électorales au Bénin » in *Politique africaine*, n°102, 2006, p. 162.

⁹⁴⁴ v. <https://www.jeuneafrique.com/33433/politique/c-te-d-ivoire-qui-est-mamadou-kon-le-nouveau-president-du-conseil-constitutionnel/>.

⁹⁴⁵ V. § 466.

promu au Conseil constitutionnel. Enfin, au Gabon, la Cour est dirigée depuis sa création par l'ancienne présidente de la Cour des comptes.

464. Pour ce qui est des non-magistrats, le gouvernement semble être la voie royale pour intégrer et présider une Cour. L'exercice de fonctions gouvernementales est un autre trait caractéristique des présidents des cours. Avant de revêtir le mortier de président de juridiction constitutionnelle, il est fréquent que les futurs titulaires de cette fonction aient assuré la direction d'un ministère, sinon d'une administration de premier plan. Du Bénin à la Côte d'Ivoire, les présidents Noël Némin, Robert Dossou, Théodore Holo, Moussa Koné et Joseph Djogbenou ont occupé le poste de Garde des sceaux. Le ministère de la Justice est ainsi le second tremplin, après le poste de premier président de la Cour suprême. Viennent ensuite les ministères de l'Éducation nationale (Conceptia Liliane Denis Ouinsou), de l'intérieur (Yao Paul N'dré), de l'Enseignement supérieur (Francis Wodié) ou des affaires étrangères (Dossou et Holo). Mais au-delà des portefeuilles ministériels, les personnalités désignées à la tête des juridictions sont des élus (nationaux ou locaux) sinon des personnes très politisées. Les députés sont en effet légions. Par exemple, les professeurs Francis Wodié et Joseph Djogbenou ont été chefs de parti⁹⁴⁶ et députés. Ce même mandat fut confié également par le peuple aux juges N. Némin et R. Dossou. Certains présidents, en plus des fonctions précédemment occupées, jouissaient d'une certaine notoriété. C'est notamment le cas des présidents Dossou et Holo. Alors que le premier est un militant⁹⁴⁷ de renom, activiste, avocat de Bob Denard⁹⁴⁸ après sa tentative de coup d'État au Bénin et ancien ministre, le second fit partie autant du présidium de la Conférence nationale béninoise que de la commission chargée de rédiger l'actuelle constitution. Au Niger, le site *Niamey.com*⁹⁴⁹ révèle que le président en fonction a été le premier président de la Cour de cassation au moment où celle-ci fut saisie par Hama Amadou, ancien président de l'Assemblée nationale et candidat pressenti à la présidentielle, accusé d'être le cerveau d'un trafic international d'enfants et dont le pourvoi fut rejeté. Coïncidence, ce haut magistrat fut également le

⁹⁴⁶ Parti ivoirien des travailleurs.

⁹⁴⁷ v. F. J. AïVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 27-30. v. également à l'adresse suivante : <https://maitron.fr/spip.php?article174655>.

⁹⁴⁸ Mercenaire français, il organisa un renversement du régime de Mathieu Kérékou en 1977.

⁹⁴⁹ v. <http://news.aniamey.com/h/92560.html>.

procureur de la Haute Cour de justice à l'époque où le même Hama Amadou était accusé d'avoir détourné des fonds destinés à la presse. La médiatisation de ces affaires, en raison de la personne poursuivie, a placé Bouba Mahamane sous les feux des projecteurs bien avant son départ pour la Cour constitutionnelle. S'il est un président d'une juridiction constitutionnelle dont la notoriété a largement dépassé le cadre national, il ne peut s'agir que du magistrat Kéba Mbaye⁹⁵⁰ qui rédigea l'avant-projet de la Charte africaine des droits de l'homme ainsi que son avant-projet définitif ; des mots de son biographe Cheikh Yérém Seck, cette charte est le « bébé »⁹⁵¹ de l'ancien haut magistrat comme le sera la législation électorale sénégalaise du 20 novembre 1991, dite « Code Kéba Mbaye »⁹⁵².

465. Le hasard n'a jamais présidé à la nomination d'une personne à la tête d'une Cour constitutionnelle en Afrique. Sa formation et surtout son parcours professionnel, voire politique y sont pour beaucoup. La présidence est une consécration accordée à une personne expérimentée. Il ne peut donc s'agir de jeunes, autant pour la présidence que pour les autres sièges, car l'expérience n'a pas pour premier corollaire la compétence (la détention de diplômes universitaires), mais plutôt un certain temps passé au service de l'État ou l'exercice prolongé d'une profession. Les juges sont des personnalités aguerries professionnellement et/ou politiquement et, osons le dire, il n'est pas rare qu'ils soient appelés les « sages »⁹⁵³, ce qui ne contribue guère au rajeunissement des cours puisque l'image que l'on se fait d'un sage, en Afrique, renvoie à une personne d'un âge assez avancé.

3. La nomination au sein d'une juridiction constitutionnelle africaine

466. Au-delà du fait de participer dorénavant à une justice de nature différente pour les magistrats de carrière, d'entamer une « carrière de seconde main »⁹⁵⁴ ou d'appartenir au cercle plus que restreint des juges constitutionnels pour les autres, la nomination est une

⁹⁵⁰ v. C. Y. SECK, *Kéba Mbaye. Parcours et combats d'un grand juge*, Karthala, 2009.

⁹⁵¹ *Ibid.* p. 130.

⁹⁵² *Ibid.* p. 93.

⁹⁵³ Le terme a également été employé à propos des membres du Conseil constitutionnel français. v. L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *RDP*, 1982, n° 2, p. 383.

⁹⁵⁴ P. MARTENS, « Le métier du juge constitutionnel » in F. DELPÉRÉE et P. Foucher (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 26.

reconnaissance de l'expérience de son bénéficiaire, mais elle conforte également la légitimité dont il se nantit pour dicter, du haut d'une estrade, la conduite des affaires publiques aux institutions. Il y a dans l'accès à cet emploi supérieur une forte reconnaissance des qualités professionnelles et personnelles des futurs juges. En effet, « le choix des juges constitutionnels porte sur des personnalités à la carrière bien remplie, n'ayant donc plus rien ni à craindre ni à espérer »⁹⁵⁵. Une fois nommés à la cour, « les sages » sont mis dans une situation où ils se doivent de faire bénéficier au plus grand nombre leur expérience, leur(s) perception(s) de l'ordre constitutionnel, *ce qui doit être*. Cette nomination a en effet plusieurs significations.

467. Pour l'ensemble des personnes désignées, leur nomination est le point d'orgue d'une carrière. La juridiction est suffisamment unique pour que ses membres considèrent leur passage au sein de celle-ci comme un moment particulier. Pour les magistrats, comme nous l'avons dit, il s'agit désormais de rendre une justice qui porte sur des intérêts tout à fait nouveaux. Alors qu'ils avaient jusque-là à trancher de litiges opposant des personnes privées ou des administrés à l'État, ils n'ont plus d'autres missions que de faire des procès à la loi ou encore de régler des difficultés institutionnelles sur fond de conflits politiques, de participer à un « forum de résolutions des grandes questions des politiques publiques »⁹⁵⁶ ; tout ce qui est étranger à leur formation. Qu'à cela ne tienne, le prestige qui entoure le siège de juge constitutionnel n'en est pas amoindri. Les magistrats comme les non-magistrats de carrière prennent part à une institution de premier plan qui a les moyens de s'opposer, au moyen du droit, à tout autre organe ou pouvoir public. C'est en cela finalement que le passage dans la justice constitutionnelle est un moment important. La nomination fait, suivant l'âge ou l'expérience professionnelle, de quelques personnes les protectrices de la constitution. Nominations médiatisées, budget propre, irrévocabilité du mandat, entrer et servir au sein d'une cour n'a pas son pareil sur un *curriculum vitae*.

468. S'agissant du président d'une cour constitutionnelle, sa nomination a une tonalité encore plus particulière. La désignation de ce membre sonne très souvent la fin de ses

⁹⁵⁵ M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les États de l'Afrique noire francophone » in *RDP*, n°3, 2015, p.e 4.

⁹⁵⁶ Propos du juge américain Felix Frankfurter cité par F. FASSASSI lors de la 8^{ème} édition du colloque *Question sur la question. Le juge dans le constitutionnalisme moderne* (18 et 19 octobre 2018). v. la contribution orale portant sur « La Cour suprême des Etats-Unis : de la marginalisation à la construction de la “suprématie judiciaire” » à l'adresse suivante : <https://www.dailymotion.com/video/x7bukju>.

activités au sein de l'État. Prélude de sa retraite, le président d'une juridiction constitutionnelle n'est pas sans savoir qu'il occupe certainement sa dernière et plus haute fonction au sein de l'État. Les premières mandatures ont, en quelque sorte, érigé cela en coutume puisque N. Némin, K. Mbaye ou E. Pognon se sont retirés de la magistrature ou de la politique. Après le Conseil, le père de la Charte africaine des droits se concentrera sur ses activités scientifiques et le phénomène sportif⁹⁵⁷, et ce, même au moment où son ancien vice-président sera assassiné. Qu'en est-il de leurs successeurs ? À l'exception de Youssoupha Ndiaye⁹⁵⁸ et de Yao Paul N'dré⁹⁵⁹, les autres présidents n'ont plus jamais été au nombre des bénéficiaires des mesures individuelles des conseils de ministres ou de la magistrature. Les médias s'en désintéressent également et cela est assez symptomatique de la fin d'une ère. Seul R. Dossou rompt ce silence médiatique autour des anciens présidents des cours et conseils. Entre le barreau et le monde associatif, l'avocat est toujours aussi actif et ne s'interdit pas d'émettre des avis sur les grands feuillets judiciaires béninois. Il qualifia ainsi « d'hérésie judiciaire »⁹⁶⁰ la condamnation de l'ancien premier ministre et candidat à l'élection présidentielle de 2016 (Lionel Zinsou), dont il assure la défense, dans le cadre d'une affaire de dépassement de frais de campagne. Dans le cadre de l'affaire Sébastien Ajavon⁹⁶¹, sans en être le conseil, il justifia la décision de la Cour africaine des droits de l'homme par laquelle il fut demandé à l'État béninois de suspendre des élections communales. Le ténor du barreau est plus visible et audible que son successeur, le professeur Holo, à la retraite.

⁹⁵⁷ Il a été vice-président du Comité internationale olympique. v. <https://www.olympic.org/fr/news/deces-du-juge-keba-mbaye-membre-honoraire-du-cio-depuis-2002>.

⁹⁵⁸ Après son passage à la tête du Conseil sénégalais, il fut ministre des sports entre 2002 et 2005.

⁹⁵⁹ Nommé Garde des sceaux après la présidence du Conseil constitutionnel.

⁹⁶⁰ v. Le quotidien numérique d'information *Banouto*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.banouto.info/article/securite%20humaine/20200219-procs-lionel-zinsou-me-robert-dossou-en-dsaccord-avec-la-cour-d-appel/>.

⁹⁶¹ Homme d'affaires et politicien, il occupa la troisième place lors de l'élection présidentielle de 2016. Suite à la découverte de stupéfiants dans des conteneurs appartenant à une de ses sociétés, il a été condamné par contumace à des peines de prison et d'inéligibilité. Il saisit la Cour africaine des droits, estimant que ses droits (présomption d'innocence, droit de propriété...) ont été violés.

§2. LES MANIFESTATIONS DU PATERNALISME DES JUGES CONSTITUTIONNELS AFRICAINS

469. C'est une chose assez commune de rencontrer une législation et des nominations favorisant des « vieux », comme cela est le cas en Afrique ; il en est une autre quand ceux-ci se construisent une légitimité supérieure ou s'auto-investissent de missions, certes capitales, mais non prévues par les textes. Le paternalisme dont il est question jusqu'ici n'est pas qu'une supposition. Il est saisi au travers de ses manifestations, d'un ensemble d'éléments tels que le discours de la juridiction constitutionnelle quant à sa légitimité (A) ou à son rôle au sein de l'État (B).

A. UN DISCOURS SURLÉGITIMANT LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE OU LA DOUBLE LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL BÉNINOIS

470. En dépit de leur ancrage constitutionnel, les cours africaines ont développé un discours d'autolégitimation. C'est une des modalités de légitimation de la justice constitutionnelle qu'évoquait le professeur E. Desmons⁹⁶² lors d'un colloque à Toulouse en 2014. Concrètement, les Hautes juridictions se construisent une légitimité sur-mesure et surtout transcendante, en ce qu'elle est présentée comme étant au-dessus des textes constitutionnels ou extérieure à ceux-ci. La raison d'être de la juridiction constitutionnelle, partant du type de justice rendue, est en dehors des dispositions constitutionnelles, du système (constitutionnel et politique) dans lequel il s'insère, de sa composition ou encore du fait qu'elle n'ait pas le dernier mot⁹⁶³. D'une manière ou d'une autre, on revient en quelque sorte et partiellement à la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois⁹⁶⁴. Partiellement car, comme nous en avons pris la mesure, les attributions des

⁹⁶² E. DESMONS, « Justice constitutionnelle et “bon régime” » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016, p. 60.

⁹⁶³ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°2, 1994. pp. 557-581.

⁹⁶⁴ v. sur cette question, G. LECH, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/développements récents » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°78, 2009, pp. 227-246 (disponible à

juridictions africaines dépassent largement le cadre du contrôle des textes infraconstitutionnels. C'est une légitimité d'ordre général, si l'on peut l'appeler ainsi, qui est construite par les juges tenant pareil discours, une légitimité englobant l'institution elle-même mais également l'office tentaculaire du juge constitutionnel africain.

471. Le discours légitimant s'appuie sur une indissociabilité de la juridiction constitutionnelle et de l'État de droit. C'est ainsi que dans sa décision DCC 33-94 du 24 novembre 1994 dont le professeur et *founding father*⁹⁶⁵ Maurice Glèlè Ahanhanzo⁹⁶⁶ fut le rapporteur, la Cour béninoise énonça qu'elle a été « conçue par la Constitution comme la pierre angulaire de l'État de droit libéral », faisant volontairement une redondance plutôt qu'une allusion à un type d'État libéral⁹⁶⁷ (bourgeois). S'il ne fait aucun doute que le professeur Glèlè n'est pas étranger au choix de termes si élogieux, la constitution n'a jamais employé de telles formules. Elles ne pouvaient être que l'œuvre de l'un des rédacteurs du texte fondamental béninois qui en maîtrisait manifestement et, plus que quiconque, l'esprit. Exagérée, surévaluée, d'aucuns verront dans la place que s'arrogue l'institution béninoise une *surlégitimation*, dans la mesure où le sort de la cour est dorénavant intimement lié à un concept (l'État de droit) qui est au nombre des aspirations⁹⁶⁸ du constituant béninois.

472. Quel l'intérêt y a-t-il à se construire une « qualité dont l'acceptation se fonde [...] sur le consentement réputé libre [des personnes qui s'y trouvent soumises] »⁹⁶⁹ alors même que les dispositions institutives – contenues dans le document le plus solennel qui soit – suffisent à d'autres institutions (chambres législatives, gouvernement, juges ordinaires...) qui

l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-2-page-227.htm>); M. TROPER, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois » in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 113-137; v. F. COMELA, « Est-il légitime de contrôler la constitutionnalité des lois » in D. CHAGNOLLAUD et M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.3, Dalloz, 2012, pp. 69-105.

⁹⁶⁵ M. NGANGO YOUNBI et R. NGANDO SANDJE, « L'émergence d'une catégorie nouvelle de principes jurisprudentiels au Bénin : les impératifs constitutionnels » in *RDP*, n°5, 2020, p.e. 2.

⁹⁶⁶ Professeur agrégé (en 1974 à Paris) de droit public, il est considéré comme le père de la Constitution de 1990.

⁹⁶⁷ v. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., ou O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique » in *Jus politicum*, n°22 (disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/L-Etat-de-droit-democratique-1284.html>). Il est connu, comme le montre le professeur Jouanjan dans l'article précité, que Schmitt opposait la démocratie et l'État de droit libéral.

⁹⁶⁸ v. Préambule de la Constitution béninoise de 1990.

⁹⁶⁹ I. FASSASSI, « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009, p.e. 4 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/lexigence-continue-de-legitimite-sociale-de-la-cour-supreme>).

abattent un travail certes distinct, mais tout aussi essentiel ? Ce discours de la centralité de la juridiction constitutionnelle pouvait avoir pour principal objectif d'instiller une idée précise : la prééminence de l'organe en ralliant, si besoin, l'opinion publique. Par le truchement de l'arme juridique et politique que constitue le contrôle de constitutionnalité, les cours africaines ont de grandes chances d'être plus facilement acceptées par la majorité du corps social. C'est à partir des pouvoirs dont elles se trouvent nanties que certaines cours peuvent se penser comme des organes supérieurs et indissociables de leurs États respectifs. Nous oserons dire trivialement que le contrôle de constitutionnalité donne des ailes à la juridiction constitutionnelle africaine. Cela pourrait se vérifier du côté de la Cour béninoise, car comme l'énonçait L. Garlicki, à propos des juridictions constitutionnelles dans les pays socialistes, « toute institution indépendante qui limiterait les excès des activités parlementaires aura de grandes chances d'être acceptée par le corps social »⁹⁷⁰. Aux États-Unis, la Cour suprême américaine dira ainsi que sa légitimité est « faite à la fois d'une existence substantielle et de la perception qui se traduit par l'acceptation par le peuple de l'habileté du seul pouvoir judiciaire de porter à la connaissance de tous le droit de la Nation »⁹⁷¹. En Afrique, et alors qu'elle a servi à consolider le *judicial review* du côté de Washington, l'opinion publique favorable pourrait également servir à conforter la place que se donne la juridiction en tant que garante de l'État de droit. Il s'agit là d'une légitimité par exercice. Contrairement à la légitimité par l'origine (élection), elle se construit par les « heureux effets »⁹⁷² de l'action du juge. En d'autres termes, le juge béninois dans sa décision de 1994 s'efforce de se construire une légitimité supplémentaire et supérieure à celle des organes politiques, mais reposant moins sur les personnes (électeurs) que sur son action dans la concrétisation de l'État de droit. Nous pensons qu'en 1994 – une année après son installation – la juridiction constitutionnelle béninoise était moins préoccupée par l'assentiment populaire que par le souci de s'affirmer, de se légitimer dans la nouvelle page « post-traumatique »⁹⁷³ de l'histoire politique et institutionnelle du Bénin. Il s'agit donc

⁹⁷⁰ L. GARLICKI, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/développements récents » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°78, 2009, p. 232.

⁹⁷¹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 US 833 (1992), cité par I. FASSASSI, « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême », *op. cit.* Nous soulignons.

⁹⁷² E. DESMONS, « Justice constitutionnelle et "bon régime" », *op. cit.* p. 57.

⁹⁷³ F. J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°47, 2015, p.e. 1.

d'une légitimité mixte qui n'a rien avoir avec celle de la Cour suprême américaine du haut de ses deux-cent-quatre années à l'époque où statua le juge béninois. La légitimité de la juridiction africaine est une légitimité par l'exercice couplée à une autre par l'origine en ce qu'elle serait issue de la volonté même du constituant (le peuple ou ses représentants), lequel affirme en 1990

« [sa] détermination par la présente Constitution de créer un État de droit et de démocratie pluraliste, dans lequel les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque Béninois »⁹⁷⁴.

B. LA MISSION DE PACIFICATION DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

473. Il transparaît moins de la jurisprudence que du discours des juges que la justice constitutionnelle africaine, constituante ou non, s'appuie sur les objectifs du droit présentés par le professeur P. Jestaz. Le paternalisme des cours et conseils en Afrique noire francophone se donne alors à voir dans l'appropriation de buts propres au droit objectif. À l'instar de ce dernier, les juges « [promeuvent] la paix sociale » et « [façonnent] la société sur le long terme »⁹⁷⁵. La préservation d'une certaine quiétude politique et sociale est au nombre des préoccupations des juges, et ce d'autant plus en période de crises ou de rapports de forces aux issues funestes.

474. Dans la sphère politico-institutionnelle, c'est-à-dire au niveau des institutions ou des corps intermédiaires tels que les partis, la pacification des rapports entre les différents acteurs est intimement liée à la fonction régulatrice ; elle en est à l'origine. « Pacifier », un terme fréquemment employé par les juges – mais aussi par la doctrine⁹⁷⁶ – au cours de nos entretiens, mais qui ne figure pourtant pas parmi les attributions des juridictions

⁹⁷⁴ v. Préambule béninois.

⁹⁷⁵ P. JESTAZ, *Le droit*, 10^e éd., Dalloz, 2018, p. 2.

⁹⁷⁶ Il ne nous aura pas échappé que même la doctrine française retient cette idée. Le professeur F. Hourquebie qualifia par exemple le juge constitutionnel africain de « pacificateur du débat public ». v. F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique » in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, 2018, p.e. 3. V. également, J. W. MISONA, *Constitution de l'État de droit et développement. Essai sur le fondement de la justice constitutionnelle dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Aix-Marseille III, 2005, p. 393 et s. L'auteur y rapproche la fonction régulatrice et la pacification de la société.

constitutionnelles. Qu'est-ce donc en Afrique noire francophone ? Il ressort que la pacification du champ politique opérée par les cours consiste essentiellement à empêcher un renversement inconstitutionnel du pouvoir et des institutions régulièrement établies. L'introduction de la régulation est une réponse aux crises antérieures. La régulation est une attribution, une modalité juridique parmi d'autres au service de cette volonté pacificatrice des rapports entre acteurs politiques et/ou sociaux.

475. En effet, les juridictions constitutionnelles africaines ne sont devenues des organes régulateurs qu'à la suite d'un ou plusieurs coups d'État menés par des militaires. La proximité temporelle entre lesdits renversements et la consécration de la régulation n'est pas le fruit du hasard, mais d'une conjoncture favorable à une gestion juridictionnelle plutôt que militaire des difficultés politiques ou institutionnelles. Bénin, Gabon, Côte d'Ivoire, Niger, ces États ont tous été le théâtre de renversements de pouvoir, sinon de tentatives et de crises politiques, et ce, même postérieurement⁹⁷⁷ à l'attribution de la fonction régulatrice aux juridictions constitutionnelles. Contemporains de ces multiples arrivées de la grande muette sur la scène politique, les juges sont placés dans une situation où ils ne peuvent ignorer le passé. Ils se doivent de prévenir la répétition de ces plus que fâcheux événements. Derrière la régulation, les juges anticipent parfois de plus graves conséquences que celles invoquées par les requérants. Les membres des cours ont un devoir de mémoire dont ils s'acquittent mais qu'ils se gardent bien d'exprimer dans les actes juridictionnels. Comme nous le confia le professeur Holo, « [les juges ont une responsabilité devant l'histoire. [Ils] ont l'obligation de préserver la paix. »⁹⁷⁸. Prenant exemple sur la circulation routière, l'ancien président poursuivit

« Quelle est la fonction du droit ? Réguler les relations sociales pour préserver la paix parce que quand il n'y a pas des règles, c'est l'anarchie qui s'installe. [...] En régulant la circulation [routière], on peut jouir de la liberté de circulation. Donc, il y a deux notions fondamentales : la régulation et la pacification. Le juge en régulant doit se dire qu'il faut que la finalité soit de préserver la paix. Je ne vais pas réguler pour créer des tensions, je ne vais pas accepter des lois crisogènes. Je vais me dire : mon rôle en tant que juge, appliquer la constitution [revient à] préserver la paix. Cet élément doit inspirer le travail du juge. [...] Le

⁹⁷⁷ La crise ivoirienne (2002-2007) et la seconde tentative de coup d'État au Gabon (7 janvier 2019) eurent lieu alors même que les juridictions ivoirienne et gabonaise officiaient déjà en tant que régulateurs.

⁹⁷⁸ Entretien du 29 novembre 2019 à Paris.

rôle du droit n'est pas simplement de réguler mais réguler pour pacifier les relations sinon c'est la force qui va s'imposer, la force brutale. Or, on a tendance à oublier cette finalité du droit liée à la pacification de la vie sociale »⁹⁷⁹.

476. Sortant de leur réserve, quelques juges nigériens en fonction, auxquels nous avons naïvement osé demander quel était leur office ou s'ils se sentaient investis d'autres missions, apportèrent des réponses tout aussi singulières. « Ma mission est de pacifier l'espace politique et social comme le veut le constituant » ou « [La Cour] joue le rôle de régulateur des tensions », nous confiaient respectivement les conseillers Issaka Moussa et Ylla Ahmet.

« On rend service à la société tout entière parce que la Cour se sert du droit pour rendre ses décisions. On sait que le droit est un fait social, [la Cour participe] non seulement à la pacification des relations entre les différents pouvoirs mais aussi à la pacification des relations dans la société. [...] la Cour peut être la source d'une crise – et on en a des exemples – tout comme elle peut être la solution d'une crise. [...] », ajoutait l'ancien vice-président et universitaire Oumarou Narey.

477. Comme nous le voyons au travers des propos rapportés ci-dessus, l'apaisement tant recherché par les juges est également l'évitement d'un soulèvement populaire. En ce sens, les relations sociales dont parlent les juges sont plutôt des rapports sociaux. En effet, seuls ces derniers rapports sont axés sur le conflit entre groupes, à l'instar de ceux qui pourraient exister entre gouvernés et gouvernants. S'il est irréductible, l'antagonisme latent qui structure les rapports sociaux doit être amoindri. Est-ce à dire que la manière dont la société pourrait recevoir, par exemple, une loi est aussi importante que sa conformité à la constitution ? Rien n'est moins sûr ! Les juridictions constitutionnelles tiennent compte une fois de plus de l'opinion publique et cette considération montre qu'il y a, au-delà des juges, des personnes soucieuses de ne pas provoquer ou faciliter des remous, de « sauver la République »⁹⁸⁰ comme le disait un ancien président du Conseil français.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ Propos du président Rolland Dumas (1995-2000).

SECTION 2. JUGER : UNE FONCTION CRÉATRICE DE DROIT PAR NATURE

« Un grand air de mesure classique comporte nécessairement des silences. Pareillement, en peinture, les maîtres hollandais ont démontré à l'envi que le rôle des ombres était précisément de faire ressortir la lumière avec encore plus d'acuité. En droit, il en va de même. Ce sont les lacunes qui dessinent les contours de l'ordre juridique puisqu'elles permettent de donner une image en "creux" du système normatif. »⁹⁸¹.

478. Les lacunes en droit font partie de ces notions sur lesquelles différents courants doctrinaux se rejoignent. Normativistes, jusnaturalistes et réalistes concluent en effet à leur inexistence, ce qui est conforme à la position de chacun. Pour les premiers, la perfection du système normatif exclut *de facto* toute idée de vide tout comme le font, pour les jusnaturalistes, les infinies ressources du droit naturel. Que l'on soit en présence d'un système normatif complet ou d'un droit naturel, l'existence d'une disposition juridique à même de régler toute difficulté est présumée. Du côté réaliste, l'inadmissibilité des lacunes découle simplement du fait que le juge soit doté d'un pouvoir discrétionnaire. Lacune ou non, sa liberté ou la très grande marge de manœuvre dont il bénéficie demeure inchangée. En d'autres termes, la question des lacunes ne se pose pas.

479. Néanmoins, en s'écartant des thèses⁹⁸² supposant ou affirmant la complétude du droit, il faut bien admettre l'existence des lacunes constitutionnelles. D'ailleurs, certains auteurs normativistes comme H. Kelsen et C. Perelman reconnaissent qu'il peut exister des lacunes dites techniques⁹⁸³ ou *intra legem*⁹⁸⁴, résultant d'un décalage entre le résultat (l'acte juridique) et la volonté initiale de l'auteur. En droit constitutionnel, les lacunes sont une réalité et elles ne consistent pas seulement en l'absence d'énoncés idoines face à une

⁹⁸¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les lacunes constitutionnelles » in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, 2009, p. 53.

⁹⁸² v. J. BENTHAM, « Vue générale d'un corps complet de législation » (in *Traité de législation civile et pénale*), in *Œuvres de J. Bentham*, Louis Hauman et Compagnie Bruxelles, t. 1, 1829, p. 307 ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit en droit privé positif*, (2 vol.), 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1919 ; H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, LGDJ, 1999.

⁹⁸³ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les lacunes constitutionnelles », *op. cit.*, p. 57.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

situation. Les lacunes sont un terme générique qui regroupe plusieurs défauts du texte tels que le vide juridique, l'imprécision ou la généralité des termes employés par l'auteur. Juger, c'est-à-dire appliquer le droit, instaure une relation entre le juge et l'énoncé constitutionnel dans la mesure où le premier se doit, par la force des choses, de corriger les imperfections du second pour pleinement remplir son office. S'il ne peut refuser de juger, il ne peut également juger à moitié sous prétexte qu'un texte ne délivre que des informations partielles quant à la solution d'une affaire. Au sud du Sahara, le juge est le correcteur naturel de l'acte à appliquer (§1), une mission à laquelle s'ajoute une habilitation implicite, indépendante des anomalies textuelles, et qui tient autant à la fonction de juger qu'à l'objet de la justice constitutionnelle (§2).

§1. L'ACTION CORRECTIVE DES JUGES SUR L'ACTE À APPLIQUER

480. Le comblement des lacunes constitutionnelles – car c'est bien de cela qu'il est question ici – en Afrique noire francophone passe nécessairement par un processus d'identification desdites lacunes dans les textes africains, et il faut reconnaître qu'ils en regorgent (A). C'est donc tout naturellement que le juge constitutionnel procède à leur comblement (B) quand l'occasion lui est donnée de s'y pencher.

A. LES ANOMALIES DES TEXTES CONSTITUTIONNELS AFRICAINS

481. Dans un article⁹⁸⁵ paru à la *Revue de philosophie et de sciences humaines* et dans lequel le terme « lacune [juridique] » est entendu au sens large, Hugues Rabault considère qu'il en existe trois types. L'indétermination (1), c'est-à-dire la « situation où un système de normes offre plusieurs possibilités de solutions concurrentes »⁹⁸⁶, l'antinomie⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ H. RABAULT, « Le problème de l'interprétation de la loi » in *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* [en ligne], n°15, 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/leportique/587> (consulté le 25/08/2020).

⁹⁸⁶ *Ibid.* p. 5.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

(2), à savoir « la coexistence dans le système juridique de deux normes ou principes incompatibles et qu'il convient de concilier », et « le pur vide juridique, la situation totalement imprévue »⁹⁸⁸ (3). Comme le souligne l'auteur, cette présentation simplifiée des lacunes peut apparaître déconnectée de la réalité. Toutefois, elle a l'avantage de poser des types suffisamment généraux, raison pour laquelle nous nous en servons pour révéler quelques lacunes des textes constitutionnels africains.

1. L'indétermination

482. Par « indétermination », il faut entendre l'état ou les caractères d'une chose qui ne sont pas définis sinon connus avec précision. De par cette définition générale, l'indétermination trouve en l'imprécision un parfait synonyme. Pour ce qui est des textes juridiques, partant constitutionnels, le rapport de similarité sémantique entre les deux termes précédents ne vaut plus. En effet, un texte indéterminé n'est pas nécessairement imprécis. C'est peu de le dire, car l'indétermination des textes juridiques revêt un tout autre sens. Elle est une notion utilitaire en ce qu'elle est mise au service d'une conception réaliste du droit. Des auteurs comme H. Kelsen ont pu parler d'une indétermination irréductible, accidentelle ou intentionnelle, justifiant ainsi l'institution d'organes d'application du droit. Absolue, relative ou inexistante, l'indétermination des textes juridiques est avant tout liée à la marge de manœuvre des juges en tant qu'autorités d'application de dernier ressort. Dans la suite de notre propos, l'indétermination, sans être identifiée à l'imprécision et sans verser dans les querelles⁹⁸⁹ doctrinales relatives au pouvoir d'interprétation du juge, sera un terme générique servant à regrouper l'imprécision, l'insolite et la polysémie des termes, voire des dispositions contenues dans une constitution africaine. Les textes composant le bloc de constitutionnalité ne sont pas exempts de ces défauts de confection qui, soit dit en passant, sont le lot de tout langage, juridique ou non. Des anciens textes (abrogés) à nos jours, des dispositions constitutionnelles peuvent surprendre.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ v. A. LE PILLOUER, « Indétermination du langage et indétermination du droit » in *Droit et philosophie*, n°9-1, 2017, pp. 19-43.

483. Tel fut le cas de l'article 56 de la Constitution gabonaise dans sa version antérieure à 1994. Entrant dans le cadre des rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif, il disposait que

« S'il apparaît, au cours de la procédure législative, qu'un texte ou un amendement n'est pas du domaine de la loi, au sens de l'article 47 susvisé, ou dépasse les limites de l'habilitation législative accordée au Gouvernement en vertu de l'article 52, le Premier ministre ou le président de l'Assemblée nationale peut soulever l'irrecevabilité, à la demande du cinquième de ses membres.

En cas de désaccord, la Cour constitutionnelle est saisie. Celle-ci statue dans le délai de huit jours.

Toute personne lésée par un texte jugé inconstitutionnel peut également saisir la Cour constitutionnelle qui doit statuer dans le même délai.

Si ce délai n'est pas respecté, le texte devient caduc. »⁹⁹⁰.

484. Saisie⁹⁹¹ d'une demande d'interprétation du troisième alinéa de cet article par le premier ministre sur le point de savoir s'il concernait « tout projet ou proposition de loi », la Cour ne procéda à aucune véritable interprétation. En effet, elle critiqua plutôt l'agencement des dispositions constitutionnelles en estimant que celles « dudit alinéa apparaiss[aient] mal venues par rapport à l'objet principal de l'article 56 de la Constitution »⁹⁹². Les juges iront même jusqu'à les qualifier « d'insolites », soulignant ainsi que l'emplacement de ces dispositions s'écartait de l'orthodoxie rédactionnelle. Il n'en fallut pas plus pour que le constituant supprime ce troisième alinéa par la loi constitutionnelle du 18 mars 1990.

485. S'agissant de l'imprécision, la configuration politique du bureau de l'Assemblée nationale nigérienne en est une parfaite illustration. Elle n'est pas intelligible au sud du Sahara où la majeure partie des États ont expérimenté le monopartisme. Prévoir que « [...] la composition du Bureau doit refléter la configuration politique de l'Assemblée nationale »⁹⁹³ peut vouloir signifier au moins deux choses aux conséquences tout à fait différentes, voire diamétralement opposées. D'une part, la composition du bureau serait régulière si la majorité et l'opposition y étaient représentées, et ce, peu importe le nombre de postes réservés à chaque bloc. L'article 89 ne serait pas violé dans l'hypothèse où un poste

⁹⁹⁰ Article 56 de la Constitution gabonaise de 1991 (nous soulignons).

⁹⁹¹ Décision n°011/CC du 19 juin 1992 relative à l'interprétation de l'article 56, alinéas 3 et 4 de la Constitution.

⁹⁹² Cons. 4.

⁹⁹³ Article 89.

sur les seize revenait à l'une ou l'autre partie de la classe politique. Une telle configuration, si elle désavantageait l'un des blocs, n'en serait pas pour autant inconstitutionnelle. D'un autre côté, la composition du bureau que prévoit le texte nigérien pourrait également s'entendre comme le résultat d'une attribution des postes en fonction des groupes parlementaires en présence. Cette configuration – finalement retenue par la Cour constitutionnelle –, si elle tombe sous le sens pour tout démocrate convaincu, ne déprécie pas une composition fondée sur la distinction entre majorité/opposition. C'est dire qu'une attribution des postes suivant un principe de proportionnalité basé sur les groupes, ce que le constituant a certainement manqué de préciser, ne semblait pas si évidente tant une autre interprétation des dispositions constitutionnelles aurait été valide.

486. Au-delà de notre échantillon d'analyse, d'autres constitutions africaines livrent des exemples « d'indétermination de textes »⁹⁹⁴. C'est notamment le cas de la Constitution malgache qui organise une procédure particulière de révocation du premier ministre. Comme au Burkina Faso⁹⁹⁵, la révocation de cette personnalité de premier plan ne peut intervenir qu'à certaines conditions. En effet, « [Le Président de la République] met fin aux fonctions du Premier ministre, soit sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement, soit en cas de faute grave ou de défaillance manifeste. »⁹⁹⁶. Comme le relève S. Bolle, l'on ne sait si ces dispositions imposent une motivation circonstanciée⁹⁹⁷ du décret de révocation et si celui-ci peut être annulé dans l'hypothèse où un premier ministre jugerait son limogeage irrégulier. D'ailleurs, quel serait le juge compétent dans ce cas ? Il pourrait s'agir du juge administratif en raison de la nature du décret, mais également du juge constitutionnel si l'on tient compte de l'objet de l'acte et de ses conséquences sur l'activité des pouvoirs publics. En contestant son éviction et en se maintenant à son poste, le premier ministre révoqué peut ouvrir la porte à une paralysie des pouvoirs publics si le chef de l'État campe sur sa position en nommant une autre personne. La résolution de cette situation de

⁹⁹⁴ S. BOLLE, « Les cours constituantes d'Afrique », *op. cit.*, p. 252.

⁹⁹⁵ Article 46 de la Constitution du Burkina Faso dispose : « Le Président du Faso nomme le Premier ministre au sein de la majorité à l'Assemblée nationale et met fin à ses fonctions, soit sur la présentation par celui-ci de sa démission, soit de son propre chef dans l'intérêt supérieur de la Nation. » (Nous soulignons).

⁹⁹⁶ Article 54 alinéa 2 de la Constitution du 11 décembre 2010.

⁹⁹⁷ S. BOLLE, « Les cours constituantes d'Afrique », *op. cit.*, p. 252.

crise ne pourrait plus relever du juge administratif, mais de la Cour en tant qu'organe régulateur⁹⁹⁸.

2. Les antinomies des constitutions africaines

487. Il ressort également des textes constitutionnels des contradictions entre des idées phares. Une situation qui amenuise dès le départ la portée des dispositions dans lesquelles elles sont formulées. Principal cheval de bataille des contradicteurs des récits religieux quant à la véracité de ceux-ci, ces antinomies se rencontrent également dans des textes juridiques où elles constituent des obstacles à leur application. Si la question de la sincérité des textes constitutionnels est bien évidemment dénuée d'intérêt ici, leur concrétisation par les autorités censées l'assurer s'en trouve fortement compromise, et ce, d'autant plus que les dispositions constitutionnelles sont *a priori* placées sur un même pied d'égalité. Aucun des textes passés ou en vigueur n'a opéré une hiérarchisation de son contenu qui permettrait de dépasser une antinomie en privilégiant une disposition au détriment d'une autre. En d'autres termes, il n'existe pas un mécanisme de règlement de conflits entre dispositions constitutionnelles, malgré la prévisibilité desdits conflits.

488. Ces antinomies mettent en scène des dispositions mais aussi des principes constitutionnels. Alors que les premières sont aisément détectables, les autres sont les manifestations d'un régime politique *sui generis*.

489. Deux dispositions sont par exemple antinomiques lorsque l'une assure faire du président de la République le chef « des armées »⁹⁹⁹, mais qu'une autre met cette force militaire à la disposition de l'organe gouvernemental¹⁰⁰⁰ ou d'une personnalité autre que le président de la République. Alors que la majorité des premières constitutions africaines – parfois qualifiées de copies du texte français de 1958 – ont évité de partager le commandement des forces armées¹⁰⁰¹, le premier constituant sénégalais l'a fait,

⁹⁹⁸ v. Décision n°18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery Rajaonarimampianina.

⁹⁹⁹ Article 15 de la Constitution française.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.* article 20.

¹⁰⁰¹ Les textes béninois gabonais, ivoirien et nigérien affirmèrent l'autorité exclusive du président de la République sur l'armée.

conformément au régime parlementaire qu'il voulait asseoir. Dans sa version initiale du 25 août 1960, la Constitution sénégalaise disposait que « [...] Le Président de la République est le chef des armées. Il préside le Conseil supérieur de la défense »¹⁰⁰², mais aussi que « [le Président du Conseil] est responsable de la défense nationale. Il dispose de l'administration et de la force armée. »¹⁰⁰³. Si le texte en vigueur aujourd'hui a « présidentialisé » le commandement de la grande muette à l'instar de ses équivalents africains, il n'est pas pour autant vidé de tous ses défauts comme l'atteste la coexistence de mécanismes de révision constitutionnelle.

490. Alors même que la révision de la loi fondamentale est régie par un article 103 sous un titre à l'intitulé sans équivoque, la finalité de cette disposition peut être atteinte par une autre disposition juridique de même valeur. En effet, le premier alinéa de l'article 51 prévoit la possibilité de recourir au peuple pour l'adoption d'une loi constitutionnelle. Sans apporter de restrictions à ce mécanisme et en accordant une valeur constitutionnelle aux textes adoptés *via* ce dernier, l'article 103 se retrouve purement et simplement dénué d'intérêt. Lorsqu'il est dit que « La forme républicaine de l'État, le mode d'élection, la durée et le nombre de mandats consécutifs du Président de la République ne peuvent faire l'objet d'une révision »¹⁰⁰⁴ ou que ce qui précède ne peut à son tour être révisé¹⁰⁰⁵, cela ne concerne que l'hypothèse où on aurait uniquement recours à l'article 103. Le référendum constitutionnel de l'article 51 n'est pas tenu par ces limitations. Autrement dit, le texte sénégalais annihile sa prétendue rigidité.

491. Pour ce qui est des principes, des antinomies sont tout aussi importantes. Il en est ainsi de la laïcité. Les constitutions affirment ce principe tout en regorgeant de références religieuses à l'instar du Préambule gabonais qui affirme que « Le peuple [est] conscient de sa responsabilité devant Dieu et [est attaché à son patrimoine spirituel]¹⁰⁰⁶ ». En outre, l'athéisme empêche définitivement d'accéder à des fonctions soumises à une prestation de serment, comme cela est le cas de la présidence de la République au Bénin et au Sénégal.

¹⁰⁰² Article 24, alinéas 7 et 8.

¹⁰⁰³ Article 26, alinéas 2 et 3.

¹⁰⁰⁴ Article 103 alinéa 7.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* Alinéa 8.

¹⁰⁰⁶ Préambule, version en vigueur depuis

« Avant son entrée en fonction, le président de la République prête le serment suivant. “Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres, la Nation et devant le Peuple béninois, seul détenteur de la souveraineté ; [...]” »¹⁰⁰⁷.

« Devant Dieu et devant la Nation sénégalaise, je jure de remplir fidèlement la charge du Président de la République du Sénégal [...] »¹⁰⁰⁸.

492. Au Niger, la prestation du président est encore moins sécularisée. Le serment se fait, non pas sur la Constitution, mais sur le livre saint de sa confession.

Avant son entrée en fonction, le Président de la République prête serment sur le Livre Saint de sa confession devant la Cour constitutionnelle, en présence des membres de l'Assemblée nationale, en ces termes : "Devant Dieu et devant le Peuple nigérien souverain, Nous ..., Président de la République élu conformément aux lois, jurons solennellement sur le Livre-Saint [...] »¹⁰⁰⁹.

493. Ancien vice-président de la Cour constitutionnelle du Niger, le professeur O. Narey déplore « le rôle de triage et d'élimination [du] serment »¹⁰¹⁰ :

« Le constituant nigérien [n'ait] protégé que les convictions théistes et [ait] laissé les non théistes et les athées, ainsi que ceux qui ont le droit de ne professer aucune religion ou conviction. Ce faisant, il a oublié que la liberté religieuse concerne non seulement les religions sans livre mais aussi celles traditionnelles même si elles n'intéressent que des minorités »¹⁰¹¹.

494. La constitution peut en plus imposer de rendre un culte aux ancêtres. Si cette pratique – qui est elle aussi une religion – est acceptée par certaines confessions, elle est jugée incompatible par d'autres. C'est ce qu'a montré la jurisprudence¹⁰¹² *Kérékou*. Chrétien évangélique, il s'est refusé à prononcer entièrement la formule constitutionnelle, notamment la partie faisant référence aux trépassés. Il aura fallu que la non-conformité de son serment soit prononcée par la Cour pour que l'ancien président s'exécute, car « la violation du serment est aussi une violation de la Constitution, violer gravement la Constitution c'est

¹⁰⁰⁷ v. Article 53 de la Constitution béninoise.

¹⁰⁰⁸ v. Article 37 de la Constitution sénégalaise.

¹⁰⁰⁹ v. Article 50 de la Constitution nigérienne.

¹⁰¹⁰ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Le serment politique en Afrique noire contemporaine » in *Revue juridique et politique : indépendance et coopération*, n°3, vol.35, 1981, p. 807.

¹⁰¹¹ O. NAREY, « Le serment en droit constitutionnel » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 369.

¹⁰¹² DCC 96-017 du 5 avril 1996.

violer fondamentalement le serment »¹⁰¹³. Au Bénin, du fait de « l'indivisibilité du contenu du serment [présidentiel] »¹⁰¹⁴, il est donc imposé une double appartenance confessionnelle qui empêcherait les plus radicaux des monothéistes et des athées d'accéder au pouvoir.

495. À la lecture de ce qui précède et surtout au regard de la pratique¹⁰¹⁵, le professeur G. Rossantaga s'interroge légitimement sur le sens de la laïcité dans cette partie du monde. « Comment dire laïcité en yoruba ? »¹⁰¹⁶ ou comment saisir la laïcité en Afrique ? Elle n'est pas, toujours selon l'auteur, « une religion de l'anti-Dieu et un quasi synonyme de démocratie, liberté et République. ». Et de poursuivre,

« Les tenants [d'une conception extrémiste de la laïcité] étoufferaient sans doute s'ils étaient citoyens d'un État africain. Ne fut-ce qu'à l'écoute des discours des plus hautes autorités à l'image des vœux à la nation des chefs d'État. Ainsi, alors que les vœux des présidents français se concluent par des variantes de la formule *Vive la République ! Vive la France !*, les exercices similaires échappent rarement à une évocation/ invocation de Dieu [...] »¹⁰¹⁷.

496. Après la place de la religion, se pose la question de la nature exacte du régime politique. Bien que le présidentielisme négro-africain nous ait habitués à bien des originalités¹⁰¹⁸, le texte ivoirien a inauguré un mécanisme qui a pour seul mérite de compliquer l'identification du régime politique. Empruntant une fois de plus des caractéristiques aux régimes présidentiel et parlementaire, la Constitution ivoirienne confère au chef de l'État le pouvoir de nommer des parlementaires. En effet, « un tiers des sénateurs est désigné par le Président de la République [...] »¹⁰¹⁹. Que l'exécutif participe au vote de la loi, voire qu'il légifère en vertu d'une habilitation, il n'y a là plus rien d'étonnant. Mais l'idée que le chef de l'État puisse participer à la composition d'une assemblée législative et représentative, fût-elle des collectivités territoriales, est assez surprenante dans un système

¹⁰¹³ B. BOUMAKANI, « Le serment constitutionnel du chef de l'État en Afrique francophone » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 52.

¹⁰¹⁴ *Ibid.* p. 56.

¹⁰¹⁵ Les références incessantes des présidents africains au divin dans des allocutions officielles.

¹⁰¹⁶ G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Le prince et le prêtre en Afrique. Esquisse d'une vieille alliance » in *Mélanges Dossou*, p. 965.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ V. § 571.

¹⁰¹⁹ Article 87.

extrêmement présidentialisé. En réalité, le constituant ivoirien ne fit qu'emboîter le pas du constituant camerounais¹⁰²⁰ en Afrique noire francophone ; dans tous les cas, « Cela accroît le prestige et l'influence du président sur les institutions surtout dans les pays où cette seconde chambre possède des attributions équivalentes à celles de la chambre des députés »¹⁰²¹. Séparation souple ou rigide des pouvoirs ? Bien qu'elle n'ait à vrai dire qu'un intérêt scientifique, cette question n'est pas tranchée par le texte ivoirien au vu des contradictions qu'il comporte. Il faut même se demander si la question doit être posée en ces termes qui, à notre avis, ne soulignent pas suffisamment la perversité d'un tel pouvoir de nomination sur l'autonomie d'une composante du Parlement et l'indépendance des sénateurs.

497. Enfin, des contradictions opposant des dispositions constitutionnelles et des principes sont également à relever. C'est notamment le cas du rôle de la Cour constitutionnelle du Niger en matière électorale. En effet, la Constitution dispose en son article 128 que

« La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir en matière électorale, sans recours administratif préalable. Elle doit statuer dans un délai de cinq (5) jours, à compter du dépôt du recours au greffe ».

498. Or cette disposition, aussi inédite qu'elle soit, ne permet pas d'observer toutes les garanties qui entourent le procès. Comment assurer efficacement la demande, la réception et la transmission des mémoires sous cinq jours ? Comment être certain que chaque partie au procès et le juge ont suffisamment eu de temps pour prendre connaissance des pièces du dossier en amont ? De l'aveu des juges constitutionnels nigériens, l'instauration de cette procédure n'est pas réaliste mais la haute juridiction s'efforce tant bien que mal de tenir le délai, et ce, au détriment du principe du contradictoire. Ce fut d'ailleurs l'un des arguments invoqués par l'exécutif pour contester la décision de 2009 rendue à propos du décret portant convocation du corps électoral pour l'adoption d'une nouvelle constitution.

¹⁰²⁰ v. Article 20 de la Constitution camerounaise.

¹⁰²¹ J. I. SENOU, « Les figures de la séparation des pouvoirs en Afrique » in *RDP*, n°1, 2019, p.e. 6.

3. Les lacunes au sens strict ou le vide juridique dans les constitutions africaines

499. Le recours pour excès de pouvoir devant la Cour nigérienne est une habile transition pour aborder la question des lacunes constitutionnelles. En effet, il est préjudiciable que le constituant de 2010 n'ait pas prévu de procédure spéciale qui, conformément à la brièveté du délai de recours, offrirait toutes les garanties essentielles d'un procès équitable. Il s'agit d'une lacune.

500. Lacune, *gap*¹⁰²² en anglais, *lacuna* en espagnol ou *fehler* de l'autre côté du Rhin, ces termes renvoient *grosso modo* à un interstice juridique, à un espace ou une situation non couverte par le droit, ou à la situation d'un système normatif qui « ne contient pas de propositions définissant le statut déontique d'un cas déterminé »¹⁰²³. Dans le *Vocabulaire juridique*, elle est un « point sur lequel [la loi], muette ou insuffisante, a besoin d'être [complétée] par celui qui l'applique ou l'interprète »¹⁰²⁴. Le terme est certes connu mais, dans le détail, il recouvre plusieurs situations allant de l'hypothèse où une situation n'est pas régie par le droit à une autre où l'on ne peut appliquer avec certitude une disposition constitutionnelle à une situation. Dans les deux cas, comme dans bien d'autres¹⁰²⁵, on a affaire à une lacune.

501. Il nous a déjà été donné d'aborder cette insuffisance congénitale des textes constitutionnels, bien qu'elle ne soit reconnue¹⁰²⁶ officiellement que par le seul constituant gabonais. Les lacunes sont en effet nombreuses ailleurs si l'on se livre à une évaluation rigoureuse des textes fondamentaux africains. Il faut en effet que cette évaluation ait ce caractère quand elle est menée ici par le chercheur, et non par les autorités d'application, autrement dit les interprètes légitimes. C'est ce qui ressort de la définition retenue par G. Cornu. Elle disqualifie les chercheurs en ce que la découverte et le comblement des lacunes

¹⁰²² V. F. SCHAUER, « An Essay on Constitutional language » in *UCLA Law Review*, vol. 29, 1982, p. 798.

¹⁰²³ PH. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 177.

¹⁰²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* p. 594.

¹⁰²⁵ Dans sa thèse, J. Jeanneney dresse une typologie des lacunes. Il existe ainsi des lacunes normatives, de reconnaissance, techniques, subjectives et axiologiques. v. J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.* pp. 46-47.

¹⁰²⁶ V. § 377.

semblent être l'apanage de l'autorité d'application. Mais le chercheur, s'il est à même d'apprécier les incidences d'une législation sur le réel et que l'identification d'une lacune passe par sa préjudiciabilité, est tout aussi capable de mesurer l'absence d'une disposition juridique au travers des conséquences de son inexistence. En paraphrasant J. Jeanneney, qui apprécie « le plein » peut apprécier « le vide ». Il est vrai que cette caractérisation des lacunes d'un texte constitutionnel est nécessairement empreinte d'une part de subjectivité et ne saurait faire l'unanimité, et ce, d'autant plus que les lacunes relevées par le chercheur peuvent ne pas être celles reconnues par le juge ou acceptées par ce dernier. Mais il en est et il en sera toujours ainsi. La réalité de toute lacune – à l'exception de celles de type technique – peut toujours être discutée entre la doctrine et les juges. La caractérisation d'une lacune fait effectivement intervenir plusieurs facteurs propres à chaque acteur. Par exemple, les Français, les Allemands, les Italiens et bien d'autres jugeront le texte néerlandais de 1983 lacunaire car il n'est pas prévu de contrôle de constitutionnalité et qu'il est même défendu¹⁰²⁷ aux juges de l'exercer. Comment un système européen assis sur une constitution écrite peut-il fonctionner sans contrôle de constitutionnalité ? Pour les États voisins comme pour certains juristes néerlandais à l'instar du professeur Constantjin Kortmann¹⁰²⁸, le texte néerlandais comporte une lacune dite *subjective* telle que définie par J. Jeanneney.

« L'expression « lacune subjective » est ici préférée pour désigner la représentation du manque d'une norme dans un système normatif fondée sur la confrontation, par son interprète non-authentique, du droit tel qu'il est au droit tel qu'il devrait être selon lui. Ainsi conçues, les lacunes subjectives correspondent à la fois à un type particulier de lacunes et à une représentation plus englobante. Elles sont, avant tout, le fruit d'une critique tournée vers l'espoir d'une amélioration du droit positif. D'emblée, le caractère lâche de ces

¹⁰²⁷ Article 120 de la Constitution du 17 février 1983 : « Le juge ne porte pas de jugement sur la constitutionnalité des lois et des traités. ».

¹⁰²⁸ « J'estime, pour ma part, que l'introduction du contrôle de constitutionnalité serait souhaitable parce qu'elle constituerait un contrepois à l'égard du complexe politico-bureaucratique. À mon avis, il faudrait modifier la Constitution de manière à écarter l'application d'une loi incompatible avec les droits fondamentaux classiques, énumérés au chapitre premier de la Constitution. Ainsi formulée, la compétence du juge serait similaire à celle de l'article 94 qui traite du contrôle des lois et règlements par rapport aux engagements internationaux contenus dans les traités et aux résolutions d'organisations internationales, lesquels ne se limitent d'ailleurs pas aux droits fondamentaux ». v. C. KORTMANN, « Le juge et le contrôle de constitutionnalité au Pays-Bas » in *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n°21, 2007 (consulté le 07/10/2021).

critères fait craindre que toute lacune puisse être présentée sous les traits d'une lacune subjective, dès lors qu'elle est perçue comme une inexistence normative jugée néfaste. »¹⁰²⁹.

502. Seraient également des lacunes dans ce cas, l'absence d'une formule sécularisée de prestation de serment dans des États laïcs tels que le Bénin, le Niger et le Sénégal ; l'inexistence d'un organe régulateur dans ce dernier État ; le fait que le statut des députés ne relève pas du domaine de la loi¹⁰³⁰ ; le défaut d'une procédure permettant au juge de se saisir d'une question de constitutionnalité non transmise par le juge ordinaire¹⁰³¹ ou la procédure de consultation du Conseil ivoirien par le chef de l'État sur des questions d'ordre général. S'agissant de cette dernière lacune constitutionnelle qui persiste malgré un changement de constitution, il est à noter que la recevabilité des demandes d'avis formulées par le président de la République repose toujours sur la bonne et seule volonté de la haute juridiction. De 1960 à aujourd'hui, les différents textes ivoiriens ont toujours limité la fonction consultative du Conseil à des cas précis tels que l'exercice des pouvoirs de crise du chef de l'État ou l'appréciation des projets de textes avant leur présentation en Conseil des ministres.

B. LE JUGE CONSTITUTIONNEL COMME CORRECTEUR NATUREL DU TEXTE CONSTITUTIONNEL

503. Pour une parfaite compréhension des lignes subséquentes, une précision doit être apportée quant à l'emploi du terme « lacune ». En effet, ce dernier sera employé ici dans une acception plus large qui entend couvrir l'ensemble des défauts dont peut souffrir un texte juridique.

504. En tant que juges, les membres des cours et conseils africains sont les correcteurs de l'acte qu'ils sont appelés à appliquer. Il s'agit d'une première habilitation implicite qui,

¹⁰²⁹ J. JEANNENEY, *Les lacunes...op. cit.* p. 390.

¹⁰³⁰ Dans un arrêt n°2003-002/ CC du 7 janvier 2003 à propos d'une loi constitutionnelle, le juge nigérien précisa que la révision de l'article 81 consistait « au comblement d'un vide apparu dans la rédaction de la Constitution du 9 août 1999 [abrogée] » (nous soulignons).

¹⁰³¹ v. Arrêt n°01/CC/MC du 09 février 2018 rendue par la Cour constitutionnelle du Niger. En l'espèce, la Cour jugea que le requérant ne rapportait pas la preuve de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant le tribunal militaire. Pour autant, cette affaire posa à nouveau la question du filtre pratiqué par les juridictions ordinaires alors que la Constitution et la loi organique ne leur confèrent pas un tel rôle.

dans le contexte africain, pourrait être perçue comme une facette de la régulation pratiquée par lesdites juridictions. Toutefois, comme nous avons pu le rappeler à la suite des énoncés constitutionnels, la régulation est une compétence qui a trait aux institutions et aux pouvoirs publics. Or, l'action corrective ou le comblement des lacunes constitutionnelles par le juge touche, en sus des objets précités, aux personnes, c'est-à-dire à leurs droits et libertés ainsi qu'aux principes et valeurs. En d'autres termes, le comblement intéresse l'ensemble de la constitution puisqu'il a pour fonction de remédier aux imperfections¹⁰³² du texte, et non pas seulement aux difficultés surgissant dans l'application de la constitution par les institutions. Régulation et correction ne se confondent pas totalement bien qu'elles puissent, à un moment ou un autre, avoir pour mobile le silence des textes constitutionnels. Le comblement des lacunes est plutôt une question d'interprétation, au moins lorsqu'il est opéré à l'aide d'autres énoncés constitutionnels. Effectivement et dans bien des cas, combler une lacune peut se faire sans recourir à l'interprétation. R. Carré de Malberg dira à ce propos que

« Lorsque toute règle [...] fait ainsi défaut, il ne peut plus être question d'interprétation ; [...] la vérité est qu'il y a lieu alors pour le juge de combler ses lacunes, en disant du droit là où aucun ordre juridique n'a été établi par le législateur [ou par le constituant]. En un mot, à côté des cas où la fonction juridictionnelle consiste simplement à reconnaître et à déclarer le droit légal, il faut placer ceux où elle consistera à créer du droit en l'absence de toute prescription législative. [...] La vraie définition à donner de cette fonction, c'est qu'elle consiste à dire le droit, en ce que le juge est tenu, pour chacune des questions dont il est régulièrement saisi, de dégager de la loi ou de fonder par lui-même une solution qui formera – quelle que soit sa source – le droit, applicable à l'espèce [...]. »¹⁰³³.

505. Imaginons, à partir d'un précédent déjà évoqué, un juge dépourvu d'une fonction régulatrice et qui serait saisi quant au sens d'une disposition selon laquelle la configuration d'un sous-organe A devrait refléter celle d'un organe plus grand B. À partir de quel critère pourra-t-on considérer que la composition de A est fidèle à celle de B ? Est-ce en tenant compte du sexe, de l'âge, de l'origine, de la religion, de l'idéologie ou du bord politique ? Peu importe le(s) critère(s) choisi(s), le juge apportera au texte ce qui lui manquait, et ce, sans être expressément habilité à réguler ou à interpréter. Il choisira selon ce qui lui semble être

¹⁰³² V. § 481 et s.

¹⁰³³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, 1920 Éditions du CNRS, reimpr. 1962, pp.702-704.

conforme

au

droit.

Le comblement des lacunes traduit également une évaluation et un perfectionnement du système. Très souvent, il est jugé « vertueux » quand il est question de créer des mécanismes regardés comme essentiels¹⁰³⁴ et auxquels le constituant n'aurait pas songé. Il en est ainsi d'un juge qui déciderait, eu égard à la place qu'occupe formellement une constitution en droit interne, de pratiquer un contrôle de constitutionnalité des lois. On n'aura pas manqué de remarquer que ce dernier exemple est inspiré du système américain et du précédent *Marbury vs Madison*. En effet, l'arrêt de 1803 matérialisa encore plus l'autorité que le deuxième¹⁰³⁵ paragraphe de l'article VI entend donner au texte américain. Cette décision, qui ne peut être comprise sans tenir compte de l'organisation fédérale de l'ancienne colonie britannique, a apporté au système américain ce qui lui manquait en matérialisant une véritable suprématie constitutionnelle, tout comme le firent les juges béninois lorsqu'ils décidèrent de contrôler le comportement des autorités politiques. Ces précédents peuvent être simplement analysés comme les consécration de nouvelles compétences, mais ce serait oublier qu'elles sont également les manifestations d'un fait, d'une inévitable suppléance du constituant par le juge.

506. Dans sa thèse, J. Jeanneney estime qu'il ne peut exister d'attribution implicite et il avance un argument aussi élémentaire que désarçonnant. En effet, admettre l'existence d'une habilitation implicite conduirait à ne plus faire de distinction entre l'habilitation et la non-habilitation. Une habilitation expresse deviendrait surabondante, car si elle venait à ne pas être prévue par un texte, un organe pourrait quand même se prévaloir d'une habilitation implicite. La Haute cour malgache en fournit une parfaite illustration à travers une décision de 2018 dans laquelle elle se découvrit une fonction implicite de régulation « conformément à l'esprit de la Constitution » mais surtout

« établie et reconnue par des Cours constitutionnelles ou institutions voisines des pays de la zone Afrique pour ne citer que celles du Gabon et du Bénin; que la Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar est

¹⁰³⁴ *Ibid.* p. 347.

¹⁰³⁵ « La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États ».

membre et adhère aux principes des diverses Associations de Cours Constitutionnelles ou Institutions voisines de par le monde... ; »¹⁰³⁶.

507. On l'aura compris, l'implicite dilue le concept de l'habilitation et rend son usage impropre. Mais si le problème vient des termes employés, il suffirait dans ce cas de les changer ; chose impossible pour Jeanneney si l'on part du principe que l'habilitation (expresse ou implicite) est mise au service d'une certaine complétude du droit, une complétude qu'il jugera finalement impossible à atteindre¹⁰³⁷. L'habilitation implicite relative au comblement des lacunes pose en effet plusieurs difficultés telles que ses limites, sa légitimité ou encore la trop grande liberté accordée au juge et qui le dégagerait de la tutelle du droit existant. Si l'idée d'une habilitation implicite n'a pas convaincu Jeanneney, nous y souscrivons en dissolvant la distinction entre le *fait* et l'habilitation implicite. Dans son propos, Jeanneney reprend cette distinction entre les auteurs qui prescrivent le comblement des lacunes par le juge et ceux qui le constatent comme un *fait*¹⁰³⁸. Mais pourquoi ne pas considérer que le fait soit devenu une habilitation implicite ? Dans les systèmes constitutionnels comme ceux d'Afrique noire francophone où le comblement des lacunes n'est pas défendu par le constituant, ne peut-on pas y voir une forme de reconnaissance ? Cela ne fait aucun doute. *Le(s) fait(s)* ont donné naissance à une habilitation, laquelle relève aujourd'hui bel et bien du droit positif. Le comblement des lacunes, qui était un fait au départ, devient une habilitation implicite à partir du moment où il s'agit d'une pratique notoire qui n'est pas interdite au juge. Il est toutefois difficile d'imaginer l'hypothèse où, conformément à une disposition, le juge se voyant interdire de combler les lacunes s'y soumettrait. Pour autant, il existe bien un cas où la liberté du juge serait plus que réduite ; car c'est bien cette liberté qui représente un danger. Il en serait ainsi si le comblement des lacunes constitutionnelles était expressément confié à un organe non juridictionnel. Mais pour l'heure, aucun des textes africains en vigueur n'a retenu un tel mécanisme de renvoi.

¹⁰³⁶ Décision n°18-HCC/D3 du 25 mai 2018 *relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery Rajaonarimampianina, cons.* 17 et 18.

¹⁰³⁷ J. JEANNENEY, *Les lacunes...op. cit.* pp. 374-378.

¹⁰³⁸ *Ibid.* p. 332 et s.

§2. L'HABILITATION IMPLICITE DES JUGES CONSTITUTIONNELS À CRÉER DU DROIT INDÉPENDAMMENT DES DÉFAUTS DES TEXTES JURIDIQUES

« Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? [...] Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. »¹⁰³⁹.

508. Des propos de Portalis, on retiendra que les juges sont des intermédiaires indispensables entre le texte juridique et la situation qu'il a vocation à régir. Plus que des intermédiaires, ils sont de petites mains qui parachèvent mais aussi remodelent un travail commencé en amont par les autorités d'édiction. Il ne suffit pas de légiférer, il faut que l'acte puisse s'appliquer, et dans l'application des textes juridiques (constitution, loi...) la place et le travail du juge ont connu d'importantes évolutions. Si juger consiste toujours à trancher un litige, la fonction du juge en général (A), partant celle du juge constitutionnel (B), a définitivement passé un seuil décisif. C'est pourquoi une hiérarchie des fonctions normatives est *a priori* plus représentative qu'une hiérarchie des normes pour rendre compte de l'agencement des règles de droit.

A. UNE HABILITATION CONSÉCUTIVE À L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU JUGE DANS L'APPLICATION DU DROIT

509. L'organe judiciaire (ou la décision de justice) a longtemps été placé sous la domination de l'acte souverain (1). Ce n'est que par la suite, avec le concours de plusieurs

¹⁰³⁹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p.7.

auteurs, qu'elle y a été associée pour en constituer un complément, voire une alternative (1 et 2). Comme Tocqueville le résuma si bien, « si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaisse. »¹⁰⁴⁰.

1. L'exégèse et le confinement du juge

510. Alors que les décisions de justice pouvaient être rendues en usant de « procédures permettant d'introduire, grâce au recours à "l'équité", au *bonum et aequum* ou à des principes généraux du droit, de nouvelles règles lorsque le droit existant ne livre pas de réponses considérées comme satisfaisantes »¹⁰⁴¹ sous l'Antiquité, l'office du juge a été fonction de l'importance qu'on accorda autant à la stabilité de l'ordre juridique qu'à la qualité du législateur dans la période postérieure. Ces données dépeignent ainsi le courant exégétique ayant traversé la fonction juridictionnelle jusqu'au XX^{ème} siècle en France.

511. L'identité entre la loi et le législateur, entre l'organe et la fonction législative, reléguait la fonction de juger au rang d'autorité d'application de la loi (et non du droit¹⁰⁴²) au sens strict ; la stabilité de l'ordre juridique étant ainsi assurée par le fait qu'il n'existât qu'une source de droit. Juger consistait alors à trancher un litige en appliquant la norme décidée par le législateur. Selon les exégètes, il n'est point permis au juge de questionner la loi ou de l'éprouver au moyen du droit (réputé inexistant en dehors de la loi) ; il se doit simplement de l'appliquer en suivant un raisonnement syllogistique. La majeure étant la loi, la mineure ne saurait s'en écarter au point d'en attribuer la paternité au juge plutôt qu'au législateur. Il est un organe transparent ou un instrument au moyen duquel la loi règle un différend. « Cette perspective [exégétique] comporte une condamnation de la liberté du juge »¹⁰⁴³ et une « stricte » interprétation des textes entendue comme la recherche de l'intention de leur auteur. La négation d'une fonction créatrice du juge est maintenue au profit d'un ordre

¹⁰⁴⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *La démocratie américaine*, 1835-1840, cité par P. LAMBERT, « La montée en puissance du juge » in *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice. La place du juge dans la cité*, Bruylant, 2002, p. 2.

¹⁰⁴¹ O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, p. 911.

¹⁰⁴² Le terme « droit » faisant intervenir d'autres sources que la loi.

¹⁰⁴³ H. RABAULT, *L'interprétation des normes*, *op. cit.* p. 24.

juridique qui se veut cohérent et complet¹⁰⁴⁴ dans lequel « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹⁰⁴⁵.

512. En effet, cette condition de la fonction juridictionnelle nous la devons avant tout à Montesquieu, identifié comme un des tenants¹⁰⁴⁶ du mouvement exégétique. *L'Esprit des lois*, dans ses développements relatifs à l'Angleterre, n'entend pas donner à la fonction juridictionnelle une place éminente alors qu'au même moment l'activité juridictionnelle des parlements français est des plus redoutables¹⁰⁴⁷. Au travers de cet ouvrage, Montesquieu entend rappeler au pouvoir de juger sa place au sein de ce qu'on a appelé la séparation¹⁰⁴⁸ des pouvoirs. Il dit alors que

« [...] si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. [...] Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle¹⁰⁴⁹. Il n'en reste que deux »

¹⁰⁴⁴ *Ibid.* p. 32.

¹⁰⁴⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Liv. XI, chap.VI, Garnier, 1777, p. 327. La reprise de cet extrait par les juristes sert moins, avec le temps, à véhiculer une idée qu'à introduire une nuance car « [l'office des juges les conduit] plutôt à “ produire ” qu'à appliquer le droit ». v. I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traite international de droit constitutionnel*, Dalloz, p. 706.

¹⁰⁴⁶ Bien avant Montesquieu, il peut être fait allusion, dans une moindre mesure, au *Léviathan*. T. HOBBS ramène également l'interprétation judiciaire à la volonté « authentique » du souverain, une volonté qui peut néanmoins être suppléée par le droit naturel sans pour autant admettre une fonction normative des juges v. TH. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, F. TRICAUD (trad.) 2^{ème} Partie, chap. XXVI, Sirey, Paris, 1971, pp. 294-302.

« Les qualités qui font un bon juge, c'est-à-dire un bon interprète des lois sont, premièrement, une compréhension correcte de la principale loi de nature, qui est l'équité ; cette compréhension ne dépendant pas de la lecture de ce qu'ont écrit les autres, mais de la bonne qualité de la raison naturelle et de la réflexion de chacun », *Ibid.* p. 302.

¹⁰⁴⁷ D'où l'adage « que Dieu nous protège de l'équité des Parlements ».

¹⁰⁴⁸ Pour une relecture de MONTESQUIEU à ce propos, v. CH. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.

¹⁰⁴⁹ Selon G. TIMSIT, la nullité du pouvoir judiciaire ne peut se comprendre qu'en gardant à l'esprit que le peuple, les nobles et le roi participent à la puissance législative. De ce fait, le jugement rendu ne peut l'être que « de la manière prescrite par la loi, ce qui place le juge, dans l'exercice de sa fonction et lorsqu'il rend un jugement, dans une relation déterminée à un acte auquel les trois puissances sociales – les nobles, le peuple, le roi – ont collaboré. » G. TIMSIT, « M. le maudit. Relire Montesquieu » in *Mélanges René Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, p. 625.

513. Certainement conscient des difficultés que pourrait rencontrer la matérialisation de sa pensée, il préfère confier au « corps des nobles »¹⁰⁵⁰ le soin de tempérer la loi ; ce qui revient à admettre que l'application de la loi requiert toujours sinon souvent des agents ou organes extérieurs au parlement. D'ailleurs, l'idée même que la puissance législative puisse se porter partie à une instance devant des « tribunaux qui lui sont inférieurs » semble insupporter le Baron de la Brède. Le mépris¹⁰⁵¹ affiché à l'égard de la puissance judiciaire est manifeste.

514. La fonction juridictionnelle, ou du moins ce qu'il en reste dans la pensée brédienne, présuppose l'intelligibilité de la loi et par conséquent une certaine aisance dans son application. Il ne peut en être autrement. Ce n'est qu'en postulant la clarté et la précision de la loi que l'on peut expliquer ce refus de marge de manœuvre au juge. Tenant compte du fait que le système est cohérent et qu'il ne comporte aucune contradiction, le juge se doit d'atteindre une application idéale (conforme, disons-le) de la loi en suivant des modes de raisonnement adéquats (par analogie, *a fortiori*, *a contrario*). Le Baron de la Brède symbolise à lui seul le courant exégétique, et les relectures de son ouvrage par Ch. Eisenmann et G. Timsit¹⁰⁵² n'ont jamais remis en cause cette nullité de la puissance juridictionnelle. Monisme légal, autorité de la volonté de l'auteur et clarté des textes, telles sont les logiques sous-jacentes

¹⁰⁵⁰ « Ainsi, la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés » MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁵¹ « Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles. Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. [...] C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; [...]. Il pourrait encore arriver que quelque citoyen, dans les affaires publiques, violerait les droits du peuple, et ferait des crimes que les magistrats établis ne sauraient ou ne voudraient pas punir. Mais devant qui accusera-t-elle [la puissance législative] ? Ira-t-elle s'abaisser devant les tribunaux de la loi, qui lui sont inférieurs, et d'ailleurs composés de gens qui, étant peuple comme elle, seraient entraînés par l'autorité d'un si grand accusateur ? Non : il faut, pour conserver la dignité du peuple et la sûreté du particulier, que la partie législative du peuple accuse devant la partie législative des nobles, laquelle n'a ni les mêmes intérêts qu'elle, ni les mêmes passions », *Ibid.* p. 116.

¹⁰⁵² Au contraire, TIMSIT a su montrer qu'au-delà du risque subversif que représente le juge la nullité de la puissance de juger assure un équilibre entre les forces sociales. Un équilibre qui serait perdu si les juges, choisis parmi le peuple (l'une des forces sociales), faisaient autre chose que ce que prescrit la loi.

de ce courant qui contraint sans cesse le juge à « remonter le cours du temps » pour saisir la pensée du législateur¹⁰⁵³.

515. Le paradigme exégétique portait manifestement en lui-même les germes de sa propre destruction que B. FRYDMAN synthétise dans *Le sens des lois*¹⁰⁵⁴. Il y relève des insuffisances dans la méthode et des dérives dans les résultats¹⁰⁵⁵, ce qui ouvrait la porte à des évolutions.

2. La libre recherche scientifique et le rehaussement de la fonction de juger

516. La revalorisation de la fonction juridictionnelle s'inscrit dans un courant herméneutique dit *libre* et admettant « la pluralité des sources du droit, qui peuvent intervenir dans l'interprétation du texte »¹⁰⁵⁶. Issue d'un nouveau mouvement dit sociologique¹⁰⁵⁷, la libre recherche scientifique est incarnée par d'éminents juristes tels que François Gény, Vander Eycken ou Olivier Wendel Holmes qui, en s'appuyant sur la sociologie, ont influencé, voire modelé la méthodologie juridictionnelle et le sens même de la justice. Le courant sociologique se structurant autour d'une opposition entre le « texte et la règle »¹⁰⁵⁸, le droit n'y est plus réduit à la loi mais plutôt identifié – de manière générale – à la réalité sociale¹⁰⁵⁹ dans laquelle des intérêts sont concurrents.

517. Tableau récapitulatif dressé par B. Frydman.

École	Texte	Règle
-------	-------	-------

¹⁰⁵³ « Toute loi étant destinée à fixer un rapport de droit, toute loi exprime une pensée simple ou complexe, qui met ce rapport de droit à l'abri de l'erreur ou de l'arbitraire. Pour que la loi parvienne à ce but, il faut que sa pensée soit saisie toute entière, et dans toute sa pureté, par tous ceux qu'atteint ce rapport de droit. Ceux-ci doivent alors se transporter au point de vue du législateur, reproduire artificiellement ses opérations, et recomposer la loi par la pensée. Tel est le procédé de l'interprétation, que l'on peut définir ainsi : la reconstruction de la pensée tenue dans la loi. » F. C. v. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, M. CH. GUENOUX (trad.), Paris, 1855, T. 1^{er}, §33, pp. 205-206.

¹⁰⁵⁴ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} éd., Bruylant, col. Penser le droit, Bruxelles, 2011.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.* pp. 406-408.

¹⁰⁵⁶ H. RABAULT, *L'interprétation des normes...*, *op. cit.* p. 23.

¹⁰⁵⁷ « ...en Allemagne, en France, en Belgique et aux États-Unis d'Amérique. [...], des voix s'élèvent pour dénoncer l'abus des constructions logiques, abstraites et systématiques, et la stérilité de l'interprétation des textes, assujettie à la grammaire et à l'histoire », B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, *op. cit.* p. 432.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.* p. 442.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.* p. 443.

<i>American realism</i>	<i>Paper rules</i>	<i>Real rules</i>
<i>Sociological jurisprudence</i>	<i>Law in books</i>	<i>Law in action</i>
Philosophie positiviste	Formules	Faits
École de la libre recherche	Sources formelles	Réalité sociale

518. Cette nouvelle conception du rapport entre le droit et la loi – celle-ci étant dorénavant un sous-ensemble¹⁰⁶⁰ du premier – conduit le juge à prendre l’ascendant sur le texte législatif et par conséquent sur le législateur. En effet, plus proche¹⁰⁶¹ des faits, l’application des textes par les juges permet de saisir le droit dans toute sa vérité. Il faut qu’il leur soit reconnu une plus grande marge de manœuvre. La libre recherche scientifique est en ce sens une véritable « méthode »¹⁰⁶² guidant l’application des sources formelles et/ou informelles du droit. Au titre des nouvelles conséquences méthodologiques, la plus importante est la recherche scientifique du juge qui doit dorénavant combiner les sources précitées face à des intérêts concurrents. *Grosso modo*, la majeure du raisonnement syllogistique peut ne pas être une loi, avec tout ce que cela implique comme pouvoir d’investigation pour le juge. La distance prise avec le raisonnement judiciaire prôné par les exégétiques est évidente. D’ailleurs, c’est là le sens d’une partie de la *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*¹⁰⁶³, une œuvre qui a tenté de sonner le glas du courant exégétique. Il s’agit en effet d’une tentative puisque Gény perpétua une idée centrale de l’École exégétique : la recherche de l’intention de l’auteur. Mais, s’il y a recherche de l’intention, il ne s’agit pas d’interprétation. Effectivement, elle (l’intention de l’auteur) traduit une soumission du juge à la volonté du législateur (source formelle). Comme cela a déjà été souligné, la libre recherche scientifique est une méthode de recherche *scientifique* d’une solution à l’aide des faits (*la nature des choses*¹⁰⁶⁴), alors que l’interprétation ne porte que sur

¹⁰⁶⁰ Un extrait d’une résolution, cité par Jürgen Habermas, du 14 février 1973 de la Cour fédérale allemande énonce que « le droit n’est pas identique à la totalité des lois écrites ». v. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit. p. 267.

¹⁰⁶¹ « Le droit véritable est le droit qui se rend journallement », P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l’interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906, §108, p. 175.

¹⁰⁶² B. FRYDMAN, *Le sens des lois...*, op. cit. p. 468.

¹⁰⁶³ F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources du droit en droit privé positif*, (2 vol.), 2^{ème} éd., LGDJ, 1919.

¹⁰⁶⁴ V. en ce sens les tableaux dressés par Frydman dans *le Sens des lois*, op. cit. p. 492.

des sources formelles. Le réel ou le concret occupant une place centrale dans la pensée du juriste nancéien, le travail du juge y est envisagé comme une recherche libre et scientifique. D'où émerge la figure du « juge [qui] se fait sociologue, découvreur des normes sociales »¹⁰⁶⁵.

« Par opposition à l'interprétation, la recherche directe du droit par le juge est libre car non contrainte par les sources et scientifique parce qu'elle repose, non sur des abstractions logiques, mais directement sur les éléments objectifs du réel. Seul ce contact immédiat avec la réalité sociale et la nature des choses permet au juge de sortir des impasses où le menait la traditionnelle méthode. Les investigations du juge ne porteront donc plus sur les sources formelles, mais sur les faits. Elles n'impliqueront plus une interprétation des textes, mais la compréhension des lois de l'organisation sociale »¹⁰⁶⁶.

519. La libre recherche scientifique est pragmatique. Mais il s'agit d'un pragmatisme timide qui accorde encore une place à l'intention de l'auteur, ce qui n'a rien à voir avec le mouvement pragmatique issu du tournant interprétatif¹⁰⁶⁷. Toutefois, le but du *droit libre*¹⁰⁶⁸ n'étant pas de déconnecter totalement le juge de la psychologie du législateur, la fonction juridictionnelle se voit dorénavant inviter à investiguer *ailleurs* pour appliquer le droit. Du reste, contrairement à ce que pensait Gény, l'interprétation retrouve une fonction transversale à la faveur d'un plus grand tournant doctrinal et étranger¹⁰⁶⁹ à la science juridique.

520. Interpréter un texte juridique consiste moins à trouver une intention qu'à rechercher sa signification. Par eux-mêmes, les signes linguistiques signifient quelque chose. L'apport des sciences du langage est on ne peut plus manifeste. Interpréter, c'est décoder et cela est particulièrement utile dans le domaine juridique. En effet, le droit comporte

¹⁰⁶⁵ H. RABAULT, *L'interprétation des normes...*, *op. cit.* p. 36.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ « L'interrogation centrale ne porte plus sur la faculté de représentation de l'objet pour un sujet, mais sur la propriété du langage à refléter ce dont il traite, c'est-à-dire sur une théorie de la signification émancipée de la psychologie. [...] Ce tournant va permettre de dépasser enfin la réduction du sens à l'intention de l'auteur, [...] », B. FRYDMAN, *Le sens des lois...op. cit.* p. 545.

¹⁰⁶⁸ Nous faisons allusions ici à l'ensemble des courants doctrinaux (sociologique, économique, pragmatique...) militant pour un assouplissement de la recherche de l'intention du législateur par le juge.

¹⁰⁶⁹ FRYDMAN rappelle à ce propos que le tournant linguistique du 20^{ème} siècle a fortement impacté la philosophie et la science du droit. *v.* pp. 543-545.

naturellement une irréductible imprécision¹⁰⁷⁰, ce qui justifie d'avoir un juge créateur de normes chez les normativistes.

3. L'irréductible indétermination du droit ou la reconnaissance du pouvoir créateur du juge par le courant normativiste

521. Dans un ouvrage paru en 1976, H. Hart pose pour la première fois le concept de « la texture ouverte »¹⁰⁷¹. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une lacune, d'un défaut dont on devrait venir à bout. On sort donc ici du cadre des anomalies textuelles¹⁰⁷² abordées plus tôt. Cette texture ouverte, loin d'être le résultat d'une défaillance de la part de l'autorité à l'origine d'un texte juridique, est « irréductible mais encore utile »¹⁰⁷³.

522. S'appuyant sur le langage où la clarté et l'imprécision constituent les deux faces d'une seule et même pièce, Hart estime qu'il en est de même pour les textes juridiques définis comme des « énoncés linguistiques généraux dotés d'autorité dans lesquels une règle se trouve formulée »¹⁰⁷⁴. Le processus de communication des modèles de conduites prescrits passe soit par un « recours maximum aux énoncés généraux établissant des catégories » à l'instar des lois, soit par « un usage minimum »¹⁰⁷⁵ desdits énoncés. Mais dans un cas comme dans l'autre, il règnera toujours des incertitudes, des imprécisions, car il existe « une limite, inhérente à la nature du langage, au pouvoir de [guider les hommes] »¹⁰⁷⁶. Partant, l'application d'une loi ou d'un précédent à une espèce ne peut véritablement se faire qu'en estimant qu'il existe des similitudes entre le cas évident ou familier, c'est-à-dire celui que

¹⁰⁷⁰ v. H. Kelsen, « Interprétation » in *Théorie pure du droit*, 2^e éd, LGDJ, 1999, p. 335 et s, ou H.L.A. HART qui affirme qu'« autour de toutes les règles, il y a cependant une pénombre d'incertitude qui contraint le juge à choisir entre plusieurs possibilités. [...] Si tant d'incertitude peut surgir dans les humbles sphères du droit privé, combien davantage n'en trouverons-nous pas dans les phrases grandiloquentes d'une constitution. [...] La conception selon laquelle le droit consisterait essentiellement en des règles n'est-elle pas fortement exagérée sinon erronée ? » *Le concept de droit*, M. VAN de KERCHOVE (trad.), Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pp. 26-27.

¹⁰⁷¹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, M. VAN DE KERCHOVE (trad.), Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

¹⁰⁷² V. § 481 et s.

¹⁰⁷³ B. FRYDMAN, *Le sens des lois...op. cit.* p. 576.

¹⁰⁷⁴ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.* p. 158.

¹⁰⁷⁵ Le précédent, appelé aussi « exemple [faisant] autorité », en est une parfaite illustration selon Hart. *Ibid.* p. 157.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

semble poser le texte ou le précédent, et l'espèce à apprécier. Il y a donc un choix à faire¹⁰⁷⁷ et, en dernier ressort, il revient au juge. L'idée de la « texture ouverte » qui, elle, est liée à la condition du législateur vient conforter le pouvoir créateur du juge au travers du choix. Ignorant – puisqu'il ne peut prévoir tous les cas particuliers – et légiférant sans objectifs déterminés¹⁰⁷⁸, le législateur (ou le constituant), dont les « handicaps »¹⁰⁷⁹ rejaillissent inévitablement sur les règles édictées, offre par là même aux juges la possibilité de compléter la règle de droit. Mais cela n'est possible que dans certains cas en dehors du « noyau de certitude » de la règle. Ainsi, l'intervention du juge est cantonnée aux *borderlines cases*, c'est-à-dire là « où l'application de la règle sera douteuse. »¹⁰⁸⁰. B. Frydman parle d'ailleurs d'une « règle d'adjudication », d'une « habilitation »¹⁰⁸¹ en vertu de laquelle la règle doit être complétée lorsque le juge fait face à des cas limites, ces cas étant certainement les domaines auxquels Hart fait référence lorsqu'il énonce que « la texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe [...] des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points [...] »¹⁰⁸².

523. Les choses sont quelque peu différentes du côté de la *Théorie pure du droit* même si Kelsen parvient à la même conclusion, c'est-à-dire à affirmer le pouvoir créateur du juge. D'abord, Kelsen désigne par « fonction créatrice de norme individuelle » des tribunaux les cas où ces derniers statuent en vertu « d'un pouvoir d'agir en législateur »¹⁰⁸³ ou « en

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* p. 159.

¹⁰⁷⁸ « [...] Lorsque nous nous hasardons à élaborer une règle générale de conduite (par exemple, une règle prescrivant qu'on ne peut faire pénétrer aucun véhicule dans le parc), le langage utilisé dans ce contexte établit les conditions que doit nécessairement réunir un objet pour rentrer dans son champ d'application, et l'on peut avoir présents à l'esprit certains exemples clairs de ce qui rentre certainement dans son champ d'application. Il s'agit de cas typiques et clairs (l'automobile, l'autobus, le vélo à moteur), et l'objectif que nous poursuivons en légiférant, est, dans cette mesure même, déterminé, étant donné que nous avons opéré un certain choix. Nous avons déterminé dès l'origine le principe selon lequel la paix et la tranquillité doivent être maintenues dans le parc au prix, en tout cas, de l'exclusion de ces éléments. Par contre, tant que nous n'avons pas mis l'objectif général de la paix à assurer dans le parc en rapport avec ces cas que nous n'avions pas, ou peut-être que nous ne pouvions pas envisager dès l'origine (par exemple, le jouet que constituerait une automobile propulsée électriquement), notre objectif demeure, en ce sens, indéterminé. », *Ibid.* p. 160

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ B. FRYDMAN, *Le sens des lois...op. cit.*, p. 578.

¹⁰⁸¹ *Ibid.* p. 579.

¹⁰⁸² *Ibid.* p. 168.

¹⁰⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, C. EISENMANN (trad.), 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 327.

absence d'une norme générale positive de fond »¹⁰⁸⁴. Et Kelsen de préciser que le pouvoir discrétionnaire du juge est plus limité dans la seconde hypothèse. Ensuite, même en présence d'une norme générale de fond, ce pouvoir discrétionnaire ne disparaît pas et c'est sur ce point que Kelsen se rapproche de Hart car il évoque l'indétermination. En effet, le juriste autrichien écrit que

« Les normes positives ne peuvent pas déterminer par avance tous les éléments, [...] les normes générales ne sont jamais qu'un cadre à l'intérieur duquel les normes individuelles doivent être créées. Seulement, ce cadre peut être plus étroit ou plus large. Il atteint la largeur maximum lorsque la norme générale positive ne contient que l'habilitation à créer la norme individuelle, sans déterminer par avance son contenu. »¹⁰⁸⁵.

524. Passant en revue les différents cas d'indétermination, Kelsen estime qu'il existe toujours une indétermination relative des textes fondée sur la configuration de l'ordre juridique, sur la pyramide des normes. En effet, « le rapport entre un degré supérieur et un degré inférieur de l'ordre juridique [...] est une relation de détermination », et celle-ci a inévitablement pour conséquence « une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire ». ¹⁰⁸⁶ De là, l'auteur de la *Théorie pure du droit* ne pouvait lui aussi qu'aboutir à l'idée d'un choix (la volonté) de la part de l'autorité chargée d'édicter la norme inférieure. Au final, l'un des apports de cet ouvrage est d'affirmer qu'application et création du droit vont de pair. La première opération ne peut être réalisée sans que la seconde ne le soit. La volonté du juge y occupe en permanence une place déterminante, ce qui fait de Hans Kelsen un véritable réaliste.

525. Les idées d'incomplétude du droit et d'indétermination des textes juridiques ont permis de reconnaître une fonction normative (au sens de création) au juge en séparant la norme du texte. Il revient au juge (et plus généralement aux autorités d'application¹⁰⁸⁷) de décider des normes contenues dans les énoncés juridiques.

¹⁰⁸⁴ Il s'agit précisément de l'hypothèse du vide juridique dans laquelle le juge doit rejeter une demande ou prononcer un acquittement. *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* p. 328.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.* p. 454.

¹⁰⁸⁷ Dans ses développements relatifs à l'interprétation dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen désigne par cette expression les autorités administratives et judiciaires censées appliquer le droit.

526. À la volonté du législateur se substitue celle du juge. Le droit est finalement ce qu'en disent ses autorités d'application. L'identification de la norme au contenu de la décision juridictionnelle est une donnée largement assimilée autant par la doctrine que par les profanes. La fonction juridictionnelle, dans les pays de droit écrit, est aujourd'hui entourée d'une aura volontariste¹⁰⁸⁸ que les mouvements réalistes (scandinave et américain) exacerbent. Le réductionnisme¹⁰⁸⁹ est manifeste. D'un juge-serviteur de la loi à un juge-créateur du droit, la période post-exégétique¹⁰⁹⁰ témoigne d'une évolution autant dans la conception du droit que dans celle du pouvoir judiciaire. « Oracle qui laissait parler la loi à travers lui, le juge devient ici son interprète, dépositaire à la fois de la charge d'éclairer la relative indétermination de son sens et de la tâche de l'appliquer conformément à un idéal de justice. »¹⁰⁹¹. Dans un *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, S. Belaid ira plus loin en estimant que le rôle du juge n'a jamais été d'appliquer le droit mais plutôt « de régler, sur la base du Droit et suivant une procédure déterminée, des litiges qui peuvent surgir entre les sujets de Droit »¹⁰⁹². Cette conception extensive de l'office du juge emporte ainsi deux principales conséquences. D'une part, cette mission pacificatrice¹⁰⁹³ dégage la fonction

¹⁰⁸⁸ « A cet égard, on peut noter que c'est cette théorie de l'interprétation qui a été le fondement de la sociologie du droit, puisque, en établissant que le jugement n'était pas l'application particulière de la loi, elle conduisait à rechercher, à défaut de déterminations par le texte, des déterminations sociales ou psychologiques. Si l'explication du jugement n'est pas dans la loi, il faut bien qu'elle soit dans le juge », M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire » in *Pouvoirs*, n°16, 1981 p. 10.

¹⁰⁸⁹ « C'est une banalité que de dire que les deux [courants réalistes] considérés procèdent à une remise en cause du statut de la règle qui se traduit par : a) Un scepticisme à l'égard des règles. b) Une reformulation du rapport entre l'élément normatif (la validité) et l'élément d'effectivité (la réalité). c) Un réductionnisme, plus ou moins affirmé et assumé, du droit à l'effectivité (la réalité, et particulièrement la pratique réelle des tribunaux). ». E. MILLARD, « Réalisme américain, réalisme scandinave. Essai de caractérisation » in *Revues* [en ligne], n°24, 2014, pp. 92-93 (disponible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/revus/2915>).

¹⁰⁹⁰ Déjà, dans son *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, an VIII*, Portalis critiquait le référentiel législatif et soulignait l'importance de la jurisprudence sous l'autorité des lois. Ce qui revenait déjà à reconnaître le pouvoir créateur des juges. « Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des prescrits. Car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable. Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. » J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, ed. Confluences, 2004, p. 22.

¹⁰⁹¹ P. BOURETZ, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : L'énigmatique légitimité du juge » in *Pouvoirs*, n°74, Seuil, 1995, pp. 78-79 (nous soulignons).

¹⁰⁹² S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974, p. 262.

¹⁰⁹³ *Ibid.* p. 271.

juridictionnelle de sa tutelle législative. D'autre part, l'obligation qui incombe à l'origine au juge judiciaire de statuer, sous peine de se rendre coupable de déni¹⁰⁹⁴, l'autorise à créer le droit applicable. Mais au-delà de l'autorité judiciaire et comme Belaid l'énonce, « le pouvoir de créer des règles juridiques est une *compétence implicite* de toute fonction juridictionnelle »¹⁰⁹⁵.

527. On le voit, la justice constitutionnelle fait ses premiers pas dans d'heureuses circonstances, c'est-à-dire à un moment où la fonction juridictionnelle dans son ensemble jouit d'une opinion plutôt favorable. Le juge constitutionnel, en tant que juge, peut ainsi se prévaloir de ces implicites compétences reconnues à tout organe juridictionnel. Mais, à côté de ces analyses doctrinales qui vont dans le sens d'une reconnaissance du pouvoir créateur des juges, il se trouve que la nature politique de la justice constitutionnelle, elle aussi, pèse de tout son poids.

B. LA DIMENSION POLITIQUE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN TANT QUE FONDEMENT SPÉCIFIQUE DU POUVOIR CRÉATEUR DES JUGES

528. La justice constitutionnelle est l'instrument de *judiciarisation* du pouvoir politique au service du constitutionnalisme. En effet, l'objet de la doctrine constitutionnaliste est invariable dans la mesure où il est toujours question de limiter le pouvoir. Comme le souligne M. Barberis¹⁰⁹⁶, le constitutionnalisme n'a pas pour synonymes « la doctrine constitutionnelle » ou « le droit constitutionnel » en dépit de l'identité établie entre ces termes aujourd'hui ; il a une fonction prescriptive.

529. À partir du XIX^{ème}, la normativité de la constitution est au constitutionnalisme ce que Kelsen est au normativisme. La constitution comme norme a été le produit d'un renouveau de la pensée dans les pays de droit romain dont la *Théorie pure du*

¹⁰⁹⁴ C'est sur base de cette infraction que J. Chevallier fait reposer le pouvoir interprétatif du juge. v. J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois » in G. KOURBI et G. FAURE (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, p. 125 et s.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », ISABELLE BOUCOBZA (trad.), in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.1, Dalloz, 2012, pp. 114 et s.

droit constitue la première et véritable expression. Dans cet ouvrage, Kelsen fait de la constitution une véritable norme dont la violation par le(s) pouvoir(s) devrait être sanctionnée par un juge. La justice constitutionnelle trouve ici son sens premier, celui d'un contrôle de conformité des actes inférieurs aux prescriptions constitutionnelles. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité est l'essence de la justice constitutionnelle. Il fait de cette dernière une justice particulière¹⁰⁹⁷, une justice éminemment politique comme a pu le souligner P. Avril à propos du modèle continental. « La justice constitutionnelle est politique »¹⁰⁹⁸, dira-t-il.

« Mais politique au sens le plus noble du terme puisque toute loi est par nature un acte politique. La loi étant un acte politique, arrêter la loi est nécessairement aussi un acte politique. Politique ne veut pas dire (comme on le croit souvent) partial ou partisan. Qu'on se rassure. »¹⁰⁹⁹,

530. précisera J. Robert. Dépassant une antinomie latente entre la justice et la politique dont l'union serait néfaste pour la séparation des pouvoirs et les libertés, Avril souscrit à la pensée de Rivero¹¹⁰⁰ selon laquelle la justice constitutionnelle diffère de l'ordinaire. D'ailleurs, la spécificité de la justice constitutionnelle fait l'objet d'une bibliographie¹¹⁰¹ non

¹⁰⁹⁷ « Le juge constitutionnel n'est qu'un organe politique qui exerce des fonctions politiques et devant lequel, il n'y a ni procès, ni partie, ni débat », B. CHENOT, cité par D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique » in *RFDC*, n°95, 2013, pp. 611-638 (nous soulignons).

¹⁰⁹⁸ P. AVRIL, « La justice constitutionnelle est politique », *Commentaire*, n°35, 1986/3, pp. 416-417 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.cairn.info/revue-commentaire-1986-3-page416.htm>).

¹⁰⁹⁹ J. Robert, « Le juge constitutionnel est-il un contre-pouvoir ? Table ronde du Centre français de droit comparé » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n°3, 2010, 2010. p.790.

¹¹⁰⁰ J. RIVERO, « Rapport de synthèse » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Colloque d'Aix-en-Provence, Economica, 1982, p. 520 ; v. également dans le même ouvrage le rapport introductif de L. Favoreu dans lequel il énonce que « [...] les juges constitutionnels appartiennent à une autre catégorie et à un autre monde que les juges ordinaires », p. 29.

¹¹⁰¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) » in *RDP*, 1928 ; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Le gardien de la constitution), 1931 ; J. LARCHÉ, « Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'État », *AJDA*, 1972, t. XXVIII, p. 136 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel [français] est-il une juridiction ? » in *RDP*, t. 95, 1979, pp.27-52. ; D. MAUS, « La notion de contentieux constitutionnel sous la Ve république » in *RPP*, 1980, n°884, p. 29 ; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris Economica, 1986 ; B. EL HAMIANI KHATAT, *La justice constitutionnelle au Maroc. Contribution à la théorie générale de la juridiction constitutionnelle*, thèse de droit public, Paris II, 1986 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996 ; D. ROUSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^e éd., Paris, Montchrestien 1998 ; J.-P. MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Paris LGDJ, 1998 ; J. Robert, *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, Paris Montchrestien, 1999 ; O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, Paris ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, Paris, pp.115-135 (disponible à l'adresse

négligeable portant sur la nature de cette justice ou l'organe qui l'exerce. Quel est donc cet objet qui caractérise autant cette justice ? La suprématie constitutionnelle est la première réponse apportée. En prenant appui sur son mécanisme essentiel qu'est le contrôle de constitutionnalité, elle a pour objet d'assurer le respect de la constitution et un extrait de « La garantie de la constitution » est abondamment repris à ce propos.

« Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation de ses actes inconstitutionnels – c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel »¹¹⁰².

531. Cependant, comme D. de Béchillon l'a à juste titre souligné¹¹⁰³, la justice constitutionnelle ne peut être définie que par le seul contrôle de constitutionnalité (des lois), car la nature des textes de référence du contrôle (constitution, déclaration des droits...) déteint inévitablement sur la justice rendue. C. Schmitt ne traite-t-il pas de la constitution en tant que décision politique ? Rien ne s'oppose à ce que sa sauvegarde (juridictionnelle) soit de la même espèce. Il y a encore dans cette justice une irréductible inclination politique en raison de la nomination¹¹⁰⁴ des juges, des sources mobilisées et de la qualité des requérants. La pondération réalisée par les juges constitutionnels, comme le ferait le législateur, entre les droits et libertés est en ce sens une parfaite illustration des caractères exceptionnel et singulier de cette justice.

532. Il faut néanmoins faire preuve d'une certaine prudence en présentant de la sorte la justice constitutionnelle et prévenir ainsi des conclusions hâtives. En effet, ce qui précède ne conduit certainement pas à affirmer que les juges constitutionnels statuent en opportunité

suivante : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748>) H. KELSEN, *Qui doit-être le gardien de la Constitution ?*, S. BAUME (trad.), M. Houdiard, Paris, 2006 ; O. BEAUD et P. PASQUINO, *La controverse sur le "gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle*, Paris éditions Panthéon-Assas, 2007 ; R. BADINTER, « Une longue marche : Du Conseil à la Cour constitutionnelle » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, août 2009. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles Larcier, 2012.

¹¹⁰² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) » *op. cit.*, p. 223 (nous soulignons).

¹¹⁰³ D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 169-179.

¹¹⁰⁴ « Quel que soit le régime, quels que soient les hommes, une nomination au Conseil constitutionnel a nécessairement un caractère politique dans la mesure où le Conseil intervient dans des domaines qui intéressent au plus haut point les organes politiques de l'État. », disait F. Luchaire à propos des nominations. *v.* F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel. Organisation et attribution*, t. 1, 2^e éd., Economica, 1997, p. 69.

– un débat auquel nous renonçons volontiers – mais plutôt à indiquer que les affaires dont les juridictions constitutionnelles sont saisies sont susceptibles de dépasser le cadre du droit en vigueur. Elles contraignent alors les juges à prendre en compte et mêler aux données dites juridiques des données d'autres natures. Comme le rappela plus récemment M. Diakhate, « le juge constitutionnel est appelé à exercer une autorité affectée d'un coefficient politique assez élevé »¹¹⁰⁵. Asseoir la fonction constituante sur l'objet de la justice constitutionnelle est un argument tout aussi central qu'additionnel. Effectivement, l'idée selon laquelle l'interdiction du déni de justice et le pouvoir normatif des juges seraient les deux faces d'une seule et même pièce¹¹⁰⁶ tend à assurer un fondement plausible et commun au pouvoir créateur des juges constitutionnels, ordinaires et même communautaires¹¹⁰⁷. Néanmoins, au niveau des juridictions constitutionnelles, la nature politique et l'obligation de juger – une contrainte commune à l'ensemble des juridictions – agissent de concert bien qu'ils ne soient pas placés sur un pied d'égalité. Il nous semble que la nature politique joue un plus grand rôle que le second élément. Par exemple, on a également pu parler de la fonction constituante¹¹⁰⁸ exercée par la Cour de justice européenne alors même que le Protocole n°3¹¹⁰⁹ ne comporte aucune clause prohibant le déni de justice. En Italie, la nature politique du contentieux constitutionnel est encore pointée du doigt et justifie l'émergence d'une nouvelle catégorie d'arrêts rendus par la Cour constitutionnelle. Pour M. C. Ponthoreau, les arrêts *manipulatifs*¹¹¹⁰ sont au nombre des conséquences de la « complexité de la matière politico-constitutionnelle sur laquelle [la Cour] est amenée à se prononcer »¹¹¹¹. La matière n'est pas sans conséquence sur l'office du juge. C'est en cela que la dimension ou l'objet de

¹¹⁰⁵ M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les États de l'Afrique noire francophone » in *RDP*, n°3, 2015, p.e 1.

¹¹⁰⁶ v. S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, op. cit. p. 271 et s.

¹¹⁰⁷ v. H. GAUDIN, « La "fonction constituante" de la Cour de Justice des Communautés Européennes » in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit communautaire*, C.E.E, Bruylant, Bruxelles, 2001.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ Protocole (n°3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce n'est que par le truchement du droit à un procès équitable (v. Article 6 § 2 du Traité de l'Union européenne et C.J.C.E. 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*).

¹¹¹⁰ Alors que la Cour italienne n'est censée rendre que des arrêts d'admission et de rejet (v. article 136 de la Constitution italienne), elle a créé des arrêts dits *manipulatifs* servant essentiellement à éviter des lacunes juridiques en déclarant une loi défectueuse (arrêt additif) ou en substituant à une disposition inconstitutionnelle une autre créée par la Cour (arrêt substitutif).

¹¹¹¹ M. C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, op. cit. p.80.

la justice constitutionnelle est un fondement essentiel et spécifique à la compréhension de la création du droit dont elle est à l'origine.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

533. L'objectif de ce chapitre a été de démontrer que la fonction constituante des juridictions constitutionnelles africaines ne s'explique pas par le simple exercice de leurs attributions, fussent-elles originales. Les énoncés habilitants ne reflètent pas l'étendue des compétences des juges, et encore moins les missions dont ils sont effectivement investis. Ces autres habilitations ou missions considérées comme implicites, qui n'empruntent pas toujours les formes des attributions expresses (régulation et interprétation), sont bel et bien une réalité occultée par une trop grande attention accordée aux compétences fixées par les textes. Les attributions originales des cours africaines fascinent et obnubilent les chercheurs. Quand des juges assurent vouloir « pacifier » les rapports sociaux, on préfère parler de « régulation »¹¹¹², et si d'aventure une juridiction constitutionnelle venait à combler une lacune on oserait qualifier cette opération « d'interprétation » alors qu'il s'agit d'un pouvoir supplétif. Il faut dire que les travaux et controverses sur la régulation institutionnelle et l'interprétation constitutionnelle en ont fait des concepts flous, suffisamment pour servir d'explication à toute manifestation – y compris la plus inédite – du pouvoir créateur du juge en Afrique. Ce qui a pour conséquence de rejeter toute analyse qui, elle, tenterait de saisir des données moins évidentes. Or, par la disposition des choses et au-delà des énoncés juridiques, le juge constitutionnel est investi d'autres attributions.

534. Le pouvoir créateur du juge constitutionnel africain est tributaire autant du contexte dans lequel la juridiction s'inscrit, des pouvoirs inhérents à la fonction de juger que de la spécificité de la justice constitutionnelle. Trois données dont la première est certainement la plus importante en Afrique. Sur elle repose la singularité de la fonction

¹¹¹²v. par exemple B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, p. 276.

constituante quand il est abordé la question des compétences des cours et conseils. En effet, il est assez inédit que la justice constitutionnelle se meuve en un véritable préceptorat.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

536. « Le pouvoir créateur du juge constitutionnel africain repose certes sur la constitution, mais pas que sur elle ». C'est par cette formule que nous achevons plus tôt le propos introductif de ce second titre et nous espérons ici avoir suffisamment démontré le bien-fondé de cette affirmation. En effet, aux données juridiques, c'est-à-dire aux attributions formelles, se mêlent des éléments liés à la sociologie, à l'histoire et au contexte politique interne. À ce premier groupe d'étrangers, il faut adjoindre les implications des justices (ordinaire et constitutionnelle) de manière générale. Si la fonction constituante est tributaire de son milieu d'exercice, elle est également fonction des pouvoirs que l'on reconnaît traditionnellement à tout juge. Partant, il apparaît que les compétences du juge ont précédé les énoncés habilitants qui, eux, semblent soit incomplets, soit éloignés des réalités du prétoire. De malheureuses situations qui ne constituent que très rarement des empêchements à la manifestation du pouvoir créateur puisqu'il est inhérent à toute justice constitutionnelle.

537. L'universalité de ce pouvoir ne doit pas pour autant conduire à supposer qu'il doive s'exercer suivant des modalités identiques partout. La tentation d'aboutir à une telle conclusion est grande, car les constitutions africaines dites « démocratiques » et la configuration institutionnelle qui y prévaut sont calquées sur les modèles occidentaux. Si l'on peut comprendre que la Cour de Rome ait une jurisprudence constituante différente du Conseil de Paris, comparer les interprétations constitutionnelles de la Cour gabonaise et celles faites du côté de Karlsruhe se révèle plus ardu. Les données ne sont pas les mêmes, nous dira-t-on, mais la compétence interprétative est affirmée dans les deux systèmes. Sans affirmer qu'une juridiction ferait un meilleur usage de ses attributions – cela n'a jamais été au nombre des objectifs de cette recherche –, il se dégage que les constitutions n'ont pas à être interprétées, complétées ou réécrites suivant les mêmes procédés dans des matières analogues et en poursuivant les mêmes finalités.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

538. La fonction constituante des cours constitutionnelles est bien une réalité au sud du Sahara. Des institutions aux libertés, en passant par des matières plus techniques comme les finances publiques, la figure du juge constituant apparaît où ce dernier le juge utile. Loin de ne découler que de commentaires de la jurisprudence, cette fonction, dite “constituante”, repose dans bon nombre d’États africains sur des énoncés habilitants de rang constitutionnel on ne peut plus précis.

539. La fonction constituante des Hautes cours permet ainsi de mesurer la distance prise par les constituants des anciens territoires colonisés avec le modèle français de justice constitutionnelle. Le juge africain n’est pas qu’un organe juridictionnel. Au moyen de décisions, et d’avis, il décide tel un organe politique, et cela est bien loin d’un contrôle de constitutionnalité classique. La régulation du fonctionnement des institutions en est la plus parfaite illustration.

540. Se pose alors la question de la nature exacte d’une juridiction constitutionnelle africaine. Dans la forme, il s’agit indubitablement d’une juridiction. Dans le fond, la réponse est moins certaine. Si d’aucuns pourraient y voir une « super-juridiction », pour d’autres, l’organe de justice constitutionnelle – sous la plume du constituant africain – aurait dégénéré. Organe d’action et de contrôle à la fois, il serait tout sauf une juridiction. Mais il faudrait plutôt le considérer comme un organe hybride, *mi-constituant* et *mi-constitué*, imaginé par les constituants africains pour répondre à des besoins locaux.

541. On pressent ainsi que les originaux énoncés relatifs aux attributions à portée constituante (interprétation et régulation) ou les jurisprudences, par lesquelles les cours se reconnaissent des compétences équivalentes, ne peuvent que conduire à un exercice singulier du pouvoir créateur des juges constitutionnels dans cette partie du monde.

PARTIE II. LA SINGULARITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

543. En prenant, comme nous venons de le faire, la mesure des normes créées par le juge constituant mais aussi celle des fondements, tant textuels qu'implicites, du pouvoir créateur exercé par cet organe juridictionnel au Sud du Sahara, nous avons quelque peu empiété sur la présente partie. En effet, les attributions à portée constituante des cours constitutionnelles africaines sont déjà révélatrices d'une justice constitutionnelle particulière ou, pour être plus précis, de systèmes de justice constitutionnelle singuliers.

544. Face à cette diversité, il serait plus que raisonnable – quand il s'agit d'aborder la question de la fonction constituante – d'éviter d'étudier ensemble lesdits systèmes afin d'éviter l'écueil de l'homogénéisation. En effet, si l'objectif n'est pas de s'inscrire dans une vision comparatiste, la seconde partie de notre travail gagnerait en clarté et précision en usant du pluriel. « Les singularités de la fonction constituante en Afrique noire francophone » serait un intitulé plus fidèle à la réalité des faits et soulignerait ainsi la pluralité des dynamiques et procédés intervenant dans la *construction* de la constitution par les juges en Afrique noire francophone. Du Bénin au Sénégal, chaque juridiction constitutionnelle crée du droit à sa manière.

545. Mais fort heureusement, et au-delà des énoncés constitutionnels relatifs aux cours, les systèmes de justice constitutionnelle se rapprochent dans la pratique ; et la fonction constituante illustre assez bien ce rapprochement. Partant, il est possible de constater les traits dominants, voire distinctifs de la fonction constituante africaine (Titre 1). Et si sur bien des aspects l'œuvre du juge constituant africain est à saluer, sur d'autres

quelques améliorations mériteraient d'être apportées. Dit autrement, la fonction constituante est perfectible (Titre 2).

TITRE PREMIER. LA CARACTÉRISATION DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

546. Au regard des attributions originales des cours constitutionnelles africains, il est tout à fait légitime de s'attendre à ce que le pouvoir créateur du juge constitutionnel soit exercé d'une manière fort singulière. Mais l'affirmer ne suffit pas, encore faut-il le démontrer, et c'est tout l'objet du présent titre.

547. En effet, les juges africains ne peuvent, comme ils le font, recourir à un tel pouvoir sans révéler au passage les principales caractéristiques de leur office constituant. À côté des nombreuses variables, il y en a d'autres qui singularisent en tout temps la révision juridictionnelle de la constitution en Afrique noire francophone.

548. Révision juridictionnelle de la constitution, pouvoir créateur ou fonction constituant, la mise en œuvre de cette faculté que détiennent les cours, de « modifier » la constitution en Afrique noire francophone, met en évidence, d'une part, le grand intérêt que porte le juge constituant au contentieux institutionnel (Chapitre 1) et, d'autre part, l'érection de blocs de constitutionnalité hétérogènes (Chapitre 2).

CHAPITRE I. UNE FONCTION CONSTITUANTE

CIRCONSCRITE AUX QUESTIONS

INSTITUTIONNELLES

549. Les lignes précédentes ont servi à établir que les institutions sont à la fonction constituante en Afrique noire francophone ce que l'argile est au potier. Les juridictions en façonnent tous les aspects, et ce, bien avant les années quatre-vingt-dix qui constituent le repère historique de départ que nous nous sommes imposé. L'histoire de l'exercice du pouvoir créateur des juridictions constitutionnelles sur les éminents organes de l'État africain peut ainsi remonter aux premières heures des États indépendants sans qu'on ne puisse, faute de sources, le prouver ; l'inaccessibilité de la jurisprudence des anciennes chambres constitutionnelles des Cours suprêmes et celle de certaines mandatures en fonction¹¹¹³ constitue un obstacle majeur pour apprécier la portée de la jurisprudence constitutionnelle (constituante) sur l'organisation, le fonctionnement et les interactions des institutions constitutionnelles. Qu'à cela ne tienne, la période allant du renouveau démocratique à nos jours est tout aussi pertinente en raison de l'autonomisation des cours constitutionnelles, objet de notre étude.

550. L'importance quantitative et qualitative de la jurisprudence constituante relative aux institutions met en exergue la concentration de la fonction constituante sur ces questions. Qu'en est-il alors des autres contentieux auxquels nous avons consacré plusieurs lignes ? Il nous faut effectivement user des mots avec raison. La circonscription dont il est fait état n'est pas exclusive comme le démontre la jurisprudence de chacune des juridictions examinées. Il a en effet été donné de voir que les juges béninois, nigérien et gabonais s'investissaient autant dans le contentieux institutionnel que non institutionnel.

¹¹¹³ Nous faisons principalement référence ici à la Cour gabonaise et, dans une moindre mesure, à la Cour béninoise dont le site institutionnel souffre de longues et multiples interruptions.

551. Logiquement, c'est en adoptant une vue d'ensemble que se dégage cette caractéristique de la fonction constituante en Afrique. Ensemble, les cours sont plus enclines à se faire constituantes lorsque sont en cause les organes constitutionnels, et ce, pour plusieurs raisons qu'il nous faudra exposer tout au long des développements à venir. En effet, cette propension du juge constitutionnel africain francophone à créer du droit lorsqu'il est saisi de problématiques institutionnelles s'explique par la fertilité quasi naturelle du contentieux sus-évoqué (Section 1) et par les rôles qu'il est appelé à jouer (Section 2).

SECTION 1. LA FERTILITÉ DU CONTENTIEUX INSTITUTIONNEL AFRICAIN

« [...] Si dans les démocraties libérales où l'observation montre que la réalité ne correspond pas toujours, ni même souvent, à l'optimisme des schémas constitutionnels, on imagine alors aisément combien l'écart peut être considérable entre la réalité politique et la lettre de la Constitution dans les États dépourvus de tradition en ce domaine. »¹¹¹⁴.

552. L'aménagement du pouvoir en Afrique noire francophone et la structure qui en découle, sont le résultat d'un mimétisme institutionnel. Fraîchement indépendants, les États africains eurent à leurs têtes des élites accoutumées à un exercice du pouvoir à la française. Conscients également de la perte d'autorité¹¹¹⁵ qu'aurait constituée un retour au

¹¹¹⁴ K. DOSSOU, « Pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone » in *RFDC*, n°90, 2012, pp. 59-60.

¹¹¹⁵ « Les nouveaux gouvernants étaient presque toujours en opposition avec les élites traditionnelles. Ils étaient naturellement conduits à vouloir établir une organisation constitutionnelle pour deux raisons principales. En premier lieu parce qu'ils devaient rompre avec l'ordre ancien dont la résurrection aurait eu pour conséquence d'affaiblir leur autorité au profit des chefs traditionnels. [...] En second lieu, ils avaient une culture politique marquée par l'étatisme et le modernisme. », D. G. LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les États francophones*, Pedone, Paris, 1976, pp. 16-17. En outre, dans sa thèse complémentaire, G. PAMBOU TCHIVOUNDA qualifia les pères fondateurs africains de nationalistes « intellectuels » dans la mesure où ils n'étaient pas animés par « un nationalisme de masse soutenu par une dynamique quantitative ». v. G. PAMBOU TCHIVOUNDA, *Recherche sur une problématique et une méthodologie applicables à l'introduction du droit public moderne dans les sociétés post-coloniales*, Thèse soutenue à Montpellier, 1979, pp. 39-40.

système précolonial¹¹¹⁶ pour eux, les nouveaux dirigeants n'hésitèrent pas à asseoir les États sur le principe démocratique, mais sous des régimes différents. C'est ainsi que le Bénin (Dahomey), la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Niger devinrent des régimes présidentiels tandis que le Sénégal emprunta d'abord la voie du parlementarisme avant de rentrer dans le rang du présidentielisme en 1963.

553. Aujourd'hui, la configuration institutionnelle des États d'Afrique noire francophone est sensiblement la même. Les principaux organes constitutionnels de ces régimes sont : Le Président de la République, le Premier ministre, une ou deux chambres législatives, une juridiction constitutionnelle, un médiateur¹¹¹⁷ de la République et un Conseil économique et social. On notera quelques spécificités telles qu'une vice-présidence de la République au Bénin¹¹¹⁸, en Côte d'Ivoire et au Gabon, un Haut Conseil de la République au Niger et un Haut Conseil des collectivités territoriales au Sénégal.

554. Comme on peut s'y attendre, la prolifération de la fonction constituante a pour première origine la nature politique de ces institutions constitutionnelles. Si, à la lecture des constitutions, les grandes institutions de l'État africain ne sont pas toutes politiques, elles sont néanmoins *politisées* à l'instar de la justice dont le professeur Gaudusson rappelle le sempiternel procès¹¹¹⁹ fait par la doctrine. Qu'à cela ne tienne, les institutions politiques

¹¹¹⁶ C. Coquery-Vidrovitch décrit la période précoloniale comme étant une « gérontocratie » pour insister sur le poids et l'autorité des chefs traditionnels. v. C. COQUERY-VIDROVITCH, « Les structures du pouvoir et la rurale précoloniale » in *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 68, n°250-253, 1981, p. 56 ; une gérontocratie contrebattue « par l'action d'élites modernes issues du fonctionnariat colonial ou du commerce privé » si l'on se réfère aux termes employés par T. BAKARY. v. T. BAKARY, *Les élites africaines au pouvoir*, Institut d'études politiques de Bordeaux, n°2/3, 1990, p. 31.

¹¹¹⁷ Au Bénin, au Niger et au Sénégal, cette fonction a été instituée par la loi. v. La loi n°2009-22 du 3 janvier 2014 portant institution du Médiateur de la République au Bénin ; la loi n°99-04 DU 29 janvier 1999 abrogeant et remplaçant la loi n°91-14 du 11 février 1991 instituant un Médiateur de la République au Sénégal ; la loi n°2013-30 du 17 Juin 2013 modifiant et complétant la loi N°2011-18 du 08 Août 2011 instituant un Médiateur de la République au Niger.

¹¹¹⁸ Elle fut instituée par la loi n°2019-40 portant révision de la constitution du 1er novembre 2019.

¹¹¹⁹ « La tonalité dominante des opinions exprimées en 1990 est celle du procès fait à la justice et à ses acteurs. On pointe sa faible indépendance, notamment vis-à-vis du politique, son absence d'impartialité, son éloignement de la population, son excessif formalisme et juridicisme, la misère financière et documentaire des tribunaux, l'insuffisante formation professionnelle et morale des magistrats [...] Depuis vingt-cinq ans, toutes les études sur la justice – et elles sont innombrables – commencent par l'énoncé de sévères critiques et d'un réel scepticisme de la part des observateurs et experts nationaux ou internationaux, comme des acteurs eux-mêmes, usagers potentiels ou en cours de procès, investisseurs ou consommateurs, responsables de l'institution judiciaire, magistrats...», J. D. B. DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *op.cit.*, pp. 13-14.

auxquelles il est ici fait référence sont les organes constitutionnels dont l'implication ou la participation à l'activité politique, au sens de la conquête et de la conservation du pouvoir, n'est pas défendue, et surtout ne constitue pas un motif de révocation du mandat ou de la fonction. Deux conditions cumulatives – la possibilité de prendre part au fait politique et l'absence d'un régime d'incompatibilités – qui sont en fin de compte les deux faces d'une même pièce permettent de saisir les institutions *politiques*. Sont ainsi concernés au premier plan l'exécutif¹¹²⁰ et le législatif. En s'en tenant aux espèces dont les juridictions constitutionnelles ont eu à connaître, on constate que l'amateurisme et la déviance de ces institutions politiques africaines (S1) d'une part, et la survenance d'évènements exceptionnels (S2) d'autre part, suscitent concurremment la fonction constituante du juge constitutionnel.

S1. L'IMPÉRITIE ET L'IMMORALITÉ DES INSTITUTIONS POLITIQUES AFRICAINES

« On sait que les principes énoncés dans les constitutions ou leurs préambules ne permettent pas toujours de définir un régime politique : en effet, certains d'entre eux sont altérés dès leur application alors que d'autres, volontairement ignorés, sont remplacés par des usages qui parfois constituent les véritables ressorts du régime [...] »¹¹²¹.

555. Inexpérience et immoralité rythment le fonctionnement et l'action des institutions africaines dans l'application des constitutions. Ces textes ne sont pas, et n'ont pas été, à l'abri de certains errements de la part des organes politiques alors même qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'ils en aient une parfaite compréhension. Ceci pour dire que le comportement attendu de la part de ces autorités n'a pas toujours été au rendez-vous et cela

¹¹²⁰ L'on se doute bien que la destitution du chef de l'État, pour violation de son serment, aurait pour conséquence de le ranger parmi les institutions apolitiques, mais il n'en est rien. En effet, ce n'est pas tant sa participation au fait politique qui est sanctionnée que les actes contraires au serment qu'il a pu poser à l'occasion de cette participation.

¹¹²¹ J.-P. MASSERON, *Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar*, Pedone, 1966, p. 56.

est tout à fait regrettable pour ce qui est de la moralité¹¹²², car la question de l'expérience¹¹²³ est moins évoquée par les constitutions africaines. Autrement dit, comme à Athènes, « n'importe qui, y compris les individus n'ayant aucune compétence particulière, [peut gouverner] »¹¹²⁴. Ainsi, lorsque les cours font face aux insuffisances sus-évoquées, elles participent finalement à un mouvement de résistance contre « le déclin du constitutionnalisme »¹¹²⁵.

556. Il est acquis que la réussite de la greffe des institutions occidentales en Afrique noire francophone n'aurait pas pu se faire sans une part de rejet¹¹²⁶, sinon de résistance, consciente ou inconsciente de la part des différentes sphères dirigeantes africaines. Partant, l'instauration d'un organe (une juridiction constitutionnelle) censé permettre à la constitution de produire son plein effet, autant dans le fonctionnement des institutions politiques que dans leurs rapports mutuels, était un impératif qui se révèle utile. En effet, l'autonomisation des juridictions constitutionnelles africaines ne s'explique pas seulement par le mouvement de démocratisation¹¹²⁷ des années quatre-vingt-dix mais également par l'impérieux fonctionnement régulier des institutions découlant d'une véritable séparation des pouvoirs ; raison pour laquelle « [les juridictions constitutionnelles] sont aujourd'hui, à des degrés divers, une réalité du jeu politique et, pour certaines d'entre elles, en occupent le

¹¹²² La Constitution béninoise aborde la question de la probité des membres de l'exécutif (articles 35, 74, 75, 115, 138). Il en est de même du côté du Niger (v. article 80).

¹¹²³ Seul le texte béninois fait de la compétence une qualité dans l'accomplissement d'une fonction publique ou élective.

¹¹²⁴ B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, Champs Essais, 2019, p. 21.

¹¹²⁵ « On ne peut manquer d'être frappé par le fait que les constitutions semblent avoir perdu beaucoup de leur importance en Afrique noire. Il y a de nombreux régimes qui ne reposent pas sur un texte constitutionnel et, lorsqu'ils existent ils semblent peu appliqués. Ce que nous appelons le déclin du constitutionnalisme en Afrique noire [...], », D. G. LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire*, op. cit. p. 12.

¹¹²⁶ V. à ce propos, P.-F. GONIDEC, « A quoi servent les constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain » in *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, n° 42, 1988, ou Y. MÉNY (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel : La greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993.

¹¹²⁷ Communément appelée « troisième vague de démocratisation », elle désigne ici un phénomène de libéralisation des régimes postcoloniaux africains bien que son point de départ fut la révolution des œillets au Portugal. Aidées par un contexte international réprobateur à l'égard des régimes dictatoriaux eux-mêmes fragilisés par des crises économiques, les revendications populaires ont contraint les dirigeants à privilégier le dialogue. D'où l'adoption de constitutions dites démocratiques après, pour certaines, la tenue de conférences nationales. L'un des faits marquants de cette transition généralisée vers une réelle démocratie étant bien entendu le multipartisme dans les États à parti unique.

centre »¹¹²⁸. D'où l'existence de jurisprudences ayant révélé au grand jour l'inexpérience des institutions politiques africaines (A), voire la volonté de s'écarter de certains principes¹¹²⁹ constitutionnels, sinon libéraux (B).

A. L'INEXPÉRIENCE DES INSTITUTIONS POLITIQUES AFRICAINES OU L'INCULTURE CONSTITUTIONNELLE DES GOUVERNANTS

« Une culture constitutionnelle élevée du peuple supposerait que celui-ci sache comment fonctionnent les institutions avec plus ou moins de précision [...] la culture constitutionnelle en tant que connaissance des possibles et des interdits des textes constitutionnels n'est pas encore une réalité généralisée [en Afrique francophone]. »¹¹³⁰.

557. Sans ambages, les lignes de la présente subdivision dépeignent des institutions constitutionnelles, inspirées de l'ancienne métropole où elles découlent d'une longue tradition, transplantées dans de jeunes systèmes africains qui n'en maîtrisaient visiblement pas l'esprit et les rouages ; ce qui semble parfois être toujours le cas si l'on songe par exemple à la référence religieuse faite par les présidents ivoirien¹¹³¹ et gabonais¹¹³² lors de leur dernier message au Congrès. Au sein de la jurisprudence constitutionnelle, il nous a été donné de le

¹¹²⁸ J. B. DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs » in *Afrique contemporaine*, n°250, 2014, p. 17.

¹¹²⁹ On peut évoquer, au Gabon, la création d'un prélèvement obligatoire sur les seules rémunérations de la fonction publique (projet de loi instituant une contribution de solidarité sur les hauts revenus) qui ne tient pas compte de la situation personnelle de chaque agent de l'État. Si le projet venait à être adopté, la Cour constitutionnelle ne manquerait pas de rappeler au gouvernement l'article 20 de la Constitution qui dispose que : « [...] chacun doit participer, en proportion de ses ressources, au financement des dépenses publiques. ».

¹¹³⁰ M. R. HASSANI « La culture constitutionnelle dans les États d'Afrique francophone : le paradoxe du peuple constituant » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°123, 2020, p. 614 et 628 (nous soulignons). On attirera l'attention sur le fait que cette étude porte sur les peuples africains, et non spécifiquement sur les gouvernants. Néanmoins, la conclusion de l'auteur se vérifie particulièrement à l'égard de ces derniers.

¹¹³¹ Il clôtura en effet son discours par ces mots : « Vive la République ! Vive la Côte d'Ivoire ! Que Dieu bénisse notre cher pays. » alors que la laïcité de l'État est au nombre des « Principes fondateurs de la République [ivoirienne] » (v. article 46 de la Constitution de 2016). Discours disponible à l'adresse suivante : <http://www.presidence.ci/parlement-en-congres-adresse-du-president-de-la-republique-s-e-m-alassane-ouattara-sur-letat-de-la-nation>.

¹¹³² « Que Dieu vous bénisse, et qu'il bénisse le Gabon », Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, prononcé le 25 juin 2021 et disponible à l'adresse suivante : <https://www.gabonmediatime.com/gabon-discours-integral-dali-bongo-devant-le-parlement-reuni-en-congres/>.

voir au Bénin dans les décisions DCC 07-83¹¹³³ et DCC n°10-117¹¹³⁴ dans lesquelles la Cour rappela à l'exécutif les limites de ses attributions en matière législative. En effet, ces jurisprudences portaient respectivement sur le moment de l'entrée en vigueur de la loi et sur la recevabilité financière de celle-ci ; des questions ordinaires qui ne soulevaient pas de réelles difficultés qu'une lecture, disons-le, naïve des dispositions constitutionnelles n'aurait pas résolues. Mais la Cour, saisie, dut tout de même se prononcer, et l'on ne peut que prendre la mesure de l'inexpérience des organes au travers des questions posées. Quand le chef de l'État demande à la Cour de dire qu'il lui revient de décider du moment à partir duquel une loi peut rentrer en vigueur, des députés attendent de la même juridiction qu'elle censure l'adoption d'une proposition de loi *gagée* par le gouvernement en lieu et place du député à l'origine de la proposition. Y'avait-il vraiment matière à saisir la juridiction constitutionnelle ? On ne doute pas que le contexte politique et les matières en jeu – le recours aux pouvoirs exceptionnels du président de la République en 1994 et la réforme des règles relatives à l'élection des députés en 2010 – donnaient à ces questions une tonalité particulière mais elles auraient pu être résolues autrement que devant le juge, et même évitées. Bien qu'il faille saluer le respect qu'accordent les pouvoirs publics au rôle d'interprète de la Constitution de la Cour en la saisissant de telles questions, nous oserons qualifier ces questions de problématiques mineures. D'autres jurisprudences d'ailleurs, comme la décision gabonaise n°3/CC du 27 février 2004 ou l'affaire n°1-C-2005¹¹³⁵ jugée par le Conseil sénégalais, on frise l'amateurisme. Au Gabon, la Cour a dû se résoudre à faire appel à des objectifs de valeur constitutionnelle face à un législateur négligent quant à la praticabilité des délais de remplacement d'un membre du Conseil de la communication. C'est bien le travail du législateur qui fut mis en cause et plus précisément l'applicabilité des textes votés par celui-ci, et ce, d'autant plus qu'à aucun moment la haute juridiction n'a questionné l'opportunité de la législation en cause. Aussi étonnant que cela puisse paraître,

¹¹³³ « [Que] le législateur, dont l'attribution constitutionnelle principale est de voter la loi, a le pouvoir d'en fixer librement la date d'effet [...] que s'il est une règle que lorsque la date d'effet d'une loi n'est pas fixée par le législateur, celle-ci produit des effets à la date de sa promulgation par le chef de l'État ; que par contre, lorsque la date d'effet est fixée par le législateur, c'est à cette date que la loi produit ses effets ; », *cons. 5. V. § 202.*

¹¹³⁴ « « Que [la] proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes doit donc émaner des députés qui ont proposé la loi et non du Gouvernement ; qu'en acceptant cette proposition de loi, le Président de l'Assemblée Nationale a méconnu les dispositions des articles 107 de la Constitution et 74.5 du Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale ; », *cons. 7. V. § 203.*

¹¹³⁵ Affaire n°1-C-2005 du 12 février 2005.

au travers des cinquième et sixième considérants de sa décision, la Cour pointe du doigt l'incapacité du législateur à produire une loi applicable. Au Sénégal, comment le législateur en est-il arrivé à adopter sans circonlocutions une loi d'amnistie dans le seul intérêt d'une famille, donnant ainsi la déplaisante impression qu'un intérêt privé prenait le pas sur l'intérêt général ? En affichant un motif personnel parmi ceux ayant conduit à l'adoption du texte contrôlé, le législateur sénégalais avait manifestement méconnu l'objectif d'une amnistie qui est, selon le juge, « [de rechercher] l'apaisement politique et social ». Il faut ici cerner le reproche qui est fait au législateur. Il lui est reproché d'avoir affiché son favoritisme en identifiant clairement et précisément un sous-groupe de personnes, mettant de côté la recherche de l'intérêt général censée guider constamment son action. L'adoption de textes au seul profit *indirect* d'une catégorie de personnes n'est pas le seul fait du législateur sénégalais. En Afrique noire francophone, bien des textes légaux ou réglementaires sont mis au service d'un détournement de pouvoir en favorisant implicitement des personnes ou groupes de personnes qui ne devraient pas l'être. On en a pour exemple les textes relatifs aux découpages électoraux qui sont parfois contestés par l'opposition au motif qu'ils seraient toujours faits au seul profit du camp présidentiel. Pour mémoire, on se limitera à rappeler que deux circonscriptions ivoiriennes pouvaient élire le même nombre de députés avec des écarts démographiques importants¹¹³⁶ lors des législatives de 2016. On aurait tort de croire, à la vue des dates, que cet amateurisme soit d'un autre temps, car des décisions encore plus récentes ont été des plus surprenantes. Violant le sacro-saint principe du parallélisme des formes et confirmant l'idée selon laquelle les conseillers juridiques ne seraient que des meubles meublants au sein des institutions de l'État, le législateur gabonais prit une loi¹¹³⁷ abrogeant des textes légaux et réglementaires antérieurs. En effet, l'article 5 de ladite loi, que censura¹¹³⁸ la Cour disposait :

¹¹³⁶ La région du Guémon (919 392 habitants) et la région du Kabadougou (193 394 habitants) pouvaient élire chacune 7 députés. Au Gabon, on retrouve une incongruité similaire avec la province de l'Estuaire (895 689 habitants) dont sont issus 26 députés et celle Haut-Ogooué (250 799 habitants) où sont élus 23 députés. *v.* <https://www.mays-mouissi.com/2016/07/04/population-gabon-departement-departement/>, consulté le 08/10/2021.

¹¹³⁷ Loi n°013/2019 portant suppression de certains services publics.

¹¹³⁸ Décision n°015/GCC du 24 mars 2020 relative à la requête présentée par le premier ministre tendant au contrôle de constitutionnalité de la loi n°013/2019 portant suppression de certains services publics.

« Sont abrogés : la loi n°004/2009 du 9 février 2010 portant création, organisation et fonctionnement du Fonds Forestier National, la loi n°16/2004 du 6 janvier 2005 portant création, organisation et fonctionnement du Fonds National pour le Développement du sport, la loi n°19/82/PR du 24 janvier 1983 portant création de l'Agence Nationale de Promotion Artistique et Culturelle, l'article 6 tiret 2 de la loi n° 1/96 du 13 février 1996 fixant les règles de privatisation des entreprises du secteur public, la loi n°007/71/PR/ MINECO du 16 décembre 1971 portant création du Conseil Gabonais des Chargeurs, la loi n°1/96 portant création du Centre Gabonais de Promotion Touristique , l'ordonnance n°5/76 du 20 février 1976 créant le Centre National Antipollution, le décret n°0272/PR du 6 février 2013 portant création et organisation de la Commission Nationale d'Organisation et Gestion des événements et manifestations à caractère national et international, le décret n°0375/PR/MAEPSA du 21 octobre 2014 portant création et organisation de l'Agence Nationale des Pêches et de l'Aquaculture, le décret n°00254/PR/MAEPG du 22 août 2017 portant création attributions organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Produits Agricoles du Gabon, le 2^{ème} tiret de l'article 11 de la loi n°002/2014 du 1^{er} août 2014 portant orientation du développement durable en République gabonaise, le chapitre 2 du titre 4 de la loi n° 002/2014 du 01 août 2014 portant orientation du développement durable en République gabonaise, les articles 8 à 11 du décret n°252/PR/MFAS du 19 juin 2012 portant organisation du régime de mise en œuvre de l'aide sociale et de la protection sociale, le décret n°0128/PR du 22 janvier 2013 portant création du Bureau de coordination du plan stratégique Gabon Émergent, le décret n°1019/PR/MECIT du 24 août 2011 portant création organisation du Fonds de Garantie de logement ».

558. Après avoir rappelé les règles élémentaires¹¹³⁹ d'abrogation ou de substitution des textes normatifs, la Cour jugea la loi inapplicable, partant inconstitutionnelle, en raison d'un « mélange confus et désordonné [de dispositions] »¹¹⁴⁰. Après ce mélange de genre¹¹⁴¹ au Gabon, le juge constitutionnel béninois déclara exécutoire une loi pour remédier à l'incurie du président de la République qui, manifestement, négligea d'accomplir un devoir constitutionnel : la promulgation. Dans sa décision DCC 20-510 du 18 juin 2020, la Cour

¹¹³⁹ « Considérant qu'il importe de rappeler que la procédure d'élaboration et d'adoption des lois veut que chaque loi ne traite que d'un seul sujet, qu'ainsi, en cas de modification, d'abrogation ou lorsqu'il faut y apporter un complément ou encore supprimer certaines dispositions d'une loi, ce soit par le biais d'une autre loi, prise spécifiquement à cet effet et portant sur le même sujet, qu'il y est procédé ; Considérant, s'agissant des textes réglementaires, que c'est en application du même processus que les autorités compétences adoptent ou modifient les décrets et arrêtés ou en suppriment certaines dispositions ; que cependant, il peut arriver que la loi modificative dispose différemment d'un texte réglementaire pris naguère pour l'application de la loi initiale ; que dans ce cas, et en vertu du principe de la hiérarchie des normes, ledit texte réglementaire ne peut plus s'appliquer en l'état ; que le Gouvernement est alors tenu de prendre un nouveau textes réglementaire qui vient soit modifier, soit abroger le texte initial, soit supprimer les dispositions contraires à la loi », cons. 5 et 6.

¹¹⁴⁰ *Ibid.* cons. 8.

¹¹⁴¹ *v.* <https://www.gabonreview.com/gabon-la-loi-n013-2019-frappee-dinconstitutionnalite/>.

était saisie par le président de l'Assemblée nationale lui demandant de constater l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-05 portant organisation du secret de la défense nationale, votée depuis le 18 janvier 2019 et déclarée conforme¹¹⁴² à la constitution. Invité à se justifier sur la non-promulgation dudit texte, le chef de l'État argua « d'insuffisances de forme et des contrariétés de fond » qui nécessitaient que la Cour se penche à nouveau sur ledit texte avant sa promulgation. Était-ce au Chef de l'État de faire échec aux dispositions constitutionnelles en ne satisfaisant pas à la promulgation après la première décision de mars 2019 ? Il faudrait, comme la Cour le fit, répondre par la négative.

559. « Jeunes »¹¹⁴³ États africains ou « jeunes démocraties »¹¹⁴⁴ ! Tout est dit quand on les oppose de la sorte aux vieilles démocraties occidentales. Leur jeunesse n'est pas une innocente évocation de leur récente apparition sur la scène internationale, mais également le prétexte tout trouvé à leurs errements passés, présents et futurs, mis sous le coup de l'inexpérience. On soulignera ici que ces éléments de langage sont repris encore aujourd'hui par les juges constitutionnels que nous avons rencontrés dans la préparation de la présente étude. Il apparaît que les cours et conseils, sans être tous excessivement conciliants et sans les infantiliser, ne sont pas sans savoir qu'elles ont affaire à des néophytes. C'est en ce sens que des conseillers nigériens ont pu nous confier que la Cour se devait d'être « pédagogue [à l'égard des autres institutions] »¹¹⁴⁵ ou « de faire comprendre à chaque institution son rôle et ses attributions »¹¹⁴⁶.

560. Il faut néanmoins relativiser l'inexpérience des institutions. D'une part, d'autres questions¹¹⁴⁷ posées aux juges constitutionnels étaient dignes d'intérêt. D'autre part, certains dirigeants africains appelés à incarner les institutions constitutionnelles à la suite des

¹¹⁴² DCC 19-116 du 28 mars 2019.

¹¹⁴³ R. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *RFDC, op. cit.* p. 723.

¹¹⁴⁴ B. GUËYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in *Pouvoirs*, n°219, 2009, p.21.

¹¹⁴⁵ Propos de monsieur Issaka Moussa, magistrat de formation et conseiller à la Cour constitutionnelle du Niger.

¹¹⁴⁶ Propos de monsieur Ibrahim Moustapha, magistrat de formation et vice-président de la Cour constitutionnelle du Niger.

¹¹⁴⁷ On songe ici aux décisions n°95-05, n°95-06 et n°96-003 rendues par la Chambre constitutionnelle nigérienne sous la cohabitation et qui ont facilité les rapports, combien conflictuels, entre les deux têtes de l'exécutif dans le fonctionnement du conseil des ministres. *v. V. § 213 et s.*

indépendances eurent l'occasion d'exercer d'importantes fonctions dans la vie politique française. On pense ainsi au premier Président ivoirien Félix Houphouët-Boigny qui fut député, plusieurs fois ministre et premier ministre de Côte d'Ivoire dans le cadre de la Communauté française. Les classes dirigeantes qui ont succédé aux Pères des indépendances¹¹⁴⁸ ont été soit formées ou employées en France, soit entourées de conseillers ou collaborateurs expérimentés. C'est ainsi que dans sa thèse portant sur les élites gabonaises, Lévi Martial Midepani¹¹⁴⁹ releva le haut niveau d'instruction de la « génération 1990 » par rapport aux précédentes et le rôle joué par l'université française dans la formation de ces élites¹¹⁵⁰. Au début des années quatre-vingt-dix, plusieurs docteurs¹¹⁵¹ occupent le devant de la scène politique et institutionnelle gabonaise. Les ministres étaient d'ailleurs majoritairement des enseignants-chercheurs¹¹⁵² loin devant les cadres de l'administration. Nous succomberons à la tentation de citer ici des propos évocateurs rapportés par Midepani : « [...] il semblerait qu'aujourd'hui, comme hier, l'intellectuel gabonais n'arrive que difficilement à échapper à la tentation de la politique active, ne pouvant se contenter de "politique spéculative", il se lance, souvent sans garde fous [sic], dans la "politique opérative" »¹¹⁵³. Bien avant Midepani, T. D. Bakary¹¹⁵⁴, examinant les élites politiques ivoiriennes, se rendit compte que cette classe politique était dominée entre 1957 et 1980 par des diplômés. Il s'agissait des « Pontins », issus de l'École normale William Ponty¹¹⁵⁵, suivis

¹¹⁴⁸ Félix Houphouët-Boigny en Côte d'Ivoire, Léon M'ba au Gabon, Hubert Maga au Bénin, Léopold Sédar Senghor au Sénégal et Hamani Diori au Niger.

¹¹⁴⁹ L. M. MIDEPANI, *Élites politiques et démocratisation au Gabon. Contribution à une sociologie de la construction démocratique en Afrique noire*, Thèse soutenue à Amiens, 2005.

¹¹⁵⁰ L'étude menée repose sur un échantillon composé des ministres et les députés de l'époque considérée. *Ibid.* p. 49.

¹¹⁵¹ Il s'agit principalement des juristes, des économistes et des gestionnaires.

¹¹⁵² v. Tableau XXVII in L. M. MIDEPANI, *Élites politiques et démocratisation au Gabon*, *op. cit.*, p. 315.

¹¹⁵³ *Ibid.* p. 316.

¹¹⁵⁴ T. D. BAKARY, *Les élites politiques en Côte d'Ivoire. Modernisation du système politique ou formation d'une classe dirigeante*, Thèse soutenue à Paris, 1983, p. 561 et s.

¹¹⁵⁵ École fédérale de l'Afrique-Occidentale française avant les indépendances, les instituteurs, médecins et cadres y étaient formés. Y ont fait leurs classes : Félix Houphouët-Boigny, Modibo Keita, Hubert Maga, Hamani Diori, Mamadou Dia ou Abdoulaye Wade. v. J.-H. JÉZÉQUEL, « Les "enfants du hasard" ? » in *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n°2, 2003, pp. 173-199 ; P. BARTHÉLÉMY, *Africaines et diplômées à l'époque coloniale (1918-1957)*, Presses Universitaires de Rennes, 2010 ; B. NIANE « Transfiguration socioculturelle à l'École normale William Ponty, prélude du panafricanisme » in *Topique*, vol. 137, n°4, 2016, pp. 31-45.

par les Africains¹¹⁵⁶ partis étudier en métropole au lendemain de la Seconde guerre mondiale et les plus jeunes dits « enfants de la lutte ».

561. Ceci pour dire, qu'avant et après le renouveau démocratique, les régimes africains étaient aux mains de personnes instruites, formées et plus ou moins aptes à s'occuper des affaires de la cité. La moralité de ces dirigeants doit par conséquent être mise en cause.

B. L'IMMORALITÉ DES INSTITUTIONS POLITIQUES AFRICAINES

« L'ignorance volontaire de la loi fondamentale – les Constitutions ayant été conçues pour faire plaisir aux Blancs – explique en partie l'impression sinon la réalité que la majorité des régimes politiques africains n'aient pas évolué. »¹¹⁵⁷.

562. Si les compétences n'ont que très peu fait défaut des indépendances à nos jours, la moralité des dirigeants africains, partant des organes constitutionnels, doit surtout être mise en cause quand leurs actions s'écartent manifestement de la légalité constitutionnelle. Le contentieux institutionnel est si prenant pour le juge-constituant parce qu'il se doit parfois de rappeler aux autorités publiques une certaine moralité qui leur commande d'agir comme l'aurait fait « [l'] homme [vertueux] »¹¹⁵⁸ décrit par Aristote il y a bien longtemps. Bien qu'ils ne fassent jamais, sinon rarement, référence à la morale ou à l'éthique, les juges n'y sont pas indifférents. Il advient en effet que l'action des institutions

¹¹⁵⁶ Appelés « Passagers de l'Aventure » du nom du navire qui conduisit 148 jeunes en métropole en octobre 1946 pour qu'ils y intègrent des universités et écoles. Selon T. Bakary, 7 ministres, 9 députés, 8 membres du bureau politique ainsi que plusieurs hauts-fonctionnaires seront issus de ce groupe une fois de retour au pays. v. T. D. BAKARY, *Les élites politiques en Côte d'Ivoire*, op. cit. p. 563-564.

¹¹⁵⁷ G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, *Essai sur l'État africain postcolonial*, LGDJ, 1982, p. 112.

¹¹⁵⁸ « La vertu est une disposition à agir d'une façon délibérée, consistant en une médiété relative à nous, laquelle est rationnellement et comme le déterminerait l'homme prudent. ». v. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, J. TRICOT (trad.), Les éditions les Échos du Maquis, 2014, p. 50. v. également K. E. BEYS, *Le problème du droit et des valeurs morales entre le bien et le mal*, F. VOGIN-FORTSAKIS (trad.), L'Harmattan, 2004, p. 290. v. K. PLOUFFE-MALETTE, *Moralité publique des droits de la personne au droit de l'OMC*, Bruylant, 2019, spéc. pp. 6-13.

africaines ne soit pas des plus vertueuses, politiquement¹¹⁵⁹. Le principe interne¹¹⁶⁰ commandant une action des organes constitutionnels africains et déterminant sa fin peut être en contradiction avec des principes constitutionnels, comme le montre l'instauration d'un lien de dépendance entre le mandat du député et son appartenance à une formation politique au Gabon. Un lien de dépendance que la Cour gabonaise¹¹⁶¹ jugea inconstitutionnel. « Antidémocratique et singulièrement contraire à la liberté », les termes employés démontraient la gravité de l'atteinte portée ainsi à l'indépendance des députés qui sont des élus de la Nation, et non d'un parti politique. L'adoption d'une telle loi, confirmée, malgré la censure du juge, par une révision constitutionnelle, découle moins d'une maladresse que d'un calcul politique auquel les constitutions sénégalaise et nigérienne finirent par s'adonner en invoquant une lutte contre la transhumance¹¹⁶² politique. On voit difficilement comment le pouvoir législatif pourrait contrôler l'action gouvernementale, voire s'opposer à celle-ci si les élus de la majorité ne sont pas à l'abri d'une sanction indirecte au sein du parti. Il y a dans cette subordination du parlementaire à son parti comme un rappel de l'article 1989¹¹⁶³ du Code civil français ; une situation déjà évoquée¹¹⁶⁴. Sans exagération aucune, on en revient au lien de « supériorité hiérarchique »¹¹⁶⁵ qui unissait les électeurs aux élus des États-généraux sous l'Ancien régime, à ceci près qu'au Gabon le parti s'est substitué aux électeurs puisqu'il est à l'origine de la révocation du mandat. Dans cette configuration, il n'existe bien évidemment aucun mandat impératif puisque celui-ci est pensé comme lien entre l'électeur et l'élu mais il en va autrement dans les faits¹¹⁶⁶. Autre exemple

¹¹⁵⁹ En retenant une très large acception de la loi (constitution, principes non-écrits, loi *stricto sensu*...), la vertu politique correspond ici à ce que Montesquieu appelle « l'amour des lois et de la patrie [...], l'amour de la république ». v. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Liv. IV, chap. V et Liv. V chap. II.

¹¹⁶⁰ v. E. KANT, *La Métaphysique des mœurs*, cité par A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^e éd. « Quadrige », 2016, p. 1020.

¹¹⁶¹ Décision n°5/94 du 11 mars 1994.

¹¹⁶² B. BOUMAKANI, « La prohibition de la "transhumance politique" des parlementaires. Étude de cas africains » in *RFDC*, n°75, 2008, pp. 499-512.

¹¹⁶³ Cet article dispose : « Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. ».

¹¹⁶⁴ v. § 317 et 318.

¹¹⁶⁵ J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, p. 92.

¹¹⁶⁶ On prendra pour exemple, le cas du député gabonais Ali Akbar Onanga qui a été exclu de son parti et donc déchu de son mandat. Il lui avait été reproché de porter atteinte à l'unité de son parti en s'opposant à la montée en puissance du directeur de cabinet du président de la République. Suite au renvoi dudit directeur,

et non des moindres, l'avis n°006/AC/CC¹¹⁶⁷ illustre une déviance institutionnelle à son paroxysme. En saisissant le Conseil sur le point de savoir s'il pouvait « simplement transmettre à l'Assemblée Nationale le projet de loi portant révision de l'article 35 de la Constitution [relatif à l'éligibilité à la présidence de la République et à la limitation dudit mandat] sans que cette transmission ne donne lieu à un examen et ne soit ainsi analysée comme l'engagement de la procédure de révision constitutionnelle »,

563. le chef de l'État ivoirien agit avec désinvolture tant il ne fit état d'aucun fait ou événement qui aurait pu conduire à ce que les députés n'examinassent pas le projet de révision. Il est regrettable que le Conseil n'ait pas jugé utile de dire que la compréhension de l'article 124 relatif à la révision constitutionnelle ne posait aucune difficulté. Au-delà de cet avis, on peut rappeler un autre avis n°004/CC/SG¹¹⁶⁸ du Conseil ivoirien ou la décision nigérienne n°4/CC/ME¹¹⁶⁹ qui, toutes les deux, s'analysent comme des tentatives déguisées de révision constitutionnelle en dehors de la procédure prévue à cet effet.

564. Enfin, l'on peut rappeler des précédents qui ne laissent planer aucun doute quant à la volonté des institutions de s'écarter des dispositions constitutionnelles – et dans certains cas d'accroître les dépenses de l'État¹¹⁷⁰ au seul profit d'une catégorie de personnes. En ce sens, les décisions ivoiriennes CI-2018-007¹¹⁷¹ et CI-2018-008¹¹⁷² relatives aux règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat peuvent faire office d'illustrations dans la mesure où elles contiennent un nombre ahurissant d'inconstitutionnalités¹¹⁷³ relevées par les juges, et ce, uniquement à propos de dispositions réglementaires censées reprendre *in extenso* la Constitution.

monsieur Onanga fut réintégré dans sa formation politique sans qu'il ne soit apporté de précisions sur les circonstances ou les motifs du revirement de la commission de discipline.

¹¹⁶⁷ Avis n°006/AC/CC du 24 juillet 2004.

¹¹⁶⁸ Avis n°004/CC/SG du 17 décembre 2003.

¹¹⁶⁹ Arrêt n°4/CC/ME du 12 juin 2009.

¹¹⁷⁰ On citera ici l'arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008 de la Cour nigérienne par laquelle elle censura la prise en charge par l'État des soins médicaux des enfants majeurs des députés.

¹¹⁷¹ Décision rectifiée n°CI-2018-007/DCC/06-07/CC/SG du 06 juillet 2018 relative à la requête du Président du Sénat.

¹¹⁷² Décision n°CI-2018-008/DCC/23-08/CC/SG du 23 août 2018 relative à la requête du président de l'assemblée nationale

¹¹⁷³ Au total, quatorze omissions et modifications furent censurées par le Conseil.

565. Si devant un juge administratif la moralité¹¹⁷⁴ des autorités administratives sous-tend plusieurs moyens de droit comme le détournement de pouvoir, il faut relever que dans le contentieux constitutionnel des institutions le fait que l'action des autorités constitutionnelles s'écarte ou ne tende pas vers un idéal identifiable ou identifié par les juges contraint parfois ces derniers à exercer leur fonction constituante. Le juge constitutionnel africain - en questionnant le bien-fondé d'un acte ou d'une action - agit finalement telle une juridiction administrative¹¹⁷⁵ saisie d'un recours en excès de pouvoir, mettant en exergue des fonctions « détourné[es] de [leur] destination »¹¹⁷⁶ et par-là l'immoralité des institutions. Ce que confirme le contenu de la saisine¹¹⁷⁷ du Conseil sénégalais par des parlementaires alléguant un « détournement de pouvoir » de la part du gouvernement. En l'espèce, il était contesté la prorogation des mandats municipaux et ruraux par le législateur ; les requérants doutant autant des motifs du gouvernement que de la détention d'un tel pouvoir par le législateur. Alors qu'il aurait pu se prononcer sur le détournement sans violer ses attributions, le juge dakarais se contenta de déclarer la conformité de la loi contestée. La question du détournement de pouvoir ne fut ni examinée, ni même évoquée par le Conseil.

§2. LA CONSTITUTION AFRICAINE CONFRONTÉE AUX PRATIQUES DU POUVOIR POLITIQUE

566. Les difficultés dont sont saisies les juridictions constitutionnelles naissent également d'un conflit plus profond entre la mise en œuvre des « emprunts étrangers » du constitutionnalisme africain (B) et les logiques d'exercice du pouvoir (A).

¹¹⁷⁴ v. par exemple H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Sirey, 1929, p.146 et s. V. également sur la notion de détournement de pouvoir, E. LAPARRE, *La théorie de l'abus de droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Paris, Bonnet, 1913 ; v. AUBRY, *Études sur la jurisprudence du Conseil d'État en matière de détournement de pouvoir*, Thèse, Nancy, Chassel, 1920 ; M. GROS, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir » in *RDP*, 1997, p. 545.

¹¹⁷⁵ E. N. YOUNBI fait d'ailleurs une analogie entre l'excès de pouvoir administratif et l'excès de pouvoir législatif, estimant que « les moyens classiques de l'annulation du recours pour excès de pouvoir administratif seraient similaires à ceux qui ont cours devant le juge constitutionnel [...] ». V. E. N. YOUNBI, « L'excès de pouvoir législatif en Afrique noire francophone » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 593.

¹¹⁷⁶ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris 1887, p. 381.

¹¹⁷⁷ Décision n°4/C/95, affaire n°4/C/1995 du 28 septembre 1995.

A. LES LOGIQUES DE L'EXERCICE DU POUVOIR EN AFRIQUE

567. L'exercice réel du pouvoir politique¹¹⁷⁸ en Afrique ne s'inscrit pas dans une séparation des pouvoirs, souple ou rigide. Le pouvoir politique s'identifie au Chef de l'État (1), et ce dernier trouve dans sa majorité parlementaire le moyen de neutraliser son contre-pouvoir naturel (2).

1. Le présidentielisme d'Afrique noire francophone

« [...] L'aura du chef [transcende] les différentes institutions de contre-pouvoirs qui existaient : Assemblée nationale, Cour suprême, Conseil économique et social, etc. On fait tout pour lui faire plaisir. Il a toujours raison. D'ailleurs, il est le seul à penser. »¹¹⁷⁹.

568. Le régime présidentiel inspiré des États-Unis apparut en Afrique bien avant la décolonisation des territoires francophones. En 1847, l'ancienne colonie britannique qu'est le Libéria, un État unitaire, adopta un régime¹¹⁸⁰ fondé sur une séparation stricte des pouvoirs. Par la suite, les constitutions¹¹⁸¹ d'Afrique noire adoptées jusqu'en août 1960 privilégièrent le même modèle, à la différence près qu'elles supprimèrent la responsabilité politique du chef de gouvernement qui devint le chef de l'État, détenteur du pouvoir exécutif. Cette seconde période correspond à ce que Jean Buchmann appellera « le néo-présidentielisme »¹¹⁸².

569. En effet, le présidentielisme en Afrique noire francophone désigne plus précisément les régimes qui se mirent en place à partir du 3 novembre 1960, date de l'adoption de la première constitution de l'État ivoirien indépendant, laquelle servira de

¹¹⁷⁸ « Le pouvoir de provision, d'impulsion, de décision et de coordination qui appartient à l'appareil dirigeant du pays [...] », P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 21^e éd., 2002, p.16.

¹¹⁷⁹ K. N'GUESSAN, « Une réflexion récente en Côte d'Ivoire sur le multipartisme et l'ethnisation de la vie politique : faut-il regretter le parti unique ? » in *Pouvoirs anciens, pouvoirs modernes de l'Afrique d'aujourd'hui* [en ligne], Presses universitaires de Rennes, 2015, pp. 169-194, disponible à l'adresse suivante: <http://books.openedition.org/bases-doc.univ-lorraine.fr/pur/62407>.

¹¹⁸⁰ v. Constitution du 26 juillet 1847.

¹¹⁸¹ Les onze lois constitutionnelles du Congo-Brazzaville adoptées de 1958 à 1959, la Constitution ghanéenne de 1960 et celle du Katanga du 5 août 1960.

¹¹⁸² J. BUCHMANN, *L'Afrique noire indépendante*, LGDJ, Paris, 1962, pp. 256-262.

modèle à la majeure partie des États nouvellement indépendants. Comparé au régime présidentiel classique (américain), le présidentielisme africain est dit « radical »¹¹⁸³. Radical dans la rupture opérée par les Africains dans la mesure où ils s'écartent des principaux modèles de gouvernement en en fondant un nouveau. Radical puisque ce régime topique et inédit à l'époque crée et accentue un déséquilibre institutionnel au profit du chef de l'État ; « à la séparation du pouvoir, [on préfère ici] sa concentration ; à l'autorité institutionnalisée, l'autorité personnalisée »¹¹⁸⁴. En ce sens, le présidentielisme africain est en quelque sorte une matérialisation prématurée¹¹⁸⁵ et dénaturée des idées gaulliennes d'une présidence forte. Comme le souligne Buchmann, le texte ivoirien n'a été qu'un prototype puisque les régimes qui s'en sont inspirés allèrent dans le sens d'une « concentration accrue [...] des pouvoirs en faveur du Président »¹¹⁸⁶. Autrement dit, les logiques ivoiriennes ont été renforcées ailleurs. À titre d'exemple, on peut évoquer la Constitution gabonaise de 1961 qui permettait au président de la République de dissoudre l'Assemblée nationale ou de proroger le mandat de celle-ci alors que la Constitution ivoirienne ne mentionnait pas le pouvoir de dissolution du chef de l'État. On définira alors le présidentielisme africain comme une habile combinaison des « mécanismes des systèmes parlementaire et présidentiel pour le plus grand profit de l'Exécutif »¹¹⁸⁷, un « système dans lequel un président de la République “cumule l'autorité dont le nantit l'élection au suffrage universel, la fixité du mandat avec les armes dont la tradition investit le gouvernement en régime parlementaire et qui d'ailleurs sont confisqués par le Chef de l'État à son seul profit. »¹¹⁸⁸, ou encore comme la conséquence de « l'unité

¹¹⁸³ *Ibid.* p. 262.

¹¹⁸⁴ J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain. L'exemple camerounais » in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 702. Plus récemment, le professeur Yédo Sébastien Lath l'a défini également comme « un mouvement constitutionnel qui tend à combiner les mécanismes du régime présidentiel et ceux du régime parlementaire à l'effet de renforcer le statut du président de la République ». v. Y. S. LATH, « La pérennisation du présidentielisme dans les États d'Afrique : Les repères d'un modèle africain de régime politique » in *Mélanges Maurice Ahanhanzo-Glélé*, *op. cit.* p. 286. v. également A. CABANIS et M. L. MARTIN, « La pérennisation du chef de l'État : L'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone » in *Mélanges Slobodan Milacic*, Bruylant, 2007, p. 379.

¹¹⁸⁵ L'histoire politique africaine a montré que l'idée d'une présidence de la République forte ne pouvait être sainement expérimentée dès le départ c'est-à-dire au moment où les anciennes colonies devinrent des États souverains.

¹¹⁸⁶ J. BUCHMANN, *L'Afrique noire indépendante*, *op. cit.* p. 264.

¹¹⁸⁷ J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain... », *op. cit.* p. 703.

¹¹⁸⁸ v. R. MANANGOU, « Le néo-présidentielisme africain : entre paternalisme et superposition » in *RFDC*, n°103, PUF, 2015, p. e. 29.

territoriale et [...] l'unité nationale [auxquelles] devait correspondre l'instauration d'une unité institutionnelle : un seul État, un seul Peuple, un seul Chef »¹¹⁸⁹.

570. À l'instar de l'analyse menée par le professeur Gicquel sur le régime camerounais, plusieurs examens¹¹⁹⁰ des systèmes politiques africains sont allés au-delà des textes pour saisir l'essence du présidentielisme africain, qualifié d'autoritaire¹¹⁹¹, et que l'on oppose au présidentielisme démocratique de la Ve République. Autrement dit, il s'est agi dans un premier temps de saisir la nature du régime sans se limiter à ses artifices¹¹⁹². Mais, avec les multiples révisions et changements constitutionnels qui en ont fait des textes « taillés sur mesure », les constitutions d'aujourd'hui rendent suffisamment compte des logiques internes des systèmes africains sous bien des aspects.

571. À ce propos, « la constante des systèmes constitutionnels et politiques africains est l'option sans équivoque pour un président de la République fort »¹¹⁹³. La constitution

¹¹⁸⁹ Y. S. LATH, « La pérennisation du présidentielisme dans les États d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique », *op. cit.* p. 288.

¹¹⁹⁰ Sans prétendre à l'exhaustivité, P.-F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, 2^e éd., LGDJ, 1978 ; M. KAMTO, *Droit et pouvoir en Afrique*, *op. cit.* pp. 278-294 ; F. J. AÏVO, *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, L'Harmattan, 1996 ; I.M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, L'Harmattan, 2008 ; A. CABANIIS et M.-L. MARTIN, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia-Bruylant, 2010 ; L. DUBOUI, « Le régime présidentiel dans les nouvelles Constitutions des États africains d'expression française » in *Penant. Revue de droit des pays d'Afrique*, n°691, 1962, pp. 218-248. G. CONAC, « Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains » in *Mélanges G. Burdeau*, *op. cit.* pp. 115-148 ; G. Conac, « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la République démocratique malgache » in *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Economica, 1979, spec. pp.55-62 ; G. CONAC, « l'effectivité du constitutionnalisme africain » et D.G. Lavroff, « Les tendances du nouveau constitutionnalisme africain » in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Economica, 1980 ; v. R. MANANGOU, « Le néo-présidentielisme africain : entre paternalisme et superposition », *op. cit.* spec. pp. e37-e40 ; T. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques » in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°16, 2006 ; P. M. AGNÉRO, « La réalité du bicéphalisme du pouvoir exécutif ivoirien » in *RFDC*, n° 75, 2008, pp. 513-549 ; T. Holo ira jusqu'à qualifier le présidentielisme négro-africain de « pandémie ». v. T. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle » in *Pouvoirs*, n°129, 2009 ; M. BADJI, « Le chef de l'État dans les régimes politiques africains : miroir des modes traditionnelles d'exercice du pouvoir politique » in *Droit sénégalais*, n°9, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2010.

¹¹⁹¹ Pour G. Conac, s'il existe des présidentielismes, il est toujours question « d'un type de régime autoritaire que l'on situe sans grande précision d'ailleurs, dans une zone intermédiaire entre les régimes dignes du label des démocraties libérales et les régimes les plus dictatoriaux qui n'hésitent pas à extérioriser leur despotisme ou à affirmer des options totalitaires », G. CONAC, « Pour une théorie du présidentielisme... », *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁹² On fait ici référence aux mécanismes tels que le jeu de la responsabilité gouvernementale, le pouvoir de dissolution, la participation du gouvernement au vote de la loi etc.

¹¹⁹³ I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, *op. cit.*, p. 48

africaine est l'objectivation d'une exaltation du chef de l'État en tant que leader politique, institution suprême de l'État ou « “vaisseau amiral constitutionnel” : toujours propulsé au centre du débat politique et constituant, jusqu'à en éclipser toutes les autres institutions »¹¹⁹⁴, et chef de l'administration. Telle est l'idéologie qui irrigue le texte constitutionnel africain. Le pouvoir du chef de l'État est sacré et, par la disposition des choses en Afrique, personnel dans la mesure où l'institution se confond très souvent avec la personne du chef. Cette vision résulte de la culture africaine (la chefferie traditionnelle¹¹⁹⁵) mais surtout du droit en vigueur comme a pu le souligner M. Kamto¹¹⁹⁶. En effet, le droit constitutionnel contemporain des États africains perpétue la tradition des premières constitutions postcoloniales en reconnaissant une position centrale¹¹⁹⁷ et des pouvoirs toujours aussi importants au chef de l'État. V. R. Manangou¹¹⁹⁸ en vient même à douter de la réalité de la rupture des années quatre-vingt-dix. D'abord, il « est le détenteur exclusif du pouvoir exécutif »¹¹⁹⁹ et le lien qui se tisse entre ce dernier et le gouvernement est une relation de subordination renforcée par la responsabilité¹²⁰⁰ de l'organe gouvernemental. En général, il détermine¹²⁰¹ la politique de la Nation puisque seul le texte nigérien attribue cette mission au gouvernement. En outre, il

¹¹⁹⁴ F. HOURQUEBIE, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'état africain ? entre principes théoriques et pratique du pouvoir » in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, p. 73.

¹¹⁹⁵ « La population africaine, marquée par son traditionalisme, considère bien son élu comme son représentant, mais aussi comme un chef, à qui elle doit obéissance et confiance à cause de son rôle particulier et de son habitude des affaires publiques. », J. BUCHMANN, *L'Afrique noire indépendante*, op. cit., p. 355.

¹¹⁹⁶ « Aujourd'hui, le Pouvoir est fondé formellement sur le droit objectif ; mais parallèlement, il cherche à différentes sources, la possibilité de se donner des bases sacrées. Il compte, pour y parvenir, sur la prédisposition des destinataires de son message à se laisser aller à l'enchantement et au culte. C'est pourquoi il nous semble plus exact de dire que la tendance actuelle à la sacralisation du Pouvoir dans la majorité des États considérés, trouve dans ce que M. Breton appelle, dans une perspective occidentale, “ la latence de l'irrationnel dans le collectif ” un élément favorable à son développement. », M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique*, op. cit., pp. 252-253. V. également, T. ONDO, *La responsabilité introuvable du chef d'État africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Reims, 2005, p. 59 et s.

¹¹⁹⁷ Il est « [...] le gardien de la Constitution » (article 42 de la Constitution sénégalaise), « le garant de l'indépendance nationale, de l'unité nationale, de l'intégrité du territoire, du respect de la Constitution » selon les constitutions béninoise, ivoirienne et nigérienne. Au Gabon, « il veille au respect de la Constitution ». Enfin, « il incarne l'unité nationale » au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Niger et au Sénégal.

¹¹⁹⁸ V. R. MANANGO, « Le néo-présidentialisme africain : entre paternalisme et superposition » in *RFDC*, n°103, 2015, p.e. 31.

¹¹⁹⁹ v. Les articles 8 de la Constitution gabonaise, 63 de la Constitution ivoirienne et 54 de la Constitution béninoise.

¹²⁰⁰ À l'exception du Niger, les autres textes constitutionnels organisent un régime parlementaire dualiste.

¹²⁰¹ Article 42 de la Constitution sénégalaise.

peut dissoudre¹²⁰² la chambre basse du corps législatif sans que celle-ci puisse, à un moment ou un autre, engager sa responsabilité politique. Dans le domaine législatif, le chef de l'État a parfois l'initiative des lois¹²⁰³ qu'il partage avec les parlementaires. Par ailleurs, les présidents d'Afrique noire francophone peuvent demander au parlement une deuxième délibération de la loi et être les initiateurs d'un référendum législatif. Sur ce dernier point, on notera que les constituants ivoirien¹²⁰⁴ et sénégalais ont choisi des formules équivoques, éventuels prétextes à des détournements de procédure pour réviser la constitution, quand les constituants béninois¹²⁰⁵ et nigérien¹²⁰⁶ sont des plus circonspects en la matière. Dans le cas du Sénégal, on voit d'ailleurs que le chef de l'État peut proposer « une loi constitutionnelle »¹²⁰⁷ ou « tout projet »¹²⁰⁸. Enfin, le président de la République peut exercer des pouvoirs exceptionnels comparables à ceux prévus à l'article 16 de la Constitution française. On l'aura compris, le président en Afrique noire subsaharienne francophone est omniprésent et, dans une certaine mesure, omnipotent. En réalité, il n'y a aucun équilibre des pouvoirs puisque celui-ci est rompu par la constitution elle-même. Ce qui fait dire à Manangou, sceptique à propos du renouveau démocratique des années 1990, que « les institutions démocratiques [n'ont servi] qu'à dissimuler le pouvoir personnel derrière la

¹²⁰² Le droit de dissolution est prévu par les textes gabonais, nigérien et sénégalais. Des conditions encadrant son exercice ne sont pas toujours prévues. Par exemple, au Sénégal, la dissolution ne peut intervenir durant les deux premières années d'une législature alors qu'au Niger elle peut intervenir à tout moment (art. 59).

¹²⁰³ C'est notamment le cas au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Sénégal. Au Gabon, l'initiative appartient au gouvernement. Le Sénégal faisait figure d'exception jusqu'à la révision de 2019 qui supprima le poste de premier ministre puisque ce dernier pouvait proposer des projets de loi.

¹²⁰⁴ Article 75 : « Le Président de la République, après consultation du bureau du Congrès, peut soumettre au référendum tout texte ou toute question qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple ».

¹²⁰⁵ Article 58 : « Le président de la République, après consultation du président de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, peut prendre l'initiative du référendum sur toute question relative à la promotion et au renforcement des Droits de l'Homme, à l'intégration sous-régionale ou régionale et à l'organisation des pouvoirs publics. », nous soulignons.

¹²⁰⁶ Article 60 : « - Le Président de la République peut, après avis de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, soumettre à référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple à l'exception de toute révision de la présente Constitution qui reste régie par la procédure prévue au Titre XII. », nous soulignons.

¹²⁰⁷ Article 51 al.1.

¹²⁰⁸ Article 51 al.2.

prépondérance présidentielle »¹²⁰⁹, au professeur Wodié que « la Constitution en Afrique se dévoile le paravent qui abrite le pouvoir personnel »¹²¹⁰ ; constat que le contexte africain actuel n'invite pas à reconsidérer quand on sait qu'un autre universitaire disait, à propos d'une certaine constitution, qu'elle est l'instrument d'une « domination présidentielle »¹²¹¹. En outre, la disparition des rôles de gardien¹²¹² ou de garant¹²¹³ de la constitution n'écarte pas totalement une protection *politique*¹²¹⁴ de la Constitution par le pouvoir exécutif, mettant ainsi à mal les missions des juridictions constitutionnelles. C'est notamment le cas au Gabon où se côtoient un président de la République, qui « assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics [...] »¹²¹⁵, et une juridiction constitutionnelle « organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »¹²¹⁶ ; dans un avis de 2018, la Cour constitutionnelle est allée jusqu'à qualifier le chef de l'État de « gardien politique [de la Constitution] »¹²¹⁷. L'arbitrage peut en effet s'avérer subversif pour les attributions du juge bien que la régulation concerne un domaine plus étendu que celui des pouvoirs publics. Le président est pensé comme l'institution centrale du système, la clef de voûte du régime, un rôle qu'il endosse parfaitement au point où les limites de son action deviennent imperceptibles, et ce, d'autant plus que sa place dans la vie partisane est loin d'être négligeable.

¹²⁰⁹ v. R. MANANGO, « Le néo-présidentialisme africain : entre paternalisme et superposition », *op. cit.* p. e. 31.

¹²¹⁰ F. WODIÉ VANGAH, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique » in *Penant. Revue du droit des pays d'Afrique*, n°803, 1990, p. 196.

¹²¹¹ T. ONDO, « La constitution gabonaise et son actualité, 50 ans après » in L'Harmattan [en ligne], 2010.

¹²¹² v. Constitution sénégalaise de 2001,

¹²¹³ v. Constitution ivoirienne de 2000

¹²¹⁴ Il est ici fait implicitement référence à la controverse ayant opposé Schmitt (C. SCHMITT, *Le gardien de la Constitution*, Dalloz, 2015, 250 pages) et Kelsen (H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* S. BAUME (trad.), éd. M. Houdiard, 2006, 132 pages). Alors que le premier privilégiait une protection dite *politique* ou *présidentialiste* de la constitution assurée par le Président du *Reich*, le second optait pour une garantie juridictionnelle. v. Également, O. BEAUD et P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, éd. Panthéon-Assas, 2007, spéc. pp. 19-79.

¹²¹⁵ Article 8 al. 1.

¹²¹⁶ Article 83 al. 1.

¹²¹⁷ Avis n°045/CC du 10 janvier 2018 relatif aux amendements formulés par les deux chambres du Parlement sur certaines dispositions du projet de loi portant révision de la Constitution de la République Gabonaise, *cons.* 13.

2. Le parti présidentiel majoritaire, talon d'Achille du contre-pouvoir législatif en Afrique

572. Dix ans après le début des indépendances, H. Deschamps disait que « le premier problème qui se pose aux nouveaux dirigeants africains est celui du “ changement d'échelle ”. Comment faire passer leurs peuples de la conscience collective à base ethnique [...] à celle d'une nation unique [...] ? »¹²¹⁸. Dans certains systèmes postcoloniaux, la réponse à cette question a été trouvée dans le phénomène partisan via l'instauration du parti unique quelque temps après les indépendances.

Il est question « [d'] un système politique dans lequel seul un parti politique est autorisé, par la loi ou par l'inexistence forcée dans les faits et les réalités politiques d'autres formations politiques, à exercer les activités politiques dans un pays donné. »¹²¹⁹.

573. De *facto*¹²²⁰ ou de *jure*¹²²¹, le monopartisme¹²²² ou « le parti de masse non communiste »¹²²³ fut considéré comme l'instrument par excellence de la construction de l'unité nationale alors que le multipartisme traduisait l'existence de tensions et de particularismes. Il était « “dangereux”, parce que générateur de forces centrifuges, “inadapté” parce que nécessitant un certain niveau d'instruction et de culture politique ; »¹²²⁴ alors même qu'il avait bien servi jusqu'ici. En effet, le multipartisme a été le principe de la vie politique dès l'accession à l'indépendance des États de la présente étude. D'ailleurs, sous la Communauté, la vie politique africaine était dominée par un parti à

¹²¹⁸ H. DESCHAMPS, *Les institutions politiques de l'Afrique noire*, PUF, 1970, p. 113.

¹²¹⁹ I. K. SOUARÉ, *Les partis politiques d'opposition en Afrique. La quête du pouvoir*, Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 51.

¹²²⁰ Dans les faits, le parti présidentiel (L'union progressiste sénégalaise) finit par intégrer en son sein d'autres formations politiques à l'instar du Bloc des masses sénégalaises (BDM) quand certaines furent interdites ou dissoutes. Ce fut le cas du Parti Afrique de l'indépendance interdit à partir de 1960 suite à des troubles à l'ordre public.

¹²²¹ Ce fut le cas au Bénin (1977-1990), en Côte d'Ivoire (1960-1990), Gabon (1968-1991) et au Niger (1958-1991).

¹²²² L'instauration du parti unique en Afrique noire était inéluctable, en tant que nouveau refuge de l'Africain détribalisé, si l'on s'en tient à la thèse de l'unanimisme négro-africain émise par J. Buchmann. En 1962, il identifiait « une tendance [africaine] au monisme politique. ». v. J. Buchmann, *L'Afrique noire indépendante*, op. cit. p. 346.

¹²²³ M. DUVERGER, « Sociologie des partis politiques » in G. GURVITCH (dir.), *Traité de sociologie*, t. 2, PUF, 1960, p. 31. Nous mettons ici de côté le Bénin qui expérimenta le marxisme-léninisme de 1975 à 1990.

¹²²⁴ M. KAMTO, *Pouvoir et droit...*, op. cit. p. 294.

vocation territoriale¹²²⁵ qu'était le Rassemblement démocratique africain (RDA)¹²²⁶ qu'a vainement voulu concurrencer le Parti du regroupement africain (PRA)¹²²⁷. Au niveau des territoires, on peut citer la Convention africaine au Sénégal, le Mouvement socialiste nigérien (MSN) et le Bloc démocratique gabonais (BGD) ou l'Union démocratique et sociale (UDS). Pour autant, comme il l'a été souligné, cette vitalité du mouvement partisan africain n'était plus vue d'un bon œil une fois l'indépendance acquise, raison pour laquelle les régimes africains se muèrent temporairement en régimes à parti unique ou dominant¹²²⁸.

574. Aujourd'hui, à l'ère du « désordre multipartisan »¹²²⁹, les Africains semblent avoir renoué avec un phénomène partisan propre au régime présidentiel dans lequel le président ne se tient qu'artificiellement « au-dessus des partis », pour reprendre les mots du Général à Bayeux. Il est vrai que le multipartisme a véritablement ranimé le pouvoir législatif. Les assemblées législatives sont devenues de véritables lieux de discussion, d'opposition, voire, malheureusement, d'altercations au cours desquelles les élus en viennent parfois aux mains. Cette réanimation est également une réactivation des facultés offertes aux parlementaires comme la saisine *a priori* des juridictions constitutionnelles ; un mécanisme très sollicité au regard du nombre assez important de recours en inconstitutionnalité. Malgré cela, le chef de l'État est le centre névralgique des vies partisane et institutionnelle en ce sens

¹²²⁵ D. G. LAVROFF, *Les partis politiques en Afrique noire*, PUF, 1970, p. 13 et s.

¹²²⁶ Il est créé en 1948 et s'apparente au parti communiste au sein du Parlement français. Il est l'unique parti africain présent à l'Assemblée nationale même s'il existe des groupes tels que celui des indépendants de l'Outre-mer de L. S. Senghor. Pour une analyse des partis politiques en Afrique, T. K. GOUDOU, *L'État, la politique et le droit parlementaire en Afrique*, Berger-Levrault, 1987, p. 55 et s.

¹²²⁷ Il naquit de la fusion du MSA et des indépendants de l'Outre-mer réunis sous la « Convention nationale ». Ce parti dura moins d'une année (mars 1958 - juillet 1958).

¹²²⁸ Le parti dominant s'inscrit dans un multipartisme ; il n'est pas une catégorie mais un *type* au sein d'une catégorie. L'offre politique dudit parti lui permet de se maintenir au pouvoir. En principe, la permanence de sa domination ne repose pas sur la fraude aux élections ou sur des techniques d'intimidation à l'égard des autres formations. Pour GIOVANNI SARTORI, la notion de « parti dominant » n'est pas une véritable catégorie de système de partis si elle tend simplement à souligner le fait qu'une formation politique distance considérablement les autres formations du même type. Fruit « [d'un glissement] du parti majeur à l'essence d'un système » selon SARTORI, le parti dominant semble relever des systèmes à parti prédominant dans lesquels « [le] parti principal est régulièrement soutenu par une majorité d'électeurs qui gagne (la majorité absolue des sièges). Il s'ensuit qu'un parti peut à tout moment cesser d'être prédominant. ». v. G. SARTORI, *Partis et systèmes de partis. Un cadre d'analyse*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 288-289. SARTORI s'oppose donc à M. DUVERGER pour qui le parti dominant est « une sorte de système intermédiaire entre le pluralisme et le parti unique. ». v. M. DUVERGER, « Sociologie des partis politiques », *op. cit.* pp. 42 et s.

¹²²⁹ A. MAHIOU, *L'avènement du parti unique en Afrique noire. L'expérience des États d'expression française*, LGDJ, 1969, p. 358.

où elles sont construites autour de sa personne. En dehors des chambres, Le chef de l'État est le « distingué camarade » d'une formation politique et, au sein de celles-ci, il transparaît comme le seul et unique chef de file de la majorité ou d'une coalition hégémonique comme l'ont montré les dernières élections législatives au Bénin¹²³⁰ et au Gabon¹²³¹. L'improbable distinction entre les fonctions politique et exécutive du chef de l'État conduit à faire des assemblées parlementaires des extensions de son pouvoir. La vie partisane influence le fonctionnement de toutes les institutions par le biais de la présidence. Il en résulte une perte d'identité des élus nationaux de la majorité devenus des serviteurs dévoués. En effet, ces derniers siègent et agissent plus comme des organes d'exécution de la volonté du président que comme les composantes d'un contre-pouvoir. Face à cette situation, l'on se remémore le propos du professeur Conac¹²³² qui, sous le parti unique, faisait le constat de la neutralisation des contre-pouvoirs par la fonction présidentielle. Le pouvoir politique africain n'est pas, dans les faits, partagé avec les chambres et encore moins contrôlé par elles puisque la subordination de la majorité parlementaire au président est finalement celle des assemblées. Le constat du professeur Aïvo selon lequel « la séparation des pouvoirs n'est pas effective »¹²³³ se vérifie encore aujourd'hui. La tutelle présidentielle sur les chambres est toujours d'actualité bien qu'on ne puisse douter que la démocratisation des années quatre-vingt-dix l'ait amoindrie. L'adoption des constitutions dites démocratiques de cette période a constitué une victoire en demi-teinte dans la mesure où l'acquis majeur, et peut-être le seul, fut le multipartisme et donc le coloriage politique des assemblées. En effet, « a [sic] l'image

¹²³⁰ Les élections législatives de 2019 y ont été vécues comme une véritable atteinte à la démocratie. En effet, seules deux coalitions soutenant le chef de l'État y prirent part car l'organe en charge des élections rejeta les autres listes dont celles présentées par l'opposition. Après plusieurs rencontres entre le gouvernement et la classe politique, les élections eurent finalement lieu. Aujourd'hui, l'unique chambre législative est totalement acquise au président de la République. Il faut toutefois souligner le fait que les dossiers de candidatures de l'opposition étaient incomplets au regard de la loi.

¹²³¹ On a pu relever l'utilisation du portrait du chef de l'État par des candidats investis par le parti au pouvoir pour s'assurer du soutien des électeurs.

¹²³²¹²³² « Le chef de l'État a la maîtrise de tous les appareils d'État, y compris du parti unique ainsi que des différents modes de formation du droit. [...] Ni la justice ni le Parlement ne peuvent exercer un réel pouvoir. ». v. G. CONAC (dir.), « Les processus de démocratisation en Afrique » in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p. 16.

¹²³³ F. J. AÏVO le dit à propos des États africains fraîchement indépendants des années soixante et souligne le fait que l'ineffectivité de la séparation des pouvoirs découlait d'une configuration monopartisane de la vie politique. v. F. J. AÏVO, *Le président de la République en Afrique noire francophone*, op. cit. p. 181.

des parlements sous les régimes autoritaires, ceux de l'ère démocratique, malgré le mode d'élection pluraliste, sont de nouveau l'otage du chef de l'État toujours par le moyen du système partisan prébendalisé. »¹²³⁴. Les chambres, par la voix de leur(s) président(s), ne s'opposent jamais directement au chef de l'État. Elles préfèrent interpellier, voire blâmer le gouvernement en omettant que ce dernier agit sous l'autorité du président de la République ; et même dans ce cas, elles n'ont jamais renversé un gouvernement. Bien entendu, cette servilité des chambres concerne plus précisément celle de la majorité présidentielle et non celle de l'opposition. À l'exception du Bénin¹²³⁵, l'opposition parlementaire africaine a le choix entre se rallier à la majorité ou être marginalisée. Dans un cas comme dans l'autre, elle est inaudible. On est là au-delà du simple fait majoritaire observable dans les démocraties européennes car les élus affiliés au pouvoir en Afrique n'ont pas à pleinement vivifier une institution ou un pouvoir, comme cela est le cas ailleurs, mais plutôt à agir selon la marge de manœuvre que leur accorde la politique du chef de l'État.

« Malgré les parlements élus, les partis présidentiels continuent de converger dans les Assemblées nationales un effectif impressionnant de députés, leur assurant généralement une majorité confortable mais surtout taillable et corvéable. C'est celle-ci, dont le président de la République est objectivement le chef, qui se rend elle-même complice de sa propre émascation. [...] Dans tous les cas, le parti sert de support au dépouillement des attributions du législateur. »¹²³⁶

575. Le parti présidentiel majoritaire est le lest du pouvoir législatif¹²³⁷. Telle est la donnée qu'il faut avoir à l'esprit et qui favorise indirectement la production de jurisprudences constituantes. Exécutif et majorité parlementaire sont portés à ignorer, négliger, voire violer la constitution au sens large, et ce ; autant lorsqu'ils collaborent dans l'élaboration de la loi que quand ils agissent dans des domaines propres. Il est bien connu,

¹²³⁴ *Ibid.* p. 483.

¹²³⁵ Le président de la République béninois n'a jamais bénéficié d'une majorité stable depuis le renouveau démocratique. À l'instar de l'actuel président, un candidat peut être élu sans le soutien direct d'un parti qui l'aurait investi comme candidat. Après la dernière révision de la Constitution béninoise de 2019, il est certain que les partis politiques prendront plus de poids dans la vie politique puisque toute candidature à l'élection présidentielle devra être parrainée par des élus selon le nouvel article 44.

¹²³⁶ *Ibid.* p. 545.

¹²³⁷ Sous le parti unique, il en était l'instrument. C'est dire combien les choses n'ont que légèrement évolué, et pas toujours dans le bon sens. V. S. MADANI SY, *Recherches sur l'exercice du pouvoir politique en Afrique noire. Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Pédone*, 1965, p. 167 et s.

au moins depuis O. Cromwell¹²³⁸ ou J. Locke¹²³⁹ avant Montesquieu, que la confusion des pouvoirs et donc l'omnipotence de l'un d'eux peut conduire celui-ci à « avoir un intérêt [...] contraire à la fin de la société et du gouvernement ». Au Gabon par exemple, il n'est pas certain que le gouvernement aurait pris du retard dans l'organisation des élections législatives si la législature en fonction lui était défavorable. Cette situation est un exemple parmi tant d'autres d'un laxisme et de la substitution d'une relation de subordination d'un pouvoir à un autre à la logique d'autonomie inhérente à la séparation des pouvoirs. Le multipartisme a offert à l'exécutif une autre modalité de domination des sphères politique et institutionnelle au travers du parti présidentiel, faisant ainsi du chef de l'État le véritable et unique levier politique devant lequel pâlit le parlement.

B. LA CONFRONTATION ENTRE LA CONSTITUTION ET LES LOGIQUES POLITIQUES AFRICAINES

576. Cela transparait déjà dans les lignes précédentes. La prééminence du chef d'État africain et la domination politique du parti sur lequel il peut compter peuvent parfois s'opposer à une saine application de la constitution. Plus concrètement, les confrontations entre une lecture rigoureuse du texte constitutionnel et l'exercice réel du pouvoir en Afrique noire francophone participent à la fertilité du contentieux institutionnel.

577. D'une part, il existe une opposition de principe entre les logiques sus-évoquées et le principe de la séparation des pouvoirs que proclament tour à tour les constitutions africaines. La séparation des pouvoirs en Afrique est d'un genre inédit car, si l'on prend appui sur les modèles traditionnellement reconnus, elle n'est ni souple ni rigide. Elle est plutôt excessivement souple puisqu'elle emprunte des éléments à chaque modèle et les accentue. Par exemple, la responsabilité du gouvernement est affirmée au Gabon et en Côte d'Ivoire à l'égard de la chambre basse et du président de la République qui, lui, peut

¹²³⁸ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., t. 1, Sirey, p. 484. v. également A. ESMEIN, « Les constitutions du protectorat de Cromwell » in *RDP*, septembre-octobre 1989, LGDJ, pp. 197-198, et pour une biographie, S. R. GARDINIER, *Olivier Cromwell*, Goupil & co., 1899, 216 pages, disponible à l'adresse suivante : <https://catalog.hathitrust.org/Record/000769290>.

¹²³⁹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, D. MAZEL (trad.), impr. Desveux-Royez, 1794-1795, p. 228.

dissoudre ladite chambre sans jamais être inquiété si ce n'est en cas de haute trahison. Si le président et le gouvernement forment l'exécutif, seul le premier exerce effectivement la fonction exécutive. Il n'y a donc pas véritablement une logique de contrepoids entre l'exécutif *réel*¹²⁴⁰ et le législatif. On ne saurait même pas rapprocher le modèle africain d'un régime semi-présidentiel tant les traits du premier sont particuliers ; à moins de considérer qu'il s'agisse d'un autre genre de régime semi-présidentiel reposant sur une configuration différente de celle de la cinquième République¹²⁴¹ française. À partir des séparations dites *souple* et *rigide*, le présidentielisme subsaharien francophone dément autant le principe de la distinction des pouvoirs que celui, sous-jacent, de la balance¹²⁴² des pouvoirs entre les organes dits politiques. On pourrait tout au plus affirmer qu'il existe une séparation *formelle* des pouvoirs en Afrique. Matériellement, cette séparation n'est que de nom, car l'indépendance des pouvoirs législatif et judiciaire face à l'exécutif a toujours été pointée du doigt. Elle est dépeinte comme une chimère qu'entretiennent des textes et des mécanismes juridiques dont l'application est tout aussi illusoire. On remarquera d'ailleurs que la fonction présidentielle ne fait jamais l'objet d'une prédation par un autre organe. Sans jamais être inquiété, le président est présenté par la doctrine comme le prédateur des domaines que le constituant a légitimement confié à d'autres organes. Au moyen du mouvement partisan comme nous l'avons vu ou *via* la politisation des fonctions (au sein des organes ou des institutions non politiques), l'exécutif africain ne fait pas simplement de la séparation des pouvoirs une application topique mais il en anéantit l'esprit.

578. Au sein de l'exécutif, on pourrait évoquer en sus une contradiction supplémentaire entre le texte et la pratique révélée par la cohabitation nigérienne. En dépit de la distinction que font les constitutions africaines entre le Chef de l'État et le gouvernement, la pratique a montré que la cohabitation n'est pas une situation

¹²⁴⁰ Le chef de l'État.

¹²⁴¹ À ce propos, nous rappellerons le truisme relatif à la nature du régime de la Ve République. Elle est un régime parlementaire présidentialisé par « l'activisme atypique » du Chef de l'État sur plus d'une soixantaine d'années. Sur ce point, une brève analyse est menée par O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., LexisNexis, 2019, pp. 224-225.

¹²⁴² M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs » in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.1, Dalloz, 2012 p. 713.

véritablement envisagée. La dyarchie¹²⁴³ dont parlait J. Massot à propos de la Vème République n'est pas réalisable en Afrique où la pratique du pouvoir ne semble pas admettre la coexistence de deux centres d'impulsion politique ou simplement d'un autre décideur politique que le Chef de l'État. Le précédent nigérien a montré qu'il n'était pas aisé de procéder selon la maxime du Doyen Vedel, c'est-à-dire « là où la Constitution confère une attribution au Gouvernement, il faut lire "le Premier ministre" ou "le Gouvernement" ; là où elle confère une attribution au Président de la République, il faut lire "le Président de la République". Chacun chez soi... »¹²⁴⁴ ; d'où les multiples saisines de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Ceci pour dire que la pratique du pouvoir politique est inconciliable avec l'idée d'un gouvernement opposé au chef de l'État. Les ministres, premier ministre compris, ne sont pas perçus comme des collaborateurs et encore moins comme de potentiels adversaires mais bien comme des subordonnés ; et ce malgré les rôles et missions majeurs que leur confèrent encore quelques constitutions africaines. En effet, il est assez symptomatique que seule la constitution¹²⁴⁵ nigérienne dans le cadre de cette étude prévoit une participation active du gouvernement dans la détermination de la politique nationale quand les autres textes confient cette mission¹²⁴⁶ au président de la République. Au Gabon, la subordination de l'appareil gouvernemental est à peine voilée à l'article 28 qui dispose : « Le Gouvernement conduit la politique de la Nation, sous l'autorité du Président de la République »¹²⁴⁷. Anodine aux premiers abords eu égard au régime considéré (présidentialiste), cette disposition entame l'autonomie du gouvernement, placé ainsi sous une tutelle présidentielle, et ce, même en période de cohabitation. C'est, comme nous le

¹²⁴³ J. MASSOT, « Chef de l'État et chef du Gouvernement, dyarchie et hiérarchie » in *La Documentation française*, 1993, pp. 131-134.

¹²⁴⁴ « Pratiques de la cohabitation » in *La Documentation française*, dossiers d'actualité en ligne.

¹²⁴⁵ Art. 76 : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation.

Il dispose de l'administration et de la force publique. Il peut disposer de la force armée dans les conditions déterminées par la loi.

Le Gouvernement est responsable devant l'Assemblée nationale dans les conditions prévues aux articles 107 et 108.

À son entrée en fonction et après délibération du Conseil des ministres, le Premier ministre fait une déclaration de politique générale devant l'Assemblée nationale ».

¹²⁴⁶ Le nouvel article 54 al. 1^{er} dispose en effet : « Le président de la République est le détenteur du pouvoir exécutif. Il est le chef du Gouvernement, et à ce titre, il détermine et conduit la politique de la Nation. ».

¹²⁴⁷ Nous soulignons.

disions, admettre qu'il ne peut exister au Gabon comme en Afrique noire francophone une discordance des majorités, un exécutif politiquement fragmenté.

579. D'autre part, on notera un affaiblissement des dispositions constitutionnelles entre les institutions ; une crise de la normativité constitutionnelle à laquelle les cours tentent de mettre un terme grâce à la pugnacité de certains requérants (élus de l'opposition, associations et particuliers), sans lesquels des transgressions constitutionnelles se multiplieraient. Du fait de l'inaction, voire de la passivité de certains organes, d'autres s'autorisent à outrepasser les limites de leurs attributions constitutionnelles ou à ignorer des procédures. C'est notamment le cas de l'exécutif¹²⁴⁸, lequel a conduit à maintes reprises les juges à créer du droit. On se demande d'ailleurs si les autres organes ont toujours le choix. Ils ne l'ont pas. Leur passivité découle de l'écrasante figure du chef de l'État. Du côté du législatif, s'il n'est jamais l'auteur d'empiètement sur les attributions des autres organes, il arrive plutôt qu'il erre¹²⁴⁹ en détournant le pouvoir dont il est investi ou en tentant de porter atteinte à des principes constitutionnels¹²⁵⁰. Ces grossières erreurs, au-delà de la dérive¹²⁵¹ qu'il nous a été donné d'aborder, peuvent traduire le laxisme du législateur dans l'accomplissement de sa mission. Il ne pourrait en être autrement dans le système présidentieliste africain puisque la majorité présidentielle bénéficie de la bénédiction de l'organe suprême du régime. C'est dire que les décisions de censure des juridictions constitutionnelles n'ébranlent pas l'assurance qu'ont les élus ou le gouvernement du soutien du président dans la conduite de certaines réformes jugées inconstitutionnelles. Le phénomène partisan, au sein des institutions, affaiblit également la normativité de la constitution puisque ces dernières s'autorisent à agir en dehors de celle-ci. Il est vrai que tout détenteur d'un pouvoir est appelé à en abuser, mais en Afrique, cet abus découle de la proximité et de l'apparentement politiques entre les institutions et du fait que le chef de l'État soit identifié comme la véritable et unique source du pouvoir. En apparaissant comme

¹²⁴⁸ v. DCC 33-94, *Houessou H. Gnonlonfoun* du 24 novembre 1994 (Bénin) ; DCC 07-83 du 6 août 2007 *députés du Parti du Renouveau Démocratique* (Bénin) ; Avis n°004/CC/SG du 17 décembre 2003 (Côte d'Ivoire) ; Avis n°006/AC/CC du 24 juillet 2004 (Côte d'Ivoire) ; et DCC 10-144 du 14 décembre 2010 (Bénin).

¹²⁴⁹ v. Affaire n°1-C-2005 du 12 février 2005 (Sénégal) et la décision DCC 06-074 du 08 juillet 2006, *Ahossi Jean Irené et consorts* (Bénin).

¹²⁵⁰ v. Décision CC n°5/94 du 11 mars 1994 (Gabon) et l'arrêt n°004/CC/MC du 02 mai 2014 (Niger).

¹²⁵¹ v. § 198.

étant au-dessus de la constitution, le détenteur du pouvoir exécutif encourage le laxisme des autres institutions politiques.

580. Séparation formelle des pouvoirs et laxisme rentrent en confrontation directe avec une saine application de la constitution en vigueur ; cela explique partiellement la propension qu'ont les juges constitutionnels à recourir à leur fonction constituante. C'est dire que certaines jurisprudences sont des camouflets pour les organes exécutif et législatif. Elles sonnent parfois comme un rappel à l'ordre dans des affaires où les organes politiques sont manifestement allés vite en besogne. D'ailleurs, au regard de la jurisprudence constitutionnelle relative aux institutions, il semblerait que la confrontation se solde toujours en faveur de la constitution, et ce, grâce aux juridictions constitutionnelles.

SECTION 2. LA DIVERSITÉ DES RÔLES JOUÉS PAR LES JUGES CONSTITUTIONNELS DANS LE CONTENTIEUX INSTITUTIONNEL

581. Le quasi-cantonement de la fonction constituante au contentieux institutionnel est également la résultante des différents rôles que le juge endosse dans le contentieux institutionnel. Lorsque sont en cause les institutions constitutionnelles, le juge africain apparaît comme un guide (§1), mais aussi comme un contre-pouvoir (§2). Ces postures ne sont pas exclusives l'une de l'autre, et bien souvent la seconde est le cadre général dans lequel s'inscrit la première. À la lecture de ce qui précède, un contre-pouvoir en Afrique devrait avoir pour principal intérêt de neutraliser ou contrebalancer objectivement les pouvoirs *politiques* dont on a pu établir la connivence au moyen de la majorité parlementaire. Ce contre-pouvoir africain, rattaché ou non au pouvoir judiciaire, et qui « exerce une emprise grandissante sur les autorités politiques »¹²⁵², est incarné dans la juridiction constitutionnelle.

¹²⁵² M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la jurisprudence constitutionnelle... », *op. cit.* p.e 1.

§1. LE JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN : UN CONCEPTEUR DE SOLUTIONS INSTITUTIONNELLES

582. Dans le silence de la constitution, les juridictions constitutionnelles africaines résolvent d'inopinées questions de compétence (A) et élaborent, sur demande, des solutions (B). Dans les deux cas, le juge constitutionnel résout des difficultés en se basant moins sur les dispositions constitutionnelles que sur les normes qu'il aura lui-même dégagées au préalable.

A. LE JUGE RÉPARTITEUR DES COMPÉTENCES

583. Cette compétence, dont l'exercice était au départ incertain (1), est désormais assumée et assurée (2).

1. Une posture improbable au départ

584. Elle est potentiellement une posture dans laquelle le juge est plus enclin à créer du droit. Du Bénin au Sénégal en passant par les autres États, les constitutions africaines renferment toutes des dispositions relatives aux rapports entre l'exécutif et le législatif, et ce, sous la houlette des juridictions constitutionnelles. En effet, les Hautes juridictions sont presque toujours appelées à trancher des questions d'attributions autant dans la procédure législative qu'en dehors de celle-ci. Les chambres constitutionnelles des Cours suprêmes africaines exerçaient déjà la majeure partie de ces compétences. À l'époque, le contentieux des compétences n'avait trait qu'à la loi au sens général, c'est-à-dire son domaine, celui des limites de l'habilitation législative ou le contrôle des actes de nature législative pris dans le cadre des pouvoirs exceptionnels du chef de l'État...

585. Les constitutions africaines ne faisaient pas des Cours suprêmes des organes « régulateur[s] » comme cela est le cas aujourd'hui¹²⁵³ ; une fonction suffisamment convaincante, et à laquelle la répartition des compétences aurait pu être rattachée. De ce fait,

¹²⁵³ v. Les articles 83 de la Constitution gabonaise, 114 de la Constitution béninoise et 126 de la Constitution ivoirienne.

on ne voit pas comment ces jeunes juridictions pouvaient être de véritables arbitres entre les institutions alors même que l'accomplissement de leur office (le contrôle de constitutionnalité) était des plus improbables. Sans avoir examiné la jurisprudence des chambres constitutionnelles, inaccessible déjà à l'époque, le professeur Ould Bouboutt affirmait « [qu'elles avaient été] créés pour ne rien faire, elles ne constituaient un enjeu, ni dans le cadre de la conquête du pouvoir, ni dans le cadre de son exercice »¹²⁵⁴. Par quels voies et moyens ces « ornements constitutionnels »¹²⁵⁵ auraient-ils pu assurer efficacement le respect de la répartition des compétences et celui des domaines de la loi et du règlement dans des régimes à parti unique de droit ou de fait ? Cela était tout bonnement impossible ; chose que confirmera le professeur Conac¹²⁵⁶ en soulignant la rareté des décisions d'inconstitutionnalité, signe d'une justice constitutionnelle voulant moins déranger qu'exister sur le papier.

586. Sous le parti unique ou dominant, les juridictions ne pouvaient être saisies d'affaires soulevant de véritables questions de droit institutionnel. Pour s'en convaincre, référons-nous à la Constitution sénégalaise de 1963 au moment où prévalait le parti dominant. Le chef de l'État était la seule institution habilitée à saisir la Cour en dehors du contentieux relatif à l'élection présidentielle. On comprend évidemment que ce dernier n'avait aucun intérêt à saisir une chambre dite constitutionnelle dès lors qu'il s'agissait d'une faculté, ce qui, dans la procédure législative par exemple, aurait retardé ou entravé son action. Il faut souligner en sus que le président était toujours associé, de loin ou de près, en tant qu'organe exécutif ou chef de parti, aux textes susceptibles d'être contrôlés. Le contrôle, quand il avait lieu, ne pouvait qu'être formel, voire superficiel, donnant ainsi l'impression qu'une justice constitutionnelle avait effectivement sa place au sein des systèmes africains postcoloniaux. La principale conséquence de ce simulacre de justice constitutionnelle est bien évidemment une dévaluation du droit constitutionnel dont fait état le professeur M.

¹²⁵⁴ A. S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique - Évolutions et enjeux » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII, 1997-1998, p. 39.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

¹²⁵⁶ « Même dans les États où la juridiction constitutionnelle est dans une position favorable, les décisions d'inconstitutionnalité sont exceptionnelles. Elles interviennent presque toujours dans des affaires provoquées directement ou indirectement par le Président lui-même. », G. CONAC, « Le juge constitutionnel en Afrique. Censeur ou pédagogue ? » in *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence*, t. 2, Economica, 1989, p. 7.

Kamto. La constitution étant privée d'un potentiel gardien¹²⁵⁷, puisque l'intervention de ce dernier ne dépend que de la bonne volonté du président, elle apparaît de moins en moins comme une norme pour les gouvernants. La constitution ne limite plus le pouvoir. Les véritables freins à ce dernier sont finalement des « classes-d'appuis », c'est-à-dire l'armée, les polices, l'administration, l'appareil du Parti »¹²⁵⁸.

587. Ensuite, la dépendance organique des juridictions à l'égard du pouvoir exécutif empêchait le développement d'une réelle et effective justice constitutionnelle ; les Africains avaient fait le choix de la subordination¹²⁵⁹. En effet, les magistrats siégeant au sein desdites juridictions étaient nommés par le chef de l'État en tant que président du conseil de la magistrature. De ce simple fait, il découlait naturellement une soumission des premiers au dernier ; une situation qui est encore aujourd'hui pointée du doigt. En des termes plus clairs, les juges étaient vulnérables, et ce d'autant plus que le chef de l'État était censé assurer ou garantir leur indépendance. On imaginait ainsi difficilement les juges censurer des actes ou actions conduits par le chef de l'État ou avec son aval. Les juges n'avaient pas vocation à pleinement jouer leur rôle, c'est-à-dire à « chercher palabre »¹²⁶⁰ sur le plan du droit, à être un véritable contrepoids, auquel cas ils viendraient à concurrencer le pouvoir en place. Une chose impensable à l'époque ! On comprend alors mieux pourquoi, au Sénégal, le bicéphalisme exécutif¹²⁶¹ et le parlementarisme furent perçus comme les véritables remèdes aux dérives du présidentielisme ; ce que la justice constitutionnelle encore embryonnaire, voire inexistante, n'était pas dans les faits. L'absence d'une autonomie organique accentuait en outre sa vulnérabilité. Certes spéciale, cette justice était « noyée » non seulement au sein d'une juridiction dite suprême en tant que simple chambre, mais également « lestée » par les

¹²⁵⁷ Sous le parti unique, les constitutions africaines ne reconnaissaient pas un tel rôle aux chambres constitutionnelles ou à la Cour suprême.

¹²⁵⁸ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique*, op. cit. p. 487.

¹²⁵⁹ « La fonction judiciaire pose au pouvoir l'alternative suivante : soit donner au corps des magistrats une indépendance totale susceptible alors de limiter ou de contrecarrer l'action de l'État, soit subordonner le juge au pouvoir politique. » J.-P. MASSERON, *Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar*, op. cit., p. 76.

¹²⁶⁰ Nous employons ici une expression ivoirienne renvoyant à la discussion mais aussi à la querelle.

¹²⁶¹ Au Sénégal, la fonction de Premier ministre fut créée en 1970 pour « une réelle décentralisation politique » alors qu'ailleurs, au Gabon par exemple, l'objectif poursuivi était un désengorgement de la présidence. v. G. CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones » in *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, op. cit., p. 64.

pesanteurs d'un pouvoir judiciaire fantoche puisque placé sous l'autorité du chef de l'État via le Conseil de la magistrature.

588. Enfin, le chef de l'État était le véritable gardien de la constitution – bien que l'expression n'ait jamais été retenue – et donc le répartiteur naturel des fonctions au sein de l'exécutif comme en dehors. D'une part, les missions et attributions qui lui étaient confiées n'étaient nullement comparables à celles des autres organes. Une chambre constitutionnelle pouvait-elle réellement trancher des conflits de compétence quand, comme ce fut le cas en Côte d'Ivoire en 1960, le constituant ne daigne même pas préciser ses attributions¹²⁶² mais consacre près d'une vingtaine de dispositions au chef de l'État? Partout, la justice constitutionnelle souffrait d'un complexe d'infériorité qui ne l'incitait pas à jouer un rôle déterminant entre les institutions, et ce, d'autant plus que le président cumulait¹²⁶³ des fonctions officielles de gardien, de garant et d'arbitre au Bénin ou au Gabon avec le rôle officieux de « médiateur de la République »¹²⁶⁴. En effet, les chefs d'État africains étaient perçus comme « [des instances de] derniers ressorts »¹²⁶⁵ tant ils s'impliquaient dans la résolution de différends entre ministres, administrations et particuliers au mépris des juridictions de droit commun. « Les fonctionnaires [préfèrent] adresser leur requête au Chef de l'État dans la mesure où il est non seulement le premier magistrat de l'État mais encore le Chef suprême de l'Administration »¹²⁶⁶ confiait le professeur Holo. Cette médiation présidentielle qui débordait le cadre des attributions du chef et empiétait sur celles d'autres organes faisait de l'ombre à une éventuelle résolution juridictionnelle des conflits institutionnels. D'autre part, l'interprétation constitutionnelle n'étant pas attribuée aux

¹²⁶² La constitution renvoyait à la loi (ordinaire).

¹²⁶³ v. F. J. AÏVO, *Le président de la République...*, op. cit., pp. 157 et 161.

¹²⁶⁴ *Ibid.* 104.

¹²⁶⁵ B. SAINT-GIRONS, « Les acteurs : fonction présidentielle et transition démocratique » in H. ROUSSILLON (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, 2^e éd., Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 1995, p.31.

¹²⁶⁶ T. HOLO, « Contribution à l'étude des chambres administratives : Cas de la chambre administrative de la Cour populaire du Bénin » in G. CONAC et J. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. 3, Economica, 1988, p. 26. Plus récemment, une biographie de l'ancien directeur du crédit suisse (Tidjane Thiam) faite par *Le New-york times Monde* révèle que le président de la République ivoirienne s'impliquait dans des affaires familiales. Il avait ainsi convoqué le futur banquier pour lui rappeler qu'il devait se rendre à l'école. v. « Un mandat court et une expulsion brutale pour le seul PDG Noir du secteur bancaire », disponible à l'adresse suivante : <https://www.nytimes.com/fr/2020/10/04/business/tidjane-thiam-credit-suisse-race.html>.

juges, cette fonction revenait quasi naturellement elle aussi au président puisqu'il avait pour mission de « [...] veille[r] au respect de la Constitution »¹²⁶⁷ ou, une fois encore, d'en être « le gardien »¹²⁶⁸. L'omnipotence du président africain postcolonial est rarement exagérée comme le montrent les propos du président malawite Hastings Banda rapportés par le professeur Conac :

« Je sais que dans d'autres pays, il y a une séparation rigide des pouvoirs. Dans certains, elle est prévue par les textes, dans d'autres c'est une question de pratique. On suppose ainsi qu'il doit exister une séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. L'exécutif n'a juridiquement qu'un rôle limité, il en est de même pour le législatif et le judiciaire. Selon la coutume et le système de gouvernement, le Chef est un Chef [...]. Il ne peut pas dire : je suis l'exécutif, cela ne me regarde pas. Ce n'est pas la voie africaine, ce n'est pas la conception africaine »¹²⁶⁹.

2. Une fonction désormais assurée et assumée

589. Les années quatre-vingt-dix ont profondément modifié la place et le rôle des juridictions constitutionnelles africaines. Ce renouveau de la justice constitutionnelle s'est avant tout traduit au niveau des textes eux-mêmes par l'introduction de nouvelles dispositions qui témoignaient d'un véritable changement par rapport à la période antérieure. Si le contentieux de la répartition des compétences est sous-entendu dans les rôles d'interprète ou de régulateur qui échoient désormais aux juridictions constitutionnelles béninoise, nigérienne et ivoirienne¹²⁷⁰, d'autres textes constitutionnels ont choisi d'y faire expressément référence. Les constitutions sénégalaise et gabonaise disposent en effet que

« Le Conseil constitutionnel connaît de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, des conflits de compétence entre l'exécutif et le législatif, des conflits de compétence entre le Conseil d'État

¹²⁶⁷ v. Les articles 8 de la Constitution ivoirienne de 1960 et 6 de la Constitution gabonaise de 1975.

¹²⁶⁸ Article 36 de la Constitution sénégalaise de 1963.

¹²⁶⁹ v. G. CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones » in Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷⁰ Le Conseil constitutionnel est juge de la constitutionnalité des lois. Il est l'organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics., article 89 de la Constitution ivoirienne de 2000 (nous soulignons). Malgré plusieurs révisions, la texte de 1960 laissa le soin à la loi organique de préciser les attributions du Conseil autres que celles relatives à la loi, aux élections et aux engagements internationaux. Le contentieux de la répartition des compétences devait donc relever du législateur organique. v. en ce sens l'article 87 issu de la révision de 1998 (Loi n°98-387 du 2/7/98) de la Constitution de 1960.

et la Cour de cassation, ainsi que des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. [...]»¹²⁷¹,

590. Et que

« La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur : [...]

-les conflits d'attribution entre les institutions de l'État. »¹²⁷².

591. Le juge constitutionnel fit officiellement son entrée au sein du cercle fermé des institutions constitutionnelles dignes « d'intérêt », pour reprendre O. Bouboutt. En le détachant organiquement de l'appareil judiciaire classique¹²⁷³, on entendait lui confier des attributions extraordinaires, mais surtout l'isoler du pouvoir exécutif. Trop longtemps marginalisés, les juges constitutionnels seront les auteurs de jurisprudences traduisant leur opposition à toute tentative de régression. On rappellera ici simplement la décision 33-94 par laquelle la Cour béninoise se définit elle-même comme « la pierre angulaire de l'État de droit libéral »¹²⁷⁴ et l'arrêt 95-05 de la chambre nigérienne dans lequel elle estima

« à la lumière du principe de la séparation des pouvoirs institués, que les constituants ont dans leur esprit ainsi voulu donner à la Cour suprême seule, à travers sa chambre constitutionnelle, le pouvoir d'interpréter et d'apprécier toutes les dispositions de la Constitution qui feront l'objet de contestation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, quand bien même cette compétence n'est pas mentionnée de manière expresse ; »¹²⁷⁵.

592. Pour ce qui est de l'effectivité du contentieux de la répartition des compétences entre les institutions, il devint rapidement incontournable. La fonction est assumée et assurée par les juridictions constitutionnelles. Plusieurs saisines du juge constitutionnel confortent cette idée. En effet, les questions posées portent directement sur les compétences des organes. Au niveau de l'exécutif, l'on se remémorera les termes de la saisine du premier ministre nigérien à l'origine de la décision n°96-002¹²⁷⁶ rendue en période de cohabitation :

¹²⁷¹ Article 82 issue de la révision du 30 mai 1992 de la Constitution sénégalaise de 1963 (nous soulignons).

¹²⁷² Articles 83 et 85 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991. La loi organique modifiée en 2018 prévoit en outre que la Cour est compétente pour statuer sur « tout conflit opposant l'Autorité de régulation de la Communication au Gouvernement et à tout autre organisme de communication » (article 2, point 6).

¹²⁷³ Ce qui ne fut et n'est toujours pas le cas au Sénégal où le Conseil constitutionnel est placé au sein du pouvoir judiciaire.

¹²⁷⁴ Décision DCC 33-94 du 4 novembre, *Joseph Houessou H. Gnonlonfoun*.

¹²⁷⁵ Arrêt n°95-05/CH.CON.S. du 5 septembre 1995 (nous soulignons).

¹²⁷⁶ Arrêt 96-002/CH.CON.S. du 16 janvier 1996.

« [Si le premier ministre n'est pas obligé de remettre la démission de son gouvernement après la dissolution de l'Assemblée nationale], le Président de la République peut-il démettre le gouvernement et nommer un Premier ministre avant la tenue de nouvelles élections ? »,

593. et ceux du premier ministre gabonais dans la décision n°32/CC du 12 juin 2009 relative à l'interprétation des dispositions de l'article 34 alinéa premier de la Constitution. Il était *grosso modo* demandé à la Cour de dire si le maintien en fonction d'un gouvernement - nommé par un chef de l'État définitivement empêché - sous l'intérim présidentiel était contraire à la constitution.

594. Entre les pouvoirs exécutif et législatif, les précédents sont légions comme le démontre la saisine¹²⁷⁷ du président de l'Assemblée nationale nigérienne tendant à l'interprétation des articles 49 (portant sur les actes soumis à contreseing) et 63 (relatif à la demande d'une seconde délibération formulée par le chef de l'État) de la Constitution, ou celle de son homologue ivoirien dans l'avis n°CI-2014-A-137¹²⁷⁸.

595. Dans chacune des affaires sus-évoquées comme, dans bien d'autres d'ailleurs, les juges constitutionnels répondirent et répondent toujours sans ambages aux questions posées. Assumant le nouveau rôle qui est le leur, ils ne se contentent pas de répondre à des questions incidentes comme pour dire qu'ils auraient été contraints par les faits d'une espèce à se prononcer sur tel ou tel aspect des compétences des organes de l'État. D'une jurisprudence institutionnelle classique, on assista - presque simultanément au Niger - à la naissance d'une jurisprudence constituante pour trancher des conflits d'attributions car, comme on vient de le voir, d'importantes jurisprudences virent le jour au cours des années 1990.

B. LE JUGE RÉGULATEUR¹²⁷⁹

596. Quantitativement, la jurisprudence constitutionnelle régulatrice n'est pas négligeable. Du fait de son objet (les institutions au sens large), elle accentue le cantonnement de la fonction constituante au contentieux des institutions.

¹²⁷⁷ Arrêt 95-06/CH.CON.S. du 5 septembre 1995. v. § 371.

¹²⁷⁸ v. § 222 et 223.

¹²⁷⁹ V. § 405 et s.

597. Les juges constitutionnels africains sont saisis de questions insolubles pour les autres organes de l'État. Il est question ici d'espèces ne permettant pas de dégager, sans saisir le juge, une ou plusieurs solutions certaines et surtout conformes à la constitution. Ces affaires se présentent très souvent comme des situations exceptionnelles au regard du contexte, comme ce fut le cas en Côte d'Ivoire¹²⁸⁰ à propos de la résolution du Conseil de sécurité sur la crise ivoirienne, ou encore au Gabon quant à l'indisponibilité temporaire du chef de l'État. Le juge constitutionnel africain est un régulateur institutionnel qui se doit d'apporter à toute question ou difficulté institutionnelle une réponse adéquate. Il n'est plus question de dire ici si telle ou telle compétence doit relever d'un organe ou d'un autre, mais bien de construire une procédure tout à fait inédite pour prévenir ou remédier à une paralysie des institutions. La régulation étant une compétence attribuée par le constituant à certaines cours¹²⁸¹, l'intérêt des présents développements se dévoile dans le devenir des solutions élaborées. Effectivement, ces solutions régulatrices peuvent constituer des précédents suffisamment importants pour être considérés comme des procédures constitutionnelles réutilisables. On en a pour exemple la procédure de remplacement¹²⁸² d'une autorité politique réfractaire qui participe à une forme de confiscation du pouvoir en s'abstenant de procéder à l'élection d'un organe essentiel au fonctionnement d'un pouvoir public.

598. Il faut dire que les données de l'espèce ne permettent pas, selon les requérants, de dégager eux-mêmes une solution en l'état actuel de la constitution ou du bloc de constitutionnalité. En effet, les personnalités ou personnes à l'origine de la saisine de la cour vont considérer que le texte fondamental est lacunaire pour régler une situation exceptionnelle. C'est donc agir conséquemment que de se tourner vers le juge constitutionnel dont l'expérience en la matière et les décisions font foi ; Il faut voir là toute l'autorité dont jouissent aujourd'hui les juridictions constitutionnelles africaines. Le juge constitutionnel africain est un créateur de solutions, bien que le qualificatif « régulateur » soit plus usité, et c'est ainsi qu'il est perçu. En effet, dans la présente configuration, il lui est

¹²⁸⁰ Décision n°019/CC/SG du 06 décembre 2006.

¹²⁸¹ *v.* § 408.

¹²⁸² *v.* § 607.

moins demandé d'interpréter la constitution que d'indiquer la marche à suivre comme le laissent deviner certaines saisines. Dans ses décisions n°4/CC¹²⁸³ et n°006/CC, la Cour gabonaise avait ainsi été respectivement saisie

« aux fins d'interprétation de l'article 16 de la loi organique [sur l'élection des sénateurs] ; que cette saisine [était] motivée par le fait qu'au deuxième tour des élections sénatoriales les électeurs n'ont pas pu départager [les candidats] restés en ballottage à l'issue du premier tour »

599. et pour

« tirer de [l'interprétation des alinéas 1 et 2 de l'article 48 de la Constitution] la solution juridique susceptible d'être envisagée dans le cas où le Gouvernement ne déposerait pas le projet de finances dans les délais fixés par la Constitution »¹²⁸⁴.

600. En 2005, il a été également demandé au juge ivoirien d'indiquer « sur quel fondement juridique, sur la base de quel acte »¹²⁸⁵ le président de la République pouvait organiser un référendum et de dire « si le défaut d'élections, dû à la situation de crise que [connaissait le pays] entraîne la dissolution et la fin des pouvoirs de l'Assemblée nationale »¹²⁸⁶. Sans entrer véritablement dans le détail des faits, il est aisé de constater le caractère exceptionnel de ceux-ci. Il n'est pas habituel qu'une loi de finances soit adoptée tardivement dans un régime (au Gabon) où la procédure législative est aux mains du gouvernement et de la majorité parlementaire ou encore qu'une législature doive ou non rester en place quand l'État (ivoirien) est aux prises avec une rébellion armée.

601. La nature des solutions attendues par les requérants ne fait l'ombre d'aucun doute : elles sont jurisprudentielles. Ils s'attendent à ce que les juges créent des procédures ou des règles nouvelles auxquelles le constituant, ou le législateur organique dans certains pays, n'aurait pas songé et surtout à même de surmonter une ou plusieurs difficultés institutionnelles. « Quelles suites à donner... ? », « quelles solutions juridiques... ? », « Quelles conséquences tirer de... » sont autant de formules utilisées qui montrent que le recours aux juges est l'expression d'une justice constitutionnelle effective ; ces formules sont également évasives car leurs requérants ne sont pas sans savoir les pouvoirs du juge, mais ils évitent religieusement d'évoquer leur rôle de régulateur. Il est effectivement rare qu'ils fassent

¹²⁸³ Décision n°4/CC du 19 février 1997.

¹²⁸⁴ Décision n°006/CC du 12 novembre 1999, *cons.* 1, nous soulignons.

¹²⁸⁵ Avis n°2005-007/CC/SG du 24 janvier 2005.

¹²⁸⁶ Avis n°2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005.

mention de la fonction régulatrice des cours et conseils dans leurs requêtes. Les requérants font preuve d'une extrême prudence dans la mesure où ils préfèrent laisser le soin au juge de décider de l'opportunité d'endosser son rôle de régulateur. Elles se prémunissent contre un échec dans les hypothèses où la juridiction constitutionnelle estimerait que la situation exposée ne soulève pas de réelle difficulté ou qu'elle se déclarerait incompétente¹²⁸⁷. Mais quand ledit rôle est joué, l'on se trouve à mille lieues des anciennes chambres constitutionnelles qui n'étaient que des institutions de façade, sans réel pouvoir et instaurées dans un unique souci de modernité. Sur ce point, les juges béninois et gabonais se démarquent largement des autres juridictions africaines. Désormais effective, la justice constitutionnelle est également incontournable. Nous irons jusqu'à dire que le juge constitutionnel africain est plus légitime à élaborer une solution de sortie de crise institutionnelle ou politique que tout autre organe de l'État. C'est vraisemblablement le sentiment qui anime les autorités qui le saisissent et cela contraste avec l'omnipotence du chef de l'État des années soixante à quatre-vingt-dix devant lequel toute problématique institutionnelle était susceptible d'être portée. Les constitutions issues du renouveau démocratique et dans certains cas la jurisprudence constitutionnelle elle-même ont apporté aux cours et conseils ce qui manquait à leur office pour en faire de véritables juges. Leur intervention est aujourd'hui décisive et l'on ne peut s'étonner que les institutions aient recours exclusivement aux juridictions constitutionnelles face à des situations réelles ou imminentes de blocage. L'intérêt étant d'éviter que ces situations remettent en cause le fonctionnement normal, voire l'organisation de l'État. Du recours plus ou moins intentionnel au juge régulateur, il découle inévitablement une importante jurisprudence institutionnelle où il est nécessairement fait usage de la fonction constituante.

§2. LE JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN : LE CONTRE-POUVOIR

602. Dans son article paru à la *Revue française de droit constitutionnel*, S. Andzoka¹²⁸⁸ abordait la neutralisation dont le constituant dérivé a pu faire l'objet de la part

¹²⁸⁷ C'est une situation que l'on peut rencontrer auprès du Conseil sénégalais tant ce dernier ne se défait pas d'une stricte observation de ses attributions prévues par les textes constitutionnel et organique.

¹²⁸⁸ S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique » in *RFDC*, n°110, 2017, pp. 173-316.

des juridictions constitutionnelles africaines. Dans le cadre de la présente étude, il est apparu que cette neutralisation – ou cette concurrence avec pour finalité une modération des pouvoirs – concerne au premier plan l'exécutif et le législatif (A), rendant ainsi compte de l'érection d'un contre-pouvoir (juridictionnel). L'occasion nous sera donnée ici d'aborder le concept de contre-pouvoir tel que défini rigoureusement par les professeurs Milacic¹²⁸⁹ et F. Hourquebie¹²⁹⁰ autour d'idées telles que la modération et le frein (efficacité)¹²⁹¹, et qui est plus évocateur que celui de *checks and balances* selon le dernier auteur cité¹²⁹². En effet, le contexte d'adoption des textes constitutionnels africains des années quatre-vingt-dix et trente années de justice constitutionnelle en Afrique noire francophone ont fini *a priori* par faire émerger et légitimer¹²⁹³ de véritables contre-pouvoirs juridictionnels tant les fruits de leur participation à la modération du pouvoir dans cette partie du globe sont évidents. On est loin d'être face à des « dépendance[s] du pouvoir exécutif »¹²⁹⁴ comme certains ont pu le dire par le passé à propos du pouvoir judiciaire. Toutefois, en tant que pouvoir, on opposera à la juridiction constitutionnelle africaine un « vieux problème [évoqué à propos du Conseil

¹²⁸⁹ « Le contre-pouvoir est un pouvoir suffisamment « “performant” pour empêcher une excroissance illégitime [d'un] “autre pouvoir” ; [...] Contribuant, en aval, de façon, à la fois existentielle et fonctionnelle, au compromis décisionnaire, c'est-à-dire à la modération globale du pouvoir. », S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu » in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 676.

¹²⁹⁰ « Dans un système de mise en concurrence des pouvoirs, chaque pouvoir, dans son activité, doit se confronter à un contre-pouvoir qui va le modérer et le frein. Le contre-pouvoir est alors le contrôle structurel de la frontière des compétences et légitimités qui [sous-tendent le pouvoir et le contre-pouvoir] », F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004, pp. 58-59. Précisons que l'étude précitée porte sur la fonction juridictionnelle dans son ensemble (juge administratif, civil et constitutionnel).

¹²⁹¹ Dans son contribution aux *Mélanges Glélé*, F. Hourquebie pose deux critères d'identification d'un contre-pouvoir : la modération et l'efficacité. V. F. HOURQUEBIE, « La constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs » in F. J. AÏVO (dir.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 368-370.

¹²⁹² Pour F. HOURQUEBIE, le contre-pouvoir est, contrairement aux poids et contrepoids, « activiste ; c'est surtout l'idée de pouvoir concurrent, qui ne se limite pas seulement à la fonction de frein. », *Ibid.* p. 73.

¹²⁹³ L'on sait, au moins depuis A. ESMEIN, que la question de la légitimité (démocratique) ne se pose pas dans la séparation des pouvoirs. Il n'a jamais été question d'opposer des organes légitimes mais concurrents. Pour cette raison, on ne saurait opposer à l'autorité judiciaire et au juge constitutionnel une absence de légitimité comparable à celle(s) des pouvoirs exécutif et législatif. E. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel comparé*, 8 éd., *op. cit.* p. 544. Et s'il fallait tout de même rechercher une légitimité (démocratique) aux juridictions constitutionnelles (françaises et africaines) on la trouverait dans la personne de certains membres desdites juridictions. En effet, de par leur participation de droit au sein des cours, les anciens présidents de la République apportent une légitimité démocratique à ces juridictions.

¹²⁹⁴ *Ibid.* p. 539.

constitutionnel français...] : quel contre-pouvoir [au juge constitutionnel] ? »¹²⁹⁵. Il s'agit de la problématique de la réversibilité d'un organe constitué. Mais admettons – comme le fit Léo Hamon¹²⁹⁶ à propos du Conseil français avant P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien¹²⁹⁷ – qu'il puisse exister un contre-pouvoir au sens de *check and balances* sans être un pouvoir dès lors qu'il est un « moyen d'équilibre des pouvoirs »¹²⁹⁸ ; ce qui est le cas d'une juridiction constitutionnelle¹²⁹⁹ comme bien d'autres avant elle en France et en Afrique. Quand en 1872¹³⁰⁰ le Conseil d'État français devient une véritable juridiction et qu'en 1889¹³⁰¹ le juge administratif s'arroge l'ensemble du contentieux administratif – la séparation des pouvoirs étant constitutionnellement observée – va-t-il pour autant être qualifié, à tort ou à raison, de *pouvoir* alors même qu'il s'opposerait dorénavant, du fait de la censure des actes administratifs, au pouvoir exécutif dans sa fonction administrative ? Nullement ! En Afrique francophone, la justice administrative a également précédé la justice constitutionnelle sans qu'on ait eu à la qualifier de contre-pouvoir. Au Bénin¹³⁰², une section¹³⁰³ du Tribunal d'État était chargée du contentieux administratif en premier et dernier ressort sous la Communauté avant que deux lois¹³⁰⁴ béninoise de 1961 ne créent un Tribunal administratif¹³⁰⁵ et une Cour

¹²⁹⁵ S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu » *op. cit.*, p. 676.

¹²⁹⁶ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987.

¹²⁹⁷ Dans leur manuel de droit constitutionnel, ils retiennent une définition si large des contre-pouvoirs qu'ils les déconnectent de la notion de « pouvoir ». Selon ces auteurs, « il faut entendre par contre-pouvoirs tous les centres organisés de décisions, de contrôle, d'intérêts ou d'influence qui, par leur seule existence ou par leur action, quel que soit l'objectif poursuivi, ont pour effet de limiter la puissance de l'appareil dirigeant de l'État ». Il existe ainsi des contre-pouvoirs institutionnels, politiques et sociaux. P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2019, p. 12.

¹²⁹⁸ T. HOLO, « Les idées constitutionnelles du professeur Ahanhanzo-Glélé » in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, p. 240.

¹²⁹⁹ En parlant du Conseil constitutionnel français, les professeurs M. DUVERGER ET FAVOREU y voient un « contrepoids ». *v.* M. DUVERGER, « Pouvoir majoritaire et pouvoir d'opposition » in *le Monde* [en ligne], 1982 ; L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *RDP*, 1982, p. 382.

¹³⁰⁰ Loi du 24 mars 1872, article 9.

¹³⁰¹ CE, 13 décembre 1899, *Cadot*.

¹³⁰² *V.* en ce sens l'article du professeur T. HOLO, « Contribution à l'étude des chambres administratives : cas de la chambre administrative de la Cour populaire du Bénin » in G. CONAC et J. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. 3, Economica, 1988, pp. 13-33.

¹³⁰³ Article 21 de la loi organique 60/1 du 4 mars 1960 adoptée le fondement du Titre XII de la Constitution française de 1958.

¹³⁰⁴ Lois 61/41 et 61/42 du 18 octobre 1961.

¹³⁰⁵ Il n'hériterait pas pour autant du contentieux de l'excès de pouvoir. Il lui sera explicitement refusé par le législateur. Le Tribunal sera finalement supprimé en 1966.

suprême dont la chambre administrative connaîtra « des pourvois en cassation [...] ; en dernier ressort, des recours pour excès de pouvoir formés contre les décisions émanant des autorités administratives »¹³⁰⁶. Il en découla l'annulation de plusieurs actes administratifs dont certains émanaient parfois du Président de la République¹³⁰⁷, mais le juge administratif ne fut pas perçu pour autant comme un contre-pouvoir. En Côte d'Ivoire, il a même été perçu comme un juge de premier ressort avec le chef de l'État comme juridiction de cassation. Ce fut le cas dans une affaire¹³⁰⁸ d'invalidation partielle des épreuves au concours d'admission à la profession d'avocat. Suite à la décision du juge administratif, le président de la République valida par une simple lettre les épreuves alors qu'il aurait fallu recourir « au législateur [pour valider] la décision annulée et du coup [invalider] la décision d'annulation »¹³⁰⁹, comme cela fut le cas en France en 1947¹³¹⁰ selon le professeur R. Degni-Ségué.

603. D'autre part, l'accroissement des compétences de certaines juridictions constitutionnelles donne à voir un « sur-contre-pouvoir » *en situation*¹³¹¹, c'est-à-dire un pouvoir se situant au-dessus¹³¹² des pouvoirs, voire prenant l'ascendant sur ceux-ci. Dérogeant à l'égalité entre les pouvoirs, le sur-pouvoir aurait pour principal caractéristique non seulement d'empêcher¹³¹³ mais également de sanctionner (B), et ce, toujours dans un souci de modération. Il s'établit alors une relation entre le pouvoir juridictionnel et les autres pouvoirs qui n'est pas sans rappeler celle du juge administratif et de l'administration.

¹³⁰⁶ Article 32 de la loi 61/42.

¹³⁰⁷ Dans un arrêt A. Béhanzin du 14 avril 1962, la chambre administrative de la Cour suprême annulait un arrêté par lequel le Président révoquait un agent public de sa fonction.

¹³⁰⁸ CSCA, 8 février 1958 Gnadré Tédi et autres c/ Université de Côte d'Ivoire.

¹³⁰⁹ R. DEGNI-SÉGUÉ, « Le contrôle sur l'administration ivoirienne par la voie du recours pour excès de pouvoir » in G. CONAC et J. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. 3, Economica, p. 189.

¹³¹⁰ Il s'agit de l'affaire Chalvon-Demersay jugée par le Conseil d'État français dans un arrêt du 18 mars 1949. En l'espèce, les épreuves d'admission à l'École centrale avaient été annulées par le juge administratif avant qu'une loi, quelques mois plus tard, revienne sur la décision rendue.

¹³¹¹ Au moment où il est censé endiguer l'action d'un concurrent.

¹³¹² T. S. RENOUX, « Le Conseil Constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°3, 1994. p. 893.

¹³¹³ « J'appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle une résolution, prise par quelque autre. », Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chap. VI, p. 315.

A. UN ORGANE CONCURRENT ET NEUTRALISANT

604. La distinction des pouvoirs n'est pas la balance des pouvoirs. Alors que la première est une spécialisation des fonctions au sein de l'État, la balance s'appuie elle sur l'idée de neutralisation. Une fonction doit pouvoir arrêter une autre devenue « par la disposition des choses » abusive. L'on rejoindra bon nombre d'analyses portant sur l'*Esprit des lois* en distinguant trois organes censés incarner lesdites fonctions tout en attirant l'attention sur le fait que, conformément à la pensée du baron de la Brède, la neutralisation ne concerne que les organes exécutif et législatif lesquels ne sont ni spécialisés¹³¹⁴, ni indépendants¹³¹⁵. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, il n'a aucun moyen de pression sur les autres organes. Il est un organe véritablement spécialisé dans la mesure où il n'intervient jamais dans les fonctions dévolues aux autres organes.

605. Présentée de la sorte, la place du juge dans la théorie de la séparation des pouvoirs est largement démentie par celle qu'il occupe effectivement de nos jours. Dans les régimes d'Afrique noire francophone, les textes et la pratique révèlent un juge constitutionnel dont la spécialisation a pris un tout autre sens ; pareil constat peut bien évidemment être fait dans d'autres parties du monde. Cette spécialisation, tout en étant une limite pour les autres fonctions de l'État, devient une sorte de passe-droit pour le juge lui-même. Autrement dit, la justice constitutionnelle est une permission donnée aux juges (constitutionnels) d'intervenir, *via* un contrôle de conformité, dans les autres fonctions (exécutive et législative) sans que celles-ci puissent en faire de même ; l'intervention devant être comprise ici comme un empêchement. La justice constitutionnelle s'inscrit autant dans la séparation des pouvoirs que dans la balance, et ce, d'autant plus qu'il existe une dépendance organique (à l'égard des autres pouvoirs) au travers du processus de nomination¹³¹⁶ des juges et un mécanisme interne de sanction¹³¹⁷, bien que celui-ci ne soit pas enclenché par les autorités de nomination ou

¹³¹⁴ L'exécutif participant à la fonction législative via le droit de veto.

¹³¹⁵ La nomination des membres du corps exécutif et leur révocation dépendent du législatif.

¹³¹⁶ Les membres des juridictions constitutionnelles sont toujours nommés, en partie, par les institutions constitutionnelles que sont le Chef de l'État et le(s) président(s) de(s) chambre(s) législative(s). Une fois nommée, l'indépendance des juges est garantie par un mandat irrévocable.

¹³¹⁷ C'est notamment le cas en Côte d'Ivoire où la loi organique dispose : « Lorsqu'il est établi qu'un de ses membres [du Conseil constitutionnel] exerce une fonction ou une activité incompatible avec sa qualité, le

par un acteur appartenant à un pouvoir. En effet, si la théorie brédienne (dans sa version prescriptive) fait de l'empêchement l'une des raisons d'être des trois pouvoirs, le juge constitutionnel africain est donc un contrepoids juridico-politique neutralisant ; il parvient à empêcher ou à entraver sous toutes ses formes l'action d'un pouvoir politique au moyen de la règle de droit.

606. La neutralisation ne découle pas des constitutions dites démocratiques. Elle est antérieure à celles-ci, mais elle n'était pas effective. En effet, les chambres constitutionnelles pouvaient déjà se comporter de la sorte à l'égard des institutions, mais elles ne le firent que très rarement. Il est vrai que les constituants de l'époque instituaient davantage des cours-conseillères que des juridictions à proprement parler ; chose que confirma la pratique. Ce fut le cas de la chambre constitutionnelle¹³¹⁸ de la Cour suprême gabonaise sous la Constitution de 1975. En effet, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, la chambre ne procéda qu'à la censure de trois¹³¹⁹ textes législatifs entre 1978 et 1985 et, en raison de l'indisponibilité des sources, l'on ne sait si ces décisions concernaient, par exemple, le respect des domaines de la loi et du règlement. Ce contentieux des empiètements aurait effectivement constitué ici une illustration topique du pouvoir de neutralisation du juge. En effet, l'ancien article 46 prévoyait que la question des irrecevabilités opposées¹³²⁰ au cours de

Conseil Constitutionnel procède à son audition après lui avoir communiqué son dossier et prononce le cas échéant sa démission » (article 6 al. 2 de la loi organique sur le Conseil). Au Gabon, « la Cour constitutionnelle, statuant à la majorité des trois quarts des autres membres nommés, peut mettre fin, au terme d'une procédure contradictoire, aux fonctions d'un membre qui aurait méconnu ses obligations, enfreint le régime des incompatibilités ou perdu la jouissance de ses droits civils et politiques » (article 13 de la loi organique en sa version du 2 juin 2003). Les législateurs béninois et nigérien retiennent la même formule, « La Cour constitutionnelle constate, le cas échéant, la démission d'office de celui de ses membres qui aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre de la Cour ou qui n'aurait pas la jouissance de ses droits civils et politiques. » (v. les articles 10 de la loi n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle béninoise modifiée par la loi du 31 mai 2001 et la loi organique n°2012-35 du 19 juin 2012 sur la Cour constitutionnelle du Niger). Au Sénégal, une démission ou une incapacité physique peuvent écourter le mandat d'un conseiller avec l'avis conforme du Conseil (art. 5 de la Loi organique). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une sanction.

¹³¹⁸ v. G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, « Une juridiction constitutionnelle au Gabon » in G. CONAC (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique II. La jurisprudence*, Economica, 1989, pp. 96-105.

¹³¹⁹ v. Les décisions n°3/80 du 25 juin 1980, 2/81 du 11 avril 1981 et 1/83 du 19 juillet 1983.

¹³²⁰ L'article 46 disposait : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou amendement n'est pas du domaine de la loi ou dépasse les limites de la délégation accordée en vertu de l'article 42, le Président de la République ou le Président de l'Assemblée nationale peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord, la Cour suprême [...] statue dans un délai de huit jours. [...] ».

la procédure législative relevait de la compétence de la Cour suprême et, dans un tel cas de figure, il est plus aisé de caractériser un débordement de la part d'un pouvoir et auquel le juge aurait mis un terme. On voit déjà qu'au travers de certains mécanismes, le juge constitutionnel africain pouvait s'affirmer comme un organe neutralisant s'il venait à être saisi comme tel.

607. De nos jours, cette figure du juge constitutionnel neutralisant les actes du législateur est un truisme et la fonction constituante y joue parfois un rôle supplémentaire et déterminant comme le corroborent des précédents relatifs aux institutions constitutionnelles africaines. Il s'agit dorénavant de censurer tout écart d'un pouvoir public, et non plus de s'opposer seulement à un exercice irrégulier de la principale fonction de celui-ci, c'est-à-dire, par exemple, de déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi dans le cas où le législateur serait l'autorité en cause. C'est ainsi qu'en 2003¹³²¹ la Cour béninoise censura la confiscation du pouvoir dont s'était rendue coupable la doyenne d'âge de l'Assemblée nationale. Pour ce faire, la Cour agita la menace du remplacement de ladite autorité. En l'espèce les deux requêtes à l'origine de cette jurisprudence se rejoignaient sur plusieurs points, notamment sur la demande de déchéance du titre de doyenne d'âge dans l'hypothèse où la titulaire persisterait à ignorer les décisions de la Cour. En effet, dans une première décision n°03-007¹³²², la Cour avait déjà relevé l'inconstitutionnalité des actes posés par la doyenne d'âge et qui avaient eu pour conséquence de retarder et empêcher la formation du bureau de l'assemblée nationale. Du sept (7) au douze (12) mai, on passa ainsi de plusieurs « recours en inconstitutionnalité du blocage du processus électoral à l'Assemblée nationale » et d'une plainte en « violation [de la] constitution » à des demandes de remplacement d'office de l'autorité défaillante. Manifestement, le ton et l'objet des demandes ne furent plus les mêmes tout comme la posture du juge. Le juge saisi n'était plus celui censé contrôler l'attitude de la doyenne d'âge, mais plutôt celui capable d'y mettre un terme. Néanmoins, tant cela est évident, la Cour béninoise ne faisait pas face à un pouvoir à proprement parler. Elle s'opposait à une élue qui rompait l'équilibre des pouvoirs en empêchant l'activité de l'un d'eux. Pour cette raison, en sus de la régulation également pratiquée par la haute juridiction dans cette même jurisprudence, l'éventuelle neutralisation de la doyenne d'âge

¹³²¹ Décision DCC 03-078 du 12 mai 2003, Gougbedji Cyrille et AKOBI Issifou Ahmed.

¹³²² DCC n°03-077 du 7 mai 2003.

par un mécanisme de substitution conduit à inscrire ce précédent dans la fonction neutralisante de la Cour. Ailleurs, en 2009, un recours en excès de pouvoir a été formé devant la Cour constitutionnelle nigérienne par des députés contre un décret de convocation du peuple pour « une révision intégrale »¹³²³ de la constitution. En serrant toute révision constitutionnelle – qu’elle soit partielle ou intégrale – dans les conditions de révision posées par le constituant nigérien, la Cour fit échouer le projet du chef de l’État qui avait pour objectif de se représenter à la magistrature suprême. On eut affaire à une véritable espèce représentative des cas de détournement de pouvoir. Le juge constitutionnel a su jouer sa partition en tant que juge des actes préliminaires électoraux, mais également en tant que gardien de la constitution. Il faut dire que les requérants n’en attendaient pas moins de la Cour car, derrière l’apparent recours en excès de pouvoir dont les juges étaient saisis, se posait la question de savoir si le pouvoir originaire devait obéir aux formes du constituant dérivé. En effet, si l’on écartait cette question, l’action projetée par le chef de l’État ne violait aucune disposition constitutionnelle. Enfin, en 2016, c’est également en tant qu’organe neutralisant que le Conseil sénégalais décida que le mandat en cours du chef de l’État – comme tout autre mandat politique – ne pouvait faire l’objet d’une révision constitutionnelle sans porter atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des institutions, et ce, même si cette révision allait dans le sens d’une réduction de la durée dudit mandat.

608. Dans ce rôle d’organe neutralisant, le juge béninois se démarque une fois de plus des autres juridictions et on ne saurait clore cette subdivision sans revenir sur la saisine d’office¹³²⁴ de la Cour constitutionnelle béninoise. Cette faculté que lui reconnaît la constitution de « se prononce[r] d’office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques » n’est pas sans rappeler le projet¹³²⁵ de révision de l’article 61 de la Constitution française que le constituant ne retint pas en 1974. Le mécanisme est en effet redoutable et il peut rapidement devenir l’instrument d’un véritable gouvernement des

¹³²³ Arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009, *cons.* 4 (nous soulignons).

¹³²⁴ *v.* § 224.

¹³²⁵ Projet de loi constitutionnelle de l’article 61 alinéa 3 (rejeté) de la Constitution française présenté à l’Assemblée nationale sous le n°1181 le 27 septembre 1974: « Le Conseil constitutionnel peut se saisir, dans le [délai de promulgation], des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution. ».

juges ; ceci pour dire que cette faculté doit être maniée avec soin où elle est consacrée, car il nous a été donné de voir que son utilisation par le juge béninois n'est pas exempte de critiques. Qu'à cela ne tienne, il nous faut avant tout apporter une importante précision quant à la saisine d'office du juge béninois. Il ne s'agit pas d'une autosaisine comme celle projetée autrefois en France. En d'autres termes, la Cour doit être saisie au préalable pour pouvoir se prononcer sur les textes censés porter atteinte aux droits. Autrement dit, l'article 117 permet au juge d'étendre son contrôle de constitutionnalité sur un texte dont il a été saisi. En outre, il doit être question de textes et non de faits ; ces derniers relevant de la catégorie des violations¹³²⁶ dont la Cour peut également connaître sur saisine directe d'une personne physique. Enfin, l'atteinte à des droits et libertés n'est pas un moyen d'ordre public même si au premier abord elle en a la forme sans pour autant en emporter les conséquences. S'agissant de la forme, nous convenons avec Thierry Santolini que tout moyen invocable dans le contentieux constitutionnel est « potentiellement d'ordre public »¹³²⁷ car ce qu'on peut qualifier de procès constitutionnel fait à la loi intéresse fatalement la société tout entière au-delà des parties. La notion de moyens d'ordre public y est donc entendue moins restrictivement que dans d'autres contentieux. En droit administratif, par exemple, les différents moyens d'ordre public font l'objet d'un large consensus (incompétence, défaut d'intérêt à agir...), et ce, sans qu'ils ne soient exclusifs de tout autre contentieux. L'atteinte sur laquelle le juge béninois est appelé à se prononcer d'office présente donc une similitude avec un moyen d'ordre public mais la ressemblance s'arrête là. S'agissant des conséquences, l'atteinte dont se saisit la Cour béninoise aide à la poursuite de l'examen d'une requête manifestement irrecevable ; ce qui, par exemple, est rédhibitoire devant un juge ordinaire¹³²⁸. À ce moment, il n'est plus véritablement question d'une saisine d'office, mais plutôt d'une *auto saisine* car « [...] en déclarant irrecevable la requête qui l'a saisie, la Cour éteint l'instance qui se fonde sur le recours du requérant, et en décidant de procéder à l'examen au fond du

¹³²⁶En effet, l'article 121 poursuit : « [La Cour] statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours. ».

¹³²⁷T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé » in *les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, 2008, p.e. 8-9.

¹³²⁸Selon la jurisprudence du Conseil d'État français, le juge administratif ne peut soulever un moyen d'ordre public qu'à la condition que le requête dont il est saisi soit recevable. v. CE 15 mai 2012, *Société du Bourdeau*, req. n°331362 et CE, 25 octobre 1993, *Commune de Collonges-sous-saleve* n°121616.

dossier, elle s'autosaisit et ouvre son office *ex nihilo*. »¹³²⁹. En agissant de la sorte, il n'est pas inenvisageable que le juge ait recours à son pouvoir créateur pour enrayer l'action des autres organes de l'État. C'est ce que la Cour fit dans sa décision de 2018¹³³⁰ bien que, après avoir rejeté la requête, les termes et formules choisis par le juge donnent l'impression que la Cour amalgame¹³³¹ ses compétences une fois de plus¹³³². Mais cette confusion ne change rien au fait que le juge s'opposa au législateur au moyen de l'impératif constitutionnel que constitue « le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels ».

B. LE JUGE SANCTIONNATEUR

609. La sanction, elle intervient selon différentes modalités. Soit le juge décide d'examiner le comportement d'une autorité, et ce contrôle peut parfois conduire au remplacement de la personne contrôlée (1), soit la juridiction constitutionnelle lui adresse des injonctions (2).

1. L'examen du comportement des autorités investies d'une fonction politique ou publique

« La classe politique est indisciplinée ! »¹³³³.

¹³²⁹ G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, *op. cit.* p. 232.

¹³³⁰ *v.* § 309, DCC 18-141 du 28 juin 2018, *Souliou Adjouvi et Juliette Kayassi*.

¹³³¹ « [...] 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 ; », décision précitée, *cons.* 3. Le contrôle d'office des textes « censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques » et celui, plus général, « [des] violations des droits de la personne humaine » sont confondus. En outre, la saisine d'office est étendue aux cas de violations tandis que la remise en cause d'impératifs ou de principes à valeur constitutionnelle deviennent de nouveaux motifs au déclenchement de ce mécanisme.

¹³³² *v.* en ce sens les décisions DCC 05-020 du 03 mars 2005 ou DCC 05-103, du 1er septembre 2005.

¹³³³ Oumarou Narey, premier président de la Cour des Comptes du Niger, ancien vice-président de la Cour constitutionnelle du Niger, professeur agrégé de droit public, enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Économiques et Juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey. Propos recueillis lors d'un entretien au siège de la Cour le 14 février 2018 à Niamey (Niger).

610. Le comportement des titulaires des différents pouvoirs fait l'objet d'un contrôle de la part des juridictions constitutionnelles. Dans son ouvrage dédié aux attributions de la Cour béninoise, G. Badet¹³³⁴ évoque cet aspect de la justice constitutionnelle. Aussi surprenant que cela puisse paraître, seuls les juges béninois apprécient l'attitude¹³³⁵ des autorités politiques ou publiques alors même que la jurisprudence de leurs homologues gabonais, ivoirien et nigérien a toujours éludé des comportements qui auraient pu être frappés d'inconstitutionnalité si une disposition analogue à l'article 35 de la Constitution béninoise existait dans leurs textes fondamentaux. Il ne fait aucun doute d'ailleurs que le simple contrôle de conformité desdits comportements au serment prononcé par ces autorités (politiques ou publiques) lors de leur prise de fonction aurait pu aboutir au constat d'un parjure. Les autres juges constitutionnels africains sont plus réticents qu'autre chose à examiner la conduite des personnalités politiques quand on songe, par exemple, à la décision n°6/CC du 12 novembre 1999 rendue par la Cour gabonaise à propos du retard imputable au gouvernement dans l'adoption de la loi de finances ou à la décision n°15/CC du 12 juin 2017¹³³⁶ relative au reports successifs des élections législatives. Lors de la lecture de la dernière jurisprudence, la Cour s'est pourtant acquittée d'une déclaration préalable par laquelle elle adressait des reproches à peine voilés au gouvernement. Ces propos, il aurait certainement fallu les intégrer dans le corps de la décision pour « réanimer » un organe gouvernemental inactif jusque-là car, comme l'énonce à juste titre F. Hourquebie, « les contre-pouvoirs ne seront acceptés comme tels, qu'à condition qu'ils se dotent d'une " force de frappe", et de persuasion adéquates. »¹³³⁷. Au Niger, sans que la Cour ne souligne la violation de la constitution par l'attitude de certaines autorités, elle en tient implicitement compte sous couvert de la violation de l'autorité de la chose jugée pour activer des mécanismes tels que la vacance de la fonction occupée. C'est

¹³³⁴ L'auteur fait alors une distinction selon que le comportement est à l'origine ou non d'une paralysie institutionnelle.

¹³³⁵ Cela est possible grâce à l'article 35 de la Constitution béninoise qui dispose : « Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun. ».

¹³³⁶ Décision n°15/CC du 12 juin 2017 relative à la requête présentée par le premier ministre tendant au report des élections législatives

¹³³⁷ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, *op. cit.* p.69.

ainsi que dans l'arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014¹³³⁸, les juges décidèrent, à propos du président de l'Assemblée nationale,

« [qu'en] cas de refus d'obtempérer à [l']arrêt¹³³⁹ de la Cour constatant la violation de la Constitution et de poursuite du blocage du fonctionnement de l'Assemblée nationale, il sera procédé à la mise en œuvre des dispositions [relatives] à la vacance de la présidence de l'Assemblée nationale ».

611. Au Bénin, une requête peut avoir pour objet l'appréciation de la promptitude des autorités quand la Cour n'y procède pas elle-même à l'occasion d'une affaire dont elle est effectivement saisie. En d'autres termes, la question de la constitutionnalité du comportement des autorités publiques ou politiques peut-être portée directement devant la Cour, et ce, sans que la Cour n'ait jamais apporté d'amples informations quant à la qualité¹³⁴⁰ des requérants. Un tel contrôle, qui entretient encore des zones d'ombre, pose légitimement la question de ses fondements. En vérité, ce contrôle ne repose sur aucune base constitutionnelle ou organique. L'examen de la recevabilité de ces requêtes, que nous qualifierons de requêtes en manquement¹³⁴¹, est inexistant. Ce qui nous fait dire à nouveau que l'appréciation du comportement est une compétence découverte par la Cour elle-même comme le montre la décision DCC 96-017¹³⁴² relative à la prestation de serment du président Mathieu Kérékou. En l'espèce, la Cour avait été saisie par des particuliers arguant de la violation de la constitution par le président élu. Ce dernier refusa de réciter entièrement la formule constitutionnelle de prestation de serment du fait de sa conversion au christianisme,

¹³³⁸ En l'espèce, la Cour était saisie d'une requête tendant à interpréter et appliquer la Constitution. Dans le fond, il était demandé à la Cour à déclarer la vacance de la présidence de l'Assemblée nationale dont le titulaire refusait obstinément de procéder à la formation du bureau selon le règlement intérieur

¹³³⁹ Par un arrêt n°004/CC/MC du 2 mai 2014, la Cour avait jugé qu'il « qu'il incombe au Président de l'Assemblée nationale la responsabilité de respecter et de faire respecter le règlement intérieur, conformément à son serment, en vue de rétablir le fonctionnement régulier de l'Assemblée nationale ».

¹³⁴⁰ Soit la Cour profite de l'examen d'une requête ou d'un recours – déclaré au préalable recevable – pour dire qu'une autorité a effectivement violé la Constitution par son attitude, soit les juges mettent volontairement de côté la question de la qualité du requérant quand ce dernier saisit la haute juridiction d'un comportement qu'il estime inconstitutionnel.

¹³⁴¹ Nous nous inspirons du recours en manquement (des États) organisé par les articles 258 à 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Devant le juge béninois, la logique est la même qu'en droit communautaire en ce sens où l'accent est mis sur le respect des obligations qui incombent à une personne, et non à l'État, en raison des fonctions politiques, publiques ou administratives qu'elle exerce. Le contrôle est encore plus poussé au Bénin puisque le contrôle pratique porte également sur les qualités morales et intellectuelles. La Constitution béninoise dresse finalement le portrait d'un fonctionnaire ou d'un élu vertueux.

¹³⁴² DCC 96-017, *Gangbe Aurelien et Fagninou Gilles*.

motif pris que ledit serment contenait des références polythéistes¹³⁴³. Sans apprécier la qualité des requérants et préciser dans quel cadre elle était saisie, la Cour s'empressa simplement de déclarer la non-conformité du serment reçu.

612. On aurait pu s'attendre à ce que la Cour lie cette nouvelle compétence à sa mission de régulation dans la mesure où des attitudes personnelles peuvent, tôt ou tard, être à l'origine d'un blocage institutionnel, mais elle n'en fit rien. Là encore, la lecture de quelques décisions renseigne sur la méthode des juges. La jurisprudence révèle que le contrôle de la constitutionnalité du comportement est dissociable de la fonction régulatrice. La Cour n'y fit pas référence dans les décisions DCC n°03-077 sur les interruptions arbitraires et intempestives de séance de la doyenne d'âge de l'assemblée, DCC 07-175 dans laquelle la Cour releva que le secrétaire du gouvernement avait tenté de l'induire en erreur, DCC 08-072¹³⁴⁴ relative à la décision du législateur béninois de « reporter sine die » l'adoption d'une loi et DCC 10-144¹³⁴⁵ où la Cour censura l'attitude¹³⁴⁶ des députés dans l'adoption du budget. Procédant sur demande ou de son propre chef au contrôle des agissements pour en déclarer l'inconstitutionnalité, la Cour continue à faire l'économie d'une ou plusieurs justifications. En parlant de contrôle, il faut logiquement s'intéresser à la norme de référence et sur ce point la Cour fait exclusivement référence à la constitution et plus précisément à son article 35 ; rappelons-le : « Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun ; ». Insistant autant sur les termes pertinents¹³⁴⁷ au regard de l'affaire sur laquelle elle statue que sur l'ensemble de la disposition précitée, les juges procèdent rigoureusement à un examen des circonstances et

¹³⁴³ L'article 53 dispose : « Avant son entrée en fonction, le président de la République prête le serment suivant: "Devant Dieu, les Mânes des Ancêtres, la Nation et devant le Peuple béninois, seul détenteur de la souveraineté [...]" », nous soulignons.

¹³⁴⁴ DCC 08-072 du 25 juillet 2008, *Joseph H. Gnonlonfoun*.

¹³⁴⁵ DCC 10-144 du 14 décembre 2010, R. Akotegnon et Président de la République.

¹³⁴⁶ En l'espèce, les députés refusaient d'adopter le budget général de l'État sans que celui-ci n'intègre le budget de l'Assemblée nationale tel qu'il avait été arrêté par les élus. Or, la Cour avait censuré quelque temps avant le budget de la chambre et invita le gouvernement et les députés à remanier le texte selon les indications fournies dans la décision. Au final, la Cour devait se prononcer sur la « prise en otage » des finances de l'État béninois par les députés.

¹³⁴⁷ Dans la décision précitée, la Cour mit l'accent sur « le devoir d'accomplir [une fonction politique] » (nous soulignons).

surtout des actions ou inactions susceptibles d'être reprochées aux autorités. Toutefois, il est aisé d'observer que le juge béninois ne se prononce jamais en utilisant les termes « conformité » ou « inconstitutionnalité » mais privilégie toujours « la violation », comme lorsqu'il est saisi des atteintes aux droits de la personne humaine. Cela n'est pas sans soulever la question de la réparation des préjudices (causées par l'attitude contrôlée) puisque la Cour s'est arrogée depuis 2002 le droit d'en décider¹³⁴⁸. Précision utile, la Cour s'est toujours refusée à fixer le *quantum* de la réparation ou des dommages et intérêts qui relève du juge civil devant lequel les victimes peuvent se prévaloir de la décision constitutionnelle rendue. Mais pour ce qui nous intéresse, la Cour n'a jamais ouvert de droit à réparation et les requérants n'en font pas la demande. C'est dire que l'examen du comportement des autorités publiques et politiques est une transposition partielle du contrôle qu'effectuent les juges quand ils sont saisis d'une violation des droits. Partielle puisqu'il ne porte que sur les obligations des agents publics au sens large et des élus sans ouvrir de droit à réparation aux plaignants. Cette absence d'indemnisation est peut-être la réponse à la question de la qualité des requérants. Si le juge béninois se laisse saisir par toute personne c'est certainement parce qu'il estime que le recours en manquement est un contentieux objectif à l'instar du contrôle de constitutionnalité des normes qui est ouvert à tout citoyen¹³⁴⁹.

2. Le juge donneur d'ordre(s) : le développement d'une jurisprudence injonctive

613. À cet égard, on se référera à la jurisprudence béninoise, nigérienne et gabonaise. Le développement d'une jurisprudence constitutionnelle injonctive est perceptible au-delà du cadre béninois. L'injonction qui est un ordre émanant d'une autorité (juridictionnelle) et susceptible de donner lieu à des « sanctions » est apparue dans la

¹³⁴⁸ v. DCC n°02-52 du 31 mai 2002 ou DCC 03-057 du 18 mars 2003 ; D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? » in J. AÏVO (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè*, L'Harmattan, 2014 ; D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin » in *Les Annales de droit* [En ligne], n°10, 2016, p. 125, (disponible à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/add/336>).

¹³⁴⁹ Article 3 al. 3 de la Constitution béninoise : « Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels. ».

jurisprudence constitutionnelle africaine. De manière générale, l'injonction est un ordre d'agir selon ce que prescrit le juge et parfois de ne pas agir. Il faut d'emblée distinguer les injonctions dont il sera fait état ici d'autres attributions, notamment celles qui autorisent les juges constitutionnels à fixer des délais¹³⁵⁰ d'organisation d'élections ou les réserves¹³⁵¹ d'interprétations formulées par le juge dans le cadre du contrôle *a priori*. Nous entendrons ici par « injonction », un commandement suffisamment précis qu'adresse le juge à une ou plusieurs autorités constitutionnelles et dont l'exécution est enfermée dans un délai fixé par le même juge.

614. Ces injonctions ne reposent sur aucune base textuelle. Les juges ont su tirer profit des mécanismes relatifs à la vacance des institutions. En les liant parfois à la déontologie des organes de l'État, les juges transforment les mécanismes de vacance en potentielles sanctions censées surmonter la réticence, voire l'opposition des personnes ou institutions destinataires d'injonctions. Sans ignorer l'autorité dont bénéficient les décisions des juridictions constitutionnelles, les requérants savent eux aussi tirer parti du fait que les juges ne puissent pas rester indifférents quand une de leurs décisions éprouve quelques difficultés à s'imposer « à tous les pouvoirs publics ». L'apparition d'une jurisprudence injonctive ou d'un juge donneur d'ordres est la conséquence de l'autorité absolue de la chose jugée dont sont revêtues les décisions constitutionnelles. Que les injonctions soient émises dans la première décision d'une affaire ou dans ses développements subséquents, l'objectif du juge est toujours

¹³⁵⁰ Le règlement intérieur de l'Assemblée nationale gabonaise prévoit, par exemple, « [qu'en] cas de force majeure dûment constatée par la Cour Constitutionnelle saisie par le Gouvernement, laquelle empêche l'organisation des élections législatives dans les délais légaux, les Députés [sic] demeurent en fonction jusqu'à la proclamation des résultats de l'élection organisée dans les délais fixés par la Cour Constitutionnelle. » (Nous soulignons). *v.* article 4 de la résolution n°001 du 04 février 2013 portant Règlement de l'Assemblée Nationale. Ailleurs, la Constitution sénégalaise permet au Conseil de fixer la nouvelle date de l'élection présidentielle quand un candidat à celle-ci vient à décéder avant la tenue du scrutin (article 29) ou dans l'entre-deux-tours (article 34). Le nouvel article 10 de la Constitution gabonaise reprend la même idée pour ce qui est du décès d'un candidat à la présidence tout en précisant que le scrutin doit avoir lieu au plus tard trente-cinq (35) jours à partir de la décision de report de la Cour.

¹³⁵¹ Dans sa thèse, Kobenan KPRI estime qu'il existe des injonctions derrière « des réserves [d'interprétation] expresses » alors même que le juge constitutionnel ivoirien est dépourvu d'un tel pouvoir. *v.* K. K. KPRI, *Le Conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis*, Thèse soutenue à l'Université de Bourgogne, 2008, pp.e. 58-59 [disponible à l'adresse suivante : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02024894/document>]. Pour notre part, il ne peut s'agir d'injonctions à proprement parler car, par les réserves d'interprétation, le juge constitutionnel se substitue déjà au législateur en retirant ou en apportant au texte examiné ce qu'il faut pour que celui-ci soit conforme à la constitution.

de s'assurer de l'exécution de sa jurisprudence; objectif que les requêtes dont il est saisi mettent clairement en avant. Dans la décision relative à la constitution du bureau de l'Assemblée nationale béninoise, les requérants demandaient à la Cour « d'enjoindre » la doyenne d'âge de poursuivre l'élection du bureau et de « déchoir » celle-ci de son poste en cas de résistance. Curieusement, il ne fut à aucun moment question de demander à la haute juridiction de se déclarer compétente pour donner suite à de telles requêtes, et ce, d'autant plus que l'un des requérants alla même jusqu'à demander à la Cour de déclarer l'intéressée indigne de toute fonction publique et politique. C'est dire que le mécanisme ou plutôt le pouvoir injonctif du juge constitutionnel est suffisamment connu pour qu'on ose aller jusqu'à assimiler de la sorte la Cour à une juridiction répressive¹³⁵².

615. En réponse à des moyens analogues et parfois implicites¹³⁵³, les juges formulent donc des injonctions. Contrairement au contrôle du comportement des autorités que nous évoquions précédemment, les juges béninois comme leurs homologues gabonais assoient clairement ce pouvoir sur leur « qualité d'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »¹³⁵⁴. C'est ainsi que la Cour béninoise décida que

« [...] la doyenne d'âge doit convoquer l'Assemblée nationale dès la date de la présente décision et poursuivre sans discontinuité c'est-à-dire au cours de la même séance, 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 décision ; »¹³⁵⁵,

616. Avant que la Cour nigérienne ne lui emboîte le pas en 2014 en

¹³⁵² En effet, l'interdiction d'exercer une fonction politique est une conséquence d'une inéligibilité prononcée par le juge pénal à la lecture de l'article 48 du Code pénal (issu de la loi n°2018-16 portant code pénal). Le juge constitutionnel ne peut connaître de cette question qu'en cas de contestation du refus d'enregistrement d'une candidature pour cause d'inéligibilité. *v.* Article 153 de loi n°2019-43 du 15 novembre 2019 portant du Code électoral en République du Bénin.

¹³⁵³ Devant la Cour gabonaise, il n'est jamais explicitement formulé des demandes d'injonction mais plutôt des demandes d'interprétation de la Constitution face à certaines situations. Il n'appartient ainsi qu'à la Cour de décider d'enjoindre ou non aux institutions/pouvoirs publics d'agir dans un sens ou dans l'autre.

¹³⁵⁴ Décision 22/CC du 30 avril 2018 relative la requête du Premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a et autres de la Constitution.

¹³⁵⁵ Décision DCC 03-078, *op. cit.*, nous soulignons.

« Considérant que les opérations de vote portant sur l'élection des deux membres du Bureau restants doivent avoir lieu au cours de la même séance dans une durée de temps ne devant pas excéder le temps pris pour l'élection des membres du Bureau déjà élus ; »¹³⁵⁶.

617. Suite à un énième report des élections législatives qui aurait pu être évité, la Cour gabonaise décida quant à elle

« [Que] tous les projets et propositions de loi en examen, ainsi que les ordonnances en cours de ratification à l'Assemblée nationale doivent être transmis sans délai au Sénat ; [...] ; »¹³⁵⁷.

Si les échéances furent plus précises au Bénin et Niger par rapport au Gabon, le ton général n'est définitivement pas le même. Dans un cas comme dans l'autre, la juridiction constitutionnelle laisse peu de marge de manœuvre aux destinataires, et parfois cette marge est inexistante. Les injonctions répondent à une situation actuelle ou imminente de blocage institutionnel, et une fois de plus l'aide des juridictions est sollicitée.

618. Pour finir, on n'aura pas manqué de relever que ces crises accroissent anormalement, comme on vient de le voir, les pouvoirs du juge, fût-il régulateur. Aux injonctions, il faut dorénavant ajouter le non-dessaisissement du juge, nouveauté sur laquelle nous revenons très brièvement ici. Il s'agit d'une nouvelle faculté du juge béninois pour pouvoir surveiller l'exécution de ses décisions. En l'espèce, et au moyen d'une requête en interprétation d'une décision¹³⁵⁸ de la Cour, il était mis en cause la procédure de désignation des députés devant siéger à la Haute cour de justice. Au regard du retard là encore accumulé dans ladite désignation, la Cour décida, et cela est inédit,

« de demeurer saisie de tous les aspects du dossier de désignation des députés devant siéger à la Haute Cour de Justice et ce, jusqu'à ce que la Haute Juridiction devienne opérationnelle ; qu'à cette fin, le Président de l'Assemblée Nationale devra transmettre systématiquement à la Cour les comptes rendus de toutes les séances de l'Assemblée Nationale consacrées à cette question ; »¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Nous soulignons.

¹³⁵⁷ Décision 22/CC du 30 avril 2018, *op. cit.*, nous soulignons.

¹³⁵⁸ DCC 09-002 du 08 janvier 2009.

¹³⁵⁹ DCC 09-015 du 19 février 2009, *président de l'Assemblée nationale*.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

619. La circonscription de la fonction constituante aux affaires institutionnelles n'est pas une lubie ou le symptôme d'une incapacité des juges constitutionnels à créer du droit dans d'autres contentieux. Le contentieux des institutions constitutionnelles mérite que le juge s'y penche car la matière est éminemment politique et requiert un juge aux multiples pouvoirs. Des différentes postures adoptées par les juridictions constitutionnelles, il découle un contentieux institutionnel quantitativement plus important que celui des droits et libertés individuels.

620. Cette circonscription est encore moins un cantonnement en ce sens où elle n'est pas le seul fait des juges africains. Elle résulte plutôt des données africaines comme la jeunesse des États, de leurs institutions et les pesanteurs politiques. Il faut aux organes politiques de l'État africain un cadre et, surtout, un guide censé leur apprendre les logiques des institutions de type occidental, des institutions qu'ils ont volontiers intégrées et maintenues dans leurs systèmes politiques alors même que l'exercice du pouvoir y est empreint de traditions irréductibles. Les constituants africains ont décidément sous-estimé l'emprise de ces dernières sur le fonctionnement des institutions et l'exercice de leurs attributions. Raison pour laquelle, depuis les années quatre-vingt-dix, le juge constitutionnel d'Afrique noire francophone est le chef d'un nouvel orchestre qu'il faut tour à tour diriger et, au besoin, sanctionner ; le rôle de régulateur a ici une tonalité particulière. Finalement, la fonction constituante dans le contentieux institutionnel s'inscrit à la confluence de l'exercice du pouvoir en Afrique et des contraintes du constitutionnalisme occidental sur lequel repose la constitution africaine. En effet, les juridictions africaines sont irrésistiblement conduites à « traduire ou interpréter » les vœux du constituant, voire se substituer à celui-ci. Le pouvoir créateur du juge africain est un effort d'occidentalisation de l'exercice du pouvoir, partant des institutions constitutionnelles politiques.

CHAPITRE II. UNE FONCTION CONSTITUANT DES BLOCS DE CONSTITUTIONNALITÉ HÉTÉROGÈNES

621. Charles Eisenmann a pu dire « [qu']on ne doit entendre par constitutionnalité [...] que la conformité à une disposition expresse de la Constitution »¹³⁶⁰, faisant ainsi du texte constitutionnel formel l'unique norme de référence. La constitutionnalité d'un texte (loi ou acte administratif) à la constitution n'est rien d'autre qu'un strict rapport de conformité du premier texte au second. Bien évidemment, le moment où le professeur Eisenmann s'exprime renseigne suffisamment sur cette conception restrictive de la constitutionnalité qu'il était impossible de vérifier puisque le contrôle de constitutionnalité avait été purement et simplement écarté sous La IIIème République française. Sous la Vème comme dans les États africains, la constitutionnalité est aujourd'hui loin d'être des plus prévisibles. Si le rapport de conformité demeure, les normes de référence sont plus nombreuses et moins écrites.

622. Cet accroissement des normes de références en Afrique n'est pas sans soulever certaines craintes telles que la relégation des textes originels (constitution) par le recours immodéré à des méthodes de création du droit de plus en plus déconnectées des dispositions constitutionnelles. Ces inquiétudes, les juges constitutionnels africains semblent les avoir perçues et surtout anticipées en exerçant leur fonction constituante en accord avec la constitution. En effet, les innovations du juge africain sont tributaires de la constitution ; c'est pour le moins de la sorte qu'elles sont exposées.

623. Pour s'assurer de respecter la constitution, les cours africaines se sont attelées à définir le champ de la constitutionnalité. Elles ont, pour la plupart d'entre elles, posé et construit un bloc dit de constitutionnalité (Section 1) suffisamment large, avec la constitution comme matrice et auquel il est désormais possible de rattacher de près ou de

¹³⁶⁰ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*, L.G.D.J., 1928, p. 21.

loin toute autre norme non écrite. De cet ensemble composite de références servant au contrôle de constitutionnalité découlent en effet les autres normes jurisprudentielles suivant diverses méthodes qui font principalement intervenir la constitution une fois encore (Section 2). Enfin, comme pour avaliser sa conformité à la constitution, la jurisprudence constituante est globalement entérinée par le constituant (Section 3). L'exercice de la fonction constituante en Afrique renvoie l'image d'un juge constitutionnel attaché à la constitution, et créant du droit sans jamais aller à l'encontre du texte.

SECTION 1. LA DENSIFICATION ¹³⁶¹ DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

624. Le contenu du bloc de constitutionnalité est tributaire du milieu dans lequel il est énoncé. La notion mettant en avant un ensemble de textes, de règles ou de principes se situant au plus haut de la hiérarchie normative interne, le bloc de constitutionnalité est pour le juge constitutionnel ou ordinaire un bloc de référence(s) utile à l'accomplissement de son office. Le bloc de constitutionnalité est définitivement lié au contrôle de constitutionnalité et donc à la justice constitutionnelle. Le *Lexique des termes juridiques*¹³⁶² le définit ainsi comme « un ensemble de normes constitutionnelles pris en compte lors du contrôle de constitutionnalité des lois [par le juge constitutionnel] et pour lequel il estime que le Parlement est lié dans l'exercice de son pouvoir législatif ». Tel que présenté, ce que le professeur Rousseau qualifie de « bric-à-brac constitutionnel »¹³⁶³ est retrouvé dans les constitutions africaines sans que sa teneur ne fasse l'objet d'un exposé exhaustif. En Côte d'Ivoire, le texte en vigueur dispose en son article 126 alinéa 3 que « le Conseil constitutionnel est juge de la conformité de la loi au bloc de constitutionnalité. ». Ailleurs, si l'expression n'est pas retenue telle qu'elle, il existe toutefois un bloc de constitutionnalité¹³⁶⁴ dissimulé derrière les nombreux textes (internes, régionaux ou internationaux) auxquels peuvent avoir recours les juridictions constitutionnelles dans la protection des droits et libertés individuels.

¹³⁶¹ A. NDIAYE traite plutôt d'un « enrichissement [...] du bloc de constitutionnalité » dans sa thèse sur La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal, soutenue à Montpellier en 2003. V p. 391 et s.

¹³⁶² S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, p. 146.

¹³⁶³ D. ROUSSEAU, « La notion de patrimoine constitutionnel européen » in M. Borgetto (coord.), *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 27-46.

¹³⁶⁴ v. en ce sens les jurisprudences n°1/CC du 28/2/1992 (Gabon), n°2002-0010/CC du 18/1/2002 (Niger) et DCC 01-013 du 29 Janvier 2011(Bénin).

625. Le bloc de constitutionnalité est, en Afrique comme en France, « fort utile »¹³⁶⁵ pour suppléer la constitution, et ce, malgré sa « géométrie variable »¹³⁶⁶ qui est en fait un véritable rhizome avec *a priori* la constitution comme racine principale. La pratique générale des cours et conseils africains révèle en effet un ensemble peu homogène¹³⁶⁸ de références normatives¹³⁶⁹ constitutionnalisées que côtoient occasionnellement des ressources¹³⁷⁰ juridiques. La notion de bloc de constitutionnalité a convaincu le juge constitutionnel africain qui en augmente la densité (§1) en y intégrant des éléments véritablement nouveaux qui confortent une fois de plus la singularité du pouvoir créateur des juridictions constitutionnelles africaines (§2).

§1. LA DENSIFICATION DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ : UNE TENDANCE GÉNÉRALE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

« Le bloc de constitutionnalité à l'africaine est un ensemble luxuriant et composite réunissant des textes d'origines diverses ainsi que des principes prétoriens. »¹³⁷¹.

626. Comme le terme et le contexte le suggèrent, la densification fait ici référence à une augmentation des éléments regardés comme ayant une valeur

¹³⁶⁵ J.-M. BLANQUER « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 227.

¹³⁶⁶ « La tâche du juge ne consiste plus seulement à comparer terme à terme deux textes, l'un inférieur, l'autre supérieur ; mais à établir d'abord le terme supérieur, puis effectuer la comparaison. Le mètre, l'instrument de référence n'est plus donné une fois pour toutes. », L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 546.

¹³⁶⁷ D. BARANGER, « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” » in *Jus Politicum*, n°21, p. 104, disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>.

¹³⁶⁸ L'idée d'un « bloc » serait trompeuse dans la mesure où la constitutionnalisation de certains textes qu'il nous sera donnée d'examiner par la suite, au Gabon par exemple, est déroutante à plus d'un titre.

¹³⁶⁹ La jurisprudence constitutionnelle africaine ne semble pas présenter les éléments constitutionnalisés autrement que comme des normes.

¹³⁷⁰ Elles sont ici entendues comme des ressources permettant « un raisonnement juridique lorsqu'une source n'est pas disponible ». v. D. BARANGER, *Ibid.*, p.110. Nous pouvons citer comme exemples les lexiques de G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2009 et R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2005 ainsi que le manuel de P. LALUMIERE, *Les Finances Publiques*, Armand COLIN, 1971, tous mobilisés par la Cour béninoise pour définir la notion d'autonomie financière comme étant une autonomie de gestion dans une décision DCC n°10-144 du 4 décembre 2010, *Raphael Akotègnon*.

¹³⁷¹ S. BOLLE, « Les Cours constituantes d'Afrique... », *op. cit.* p.260.

constitutionnelle. Elle rend compte d'un important phénomène de constitutionnalisation de droits (subjectifs), de principes, de procédures ou de textes dont les juridictions constitutionnelles africaines assurent aujourd'hui la protection et dont elles se servent dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. La densification est une « invention du système de références [du contrôle de constitutionnalité] »¹³⁷². Nous privilégions ainsi une toute autre signification à cette densification que celle retenue¹³⁷³ par le doyen Favoreu, laquelle repose sur une technique interprétative. La densification du bloc de constitutionnalité dont il est ici fait état est une tendance générale à l'échelle des juridictions examinées. Certaines d'entre elles assument cette position (A) quand d'autres juridictions, plus timides, choisissent de se cantonner à une densification de la constitution au sens formel (B).

A. LA DENSIFICATION DES BLOCS DE CONSTITUTIONNALITÉ BÉNINOIS ET GABONAIS

627. Bien avant nous, des commentateurs avertis de la justice constitutionnelle africaine à l'instar du professeur Hilaire Akerekoro¹³⁷⁴ ont relevé une tendance particulière à la densification du bloc auprès des juridictions béninoise et gabonaise. Elles se distinguent ainsi des autres cours d'Afrique francophone subsaharienne par une diversification des sources constitutionnelles formelles. Le bloc est enrichi d'éléments (textes ou principes sans textes) que l'on qualifiera « d'étrangers » au texte constitutionnel.

628. En dépit des révisions¹³⁷⁵ dont elles ont fait l'objet, les constitutions béninoise et gabonaise n'ont jamais explicitement consacré l'existence d'un bloc de constitutionnalité

¹³⁷² M. BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse soutenue à Paris II, 1993, p.140.

¹³⁷³ Le phénomène de densification ferait référence à un enrichissement « [progressif] de la signification et [de] la portée d'une disposition constitutionnelle par une interprétation constructive ». v. L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, op. cit. p. 561. Bien évidemment, elle s'inscrit dans le phénomène – plus large – de densification du bloc de constitutionnalité.

¹³⁷⁴ H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin » in *Afrilex* [revue en ligne], 2016, p. e. 17 et s.

¹³⁷⁵ Depuis son adoption en 1990, la constitution béninoise a été révisée pour la première fois en novembre 2019. V. en ce sens, F. J. AÏVO, *Constitution de la République du Bénin. La Constitution de tous les records en Afrique*, Les éd. CACI, 2010. La constitution gabonaise en vigueur a à son actif sept (7) révisions depuis son adoption en 1991.

contrairement au texte ivoirien. Elles sont aussi muettes que les textes nigérien et sénégalais sur ce point. Si l'ensemble des textes référencés par les préambules¹³⁷⁶ africains forme ce que tout constitutionnaliste romaniste désignerait comme étant un « bloc de constitutionnalité¹³⁷⁷ », la formule et son contenu sont principalement le fait des juridictions béninoise et gabonaise. Soulignons ici que, mis côte à côte, le bloc de constitutionnalité du juge gabonais est largement plus étoffé que celui de son homologue béninois quand il est question des textes¹³⁷⁸ (de droit interne) élevés au rang constitutionnel. Mais de manière générale, il est toujours question d'une intégration de textes et principes parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité d'un texte, d'une situation, voire d'un comportement particulier.

629. Un ensemble de données explique cette densification des blocs de constitutionnalité béninois et gabonais car, prises isolément, ces justifications ne sauraient être satisfaisantes.

630. D'abord, la densification est liée à l'ancienneté desdites juridictions constitutionnelles. En effet, leur autonomisation remonte aux premières heures de la démocratisation des régimes d'Afrique noire francophone. Elles sont donc plus confiantes dans la découverte de nouvelles normes. Il est vrai que depuis le renouveau démocratique, les juridictions constitutionnelles béninoise et gabonaise se sont solidement ancrées dans le paysage institutionnel de leur pays à l'instar du Conseil sénégalais quand d'autres juridictions furent temporairement dissoutes. Ce fut le cas du Conseil ivoirien en 1999 à la suite d'un coup d'État. Au Niger, la Cour nigérienne connut le même sort et fut remplacée par un Conseil constitutionnel de transition en 2010.

¹³⁷⁶ Sur les préambules, v. F. DE PAUL TETANG, « La normativité des préambules des constitutions des États africains d'expression française » in *RFDC*, n°104, 2015, pp. 953-978.

¹³⁷⁷ Le site institutionnel du Conseil sénégalais, par exemple, désigne ainsi l'ensemble formé par la constitution et les textes (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Déclaration universelle des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes...).

¹³⁷⁸ v. § 638 et s.

631. L'ancienneté ou la stabilité¹³⁷⁹ de la juridiction ne suffisant pas à justifier la densification du bloc, il faut la coupler avec l'activité des juridictions constitutionnelles. Si d'aucuns ont pu parler du « miracle gabonais »¹³⁸⁰ dans le contentieux de la répartition des compétences ou de « l'activisme [généralisé] du juge béninois »¹³⁸¹, c'est bien pour souligner le dynamisme des justices constitutionnelles béninoise et gabonaise ; ce qui constitue une certaine originalité. Sans préjuger de la qualité ou de la justesse de leurs décisions, il faut dire que l'on a affaire à des juridictions qui, à un moment où un autre, ont été à l'origine de jurisprudences¹³⁸² remarquables et remarquées par la doctrine, et ce, quelque temps seulement après leur installation. De 1991 à 1992, les cours béninoise¹³⁸³ et gabonaise¹³⁸⁴ rendirent très tôt des décisions *densificatrices* du bloc. Présentée de la sorte, l'activité de ces cours contraste sur la durée avec celle des autres juridictions tant ces dernières n'ont à ce jour point reçu de qualificatif aussi évocateur que ceux utilisés pour désigner les équivalentes béninoise et gabonaise.

632. À l'ancienneté et à l'activité, une troisième justification se donne à voir dans la personne des présidents des cours. Au Bénin¹³⁸⁵ comme au Gabon¹³⁸⁶, les juridictions constitutionnelles ont toujours été dirigées par des juristes qui les ont marquées. Marie-Madeleine Mborantsuo au Gabon, Elizabeth Pognon, Conceptia Ouinsou, Robert Dossou,

¹³⁷⁹ L'argument de l'ancienneté vole ici en éclats devant l'exemple de la juridiction sénégalaise dont le fonctionnement n'a jamais été interrompu et qui, contrairement aux juridictions béninoise et gabonaise, densifie moins le bloc de constitutionnalité.

¹³⁸⁰ A. NDIAYE, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Montpellier, 2003, p. 520.

¹³⁸¹ F. J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°47, 2015, p.e. 1, disponible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1426/pdf>.

¹³⁸² v. en ce sens. M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, op. cit. et N. Médé, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Éditions Universitaires Européennes, 2012 ; G.-F. NTWARI, « La décision du Conseil constitutionnel ivoirien N°CI-2011-036 du 4 mai 2011 » in *Revue québécoise de droit international*, vol. 24, n°1, 2011. pp. 407-411 ; D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? » in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 2013 ; T. ONDO, « La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? Essai d'analyse de la décision n°22/CC du 30 avril 2018 » in *L'Harmattan* [en ligne].

¹³⁸³ Haut Conseil de la République siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, décision n°3 DC du 02 juillet 1991, *Président du bureau provisoire de l'Assemblée nationale*.

¹³⁸⁴ Décisions n°1/CC du 28 février 1992 (constitutionnalisation du préambule) et n°8/CC du 11 mai 1992 (constitutionnalisation de la loi organique).

¹³⁸⁵ La juridiction a été présidée par cinq juristes de formation.

¹³⁸⁶ Marie-Madeleine Mborantsuo est la présidente de la Cour depuis sa création.

Théodore Holo et Joseph Djogbenou au Bénin, aucune mandature n'a remis en cause le pouvoir créateur du juge constitutionnel. Médiatisés, les présidents de ces deux juridictions ont inscrit celles-ci sur la voie d'un activisme que les mandatures postérieures (au Bénin) n'ont quasiment pas infléchi. La greffe de la justice constitutionnelle a été un franc succès dans les systèmes béninois et gabonais. Elle tend à présent à se développer en suivant toujours cette tendance ostensible qu'est l'activisme juridictionnel¹³⁸⁷, et que l'on oppose au *passivisme*¹³⁸⁸. Ce qui a pour conséquence, entre autres, la densification du bloc de constitutionnalité. En réalité, l'activisme dont il est ici fait état s'inscrit dans les attributions confiées par les constituants africains aux juridictions constitutionnelles. Après de longues années de passivité sous le parti unique et au regard du développement de la justice constitutionnelle de l'ancienne métropole¹³⁸⁹ où les présidents¹³⁹⁰ des Cours furent formés, les juridictions béninoise et gabonaise ont choisi d'emboîter le pas au Conseil constitutionnel français et sont même allées même plus loin que ce dernier, traçant ainsi leur propre trajectoire. En effet, les constitutions des États considérés consacrent très tôt des notions extensibles telles que « l'interprétation » de la constitution ou la « régulation » qui ne demandaient qu'à être maniées selon les besoins de chaque juridiction ; des attributions qui ne virent le jour que bien plus tard ailleurs¹³⁹¹. On comprend mieux pourquoi, par

¹³⁸⁷ Il s'agit plus précisément d'une doctrine qui, selon R. Guastini, « suggère aux juges une interprétation fondamentalement libre de toute contrainte textuelle : en d'autres termes, elle favorise la "libre création" du droit constitutionnel par les juges, [...] ». R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution » in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, op. cit., p. 485.

¹³⁸⁸ À contrario, « La doctrine du "judicial restraint" met l'accent sur la valeur de la déférence à l'égard du législateur démocratique : les juges – notamment les juges constitutionnels, dépourvus de toute "légitimité démocratique", n'étant pas des organes élus par le peuple – ne doivent pas empiéter sur le pouvoir législatif ; une loi ne doit être déclarée inconstitutionnelle que quand elle est contraire à la constitution d'une façon évidente, hors de toute discussion. [...] En général, l'attitude de "judicial restraint" conduit les interprètes à reconnaître des lacunes dans le texte constitutionnel⁴³ : des matières que la constitution ne règle d'aucune façon, dans lesquelles donc le législateur est tout à fait libre de décider ce qu'il veut. », *ibid.* p. 484.

¹³⁸⁹ DC n°7144 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.

¹³⁹⁰ Seul l'actuel président de la Cour béninoise a effectué l'ensemble de son parcours universitaire et professionnel au Bénin.

¹³⁹¹ La Constitution nigérienne de la IIIème République (1992) étant inaccessible, celle de la IVème n'évoque que le pouvoir d'interprétation de la Cour suprême qui sera transféré à la Cour constitutionnelle sous la Vème, et ce jusqu'à la VIIème République. En Côte d'Ivoire, il faudra attendre la deuxième République pour que soit confié un pouvoir régulateur au juge constitutionnel.

exemple, le juge béninois est parvenu à forger sa double conception de la régulation¹³⁹² quand le Conseil français se contente d'être « un organe régulateur de l'activité [normative]¹³⁹³ des pouvoirs publics »¹³⁹⁴. Mais c'est surtout l'interprétation qui a été mise à contribution dans la construction et l'extension du bloc de constitutionnalité. En effet, elle est la seule attribution à laquelle peuvent être rattachées les nouvelles normes de référence découvertes par les juges béninois et gabonais étant donné que ces derniers n'ont jamais fait appel à leur rôle de régulateur (et ils n'étaient pas confrontés à un risque de blocage des institutions) dans les affaires qui ont conduit à la constitutionnalisation desdites normes. L'utilisation qu'ont fait les juges constitutionnels béninois et gabonais de leurs attributions leur permet de construire très tôt des blocs de constitutionnalité à géométrie plus que variable. Le temps, la stabilité (permanence) des juridictions, la formation des présidents desdites cours, les fonctions dévolues à celles-ci et une certaine dose d'activisme, ensemble, expliquent le phénomène de densification du bloc de constitutionnalité.

B. LA DENSIFICATION DE LA CONSTITUTION FORMELLE

633. Les juridictions ivoirienne, nigérienne et sénégalaise s'inscrivent dans ce timide¹³⁹⁵ phénomène de densification. Il consiste en la « découverte » de nouveaux instruments de contrôle de constitutionnalité au sein de la constitution ou de son préambule. Pour ne point empiéter sur la suite de notre propos en examinant ce que fait réellement le juge, il sied d'utiliser le terme « découverte » dans la mesure où la constitution écrite (préambule et dispositions) est l'unique matrice exploitée par les juges pour créer et densifier une constitution cette fois-ci matérielle qui, elle, s'assimile à un bloc de constitutionnalité. On le sait, le bloc de constitutionnalité ne véhicule pas seulement l'image d'un assemblage compact, mais également l'idée d'un agrégat d'éléments « positifs »¹³⁹⁶ aux origines diverses

¹³⁹² V. note 311.

¹³⁹³ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.* p. 27 et s.

¹³⁹⁴ DC n°62-20 du 6 novembre 1962 Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

¹³⁹⁵ Il serait tentant d'employer ici le qualificatif « prudent », mais il renverrait automatiquement à l'idée selon laquelle les juridictions béninoise et gabonaise s'inscriraient dans une démarche des plus irréfléchies ; conclusion qui serait prématurée à ce stade de notre analyse.

¹³⁹⁶ D. BARANGER, *op. cit.* p. 115.

dont certains n'étaient au départ que des ressources auxquelles les juges pouvaient simplement faire allusion sans qu'elles n'acquiescent le statut de « normes de référence ». Les juridictions précitées ne positivent pas des ressources comme le Conseil français le fit avec la DDHC en 1971, première pierre de son bloc constitutionnel. Il convient de traiter ici de la densification des constitutions ivoirienne, nigérienne et sénégalaise car, pour les juridictions constitutionnelles prévues par ces textes, il n'existe pas de bloc de constitutionnalité intégrant officiellement les normes créées par les juges. Cela dit, nous ne sommes pas sans savoir que l'expression « bloc de constitutionnalité » apparaît autant dans les constitutions que dans la jurisprudence des juridictions concernées. Toutefois, il y est présenté comme l'ensemble formé par les dispositions de la constitution écrite, les conventions internationales ratifiées et les textes libéraux auxquels renvoient les préambules. Il est donc question aux premiers abords du texte constitutionnel formel dans son intégralité. Mais, sous l'action des juridictions constitutionnelles, il s'avère que les constitutions de ces États vont au-delà de leurs lettres et sont par conséquent matérielles. Il y a cette fois-ci une identité entre le bloc de constitutionnalité tel que nous le connaissons en science constitutionnelle et l'hétérogénéité de la constitution matérielle dans lesdits systèmes juridiques. Autrement dit, le bloc de constitutionnalité est une constitution au sens matériel en Côte d'Ivoire, au Niger et au Sénégal. D'où la découverte d'éléments tels que les objectifs¹³⁹⁷ de valeur constitutionnelle par le Conseil sénégalais que ce dernier n'a, étrangement, jamais intégrés au bloc de constitutionnalité.

634. Avec le temps et en dépit de l'évolution¹³⁹⁸ de leurs compétences, ces juges n'ont pas souhaité s'inscrire dans le phénomène plus général de densification du bloc de constitutionnalité à l'instar de leurs homologues béninois et gabonais. Cela se comprend aisément quand on tient compte d'un aspect essentiel : l'influence d'une justice constitutionnelle à la française¹³⁹⁹ sinon des idées prônant une conception restrictive du bloc de constitutionnalité. Bien évidemment, les contenus des blocs de constitutionnalité

¹³⁹⁷ V. § 651 à 661.

¹³⁹⁸ Cela est particulièrement vrai pour les juridictions ivoirienne et nigérienne. L'interprétation de la constitution est, par exemple, réalisée depuis un arrêt de 1994 de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême nigérienne.

¹³⁹⁹ À titre d'exemple, on notera que les juridictions africaines à l'instar du Conseil français interdisent le recours aux équivalents de l'article 11 de la Constitution française de 1958. En outre, le Conseil sénégalais retient des objectifs identiques à ceux retenus par la juridiction française à propos des lois d'amnistie.

africains (ivoirien, nigérien et sénégalais) et français différent, mais la méthode de construction est la même. Il est toujours question de conserver un bloc de constitutionnalité peu dense et surtout aux composantes et catégories clairement identifiées.

635. De la Côte d'Ivoire au Sénégal en passant par le Niger, le juge constitutionnel retient une conception française du bloc de constitutionnalité. En effet, seules les sources textuelles auxquelles font référence les constitutions ont une valeur constitutionnelle si l'on excepte les principes¹⁴⁰⁰ et objectifs constitutionnels découverts par les juges africains. L'ensemble formé par les textes consacrés par le constituant, les principes et les objectifs¹⁴⁰¹ de valeur constitutionnelle – c'est-à-dire la constitution matérielle élaborée par ces cours – n'est pas sans rappeler la composition du bloc de constitutionnalité français. Il est intéressant de remarquer, comme en France, que les conventions internationales¹⁴⁰² et les textes de rang inférieur ne sont pas intégrés au bloc de constitutionnalité sous la plume du juge. Par rapport aux autres juridictions d'Afrique noire francophone, la constitution matérielle ou le bloc de constitutionnalité est moins composite et conservé tel quel depuis l'autonomisation des juridictions ivoirienne, nigérienne et sénégalaise. On a cru à tort assister à une légère inflexion de cette ligne de conduite à partir des décisions sénégalaise¹⁴⁰³ de 2016 et ivoirienne¹⁴⁰⁴ de 2017. Alors que le Conseil ivoirien, dans une même décision, se révéla être le garant de la légalité organique tout en refusant d'intégrer la loi organique au bloc de constitutionnalité, le juge sénégalais reste très attaché à la constitution formelle puisqu'il a

¹⁴⁰⁰ Il semble n'exister qu'une seule et unique catégorie de principes constitutionnels quand, en France, on parvient à distinguer la catégorie des principes à valeur constitutionnelle de celle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Sur ce dernier point, il faut relever qu'aucune juridiction africaine n'a repris la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En effet, la notion est attachée à la longue tradition républicaine française et la catégorie est simplement prévue par le Préambule de 1946. Il est revenu au Conseil constitutionnel français, et exceptionnellement au Conseil d'État, d'en préciser le contenu.

¹⁴⁰¹ Seul le Sénégal consacre cette catégorie. D'ailleurs, d'autres éléments semblent entrer dans la composition du bloc sénégalais. En effet, dans une décision n°11/93 du 23 juin 1993, le Conseil fit référence aux « conventions, [...] lois et coutumes en vigueur » (nous soulignons) qui, à côté de la DDHC (article 16) et de la constitution (article 80), consacraient le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

¹⁴⁰² On songe ici à la célèbre décision du Conseil constitutionnel français, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, et à une autre n°89-268 DC du 29 décembre 1989, par lesquelles il s'est refusé à opérer un contrôle de conventionnalité ; ce qui revient à considérer que le traité sur la Communauté n'est pas un texte de référence.

¹⁴⁰³ Décision n°1/C/2016.

¹⁴⁰⁴ Décision n°CI-2017-308/11-04/CC/SG du 11 avril 2017.

jugé que son contrôle de constitutionnalité (des projets de révision constitutionnelle) s'appuie sur les « principes et [les] valeurs sur lesquels repose la Constitution »¹⁴⁰⁵, c'est-à-dire ceux énoncés par le préambule ; le juge sénégalais ne se proposait donc pas de découvrir de nouvelles normes de référence qui ne seraient pas explicitement formulées par la Constitution de 2001. D'ailleurs le contentieux de la révision constitutionnelle, qui peut constituer une occasion pour le juge « d'exhumer » des normes non écrites pour empêcher des modifications de la constitution, permet de relever une position commune entre les juridictions africaines¹⁴⁰⁶ et française. Elles prônent toutes une « injusticiabilité des lois constitutionnelles »¹⁴⁰⁷ en refusant d'en contrôler le contenu. Le « *self-restraint* »¹⁴⁰⁸ de ces juges français et africains trouve à nouveau son origine dans leurs attributions et donc dans la Constitution. De manière générale, ils s'interdisent de connaître des affaires qui ne relèvent pas de leurs attributions constitutionnelles, et ce, quels que puissent être les enjeux. Mais cette attitude des juges n'a pas toujours pour corollaire le respect absolu des conditions de recevabilité. Sur ce point, seule la juridiction sénégalaise semble avoir une attitude cohérente par rapport aux cours ivoirienne¹⁴⁰⁹ et nigérienne¹⁴¹⁰.

636. Apprès des juridictions ivoirienne, nigérienne et sénégalaise, les textes et principes utilisés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité et les limites de l'office du juge constitutionnel s'inscrivent dans la constitution matérielle sans jamais faire intervenir des éléments non prévus par la constitution formelle ou qui ne puissent pas être rattachés à celle-ci. Densifier revient ici à « positiver » des données juridiques¹⁴¹¹ qui existent de manière implicite dans la constitution formelle. Telle est la spécificité de la densification de la constitution pratiquée par ces cours.

¹⁴⁰⁵ Il s'agit de principes constitutionnels puisque le Conseil fait référence « au respect et à la consolidation de l'État de droit » énoncés dans le préambule. *Cons.* 25.

¹⁴⁰⁶ Le Gabon rejoint ici la Côte d'Ivoire, le Niger et le Sénégal.

¹⁴⁰⁷ L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles. Observations sous décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 » in *RFDA*, 2003, p. 792. *v.* Conseil constitutionnel sénégalais, 3/C/2005.

¹⁴⁰⁸ E. H. OMAR DIOP, *La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, p. 201.

¹⁴⁰⁹ *v.* § 227.

¹⁴¹⁰ *v.* § 249.

¹⁴¹¹ Un raisonnement similaire a été proposé par le Doyen Vedel à propos des principes généraux du droit. *v.* G. VEDEL et P. DEVOLVÉ, *Cours de droit administratif général*, t. 1, 12^e éd., PUF, 1992, p. 473 et s.

§2. L'INTÉGRATION D'ÉLÉMENTS ORIGINAUX AUX BLOCS DE CONSTITUTIONNALITÉ EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

637. Ces originales et nouvelles composantes du référentiel des cours en Afrique sont des textes de droit interne (A) et des normes non écrites formant des catégories identifiées par le juge (B), ou non (C).

A. LES TEXTES LÉGISLATIFS DES BLOCS BÉNINOIS ET GABONAIS

638. Les deux juridictions constitutionnelles béninoise et gabonaise ne sont pas indifférentes aux lois (1) même si la seconde est la seule à véritablement ouvrir le bloc de constitutionnalité aux lois ordinaires (2).

1. Les lois organiques

« Une constitution, même sans être courte ou obscure, ne peut entrer dans le détail de toutes les modalités de désignation, de compétence, de fonctionnement des pouvoirs publics, de leurs relations et éventuellement des droits et libertés dont doivent jouir les citoyens. [...] La constitution a besoin d'être explicitée par des actes moins solennels, moins généraux, plus précis. »¹⁴¹².

639. Il n'est point nécessaire de rappeler la fonction de la catégorie des lois organiques qu'il nous a déjà été donné d'évoquer. En effet, la loi organique est prévue par les constitutions d'Afrique noire francophone. Si l'ensemble des textes constitutionnels fonde la spécificité de ce texte législatif sur ses procédures¹⁴¹³ d'adoption et de contrôle, d'autres vont plus loin en en donnant une définition. Ainsi, le constituant ivoirien les définit

¹⁴¹² M. RENAUT, *La loi organique dans la Constitution de 1958*, Thèse soutenue à Nancy, 1994, p. 11.

¹⁴¹³ Au Bénin, au Gabon, au Niger et en Côte d'Ivoire, ces lois sont toujours soumises à la juridiction constitutionnelle. En amont, on relèvera que la constitution nigérienne est muette sur les modalités de vote quand il est question d'un vote à la majorité absolue des députés sénégalais et, qu'au Gabon, la loi organique ne peut être votée qu'une quinzaine de jours après son dépôt mais selon la procédure législative normale ; l'adoption y est plus souple comparée aux procédures béninoise (article 97) et ivoirienne (article 102).

comme des lois «[...] qui ont pour objet de préciser ou de compléter les dispositions relatives à l'organisation ou au fonctionnement des Institutions, structures et systèmes prévus ou qualifiés comme tels par la Constitution »¹⁴¹⁴. Au Niger, il échet à la Cour de définir la loi organique

« [...] comme étant une loi prévue par la Constitution ayant pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'une institution de l'État ; Que l'organisation et le fonctionnement doivent être pris dans leur acception large, englobant non seulement la composition et les attributions de l'institution, mais aussi les règles de procédure, les avantages et prérogatives des membres, leur régime disciplinaire »¹⁴¹⁵.

640. Des définitions certes précises, mais qui insistent une fois de plus sur le but et le domaine du texte législatif considéré, sans apporter de réponse sur la valeur de celui-ci. Autrement dit, si on a à l'esprit la hiérarchie des normes, où faut-il inscrire les lois organiques ? C'est à ce moment que l'expression « loi organique » est aussi insidieuse que révélatrice.

641. Trompeuse, elle pourrait conduire à croire que l'on ait plus affaire à une loi. Or, elle est formellement une loi comme son nom l'indique, et ce, malgré son objet ou les mécanismes spéciaux qui conditionnent son adoption et son entrée en vigueur. Aucun constituant n'a explicitement organisé la supériorité des textes organiques sur les autres lois comme cela est le cas à l'égard de la constitution. Cette hiérarchisation entre loi organique et loi ordinaire découle d'une transposition erronée du rapport de supériorité existant entre la constitution et la loi (au sens large) qui, lui, est assurée par le mécanisme du contrôle de constitutionnalité. Partant, la loi organique n'est pas comprise dans le bloc de constitutionnalité. Cela suffit à justifier la position des constituants¹⁴¹⁶ africains qui, en dehors du caractère « organique », n'ont pas souhaité aménager des modalités spécifiques d'examen ou de vote.

642. C'est d'ailleurs en présence de modalités spéciales d'examen ou de vote que l'expression « loi organique » est révélatrice car le législateur n'a pas vocation à produire autre chose qu'une loi ou un règlement intérieur¹⁴¹⁷. Le texte organique révèle donc son auteur et

¹⁴¹⁴ Article 102 al. 1^{er} de la Constitution ivoirienne de 2016.

¹⁴¹⁵ Arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008, *cons.* 2.

¹⁴¹⁶ C'est le cas de la Constitution nigérienne.

¹⁴¹⁷ Nous laissons ici de côté les résolutions (ou recommandations) que peuvent prendre les assemblées française et africaines.

la fonction de ce dernier qui ne consiste pas en l'adoption d'actes supérieurs à la catégorie des lois. Il en irait certainement autrement si les constituants avaient consacré une dénomination vague telle que « le texte » organique et qui aurait apporté du crédit à la thèse d'une catégorie intermédiaire entre la constitution et la loi. Mais en l'état actuel du droit, tel n'est pas le cas. Peu importe les spécificités qui jalonnent son élaboration et son adoption, la loi organique reste un texte législatif qui s'insère, au sein de la hiérarchie normative interne, entre la constitution et les actes réglementaires. Par conséquent, il n'a pas vocation à recevoir une valeur supérieure sinon différente de celle des autres lois en droit interne. De par sa procédure d'adoption, qui n'est pas de celle de la révision constitutionnelle, et malgré l'importance de son objet (l'organisation des pouvoirs publics ou les finances publiques), la loi organique ne peut être autre chose qu'une loi.

643. Cependant, les cours constitutionnelles béninoise et gabonaise ont intégré des lois organiques au bloc de constitutionnalité¹⁴¹⁸. S'agissant de la première juridiction, seules les lois organiques relatives à la Haute cour et aux finances ont une valeur constitutionnelle¹⁴¹⁹. Au Gabon, depuis 1992, une hiérarchie existe entre les composantes du bloc de constitutionnalité dans la mesure où «[...] si la valeur constitutionnelle de la Loi Organique [sic] à l'égard des règles juridiques de valeur inférieure ne peut être contestée, [elle] se situe à un niveau inférieur à celui de la Constitution [...] »¹⁴²⁰. À l'échelle de notre analyse, seule la juridiction gabonaise persiste dans cette constitutionnalisation des textes organiques. Le juge gabonais a définitivement tranché la querelle doctrinale relative à la place de ce type de lois dans la hiérarchie des textes juridiques. La position de la Cour, critiquable à plus d'un titre, apporte une double réponse en ce qu'elle ne constitutionnalise pas seulement les lois organiques, mais elle le fait sur la base d'un critère matériel. Autrement dit, c'est en raison

¹⁴¹⁸ Au Gabon, la Charte nationale des libertés de 1990 intervenue par la loi constitutionnelle du 22 avril 1990 fait également partie du bloc de constitutionnalité. Elle rassemble les droits politiques interdits sous l'ère du parti unique. Elle a été utilisée comme une norme de référence par la Cour dans deux décisions n°001/92/CC du 28 février 1992 et n°008/92/CC du 11 mai 1992.

¹⁴¹⁹ v. Décisions 3 DC du 02 juillet 1991, Président du Bureau provisoire de l'Assemblée Nationale, et DCC 00-016 du 09 février 2000, KOKOSSOU Anicette. Pour aller plus loin sur cette question, v. S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*, t. 2, ANRT, 2003, pp. 699-701.

¹⁴²⁰ Décision n°009/CC du 14 mai 1992 relative à l'ordonnance n°1/92 du 14 février 1992 portant organisation du recensement général de la population, cons. 7.

de son objet et de sa qualification par le constituant que la loi organique fait partie du bloc de constitutionnalité.

644. Il est donc bien question d'une densification du bloc de constitutionnalité car la loi organique, comme le suggère la décision de la Cour, est un texte supplémentaire de référence¹⁴²¹. Le fait qu'elle soit distincte de la constitution montre bien que le contrôle de constitutionnalité¹⁴²² d'un texte inférieur peut se faire à l'égard d'une loi organique sans que la constitution ne soit nécessairement et directement convoquée. En d'autres termes, la juridiction constitutionnelle gabonaise peut procéder à un véritable contrôle « d'organité »¹⁴²³ d'une loi ou d'un acte réglementaire censé « porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques »¹⁴²⁴. La densification se vérifie à nouveau à partir du moment où la volonté du constituant gabonais ne fait aucun doute. Il n'a jamais été question d'accorder une valeur constitutionnelle aux lois organiques ou une « place particulière »¹⁴²⁵. Aucune des révisions constitutionnelles intervenues depuis 1992 n'a tenu compte de la jurisprudence de la Cour et la procédure d'adoption des lois organiques demeure inchangée. Il est seulement possible de relever une augmentation du nombre des lois organiques¹⁴²⁶. Enfin, la constitutionnalisation des textes organiques est d'ordre général. L'ensemble des textes qualifiés d'organiques par le constituant gabonais fait partie du bloc de constitutionnalité. Autrement dit, le bloc de constitutionnalité gabonais comprend, outre la Constitution gabonaise de 1991 révisée et son préambule¹⁴²⁷, les

¹⁴²¹ Bien que la loi organique ne fasse partie du bloc de constitutionnalité qu'au Gabon, il faut souligner que les autres constitutions africaines prévoient l'adoption d'une loi organique relative aux lois de finances fixant l'élaboration des textes budgétaires et qui sert d'instrument de contrôle. Néanmoins, ce texte n'a jamais été intégré au bloc de constitutionnalité puisque la non-conformité de la loi de finances à la loi organique est une violation du rapport de conformité imposé par la constitution et donc un motif d'inconstitutionnalité.

¹⁴²² La violation d'une loi organique entraîne l'inconstitutionnalité du texte contrôlé. La conséquence s'apprécie toujours au regard de la constitution et non de la loi organique.

¹⁴²³ Une étape que le Conseil ivoirien a franchie sans pour autant l'affirmer dans sa décision du 11 avril 2017.

¹⁴²⁴ Cette compétence a été retirée à la Cour lors de la révision constitutionnelle du 12 janvier 2018 qui a modifié l'article 84 de la Constitution gabonaise.

¹⁴²⁵ M. RENAUT, *La loi organique dans la Constitution de 1958*, Thèse soutenue à Nancy, 1994, p. 313 et s.

¹⁴²⁶ Sur la période 1991-2003 par exemple, le nombre de lois organiques prévues par le constituant est passé d'une douzaine à dix-huit.

¹⁴²⁷ Dans sa décision n°1/CC du 28 février 1992, la Cour a jugé que l'ensemble des textes (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, la

règlements des chambres¹⁴²⁸, les dix-neuf¹⁴²⁹ (19) lois organiques, les règlements¹⁴³⁰ des autorités administratives indépendantes et les textes¹⁴³¹ organisant les droits fondamentaux reconnus par la Constitution.

2. Les textes ordinaires organisant les droits fondamentaux reconnus par la Constitution gabonaise

645. Ces textes forment une catégorie originale et récente. En effet, cette catégorie est apparue dans la décision n°014/CC¹⁴³² de 2017 dans laquelle la Cour rappela qu'elle « [...] dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle [...] ». La lecture de ce considérant, rebattu dans la jurisprudence gabonaise, ne présageait pas l'extension dont le bloc de constitutionnalité allait une fois de plus faire l'objet. En effet, une loi ordinaire se vit reconnaître une valeur constitutionnelle au regard de son objet. À savoir : l'organisation d'un droit fondamental. Et cela a pour conséquence d'étendre considérablement le bloc de constitutionnalité.

646. D'une part, il y a autant de lois susceptibles d'organiser les droits fondamentaux qu'il y a de droits fondamentaux effectivement consacrés¹⁴³³ par le constituant ou « protégés », c'est-à-dire susceptibles d'être découverts par les juges. Autrement dit, si l'on s'en tient au seul titre préliminaire du texte gabonais, celui-ci peut donner naissance à une

Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples de 1981 et la Charte nationale des libertés de 1990) et les normes contenues dans le préambule font partie du bloc de constitutionnalité.

¹⁴²⁸ v. Partie 1 titre 1 chapitre 1 section 1.

¹⁴²⁹ Une énième loi organique relative à la Cour de justice de la République est prévue depuis la révision de 2018.

¹⁴³⁰ Dans un avis n°045/CC du 10 janvier 2018 (cons. 18), la Cour estima que les règlements des autorités administratives indépendantes devaient faire l'objet d'un « contrôle préalable de conformité » ; une procédure qui n'est pas sans rappeler celle des lois organiques ou des règlements des chambres. Partant, ces règlements auraient une valeur constitutionnelle.

¹⁴³¹ Décision n°014/GCC du 22 juin 2017 relative à la demande du premier ministre tendant à l'interprétation de certaines dispositions de la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifié par la loi n°42/2010 du 2 février 2001.

¹⁴³² En l'espèce, la Cour était saisie d'une loi portant sur les pensions de retraite versées à d'anciennes hautes personnalités et hauts fonctionnaires de l'État.

¹⁴³³ L'unique article du titre préliminaire énumère un grand nombre de droits fondamentaux, qualifiés de droits « inviolables et imprescriptibles » tels que le libre développement de la personnalité, la liberté de conscience, la liberté d'aller et venir, les droits de la défense, le secret des correspondances, le droit d'obtenir un emploi, le droit de propriété, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'association etc.

quantité assez importante de textes¹⁴³⁴ organisant les droits fondamentaux qui auraient tous une valeur constitutionnelle en suivant la logique du juge gabonais. Si l'on ajoute à cela les prérogatives individuelles implicitement protégées que pourrait constitutionnaliser la Cour à partir de certains textes ordinaires, on en arriverait à une excessive densification du bloc de constitutionnalité où la constitution côtoierait plusieurs lois ordinaires prises, soit sur le fondement de son titre préliminaire, soit sur le fondement des droits que le juge aurait décidé d'y intégrer.

647. D'autre part, le droit à une pension de retraite – dont il est question dans la jurisprudence n°014/CC de 2017 – est « révélé » par la jurisprudence dans la mesure où il n'est pas expressément mentionné dans la Constitution gabonaise. Il a été extrait du huitième alinéa¹⁴³⁵ de l'article premier du texte fondamental, raison pour laquelle la décision de 2017 fait référence aux « droits fondamentaux protégés » et non « reconnus » par la Constitution¹⁴³⁶. Il y a donc plus de droits fondamentaux que ceux posés par le constituant dans le titre préliminaire. Ce qui revient à considérer que les juges se servent d'une catégorie de droits – perçue jusqu'ici comme exhaustive – posée par le constituant pour constitutionnaliser d'autres droits subjectifs.

648. À la lecture de ce qui précède et plus précisément des conséquences de la jurisprudence n°014/GCC sur le bloc de constitutionnalité, la position de la Cour ne peut s'expliquer que de deux manières.

649. Il pourrait être avancé que la Cour opère une distinction entre les textes (et normes) de référence du contrôle de constitutionnalité et les textes à interpréter. Malheureusement, rien dans la décision ne semble accréditer cette thèse et tôt ou tard un texte interprété finit par servir de norme de référence. Au contraire, la Cour agit à l'égard de la loi sur les pensions comme elle l'aurait fait à l'égard de la Constitution en interprétant et

¹⁴³⁴ Par exemple, l'équivalent gabonais du texte français de 1901 sur les associations aurait une valeur constitutionnelle.

¹⁴³⁵ Dans une décision n°003/01/CC du 24 janvier 2001, la Cour jugea « [...] qu'il ressort de l'article premier, huitièmement de la Constitution, que le droit à [sic] pension de retraite est un droit fondamental, [...] ». Ledit article 1^{er} alinéa 8 dispose : « L'État, selon ses possibilités, garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère, aux handicapés, aux vieux travailleurs et aux personnes âgées, la protection de la santé, la sécurité sociale, un environnement naturel préservé, le repos et les loisirs ; ».

¹⁴³⁶ La Cour aurait pu également invoquer l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou l'article 15 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples pour asseoir le droit à une pension de retraite.

en comblant les lacunes de la loi ordinaire devenue un texte à valeur constitutionnelle. L'explication la plus convaincante est politique, et ce, dès l'examen de recevabilité de la requête présentée en l'espèce par le premier ministre. En effet, cet examen est inexistant car il aurait, selon la Constitution et la loi organique, emporté l'irrecevabilité de la demande en interprétation puisque portant sur une loi ordinaire. Cette décision revêt encore plus une dimension politique eu égard au contenu de la requête. La demande en interprétation est formulée de telle sorte que la valeur constitutionnelle de la loi y est présentée comme un acquis, un point qui ne fait aucun doute alors même qu'une telle demande ne peut être faite qu'à propos de la constitution, des textes à valeur constitutionnelle contenus dans le préambule, des règlements des assemblées et des lois organiques. Enfin, l'enjeu de l'affaire qu'était la pension de retraite des membres du gouvernement et des parlementaires a certainement aidé à faire pencher la balance. Si la Cour finit par consacrer « un droit à une pension de retraite pour les anciens travailleurs et agents publics », il faut voir ici qu'il s'agit d'un prétexte pour pouvoir examiner une requête liée à la situation financière d'anciennes personnalités politiques. Le juge gabonais nous a habitués à de telles jurisprudences, déroutantes et ouvrant plus une boîte de Pandore qu'autre chose. On se rappelle d'un avis de 1992 dans lequel il estima un projet de décret relatif à sa mission de surveillance du recensement général de la population contraire à « [...] l'esprit et aux intentions du législateur »¹⁴³⁷ ou d'une décision¹⁴³⁸ de 1993 où il reçut une affaire portant sur la violation d'une convention internationale¹⁴³⁹ non prévue par le préambule de la constitution. Au final, à la question de savoir quelle serait la teneur du bloc de constitutionnalité gabonais, on se contentera de rappeler son hétérogénéité sans véritablement répondre à la question.

¹⁴³⁷ Avis n°001/CC du 30 octobre 1992, *cons.* 6 (nous soulignons).

¹⁴³⁸ Décision n°001/93/CC du 14 avril 1993.

¹⁴³⁹ En l'espèce, la saisine portant sur la violation de la convention n°87 de l'Organisation internationale du travail.

B. L'APPARITION D'OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

650. Plus d'une dizaine d'années après leur découverte¹⁴⁴⁰ en France, les objectifs de valeur constitutionnelle firent leur apparition dans la jurisprudence constitutionnelle africaine¹⁴⁴¹ (1), et ce, essentiellement pour limiter l'action du législateur (2).

¹⁴⁴⁰ La décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982 du Conseil constitutionnel français est considérée comme la jurisprudence fondatrice de l'expression « objectif de valeur constitutionnelle » à propos du pluralisme (des courants de pensées et d'opinions) et de l'indépendance des médias. V. également, les décisions n°89-261 DC du 28 juillet 1989 (sauvegarde l'ordre public), n°94-359 DC du 19 janvier 1995 n°99-421 DC du 16 décembre 1999 (accessibilité et intelligibilité de la loi), n°2003-473 DC du 28 décembre 2006 (bonne administration de la justice), n°2003-473 DC du 26 juin 2003 (bon usage des deniers publics) etc. Sur cette notion en doctrine, v. entre autres B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, 1988 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002 ; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006 ; L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, Economica, 2014 ; L. FAVOREU, « Les normes de référence » in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Journée d'études du 13 mars 1987, Economica-PUAM, 1988, p. 69 et s. ; L. FAVOREU, « Supraconstitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français » in *La supraconstitutionnalité*, 1993, RIDC 1993, vol. 15, p. 461 et s. ; M.- P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *RFDC*, n°13, 1993, p. 23 ; L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 33 et s. ; B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 323 et s. ; J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? » in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 227 et s. ; H. MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative » in *AJDA*, 2001, p. 428 et s. ; G. Vedel, « Rapport de synthèse » in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 284 et s. ; B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? » in *RFDC*, n°21, 1995, p. 47 et s. ; N. MOLFESSIS, « Remarques sur les objectifs de valeur juridique » in *Justices*, n°3, 1996, p. 328 et s. ; P. JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement (Conseil d'État, ord. réf., 3 mai 2002) » in *Les petites affiches*, n°193, 2002, p. 15 et s. ; A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687 et s. ; F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle » in *RFD const.*, n°64, 2005, p. 678 et s. ; L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Accessibilité et intelligibilité de la loi ou la réhabilitation de la loi par le Conseil constitutionnel », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 161 et s. ; A. SAVONITTO, « Un verdissement en devenir de la jurisprudence constitutionnelle » in *AJDA*, 2020, p.1126 et s. ; B. PARANCE et S. MABILE « Les riches promesses de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement ? » in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1159.

¹⁴⁴¹ La catégorie des objectifs a été explicitement reprise la Cour gabonaise dans sa décision n°19/93/CC du 2 novembre 1993. v. également les décisions n°3/CC du 27 février 2004 et n°5/CC du 18 mars 2008.

1. Une catégorie jurisprudentielle embryonnaire

651. La catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle rend compte de la densification du bloc de constitutionnalité puisqu'elle n'est prévue par aucune constitution¹⁴⁴² africaine¹⁴⁴³. Elle est en ce sens une « catégorie juridique introuvable »¹⁴⁴⁴ pour reprendre le professeur A. Levade. En effet, les constituants africains n'ont pas rassemblé des principes ou des normes de valeur constitutionnelle sous le vocable « d'objectifs ». La catégorie naît donc sous la plume des juges constitutionnels. Cette plume est plus précisément celle des juges gabonais et sénégalais¹⁴⁴⁵ qui ont osé donner un contenu à cette catégorie ; il y a par conséquent une densification de la constitution matérielle au Sénégal puisque le bloc de constitutionnalité tel que présenté par le Conseil sénégalais¹⁴⁴⁶ n'intègre pas *a priori* les objectifs. S'agissant du bloc de constitutionnalité gabonais, les objectifs y sont intégrés depuis une décision de 2004¹⁴⁴⁷.

652. *Le respect de l'ordre public, la liberté d'autrui, la dignité du citoyen, le pluralisme des courants socioculturels, l'applicabilité d'un texte de loi ou d'une disposition légale ou réglementaire* relèvent de cette catégorie au Gabon. Au Sénégal, on dénombre deux objectifs que sont *la sécurité juridique et la stabilité des institutions*. À l'instar de la jurisprudence française, la Cour gabonaise a fait du droit de la communication « le terrain de prédilection »¹⁴⁴⁸ des objectifs. En effet, la première décision en la matière était relative à une ordonnance portant sur la

¹⁴⁴² Le terme « objectifs » est employé dans le cadre des lois de programme prévu aux articles 99 de la Constitution béninoise, 47 de la Constitution gabonaise, 101 de la Constitution ivoirienne, 101 de la Constitution nigérienne et 67 du texte sénégalais. Les objectifs y sont définis par le législateur.

¹⁴⁴³ On retrouve néanmoins dans les constitutions africaines des buts à atteindre tels que la réalisation de l'unité africaine pour laquelle les États africains s'engagent à tout mettre en œuvre. *v.* en ce sens les préambules béninois, ivoirien, nigérien et sénégalais.

¹⁴⁴⁴ A. LEVADE, « L'objectif ?? à valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687.

¹⁴⁴⁵ Sans que cela n'entraîne d'importantes conséquences, le Conseil sénégalais fait référence aux « objectifs de valeur constitutionnelle » (nous soulignons). *v.* Décision n°1/C/2016, *op. cit.* cons. 25.

¹⁴⁴⁶ *v.* § 634.

¹⁴⁴⁷ Décision n°3/CC du 27 février 2004 : « La conformité à la Constitution d'un texte de loi s'apprécie non seulement par rapport aux dispositions de celle-ci, mais aussi par rapport, entre autres, aux objectifs de valeur constitutionnelle ». *v.* également H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *op. cit.* pp. e. 18-19 ; T. ONDO, « La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? Essai d'analyse de la décision n°22/CC du 30 avril 2018 » in *l'Harmattan* [en ligne], p. e. 4.

¹⁴⁴⁸ P. DE MONTALIVET, *op. cit.* p. 166.

communication que la Cour censura¹⁴⁴⁹ partiellement. La seconde¹⁴⁵⁰ quant à elle portait sur la loi organique relative au Conseil national de la communication dont la haute juridiction prononça l'inconstitutionnalité de certaines dispositions notamment le troisième alinéa de l'article 5 et le deuxième alinéa de l'article 7 qui imposaient qu'un conseiller définitivement empêché soit remplacé dans un délai d'un (1) mois. Usant d'un objectif de « légistique substantielle »¹⁴⁵¹ –l'applicabilité d'un texte – la Cour jugea cette disposition difficilement applicable¹⁴⁵², partant inconstitutionnelle. Du côté du Conseil sénégalais, les objectifs découverts ont trait à la révision constitutionnelle où « la sécurité juridique et la stabilité des institutions » ont servi à enrayer une tentative de modification de la durée d'un mandat présidentiel en cours.

653. On serait tenté de se demander si les objectifs ci-dessus sont tous véritablement « découverts ». Par exemple, *le respect de l'ordre public et la dignité du citoyen* étaient déjà énoncés dans la Constitution gabonaise en 1993. Pour ce qui est du reste des objectifs, il faut en attribuer la paternité aux juges africains. La majorité des objectifs ont donc bien une origine jurisprudentielle.

654. Jusqu'à une décision béninoise du 25 avril 2017¹⁴⁵³, la catégorie des objectifs semblait n'être l'apanage que des juridictions gabonaise et sénégalaise. En l'espèce, les juges béninois, saisis par le président de la République étaient appelés à se prononcer sur la conformité d'une loi n°2017-04 modifiant le Code des marchés publics et des délégations des services publics. Relevant que, par l'adoption du texte de 2017 censé modifier une loi de 2009¹⁴⁵⁴, le législateur organisait une coexistence de textes régissant « substantielle[ment] »

¹⁴⁴⁹ Décision n°19/93/CC du 2 novembre 1993. L'ordonnance était, entre autres, contraire à la Constitution en ce qu'elle instaurait un régime d'autorisation préalable en matière de presse écrite.

¹⁴⁵⁰ Décision n°3/CC du 27 février 2004, précitée.

¹⁴⁵¹ Nous entendons par cette expression les objectifs qui, tout comme la science légistique, ont trait « à la formation de la législation » au sens large. Plus précisément, la légistique substantielle se rapporte à l'efficacité de la phase de mise en œuvre de la loi. v. la préface de l'ouvrage dirigé par CH.-A. MORAND, *Légistique formelle et matérielle. Formal and materail legistic*, PUAM, 1999 ainsi que son article « Éléments de légistique formelle et matérielle », spec. pp.18-19. L'ouvrage de référence de la légistique est néanmoins celui de P. Noll, *Gezetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, Rohwort 1973, cité par Morand.

¹⁴⁵² « Que l'introduction des délais [...] rend l'application desdits articles difficile à concrétiser ; qu'il convient donc de les déclarer non conformes à la Constitution ; », cons. 6.

¹⁴⁵³ Décision DCC 17-090 du 25 avril 2017.

¹⁴⁵⁴ Loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin.

une même matière « avec un mécanisme de renvoi peu lisible »¹⁴⁵⁵, la Cour invita le législateur à « réunir en un seul et même texte de loi, les dispositions pertinentes de la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 et celles de la loi n° 2017-04 du 20 mars 2017. »¹⁴⁵⁶. Dans le même considérant de la décision précitée, la Cour fit allusion à « l'intelligibilité des textes normatifs et la précision dans la formulation de leurs dispositions » qui ne sont pas sans rappeler l'intelligibilité¹⁴⁵⁷ de la loi consacrée comme un objectif constitutionnel par le Conseil français. Sans préciser s'il s'agissait d'objectifs de valeur constitutionnelle ou de principes constitutionnels, les juges béninois hésitèrent une fois de plus à apporter du contenu à une catégorie déjà posée dans une jurisprudence de 2011¹⁴⁵⁸. Assurément, pour notre part, « l'intelligibilité » et « la précision » consacrées en 2017 relèvent bien de cette catégorie d'objectifs de valeur constitutionnelle, mais le fait que le juge ne l'ait pas explicitement énoncé invite à la prudence ; raison pour laquelle les jurisprudences ci-dessus ne permettent pas de rapprocher les juges béninois de leurs homologues gabonais et sénégalais sur la question des objectifs de valeur constitutionnelle. Mais la doctrine n'aura pas manqué de remarquer que la mandature Djogbenou a fait émerger une nouvelle catégorie de référentiels du contrôle de constitutionnalité appelés « impératifs constitutionnels »¹⁴⁵⁹. Mais cette catégorie n'a trompé personne tant les commentateurs¹⁴⁶⁰ n'y voient comme principale et unique originalité que le choix d'une terminologie autre que celle « d'objectifs de valeur constitutionnelle » pour désigner une seule et même réalité. En effet, ces impératifs comme les objectifs servent également à limiter droits et libertés ; même si les objectifs peuvent aller plus loin. Comme l'expliquent Ngango Youmbi et Ngando Sandje,

« [...] C'est précisément sur leur fonction limitative qu'ils se rapprochent de la nouvelle catégorie d'impératifs constitutionnels dégagée par le juge constitutionnel béninois. Dans les décisions de 2018 qui consacrent ces impératifs, il s'est agi dans le premier cas de limiter le droit de grève par l'impératif de la

¹⁴⁵⁵ Décision DCC 17-090 du 25 avril 2017, *cons. 1*

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *cons. 13*.

¹⁴⁵⁸ « [...] les limitations apportées au droit de grève peuvent aller jusqu'à l'interdiction dudit droit aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins. », *v. décision n°DCC 11-065 du 30 septembre 2011, cons. 16*.

¹⁴⁵⁹ *V. par exemple les décisions n° DCC 18-156 du 31 juillet 2018 et DCC 18-141 du 28 juin 2018.*

¹⁴⁶⁰ E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin » *in Afrilex* [en ligne], 2020, p. 4.

continuité du service public et de la préservation de l'intérêt général ; et dans le second, de limiter les droits de la minorité politique, par la formulation de l'impératif du caractère représentatif et majoritaire de la démocratie béninoise. Il faut se garder toutefois d'une assimilation complète entre les impératifs constitutionnels béninois et les objectifs de valeur constitutionnelle français. Ils s'en distinguent sur deux points : – primo, les objectifs de valeur constitutionnelle ont comme il a été souligné ci-avant, dans certains cas, une fonction protectrice des droits fondamentaux alors que les impératifs constitutionnels béninois sont essentiellement limitatifs ; – secundo, la normativité des objectifs de valeur constitutionnelle est douteuse pour certains auteurs français, à la différence des impératifs constitutionnels béninois auxquels le juge constitutionnel reconnaît une valeur renforcée. »¹⁴⁶¹.

655. De son côté, le juge sénégalais fit lui aussi preuve d'une certaine hésitation sinon timidité à propos de « la préservation de l'ordre public ou de la sauvegarde de l'intérêt général »¹⁴⁶², innomés ou qualifiés simplement « d'objectifs » dans un premier temps, avant d'être appelés « principes à valeur constitutionnelle »¹⁴⁶³. Nous nous écartons par conséquent de l'idée¹⁴⁶⁴ selon laquelle les objectifs « de valeur constitutionnelle » seraient apparus dans la jurisprudence sénégalaise dès ses trois premières années d'existence.

656. Tant au niveau de chaque juridiction qu'à l'échelle des juridictions gabonaise et sénégalaise, les objectifs de valeur constitutionnelle forment une catégorie véritablement embryonnaire. On dénombre¹⁴⁶⁵ au total sept (7) objectifs à valeur constitutionnelle dont cinq (5) dans la jurisprudence gabonaise. Si l'on y adjoint la jurisprudence béninoise, le nombre d'objectifs consacrés est porté à neuf (9). Au regard de la jurisprudence constituante de certaines juridictions, la découverte d'objectifs est rarissime¹⁴⁶⁶. Une catégorie a certes été créée et reconnue mais elle est très peu pourvue, et ce, près d'une trentaine d'années après l'autonomisation de la justice constitutionnelle. La question de la viabilité de cette catégorie se pose particulièrement au Bénin. Depuis 2011, aucun objectif n'a officiellement pris rang

¹⁴⁶¹ É. M. NGANGO SOUMBI et R. NGANDO SANDJE, « L'émergence d'une catégorie nouvelle de principes jurisprudentiels au Bénin : les impératifs constitutionnels » in *RDP*, n°5, 2020, pp.e. 6-7 (nous soulignons).

¹⁴⁶² Décision n°11/C/93, affaire n°2/C/93 du 23 juin 1993. En doctrine, v. A. KPODAR, « L'impératif constitutionnel » in *RCC*, n°1, 2019, pp. 101-125 ; E. TONI, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du Bénin » in *Afrilex* [en ligne], 2020, 31 pages. Pour un exposé des principes mobilisés par la Cour sous les précédents mandatures, v. É. M. NGANGO YOUNBI « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *RDP*, n°6, 2018, p. 1705 et s. ;

¹⁴⁶³ Décision n°18/95, affaire n°3/C/95 du 19 juin 1995, cons. 16.

¹⁴⁶⁴ v. M. M. SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2007, pp. 369-397.

¹⁴⁶⁵ Nous nous appuyons sur la jurisprudence accessible de ces deux juridictions.

¹⁴⁶⁶ C'est le cas du Conseil constitutionnel sénégalais.

dans celle-ci alors même que la création de la catégorie et la découverte d'un ou plusieurs objectifs est presque toujours concomitante ; ce qui fut le cas au Gabon et au Sénégal. Mais, même auprès des juridictions constitutionnelles de ces deux États, le contenu de la catégorie a tendance à stagner. Comparés aux lois organiques gabonaises, les objectifs de valeur constitutionnelle représentent un apport quantitativement moins important au sein du bloc de constitutionnalité.

2. Le sens de leur utilisation par le juge constitutionnel d'Afrique noire francophone

657. Aborder la signification des objectifs revient à poser implicitement la question de leur invocabilité. Celle-ci n'a jamais été tranchée par les juges. Peuvent-ils être invoqués par des particuliers devant le juge (constitutionnel ou ordinaire) ? Un premier élément de réponse se trouve dans les décisions qui les consacrent. Effectivement, les formules employées par les juges constitutionnels renseignent sur les éventuels bénéficiaires de ces objectifs. À ce propos, il faut relever que les juges n'identifient aucun bénéficiaire, mais plutôt un destinataire : l'auteur du texte (législatif ou constitutionnel). Plus précisément, c'est le créateur de l'acte qui est visé et non des individus. Les objectifs sont des obligations à la seule charge du législateur ou du constituant. Il leur revient de les respecter ou de les mettre en œuvre lorsqu'ils élaborent des textes ; raison pour laquelle la méconnaissance d'un objectif entraîne l'inconstitutionnalité de l'acte. Ainsi, par exemple, il revient au législateur seul de s'assurer de l'applicabilité et de la clarté des textes qu'il viendrait à édicter. En outre, l'invocation en 2004 d'objectifs comme la dignité du citoyen et la liberté d'autrui par la Cour gabonaise ne fait pas oublier que l'emploi des termes « conciliation » et « liberté » ne s'est fait qu'à propos de la liberté de la presse ou celle de la communication audiovisuelle. Le juge gabonais opère une distinction entre les objectifs et les droits et libertés individuels. C'est dire que les objectifs ne sont pas des droits ou des libertés, et ce, malgré le fait que certains soient affublés de ces vocables. De plus, les objectifs découverts comme ceux énoncés dans les constitutions ne sont pas rattachés aux dispositions relatives aux droits et libertés. Dans la Constitution gabonaise, certains des objectifs identifiés comme tels par la Cour étaient inscrits dans le titre relatif au Conseil national de la communication. La constitution sénégalaise ne mentionnant pas les objectifs posés par le Conseil, ce dernier les

rattacha au préambule. La nature des objectifs de valeur constitutionnelle en Afrique francophone étant précisée, il nous faut aborder leur(s) fonction(s).

658. Les objectifs sont des normes assorties d'une sanction : l'inconstitutionnalité. Ces normes apparaissent plus précisément comme des canaux ou des codes (conventions) identifiés par le juge et censés indiquer la manière dont il convient de légiférer en général ou dans un domaine particulier. Ainsi, la catégorie des objectifs en Afrique noire francophone remplit les trois fonctions¹⁴⁶⁷ avancées par P. de Montalivet. Ils « obligent » quand il s'agit de faire la Loi¹⁴⁶⁸, mais « permettent » ou « interdisent » quand est soulevée la question de la compatibilité des législations particulières avec leur(s) objet(s), c'est-à-dire avec des principes et des droits individuels spécifiques. L'obligation – caractéristique commune des objectifs¹⁴⁶⁹ – intéresse les qualités intrinsèques d'un texte normatif. C'est dans ce premier cadre qu'il convient d'inscrire la décision gabonaise de 2004 relative à l'objectif de « l'applicabilité de la loi » mais également son « intelligibilité »¹⁴⁷⁰ – exigence indubitablement plus forte – et sa « précision » issues de la jurisprudence constitutionnelle béninoise. Par ces objectifs, invitation est faite au législateur d'exceller dans « l'art de faire les lois »¹⁴⁷¹, d'accroître en permanence leur *bienfaisance*¹⁴⁷² en amont et en aval. Cela implique de ne pas se satisfaire du fait de voter la loi, mais de s'assurer que celle-ci puisse produire les effets souhaités ; chose impossible si les dispositions de la loi sont équivoques, qu'elles requièrent une prise d'actes ou des actions dans des délais impraticables ou, pire, qu'elles se contredisent. Le contrôle de la loi par rapport aux objectifs légistiques opéré par la juridiction gabonaise découle d'exigences

¹⁴⁶⁷ P. D. MONTALIVET, *op. cit.* pp. 333-446.

¹⁴⁶⁸ Rappelons que la Cour gabonaise ne fait pas seulement référence à la loi mais aussi aux dispositions réglementaires.

¹⁴⁶⁹ Qu'ils permettent ou interdisent, les objectifs obligent toujours à *faire* selon ce que le juge indique ou à *ne pas faire*.

¹⁴⁷⁰ On songe ici aux mots du professeur Laurence Gay, « l'objectif d'intelligibilité englobe et dépasse l'exigence de clarté. Celle-ci tient à l'absence de contradiction ou de confusion de la norme [...] ». v. L. GAY, « jurisprudence du Conseil constitutionnel du 1er janvier-31 mars 2002 » in *RFDC*, n°50, PUF, 2002, p.428

¹⁴⁷¹ D. RÉMY, *L'art de faire les lois*, Romillat, 1994. L'auteur ne manque pas souligner que « "Faire du texte" est une faiblesse partagée par tous les gouvernements et sous tous les climats [...] ».

¹⁴⁷² « [Le] devoir éminent [du législateur] est de faire de la bienfaisance des lois une tâche permanente dans la société d'aujourd'hui » dira Valentin Petev, « Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur » in CH.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle. Formal and material legistic*, PUAM, 1999, p. 307.

qualitatives, uniques remèdes à quelques-unes des « pathologies »¹⁴⁷³ de la loi dont la plus grave est sans aucun doute son ineffectivité¹⁴⁷⁴.

659. Dans le deuxième cadre, celui de la permission, il faut évoquer la décision gabonaise de 1993. On renoue ici avec un aspect encore plus intéressant des objectifs de valeur constitutionnelle, à savoir la conciliation. L'objectif permet au législateur d'intervenir dans une matière en tempérant les principes ou les droits constitutionnels qui en sont au fondement. La conciliation est un allègement des contraintes qui pèsent sur le législateur lorsqu'il entend restreindre la portée des droits constitutionnels. C'est ce que semble admettre la Cour gabonaise à propos de la liberté de communication. En estimant « [...] que la loi ne peut qu'en réglementer l'exercice pour le rendre plus effectif ou pour le concilier avec les objectifs de valeur constitutionnelle », les juges gabonais indiquent que lesdits objectifs n'ont pas pour finalité de concrétiser un peu plus les droits subjectifs, mais plutôt d'autoriser les pouvoirs publics à y porter une atteinte nécessaire. Ce qui revient à dire qu'en l'absence de ces objectifs, toute législation qui n'accroîtrait pas l'effectivité des libertés dans les matières considérées serait inconstitutionnelle. Cette unique décision permet de tirer une conséquence temporaire que confirmera ou infirmera la jurisprudence postérieure : il est toujours question d'une liberté constitutionnelle¹⁴⁷⁵, c'est-à-dire reconnue comme telle par la constitution que viennent tempérer les objectifs qui, eux, ne sont rien d'autre que « des exigences qui dépassent les intérêts de groupes ou des individus [...] et [permettent la prise de] mesures qui peuvent froisser ces intérêts »¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷³ « La baisse de qualité des textes et l'obsession du législateur à vouloir tout prévoir, conduisent à revenir sans cesse sur l'ouvrage fait, là pour redresser une maladresse rédactionnelle, ici pour envisager un cas particulier auquel on n'avait pas songé. La voie réglementaire s'en trouve délaissée au profit de l'action législative plus rentable en termes d'affichage politique. Bref, le "droit bavarde". La loi souffre encore d'un autre mal, celui de l'absence de normativité, qui produit un "droit mou" par lequel le parlement assure les citoyens de ses bonnes intentions, sans craindre que ceux-ci s'émeuvent par la suite de n'en retrouver de trace concrète dans leur quotidien. La loi perd alors de sa sacralité, et ne suscite plus qu'une attention distraite de ses destinataires. », G. GLÉNARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée » in *RFDA*, 2005, p. 922.

¹⁴⁷⁴ C'est en réalité la principale finalité de tous les objectifs, permettre à un texte de produire des effets.

¹⁴⁷⁵ Ce qui est le cas de la liberté de la presse écrite et de la liberté de la communication.

¹⁴⁷⁶ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre » in Conseil d'État (français), *Rapport public*, 1999, p. 370, cité par P. de Montalivet, *op. cit.* p. 178. Avec moins de mots, G. Cornu identifie l'intérêt général « à ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous » dans son *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* p. 565.

660. Enfin, les objectifs interdisent également une législation particulière comme le montre la décision sénégalaise de 2016. L'interdiction se rapporte ici à l'inconstitutionnalité *ab initio* de l'acte. En d'autres termes, l'objectif de valeur constitutionnelle va révéler que le législateur, voire le constituant – pour coller aux faits de la décision précitée – ne peut légiférer dans une matière ou sur un point donné même si cela relève de son champ de compétences ; en l'espèce, la durée d'un mandat politique en cours. Au Sénégal, l'interdiction posée par les objectifs interroge également les qualités du texte ; ce qui n'est plus surprenant¹⁴⁷⁷. En effet, la « sécurité juridique et la stabilité des institutions » sont des notions qui intéressent plus d'une branche du droit, partant l'ensemble des textes normatifs et tous les systèmes juridiques. Cela est particulièrement vrai s'agissant de la sécurité juridique¹⁴⁷⁸, elle est un principe général du droit ailleurs¹⁴⁷⁹ qui a fait une apparition très remarquée dans la décision béninoise¹⁴⁸⁰ dite *consensus national*.

C. LES NORMES NON ÉCRITES

661. Les juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone ont toutes consacré des procédures, des droits subjectifs et des principes constitutionnels ; nous y avons

¹⁴⁷⁷ V. § 659.

¹⁴⁷⁸ Selon Abdou Ka, la sécurité juridique est une « valeur » du droit sénégalais malgré son absence en droit positif. v. A. KA, *La sécurité juridique en droit administratif sénégalais*, Mémoire DEA, Université Gaston Louis-Berger, 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://www.memoireonline.com/03/17/9741/La-securite-juridique-en-droit-administratif-senegalais.html>.

¹⁴⁷⁹ v. CE, ass., KPMG, n°288460, du 24 mars 2006. Dans son rapport 2006, le Conseil dira que ce principe « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles » in Conseil d'État, Études et documents, La documentation française, 2006, p. 281.

Telle qu'elle est formulée, la sécurité juridique est absente des dispositions constitutionnelles françaises. Sans reprendre *in extenso* la notion, le juge français n'en a reconnu que les effets en décidant que l'abrogation ou le changement de législation ne peuvent « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». v. La décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986 *Loi relative à la liberté de communication* et l'article de M. DE SALVIA, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français » in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001.

¹⁴⁸⁰ « 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 commandent 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 de valeur constitutionnelle; [...] », nous soulignons.

consacré les premiers chapitres de notre étude. Cela n'est guère surprenant puisque bon nombre de juridictions étrangères, dont le Conseil français¹⁴⁸¹, procèdent de la sorte depuis plusieurs décennies. Comme l'intitulé de ces lignes le suggère, ces purs produits de la jurisprudence étendent le champ de la constitutionnalité puisqu'ils ne découlent pas de la lettre du texte constitutionnel ou des instruments nationaux et internationaux intégrés au bloc.

662. Ils sont dits « non écrits » parce que sans l'action volontariste¹⁴⁸² du juge, ils n'auraient jamais existé. En effet, ce sont les cours et conseils qui vont participer à leur découverte ou, si l'on veut, à leur création. Les objectifs de valeur constitutionnelle relèvent, pour la plupart, de cet ensemble, mais il est plus opportun de consacrer aux normes non écrites des développements distincts, car elles ne forment pas une catégorie jurisprudentielle formellement identifiée par les juridictions.

663. Les normes non écrites sont nombreuses dans la jurisprudence des cours et conseils constitutionnels d'Afrique noire francophone. Sur vingt-et-une¹⁴⁸³ (21) normes jurisprudentielles, les principes constitutionnels représentent la part la plus importante avant la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle. Les procédures jurisprudentielles occupent la troisième place loin devant les droits et libertés¹⁴⁸⁴.

664. Il faut dire, à propos des procédures jurisprudentielles, quelques mots qui revêtent une certaine importance. Il est en effet utile de préciser que les procédures évoquées ici sont celles élaborées par le juge. Elles peuvent être construites à partir d'une ou plusieurs procédures légales ou constitutionnelles, mais certaines¹⁴⁸⁵ étapes sont exclusivement le fait de la juridiction constitutionnelle. La procédure sera donc partiellement jurisprudentielle. Dans d'autres cas, le juge va élaborer entièrement une marche à suivre après avoir considéré

¹⁴⁸¹ v. en ce sens, A. WERNER, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant » in *Pouvoirs*, n°67, 1993 p.117-136.

¹⁴⁸² M.-K. CANTERINI, *Les méthodes d'élaboration des normes non écrites : étude comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, Mémoire DEA, Paris II, 1998, p. 13.

¹⁴⁸³ V. Partie 1, titre 1.

¹⁴⁸⁴ Nous avons pu voir que la consécration de nouveaux droits subjectifs n'est pas au nombre des préoccupations premières des juridictions constitutionnelles africaines.

¹⁴⁸⁵ v. la décision n°6/CC du 12 novembre 1999 sur la création d'une procédure spéciale en cas de dépôt tardif du projet de loi de finances.

que son inexistence est préjudiciable¹⁴⁸⁶ à un principe. Il faut par conséquent distinguer l'élaboration d'une procédure jurisprudentielle et la fonction de régulation des juridictions constitutionnelles. En effet, il peut y avoir création d'une procédure non écrite sans régulation et parfois la première précède la seconde¹⁴⁸⁷. Dans l'ordre inverse, lorsque le rôle régulateur d'une juridiction est rappelé avant la procédure, ce n'est que pour appliquer la procédure élaborée par le juge. Ceci conduit à préciser la distension entre les procédures jurisprudentielles et la régulation : les procédures du juge ne sont pas toujours le remède à des situations de paralysie ou de crise des pouvoirs publics. Elles peuvent être créées à tout moment, et ce, pour permettre le respect et l'application de principes et valeurs constitutionnels. C'est l'idée que l'on retrouve, par exemple, dans la jurisprudence ivoirienne¹⁴⁸⁸ où le Conseil jugea que le « principe de la continuité législative [prévue à l'article 138 de la constitution] » imposait que seul le président du Sénat et non le dixième des sénateurs pouvait saisir le Conseil d'un engagement international. En l'espèce, les juges ivoiriens avaient été saisis pour contrôler la constitutionnalité du règlement intérieur du Sénat, institution créée de fraîche date. Estimant que la Constitution ne précisait pas les auteurs d'une telle saisine dans le cadre de l'article 134¹⁴⁸⁹, le Conseil s'appuya sur l'article 90¹⁴⁹⁰ de l'ancienne constitution et s'en inspira pour autoriser le seul président du Sénat à le saisir. En dépit du principe de la continuité législative, lequel s'apparente à un « permis d'exhumation » de la précédente constitution, la possibilité pour le président du Sénat de

¹⁴⁸⁶ v. par exemple la décision béninoise DCC 97-033 du 10/06/1997 sur l'élaboration d'une procédure minimale garantissant l'indépendance du magistrat du siège.

¹⁴⁸⁷ v. Décision n°219 du 14 novembre 2018 sur l'indisponibilité temporaire du chef de l'État gabonais.

¹⁴⁸⁸ Décision rectifiée n°CI-2018-007/dcc/06-07/CC/SG du 06 juillet 2018 *relative à la requête du président du Sénat*.

¹⁴⁸⁹ Il dispose : « Les engagements internationaux visés à l'article 120 avant leur ratification, les lois constitutionnelles adoptées par voie parlementaire, les lois organiques avant leur promulgation, les règlements des assemblées parlementaires avant leur mise en application, doivent être déférés au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. La saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation ou de mise en application. ».

¹⁴⁹⁰ Il disposait : « Les engagements internationaux visés à l'article avant leur ratification, les lois organiques avant leur promulgation, les règlements de l'Assemblée nationale avant leur mise en application, doivent être déférés par le Président de la République ou le Président de l'Assemblée nationale au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois, avant leur promulgation, peuvent être déférées au Conseil constitutionnel par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, tout groupe parlementaire ou 1/10e des membres de l'Assemblée nationale. [...] ».

saisir le Conseil est une véritable évolution procédurale d'origine jurisprudentielle dans la mesure où le parlement ivoirien était monocaméral jusqu'à l'avènement de la III^{ème} République. Il n'a donc pas été simplement question d'une analogie, c'est-à-dire de transposer, en l'actualisant au passage, une disposition constitutionnelle antérieure à la situation actuelle. On a bel et bien affaire à un mécanisme de saisine créé¹⁴⁹¹ par les juges et qui tient compte de la nouvelle configuration institutionnelle.

SECTION 2. LES PROCÉDÉS DE CRÉATION DU DROIT EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

665. À la très connotée « méthode »¹⁴⁹², nous préférons « les procédés » en ce qu'ils insistent sur l'aléa qui gouverne les opérations effectuées par le juge pour créer du droit. Il semble que les procédés n'aient pas à obéir à des règles préétablies (par exemple, la raison) et ne présupposent pas, pour le juge, « un droit [...] sans lacune et propre à fournir les éléments de la solution particulière qu'il impose. »¹⁴⁹³. En effet, dès lors qu'on quitte la sphère des méthodes, c'est-à-dire des « manières de faire conformément à... »¹⁴⁹⁴, de suivre la logique¹⁴⁹⁵, on s'inscrit dans celle des procédés ou des techniques. Moins rigoureux que les méthodes, ces procédés sont tout aussi intéressants en ce qu'ils alternent entre rupture (§1) et fidélité (§2) avec le(s) texte(s), faisant ainsi souvent appel à des ressources étrangères à ceux-ci.

¹⁴⁹¹ L'argument de la continuité législative était superflu car le juge ne s'en est pas servi pour « ressusciter » une disposition ; ce qu'il invite à faire ce principe tel qu'il a été posé par le constituant de 2016.

¹⁴⁹² Les différentes définitions de la « méthode » renvoient sans cesse à la raison et plus précisément à l'idée selon laquelle elle est une démarche conforme à la raison et heuristique ; la méthode est *cartésienne*, dirait-on. Ce n'est pas toujours, à notre avis, la ligne de conduite des juridictions constitutionnelles dans l'élaboration des normes non écrites.

¹⁴⁹³ Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. p. 1018.

¹⁴⁹⁴ B. PLESSIX, « Avant-propos » in *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 2.

¹⁴⁹⁵ Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », op. cit. p. 1019.

§1. LES PROCÉDÉS EN RUPTURE AVEC LE(S) TEXTE(S)

666. Deux moyens, qui ont pour principale caractéristique de ne reposer sur aucune des sources (écrite), sont fréquemment utilisés par les juridictions constitutionnelles africaines. Il arrive en effet que la fonction constituante se réfère à des concepts inintelligibles tels que l'esprit de la constitution (A) ou fasse l'économie de justifications (B).

A. L'INVOCATION DE L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION

« L'esprit permet de proposer des décisions qui ne s'en éloignent pas trop. [L'esprit] vogue. [Il] est né avec la Conférence nationale »¹⁴⁹⁶.

667. L'esprit a pour principale propriété son insaisissabilité. C'est en cela qu'il est traditionnellement opposé à la matière. L'esprit en est le principe immanent ou l'origine¹⁴⁹⁷. S'agissant d'un texte juridique tel que la constitution, l'esprit en est le « sens général [...] si l'on accepte de sortir de l'écrit [...] »¹⁴⁹⁸ ou le fixateur du « sens de la norme constitutionnelle. »¹⁴⁹⁹. C'est admettre que l'esprit des textes juridiques peut être en fin de compte saisi et non simplement évoqué sans jamais en sonder la teneur.

668. « Une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique [...] l'esprit de notre constitution procède de l'idée que le pouvoir [...] doit procéder du peuple, [...] »¹⁵⁰⁰ disait Charles de Gaulle lors d'une conférence de presse en 1964 portant, entre autres, sur le fonctionnement des institutions françaises et les relations avec les nouveaux États décolonisés. Pour le Général, l'esprit du texte de 1958 n'est rien d'autre que la souveraineté nationale comme le professeur P. Avril a pu dire, à propos de la III^{ème} République, que la

¹⁴⁹⁶ T. HOLO, professeur agrégé de droit public, ancien président de la Cour constitutionnelle du Bénin. Propos recueillis le 29 novembre 2019 à Paris.

¹⁴⁹⁷ B. BINOCHÉ, *Introduction à De l'esprit des lois de Montesquieu*, Les publications de la Sorbonne, 2015, p. 178.

¹⁴⁹⁸ C. GOYARD, « Esprit des institutions et équilibres des pouvoirs » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 4.

¹⁴⁹⁹ S. PIERRÉ-CAPS, « L'esprit des constitutions » in *Mélanges P. Pactet, op. cit.*, p. 377.

¹⁵⁰⁰ Pour un compte rendu de la conférence : <https://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaule00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>.

convention fondatrice¹⁵⁰¹ de celle-ci était la souveraineté parlementaire¹⁵⁰². L'esprit d'une constitution en est *a priori* le principe politique fondamental. Mais il faut convenir que tout propos sur l'esprit d'un texte juridique ne saurait être tenu sans un détour par l'*Esprit des lois*. Des propos de Montesquieu, commentés par le professeur Pierré-Caps, il faut retenir une information essentielle : l'esprit n'est pas une unité. En d'autres termes, l'esprit de la constitution est « une conjoncture de principes »¹⁵⁰³, la « mise en rapport de la sphère juridique »¹⁵⁰⁴ avec un « esprit général »¹⁵⁰⁵ selon Montesquieu. On retrouve encore cette idée d'un esprit constitutionnel aux multiples composantes chez M. Hauriou avec « les principes constitutionnels [...] qui constituent une légitimité supérieure à la Constitution elle-même » ou dans « la couverture idéologique » de J. Téchada, cités tous les deux par le professeur nancéien.

669. Mais l'esprit de la constitution et sa composition ne sont pas que spéculations. En effet, l'esprit a été identifié par la justice constitutionnelle et sur ce point le Conseil constitutionnel français s'est vite ravisé¹⁵⁰⁶ en abandonnant purement et simplement cette expression. On remarquera dans sa décision de 1962 que le Conseil ne s'est pas contenté d'évoquer « l'esprit de la constitution » ; il l'a invoqué de manière décisive. Il y a effectivement une distinction à faire entre « l'évocation » et « l'invocation ». Dans cette dernière hypothèse, « l'esprit de la constitution » sert soit d'instrument de contrôle de constitutionnalité, soit de matrice dans la production de normes de référence. Dans un cas

¹⁵⁰¹ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 108.

¹⁵⁰² *Ibid.* pp. 17-18.

¹⁵⁰³ B. BINOCHÉ, *Introduction à l'Esprit des lois de Montesquieu*, PUF, p.156, cité par S. PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*, p. 377.

¹⁵⁰⁴ S. PIERRÉ-CAPS, *Ibid.* p. 378.

¹⁵⁰⁵ « Plusieurs choses gouvernent les hommes : le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières ; d'où il se forme un esprit général qui en résulte. À mesure que, dans chaque nation, une de ces causes agit avec plus de force, les autres lui cèdent d'autant. La nature et le climat dominant presque seuls sur les sauvages ; les manières gouvernent les Chinois ; les lois tyrannisent le Japon ; les mœurs donnaient autrefois le ton dans Lacédémone; les maximes du gouvernement et les mœurs anciennes le donnaient dans Rome. », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Troisième partie, Livre XIX, chap. IV, *op. cit.* p. 204.

¹⁵⁰⁶ v. Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 et la décision n°92-313 DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne. v. également L. PHILIP, et L. FAVOREU, « Loi référendaire » in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 126 ou S. PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*, p. 376.

comme dans l'autre, l'invocation de l'esprit sert de fondement au raisonnement du juge, elle est déterminante et ce cas de figure se présente exceptionnellement dans la jurisprudence constitutionnelle africaine.

670. Les juges constitutionnels africains sont familiers autant de cette expression « d'esprit de la constitution » – soit dit en passant, introuvable dans la lettre des constitutions africaines – que de sa double utilisation. L'esprit constitutionnel est tout d'abord une norme de référence à elle seule. Il arrive effectivement qu'il soit invoqué sans crier gare pour contrôler la constitutionnalité d'un texte ; ce qui fut le cas dans la décision n°1/C/1998 du 24 février 1998 du Conseil Sénégal. Dans celle-ci, les juges sénégalais prononcèrent l'irrecevabilité d'un amendement à la loi organique relative au parlement au motif que celui-ci n'était pas accompagné d'une proposition de recettes équivalentes ; l'objet de l'amendement étant une augmentation du nombre des parlementaires. Alors même que les requérants n'avaient jamais contesté la conformité dudit amendement à « l'esprit » de la Constitution et que l'application des dispositions de celle-ci permettait aisément de le censurer, le Conseil décida que l'article 71 al. 2 de la Constitution – relatif à la recevabilité des amendements – n'avait pas été appliqué conformément à « sa lettre et à son esprit »¹⁵⁰⁷ ; ce qui laisse sous-entendre que la Constitution sénégalaise n'aurait pas un mais plusieurs esprits correspondant à chacune de ses dispositions. Le Conseil parviendra à la même conclusion à propos d'un autre amendement dont elle prononcera l'irrecevabilité dans une décision de 2003¹⁵⁰⁸. Ensuite, l'esprit constitutionnel est un concept extrêmement fécond quand sa simple évocation ne suffit pas à censurer un texte soumis au contrôle des juges. Par exemple, il faudra attendre la décision du 12 février 2016 pour que le juge dakarois précise ce qu'il convient d'entendre par « l'esprit général de la Constitution ». Il n'est rien d'autre que la réunion des « principes et [valeurs] sur lesquels repose la Constitution »¹⁵⁰⁹, contenus dans le Préambule, et auxquels le juge a adjoint « le caractère général des règles [constitutionnelles] »¹⁵¹⁰, « la pratique [de celles-ci] »¹⁵¹¹ et « les précédents qui éclairent les

¹⁵⁰⁷ Cons. 18.

¹⁵⁰⁸ Décision n°2-C-2003 du 29 août 2003, affaire n°2-C-2003.

¹⁵⁰⁹ Décision n°1-C-2016, cons. 7. v. § 636.

¹⁵¹⁰ Cons. 28.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

pouvoirs publics sur la manière de les interpréter »¹⁵¹². Si le recours à « l'esprit constitutionnel » (re)devient¹⁵¹³ implicite dans la jurisprudence constitutionnelle africaine, il n'en devient pas pour autant stérile. C'est ainsi que le professeur Médé a pu déduire « l'esprit du texte »¹⁵¹⁴ béninois à partir du principe constitutionnel du consensus national dégagé dans la jurisprudence béninoise. Ce consensus rendit véritablement compte d'un « recours à l'esprit de la Constitution »¹⁵¹⁵ et on pourrait bien évidemment y adjoindre « le mandat présidentiel de cinq ans et son unique renouvellement ; la limite d'âge pour être candidat à la présidentielle ; la forme présidentielle du régime »¹⁵¹⁶ posés dans une décision ultérieure. Est-ce à dire que les juridictions constitutionnelles africaines aient recours depuis plus longtemps que 1998 à l'esprit de la Constitution ? S'il est fait une déduction analogue à celle faite par N. Médé, il faut répondre par l'affirmative. Pour l'heure, seules quelques jurisprudences¹⁵¹⁷ béninoise et sénégalaise font explicitement mention de ce concept alors

¹⁵¹² Cons. 28 et 30.

¹⁵¹³ C'est l'impression que laisse la jurisprudence constitutionnelle béninoise quand on sait qu'en 1998 la Cour se servait déjà de l'esprit des dispositions constitutionnelles dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. On se souvient de la censure du quota minimal de femmes sur les listes de candidatures au motif qu'une « telle répartition ne [répondait] ni à la lettre ni à l'esprit des dispositions constitutionnelles ». DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

¹⁵¹⁴ La Cour y fit explicitement référence dans sa décision DCC 97-033 du 10 juin 1997, *Dako Fortuné et Kakpo Damien*, cons. 9.

¹⁵¹⁵ « Pour autant, la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin n'en finirait pas de susciter l'intérêt du point de vue de la science du droit. Le consensus national émerge au rang des principes de valeur constitutionnelle. Georges Vedel soutient que tout principe constitutionnel a sa source et ses références dans le texte même de la Constitution. Si ce renvoi n'a pas été systématiquement fait par la juridiction constitutionnelle française, cela procède tout simplement " [d']une erreur (qui) s'explique mais ce n'est pas moins une erreur". Une erreur qui prend des allures d'une création normative autonome à laquelle renvoie la métaphore de Stéphane Pierré-Caps : "Tel un lit asséché d'une rivière exténuée, la Constitution se fait évanescence et [...] son interprète autorisé ne peut plus s'y mirer". Le recours à l'esprit de la Constitution devient alors une issue. L'expression "consensus national" traduit cette filiation et surtout, comme la plupart des principes de valeur constitutionnelle, elle exprime une "indétermination sémantique" et n'est pas susceptible de définition conceptuelle en droit constitutionnel. La Constitution n'en fait pas mention mais évoque dans son préambule la Conférence nationale de février 1990 et la "réconciliation nationale" qu'elle a rendue possible. », N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone, *op. cit.* p. 54.

¹⁵¹⁶ DCC 10-049 du 5 avril 2010. Reprenant une expression du doyen Favoreu, Mouhamadou Ndiaye dira que « "[l'] esprit constitutionnel" [au Bénin] s'apparente, voire s'identifie, à une supraconstitutionnalité interne ». v. M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain » in *Annuaire international de justice constitutionnelle* (Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie), *Economica*, 33-2017, 2018 p. 684.

¹⁵¹⁷ Au Bénin, on se contentera de rappeler les décisions DCC 98-061 du 05 juin 1998 et DCC 10-117 du 08 septembre 2010. Auprès du Conseil sénégalais, on retiendra les décisions n°1/C/1998 du 24 février 1998, n°2/C/2003 du 29 août 2003 et n°1/C/2016.

que la Cour gabonaise a bien retenu le terme « [d'] esprit », non pas de la Constitution, mais des « valeurs traditionnelles nationales »¹⁵¹⁸.

671. L'évocation ou l'invocation de l'esprit d'une constitution en Afrique noire francophone est un procédé qui n'obéit à aucune règle préétablie si ce n'est le fait que les juges semblent l'utiliser pour rappeler ce qu'il y a de plus consubstantiel à l'entité politique à laquelle ils appartiennent. N'y sont pas uniquement mêlées des données juridiques, mais aussi historiques et culturelles qui ensemble sont perçues comme fondamentales. Les formules utilisées par les juges béninois et sénégalais renseignent suffisamment sur ce point. En outre, invoquer l'esprit n'est pas synonyme d'un affranchissement total des textes. Si les termes de la constitution (préambule compris) ne sont pas toujours expressément repris, les normes inspirées de l'esprit constitutionnel finissent par s'y rattacher, et ce, même au moyen d'une circonstance particulière. On peut ainsi considérer que le « consensus national » ait toujours été suggéré par la « Conférence des forces vives de la Nation »¹⁵¹⁹ ou que l'interdiction de toute modification d'un mandat politique en cours découle de précédents historiques qui tendent vraisemblablement à sauvegarder « l'égal accès de tous les citoyens [...] à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux ; »¹⁵²⁰ ; ce qui ne pourrait plus être le cas si « la durée des mandats politiques en cours, régulièrement fixée au moment où ceux-ci ont été conférés pouvait [...] être réduite ou prolongée »¹⁵²¹. De plus, les éléments factuels avancés sont plus que péremptoires. Après un régime marxiste caractérisé par des violations des droits de l'homme¹⁵²², la Conférence nationale béninoise de 1990 est au Bénin ce qu'est la constituante de 1789 à la France. Évoquer cette conférence revient en quelque sorte pour la

¹⁵¹⁸ Décision n°4/CC du 19 février 1997. Ces valeurs font écho à certaines de ces « choses qui gouvernent les hommes », à l'esprit général tel que présenté plus tôt par Montesquieu.

¹⁵¹⁹ Préambule de la Constitution béninoise.

¹⁵²⁰ Préambule de la Constitution sénégalaise, alinéa 4.

¹⁵²¹ Décision sénégalaise précitée, cons. 32

¹⁵²² P. David fait un bilan de la république populaire marxiste béninoise et il déplore, entre autres, la condamnation à mort (non exécutée) d'un prêtre contestataire (Alphonse Quénum) et « les mauvais traitements et tortures infligés par les forces de l'ordre aux prisonniers politiques dans quelques camps dûment identifiés ». P. DAVID, *Le Bénin*, Karthala, 1998, pp.67-68. R. BANEGAS met également l'accent sur ces violations des droits en rappelant « que le régime "tenait" aussi, bien évidemment, grâce à un important appareil de répression et de contrôle social qui empêchait toute expression dissidente : [...] omniprésence de l'armée (terreur et racket), des services de renseignement (tortures)... », R. BANEGAS, « Action collective et transition politique en Afrique. La conférence nationale du Bénin » in *Cultures & Conflits* [en ligne], n°17, 1995, p. 3. v. également, du même auteur, *La démocratie à pas de caméléon. Transitions et imaginaires politiques au Bénin*, Karthala, 2003, spec. pp. 71-75.

Cour à mettre un terme à toute contestation quant à la découverte de principes non écrits. Enfin, les juges africains n'usent jamais de formules insinuant qu'ils auraient « épuisé » l'esprit constitutionnel ou qu'il puisse l'être. D'une part, cela est fait à dessein. Effectivement, lorsque le Conseil sénégalais énonce ce qu'il faut entendre par « esprit général » il ne se contente pas du seul préambule¹⁵²³ pour contrôler le projet de loi de révision. Il va jusqu'à rappeler des précédents qui participent de cet esprit général, donnant ainsi l'impression qu'il pourrait mobiliser plus d'éléments à l'avenir qui feraient tout autant partie du même esprit. D'autre part, il ne peut en être autrement. Le juge ne peut expliciter exhaustivement les normes ou les principes non écrits tirés de l'esprit. Cela reviendrait pour lui à se lier pour l'avenir. Or, c'est au regard des affaires dont il est saisi que le juge se doit d'aller au-delà de la lettre ou non et, en Afrique noire francophone, il faut souligner que l'invocation de l'esprit constitutionnel est particulièrement retentissante dans des espèces relatives à la révision constitutionnelle. Ce qui n'est pas étonnant car la modification de la lettre pose inéluctablement la question de la conformité de celle-ci à l'esprit de la constitution qui, lui, demeure par principe inchangé.

B. LA CRÉATION *EX NIHILO* DES NORMES

672. Les développements sur l'esprit de la constitution par les juges constitutionnels africains pourraient bien évidemment trouver leur place dans la présente subdivision. Mais les cours constitutionnelles africaines créent du droit sans pour autant se référer à ce qu'elles appellent « l'esprit » de la constitution ou à des dispositions constitutionnelles. En effet, les formules utilisées par les juges sont une fois de plus d'une grande utilité car elles permettent de distinguer les normes sans texte(s) et celles qui relèvent de l'esprit. Sont ainsi des normes sans texte(s), des principes, des règles et certains objectifs de valeur constitutionnelle découverts par le juge et qui ne bénéficient d'aucune assise textuelle explicite. Mais cette présentation serait incomplète si on laissait de côté les cas où une disposition constitutionnelle est appliquée à une situation qu'elle n'avait pas vocation à régir ; il y a là aussi création *ex nihilo* des normes.

¹⁵²³ V. § 636.

673. Relèvent alors de ce phénomène de création normative, par exemple, la saisine¹⁵²⁴ pour avis de la juridiction constitutionnelle ivoirienne par le Chef de l'État sous la Constitution de 1960, « les principes de la Conférence nationale béninoise » si l'on estime qu'ils ne relèvent de l'esprit de la Constitution béninoise, « la transparence dans la gestion des élections »¹⁵²⁵, la « procédure minimale devant garantir l'indépendance des magistrats du siège¹⁵²⁶ », le « pluralisme des courants socioculturels » ou « l'applicabilité d'un texte de loi ou d'une disposition légale ou réglementaire »¹⁵²⁷, le parallélisme¹⁵²⁸ des formes en tant que principe à valeur constitutionnelle, la conservation¹⁵²⁹ à titre individuel des mandats des élus d'un parti dissous, l'extension¹⁵³⁰ de la procédure de révision constitutionnelle au changement de constitution, ou encore « l'indisponibilité temporaire »¹⁵³¹ du Chef de l'État...

674. La création de ces normes ne semble obéir *a priori* à aucune règle ou méthode particulière. Cela dit, il faut s'en assurer, et à ce propos il est tout à fait naturel de se demander si des éléments communs peuvent être trouvés à l'ensemble de ses principes. S'agissant de la nature du contentieux, il apparaît que la majorité des précédents précités s'inscrivent dans le contentieux des institutions en Afrique noire francophone. C'est une première information à relever, mais moins importante que la suivante. Les normes sans textes en Afrique noire francophone traduisent toujours les fondements philosophiques, politiques et juridiques d'une matière ou d'un mécanisme institué par le constituant. Toutefois, nous n'oserons ni porter un jugement de valeur sur ces logiques que les normes produites entendent perpétuer (ou traduire), ni les assimiler à des « motifs supérieurs

¹⁵²⁴ Avis n°A/002/95 du 20 octobre 1995.

¹⁵²⁵ v. DCC 34-94 du 23 décembre 1994 et DCC 00-78 du 7 décembre 2000. Dans sa décision de 1994, la Cour béninoise ne désigne pas explicitement la transparence comme étant un principe à valeur constitutionnelle. Ce n'est que dans sa décision de 2000 que les juges parviennent à cette solution en rappelant la décision de 1994. La transparence a été intégré au bloc de constitutionnalité sans aucune justification si l'on s'en tient à la seule décision 00-78.

¹⁵²⁶ Décision DCC 97-033 du 10 juin 1997, *Dako Fortuné et Kakpo Damien, cons. 9*. Dans cette décision, la Cour ne tire pas la procédure minimale de l'esprit mais plutôt énonce que celle-ci est en conformité avec ce dernier. La procédure minimale n'est donc pas tirée de l'esprit de la Constitution de 1990.

¹⁵²⁷ Décision n°019/93/CC du 2 novembre 1993.

¹⁵²⁸ DCC 05-017 du 3 mars 2005.

¹⁵²⁹ Avis n°3/CC du 28 février 2011, Cour constitutionnelle du Gabon (CCG).

¹⁵³⁰ Arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009 de la Cour constitutionnelle du Niger (CCN).

¹⁵³¹ Décision n°219/CC¹⁵³¹ du 14 novembre 2018 (CCG).

d'équité »¹⁵³² ou à « la nature des choses »¹⁵³³. Nous nous limiterons à évoquer le fait que ce travail de concrétisation soit un trait caractéristique dans la création des normes sans textes en Afrique.

675. Les juges innovent dans la forme en créant de nouvelles normes, mais jamais dans le fond, c'est-à-dire en remettant en cause ou en atténuant les logiques implicites qui prévalent dans un domaine. Les normes apparaissent dès lors moins créées que révélées. La jurisprudence gabonaise sur l'indisponibilité temporaire et la décision ivoirienne sur l'autorité habilitée à saisir le Conseil ivoirien semblent le corroborer. Dans un cas comme dans l'autre, la juridiction constitutionnelle n'atténua ni ne tempéra la nature présidentiale du régime politique africain. Autre illustration, la procédure minimale de consultation d'un magistrat du siège sur son éventuelle mutation découle du statut du magistrat tel qu'il est affirmé dans la constitution, et ce, malgré l'inféodation¹⁵³⁴ du pouvoir judiciaire au pouvoir politique en Afrique. Les formules choisies par les constituants africains, « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »¹⁵³⁵, ne se font-elles pas fort d'obtenir un pouvoir judiciaire véritablement indépendant ? Tout comme les missions dont est investi le chef de l'État africain en font l'institution la plus éminente. Les cours ne font finalement que déduire des normes en suivant des lignes directrices latentes. On retrouve la même idée dans l'arrêt n° 04/CC/ME. Le fait d'imposer de suivre la procédure de révision autant pour modifier la constitution en vigueur que pour en adopter une nouvelle découle d'une certaine conception des procédures

¹⁵³² « [Les principes généraux du droit] sont une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée, pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens », allocution de T. BOUFFANDEAU cité par M. LETOURNEUR, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État » in *E.D.C.E.*, 1951, p. 19.

¹⁵³³ Dans sa thèse, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, B. JEANNEAU fait de la référence à « l'essence d'une institution ou [...] la nature des choses » l'un des quatre processus par lesquels le juge administratif français parvient à élaborer des principes généraux du droit. v. B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954 citée par M.-K. CANTERINI, *Les méthodes d'élaboration des normes non écrites : étude comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, Thèse soutenue à Paris, 1998, pp. 30-33.

¹⁵³⁴ Les propos du professeur A. B. FALL sont toujours d'actualité : « [la] politisation de la justice est plus insidieuse et s'organise de façon beaucoup plus subtile, car elle devient alors protéiforme ce qui a pour effet de renforcer son caractère néfaste. Ainsi, elle apparaît soit à travers la crainte éprouvée par certains magistrats, de se voir infliger des sanctions de toutes natures, soit à travers l'intime et indéfectible conviction d'autres magistrats, selon laquelle les décisions de justice ne devraient pas entraver des décisions administratives ou gouvernementales ». A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » in *Afrilex*, n°3, 2003, p.e. 13.

¹⁵³⁵ Formule reprise par les constitutions béninoise, gabonaise, nigérienne et sénégalaise en vigueur.

ou mécanismes touchant au texte même de la constitution. Autrement dit, pour le juge nigérien, si le constituant a entendu spécialiser la procédure de révision de la constitution, il ne devrait pas en être autrement quand bien même il ne serait plus question d'une révision mais d'un changement de constitution. L'histoire de la République nigérienne vient au soutien d'une telle vision des choses dans la mesure où cinq constitutions (1960, 1989, 1992, 1996 et 1999) se sont succédé à une vitesse étonnante sur près d'une quarantaine d'années seulement. On est là face à une instabilité constitutionnelle que ne pouvait ignorer le constituant de la Vème République, et à laquelle la Cour se devait de mettre un terme, quitte à uniformiser les procédures de révision et de changement de constitution.

§2. LES PROCÉDÉS REPOSANT SUR LES TEXTES OU LA MOBILISATION PROTÉIFORME DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

676. Ces procédés sont tous axés sur une habile combinaison des textes juridiques. Les normes auxquelles parviennent les juges ont presque toujours la constitution comme dénominateur commun (A) et ce n'est qu'exceptionnellement que les cours ont exclusivement recours à d'autres textes du bloc de constitutionnalité (B).

A. L'INTERPRÉTATION COMBINÉE DE LA CONSTITUTION : UN PROCÉDÉ PRIVILÉGIÉ

677. Alors même que la fonction constituante des cours africaines a pour principal objectif de suppléer les lacunes du texte constitutionnel, ce dernier demeure très sollicité par les juges. Malgré ses insuffisances, la constitution africaine est utile aux juges co-constituants et cela n'est en rien paradoxal. Pour les Hautes juridictions africaines, créer du droit n'implique pas une rupture avec la lettre constitutionnelle, et ce, d'autant plus qu'aucune jurisprudence constitutionnelle ne semble envisager explicitement cette option. Il serait d'ailleurs illusoire de rechercher au-delà de l'Afrique noire francophone une juridiction constitutionnelle de droit écrit qui statuerait constamment sur la base d'une règle qu'elle aurait élaborée sans jamais rattacher celle-ci d'une manière ou d'une autre à la constitution. Ceci pour dire qu'en dépit de ses carences, en Afrique comme ailleurs, le texte fondamental

continue d'inspirer les juges dans l'élaboration de normes jurisprudentielles. Cette inspiration se matérialise par un rattachement au texte. Les cours et conseils africains ne font pas l'économie d'une assise textuelle pour légitimer leur production normative. Les dispositions constitutionnelles, comme on peut s'y attendre, servent d'ancrage aux normes créées ou découvertes. À titre d'exemple, nous évoquerons l'arrêt n°06/CC/MC¹⁵³⁶ dans lequel la Cour nigérienne rappelle les fondements de son rôle de régulation que sont les articles 120 al.1^{er} et 126 de la Constitution alors même que – nous l'avons déjà souligné – la constitution nigérienne ne le mentionne pas expressément.

678. L'assise textuelle du produit de la fonction constituante s'opère selon trois modalités ; la première étant l'invocation combinée des seules dispositions constitutionnelles qui établit manifestement une filiation entre celles-ci et la règle du juge. Cette méthode de rattachement est de loin la moins originale, à la lecture des jurisprudences constitutionnelles africaine ou étrangère, mais la plus utilisée. Le juge extrait de plusieurs dispositions constitutionnelles, une norme qu'il appliquera dans le cadre de l'affaire dont il est saisi. Tout est fait en effet pour donner l'impression que le juge n'a en réalité rien inventé ou que le constituant avait prévu ladite norme sans pour autant l'écrire. Elle était jusqu'à la décision du juge un non-dit. C'est ainsi que dans la décision précitée la Cour nigérienne s'est contentée d'un simple « considérant que ces deux articles confèrent à la Cour constitutionnelle un rôle de régulation [...] » ou que le Conseil ivoirien, dans son avis de 2003, a rappelé et rapproché les « fonctions fondamentales [du Président de la République et du Conseil constitutionnel] » prévues par les anciens articles 34 et 88 de la Constitution pour décider que « l'exercice de ces fonctions implique pour le Président de la République le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution et susceptible de mieux l'éclairer, [...] »¹⁵³⁷. La procédure minimale¹⁵³⁸ de nomination d'un magistrat du siège au Bénin découle elle aussi d'un rapprochement des articles 125 (relatif à l'indépendance de la justice) et 126 (consacrant l'inamovibilité des magistrats du siège) du texte de 1990. Mais le rapprochement qu'opèrent les juridictions africaines n'intéresse pas

¹⁵³⁶ Cour constitutionnelle du Niger, arrêt n°6/CC/MC du 15 mai 2014.

¹⁵³⁷ Avis n°003 du 17 décembre 2003, v. § 208.

¹⁵³⁸ DCC 97-033 du 10 juin 1997 et DCC 98-061 du 05 juin 1998.

seulement les dispositions constitutionnelles *stricto sensu*. Effectivement, des dispositions de la constitution et celles de textes contenus dans le bloc de constitutionnalité sont également mobilisées et associées pour créer du droit. Ce fut le cas dans la décision DCC 18-001¹⁵³⁹ rendue par la Cour béninoise dans laquelle la haute juridiction censura le retrait du droit de grève à certains fonctionnaires en se fondant autant sur la constitution (article 31 relatif au droit de grève) que sur des dispositions conventionnelles notamment les articles 11¹⁵⁴⁰ de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et 8¹⁵⁴¹ alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans le même sens, la Cour nigérienne¹⁵⁴² convoqua « les conventions internationales du travail, [...] la constitution, les lois et règlements » pour déclarer qu'un préavis de grève reposant sur un motif politique, à savoir la réhabilitation de la commission électorale, était infondé. On évoquera, pour finir, la combinaison de la constitution et des textes infraconstitutionnels. Il s'agit principalement des textes émanant du législateur. Dans sa décision¹⁵⁴³ relative à la vacance de la présidence du Sénat, la haute juridiction gabonaise compléta le règlement intérieur de ladite chambre, texte à valeur constitutionnelle, en croisant les dispositions de celui-ci et celles de la constitution. Fait plus marquant, c'est en combinant autant les dispositions de la Constitution que celles de la loi organique sur la Cour suprême que la chambre constitutionnelle nigérienne affirma en 1995 sa compétence pour « interpréter et [...] apprécier toutes les dispositions de la Constitution [...] quand bien même cette compétence n'est pas mentionnée de manière expresse »¹⁵⁴⁴ tout comme le Conseil¹⁵⁴⁵ sénégalais, sans se limiter à la seule Constitution, jugea qu'autant cette dernière que « la loi organique » ne l'autorisaient pas à statuer sur une révision constitutionnelle ; insinuant ainsi au passage que le législateur organique pourrait l'habiliter à opérer ce contrôle.

¹⁵³⁹ DCC 18-001 du 18 janvier 2018.

¹⁵⁴⁰ « Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes. ».

¹⁵⁴¹ « Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique. ». La Cour précisa que ledit Pacte fait partie du bloc de constitutionnalité.

¹⁵⁴² Arrêt n°96-06/Ch. Cons. du 16 juillet 1996.

¹⁵⁴³ DC n°13/CC du 13 avril 2006.

¹⁵⁴⁴ Arrêt n°95-06/CH. Cons. du 5 septembre 1995.

¹⁵⁴⁵ Affaire n°2/C/2009 du 18 juin 2009.

B. LA COMBINAISON DES AUTRES TEXTES DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

679. Les normes jurisprudentielles élaborées par les cours et conseils reposent également sur les autres composantes du bloc de constitutionnalité. Bien que la constitution soit le texte ou l'instrument principalement utilisé avec le concours d'autres textes, l'utilisation de ces derniers peut être exclusive dans la création du droit. Il ne fait aucun doute que ce cas de figure constitue l'exception car les juges ont rarement fait exclusivement appel à ces autres composantes. Une seule et unique jurisprudence à ce jour et à l'échelle des juridictions considérées permet d'analyser la naissance de normes jurisprudentielles à partir des déclarations libérales, des conventions internationales ou des textes de droit interne élevés au rang constitutionnel.

680. Ce recours rarissime aux autres instruments du bloc est assez frappant et contraste avec le contenu des requêtes adressées aux Hautes juridictions africains. Les requérants font en effet très souvent état de violations des autres textes du bloc de constitutionnalité et les juges constitutionnels n'hésitent pas à contrôler la conformité des lois, voire des règlements à l'égard desdits textes. Mais dès lors qu'il s'agit de créer de nouvelles normes, il apparaît que les cours s'interdisent de prendre essentiellement appui sur les déclarations et conventions internationales ayant valeur constitutionnelle. Cette situation est sans aucun doute due à la nature de ces actes. Effectivement, les autres instruments de référence mobilisés par le juge constitutionnel africain sont des textes d'origine étrangère. L'État africain n'a fait qu'y adhérer ou les ratifier selon qu'il s'agisse d'un texte tel que la DUDH ou d'un traité à l'instar de la Convention internationale des droits de l'enfant. Le juge africain s'interdirait donc d'avoir une lecture « personnelle » d'instruments élaborés et surtout mobilisés sous d'autres cieux. Si l'on s'en tient à cette explication, la démarche des cours et conseils africains serait on ne peut plus prudente. Dans le seul contexte africain, par exemple, la présence d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples invite à manier avec précaution la Charte africaine de 1981. L'argumentaire ci-dessus développé s'entend, mais il faut tenir compte de la spécificité de chaque instrument et de l'existence ou non d'un organe censé en délivrer une interprétation officielle. En d'autres termes, si la prudence des juges africains

est la bienvenue quand il s'agit de la Charte¹⁵⁴⁶ africaine des droits de l'homme ou des peuples, il en va autrement quand il est question de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Pourquoi cette dernière n'a-t-elle pas été « féconde » sous la plume des juges africains alors qu'elle l'est sous celle du juge français ? N'est-ce pas sur son article 2 garantissant « la liberté » que le Conseil constitutionnel français a assis le droit à la vie privée ? Qu'en est-il d'ailleurs des textes de droit interne constitutionnalisés tels que la Charte nationale des libertés au Gabon ? Depuis sa constitutionnalisation par la Cour en 1992, elle fait essentiellement office d'instrument de contrôle. Aucune norme n'a été « découverte » sur son seul fondement et ce ne sont pas les occasions qui ont manqué. Il en est de même pour les règlements des chambres ou les lois organiques qui, rappelons-le, ont une valeur constitutionnelle au Gabon.

681. À la lecture de ce qui précède, il serait plus judicieux d'adjoindre à la supposée prudence des juridictions constitutionnelles africaines leur attachement à la Constitution, faisant par conséquent des autres composantes du bloc des sources secondaires dans la création du droit. Elles servent à contrôler, à argumenter mais certainement pas à élaborer des normes non écrites. Une décision fait aujourd'hui figure d'exception. Il s'agit de l'arrêt n°004/CC/MC1547 rendue par la Cour nigérienne. En l'espèce, des députés avaient saisi la Cour de plusieurs moyens quant à l'application de la Constitution dans l'élection du bureau de l'Assemblée. Pour les requérants, le poste du bureau revenant à un groupe parlementaire devait être attribué à un député élu par ledit groupe et non désigné. Accueillant l'argument des requérants, les juges nigériens posèrent le principe de l'élection des membres du bureau de l'Assemblée nationale sur le seul fondement du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1996. La Cour tira de cet instrument international « le principe de la liberté de candidature ». Il est vrai qu'en écartant la Constitution qui, soit dit en passant était muette sur le point de droit dont était saisie la

¹⁵⁴⁶ L'article 3 du protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dispose en effet que : « La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés ».

¹⁵⁴⁷ Arrêt n°004/CC/MC du 02 mai 2014.

Cour, la lecture de cette décision ne peut se faire sans relever le rôle joué par le règlement de la chambre dans le raisonnement¹⁵⁴⁸ des juges. Mais, et nous avons pu le préciser antérieurement, le règlement de l'unique chambre parlementaire nigérienne ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité contrairement aux textes internationaux ratifiés et énoncés dans le préambule de la Constitution nigérienne. Le principe de la liberté de candidature est bel et bien une norme non écrite élaborée à partir d'un instrument international. On peut néanmoins regretter que la Cour ne fasse explicitement référence qu'au Pacte de 1966 parmi tous les instruments relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le Niger. Plus regrettable est le fait la Cour n'accorde qu'un considérant au Pacte de 1996 alors qu'il constitue sa principale source d'inspiration. En effet, le surabondant examen du règlement intérieur de la chambre auquel procède la Cour permet de voir que la liberté de candidature y est implicite. Tel que la Cour le formule, le droit pour tout un chacun d'être élu est tiré de 25¹⁵⁴⁹ du Pacte. D'aucuns diront alors que la Cour ne créa pas de nouvelle norme, mais qu'elle s'est plutôt contentée de rappeler un principe déjà contenu dans le bloc de constitutionnalité, et dans ce cas il faudrait revenir à notre conclusion de départ, à savoir que les juridictions africaines ne créent jamais du droit sans s'appuyer sur la constitution. Mais il faut tenir compte de l'imprécision du règlement intérieur en cause. En effet, ledit texte pouvait légitimement laisser croire à une procédure de désignation des membres d'un

¹⁵⁴⁸ « Considérant que s'agissant des renouvellements et des remplacements des membres du Bureau, l'article 15 paragraphe 6 du règlement intérieur renvoie à l'application des dispositions des articles 13 et 14 du règlement intérieur sus-rapportées ;

Considérant que le règlement intérieur ne précise pas les modalités internes de désignation par le groupe parlementaire des candidats au poste qui lui revient ; que l'article 13 alinéa 2 du règlement prévoit néanmoins qu'il appartient au président du groupe parlementaire de déposer les candidatures auprès du Président de l'Assemblée nationale ;

Considérant cependant que l'article 14 paragraphe 4 du règlement intérieur précise qu'au troisième tour du scrutin, la majorité relative suffit, et qu'en cas d'égalité persistante des voix, après un quatrième tour, le plus âgé des candidats est élu ; que ces deux cas de figure supposent qu'il y ait un choix des électeurs parmi plusieurs candidats du même groupe parlementaire ; », *cons.* 16 à 19.

¹⁵⁴⁹ « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;

b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;

c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. », nous soulignons.

groupe parlementaire appelés à composer le bureau de l'assemblée. En disposant que « les présidents des groupes parlementaires ou les candidats eux-mêmes s'ils sont non inscrits se réunissent en vue d'établir, dans l'ordre de présentation qu'ils déterminent, la liste des candidats aux diverses fonctions du Bureau »¹⁵⁵⁰, cette disposition – déclarée conforme à la Constitution – semble conférer aux présidents des groupes un pouvoir de désignation des candidats. Il n'est pas revenu à la Cour de rappeler simplement un principe (l'élection plutôt que la désignation *intuitu personae*), elle l'a engendré dans le cadre de la formation du bureau de l'Assemblée. Un principe qui est encore aujourd'hui respecté¹⁵⁵¹ comme l'est l'ensemble des normes produites par les juridictions constitutionnelles africaines.

SECTION 3. L'AUTORITÉ PRÉSERVÉE DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUANTE AFRICAINE

682. L'idée d'une fonction constituante respectueuse de la constitution suscite inévitablement la question de sa réception par les pouvoirs constituant et constitués. Si les textes africains revêtent les décisions d'une certaine autorité (§1), ils ne disent rien des situations où le contenu de ces actes a une portée constituante. L'intensité de l'autorité de la jurisprudence constitutionnelle est-elle la même pour les pouvoirs publics ou les personnes lorsque le juge a visiblement fait plus que trancher? S'intensifie-t-elle ou, bien contraire, s'amenuise-t-elle? Autrement dit, les pouvoirs publics sont-ils libérés de leur devoir d'obéissance? la réponse à cette question se trouve indubitablement au terme d'un examen de *l'autorité de la chose jugée*, et de *chose interprétée*¹⁵⁵², des jurisprudences constituantes. En

¹⁵⁵⁰ Article 13 al. 1^{er} du règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Niger (version en vigueur au moment de la décision de la Cour).

¹⁵⁵¹ L'article 13 s'est enrichi d'un troisième alinéa qui dispose : « Les groupes parlementaires organisent en leur sein des primaires en vue de déterminer les candidatures aux différents postes du Bureau. À défaut de consensus, des élections sont organisées au sein des groupes. Dans tous les cas, seuls les candidats retenus par les groupes sont présentés au vote de la plénière. »

¹⁵⁵² À ce propos, la thèse de M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, mérite à bien des égards d'être cité comme un ouvrage de référence sur la chose interprétée. Les premiers

d'autres termes, il s'agira de s'intéresser à la réception, par les autres organes de l'État et les acteurs politiques, des jurisprudences mettant en exergue le pouvoir créateur du juge constitutionnel africain (§2).

§1. L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES JURISPRUDENCES CONSTITUANTES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

683. Une présentation des dispositions constitutionnelles relatives à l'autorité des décisions constitutionnelles s'impose avant toute chose (A). Ce n'est qu'après cela qu'il conviendra d'aborder le point de savoir si cette autorité, quand il s'agit de la jurisprudence constituante, est sauve (B).

A. L'AUTORITÉ DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE AFRICAINE SELON LES TEXTES.

684. La question de l'autorité des décisions des juridictions africaines est tranchée par leurs textes fondamentaux, lesquels retiennent des formulations quasi identiques et parfois explicitées par les juges eux-mêmes¹⁵⁵³. Nous nous limiterons à citer par exemple l'article 138 de la Constitution ivoirienne, disposition plus récente, qui prévoit que

moments de cette thèse dressent un rappel historique pertinent et synthétique sur la naissance et l'évolution de cette notion auprès des juridictions européennes (Cour de justice de l'Union européenne puis Cour européenne des droits de l'homme) principalement au travers du mécanisme des questions préjudicielles dans le cadre communautaire. L'autorité de chose jugée et de chose interprétée y sont bien étendues distinguées. Revêtues toutes les deux d'un effet *erga omnes*, la singularité de la chose interprétée repose sur l'interprétation qu'une juridiction a entendu délivrer à propos d'un acte dont elle est l'unique interprète, invitant ainsi d'autres juridictions à en tenir compte. Sans toujours s'inscrire dans un rapport d'autorité entre les juridictions comme cela est le cas entre la CJUE et le juge national ordinaire en matière d'interprétation des traités, la chose interprétée peut également s'inscrire dans un simple rapport d'influence en l'absence d'une hiérarchie. On songe bien évidemment à l'intégration de la jurisprudence européenne dans les décisions du Conseil constitutionnel que M. Disant rappelle également (v. pp. 22-28). Pour finir, la chose interprétée d'une décision intéresse moins l'ensemble des tiers que les autres juridictions si l'on s'inscrit dans un cadre étatique. Elle questionne la réception par les autres juridictions des interprétations d'un acte délivré par un premier juge; une question qui, en l'absence d'un mécanisme juridique dédié, trouve sa réponse dans un rapport informel d'influence de la jurisprudence d'une juridiction sur celle d'une autre.

¹⁵⁵³ « Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 92 alinéa 2 de la Constitution [...] que cette disposition exclut tout recours contre les décisions du Conseil constitutionnel notamment en matière électorale

« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toute autorité administrative, juridictionnelle, militaire et à toute personne physique ou morale. ».

685. Partout, l'autorité de la chose jugée des décisions est absolue et la Cour nigérienne a le mérite de l'avoir clarifiée – si besoin était – en disposant « qu'elle impose [...] d'une part, l'obligation d'exécuter l'arrêt et, d'autre part, l'obligation de ne rien faire qui soit en contradiction avec celui-ci »¹⁵⁵⁴. La reconnaissance et le respect d'une décision juridictionnelle, le cas échéant son application, par tous est une obligation.

686. On notera cependant que cette autorité ne dépasse le cadre des destinataires traditionnels que sont les organes étatiques qu'en Côte d'Ivoire et au Gabon. Ici, il est fait référence en sus aux personnes privées.

« Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et à toutes les personnes physiques et morales. »¹⁵⁵⁵.

687. Le choix des destinataires n'est pas hasardeux ou le fruit d'un mimétisme constitutionnel. Il apparaît effectivement que l'histoire politique de chaque État est déterminante. Là où des coups d'État fomentés dans les casernes n'ont jamais eu lieu ou été couronnés de succès, les décisions constitutionnelles ne « s'imposent » pas à l'autorité militaire. C'est le cas au Gabon et au Sénégal. Les choses sont très différentes au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Niger. Théâtres de changements inconstitutionnels de régimes, violant ainsi les décisions du juge constitutionnel par lesquelles étaient établies des situations constitutionnelles, à l'instar du mandat du chef de l'État élu, les constitutions de ces États vont jusqu'à citer « les autorités militaires ».

« Les décisions de la Cour constitutionnelle se sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. »¹⁵⁵⁶

tant devant le Conseil lui-même que devant toute autre juridiction [...] », C.C (sénégalais), 98/27 du 27 janvier 2007.

¹⁵⁵⁴ Arrêt n°006/CC/ MC du 15 mai 2014, cons. 17.

¹⁵⁵⁵ Article 92 de la Constitution gabonaise.

¹⁵⁵⁶ Article 138 de la Constitution ivoirienne de 2016.

« [Les arrêts] lient les pouvoirs publics et toutes les autorités administratives, civiles, militaires et juridictionnelles. »¹⁵⁵⁷

688. S'agissant des mécanismes juridiques censés assurer le respect de l'autorité qui s'attache aux décisions, les constitutions africaines misent sur la collaboration des destinataires. En effet, seul le texte nigérien se singularise en ce qu'il sanctionne « tout jet de discrédit sur les arrêts de la Cour »¹⁵⁵⁸. Il enfonce d'ailleurs le clou, car pour des raisons tenant encore à l'histoire¹⁵⁵⁹, « La Cour constitutionnelle ne peut être dissoute et aucune disposition de la présente Constitution relative à la Cour ne peut être suspendue. »¹⁵⁶⁰.

689. « L'immutabilité »¹⁵⁶¹ de la décision se veut elle aussi absolue en dehors des cas où le juge constitutionnel serait l'initiateur d'une « rectification d'erreur matérielle, d'interprétation ou de revirement jurisprudentiel. »¹⁵⁶². En s'en tenant à la lettre des constitutions africaines et des lois organiques sur les juridictions constitutionnelles, l'autorité des décisions de justice constitutionnelle ne semble souffrir d'aucune atténuation.

B. LA SOUMISSION DE PRINCIPE DES INSTITUTIONS ET ORGANES ÉTATIQUES AU POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

690. Le respect des décisions constitutionnelles semble être le principe effectivement observé par les pouvoirs publics. Les décisions qualifiées de constituantes bénéficient elles aussi de cette autorité de la chose jugée prévue par les textes constitutionnels. Les décisions créatrices du droit par les Hautes juridictions en Afrique ne font pas l'objet de contestations inhabituelles ou particulières¹⁵⁶³ par rapport aux décisions

¹⁵⁵⁷ Article 134 alinéa 1^{er}.

¹⁵⁵⁸ Article 134 alinéa 2.

¹⁵⁵⁹ La Haute juridiction fut dissoute par le président Tandja lorsqu'elle censura le décret de convocation au référendum de 2009 censé entraîner un changement de constitution.

¹⁵⁶⁰ Article 135.

¹⁵⁶¹ D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique » in *RFDC*, n°95, PUF, 2013, p. 621.

¹⁵⁶² *Ibid.*

¹⁵⁶³ Nous ne sommes pas sans savoir que certaines jurisprudences constituantes ont suscité des oppositions doctrinales irréconciliables. Sur l'activisme de la Cour béninoise, par exemple, certains auteurs parmi lesquels figure l'actuel président de la haute juridiction estiment que les précédentes mandatures « en ont trop fait ».

ordinaires. En effet, l'autorité de la chose jugée de ces dernières n'est pas toujours sauve comme l'a montré la réception par le législateur béninois de la décision DCC 05-069 du 37 juillet 2005. En l'espèce, la Cour béninoise censura une loi relative à l'élection du président de la République tout en adressant des recommandations au législateur. Mécontents, les députés s'abstinrent de suivre lesdites recommandations ; une attitude que la Cour releva dans une décision postérieure DCC 05-110 du 15 septembre 2005. Au Gabon, en 1992, on manqua de peu d'assister à un revirement de la Cour instigué par les pouvoirs politiques selon l'ancien juge D. Bounougéré¹⁵⁶⁴, en fonction au moment des faits. D'après son récit des événements, les juges constitutionnels furent convoqués « sans robes » au palais présidentiel quelques jours après la censure¹⁵⁶⁵ d'une disposition législative accordant un temps d'antenne plus important aux candidats présentés par l'ancien parti unique. Cette rencontre – sollicitée par le premier ministre de l'époque (Casimir Oyé Mba) et le président de l'Assemblée nationale (Jules-Aristide Bourdes Ogouliguende) – autour du chef de l'État avait pour objectif d'infléchir la position de la Cour. Mais le président de la République après avoir pris connaissance de l'objet de discorde (entre la Cour, la primature et le perchoir de la chambre basse) rappela l'autorité de la chose jugée des décisions constitutionnelles et invita le président de l'Assemblée à convoquer une session extraordinaire pour corriger¹⁵⁶⁶ la loi censurée conformément à la décision de la Cour.

691. Pour en revenir à la soumission des pouvoirs publics à la jurisprudence constituante, il faut dire que ces derniers s'attachent à l'autorité de l'acte juridictionnel et non à son contenu. La révision de la Constitution béninoise offre une parfaite illustration de cette identité entre l'autorité des décisions ordinaires et celle des jurisprudences créatrices de droit. Le fait qu'aucune révision n'a pu être couronnée de succès jusqu'en 2019 en raison d'un principe jurisprudentiel créé en 2006 – lequel rigidifiait¹⁵⁶⁷ un peu plus la constitution

¹⁵⁶⁴ D. Bounougéré a été membre de la Cour constitutionnelle (1993-2012). Il nous a été donné de le rencontrer à Libreville (Gabon) dans le cadre de nos recherches.

¹⁵⁶⁵ Il s'agit certainement de la décision n°16/92/CC du 14 octobre *relative à la loi organique n°13/92 portant code électoral*.

¹⁵⁶⁶ v. Décision n°004/CC du 2 mars 1993 Lois n°13/92, 3/93 et 4/93 relatives respectivement au Code électoral, aux conditions d'éligibilité du Président de la République et à l'élection des députés à l'Assemblée nationale.

¹⁵⁶⁷ Le consensus national qui a prévalu lors de l'adoption de la Constitution béninoise était tout à fait exceptionnel au regard de la période antérieure. En effet, l'échec du marxisme, le régime dictatorial de M.

- démontre toute l'autorité dont jouit la jurisprudence constituante. Cette indifférenciation entre une décision de justice constitutionnelle ordinaire et une décision à portée constituante pratiquée par les autorités étatiques et les personnes privées est tout à fait conforme aux dispositions relatives à l'autorité de chose jugée. En effet, aucun constituant africain ne prévoit une modulation de l'autorité de la décision de justice constitutionnelle selon son contenu ou la matière concernée. Cette catégorie d'actes juridictionnels est pleinement revêtue de l'autorité de chose jugée. Se pose alors la question de la réception des avis rendus par les cours africaines, mais il nous a été donné d'y apporter une réponse¹⁵⁶⁸. Les avis juridictionnels, rendus sur des demandes en interprétation, bénéficient d'une autorité de chose interprétée plus persuasive¹⁵⁶⁹ que juridique à l'égard des pouvoirs publics, des autorités administratives et juridictionnelles. C'est ainsi que le Conseil ivoirien a autorisé le Chef de l'État à le consulter en complétant l'ancien article 23¹⁵⁷⁰ de la Constitution ivoirienne de 1960. S'il avait été donné au Président de la République de saisir plus fréquemment le Conseil avant l'avènement de la IIe République en 2000 et si la justice constitutionnelle ivoirienne n'en était pas à ses balbutiements, il ne fait aucun doute que l'avis de 1995 aurait servi d'unique fondement quant à la qualité pour agir du Président ; le Conseil s'est d'ailleurs assuré du respect de cette jurisprudence lorsqu'il estima plus tard qu'il ne pouvait être saisi d'une demande d'avis¹⁵⁷¹ émanant d'un membre du gouvernement. En vérité, l'interprétation émise par une juridiction constitutionnelle dans sa fonction consultative ne diffère pas d'un *obiter dictum* ou d'une interprétation délivrée dans une décision constitutionnelle au sens strict, « [l'autorité de chose interprétée est] à la fois plus

Kerekou et la volonté d'une réelle démocratisation du régime ont naturellement fait naître un consensus spécifique, contextualisé. Or, « la "sagesse" des membres du Parlement préoccupés de faire réaliser des économies au pays par le couplage des élections n'était partagée ni par les autres organes constitués en l'occurrence le Chef de l'État et certains membres du Parlement, ni par de nombreuses associations et organisations de la société civile » au moment où la Cour se prononce sur la révision constitutionnelle de 2006 *v.* en ce sens, B. D. COULIBALY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision n°DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) » *in RDP*, n°5, 2009, p.e. 1 et s.

¹⁵⁶⁸ *v.* § 99 et s.

¹⁵⁶⁹ *v.* § 109.

¹⁵⁷⁰ Cette disposition ne précisait pas l'autorité habilitée à saisir le Conseil d'une demande d'avis à propos des projets de lois, d'ordonnances et de décrets. La jurisprudence de 1995 annonçait déjà celle de 1998, et plus précisément l'avis n°CI-1998-A-009/98 du 04 septembre 1998, dans lequel le Conseil estima qu'il ne pouvait être saisi d'une demande d'avis émanant d'un membre du gouvernement.

¹⁵⁷¹ Avis N°CI-1998-A-009/98 du 04 septembre 1998.

forte et plus étendue »¹⁵⁷². La chose interprétée n'est pas autre chose qu'une norme dans la mesure où l'avis donné est censé être la véritable signification d'une disposition à valeur constitutionnelle ou la solution à une problématique d'ordre constitutionnel. La jurisprudence constitutionnelle africaine bénéficie de ce fait d'une autorité absolue à l'égard de ses destinataires quand le juge applique la constitution (dans le cadre d'une décision ordinaire), l'interprète sur demande ou crée du droit. Face à un avis rendu dans le cadre d'une demande en interprétation, la nature de l'acte juridictionnel ne dispense pas les destinataires d'obtempérer à l'interprétation émise. Le rôle d'interprète du juge vient au secours de l'avis quand bien même celui-ci n'est pas en principe revêtu de l'autorité de chose jugée. Autrement dit, au-delà de l'acte c'est la place ou le rôle que joue le juge à l'égard de la constitution qui va pallier l'absence d'autorité de chose jugée d'un avis en faisant émerger une autorité d'une tout autre nature : celle de la chose interprétée. Il en irait certainement autrement s'il existait une autorité concurrente en matière d'interprétation constitutionnelle. Dans cette hypothèse, les destinataires se sentiraient moins contraints par les interprétations délivrées par la juridiction constitutionnelle. Mais ce cas de figure d'une dualité d'interprètes relève aujourd'hui du passé des États africains.

692. La soumission des institutions à la jurisprudence constituante n'est pas exclusive de certains cas de désobéissance. Cette jurisprudence a effectivement été l'objet de tentatives de violation. À la lecture de ce qui précède, on songerait essentiellement à des cas de violations de la chose interprétée des avis, perçue comme le maillon faible du fait que le droit positif ne revête pas expressément ces actes d'une quelconque autorité. Mais cette présomption est erronée. En effet, l'autorité de la chose jugée a, elle aussi, été l'objet de plusieurs tentatives de transgression. Pour ce qui est d'abord de l'autorité de chose interprétée, l'avis n° 02/CC du 25 mai 2009 par lequel la Cour de Niamey avait estimé que le référendum législatif ne pouvait servir à un changement de constitution fut ignoré par le Chef de l'État, lequel décida de convoquer le corps électoral au mépris de l'interprétation délivrée par la Cour. Mais ce précédent ne remettait point en cause l'autorité de chose interprétée d'un avis puisque le Président de la République ne tint pas plus compte de l'arrêt 04/CC/ME du 12 juin 2009 qui reprenait les conclusions auxquelles étaient parvenus les

¹⁵⁷² F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel, tome II : la jurisprudence*, Economica, 2^e éd., 1998, p. 12 (nous soulignons).

juges dans leur formation consultative. De plus, il semblerait que la nature de l'acte (un avis) n'ait jamais été pointée du doigt par le chef de l'État pour justifier son obstination. À propos des décisions, nous avons encore en mémoire l'opposition de la doyenne d'âge du bureau de l'Assemblée nationale béninoise. En bloquant volontairement le processus d'élection dudit bureau, la doyenne violait la constitution par son comportement, mais également l'autorité de la chose jugée des décisions que la Cour avait précédemment rendues. S'agissant de l'autorité de chose jugée de la décision constitutive, ultime décision dans cette affaire, elle est sauve, car la doyenne finit par obtempérer sous la menace de son remplacement.

693. La contestation de l'autorité des décisions de la Cour est également plus sournoise lorsqu'elle a pour objectif d'emmener la Cour à revoir sa position. C'est notamment le cas lorsque les juridictions constitutionnelles sont saisies de demandes d'interprétation jurisprudentielle. Face à ces requêtes visant *a priori* à expliciter des décisions antérieures, les juges opposent une irrecevabilité de principe en rappelant que la constitution (ou les normes de référence) demeure l'unique objet de leur travail interprétatif. Néanmoins, il faut accueillir cette position des cours sans pour autant s'en réjouir. En effet, dans le cadre ivoirien, le juge constitutionnel a toujours été excessivement complaisant à l'endroit du chef de l'État en matière consultative¹⁵⁷³. Toutes les conditions semblent ainsi réunies pour que ladite juridiction infléchisse tôt ou tard sa position en acceptant et en rendant des avis interprétatifs de sa jurisprudence. L'examen de l'autorité de chose jugée des décisions constitutives africaines serait incomplet si la réception du contrôle de constitutionnalité des décisions de la Cour suprême béninoise n'était pas abordée. Il nous a effectivement été donné d'évoquer cette nouvelle compétence que s'est officiellement octroyée la Cour constitutionnelle béninoise depuis 2009, violant ainsi l'autorité¹⁵⁷⁴ de la chose jugée dont sont revêtus les arrêts rendus par les juges ordinaires. Face à cela, les juges ordinaires s'abstiennent d'appliquer la décision d'inconstitutionnalité du juge constitutionnel alors

¹⁵⁷³ v. § 227.

¹⁵⁷⁴ Article 131 : « La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'État en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'État. Elle est également compétente en ce qui concerne le contentieux des élections locales.

Les décisions de la Cour suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions. ».

même le droit béninois a toujours permis à la Cour suprême, sur saisine des parties et dans un délai de six (6) mois, de réviser une décision lorsque « [...] des pièces inconnues lors des débats, sont de nature à modifier la décision de la juridiction saisie, sont présentées »¹⁵⁷⁵. Une véritable « fronde judiciaire »¹⁵⁷⁶ venait ainsi pour la première fois anéantir l'obligation d'agir conformément à une décision rendue par la Cour constitutionnelle. Une fois le délai de recours dépassé, l'abstention de la Cour suprême traduisait moins une opposition qu'une incapacité à exécuter la décision d'inconstitutionnalité. Partant, la jurisprudence de 2009 par laquelle le juge béninois a censuré l'application d'un droit coutumier esclavagiste¹⁵⁷⁷ par la chambre civile de la Cour suprême n'a fait l'objet d'aucune remise en cause de la part des juges ordinaires. Cette décision existe toujours au sein du droit béninois et son inapplication n'est due qu'à une lacune procédurale derrière laquelle les juges ordinaires continuent de donner l'illusion de s'opposer à une décision constitutionnelle (constituante). Toujours au Bénin, et avec l'aval des juges cette fois-ci, il a été reconnu aux autorités publiques le droit de s'abstenir d'exécuter une décision de justice. Dans une décision antérieure DCC 01-111 du 19 décembre 2001, la Cour avait estimé qu'une « autorité publique peut se soustraire à l'exécution d'une décision de justice si des menaces graves à l'ordre public risquent de résulter de l'exécution de la décision »¹⁵⁷⁸.

694. Qu'à cela ne tienne, la contestation de l'autorité de la chose jugée et interprétée des décisions constituanes en Afrique noire francophone reste dérisoire. L'on ne pourrait même pas parler d'une contestation, car le pouvoir créateur du juge tout comme l'autorité à proprement parler des jurisprudences où il est mis en scène ne sont en général pas discutés ou remis en cause quand bien même les conclusions auxquelles parviennent les

¹⁵⁷⁵ Article 846 al.3 issu de la Loi n°2008-07 portant code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative.

¹⁵⁷⁶ D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin » in *les Annales de droit* [en ligne], n°10, 2016, p. 131, (disponible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/add/336#quotation>).

¹⁵⁷⁷ En l'espèce, la Cour constitutionnelle avait été saisie d'un arrêt rendu par la chambre civile (Arrêt n°13 CJ/CT du 24 novembre 2006) par lequel les juges déboutèrent un particulier de ses prétentions sur des terres dont il aurait hérité. Pour la chambre civile, la condition d'esclaves des ancêtres du requérant s'opposait à ce que ceux-ci eurent un droit de propriété sur lesdites terres. Or, dans une décision DCC n°06-76 du 27 juillet 2006, la Cour constitutionnelle avait estimé qu'une décision de justice ne pouvait se fonder sur le droit coutumier. La décision de 2009 était dès lors pressentie tant la contradiction entre les jurisprudences constitutionnelle et civile était patente.

¹⁵⁷⁸ DCC 01-111 du 19 décembre 2001, *Missinhoum Désiré*.

cours peuvent l'être. Il convient effectivement, comme nous l'avons fait plus tôt, de faire référence à des tentatives de transgression puisqu'aucune contestation n'a prospéré en marge des décisions et avis constitutants.

§2. LA RÉCEPTION DES NORMES CRÉÉES EN DROIT INTERNE

695. L'analyse de l'autorité de la jurisprudence constituante en Afrique serait incomplète si elle se limitait à l'observance de celle-ci par ses destinataires. Au-delà des organes constitués et des particuliers, l'autorité des décisions et avis dans lesquels le juge constitutionnel africain use de son pouvoir créateur pose la question de la réception des normes ainsi créées par le droit constitutionnel interne. On est ici loin de la simple autorité de la chose jugée ou interprétée qui intéressent, toutes les deux, les pouvoirs constitués. La question de l'autorité dont il s'agira dorénavant se pose en termes d'influence sur le pouvoir constituant. Si les cas de confirmations des normes jurisprudentielles par le constituant sont peu nombreux (B), ce que d'aucuns présentent comme des désaveux ne le sont point (A).

A. L'ABSENCE DE RÉVISIONS RÉFORMATRICES DES NORMES JURISPRUDENTIELLES

696. Les développements qui vont suivre n'ont d'intérêt que pour autant qu'ils n'intéressent que le constituant dérivé. En effet, un changement *de* constitution – même s'il n'est pas exclu qu'il puisse avoir pour objectif implicite ou indirect d'anéantir une jurisprudence constitutionnelle par exemple – peut simultanément poursuivre un ou plusieurs autres buts. La pluralité d'objectifs affichés et inavoués présidant à l'avènement d'une constitution ne permet pas d'établir avec certitude que cet avènement a été initié avec la volonté non équivoque de renverser une position jurisprudentielle précise. Il reste ainsi qu'opposer la jurisprudence constitutionnelle africaine et le pouvoir dérivé sur des points de droit ou sur l'interprétation de dispositions constitutionnelles est une confrontation plus expédiente pour identifier et, surtout, apprécier d'éventuels épisodes au cours desquels le constituant a pu formellement revenir sur le sens des décisions de justice dites constitutives. Le signal envoyé par une remise en cause par le constituant dérivé est nécessairement négatif.

Dès lors qu'il revient expressément sur une décision rendue par la juridiction constitutionnelle, il est bel et bien question d'un désaveu. Mais le recours au constituant dérivé, unique solution avancée et martelée par les juridictions africaines elles-mêmes d'ailleurs, pour surmonter « l'insusceptibilité » de recours de leurs décisions, traduit également un certain respect de la jurisprudence constitutionnelle, partant constituante, et une véritable acceptation de la fonction constituante quand celle-ci a été exercée. Effectivement, lorsqu'une révision constitutionnelle est faite pour revenir sur une décision constituante, c'est le sens de la décision ou la norme retenue par le juge qui est combattue, et non le pouvoir créateur de celui-ci. La fonction constituante sort par conséquent renforcée d'une « révision de défiance constitutionnelle »¹⁵⁷⁹ même si d'aucuns préfèrent n'y voir qu'une censure de la part du constituant. Ce dernier admet seulement une erreur de la part des juges et entend la rectifier. Mais, la situation qui vient d'être décrite jusque-là ne s'est jamais réellement présentée en Afrique noire francophone¹⁵⁸⁰.

697. Au Gabon, on a assisté à un « bris populaire »¹⁵⁸¹ selon D. E. Adouki suite à la déclaration d'inconstitutionnalité du lien de dépendance entre le mandat d'un élu et son appartenance à un parti politique. En révisant la Constitution, le constituant gabonais y a inscrit cette dépendance en prévoyant qu'un député exclu ou démissionnaire du parti ayant présenté sa candidature perde son siège à la chambre. Mais cet épisode n'a rien à voir avec une remise en cause de la jurisprudence n°15/CC du 18 août 1994. Lorsque la Cour gabonaise jugea que la fin du mandat d'un élu ne saurait découler de son exclusion d'une formation politique, elle le fit en rappelant des prérogatives¹⁵⁸² essentielles à l'exercice d'un mandat représentatif. Rappelons que la version en vigueur de la Constitution au moment où la Cour rendit cette décision était celle issue de la Conférence nationale gabonaise qui a conduit à la réintroduction du multipartisme et à l'adoption d'une Charte¹⁵⁸³ nationale des libertés dont l'article 6 alinéa 2 réaffirme « la liberté de pensée, d'opinion et de croyance [de

¹⁵⁷⁹ E. DESMONS, « Justice constitutionnelle et “bon juge” », *op. cit.* p. 60.

¹⁵⁸⁰ Il est utile de préciser ici que nous faisons allusion aux seuls États africains compris dans le cadre de notre étude.

¹⁵⁸¹ D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *op. cit.*, p. 635.

¹⁵⁸² « [...] Il apparaît en revanche, antidémocratique et singulièrement contraire à la liberté de conscience, de pensée et d'opinion d'instaurer un lien de dépendance [...] », *cons.* 9 (nous soulignons).

¹⁵⁸³ Charte nationale des libertés du 26 juillet 1990.

l'élus comme du citoyen] ». Ainsi, même si l'interdiction du mandat impératif était déjà posée dans les textes antérieurs, sa matérialisation était utopique et en particulier sous la période du parti unique. Ceci pour dire que l'indépendance totale (à l'égard des électeurs et du parti) du mandat d'un député que pose la Cour en 1994 était latente dans le texte constitutionnel en vigueur. Dans un contexte de démocratisation nationale et continentale, la Cour gabonaise avait interprété avec justesse le texte constitutionnel. Au final, lorsque le constituant gabonais constitutionnalisa ce lien de dépendance entre l'élus et son parti, il se dédit¹⁵⁸⁴, mais il ne revint certainement pas sur la décision de la Cour qui, elle, sans « aiguiller »¹⁵⁸⁵, mettait l'accent sur des garanties induites par le statut de parlementaire suite à l'adoption d'un nouveau texte qualifié de « démocratique ». En 1994, le parlementaire n'est plus « le mandaté de son parti »¹⁵⁸⁶ comme cela est le cas dans une démocratie partisane. Il semblerait d'ailleurs que l'intention du constituant gabonais n'ait jamais été de faire des élus des électrons libres ; raison pour laquelle la révision de 1995 avait plus les allures d'une correction du texte constitutionnel que d'un désaveu de la jurisprudence constitutionnelle.

698. Au Niger, on a assisté à une remise en cause indirecte. Indirecte dans la mesure où le Chef de l'État a dû recourir à des moyens inconstitutionnels pour faire adopter une nouvelle constitution. S'étant octroyé les pouvoirs exceptionnels de crise suite à la décision de la Cour, le chef de l'État procéda à la dissolution de l'Assemblée nationale et à la

¹⁵⁸⁴ v. § 317. Les contradictions au sein de la constitution ne sont pas rares en Afrique. Par exemple, lors de la constitution de la III^{ème} République nigérienne renforçait les pouvoirs du Chef de l'État alors même que ledit texte procédait d'une Conférence nationale convoquée l'autoritarisme présidentiel. La contradiction était d'autant plus flagrante que la Conférence nationale était citée dans le préambule. v. en ce sens L. K. MAHAMADOU, « La normalisation politique au Niger : le projet de nouvelle constitution » in H. ROUSSILLON, *LES nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1993, p. 159-161.

¹⁵⁸⁵ À la lecture de cette jurisprudence, il ne peut être soutenu que les juges ont indiqué la voie de la révision constitutionnelle aux pouvoirs publics. Le juge gabonais les invitait moins à réviser la constitution qu'à saisir les implications d'un régime véritablement démocratique. En d'autres termes, on est ici loin de la théorie du « juge aiguilleur » développée par L. Favoreu en 1982. v. L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *RDP*, 1982, pp. 377-420, ou « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - Les droits constitutionnels des étrangers » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 1994, pp. 105-118 ; G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme » in *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 151.

¹⁵⁸⁶ B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 2019, p. 270. Sur la liberté des élus, v. entre autres E. BURKE, « Speech to the Electors of Bristol » in *Burke's Politics: Selected Writings and Speeches of Edmund Burke on Reform, Revolution, and War*, Knopf, 1970.

suspension provisoire des compétences de la Cour constitutionnelle tout en mettant un terme aux mandats des juges. À aucun moment il n'a été question de convoquer le peuple pour venir à bout de l'arrêt du n°04/CC/ME qui interdisait d'utiliser le référendum législatif pour changer de constitution. La violation de l'autorité de l'arrêt a été une irrégularité couverte par l'approbation populaire d'une nouvelle constitution.

699. Au Bénin, il eut une véritable remise en cause d'une jurisprudence constituante, mais le pouvoir constituant n'en fut pas à l'origine. Il s'agit plus précisément d'un revirement jurisprudentiel. En ne s'opposant pas à la révision constitutionnelle de 2019, la sixième mandature de la Cour a abandonné purement et simplement la jurisprudence sur le consensus national. Dans sa décision DCC 19-504¹⁵⁸⁷, la haute juridiction ne fit allusion ni au principe du consensus national de 1990, ni aux options fondamentales¹⁵⁸⁸, que les mandatures précédentes ont longtemps considérées comme étant hors de portée d'une révision. Un revirement jurisprudentiel, instigué par les autorités politiques cette-fois, faillit également se produire au Gabon¹⁵⁸⁹.

700. Au final, aucun de ces précédents africains, susceptibles a priori d'illustrer une censure de la jurisprudence constituante par le pouvoir constituant dérivé, n'est opérant. À ce jour, autant la fonction constituante que les jurisprudences auxquelles elle a pu donner lieu, n'ont été désavouées directement par le pouvoir constituant. La tendance est plutôt à un entérinement des précédents jurisprudentiels, comme nous le verrons dans la suite de notre propos.

B. L'ENTÉRINEMENT DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUANTE PAR LE POUVOIR CONSTITUANT

701. Comme nous venons de le voir, la jurisprudence constituante africaine est sauve, et ce, d'autant plus que les constituants originaire et dérivé sont, de temps à autre,

¹⁵⁸⁷ DCC 19-504 du 06 novembre 2019 relative à la loi n°2019-40 portant révision de la Constitution de la République du Bénin.

¹⁵⁸⁸ 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.

¹⁵⁸⁹ *v.* § 683.

allés dans le sens des cours et conseils. Dans l'exposé de leurs motifs, il est vrai que les changements de constitutions et les révisions constitutionnelles ne font pas référence à la jurisprudence constituante, mais on ne saurait passer pour autant sous silence l'influence qu'exerce celle-ci sur l'élaboration des nouvelles dispositions. En effet, de nombreuses jurisprudences constituantes ont su convaincre les pouvoirs originaire et dérivé alors même qu'ils ne sont nullement liés par celles-ci. Ces confirmations exceptionnelles et emblématiques établissent une indiscutable filiation entre la jurisprudence et des dispositions constitutionnelles postérieures. Les avis et décisions que nous examinerons apparaissent ainsi comme les sources d'inspiration immédiates et quelquefois exclusives.

702. Ce fut d'abord le cas au Niger où le constituant de la IV^{ème} République s'inspira de l'arrêt n°96-003¹⁵⁹⁰ rendu par la Cour de Niamey. Alors que le texte¹⁵⁹¹ de la III^{ème} République ne prévoyait pas les suites à donner à une loi adoptée par l'Assemblée nationale mais non promulguée par le Chef de l'État dans les délais impartis, la chambre constitutionnelle de la Cour suprême nigérienne jugea que cette loi devait être considérée « comme promulguée de *plein droit* et entre en vigueur dès sa publication au *Journal officiel* ». Cinq mois plus tard, le constituant nigérien retenait ce principe de la promulgation de plein droit au quatrième alinéa de l'article 48 de la Constitution du 12 mai 1996 en disposant :

« À défaut de promulgation dans ces délais, la loi est promulguée de plein droit et entre en vigueur dès sa publication, après constatation de l'expiration des délais par la Cour suprême saisie par le président de l'Assemblée nationale. »¹⁵⁹².

¹⁵⁹⁰ Arrêt n°96-003/Ch. Cons. du 16 janvier 1996.

¹⁵⁹¹ L'article 49 de la Constitution du 26 novembre 1992 relatif à la promulgation et à la demande de seconde délibération disposait :

« Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze (15) jours qui suivent la transmission qui lui en est faite par le Président de l'Assemblée Nationale.

Ce délai est réduit à cinq (5) jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée Nationale.

Le Président de la République peut, avant l'expiration de ces délais, demander à l'Assemblée Nationale une seconde délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette délibération ne peut être refusée.

Il peut également, dans les mêmes délais, demander et obtenir de plein droit que cette seconde délibération n'ait lieu que lors de la session ordinaire suivant la session au cours de laquelle le texte a été adopté en première lecture.

Si après une deuxième lecture, l'Assemblée Nationale vote le texte à la majorité de deux tiers (2/3) de ses membres, la loi est promulguée ».

¹⁵⁹² Arrêt n°96-003/Ch. Cons. du 16 janvier 1996, nous soulignons.

703. Toutefois le pouvoir originaire nigérien innova en subordonnant l'entrée en vigueur au dépassement des délais, et donc à leur computation par la haute juridiction. Quoi de plus naturel que de permettre au juge constitutionnel de s'assurer du respect de l'une de ses jurisprudences désormais intégrée à la Constitution. La proximité temporelle entre l'arrêt et le texte de 1996 ainsi que la reprise presque mot pour mot du dispositif de l'arrêt de la Cour par la Constitution nigérienne montre qu'il s'agit bel et bien d'un cas de confirmation de la fonction constituante par le pouvoir originaire.

704. Vint ensuite l'affaire n°3/2000¹⁵⁹³ relative aux modalités de révision de la Constitution sénégalaise qui est encore plus symptomatique de l'entérinement de la jurisprudence constituante par le constituant. En admettant que le référendum législatif (article 46 de la Constitution sénégalaise du 7 mars 1963) puisse servir à l'adoption d'une nouvelle constitution, les juges sénégalais ont fortement influencé la future et actuelle constitution au point où celle-ci prévoit la possibilité de convoquer un référendum *constitutionnel*, c'est-à-dire relatif à l'adoption des lois constitutionnelles. En d'autres termes, le recours au référendum au Sénégal peut aujourd'hui avoir un triple objet : l'adoption d'une loi constitutionnelle¹⁵⁹⁴, d'une loi ordinaire¹⁵⁹⁵ ou d'une révision constitutionnelle (art. 103 al. 3). Rendue moins de trois mois avant le changement de constitution, la décision du Conseil n'a pas laissé insensible le constituant qui en a manifestement tenu compte, quitte à affaiblir¹⁵⁹⁶ la procédure de révision en consacrant une procédure concurrente.

705. Enfin, le constituant dérivé gabonais, en 2020, reprit mot pour mot la jurisprudence régulatrice de 2018 relative à la vacance de l'Assemblée nationale. Le transfert de la totalité du pouvoir législatif à une chambre, qu'avait décidé la Cour deux ans plus tôt, fut constitutionnellement acté par deux nouveaux alinéas de l'article 36. Ils disposent ainsi que

¹⁵⁹³ Décision n°3/2000 du 9 novembre 2000.

¹⁵⁹⁴ Article 51 al. 1 : « Le président de la République peut, après avoir recueilli l'avis du président de l'Assemblée nationale, du président du Sénat et du Conseil constitutionnel, soumettre tout projet de loi constitutionnelle au référendum.

¹⁵⁹⁵ Article 51 al. 2 « Il peut, sur proposition du Premier ministre et après avoir recueilli l'avis des autorités indiquées ci-dessus, soumettre tout projet de loi au référendum. ».

¹⁵⁹⁶ Il est raisonnable de penser que cette disposition affaiblit la Constitution en rendant facultatif le recours à la procédure de révision tant les conditions d'utilisation de ce nouveau référendum sont moins contraignantes. La jurisprudence du Conseil à la base de cette disposition est fort regrettable.

« Lorsque les pouvoirs de l'Assemblée Nationale ou du Sénat cessent pour quelque cause que ce soit, la chambre dont la législature reste à courir exerce la plénitude des compétences dévolues au Parlement jusqu'à la proclamation par la Cour Constitutionnelle des résultats des élections organisées pour le renouvellement de la chambre concernée dans les délais fixés par ladite juridiction, à l'exception de la révision de la Constitution par voie parlementaire.

Lorsque la vacance concerne l'Assemblée Nationale, le Sénat ne peut exercer les compétences prévues aux articles 63, alinéa 1^{er} et 64, alinéa 1^{er} de la Constitution. »¹⁵⁹⁷.

706. Ces trois cas de confirmation suffisent à démontrer l'autorité persuasive dont jouit la jurisprudence constituante à l'égard du pouvoir constituant (originaire et dérivé). Il ne s'agit bien évidemment pas d'une autorité de la chose jugée ou de la chose interprétée, mais d'un rapport d'influence (du juge sur le constituant) en ce sens où le constituant donne du crédit à des jurisprudences constituantes. Les avis et décisions orientent l'action du constituant et à la lecture de ce qui précède il serait erroné de considérer qu'il s'agisse là d'une influence inconsciente. Le constituant s'inspire volontiers de la jurisprudence constituante, car elle est émise par un organe spécialisé, un collège d'experts, et c'est cela finalement la raison d'être de la relation d'influence sus-évoquée. La *discretionnarité* du pouvoir constituant, qu'il soit originaire ou dérivé, signifie qu'il puisse tout faire, mais cela ne le dispense pas de se reposer sur des ressources jurisprudentielles fiables, élaborées par des organes institués à cet effet. Constitutionnaliser une jurisprudence émise par ces instances est un gage de qualité. Sans être obligatoire, le recours aux interprétations constituantes émises par une juridiction constitutionnelle peut s'avérer fort utile comme ce fut le cas au Niger dans la mesure où la Constitution de la IV^{ème} République, et donc l'article 49, a été adoptée après un coup d'État militaire. Au regard du contexte qui prévalait à l'époque, l'adoption de l'article 49 du simple fait qu'il reprenait une jurisprudence constitutionnelle était un gage de sa *bienfaisance*. À côté de la spécialisation, l'autre intérêt pour le pouvoir constituant de s'inspirer du juge est de consacrer un droit, certes d'origine jurisprudentielle, mais connu de tout un chacun. S'agissant particulièrement du pouvoir dérivé, reprendre à son compte la jurisprudence constituante est une nécessité afin de perpétuer une cohérence d'ensemble du droit constitutionnel. Comme ultime observation, il faut préciser au-delà de ces quelques cas de confirmation que c'est l'absence de remise en

¹⁵⁹⁷ V. article 36 modifié par la loi n°046/2020 portant révision de la Constitution gabonaise.

cause par les pouvoirs constitués et le pouvoir constituant qui est plus parlant. En permettant à la jurisprudence constituante de prospérer dans le temps ou en l'intégrant à la constitution, celle-ci devient une véritable source et ressource du droit constitutionnel qui inspire autant le constituant originaire que dérivé.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

707. Le pouvoir créateur du juge constitutionnel africain n'est pas producteur de normes *contra legem* ou d'un bloc de constitutionnalité alternatif censé supplanter les textes posés par le constituant, du moins ce n'est pas de la sorte que les cours et les conseils le présentent. En effet, la fonction constituante en Afrique n'a pas pour objectif la dévalorisation des textes constitutionnels et l'érection d'un droit autonome d'origine jurisprudentielle. Bien au contraire, les juridictions constitutionnelles n'ont de cesse de rechercher le soutien de ces textes pour légitimer leur production normative. Tel est le principe effectivement observé par les cours d'Afrique noire francophone.

708. Les normes créées le sont toujours *a priori* dans le respect du bloc de constitutionnalité ou de la constitution, voire de son esprit ; et l'emploi de ce dernier est fait avec parcimonie. En effet, ce n'est qu'exceptionnellement que les juges ont recours à des procédés qui ne prennent appui sur aucune des dispositions constitutionnelles ou sur des textes de même valeur. Dans ce dernier cas, la déférence du juge vis-à-vis du constituant africain est partielle, car l'œuvre de celui-ci n'est plus, exceptionnellement, l'unique norme de référence ni la matrice de toutes les normes jurisprudentielles. Ceci pour dire que les juges font montre d'une très grande liberté ; une liberté qui n'est jamais corrigée par le constituant.

709. L'exercice de la fonction constituante en Afrique est conforme à la constitution et ne paraît jamais s'en écarter. Autrement dit, les juges n'élaborent que des normes conformes à la volonté du constituant. C'est le constat qui, à la lecture de la jurisprudence accessible, découle de la mobilisation si fréquente des textes constitutionnels dans la création du droit par les juges africains et il semble que ce rattachement textuel en tant que principe directeur ait encore de beaux jours devant lui. En effet, la tendance est moins à l'abandon des procédés reposant sur les textes qu'à leur consolidation.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

710. Au terme de cette sous-partie, on remarquera que les Africains ont fait bien plus qu'importer des constitutions françaises. Ils ont en effet repris également des concepts et notions franco-français à l'instar du bloc de constitutionnalité. Mais l'importation s'est une fois de plus limitée à la dénomination. Pour ce qui est du contenu, les juges constitutionnels, chacun à leur niveau, ont largement innové. Aujourd'hui, si l'on note la référence à la DDHC (au Sénégal par exemple), il s'agit bel et bien du seul texte étranger ; le reste du bloc étant composé de textes internationaux et locaux, d'objectifs et/ou d'impératifs de valeur constitutionnelle....

711. Si l'on assiste à l'émergence de blocs de constitutionnalité en Afrique noire francophone, il faut également souligner que le contentieux des institutions y est pour beaucoup. En effet, si l'on excepte quelques jurisprudences portant sur les droits et libertés individuels, le juge constituant élabore principalement des normes à destination des institutions constitutionnelles. Et il s'agit là d'un autre aspect fort regrettable car les juges y sont en quelque sorte contraints quand on sait les insuffisances et/ou les motivations immorales des autorités politiques africaines.

712. Il est alors heureux que le juge constituant pose des règles ou développe de nouvelles compétences, bien que trop souvent circonscrites au contentieux institutionnel, inspirées par la volonté de permettre à la constitution de déployer son plein effet, et ce, en toute circonstance. Et il est encore plus heureux, à quelques exceptions près, que les décisions et avis à portée constituante soient aussi respectés que la jurisprudence classique.

713. Toutefois, certaines jurisprudences constitutives peuvent paraître peu pertinentes et même irrégulières. Ici, on assiste à une densification excessive du bloc de constitutionnalité, brouillant les contours exacts de celui-ci. Là-bas, le juge en fait objectivement soit trop, soit pas assez. Des critiques qu'il faut entendre, et que nous avons entendues, puisque parfois fondées. Elles nous ont invités à proposer ici des réformes portant

aussi bien sur l'organe de justice constitutionnelle que sur l'exercice de la fonction qui lui a été confiée.

TITRE SECOND. LA PERFECTIBILITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : ÉLÉMENTS DE PROSPECTIVE

714. Il ne fait aucun doute que cette étude serait incomplète si elle venait à se limiter aux aspects traités jusque-là. Pire, cela donnerait certainement une idée erronée de la révision juridictionnelle de la constitution en Afrique : sa perfection. Or, rien n'est plus éloigné de la vérité, et nous avons eu l'occasion de commenter ici mais aussi de faire appel à des commentaires de certaines jurisprudences constituantes. Ceci pour dire que la fonction constituante exercée par les juges africains n'est pas toujours satisfaisante. Cette fonction, comme tout homme ou chose, est alors à parfaire.

715. À ce propos, les pistes d'amélioration sont nombreuses et peuvent toucher autant d'aspects de la justice constitutionnelle. Toutefois, en dépit de leur nombre, ces améliorations peuvent être regroupées au sein de deux grandes catégories. Alors que dans la première se rangent les questions relatives à l'organe de justice constitutionnelle, dans la seconde se trouvent les problématiques visant l'exercice même du pouvoir créateur, c'est-à-dire ses modalités. Nous tirons de ce qui précède, pour parvenir à un exercice satisfaisant de la fonction constituante en Afrique noire francophone, qu'un remodelage de l'organe (Chapitre 1) et l'élaboration d'une méthode de création régulière du droit (Chapitre 2) deviennent évidents.

CHAPITRE I. UN REMODELAGE DE LA COUR ¹⁵⁹⁸

CONSTITUTIONNELLE AFRICAINE CONFORME À LA NATURE HYBRIDE DE L'ORGANE

716. Moins fréquents ont été les moments de ce travail où nous mîmes l'accent sur la juridiction constitutionnelle en tant qu'organe en questionnant les énoncés juridiques y relatifs, son organisation ou ses attributions plus classiques (contrôle de constitutionnalité, régularité et proclamation des opérations électorales...). À notre décharge, il faut rappeler que l'objet de notre étude est circonscrit à des attributions bien précises. Mais il faut également évoquer le fait que présenter les juridictions constitutionnelles ou une cour africaine est aujourd'hui un exercice rébarbatif. Les cours et conseils africains ne sont plus à présenter, du moins longuement. Des indépendances à nos jours, des plumes autorisées¹⁵⁹⁹ l'ont suffisamment fait ; raison pour laquelle il a été fait plus de place en doctrine à la critique de l'effectivité de la justice constitutionnelle, dans un premier temps, avant que les débats ne se déportent sur le terrain de la contribution (du juge constitutionnel) à l'État de droit et à

¹⁵⁹⁸ Sur le choix de ce terme, on se souviendra que le professeur B. Kanté a fait remarquer que les « cours sont généralement dotées de prérogatives plus étendues alors que les conseils ont, ou mettent généralement en œuvre, des pouvoirs moins substantiels. ». v. B. KANTÉ, « les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, p. 266. Le terme « cour » siérait donc mieux pour désigner les juridictions constitutionnelles africaines et insister ainsi sur la portée de leurs attributions.

¹⁵⁹⁹ V. par exemple, G. CONAC (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence*, t.2, Economica, op. cit ; A. S. Ould Bouboutt, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique - Évolutions et enjeux » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, op. cit. ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *Revue française de droit constitutionnel*, op. cit. ; I. DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, op. cit. ; B. ISSA ABDOURHAMANE, *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 soutenue à Bordeaux IV, 2002 ; J. W. Misona, *Constitution de l'État de droit et développement. Essai sur le fondement de la justice constitutionnelle dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Aix-en-Provence, 2005 ; M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, op. cit.

la démocratie. Dans un cas comme dans l'autre, la justice constitutionnelle africaine est une justice discréditée, puisque rongée par de nombreux maux. Tel est le constat auquel aboutissent de nombreux travaux¹⁶⁰⁰. Bien évidemment, les auteurs se sont rarement limités à un exposé des difficultés que rencontraient les juridictions africaines ou à celles qu'elles pouvaient générer. Il s'est presque toujours agi de faire des propositions, et ce, selon les vues et finalités poursuivies par chacun.

717. Il a été avancé des techniques-remèdes comme le renforcement des garanties statutaires ou la limitation du mandat des juges avec l'impartialité et l'indépendance de la juridiction constitutionnelle en ligne de mire. Vient ensuite la question des compétences de l'organe. Par exemple, on militera ici en faveur d'une plus grande protection des droits de l'homme et, ailleurs, on invitera le constituant à réorganiser le contentieux des actes réglementaires dans les systèmes où les juges constitutionnel et administratif en assurent, tous les deux¹⁶⁰¹, le contrôle. En effet, les propositions doctrinales sont tributaires des rôles que l'on aimerait voir jouer la juridiction. Pour telle ou telle autre raison, « rebâtir » la juridiction constitutionnelle ou réformer certains de ces mécanismes s'impose comme une évidence pour plusieurs auteurs ; et cela ne fait aucun doute. Près d'une trentaine d'années après leur installation, une nouvelle réforme des cours se fait pressante car, si l'on écarte des critiques formulées à l'encontre des cours, la pratique révèle que certaines juridictions se sont – qu'on le veuille ou non – éloignées de la lettre des énoncés habilitants.

718. Qu'il s'agisse de réformes voulues dans l'organisation (et le fonctionnement) de l'organe ou dans les compétences de celui-ci, elles ont en commun de partir de données (textes, pratique...) parmi lesquelles la place de la fonction constituante est négligeable, voire

¹⁶⁰⁰ « À l'heure actuelle, l'avènement de la juridiction constitutionnelle autonome n'a pas engendré la révolution souhaitée. Malgré les gages d'indépendance, dans la plupart des États, la réforme tarde à piloter l'éclosion d'une jurisprudence crédible, parce qu'étant juridiquement efficace et intelligemment audacieuse. On se rend compte que les garanties statutaires d'indépendance sont perverties par la ruse politique et que l'autorité des décisions souffre de la contestation récurrente. En effet, dans le prolongement des critiques doctrinales, les citoyens ne se lassent pas d'abonder la juridiction constitutionnelle d'attaques. L'image dépeinte de la juridiction constitutionnelle est bien une réalité communément admise. Également, les excès jurisprudentiels fournissent la preuve de la contribution du juge constitutionnel à la remise en cause des principes inhérents à la tripartition des pouvoirs », conclut, par exemple, M. DIAKHATE. V. M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle en Afrique... », *op. cit.*

¹⁶⁰¹ Cas du Bénin et du Gabon.

inexistante alors même que les attributions d'une cour constitutionnelle africaine « dépass[ent] la seule compétence centrale de veiller à la constitutionnalité de la loi »¹⁶⁰². En d'autres termes, dès lors qu'est envisagé une rénovation de l'institution (la juridiction constitutionnelle), il n'est point tenu compte de ses compétences à portée constituante¹⁶⁰³. Or, il nous semble opportun de partir de ces attributions que sont l'interprétation et la régulation pour remodeler la cour africaine. En effet, la juridiction constitutionnelle africaine est un géant aux pieds d'argile. Géant puisque ses attributions en font un organe constitué et constituant à la fois ; ce qui est tout à fait exceptionnel. Pourtant, en l'état, l'organe n'est pas à la hauteur des missions exercées ou qui lui ont été confiées. Lorsqu'est abordée la question du pouvoir créateur du juge constitutionnel africain, on s'aperçoit que d'importants pouvoirs sont confiés à une institution qui, en raison de sa configuration et des textes, déçoit largement dans l'exercice de ceux-ci.

719. Comme Ould Bouboutt¹⁶⁰⁴ a pu présenter la première réforme des cours constitutionnelles dans les années quatre-vingt-dix, une énième « récréation »¹⁶⁰⁵ de l'organe de justice constitutionnelle – et axée cette fois-ci sur sa fonction constituante – doit à nouveau passer par un réaménagement fonctionnel (Section 1) et un remodelage organique (Section 2) ; le remodelage ayant pour objectif de construire une légitimité propre à la juridiction constitutionnelle et de la conforter dans son rôle de constituant juridictionnel.

¹⁶⁰² G. TUSSEAU, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle : remarques sur quelques évolutions récentes du droit constitutionnel gabonais » in *Politeia*, n°33, 2018, p. 123.

¹⁶⁰³ La thèse de J. W. MISONA le rappelle fort bien. L'auteur insiste sur le fait que la « reconstitution » des cours africaines (depuis 1990) avait pour objectif une amélioration de la protection des droits fondamentaux ; une préoccupation visiblement plus importante que la nature de l'institution. J. W. MISONA, *Constitution de l'État de droit et développement. Essai sur le fondement de la justice constitutionnelle dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Aix-en-Provence, 2005, p. 383.

¹⁶⁰⁴ A. S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Évolutions et perspectives », *op. cit.*, p. 33 et s.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

SECTION 1. LE REMANIEMENT DES ÉNONCÉS HABILITANTS OU LE RÉAMÉNAGEMENT FONCTIONNEL

721. Nous oserons ici proposer des réformes qui, d'une part, tiennent au statut et aux compétences des cours constitutionnelles et, d'autre part, intéressent particulièrement les dispositions relatives aux attributions à portée constituante desdites juridictions. Deux logiques présideront ici : l'alignement puis la simplification.

La première série d'améliorations envisage donc de rattraper le retard qu'accusent certaines juridictions par rapport à d'autres, la seconde série est une simplification des énoncés habilitants que nous appelons de nos vœux. Ainsi, le remaniement des énoncés relatifs aux attributions constituantes (§2) doit nécessairement être précédé d'une première série de propositions tendant à la reconnaissance, où cela n'est pas encore le cas, du statut *sui generis* de l'organe de justice constitutionnelle et de sa fonction constituante (§1).

§1. LES RÉFORMES TEXTUELLES INDISPENSABLES

722. Les statuts des juridictions constitutionnelles nigérienne et sénégalaise retiendront notre attention. Il semble en effet que ces cours soient victimes d'un phénomène de *judicialisation*¹⁶⁰⁶ qui en fait des composantes du pouvoir judiciaire. Or, rien n'est plus préjudiciable à la spécificité d'une juridiction constitutionnelle africaine. Être retirée du pouvoir judiciaire constitue alors un préalable pour toute juridiction constitutionnelle au sud du Sahara (A), tout comme l'est la reconnaissance d'attributions constituantes aux cours qui en sont officiellement dépourvues. Tel est le cas du Conseil sénégalais (B).

¹⁶⁰⁶ Néologisme mettant l'accent sur l'incorporation d'un organe au sein du pouvoir judiciaire.

A. L'EXTRACTION SOUHAITABLE DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DU
POUVOIR JUDICIAIRE AU NIGER ET AU SÉNÉGAL

723. La juridiction constitutionnelle (et constituante), en Afrique et ailleurs, est une institution suffisamment exceptionnelle pour bénéficier d'un statut distinct et même *sui generis* (2), rompant définitivement tout lien avec le pouvoir judiciaire (1).

1. Un amalgame persistant

724. Dans les constitutions nigérienne et sénégalaise, la juridiction constitutionnelle est rangée au sein du pouvoir judiciaire. Elle côtoie ainsi la Cour suprême au Sénégal ou le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes au Niger, et les juridictions inférieures. Cette situation, qui remonte à la première constitution sénégalaise, découle d'une conception fonctionnelle du pouvoir judiciaire. Serait ainsi une composante dudit pouvoir tout acteur ou organe exerçant une fonction juridictionnelle. Cela implique évidemment que l'épithète « judiciaire » ne soit plus entendu ici comme faisant exclusivement référence aux juges civil et pénal ; il faudrait plutôt parler dans ce cas du pouvoir « juridictionnel(le) »¹⁶⁰⁷. En accomplissant le même acte, c'est-à-dire « [en disant] le droit avec force de vérité légale »¹⁶⁰⁸, avec certes des objets et des méthodes différents, l'ensemble des organes étatiques rendant la justice participe à l'exercice d'une seule et même puissance. Dans sa thèse, I. Boucozba résume cette conception qui irrigue la pensée juridique contemporaine. Selon elle,

« Pour les partisans de la thèse fonctionnelle, c'est l'inverse qui est défendu puisque l'exercice d'une ou de la fonction juridictionnelle — dont on doit tenter de comprendre en quoi elle consiste pour eux — est l'argument essentiel sur lequel ils s'appuient pour justifier l'attribution de la qualité d'organe de cette fonction : à savoir, soit l'appartenance à un organe ou ensemble d'organes spécifiques qui a une unité, comme le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, soit l'appartenance à un pouvoir de nature différente, parfois désigné sous l'expression “pouvoir diffus” . L'existence de cet argument commun chez des auteurs

¹⁶⁰⁷ V. I. BOUCOZBA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à l'analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2005 ; T.S. RENOUX, *La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des Droits et l'indépendance de la justice*, Dalloz, 2008 ; F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010.

¹⁶⁰⁸ O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{er} éd., PUF, 1992 p.780.

qui défendent parfois des solutions institutionnelles très opposées démontre les enjeux pratiques de cette thèse principalement centrée sur la question de l'indépendance, en particulier par rapport au pouvoir exécutif et donc plus généralement sur les rapports entre les organes juridictionnels et les organes politiques. L'unité matérielle des actes accomplis par les organes soumis à des régimes juridiques différents, l'idée de l'acte de juger unique dans son essence sont les éléments consensuels de la thèse fonctionnelle [...] »¹⁶⁰⁹.

725. Au Sénégal, la prégnance de cette thèse se donne encore à voir par exemple au niveau des matières dans lesquelles les juges sont appelés à intervenir. On relève ainsi que la protection¹⁶¹⁰ des droits et libertés est confiée à l'ensemble des organes composant le pouvoir judiciaire ; ce qui revient à faire du Conseil constitutionnel un gardien des libertés parmi tant d'autres. Une idée confirmée dans un ouvrage portant sur *la protection constitutionnelle des droits fondamentaux* au Sénégal et dans lequel il est affirmé que « la Constitution sénégalaise gagne en clarté par rapport à celles de la plupart des États d'Afrique sur le principe attestant que le pouvoir judiciaire est gardien des libertés »¹⁶¹¹. Si le texte nigérien ne comporte pas une disposition similaire, il est muet quant au rôle de la Cour dans la protection des droits.

726. Au critère fonctionnel, il faut ajouter l'histoire de l'organisation juridictionnelle dans les deux États considérés. Comme ailleurs en Afrique, le pouvoir judiciaire a longtemps été confié à la Cour suprême qui en était la titulaire. S'il a été question d'une refonte de l'ancienne haute et unique juridiction suprême en autonomisant ses chambres durant les années quatre-vingt-dix, il n'a jamais été question de faire sortir l'une d'entre elles de l'appareil juridictionnel ordinaire dans toute l'Afrique noire francophone. Les constituants nigérien et sénégalais sont restés fidèles au procédé initié depuis les indépendances, et ce, malgré l'apparition d'une juridiction constitutionnelle. D'ailleurs, le fait que des magistrats de carrière (de l'ordre judiciaire) aient toujours, sinon très souvent assuré la direction de ladite juridiction est en quelque sorte une manière de réaffirmer son appartenance au pouvoir judiciaire. Ce qui précède n'aura pas manqué de souligner indirectement que les

¹⁶⁰⁹ I. BOUCOZBA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à l'analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit. pp.113-114.

¹⁶¹⁰ v. Article 91 de la Constitution.

¹⁶¹¹ M. M. SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2007, p. 218.

autres textes constitutionnels africains se sont écartés de cette voie, et c'est à juste titre que ces constituants ont agi ainsi.

2. L'abandon du critère fonctionnel pour une meilleure prise en compte de la nature hybride de la juridiction constitutionnelle

727. Si, participant de la sorte au pouvoir judiciaire au Niger et au Sénégal, le caractère juridictionnel de l'organe de justice constitutionnelle se trouve conforté, une certaine confusion est néanmoins entretenue. Cette intégration du juge constitutionnel au pouvoir judiciaire opère un rapprochement excessif, voire une assimilation des justices constitutionnelle et ordinaire. Or, la justice constitutionnelle est dite extraordinaire en ce qu'elle est essentiellement un examen de validité¹⁶¹² d'une norme (contrôle de constitutionnalité) et parfois une résolution juridictionnelle de problématiques institutionnelles (régulation et conflits de compétence). En d'autres termes, et au regard des dernières attributions précitées, les juges constitutionnel et ordinaire ne rendent pas la même justice en Afrique ; une idée que rejettent les constitutions des États sus-évoqués. Juger est certes une fonction commune aux juges mais, *matériellement*, le juge constitutionnel n'est pas dans une logique d'application de la loi. Mais la confusion dont il est ici fait état n'a pas que des incidences théoriques. Dans la pratique, la justice constitutionnelle peut désorienter plus d'un et contribuer à son rejet par des justiciables habitués aux organes des ordres juridictionnels traditionnels. Si le prétoire et les costumes sont toujours de mise, le requérant aura vite fait de se rendre compte qu'il n'a pas affaire à un juge comme les autres¹⁶¹³ et que les tenants et les aboutissants d'une affaire vont largement au-delà de sa personne. Pire, *la virtualité* du procès peut conduire à douter de la réalité de celui-ci. Il est vrai que le fait que certaines juridictions constitutionnelles statuent désormais sur un droit à réparation¹⁶¹⁴ milite un peu plus en faveur du critère fonctionnel. Mais, pour notre part, cette évolution

¹⁶¹² Un examen que pratique également le juge administratif dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir.

¹⁶¹³ M. CAPPELLETTI a pu ainsi faire remarquer que le contrôle de constitutionnalité impliquait, pour les juges de carrière, d'être des créateurs du droit, une fonction très éloignée de celles de « simples interprètes et fidèles serviteurs des lois ». M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n°2, 1981, p. 627.

¹⁶¹⁴ Tel est le cas de la Cour béninoise depuis la décision n°02-52 du 31 mai 2002.

dans l'office du juge béninois est un cas isolé et elle ne saurait justifier la participation de la juridiction constitutionnelle au pouvoir judiciaire en Afrique noire francophone.

728. Historiquement, comme cela fut le cas en France, la juridiction constitutionnelle a été moins pensée comme une juridiction que comme un « appendice »¹⁶¹⁵ du pouvoir législatif. D'où, selon T. S. Renoux, un pouvoir de nomination des chambres au Conseil plus important que celui du Chef de l'État. En effet,

« [...] en 1958, dans l'esprit des parlementaires qui allaient aider à l'adoption par le peuple de la Constitution nouvelle, l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'était admissible que dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'était pas une juridiction, et devait demeurer une sorte d'appendice du Parlement. Le fait que six des neuf membres composant le Conseil constitutionnel soient désignés par les présidents des Assemblées parlementaires (trois membres étant nommés par le Président de la République) devait rassurer la classe politique dans ce sentiment. »

729. De ce propos, nous ne retiendrons que la volonté du constituant français qui n'a jamais été de faire de la juridiction constitutionnelle un énième organe du judiciaire. Pour ce qui est du caractère juridictionnel, la question n'avait pas lieu d'être au moment de l'adoption des premières constitutions africaines. En tant que chambre de la Cour suprême ou en tant qu'institution autonome, l'organe spécialisé de justice constitutionnelle au sud du Sahara bénéficiait d'une présomption irréfragable de *juridictionnalité*. L'instauration des cours africaines est en effet intervenue postérieurement¹⁶¹⁶ à l'affirmation de leur modèle d'inspiration – le Conseil constitutionnel français – en tant que juridiction.

730. En faisant un tel détour dans l'histoire, on ne manquera pas de se demander si la volonté des constituants africains coïncidait avec celle qui avait prévalu dans l'ancienne métropole. En d'autres termes, était-il également question de faire des juridictions constitutionnelles des appendices de la puissance législative ? Dans l'affirmative, pourquoi se sont-elles retrouvées, dans un premier temps, au sein du pouvoir judiciaire ? La problématique des ressources humaines et celle de la formation des juges dans les jeunes

¹⁶¹⁵ T. S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°3, 1994, p. 882.

¹⁶¹⁶ T.S. Renoux fait référence au début des années soixante-dix. On pourrait être plus précis en renvoyant à la décision *Liberté d'association* de 1971.

États africains ont été déterminantes ici dans le choix de l'organisation juridictionnelle. Il ne fait aucun doute que s'ils avaient disposé de moyens humains équivalents, les constituants africains auraient fidèlement reproduit la configuration juridictionnelle française dans ses moindres détails. Le but n'était-il pas de se doter d'institutions "modernes" ?¹⁶¹⁷. Mais, à partir des années quatre-vingt-dix, la réponse à la première question est bien évidemment négative. L'admission des saisines individuelles (recours direct et exception de constitutionnalité) témoignait de la volonté de faire des cours constitutionnelles des institutions indépendantes et autonomes, et ce, malgré la mainmise des politiques sur le processus de désignation de leurs membres.

731. De cette approche historique se déduit un principe propre aux systèmes où est institué un contrôle de constitutionnalité concentré et selon lequel la justice constitutionnelle est « en dehors des trois pouvoirs »¹⁶¹⁸. On comprend ainsi que les constitutions africaines devraient toutes adopter une logique « séparatiste »¹⁶¹⁹ en exfiltrant la justice constitutionnelle du pouvoir judiciaire. Il est vrai, et T.S. Renoux le souligne justement, que les juridictions constitutionnelles se sont muées en gardiennes des droits fondamentaux et en cela elles se rapprochent des juges ordinaires. Aujourd'hui et en cette matière, les juges administratif, constitutionnel et judiciaire abattent, ensemble, ce travail d'une grande importance. En France, il a même fallu rappeler, à l'aide des travaux préparatoires¹⁶²⁰ et à coup de jurisprudences¹⁶²¹, le champ d'intervention (la liberté individuelle) que le constituant a entendu confier aux magistrats de carrière (juges judiciaires). Toutefois, la protection des libertés n'invite pas à reconsidérer les choses quand il est question des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone. La protection des droits individuels y relève très souvent de la seule cour constitutionnelle. Cela milite un peu plus en faveur, au Niger par exemple, du détachement du juge constitutionnel

¹⁶¹⁷ V. § 609.

¹⁶¹⁸ T. S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.* p. 93.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

¹⁶²⁰ v. R. KELLER, « La mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire » in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Dalloz, 2016, spec. pp.227-229.

¹⁶²¹ v. Tribunal des conflits, *Clément*, 16 novembre 1964 ; Conseil constitutionnel, n°98-405 DC du 29 décembre 1998 ; n° 99-411 DC du 16 juin 1999 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; n°2003-484 DC du 20 novembre 2003 ; n°2004-492 DC du 2 mars 2004 et Tribunal des conflits, *M. Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*, 17 juin 2013.

du pouvoir judiciaire. La position du constituant nigérien, c'est-à-dire maintenir la Cour – malgré ses attributions si singulières – dans le pouvoir judiciaire, est assez surprenante. Dans les rares cas où, comme au Sénégal, la protection des droits est constitutionnellement le fait de l'ensemble des organes du pouvoir judiciaire, ce critère matériel est inopérant. Autrement dit, cette situation fait obstacle à toute tentative d'émancipation de la justice constitutionnelle. Mais il s'agit au Niger et au Sénégal, comme nous l'avons dit, de situations exceptionnelles et qui devraient cesser.

732. La juridiction constitutionnelle africaine devrait se trouver en dehors de tout pouvoir, et en particulier en dehors du pouvoir judiciaire. Elle exerce certes la même fonction et, dans certains cas, intervient dans des matières communes, mais sa nature même s'oppose à ce qu'elle soit considérée comme une composante de la puissance judiciaire. Organe constitué et constituant, l'hybridité de l'organe de justice constitutionnelle en Afrique noire invite à considérer son unicité et à lui réserver un statut *sui generis*. Telle est la voie choisie par la majorité des constituants qui consiste en l'exfiltration du juge constitutionnel du pouvoir judiciaire et qui, selon nous, constitue un préalable. Les attributions et les moyens dont sont dotées les cours africaines doivent avoir une incidence sur leur rattachement ou détachement du reste des juridictions ; et il se trouve que, dans le cas des conseils constitutionnels d'Afrique noire francophone, tout converge en faveur du détachement. Un détachement qui se matérialise ailleurs¹⁶²² par la rédaction d'un titre spécial consacré à la juridiction constitutionnelle. Au-delà de notre échantillon, il existe une solution fort intéressante à Madagascar. En effet, la Cour et les juridictions ordinaires y font tout simplement partie du pouvoir *juridictionnel*¹⁶²³, et non, judiciaire.

B. LA RECONNAISSANCE D'ATTRIBUTIONS GÉNÉRALES ET À PORTÉE CONSTITUANTE AU PROFIT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SÉNÉGALAIS

733. Il apparaissait déjà en arrière-plan de nombreux développements précédents que certaines juridictions constituantes l'étaient en outrepassant leurs attributions. Tel est le cas

¹⁶²² Au Gabon.

¹⁶²³ V. Sous-titre IV de la Constitution malgache du 11 novembre 2010.

du juge sénégalais. Et cette situation a le mérite de révéler au moins une chose : un déphasage entre les textes et la pratique. Un déphasage sur lequel nous reviendrons brièvement (1). Une seconde mise à jour des textes s'impose donc cette fois-ci au niveau des attributions constitutionnelles du Conseil sénégalais (2).

1. L'étroitesse des compétences actuelles appelant un remaniement des dispositions constitutionnelles

734. Au pays de la *Teranga*, au regard de la pratique du Conseil et de ses équivalents africains, une mise à jour des dispositions constitutionnelles se fait pressante. Les rares, voire exceptionnelles jurisprudences constituantes ne trouvent pas dans les attributions effectivement octroyées à la juridiction constitutionnelle des fondements suffisants.

735. En effet, le strict contrôle de constitutionnalité ou la gestion des conflits de compétences entre l'exécutif et le législatif ne peuvent, à eux seuls, expliquer les décisions et avis mobilisés dans le cadre de la présente étude. Les pouvoirs du juge sénégalais vont « bien au-delà [...] du contrôle de constitutionnalité »¹⁶²⁴. Est-il encore question d'un strict contrôle de constitutionnalité quand le juge transforme la transmission hâtive qui lui est faite des procès-verbaux de l'élection présidentielle en une saisine et en facilite la recevabilité au seul motif qu'il était nécessaire « [...] d'assurer la continuité du fonctionnement des institutions »¹⁶²⁵ ? Ce seul et unique exemple tiré de la jurisprudence du conseil montre l'exigüité des compétences du juge sénégalais.

736. Une autre illustration, au niveau du texte constitutionnel cette fois-ci, peut être relevée. On n'aura pas manqué de remarquer que le constituant sénégalais a tenté d'innover au travers de la gestion des conflits de compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif. Cette attribution, qui se justifie autant par la longue tradition parlementaire du régime sénégalais que par sa consécration dans d'autres textes constitutionnels africains, limite fortement l'intervention du juge. Le fait pour le Conseil de s'intéresser exclusivement aux « conflits de compétences [entre] les pouvoirs » a pour conséquence d'écarter les questions

¹⁶²⁴ M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, op. cit. p. 239.

¹⁶²⁵ Décision n°5-E-1993 du 2 mars 1993.

relatives à l'organisation et au fonctionnement de chaque pouvoir. Si, depuis la révision constitutionnelle de 2019 qui a acté la suppression de la primature et la présidentialisation du régime, il est peu probable que naissent des difficultés au sein de l'exécutif, il peut en être autrement du côté de la chambre comme on a pu le voir au Bénin ou au Niger. En l'état, la gestion des conflits au Sénégal a donc une portée très limitée.

2. La consécration constitutionnelle des attributions interprétative et régulatrice du Conseil constitutionnel sénégalais : une réforme nécessaire

737. La pratique de la justice constitutionnelle sénégalaise appelle une consécration constitutionnelle, au seul profit du Conseil, des attributions que sont la régulation et l'interprétation.

738. Pour ce qui est de la compétence interprétative, elle est – et restera certainement encore pour longtemps – une compétence implicite. Sa reconnaissance constitutionnelle peut au premier abord sembler superfétatoire. Quel serait l'intérêt de l'inscrire dans la constitution sans donner l'impression de surcharger inutilement le texte avec une énième compétence qui, même prohibée par le constituant, continuerait à être exercée par le juge ? En effet, il nous a été donné de voir que l'histoire de la justice est également celle de l'interprétation du droit positif. Peu importe la définition que l'on retient de l'interprétation (juridique), appliquer le droit ne peut se faire sans interprétation, fût-ce *a minima*, c'est-à-dire lorsque l'autorité d'application (du droit) estime ou non que la compréhension de l'acte ne pose aucune difficulté.

739. Mais reconnaître au Conseil sénégalais le rôle d'interprète serait moins redondant s'il était tenu compte d'un aspect essentiel et déterminant : la décentralisation de l'interprétation constitutionnelle. En l'état, la Constitution sénégalaise ne fait pas du Conseil son interprète officiel alors qu'il l'est dans la pratique. Autrement dit, et en se limitant strictement aux énoncés constitutionnels, les interprétations de la Constitution délivrées par les juges ordinaires – en dehors des matières¹⁶²⁶ où les interprétations du Conseil vont

¹⁶²⁶ On songe ici aux avis demandés par le chef de l'État, au contentieux relatif au respect des domaines de la loi et du règlement, et aux conflits de compétence entre l'exécutif et le pouvoir législatif.

prévaloir en raison du rôle exclusif qu'il est appelé à jouer – sont régulières, et ce même dans l'hypothèse où elles ne correspondraient pas à celles du Conseil. Le rôle d'interprète officiel du Conseil sénégalais repose sur la bonne volonté des juridictions ordinaires. Elles ont décidé de jouer le jeu ; l'esprit de corps aidant et facilitant grandement les rapports entre la juridiction constitutionnelle et les autres juges, car l'on retrouve principalement des magistrats de carrière d'un côté comme de l'autre. Pourtant, cette bonne marche des institutions juridictionnelles pourrait être entravée si les juridictions ordinaires décidaient d'adopter et de maintenir des interprétations divergentes à propos de telle ou telle autre disposition constitutionnelle ; et il faut dire que le Conseil n'a pas les moyens de les faire rentrer dans le rang. Comme on peut s'y attendre, le fait que le Conseil ne soit pas désigné comme l'unique interprète de la Constitution a pour conséquence l'absence d'un mécanisme propre à assurer le respect de ses interprétations. Or, à notre avis, en matière d'interprétation constitutionnelle, le Conseil doit avoir le monopole sinon le dernier mot.

740. S'agissant de la régulation, elle n'est point spécifique aux juridictions des États africains ayant connu des crises occasionnées ou dénouées par les militaires. Cela tombe certes sous le sens, mais il est important de le rappeler, car dans le cadre de ce travail, la fonction régulatrice a très souvent été présentée comme le résultat de l'histoire chaotique de certains États africains. C'est d'ailleurs l'idée qui, sans être erronée, est véhiculée inconsciemment par les auteurs lorsqu'ils examinent cette nouvelle attribution des cours et conseils africains. Dans son article portant sur « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone »¹⁶²⁷ paru en 2008, N. Médé ne fait référence qu'à des États au passé politique tumultueux à l'instar de Djibouti, du Bénin et du Congo pour ne citer que ceux-là. Accessoirement, c'est un trop grand intérêt porté à la juridiction constitutionnelle béninoise qui va conditionner la représentation de la fonction régulatrice au sud du Sahara. On s'imagine ainsi que si la régulation juridictionnelle a participé activement à la guérison de « l'enfant malade » (le Bénin) de l'Afrique noire francophone, c'est que cette attribution a ou pourrait avoir des vertus analogues ailleurs. À savoir : la prévention des renversements anticonstitutionnels de régimes. La régulation ou le

¹⁶²⁷ N. MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 46.

pouvoir régulateur, comme l'écrit un auteur, n'est-il pas est un moyen « d'exorciser le passé politique »¹⁶²⁸ ?

741. Cette contrainte « générative »¹⁶²⁹ historique exposée, la régulation institutionnelle devrait, elle aussi, être attribuée au Conseil sénégalais, et ce, pour une raison politico-institutionnelle. Politique, car, comme le souligne A. Braun, la régulation institutionnelle (pratiqué par une juridiction ou tout autre organe) est comprise dans la séparation des pouvoirs. Si plusieurs théoriciens¹⁶³⁰ – des hommes politiques et des religieux – songèrent à la création d'un organe supplémentaire, c'est bien pour assurer la pérennité de la séparation des pouvoirs. Ce principe de séparation étant repris par les constitutions africaines, elles ne sauraient faire fi d'un « quatrième pouvoir »¹⁶³¹ pour que demeure un juste équilibre entre les fonctions de l'État. L'objectif n'est pas ici d'encourager un mimétisme institutionnel, mais plutôt de tirer les conséquences du passé. En la matière, et même si le Sénégal n'a pas connu de renversement irrégulier de régime, il n'a pas pour autant été épargné par le présidentielisme négro-africain qui, lui, corrompt et rompt la séparation des pouvoirs. On en veut pour preuve la brièveté de l'expérience parlementaire (1960-1963)¹⁶³² qui confirme la quasi impossible coexistence, dans la pratique, de pôles réels d'impulsion politique. Si pour A. Braun, le régime présidentiel traditionnel présuppose le conflit¹⁶³³ entre l'exécutif et le législatif, et justifie par là même la création d'un organe régulateur, le régime présidentieliste implique quant à la lui le déséquilibre. Or, une telle situation est par

¹⁶²⁸ A. BRAUN, *Le pouvoir régulateur du régime politique. Étude d'une notion de droit constitutionnel institutionnel*, Thèse soutenue à Nancy, 2019, p. 416.

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ A. Braun rappelle ainsi « la puissance réglante » de Montesquieu, « la jurie constitutionnaire de l'Abbé Sieyès, « le régulateur » de Clermont-Tonnerre, « le pouvoir modérateur de l'Abbé Brun de la Combe ou encore « le pouvoir neutre » avancé par Benjamin Constant. V. les sources citées par A. Braun, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, spéc. Livre XI, chap. 6, *op. cit.* ; E. SIEYÈS, « séance du 2 thermidor » in M. TROPER, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, p. 409 ; J.-A. BRUN DE LA COMBE, *Doute sur les principes de l'Abbé Sieyès concernant la Constitution Nationale*, 1789. S. DE CLERMONT-TONNERRE, *Analyse raisonnée de la constitution française décrétée par l'Assemblée nationale des années 1789, 1790 et 1791*, Chez Letellier, vol. 4, p. 316 ; B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, H. GRANGE (ét.), Aubier, 1991.

¹⁶³¹ v. O. FERREIRA, *Le pouvoir royal (1814-1848). À la recherche d'un quatrième pouvoir ?* Thèse soutenue à Paris, 2010.

¹⁶³² Une crise qui opposa le président de la République L. S. Senghor et le président du Conseil Mamadou Dia, et qui se solda par la condamnation de ce dernier à la prison à perpétuité.

¹⁶³³ A. BRAUN, *Le pouvoir régulateur...op. cit.*, p. 427.

définition incompatible avec l'équilibre que prône la théorie brédienne et reprise par les constituants africains. Il ne fait aucun doute que la révision¹⁶³⁴ de 2019 a tenté de rééquilibrer les choses en supprimant également les mécanismes de réversibilité (dissolution et motion de censure) et a ainsi rapproché le système d'une séparation à l'américaine. Qu'il s'agisse d'un régime présidentiel ou présidentieliste, le régime sénégalais doit se doter d'un régulateur institutionnel. Le Conseil sénégalais, unique organique qui présente des garanties suffisantes d'indépendance à travers l'irrévocabilité du mandat de ses membres, est l'organe à même d'endosser ce rôle. En outre, dans l'hypothèse où une telle attribution se ferait, elle aurait pour principale conséquence de sortir le juge constitutionnel d'une situation embarrassante puisqu'il exerce, au moins depuis sa décision de 1993, une fonction régulatrice.

§2. LE REMANIEMENT DES ÉNONCÉS RELATIFS AUX ATTRIBUTIONS À PORTÉE CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES AFRICAINES

742. Est-il encore pertinent d'appeler à un remaniement des énoncés constitutionnels relatifs aux attributions à portée constituante des cours ? La question mérite d'être posée. Nombreuses ont été les jurisprudences constitutionnelles dans lesquelles les juges africains ont certes créé du droit mais ont également montré qu'ils pouvaient aller au-delà de la lettre constitutionnelle, et donc l'ignorer. L'exploit a d'ailleurs consisté pour quelques-uns à se découvrir des compétences. Pour autant, la définition d'un cadre juridique de compétences serait-elle vaine ? Elle le serait certainement s'il n'était pas tenu compte de la jurisprudence de chaque cour constitutionnelle mais surtout des évolutions connues par l'ensemble des autres juridictions du même genre en Afrique noire francophone. Aujourd'hui, il est ainsi possible d'en faire une synthèse et de proposer à partir de celle-ci les éléments d'une réécriture des énoncés relatifs aux fonctions régulatrice (A) et interprétative (B) des cours constitutionnelles africaines.

¹⁶³⁴ V. Loi constitutionnelle n°2019-10 portant révision de la Constitution du 14 mai 2019.

A. LE REMANIEMENT DES DISPOSITIONS SUR LA RÉGULATION

743. Les énoncés constitutionnels relatifs à la fonction régulatrice des cours et conseils africains innovent peu dans les formules utilisées. Si les termes sont très souvent les mêmes, les constituants ne s'étendent jamais longuement sur cette attribution. À la limite, l'objet est précisé, mais après analyse, il est quasiment impossible de l'identifier avec certitude¹⁶³⁵. Dit autrement, et à la lecture des énoncés constitutionnels, qu'est-ce qui mérite d'être régulé ? Qu'est-ce qui ne le serait pas ? À ce moment, une autre rédaction plus intelligible des dispositions constitutionnelles pourrait être privilégiée (1) ; ce qui conduira à la disparition formelle d'attributions connexes à la régulation tant le champ d'action de celle-ci peut être élargi (2).

1. La redéfinition de l'objet de la régulation : le juge-régulateur du *fonctionnement des institutions*.

744. L'objet de la régulation pratiquée par les cours et conseils africains gagnerait en clarté s'il était plus circonscrit. En l'état, c'est-à-dire tel qu'elle est posée par les textes et pratiquée par les cours et conseils africains, le(s) véritable(s) objet(s) de cette attribution sont insaisissables. En régulant tout et n'importe quoi, les juges finiront par réguler indistinctement l'ensemble des institutions ; ce qui manifestement ne relève pas de leur office.

745. Cette redéfinition de l'objet de la régulation passe avant tout par la suppression d'une redondance dont nous avons fait état¹⁶³⁶ alors que nous saluons l'anticipation du constituant ivoirien. « Fonctionnement » et « activité » sont les éléments de cette répétition, qui nous paraît, inutile, superflue et trompeuse. En réalité, il n'existe qu'un seul et même objet dans la mesure où ces termes sont des synonymes. Ils renvoient à une même idée, à une même et unique réalité. Seul le contexte d'énonciation semble *a priori* les distinguer dans le langage courant. Par exemple, on utilisera volontiers le terme « fonctionnement » pour désigner les mécanismes, les procédures, voire les étapes que doit

¹⁶³⁵ V. § 414 et s.

¹⁶³⁶ V. § 426.

observer un sujet pour accomplir une ou plusieurs fonctions. Dans la sphère entrepreneuriale, le fonctionnement renvoie ainsi à l'organisation choisie par la structure (l'entreprise) afin d'accomplir au mieux son « activité ». Or, aux yeux de l'administration fiscale par exemple, le personnel de cette entreprise est en « activité ». On ajoutera que ces contribuables peuvent avoir également d'autres « activités », c'est-à-dire des occupations ou des loisirs dans le cadre de leur vie privée. Jusqu'ici la distinction est assez aisée vu la manière dont les choses ont été présentées. Elle l'est moins dans d'autres domaines comme celui du service public. À la lecture des commentaires¹⁶³⁷ sur le service public de la justice en Afrique, devrions-nous nous demander si son « fonctionnement » ou plutôt son « activité » est insatisfaisant(e) ? Pour répondre à cette question, d'aucuns feraient préalablement ici la distinction entre ce qui relève de l'aspect purement administratif du service (fonctionnement) et ce qui a trait à l'évaluation de la quantité et de la qualité des décisions rendues (activité). D'autres estimerait qu'il s'agit d'une même question et que le choix du terme « activité » serait judicieux puisqu'englobant les deux aspects sus-évoqués. Une troisième voie pourrait s'élever et estimer que l'activité d'une institution serait comprise dans son fonctionnement. On le voit assez nettement, l'activité et le fonctionnement se recourent dans le langage courant dans la majeure partie des cas.

746. Partant, leur mention dans les constitutions africaines n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation ; lesquels seraient résolus par le choix d'un seul et unique vocable : le fonctionnement (des institutions et des pouvoirs publics). En effet, ce terme possède une forte connotation systémique. Cela sied autant à la nature artificielle des institutions qu'à leur configuration. En effet, ensemble, les institutions se veulent être un tout cohérent, un système coordonné, et il est dans l'air du temps d'adopter un langage technique pour décrire ou appréhender des constructions ou réalisations humaines à l'instar des organes étatiques. Dans un tel registre, l'emploi de ce terme se prête mieux que celui « d'activité » dont la polysémie est plus importante.

747. En outre, la redéfinition de l'objet de la régulation nécessite d'identifier les organes concernés. Il s'agit d'isoler les organes qui doivent relever de la régulation juridictionnelle en Afrique afin que le juge africain ne soit pas accusé de développer au

¹⁶³⁷ V. § 554.

travers de cette attribution un office tentaculaire ou taxé d'empiètement sur les compétences d'autres organes (administratif ou juridictionnel). Il n'est pas ici question de faire simplement un choix entre « institutions » et « pouvoirs publics », mais bien de proposer une formule qui, tenant compte du contexte des États africains, circonscrirait l'objet de la régulation. Autrement dit, nous identifierions ici les seules institutions que doit réguler le juge constitutionnel africain.

748. D'emblée, il faut exclure la référence aux « pouvoirs publics » car il s'agit d'une notion excessivement restreinte. Identifier les pouvoirs publics aux organes matérialisant la séparation des pouvoirs reviendrait à ignorer l'intervention salvatrice (sinon déterminante) du juge constitutionnel africain lorsque l'organisme public¹⁶³⁸ en charge des élections était dans une impasse. Or, ce dernier n'est pas à proprement parler un pouvoir public si l'on retient notre définition¹⁶³⁹ donnée plus tôt. Par conséquent, la régulation ne peut seulement porter sur l'exécutif, le parlement et le pouvoir judiciaire.

749. Quant à la notion « [d'] institution », elle renvoie à des réalités¹⁶⁴⁰ si diverses qu'il serait périlleux de la retenir, à moins de fournir une liste exhaustive des organes devant recevoir une telle appellation. C'est, nous l'avions dit, la voie choisie par le constituant sénégalais. Même si le Conseil constitutionnel dans son arrêt 1993, en démontrant son importance « pour la continuité du fonctionnement des institutions »¹⁶⁴¹, a en quelque sorte *institutionnalisé* la Commission nationale de recensement des votes ; la liste de l'article 6¹⁶⁴² paraît donc incomplète.

750. Des institutions, on en trouve partout si l'on estime qu'elles ont la permanence pour caractéristique essentielle. Le Doyen Carbonnier ne présentait-il pas le mariage comme une « institution »¹⁶⁴³ de nature juridique ? Cela est connu, il en existe de toutes sortes, et se limiter au cadre étatique n'y change rien. On pourrait ainsi considérer qu'une institution étatique serait toute administration publique placée sous l'autorité du gouvernement ou d'une autorité locale, mais ce serait étendre à l'infini le champ d'intervention du juge, lequel

¹⁶³⁸ Ce fut le cas au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Sénégal.

¹⁶³⁹ V. § 414 et s.

¹⁶⁴⁰ V. § 175 et note 373.

¹⁶⁴¹ Décision n°5-E-1993 du 2 mars 1993, cons. 12.

¹⁶⁴² L'article 6 de la Constitution sénégalaise énumère en effet les institutions de la République.

¹⁶⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, PUF, 2017, p. 4.

finirait, par exemple, par réguler le fonctionnement des services municipaux. Ce n'est pas ce que nous souhaitons et encore moins ce que souhaitaient objectivement les constituants africains. Nous postulons alors que les organes *régulables* doivent être uniques (ou centraux) et participer ou contribuer à la mise en œuvre d'un droit ou d'un principe constitutionnel. Cela a pour conséquence d'exclure les organes déconcentrés et décentralisés. Doivent être considérées comme des institutions *régulables* : l'exécutif, le pouvoir législatif, l'organe¹⁶⁴⁴ concourant au renouvellement des titulaires des deux premières fonctions, le Conseil de la magistrature¹⁶⁴⁵ et les autorités administratives¹⁶⁴⁶ créées par la constitution. Nous tirons là encore les leçons du passé puisque la majorité des institutions précitées ont « dysfonctionné » à un moment ou à un autre au cours de la période allant des années quatre-vingt-dix à nos jours. Nous tirons également un enseignement de la Constitution sénégalaise qui a ouvert une voie. À savoir, l'adoption d'une liste exhaustive des institutions éminentes de l'État. En s'inspirant de ce procédé, en matière de régulation, il est souhaitable que les autorités africaines compétentes (le constituant ou le législateur organique) établissent une liste

¹⁶⁴⁴ Nous faisons ici référence à l'organe central en charge des élections et qui est très souvent une autorité administrative indépendante. Afin d'accroître la sincérité des résultats, la plupart des États africains ont adopté ce système d'organisation et de gestion des opérations électorales. Nous excluons des institutions *régulables* les démembrements locaux de cet organe. La résolution des crises affectant les démembrements devrait relever de l'organe central. Quant au juge constitutionnel, il lui reviendra de réguler si et seulement si, dans l'hypothèse où les mesures décidées par l'organe central n'auraient pas permis d'éviter ou de faire cesser la crise au niveau local, ces difficultés impactent le fonctionnement de l'institution à caractère national. C'est donc toujours au niveau de l'institution nationale que la régulation se fera, et ce malgré le fait que ses effets se ressentiront au niveau local.

¹⁶⁴⁵ Dans certains États, les décisions du Conseil de la magistrature ne peuvent être contestées. Or, ces décisions (mutation d'un magistrat ou sanction disciplinaire) peuvent violer des droits et principes constitutionnels. En outre, dans les rares cas où sa présidence n'est pas confiée à une personnalité de l'exécutif (Côte d'Ivoire), qu'il n'est composé que des magistrats et que le Conseil de la magistrature est amené à donner des avis conformes sur certaines décisions individuelles ou à proposer des nominations, il pourrait entrer en conflit avec l'exécutif qui est censé les entériner. v. J. DJOGBENOU, « L'ambiguïté statutaire du pouvoir judiciaire dans les Constitutions des États africains de tradition juridique française » in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique. Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, p. 481 et s. ; G. E. NONNOU, *L'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États d'Afrique francophone : cas du Bénin et du Sénégal*, Thèse soutenue à Abomey-Calavi, 2016 ; G.E. NONNOU, « Le conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États francophones d'Afrique » in *Les Cahiers de la Justice*, n°4, 2018, p. 715-733 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.cairn-int.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2018-4-page-715.htm>).

¹⁶⁴⁶ On évoquera les équivalents du Conseil supérieur de l'audiovisuel français que sont la Haute Autorité de l'audiovisuel et de la communication au Bénin, la Haute Autorité de la communication au Gabon, Conseil supérieur de la communication au Niger, ou encore le médiateur de la République qui est une autorité administrative indépendante en Côte d'Ivoire.

exhaustive et définitive des organes rentrant dans le champ de régulation des juridictions constitutionnelles africaines lorsque celles-ci se voient attribuer une telle compétence.

751. S'agissant des organes juridictionnels *stricto sensu*, grands absents de notre liste des institutions *régulables*, l'instance ordinaire suprême (Cour suprême, Conseil d'État, Cour de cassation...) est la plus à même de résoudre les difficultés internes que rencontre l'ordre juridictionnel qu'elle supervise. Il n'est pas souhaitable que le juge constitutionnel concurrence la ou les cours supérieures sur ces questions. Néanmoins, dans les États africains dotés de deux ordres juridictionnels mais dépourvus d'une juridiction de résolution des conflits, à l'instar du Tribunal des conflits français, il serait judicieux que le juge-régulateur endosse ce rôle supplémentaire ; ce qui est déjà en quelque sorte le cas au Gabon¹⁶⁴⁷.

752. Enfin, quelques mots doivent être dits à propos des pouvoirs que la régulation confère aux cours constitutionnelles et qui devraient figurer dans la constitution sinon dans la loi organique. Nous souscrivons à cette idée émise par un professeur bordelais, éminent spécialiste du droit constitutionnel africain, et selon laquelle il « semble nécessaire de doter le juge [constitutionnel] de pouvoirs plus importants que par le passé [...] »¹⁶⁴⁸. Bien évidemment, on ne peut aller dans le détail pour prévoir ce que le juge peut faire ou non car la solution régulatrice épouse les faits de la crise. Il existera autant de solutions régulatrices que de crises institutionnelles. La régulation est imprévisible. Pour autant, il est possible d'avancer les principales orientations que peut prendre la régulation. En premier lieu, lorsque la crise n'est pas le fait d'une ou plusieurs autorités, le premier pouvoir du juge-régulateur est de décider d'une solution de sortie de crise, quelle qu'elle soit. Il s'agit du premier stade de la régulation tel que consacré par les constitutions africaines aujourd'hui. Quand le fonctionnement des institutions est menacé, voire empêché par des faits imputables à des personnalités identifiées, il revient au juge d'user d'un second pouvoir qu'est la sanction ; ce qui correspond au second stade. La sanction ici peut se limiter au remplacement de la personne fautive ou aller jusqu'à la déclaration de vacance. Pour autant, si réguler est crucial et décisif, les enjeux ne doivent pas conduire le juge à développer une

¹⁶⁴⁷ *v.* § 761.

¹⁶⁴⁸ A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? » in La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges Ahanhanzo-Glélé, op. cit. p. 728.

jurisprudence injonctive. Alors que la *régulation-sanction* se prête assez bien au contexte politique africain, les injonctions détonnent. En effet, contrairement au mécanisme de la vacance prévue par la législation nationale et que le juge va simplement provoquer au moyen de sa décision relevant l'attitude condamnable d'un élu ou d'une personne assurant une fonction publique, l'injonction ne repose sur aucun texte et ne peut entraîner aucune autre sanction que celle de la vacance du poste occupé par le destinataire de l'injonction. Tout bien considéré, l'injonction est moins la manifestation d'un véritable pouvoir que le signe de l'agacement du juge, avant que ce dernier ne se décide à passer au second stade.

2. Régulation institutionnelle et conflits d'attributions entre les institutions de l'État

753. Dans sa contribution aux *Mélanges Glélé*, un ancien président de la Cour béninoise s'interrogeait sur le fait de savoir si

« [...] toutes les compétences dévolues à une juridiction constitutionnelle et particulièrement à la Cour constitutionnelle du Bénin, ne se réduisent pas à la fonction de régulation. [...] Contrôle de constitutionnalité, protection des libertés publiques et des droits fondamentaux de la personne humaine, veiller à la régularité des élections et réguler le fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Est-ce que tout cela n'est pas la fonction de régulation ? »¹⁶⁴⁹.

754. S'il ne fait aucun doute que Robert Dossou retenait à cette époque une très large acception de la régulation (pratiquée par les cours), cela n'enlève pas à la résolution des conflits d'attributions – une autre compétence expresse du juge constitutionnel africain – son caractère superfétatoire dans les systèmes où il est également reconnu à ce même juge le rôle de régulateur ; et en l'état actuel des constitutions africaines et de la jurisprudence constitutionnelle, les systèmes béninois, gabonais et nigérien¹⁶⁵⁰ entrent dans ce cadre. Les textes organiques détaillant cette mission de résolution des conflits, on y apprend que la saisine du juge n'est pas ouverte à tous. À l'Ouest¹⁶⁵¹, la juridiction ne peut être saisie que par le chef de l'État, le président de l'Assemblée nationale et le premier ministre¹⁶⁵². Au

¹⁶⁴⁹ R. DOSSOU, « La fonction régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines : cas du Bénin » in *Mélanges Maurice Ahanhanzo-Glélé*, op. cit. p. 729.

¹⁶⁵⁰ v. Arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

¹⁶⁵¹ Au Bénin et au Niger.

¹⁶⁵² Cette fonction n'a pas d'existence constitutionnelle au Bénin. Le premier ministre n'est donc pas au nombre des personnalités susceptibles de saisir le juge constitutionnel.

Gabon, en plus des personnalités précitées, sont autorisés à saisir la Cour d'un conflit d'attributions : le président du Sénat, un dixième des parlementaires d'une chambre, les présidents des cours supérieures ordinaires (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes) et « tout Président d'une institution de l'État »¹⁶⁵³. Partout, sont donc exclues les saisines formulées par des autorités décentralisées.

755. Au premier abord, le contentieux (du conflit) des attributions est un contrôle de constitutionnalité détourné qui porte, non plus sur un acte, mais sur une situation de fait. Loin de questionner la conformité d'un acte à la constitution, ce contentieux pose la question de la compétence d'un organe - et donc indirectement celle de la régularité de la situation dudit organe à l'égard de la constitution - alors qu'une ou plusieurs autres institutions réclament elle(s) aussi l'exercice en cause, et donc la dénie au premier. Autrement dit, dans le cas où les attributions des institutions impliquées dans le conflit sont régies par la constitution, le conflit d'attributions consiste à désigner l'institution qui, conformément au texte fondamental, est en droit d'exercer la ou les compétences disputées. En décidant qu'une attribution *F* relève finalement d'un organe *X*, et non d'un autre *Y*, le juge déclare, implicitement, contraire à la constitution l'exercice par *Y* de *F*. Comme conséquence immédiate, la résolution juridictionnelle du conflit permettra à l'institution *X*, reconnue comme étant dans son droit d'accomplir *F*, de fonctionner de manière régulière alors que jusqu'à la décision de la cour, du fait de l'existence du conflit, cela lui était impossible.

756. Ceci dit, la gestion des conflits d'attributions apparaît d'abord comme une forme de régulation au sens où l'entendait le président Dossou. Une régulation dans laquelle on pourrait tout aussi bien ranger l'action du Tribunal des conflits en France. C'est d'ailleurs ce à quoi font allusion S. Petit¹⁶⁵⁴ et A. Brochard¹⁶⁵⁵ à propos de la juridiction précitée dont la mission générale n'est pas si éloignée de celle des juges constitutionnels africains, même si cette dernière est exécutée à une plus grande échelle en Afrique francophone. En France, il

¹⁶⁵³ Article 62 (nouveau) de l'ordonnance n°00005/PR/2018 du 26 janvier 2018 modifiant et complétant la loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle (nous soulignons).

¹⁶⁵⁴ S. PETIT, *Le Tribunal des conflits*, 1^{er} éd., PUF, 1994, p. 59 et s.

¹⁶⁵⁵ A. BROCHARD, *Une histoire du Tribunal des conflits : Le Tribunal des conflits et la protection de l'administration*, Thèse soutenue à Paris, 2017, p. 281 et s.

est plus précisément question d'une « régulation de la dualité juridictionnelle, un maintien de son bon fonctionnement »¹⁶⁵⁶ comparable à « la régulation institutionnelle »¹⁶⁵⁷ pratiquée par les Cours suprêmes ordinaires au sein des ordres administratif et judiciaire, nous dira A. Brochard. Or, dans les anciennes colonies françaises subsahariennes, il est question d'une régulation (*via* la résolution d'un conflit d'attributions) mettant en scène des institutions variées, c'est-à-dire politiques, administratives et juridictionnelles. En effet, les textes constitutionnels et organiques se limitant à désigner les requérants, et non les institutions impliquées dans le conflit, le président de la République pourrait par exemple porter à la connaissance du juge constitutionnel un conflit auquel il ne serait même pas partie ; la qualité des requérants ne sert finalement qu'à donner plus de poids à la problématique institutionnelle, à montrer qu'elle est digne d'intérêt, à indiquer qu'il en va du bon fonctionnement d'une ou plusieurs institutions, voire de l'ensemble du système institutionnel. Ainsi, « le contentieux des attributions des institutions » entend lui aussi, et de manière indirecte, éviter le blocage d'une institution occasionnée par les prétentions d'une autre ; le vocable « conflit » est plus qu'évocateur car le fonctionnement régulier d'une institution sera empêché aussi longtemps que perdurera le conflit. Le « conflit » est ou peut donner lieu à un blocage.

757. Cette fois-ci, en poursuivant indirectement le(s) même(s) objectif(s) que la régulation institutionnelle à proprement parler¹⁶⁵⁸, la résolution des conflits en est l'une des formes. Alors qu'à la lecture des autres attributions des cours et conseils, la régulation institutionnelle

« a un caractère générique, additionnel, voire subsidiaire, et qu'on ne peut y recourir que si sa demande et les résultats auxquels on souhaite que le juge constitutionnel aboutisse, ne correspondent pas à l'exercice d'une autre attribution par le même juge »¹⁶⁵⁹,

758. nous estimons – au regard de sa pratique en Afrique – qu'elle est la matrice de l'attribution relative aux conflits des attributions ; attribution dont la principale spécificité réside dans la question posée aux juges. À savoir : qui serait compétent pour exercer telle

¹⁶⁵⁶ *Ibid.* p. 281.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* p. 283.

¹⁶⁵⁸ Telle que posée par les constitutions africaines.

¹⁶⁵⁹ G. BADET, *Les attributions originales... op. cit.* p. 388.

attribution ? Or, le juge constitutionnel, saisi en tant qu'organe régulateur, peut répondre *par ricochet* à cette même question, et ce, sans jamais se référer aux dispositions constitutionnelles fondant sa compétence en matière de conflits de compétences.

759. Aujourd'hui, en lieu et place de ce mécanisme de résolution juridictionnelle des conflits, la mention ou la reconnaissance du rôle de régulateur aux cours constitutionnelles africaines suffirait. Il faudrait alors simplement organiser une procédure de saisine du juge-régulateur par l'ensemble des responsables des institutions *régulables*¹⁶⁶⁰. Quant aux autres conflits, c'est-à-dire ceux impliquant uniquement les institutions exclues de la liste que nous avons précédemment établie, ils pourront relever de la justice ordinaire. Ce serait notamment le cas des conflits entre les organes locaux ou entre ces derniers et les administrations (déconcentrées et autonomes) de l'État.

760. S'il ne fait aucun doute que le contentieux des attributions, tel qu'il est posé aujourd'hui dans les textes africains, vise au respect et à la préservation des fonctions de chaque institution, ce mécanisme peut être aisément supprimé. Il a été peu ou – dans certains États – jamais mis en œuvre, et ce, pour plusieurs raisons. Politiquement, il ne peut y avoir de conflit à vrai dire, et s'il y en a il a peu de chance d'être porté devant le juge constitutionnel. Comment pourrait-il en être autrement quand tous les responsables des institutions éminentes sont plus ou moins du même bord politique ou ont accédé à ces fonctions avec la bénédiction et l'appui de la présidence de la République ? De manière informelle, c'est le chef de l'État qui se chargera de mettre un terme au conflit. À vrai dire, seul un conflit entre les ordres juridictionnels et une cohabitation pourraient générer suffisamment de problèmes pour saisir le juge. Pour ce qui est de la cohabitation politique, on se souviendra que durant ces trente dernières années, cette situation ne s'est produite qu'une seule fois ; les chances qu'elle se présente à nouveau sont très faibles, voire inexistantes. S'agissant des conflits entre juridictions, il n'existe à ce jour aucune jurisprudence en la matière. Au Gabon, où les présidents des cours supérieures ordinaires peuvent saisir la Cour constitutionnelle depuis 2019, celle-ci n'a jamais été sollicitée par les hauts magistrats. En outre, les acteurs politiques de premier plan privilégient volontiers d'autres mécanismes pour amener les juges constitutionnels à trancher une question de

¹⁶⁶⁰ V. § 751.

compétence. Délaissant le mécanisme dédié, les requérants ont tendance à saisir le juge en tant qu'interprète de la constitution. La requête en interprétation de la Constitution et/ou une demande d'avis n'ont-elles pas servi en ce sens au moment de la cohabitation nigérienne de 1995 ? L'ancienne chambre constitutionnelle a-t-elle eu besoin de s'auto-investir d'une autre mission que celle d'interprète de la constitution ? La négative s'impose pour répondre à la dernière question. Ce qui souligne le dédain dont certaines missions des cours font l'objet.

B. LE REMANIEMENT DES FORMULES RÉDACTIONNELLES SUR L'INTERPRÉTATION

761. En matière d'interprétation, deux aspects méritent aujourd'hui d'être abordés. Alors que le premier aspect porte sur la reconnaissance de la juridiction constitutionnelle africaine comme unique interprète de la constitution (1), le second est relatif aux nouvelles modalités d'exercice de cette fonction (2).

1. Gardien politique et gardien juridictionnel : une ambiguïté périlleuse pour le juge

762. Il est de ces expressions que le constitutionnalisme africain des années quatre-vingt-dix a, semble-t-il, voulu écarter. Au nombre de ces formules se trouve celle de « garant politique » récemment évoquée par la Cour constitutionnelle gabonaise. Loin de s'auto-attribuer une telle fonction ou mission, la haute juridiction a reconnu ce rôle au chef de l'État. Chose qui n'est pas sans contredire les propos que nous tenions plus tôt¹⁶⁶¹ quant au rôle d'arbitre du président.

763. En l'espèce, la Cour était saisie d'une demande d'avis formulée par le premier ministre à propos d'amendements parlementaires au projet de loi de révision constitutionnelle de 2018. Au moment de l'examen du quinzième amendement qui prévoyait que les membres du gouvernement devaient, à l'instar du président de la

¹⁶⁶¹ V. § 239.

République, prêter serment sur la Constitution, la Cour jugea cette nouvelle modalité incompatible avec le reste des dispositions constitutionnelles.

« [...] Qu'en édictant que les membres du Gouvernement prêtent serment sur la Constitution, le Parlement, par cet amendement, place ces derniers au même niveau de responsabilité que le Président de la République qui, lui aussi, prête serment sur la Constitution dont il est, à la différence des membres du Gouvernement, le gardien politique et qu'il se doit non seulement de respecter, mais également de défendre ; que du reste, les deux serments n'ont pas la même portée ; »¹⁶⁶².

764. À la lecture de ce considérant, il nous faut dire ce que la Cour ne dit pas. Effectivement, la haute juridiction opère une distinction entre « gardien politique » et gardien « juridique »¹⁶⁶³ (ou juridictionnel) de la constitution. Certes, il s'agit d'un *duo* – et dans certains cas d'un *duel* – largement admis en doctrine, mais que les textes gabonais n'ont jamais expressément consacré. Dans ces derniers, n'est désigné comme « gardien »¹⁶⁶⁴ que le pouvoir judiciaire dont la Cour ne fait pas partie. Ceci pour dire que le constituant gabonais a toujours été indifférent, de 1960 à nos jours, à l'idée d'un chef de l'État gardien, ce qu'atteste la lecture des différentes constitutions¹⁶⁶⁵ gabonaises. Mais, au-delà de l'origine prétorienne de cette fonction politique du chef de l'État, sa reconnaissance peut se révéler néfaste pour la justice constitutionnelle elle-même.

« Un président de la République gardien de la Constitution et non pas arbitre implique, par conséquent, la préférence pour la protection politique de la Constitution au détriment de la garantie juridictionnelle, reproduisant ainsi, après plusieurs décennies, la célèbre controverse qui a opposé Hans Kelsen à Carl Schmitt sur le gardien de la Constitution. Elle induit nécessairement la minoration de l'autorité du juge constitutionnel qui n'est susceptible d'être remise en cause que de haute lutte. »¹⁶⁶⁶,

765. dira Delphine E. Adouki dans une étude portant sur le système constitutionnel sénégalais. Ce constat peut effectivement être fait au Gabon dans la mesure où la

¹⁶⁶² Avis n°045/CC du 10 janvier 2018 relatif aux amendements formulés par les deux chambres du Parlement sur certaines dispositions du projet de loi portant révision de la Constitution de la République Gabonaise, cons. 13 (nous soulignons).

¹⁶⁶³ Dans la déclaration préalable à la lecture de la décision n°22/CC du 30 avril 2018, la Cour se présenta comme la « gardienne juridique de la Constitution [...] ».

¹⁶⁶⁴ Point n°23 de l'article premier de la Constitution.

¹⁶⁶⁵ v. Les différentes constitutions gabonaises dans l'histoire sur le site indépendant *Legigabon* à l'adresse suivante : <https://www.legigabon.com/les-anciennes-constitutions>.

¹⁶⁶⁶ D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *op. cit.* p. 618.

jurisprudence précitée a pour conséquence d'autoriser le chef de l'État à jouer un rôle plus actif et à concurrencer le juge constitutionnel en matière d'interprétation car, comme P. Ardant l'expliquait, un « gardien [de] texte en est nécessairement l'interprète »¹⁶⁶⁷. L'avis de 2018 nuance alors très fortement l'article 88 qui, lui, prévoit que « la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution, et les autres textes à valeur constitutionnelle [...] ». En agissant comme l'a fait la juridiction gabonaise, a-t-elle les moyens de s'opposer à une autre lecture de la Constitution de la part de l'exécutif ? Recourons à nouveau à une illustration pour mieux saisir la question. Soit X une disposition constitutionnelle et X' l'interprétation de X retenue par le président de la République. Contestant X', les élus de l'opposition décident de saisir la Cour afin qu'elle délivre une interprétation officielle de X. Soit les juges confirmeront l'interprétation du président, soit ils en délivreront une nouvelle (X'') qui sera par principe définitive (même si la constitution ne le dit pas). Telles que semblent être les choses au Gabon, X'' devra moins compter sur le Droit que sur la bonne volonté du chef de l'État pour s'imposer. En d'autres termes, la Cour serait démunie dans l'hypothèse où l'exécutif ferait fi de sa jurisprudence. Par son avis de 2018, le juge gabonais a maladroitemment participé à l'éclatement d'une attribution propre et pour laquelle il existe en droit gabonais une procédure¹⁶⁶⁸. Le même reproche peut être fait à l'endroit des constituants et des juges constitutionnels africains qui reconnaissent un rôle de gardien (de la constitution) au président de la République.

766. Quand il fait référence au chef de l'État, le rôle de « gardien » revient sur une rupture historique voulue et opérée par les constitutions du Renouveau. Générale, la mission dont le chef d'État africain se verrait « réinvesti » couvre un champ aussi large que celui couvert par le juge. Or, la limitation du pouvoir présidentiel était au nombre des conditions d'une véritable démocratisation des régimes africains. Il s'agissait autant de libéraliser la vie partisane que de déconcentrer le pouvoir exécutif en faisant émerger la figure du premier ministre (ou du gouvernement) ; les commentaires de la doctrine autorisée s'accordent suffisamment sur ce point qu'il est inutile de les convoquer à nouveau. C'est à partir de ce recadrage de la fonction présidentielle que la juridiction constitutionnelle a pu

¹⁶⁶⁷ P. ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle » in *Pouvoirs*, n°41, PUF, 1987, p. 41.

¹⁶⁶⁸ Article 61.

devenir une véritable juridiction à même de remplir ses attributions (anciennes et nouvelles), et ce, sans s'inscrire dans un rapport de rivalité avec un autre organe. Autrement dit, les constitutions africaines de la fin du dernier siècle firent des cours et conseils constitutionnels leurs seuls et uniques gardiens et interprètes. L'idée d'un président-gardien revient autant sur l'histoire politique que sur les dispositions constitutionnelles ; raison pour laquelle toute référence à cette idée est à bannir en droit interne où l'interprétation n'est pas limitée à des cas précis. Il s'agit d'une compétence générale¹⁶⁶⁹ du juge qui peut être sollicitée ou exercée à chaque fois que ce dernier l'estime utile. Mais nous ne sommes pas sans savoir que sous d'autres cieux, la coexistence de gardiens de la constitution a été admise¹⁶⁷⁰ et continue de l'être, par exemple, dans des circonstances où le gardien politique est obligé d'évaluer une situation (et donc de l'interpréter) au regard de la constitution pour agir ou non. On aura compris que la Vème République française fait partie de ces autres systèmes et que la situation à laquelle il a été fait allusion est celle de l'exercice des pouvoirs de crise¹⁶⁷¹. Mais, en Afrique noire francophone, cette coexistence de gardiens – capables tous deux d'interpréter l'ensemble des dispositions à valeur constitutionnelle – ne pourrait être sans être perçue comme une régression du régime car on est ici dans des États où « les violations de la Constitution [étaient et sont] courantes »¹⁶⁷². S'il est permis à certaines personnalités en Afrique de saisir le juge d'une requête en interprétation, c'est bien pour éviter que ne prolifèrent des interprétations non officielles, c'est-à-dire non juridictionnelles. Le mécanisme de la requête ne traduit pas autre chose que le monopole de l'organe de justice constitutionnelle en la matière. En réalité, ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourrait exister simultanément un gardien juridictionnel et un gardien politique au sud du Sahara. En dehors des circonstances où le chef de l'État est contraint d'interpréter (évaluation de la situation de crise ...), il pourrait encore le faire lorsqu'il s'avère impossible de saisir le gardien juridictionnel. Dans ce seul et unique cas de figure, le président pourrait par exemple interpréter la Constitution en lieu et place du juge. Mais, même dans cette circonstance plus qu'exceptionnelle, le titre de « gardien » doit être évité. Une formule mettant l'accent sur la

¹⁶⁶⁹ Nous soulignons afin de s'insister sur la portée de cette attribution.

¹⁶⁷⁰ Charles de Gaulle et François Mitterrand délivrèrent une lecture personnelle de l'article 30 relatif à l'ouverture et à la clôture d'une session parlementaire extraordinaire.

¹⁶⁷¹ Article 16 de la Constitution française.

¹⁶⁷² P. ARDANT, « L'article 5 et la fonction présidentielle », *op. cit.* 42.

fonction de suppléance du président de la République en matière d'interprétation constitutionnelle serait donc plus appropriée.

2. Les nouvelles modalités de l'interprétation constitutionnelle

a. La (re)définition de l'objet de l'interprétation constitutionnelle

767. Si l'on souhaite s'intéresser aux améliorations que devraient connaître les textes fondamentaux africains consacrant le pouvoir interprétatif des juges constitutionnels, il ne fait aucun doute que l'objet même de cette compétence doit être notre première préoccupation.

768. Laissant de côté les analyses théoriques entourant l'objet de l'interprétation constitutionnelle, c'est-à-dire celles qui postulent tour à tour que l'interprétation porterait sur un énoncé juridique ou sur une norme, nous entendons plutôt identifier les textes interprétables par les cours et conseils africains. En d'autres termes, une fois habilitées à interpréter, sur quoi devraient se pencher les Hautes juridictions.

769. La définition de l'objet de l'interprétation pratiquée par le juge constitutionnel africain est d'un grand intérêt. Il nous a été donné de voir que la jurisprudence constitutionnelle africaine est des plus surprenantes quand il s'agit des textes effectivement interprétés. Ces derniers, qui sont par voie de conséquence les référentiels du contrôle de constitutionnalité, ne permettent pas de saisir parfaitement la réalité qu'est le bloc de constitutionnalité. On le sait, interprétation constitutionnelle et bloc de constitutionnalité sont deux notions imbriquées dans la mesure où le contenu de la dernière (notion) trace *de facto* les limites ou plutôt détermine les objets de la première. Le « bloc de constitutionnalité »¹⁶⁷³ n'étant pas prévu par les textes africains, il faut admettre que le pouvoir interprétatif de certains juges africains s'exerce au-delà des prescriptions constitutionnelles alors que celles-ci font de la constitution l'unique texte à interpréter. Plus précisément, il nous a par exemple été donné de voir que des textes organiques, en Côte

¹⁶⁷³ Une formule assez proche de l'idée d'un « bloc » a été retenue par le constituant gabonais. Ce dernier fait référence aux « [...] autres textes à valeur constitutionnelle » qui peuvent être interprétés par la Cour. v. Article 88.

d'Ivoire et au Gabon, pouvaient servir d'instruments de contrôle pour de diverses raisons. Dans le dernier État, des lois ordinaires ont même reçu une valeur constitutionnelle¹⁶⁷⁴.

770. La jurisprudence constitutionnelle africaine ne manque certainement pas d'originalité. Pour autant, ces situations ne sont pas souhaitables. D'une part, elles diluent la « constitutionnalité », c'est-à-dire cette caractéristique propre aux textes regardés, tant formellement que matériellement, comme supérieurs en droit interne. D'autre part, elles érodent la distinction entre constituant, législateur organique et législateur ordinaire dans la mesure où les actes adoptés par les deux derniers peuvent potentiellement se hisser au sommet de la hiérarchie normative sous la plume des juges. Tout ceci pour dire, après évaluation, que la densification de certains blocs est excessive et maladroite ; chose qui invite les constituants africains aujourd'hui à préciser les instruments concernés par la fonction interprétative des juridictions constitutionnelles.

771. Il est possible, à partir des énoncés constitutionnels en vigueur dans les systèmes où le pouvoir d'interprétation constitutionnelle est expressément reconnu au juge constitutionnel, d'élaborer une formule qui tienne compte de l'ensemble des évolutions jurisprudentielles au sein de notre échantillon d'analyse. En effet, il ne serait pas raisonnable d'inviter les constituants (béninois, ivoirien et sénégalais) à reprendre *in extenso* l'une ou l'autre des formules retenues au Niger ou au Gabon. Dans le premier État, l'objet apparaît limité quand on a à l'esprit les autres textes qui font effectivement partie du bloc de constitutionnalité. Si le juge nigérien ne peut interpréter que « les dispositions de la Constitution », que doit-il faire de la Déclaration de 1948, des Pactes de 1966 ou de la Charte africaine de 1981 ? Assurément, il doit pouvoir également les interpréter. Au Gabon, où cette fois « [...] la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution, et les autres textes à valeur constitutionnelle », la formule est trop extensive. Si elle permet d'englober les autres textes auxquels le préambule fait allusion, elle ne limite pas le contenu du bloc à ces derniers. En d'autres termes, il peut exister d'autres textes à valeur constitutionnelle que ceux énumérés par la constitution ; une faiblesse du texte que la juridiction constitutionnelle gabonaise semble avoir bien cernée et surtout exploitée jusqu'ici. Nous rejetons naturellement la formule précitée en raison du danger qu'elle

¹⁶⁷⁴ V. § 325 et 326.

constitue pour la hiérarchie et la cohérence qui doivent prévaloir entre les textes normatifs en droit interne.

772. Alors, de quoi les juges constitutionnels africains doivent-ils être les interprètes ? Pour notre part, l'interprétation pratiquée par les juridictions constitutionnelles africaines doit porter bien évidemment sur trois catégories de textes ; la première étant celle formée par le texte constitutionnel lui-même, c'est-à-dire son préambule et les dispositions constitutionnelles. La seconde catégorie quant à elle rassemble les instruments auxquels le peuple affirme « constitutionnellement » son attachement, et il est heureux que cette catégorie renferme essentiellement des textes protecteurs des droits et libertés individuels. Participant *de jure* ou *de facto* à la protection desdits droits en droit interne, il est logique que les juges constitutionnels continuent de disposer de tout un éventail de textes libéraux, et ce, d'autant plus qu'il est presque toujours question d'instruments incontournables tels que la Déclaration universelle de 1948 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Il est encore plus souhaitable que les juges constitutionnels interprètent ces actes quand on sait que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples peut, elle aussi, tous les interpréter mais que sa saisine¹⁶⁷⁵ n'est qu'exceptionnellement ouverte aux particuliers¹⁶⁷⁶. En effet,

« La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, [du protocole relatif à ladite charte], et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés »¹⁶⁷⁷,

773. mais la juridiction continentale ne peut être saisie de requêtes individuelles que si celles-ci intéressent un État ayant accepté la compétence de la Cour dans le cadre de l'article

¹⁶⁷⁵ L'article 5 §1 du Protocole dispose : « Ont qualité pour saisir la Cour :

- a) La Commission ;
- b) L'État partie qui a saisi la Commission ;
- c) L'État partie contre lequel une plainte a été introduite ;
- d) L'État partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme ;
- e) Les organisations inter-gouvernementales africaines ; ».

¹⁶⁷⁶ Il existe également un mécanisme de saisine indirecte de la Cour. En effet, les individus et les ONG sont autorisés à présenter des communications devant la Commission africaine. Une fois ces communications faites, cette dernière peut décider de saisir la Cour africaine. Il est à relever qu'aucun État parti ne peut s'opposer à ce que des individus ou des ONG exposent devant la Commission

¹⁶⁷⁷ Article 3 §1 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Nous soulignons).

5 §3¹⁶⁷⁸. Or, selon la documentation¹⁶⁷⁹ accessible, seuls dix (10) États dont le Bénin et la Côte d'Ivoire ont déclaré accepter la compétence de la Cour comme le veut l'article 34 §6¹⁶⁸⁰. Pour en revenir aux juges constitutionnels, et comme on peut s'y attendre, il est nécessaire qu'ils puissent appliquer, partant interpréter, des instruments qui risquent de ne jamais l'être au niveau de la juridiction continentale sans l'aval ou l'intervention des États.

774. Dans la troisième et dernière catégorie de textes interprétables, il convient de ranger les textes politiques – parfois conclus à l'étranger – de droit interne. Consacrant des droits et libertés particulièrement nécessaires à notre époque ou résolvant¹⁶⁸¹, au moyen de mécanismes singuliers, des crises politiques¹⁶⁸², ces textes ont pour première caractéristique commune de n'avoir pas été adoptés sinon élaborés selon les procédures classiques, ordinaire ou extraordinaire (révision constitutionnelle). La Charte nationale des libertés¹⁶⁸³ au Gabon, les actes des conférences nationales, l'Accord établissant une paix définitive entre le gouvernement de la République du Niger et l'organisation de la résistance armée¹⁶⁸⁴, l'Accord de Marcoussis¹⁶⁸⁵ sur la crise ivoirienne, le Protocole d'accord issu du dialogue d'Angondjé¹⁶⁸⁶ sont autant d'actes juridiques élaborés dans des conditions tout à fait

¹⁶⁷⁸ « La Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non-gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34 (6) de ce protocole ».

¹⁶⁷⁹ v. Site institutionnel, à l'adresse suivante : <https://fr.african-court.org/index.php/basic-documents/declarations>.

¹⁶⁸⁰ « À tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration ».

¹⁶⁸¹ Salués par la classe politique africaine, ces textes communément appelés « accords politiques » sont souvent critiqués par la doctrine car jugés « [...] généralement déstabilisateur[s] de la Constitution, [et exceptionnellement] protecteur de la loi fondamentale ». v. F. J. AÏVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique » in *RDP*, *op. cit.* pp. 13 et 15. S. BOLLE les qualifie à juste titre de « constitution[s] parallèles ». S. BOLLE, « Des constitutions “made in” Afrique » in *Constitution en Afrique* [en ligne], *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸² Pour un dénombrement et une analyse de ces actes, v. J. L. ANTANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique » in *Revue de la recherche en droit prospectif*, n°123, 2008, pp.1723-1743 ; D. F. MELEDJE « Faire, refaire et défaire la constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », C. Fombad et M. Murray (dir.), *Fostering Constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010, pp 309-339; I. MOUMOUNI, « Les accords de paix en Afrique : de l'illégalité juridique à la para-légalité plurielle » in *RDP*, n°1, 2018, p. 233 et s.

¹⁶⁸³ Charte nationale des libertés du 26 juillet 1990.

¹⁶⁸⁴ Accord établissant une paix définitive entre le gouvernement de la République du Niger et l'organisation de la résistance armée du 15 avril 1995

¹⁶⁸⁵ Accord de Marcoussis du 24 janvier 2003 entre différentes parties au conflit ivoirien

¹⁶⁸⁶ Le dialogue s'est tenu du 28 mars au 26 mai 2017.

exceptionnelles. Prenons ici le cas de la Charte gabonaise des libertés qui a simplement été « ratifiée » alors que son contenu avait été déterminé en dehors de l'Assemblée nationale. En effet, selon l'article 1^{er} de la Loi n°2/90 du 26 juillet 1990 « les recommandations formulées par la Conférence Nationale sur la Démocratie qui s'est tenue à Libreville du 23 mars au 19 avril sont ratifiées sous le terme de Charte Nationale des libertés »¹⁶⁸⁷. L'adoption des autres actes précités s'est elle aussi faite selon des procédures originales et au cours desquelles des puissances, des institutions et des personnalités étrangères sont parfois intervenues.

775. Mais, c'est moins la procédure suivie que les conséquences des textes adoptés sur la constitution (organisation des pouvoirs et libertés fondamentales) en vigueur qui justifie leur interprétation par le juge constitutionnel africain. Il ne peut les ignorer sous prétexte qu'ils sont issus de la classe politique (et non des institutions constitutionnelles) et qu'ils ont emprunté des voies d'élaboration informelles. Loin d'être des textes dénués de portée normative, ces actes complètent et/ou dérogent à la constitution. Pour cette unique raison, et en dépit de « leur entrée par effraction » dans le champ constitutionnel, le juge-interprète se doit de les interpréter à partir du moment où ils ont été traduits en actes juridiques, c'est-à-dire acceptés (ratifiés) par les pouvoirs publics. Ce fut le cas de l'accord de Marcoussis qui, depuis l'Île-de-France, n'était rien d'autre qu'un projet d'une révision constitutionnelle qui sera mis en œuvre près de sept mille kilomètres plus loin. Par exemple, la première série de réforme concernait alors les conditions d'éligibilité du chef de l'État. Considérant que l'article 35¹⁶⁸⁸ de la Constitution ivoirienne de 2000 se référait à des « concepts dépourvus de valeur juridique ou relevant de textes législatifs »¹⁶⁸⁹, les signataires de l'accord décidèrent que tout candidat à la présidence de la République devait être de « nationalité ivoirienne né de père ou de mère Ivoirien d'origine »¹⁶⁹⁰. Au titre des autres modifications constitutionnelles apportées par l'Accord, il faut souligner le fait que le gouvernement de

¹⁶⁸⁷ Loi disponible à l'adresse suivante : <https://l.21-bal.com/law/190/index.html?page=3>, consulté le 8/10/2021 (nous soulignons).

¹⁶⁸⁸ « [Le candidat] doit être ivoirien, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine » (nous soulignons).

¹⁶⁸⁹ Texte de l'accord disponible à l'adresse suivante : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/cote-d-ivoire/colonne-droite/documents-de-reference/article/accord-de-linas-marcoussis> (nous soulignons).

¹⁶⁹⁰ *Ibid.* Nous soulignons.

réconciliation nationale devait être dirigé par un « premier ministre de consensus » censé rester en poste jusqu'à la prochaine élection présidentielle. Le chef de l'État se voyait donc privé de son pouvoir constitutionnel¹⁶⁹¹ de nomination et de révocation.

776. Trois catégories de textes, et pas une de plus, permettent donc de définir l'objet de l'interprétation pratiquée par les cours constitutionnelles africaines. Trois catégories qui mériteraient d'être mentionnées dans les constitutions africaines parmi les dispositions relatives aux attributions des cours, et interdiraient ainsi aux juges de se prononcer sur d'autres textes.

b. *L'ouverture du mécanisme de requête en interprétation aux particuliers*

777. Il semblerait qu'en matière d'interprétation, dans les systèmes où il existe une procédure en ce sens, le prétoire de la juridiction soit ouvert à tous. Du Gabon au Niger, le juge-interprète peut être saisi par l'exécutif, les présidents des chambres législatives et par un dixième (1/10) des députés ou des sénateurs.

778. Nous pensons ainsi que ce mécanisme devrait être reproduit dans les autres États africains car on se saurait expliquer, aujourd'hui, que la possibilité d'émettre une requête en interprétation n'est offerte officiellement qu'au seul chef de l'État. Interpréter la constitution s'est révélé être aussi crucial que le contrôle de constitutionnalité, et l'on ne peut que déplorer¹⁶⁹² l'inexistence d'un mécanisme de requête en interprétation au Bénin, en Côte d'Ivoire et au Sénégal. Quand elles n'organisent que des cas de consultation spécifiques (révision constitutionnelle, référendum législatif, conclusion d'accord international, délégalisation...), les constitutions africaines ne permettent « d'interroger » le sens des dispositions constitutionnelles que par un mécanisme direct et général.

¹⁶⁹¹ v. J. D. B. DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique » in *Afrique contemporaine*, vol. 206, n°2, 2003, pp. 41-55.

¹⁶⁹² En France, l'absence d'un tel mécanisme a été relevé par F. LUCHAIRE. Il proposa comme réforme d'autoriser le gouvernement à saisir le Conseil de « question d'interprétation soit de textes soit de ses propres décisions ». v. L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *RDP*, *op. cit.* p. 387.

779. Les cours, et nous anticipons ici les craintes de certains, ne risquent pas d'être engorgées. Loin de là. L'activité des cours gabonaise et nigérienne en donne une parfaite illustration. Le nombre de requêtes interprétatives est de loin inférieur à celui des saisines relatives au contrôle de constitutionnalité des lois dans les deux États. Autre exemple, sur la seule période allant du 23 janvier au 26 août 2020, seuls deux (2) avis¹⁶⁹³ sur vingt-quatre (24) s'inscrivaient dans le cadre des article 31 de la loi organique du 19 juin 2012 (procédure relative aux demandes d'interprétation). Les demandes interprétatives sont rares si l'on tient compte de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour et elles le resteront certainement encore longtemps. Pareil constat peut être fait au Gabon, alors même que les interprétations sont délivrées sous la forme d'une décision¹⁶⁹⁴, et non d'un avis. On aurait tort de croire que le caractère non obligatoire d'un avis interprétatif expliquerait leur nombre en ce sens où les requérants ne trouveraient aucun intérêt à demander une lecture de la constitution qui ne lierait¹⁶⁹⁵ pas. Rien n'est plus éloigné de la vérité. L'*instrumentum* n'a aucune incidence sur l'utilisation de la procédure, partant sur le nombre des requêtes.

780. Néanmoins, l'importation de la procédure sus-évoquée qui, rappelons-le, est fonction de la reconnaissance expresse du pouvoir interprétatif du juge constitutionnel dans les autres ordres juridiques subsahariens ne peut se faire au hasard.

781. Au niveau du politique, il nous faut tenir compte de l'effacement de la primature en Afrique. Effectivement, les régimes africains examinés sont présidentielistes ou en voie de présidentialisation. Il n'existe quasiment plus de couple exécutif, et ce, au détriment de la primature. Le premier ministre est désormais un ministre parmi d'autres et l'on ne comprendrait pas qu'il puisse, lui, contrairement aux autres membres du gouvernement, saisir la juridiction constitutionnelle. Même au Niger où, en dehors de son traditionnel pouvoir réglementaire, il lui est reconnu un rôle plus actif dans la détermination de l'ordre du jour¹⁶⁹⁶ du conseil des ministres, la pratique rapproche le premier ministre de ses homologues africains. En outre, de manière générale en Afrique noire francophone, si l'on

¹⁶⁹³ v. Les avis n° 08/ CC du 30 mars 2020 relatif à l'interprétation des articles 91,93 et 94 de la Constitution et l'avis n°14/CC du 15 avril 2020 relatif à l'interprétation de l'article 87 alinéa 3 et l'article 89 alinéa 1^{er} de la Constitution.

¹⁶⁹⁴ v. Article 61 de la loi organique sur la Cour modifiée par la loi n°003/03 du 2 juin 2003.

¹⁶⁹⁵ Cas du président sortant M. Tandja.

¹⁶⁹⁶ v. Article 57 al. 3.

écarter les hypothèses d'une cohabitation et celle d'un « gouvernement de transition », l'exécutif est toujours monocéphale. Seule la présidence de la République, au niveau de l'exécutif, devrait par conséquent être habilitée à saisir la haute juridiction constitutionnelle ; on pourrait d'ailleurs étendre cette idée à l'ensemble des mécanismes de saisine des juges (contrôle de constitutionnalité *a priori*, contrôle de conformité des traités...). Revenons sur le cas de figure d'une cohabitation qui, elle, s'inscrit dans le cours normal des choses contrairement au gouvernement de transition. Cette situation de discordance des majorités vient confirmer l'exclusion du premier ministre du cercle très fermé des autorités habilitées à saisir le juge d'une demande d'interprétation. Étant, en période de cohabitation, plus proche de la majorité de la chambre basse que du chef de l'État, le premier ministre pourra compter sur le perchoir d'une assemblée ou sur ses membres. Autrement dit, la primature pourrait être indirectement, c'est-à-dire *via* une chambre, à l'origine d'une requête en interprétation.

782. Au-delà des institutions, il se pose également la question de la recevabilité des requêtes émises par les particuliers et les associations. Doivent-ils être habilités à formuler des demandes en interprétation de la Constitution ? Plus précisément, doit-on autoriser les particuliers et les associations, autres que les formations politiques ayant suffisamment d'élus au sein des chambres, à saisir les cours et conseils ? Il nous faut répondre par l'affirmative. Cela est envisageable. Alors que la Cour béninoise parvient à épuiser le contentieux de masse qu'est celui du recours direct contre les violations des droits et libertés – ce « boulevard sans feux tricolore ni points d'intersection [qui conduit le citoyen] directement, sans intermédiaire devant le juge constitutionnel »¹⁶⁹⁷ selon le professeur Aïvo – qu'est-ce qui empêcherait la saisine en interprétation de la Constitution des autres juridictions constitutionnelles africaines ? À vrai dire, rien.

783. Lorsque l'ensemble des leviers du pouvoir est parfaitement « verrouillé » par un parti politique dominant sinon par une mouvance politique¹⁶⁹⁸ ou que l'opposition peine à

¹⁶⁹⁷ F. J. AÏVO, « Le juge et les droits fondamentaux. Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 459.

¹⁶⁹⁸ Cas du Bénin sous le premier mandat du président Patrice Talon.

remplir les conditions pour saisir le juge constitutionnel, il doit être permis à toute personne de saisir l'interprète officiel de la constitution car, au final, une telle saisine citoyenne a les airs d'une action en défense de la constitution. Certes, la saisine individuelle du juge (constitutionnel) fait aujourd'hui l'objet d'un rejet en Afrique francophone, et ce rejet a été conforté par certaines des requêtes¹⁶⁹⁹ adressées à la Cour béninoise – pionnière en la matière – et qui s'inscrivaient plus ou moins dans le cadre du recours direct ; l'universitaire précité parle à juste titre d'une « ruée »¹⁷⁰⁰. Mais, les dérives observées sont essentiellement dues à une méconnaissance des attributions de la juridiction béninoise par les particuliers, et non au mécanisme en lui-même.

c. *Les mobiles d'interprétation et le rapport d'inspiration entre cours constitutionnelles : des modalités devant rester implicites.*

784. Seul le texte organique gabonais prévoit ce que l'on pourrait appeler « des cas d'ouverture à interprétation ». En effet, la juridiction gabonaise est habilitée à interpréter lorsqu'il existe un « doute » ou une « lacune » ; et un expert des normes d'habilitations n'a pas manqué de remarquer – toujours à propos de la Cour gabonaise – qu'à cause de ces mobiles « [,] *judex in causa sua*, la Cour est en position d'identifier elle-même les conditions dans lesquelles elle se voit dotée du pouvoir de compléter la norme fondamentale »¹⁷⁰¹.

785. Aussi originale que puisse paraître cette disposition de la loi organique, elle n'a en réalité aucune portée normative. En d'autres termes, elle surcharge inutilement le texte. Elle renvoie à des notions *a priori* distinctes mais inséparables au final. Ne nous a-t-il pas été donné de voir les diverses réalités¹⁷⁰² que renferme la notion de « lacune » ? De l'indétermination au vide juridique en passant par l'antinomie – laquelle d'ailleurs fait presque toujours naître un « doute » sur le sens exact de la constitution sinon d'une

¹⁶⁹⁹ v. Par exemple la décision DCC 18-053 du 1^{er} mars 2018, *Codjo Sossou*. En l'espèce, on peut se rendre compte que la Cour est saisie pour « intervenir » dans une affaire de pension de retraite ; ce qui n'entre pas dans ses attributions comme le déclara la Cour.

¹⁷⁰⁰ F. J. AïVO, « Le juge et les droits fondamentaux. Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin », *op. cit.* p. 469.

¹⁷⁰¹ G. TUSSEAU, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle : remarques sur quelques évolutions récentes du droit constitutionnel gabonais » in *Politeia*, n°33, 2018, p.126.

¹⁷⁰² V. § 481.

disposition –, la lacune juridique est au nombre de ces termes ou notions à bannir dans les textes juridiques car faisant allusion à tout et à rien de précis en même temps.

786. S'agissant des méthodes d'interprétation, nous ne faisons pas ici allusion aux techniques, mais plutôt à une modalité particulière qui mériterait de faire son entrée dans les textes juridiques africains : la prise en compte de la jurisprudence constitutionnelle africaine en matière d'interprétation.

787. Le professeur Oumarou Narey¹⁷⁰³ l'a reconnu ; ce rapport d'inspiration entre juridictions constitutionnelles africaines existe déjà et deux précédents permettent de s'en rendre compte. Le premier prit place au Niger. La Cour de Niamey s'est en effet inspirée de la jurisprudence régulatrice de la Cour béninoise quand le fonctionnement de l'Assemblée nationale était interrompu. Quant au second précédent, il repose sur un considérant¹⁷⁰⁴ anodin de la décision sénégalaise n° 1/C/2016. Confortant sa position sur l'intangibilité de la durée du mandat présidentiel en cours, le Conseil sénégalais fit référence « aux précédents [observés dans les] autres États partageant la même tradition juridique ».

788. En matière d'interprétation constitutionnelle, un véritable dialogue entre les juges constitutionnels africains pourrait être officialisé et il serait conforté par le contenu des textes fondamentaux au sud du Sahara. En effet, les textes constitutionnels africains sont, depuis les indépendances, analogues. À quelques exceptions près, les constitutions obéissent encore aujourd'hui au même agencement et les principales institutions ont quasiment les mêmes attributions. Pour ce qui est des droits et libertés, nous l'avons vu¹⁷⁰⁵, il n'y a toujours pas de différences notables si ce n'est la référence aux conventions de 1979¹⁷⁰⁶ et 1989¹⁷⁰⁷ au Sénégal. Si l'on tient compte du fait que les juges, peu importe leur nationalité, sont appelés à interpréter des dispositions quasi identiques, il serait salutaire que les interprétations des uns puissent guider celles des autres. Mais, on perçoit assez vite le danger que pourrait représenter ce rapport d'inspiration si une juridiction venait à s'inspirer d'une autre cour travestissant la volonté du constituant ou considérée comme partielle, instrumentalisée. On

¹⁷⁰³ Il nous confia que la Cour « se réfère également à la jurisprudence de certaines juridictions telles que la juridiction constitutionnelle du Bénin, d'Afrique du sud, et naturellement [à celle] du Conseil constitutionnel français, et d'autres juridictions ayant en partage le français [...] pour améliorer [les] décisions ».

¹⁷⁰⁴ Cons. 31.

¹⁷⁰⁵ V. § 634.

¹⁷⁰⁶ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination l'égard des femmes.

¹⁷⁰⁷ Convention relative aux droits de l'enfant.

peut redouter l'hypothèse où une juridiction constitutionnelle s'inspirerait d'une autre moins fidèle à la constitution, c'est-à-dire moins soucieuse de la séparation des pouvoirs ou de la protection des droits et libertés. Le dialogue entre juges peut effectivement se faire également entre juges iniques et nous ne pouvons penser une réforme du pouvoir interprétatif des cours africaines sans ignorer les critiques dont elles font l'objet. C'est au regard de cette crainte, tout à fait légitime, qu'il nous semble judicieux de renvoyer l'officialisation d'un mécanisme d'inspiration entre les juges à un autre moment ; les juridictions constitutionnelles africaines devant encore faire des preuves sur le chemin de la vertu...

789. Les différentes pistes d'améliorations relatives aux énoncés habilitants des cours africaines que nous avons présentées jusqu'ici dans la première partie de ce chapitre invitent irrémédiablement à conférer, au travers d'autres dispositions constitutionnelles ou organiques, une véritable légitimité autant aux juridictions africaines qu'à leur jurisprudence.

SECTION 2. LA RESTRUCTURATION ORGANIQUE DES COURS OU LA CONSTRUCTION D'UNE LÉGITIMITÉ

790. L'exercice d'attributions comme celles que nous évoquons plus tôt implique que la juridiction et sa jurisprudence bénéficient d'une légitimité qui ne dépend pas des autorités de nomination (légitimité indirecte), des fonctions exercées, de l'action louable du juge dans la pratique ou du fait que la juridiction n'ait pas le dernier mot. Dès lors qu'est abordée la question de la légitimité des juges, l'exemple du vote de rétentio¹⁷⁰⁸ à la japonaise est le système qui présente le plus de garanties aux juges et leur confère une réelle légitimité. Une fois nommés, puis confortés périodiquement par le vote populaire, les juges de la Cour suprême japonaise bénéficient d'une légitimité équivalente à celles des élus

¹⁷⁰⁸ S. DANDO, « La Cour Suprême du Japon » in Revue internationale de droit comparé, vol. 30, n°1, p. 160 et s. V. également, N. BÉRIDOT, *L'exercice du pouvoir judiciaire par la Cour suprême du Japon : contribution à la réflexion sur l'état de droit au Japon*, Thèse soutenue à Paris, 2020, 640 pages.

nationaux. Mais cette procédure n'assure une réelle indépendance aux juges qu'après leur entrée en fonction car le pouvoir politique reste maître du processus de désignation en amont. Or, déconnecter une part non négligeable des membres des cours africaines du pouvoir politique est au nombre de nos objectifs ; le vote de rétention n'offrant pas toutes les garanties que nous recherchons pour les cours constitutionnelles africaines. Au sud du Sahara, la légitimité d'une cour constituante devrait plutôt découler avant tout de sa composition et de ses modalités de fonctionnement. Pour ce faire, le choix des juges doit être ouvert à d'autres institutions (§1) et la décision constituante, ou simplement constitutionnelle, doit intervenir au terme d'un processus admettant autant la consultation (d'institutions étatiques et non étatiques) que la contradiction (§2).

§1. DES COLLÈGES PLUS REPRÉSENTATIFS

791. « Le gang du Palais-Royal ». Tels étaient les mots employés par le quotidien *Libération* – et rapportés par le doyen Favoreu¹⁷⁰⁹ – pour qualifier le Conseil constitutionnel français en 1982 au moment de l'affaire des nationalisations. Qualificatif certes « inadmissible »¹⁷¹⁰, il ouvrait néanmoins la porte à d'autres critiques¹⁷¹¹ plus sérieuses qui portaient sur la composition du Conseil, la compétence de ses membres et leur impartialité. Mais ces critiques d'hier sont aujourd'hui celles des cours africaines. Un réquisitoire qui, en Afrique, pose la question de la représentativité au sein des cours et qui pourrait être résolue par une réforme du processus de désignation des juges (A) suivant un profil précis (B).

A. UNE RÉFORME DU PROCESSUS DE DÉSIGNATION DES JUGES

792. La question du recrutement des juges constitutionnels africains fait écho à de nombreux travaux qui n'ont de cesse mis la lumière sur la mainmise de l'exécutif sur le processus de désignation. De loin ou de près, la présidence de la République exercerait dans

¹⁷⁰⁹ L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°2, 1982, p. 383.

¹⁷¹⁰ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance » in *Revue française de science politique*, n°4-5, 1984. P. 1010.

¹⁷¹¹ L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *op. cit.* p. 384.

la majeure partie des États africains une influence sur le choix des juges. Il est donc naturel qu'une réforme dudit processus passe avant tout par une déconcentration du pouvoir de désignation (1) et la mise en place d'une élection interne pour la désignation du président de la juridiction constitutionnelle (2).

1. Une réelle déconcentration du pouvoir de désignation

793. Dans la très grande majorité des États d'Afrique noire francophone, la désignation des juges constitutionnels relève sinon dépend de l'exécutif. Au-delà de ceux réservés au président de la République, et au premier ministre comme cela est le cas au Niger, les autres postes sont indirectement pourvus avec l'aval du chef de l'État. Il a la maîtrise de tous sinon de plusieurs leviers de désignation. On songe ici aux chambres législatives, où les présidents issus du parti présidentiel majoritaire s'assureront de ne jamais contrarier la présidence de la République dans le choix des personnalités appelées à siéger à la haute juridiction. S'il n'est *a priori* qu'une autorité de nomination pour les autres juges, en ce sens où il est censé entériner les choix d'autres autorités politiques par des décrets, son opinion est implicitement prise en compte par celles-ci et compte autant, voire plus que la ligne ou l'idéologie de la formation politique à laquelle ils appartiennent tous. Ceci pour dire qu'en faisant l'état des lieux du processus de désignation des juges constitutionnels en Afrique, il ressort que le partage qu'opèrent généralement les constitutions entre les pouvoirs exécutif et législatif ne tient pas compte des logiques réelles¹⁷¹² d'exercice du pouvoir politique. Dans les faits, le chef de l'État est la seule et réelle autorité de désignation. La déconcentration du pouvoir de désignation est une fiction que seuls quelques textes sont parvenus à matérialiser à l'instar de la Constitution nigérienne. Dans les systèmes comme celui de la Côte d'Ivoire où la composition de l'une des chambres (le sénat) est en partie le fait du chef de l'État, il est quasiment impossible de croire à une volonté réelle de déconcentration du pouvoir de nomination. On pourrait même aller jusqu'à dire, sans risque de se tromper, que l'article 128 de la Constitution ivoirienne octroie en réalité un poste supplémentaire au Chef de l'État. Avec 1/3 des sénateurs nommés par un président de la République auquel le

¹⁷¹² V. § 567 et s.

calendrier électoral¹⁷¹³ assure d'avoir la majorité dans la même chambre, le pouvoir de désignation du président du Sénat semble lié. Son choix ne peut se porter que sur une personne sensible aux « obédiences »¹⁷¹⁴ politiques du détenteur du pouvoir exécutif et surtout acceptée par ce dernier.

794. Une réelle déconcentration du pouvoir de désignation a pour synonyme une dépolitisation (totale ou partielle) du choix des juges constitutionnels en Afrique noire francophone. On entendra alors ici par « dépolitisation du collège des juges » l'amointrissement de l'influence présidentielle sinon politique car, comme l'énonce A. Soma,

« Le juge constitutionnel africain est [un juge politisé] dans sa nomination. En effet, avec le pouvoir de désignation, et parfois de déchéance, du juge constitutionnel dont il jouit, le pouvoir politique en Afrique a plutôt une forte propension à ne nommer comme membre de la juridiction constitutionnelle que des personnalités qui sont, ou lui paraissent, sensibles à ses obédiences politiques. [...] Que sa nomination soit encadrée par des critères objectifs de compétence technique ou d'expérience professionnelle ou laissée à la libre appréciation de l'autorité politique compétente, le juge constitutionnel n'échappe que très rarement à cette logique de politisation structurelle. ».¹⁷¹⁵

795. Soyons clairs, la dépolitisation ne vise pas à exclure du processus de désignation les organes politiques que sont l'exécutif et le pouvoir législatif. Elle entend plutôt contrebalancer et même renverser leur poids, partant l'influence du premier, dans ledit processus en faisant intervenir d'autres acteurs qui, tout en dépolitisant, donneront aux juridictions constitutionnelles une réelle légitimité au regard de leur composition. Représentons-nous ce qui précède à l'aide d'un exemple. Soit un collège composé de sept (7) membres¹⁷¹⁶ comme cela est le cas dans les textes béninois, ivoirien, nigérien et sénégalais, une réelle dépolitisation consisterait dans la désignation du trois quarts (3/4) sinon de la moitié de ces membres par des institutions non politiques. L'objectif ici est d'assurer au

¹⁷¹³ Comme en France, l'élection présidentielle précède les législatives.

¹⁷¹⁴ A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain » in *Mélanges Glélé*, 2014, p. 466.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

¹⁷¹⁶ Au Gabon, la Cour est composée de neuf (9) membres. On remarquera que ce nombre correspond à celui des provinces (entités décentralisées) de la République gabonaise. Comme on peut s'y attendre, la pratique tend à désigner un juge par province sans qu'on ne puisse parler d'un critère ethnique. En effet, certains ethniques peuvent être localisés sur plusieurs provinces, voire États africains. C'est le cas du groupe Fang que l'on retrouve dans trois, voire quatre provinces gabonaises, au Cameroun et en Guinée-équatoriale.

minimum un équilibre entre le pouvoir politique institutionnel et les autres institutions désignatrices, et ce, sans porter atteinte au caractère juridictionnel¹⁷¹⁷ des cours et conseils constitutionnels.

796. L'objectif étant ainsi formulé, il reste à préciser les moyens pour l'atteindre. Plus précisément, il nous faut identifier ces autres institutions, car, si l'on se représente aisément celles qui composent le pouvoir politique, l'exercice est moins aisé quand il est simplement fait référence à d'autres « institutions ». En effet, le terme doit une fois de plus être entendu au sens large ; ce qui facilite à vrai dire l'identification des institutions désignatrices. Si les « institutions » renvoient à une variété d'objets, elles invitent simultanément à ne pas les réduire aux seuls organes constitutionnels. Autrement dit, les institutions désignatrices¹⁷¹⁸ n'ont pas à être nécessairement des organes étatiques constitutionnels. Une « rupture » - si l'on peut l'appeler ainsi - que le constituant nigérien de 2010¹⁷¹⁹ a fini par matérialiser. Avant cette date, à l'instar de ses équivalents africains, le texte nigérien identifiait autorité(s) (politiques) constitutionnelle(s) et autorité(s) de désignation comme l'atteste l'ancien article 105¹⁷²⁰ ; et il est aisé de remarquer que le chef de l'État était à l'époque le seul à « désigner » des membres quand les présidents des chambres se contentaient d'en « proposer ». C'est donc tout naturellement que nous nous inspirerons partiellement des dispositions constitutionnelles nigériennes relatives à la désignation des juges constitutionnels autres que ceux choisis par les pouvoirs exécutif et législatif.

797. Dans un premier temps, intéressons-nous aux magistrats de carrière. Leur présence est en effet essentielle, car elle confère à la cour ou au conseil constitutionnel son

¹⁷¹⁷ À ce propos, le professeur F. J. Aïvo fait remarquer qu'il peut y avoir une démocratisation excessive du processus de désignation. Ainsi, en analysant la Cour nigérienne, il estime qu'elle rassemble « les représentants élus de plusieurs entités dont les institutions politiques, les facultés de droit, le barreau, la magistrature et les organisations de la société civile. [Renforçant ainsi] le doute sur la juridictionnalisation de la Cour. ». v. F. J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°99, 2014, p. 720.

¹⁷¹⁸ Par exemple, la loi organique sur la juridiction togolaise a recours au terme « institutions » pour désigner les organes, autres que le président de la République et les assemblées, appelés à élire des juges constitutionnels. v. L'article 15 de la loi organique n°2019-023 sur la Cour constitutionnelle du Togo.

¹⁷¹⁹ Au-delà de notre échantillon de travail, nous pouvons observer cette rupture au Togo,

¹⁷²⁰ « La Cour constitutionnelle comprend neuf (9) membres âgés de quarante (40) ans au moins. Elle est composée de : - cinq (5) personnalités désignées par le Président de la République ; - deux (2) personnalités proposées par le Président de l'Assemblée nationale ; - deux (2) personnalités proposées par le Président du Sénat. [...] », article 105 al. 1^{er} de la Constitution de la VI^{ème} République.

caractère « juridictionnel »¹⁷²¹, comme le souligne un magistrat gabonais qui n'est plus à présenter. Pour ce qui est de leur désignation aujourd'hui, deux situations se présentent. Soit, ils sont désignés au sein de la magistrature qui, elle, peut être représentée par les « pairs »¹⁷²² ou par le Conseil supérieur de la magistrature¹⁷²³, soit, second cas de figure, ces fonctionnaires sont désignés par une autorité politique (président de la République et/les organes dirigeants des chambres législatives)¹⁷²⁴. Pour des raisons évidentes, une dépolitisation telle qu'exposée ci-dessus commande que les magistrats soient désignés par leurs pairs ou par le conseil de la magistrature si et seulement si l'exécutif n'intervient pas dans son fonctionnement ; et cette dernière précision a toute son importance.

798. Qu'en sera-t-il des modalités de désignation ? Doit-on s'orienter vers une désignation *intuitu personæ* ou une élection ? Qu'il s'agisse des pairs ou du conseil de la magistrature, l'élection reste encore la meilleure solution dans un régime représentatif, et elle en est d'ailleurs le principe¹⁷²⁵. Si l'on ne peut écarter le risque d'une politisation¹⁷²⁶ d'un autre genre *via* l'élection, elle aurait néanmoins le mérite de ne pas être le fait du pouvoir politique. Il serait illusoire de croire qu'une élection au sein d'un corps comme celui de la magistrature se fasse sans politisation. Tout candidat à une élection, fût-il membre de la magistrature, doit nécessairement accompagner sa candidature d'un programme (même implicite) quant à sa future ligne de conduite et mettre en avant sa notoriété, ses compétences et ses qualités. Il doit pouvoir fédérer les magistrats-électeurs autour de sa personne ou d'un projet qui ne peut être autre chose que la manière dont il entend remplir la fonction convoitée. Cela ne remet nullement en cause son indépendance, et ce, d'autant plus que ledit programme est adressé à un électorat restreint – la magistrature – et qu'aucun autre

¹⁷²¹ M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des cours constitutionnelles...*, *op. cit.* p. 53.

¹⁷²² « [...] deux (2) magistrats élus par leurs pairs dont un (1) du premier grade et un (1) du deuxième ; », article 121 al.3 de la Constitution nigérienne.

¹⁷²³ *v.* Constitution gabonaise.

¹⁷²⁴ *v.* Les constitutions béninoise, ivoirienne et sénégalaise.

¹⁷²⁵ « Ce qui définit la représentation, ce n'est pas qu'un petit nombre d'individus gouvernent à la place du peuple mais qu'ils soient désignés par élection exclusivement ». *v.* B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷²⁶ « Les candidats seraient tentés de développer un programme, prendre position sur différentes questions tenant à la politique de la Nation, rallier les opinions, en somme toutes sortes d'actions qui conduiraient à lier le "le candidat membre" pour l'avenir alors que, au contraire, c'est le souci d'indépendance qui doit avant tout primer. », M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des cours constitutionnelles...*, *op. cit.* p. 50.

corps de l'État ne sait mieux cultiver le devoir d'ingratitude. D'ailleurs, il semblerait que la crainte d'une nouvelle forme de politisation soit loin d'être fondée, voire exagérée ; au cours de nos recherches, nous ne l'avons point relevée lors des différents renouvellements de la Cour nigérienne. Elle existe certainement dans les faits mais elle semble ne pas poser de difficultés particulières. On pourrait même aller jusqu'à penser qu'elle serait atténuée par les conditions d'éligibilité. En effet, seuls les magistrats des premier et deuxième grades sont éligibles et cela représente la moitié¹⁷²⁷ des effectifs de la magistrature. Ainsi, sur la base du statut¹⁷²⁸, un candidat-magistrat de formation doit avoir accompli au minimum douze (12) années de service (en activité ou en détachement) ; une période suffisamment longue et pendant laquelle le candidat peut se construire une réputation au sein de son corps. Cette réputation, honorable ou non, remplacerait par conséquent le programme du candidat que l'on retrouve dans les élections classiques. L'image et les compétences des candidats sont déterminantes et suffisent pour ne pas recourir aux procédés traditionnels de campagne. Nous inférons qu'il n'existe pas à proprement parler un risque de politisation dans l'introduction d'un processus électoral dans la désignation des magistrats appelés à siéger au sein des juridictions constitutionnelles. En Afrique noire francophone, afin d'éviter un nombre trop important de candidatures, l'élection des juges devrait être accompagnée d'un durcissement des conditions d'éligibilité. En plus des grades, on pourrait par exemple tenir compte des activités à caractère scientifique (enseignement compris) du magistrat ou des titres (universitaires) obtenus après son intégration dans le corps de la magistrature.

799. Dans un second temps, il serait souhaitable que des corporations de juristes puissent participer à la formation du collège des juges constitutionnels. Les avocats et les enseignants-chercheurs en droit pourraient, ensemble ou séparément, élire un ou plusieurs membres. À l'aide des structures telles que le Barreau¹⁷²⁹ ou les organes des facultés de droit regroupant les universitaires, la mise en place d'un processus électoral ne pose *a priori* aucune

¹⁷²⁷ L'article 38 de la loi n°2018-36 portant statut de la magistrature du 24 mai 2018 dispose : « La hiérarchie du corps judiciaire comprend 4 grandes :

-le grade exceptionnel compte 03(3) échelons représentant 15% des effectifs ;

-le 1^{er} grade compte deux (2) échelons représentant 20 % des effectifs ;

-le 2^{ème} grade compte quatre (4) échelons représentant 30% des effectifs ;

-le 3^{ème} grade compte six (6) échelons représentant 35 % des effectifs.

¹⁷²⁸ Article 39 : « Le temps nécessaire pour franchir un échelon est fixé à deux (2) ans ».

¹⁷²⁹ Il existe des barreaux nationaux dans les États analysés.

difficulté. D'ailleurs, dans le cas du barreau, le bâtonnier est lui-même choisi *via* ce procédé. L'élection par la corporation constitue encore le moyen par excellence pour assurer le meilleur choix car il aura également pour avantage d'être une reconnaissance des compétences des personnes élues. Mieux que quiconque, les « pairs » sont les mieux placés pour désigner celui/celle ou ceux d'entre eux – au regard de l'expertise en droit constitutionnel sinon en droit – à même de représenter tout le corps au sein de la juridiction constitutionnelle. En effet, s'ils n'accroissent pas son caractère juridictionnel (comme le font les magistrats), avec les avocats et les universitaires la juridiction constitutionnelle gagne assurément en expertise. Représentant les parties dans le prétoire ou décryptant le droit dans les amphithéâtres et dans des revues, ils ont tous une connaissance approfondie de l'objet juridique sinon de certains contentieux. Ils savent critiquer les textes et les décisions de justice, les interpréter, en percevoir les qualités et les faiblesses. C'est à Kelsen que l'on doit d'avoir consacré les dernières lignes de sa *Théorie pure*¹⁷³⁰ (traduction de 1962) à la doctrine (avocats et commentateurs) à l'origine de ce qu'il convient d'appeler « l'interprétation scientifique » ou « l'interprétation du droit par la science juridique »¹⁷³¹. S'il reproche à la doctrine de son époque d'ériger la fiction de « l'univocité des normes juridiques »¹⁷³², il lui reconnaît une autorité pour « déterminer, par une opération purement intellectuelle, le sens de normes juridiques » ou, plus précisément,

« [Pour] montrer à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible, ou tout au moins de les formuler de telle façon que les équivoques et les ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum [...] ».

800. Dépassant cette distinction positivokelsénienne entre doctrine et autorité d'application au moyen d'un concept de *pending law* encore appelée « droit en attente » ou

¹⁷³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, CH. EISENMANN (trad.), Dalloz, 1962.

¹⁷³¹ *Ibid.* p. 462.

¹⁷³² « L'avocat qui, dans l'intérêt de son client, s'efforce de démontrer devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer à l'espèce, le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule "exacte", ne remplissent pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique. Ils cherchent à influencer sur la création du droit ». On ne peut naturellement pas le leur interdire. Mais jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique, comme il arrive très souvent. [...] Agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique. », *ibid.*, p. 463.

« droit latent », J. Noel¹⁷³³ a su démontrer et systématiser toute l'influence qu'exerce la doctrine (française) sur le droit positif. « Actrice » normative non habilitée, et non autorité¹⁷³⁴, la doctrine entretient partout une proximité avec les juridictions, partant avec la juridiction constitutionnelle. Au-delà de l'expertise et n'étant jamais du côté du siège ou du parquet, les membres de la doctrine sont porteurs d'une autre vision des choses, voire de la justice constitutionnelle elle-même. Comme le résumait le Doyen Vedel à propos de la relation entre la doctrine française et les Sages,

« [...] Il existe entre le juge et la doctrine, des rapports de nature "relativiste". Je veux dire par là que c'est bien des mêmes choses que parlent l'un et l'autre mais ils n'en parlent pas du même point de vue, un peu comme des observateurs d'Einstein. [...] Aussi voudrais-je orienter les commentateurs et les auteurs vers une conception dans laquelle ils s'efforceraient non seulement d'aider le Conseil [constitutionnel] à percevoir ses propres défauts ce qui est bien, mais n'est qu'un premier temps, mais aussi de lui dire comment les corriger. »¹⁷³⁵.

801. Leur élection au sein d'une juridiction constitutionnelle peut être interprétée ou correspondre au choix d'une future politique jurisprudentielle.

802. Une autre grande question serait de savoir s'il faut retenir l'élection d'un ou plusieurs juges par le monde associatif ou la société civile. C'est également une des innovations du constituant nigérien. Originale, cette désignation est le fait de groupements. Plus précisément, le texte nigérien fait exclusivement référence aux « associations de défense des droits humains et de promotion de la démocratie » quand la loi organique parle des « collectif(s) »¹⁷³⁶ de ces associations. Après l'opposition, le mouvement associatif est un autre de ces contre-pouvoirs pris en compte par le constituant nigérien ; outre la Cour, les associations sont en effet représentées au sein d'une autorité administrative indépendante qu'est la Commission¹⁷³⁷ nationale des droits humains. Mais cette attention accordée par le constituant puis le législateur aux associations s'accompagne d'une part d'ombre non

¹⁷³³ J. NOEL, *La césure interprétative entre le juge et la doctrine à la lumière de l'expérience constitutionnelle française. Proposition pour une rénovation conceptuelle*, Thèse soutenue à Nancy, 2017, 713 pages.

¹⁷³⁴ Pour J. Noel, parler « d'autorité doctrinale » est une erreur. Il convient plutôt de parler d'une « influence normative » pour faire référence à la doctrine. *Ibid.* pp. 387-398.

¹⁷³⁵ G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelle » in *RDP*, 1989, pp. 12 et 17.

¹⁷³⁶ Article 2 de la loi organique sur la Cour.

¹⁷³⁷ v. Article 44 de la Constitution et la loi n°2012-44 du 24 août 2012 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Commission nationale des droits humains.

négligeable. Si des membres sont élus (au sein de la Cour comme de la Commission), rien ne filtre sur la composition des autorités *désignatrices*. Autrement dit, nous ne sommes pas en mesure d'identifier et lister l'ensemble des acteurs qui composent le mouvement associatif œuvrant dans la défense des droits humains et dans la promotion de la démocratie. Si l'on peut avancer que seuls les groupements déclarés et autorisés conformément à l'ordonnance portant régime des associations¹⁷³⁸ - un texte qui définit d'ailleurs les associations de défense des droits de l'homme comme « [...] des associations sans but lucratif ayant pour objectif la défense des droits de l'homme tels que définis par les conventions internationales, des droits et libertés du citoyen tels que garantis par la Charte nationale, la Constitution et les lois de la République »¹⁷³⁹ -, leur nombre reste important et il est peu certain qu'elles participent toutes à la désignation du futur juge. Poussant nos investigations, il nous a été donné de relever l'existence de collectifs regroupant plusieurs associations à l'instar du Collectif des organisations de défense des droits de l'homme et de la démocratie (CODDHD) qui compte quarante-quatre (44) associations à son actif. Pour autant, et même dans l'hypothèse où ce collectif serait à l'origine du choix du candidat-juge jusqu'à ce jour, rien ne dit qu'il est suffisamment représentatif du mouvement associatif en faveur de la démocratie ou de la protection des droits. Tout ce qui précède a pour objectif de souligner le fait que le législateur nigérien, en renvoyant au(x) collectifs du monde associatif, a choisi une institution *désignatrice* fluctuante si on la compare aux autres (exécutif, magistrature, barreau...), susceptible de s'agréger et de se désagréger à sa guise. Pour cette raison, qui peut retarder la désignation du candidat-juge si la mise en place du ou des collectifs tarde à se faire, nous rejetons cette formule de l'élection d'un juge par les associations. Nous estimons que les associations devraient être réunies au sein d'une structure permanente qui ne les absorberait pas pour autant. Cette structure, organisée par la constitution ou la loi, pourrait être pensée comme une instance de réflexion mais également de décision quand il s'agit de choisir un juge de la Cour. Au-delà de la juridiction constitutionnelle, la structure précitée pourrait être appelée à désigner d'autres personnalités comme par exemple le médiateur de la République.

¹⁷³⁸ Ordonnance n°84-06 du 1^{er} mars 1984, modifiée par la loi n°91-006 du 20 mai 1991.

¹⁷³⁹ *Ibid.* Article 20-2.

803. Pour résumer, une réelle déconcentration du pouvoir de désignation des juges doit se faire au profit des magistrats, des avocats, des universitaires et de la société civile.

2. La désignation du président d'une juridiction constitutionnelle africaine : une élection interne

« [L'élection] favorise l'émancipation de la juridiction constitutionnelle vis-à-vis des autorités de désignation, et en particulier, du Président de la République. »¹⁷⁴⁰.

804. Le dernier point, et non des moindres, que nous souhaitons aborder dans le cadre du recrutement des juges est celui du choix du président d'une juridiction constitutionnelle.

805. À ce jour, sa désignation est principalement le fait du pouvoir politique. Au niveau de notre échantillon de travail, sont désignés par le pouvoir exécutif les présidents des juridictions gabonaise, ivoirienne et sénégalaise. Si l'on prend en compte l'ensemble de l'Afrique noire francophone, la désignation du président de juridiction par le chef de l'État est une procédure plus fréquente. Tel est le cas au Burundi¹⁷⁴¹, au Cameroun¹⁷⁴², au Congo-Brazzaville¹⁷⁴³, à Djibouti¹⁷⁴⁴ et au Togo¹⁷⁴⁵. L'élection apparaît donc comme une seconde modalité mais moins répandue que l'on retrouve au Bénin, au Burkina Faso¹⁷⁴⁶, au Mali¹⁷⁴⁷, au Niger et en République démocratique du Congo¹⁷⁴⁸. On remarquera, si l'on tient compte des États concernés par notre étude parmi les derniers précités, que le contrôle du processus de désignation échappe en théorie au chef de l'État. Soit la majorité des institutions

¹⁷⁴⁰ S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*, ANRT, 2003, p. 599.

¹⁷⁴¹ v. Constitution adoptée le 17 mai 2018 et la loi n°1/18 du 19 décembre 2002, modifié par la loi du 11 janvier 2007 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle (et modifications : loi du 11 janvier 2007

¹⁷⁴² v. Article 51 de la Constitution camerounaise, modifiée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972.

¹⁷⁴³ v. Constitution du 25 octobre 2018.

¹⁷⁴⁴ v. La Constitution du 15 septembre 1992.

¹⁷⁴⁵ v. Article 16 de la loi organique sur la Cour.

¹⁷⁴⁶ v. Article 156 de la Constitution du 02 juin 1991, modifiée par la loi n°035-2013/AN du 12 novembre 2013.

¹⁷⁴⁷ v. Article 92 de la Constitution de 1992.

¹⁷⁴⁸ v. Article 158 de la Constitution.

désignatrices sont non politiques, soit le pouvoir législatif choisit une personnalité de plus comme cela est le cas au Bénin.

806. On le perçoit assez nettement : la modalité de désignation du président de la juridiction n'est pas dictée par celles utilisées pour choisir les membres. Autrement dit, la manière dont les juges constitutionnels sont choisis ne détermine pas toujours la procédure servant à la nomination du président de la cour. Cela explique la situation dans laquelle se trouve le président de la juridiction togolaise par exemple. Il est choisi par une autorité (le président de la République) qui nomme deux membres sur les neuf que compte la Cour, c'est-à-dire moins du tiers. Comment expliquer ce privilège ? Qui devrait en être le bénéficiaire si l'on venait à le retirer au chef de l'État togolais pour une raison ou une autre ? Pour répondre à cette question, il faut au préalable exclure les présidents des chambres puisqu'ils sont eux aussi habilités à choisir chacun deux (2) membres. Du côté de la magistrature, du barreau et du corps des enseignants-chercheurs, autorisés à élire un (1) juge chacun, on se demandera pourquoi l'une de ces institutions serait à l'origine de la désignation du président au détriment des autres et du pouvoir politique. À ce moment, il peut être avancé tout argument en faveur d'une institution ou d'une autre ; ce qui conduit à un interminable débat.

807. Reste que face à cette impasse, le principe de la désignation sur la base d'une élection est une fois de plus la meilleure solution et elle s'inscrit parfaitement dans la logique de déconcentration du pouvoir de désignation. L'élection doit être la conséquence et le reflet du procédé principalement utilisé pour choisir les juges. Il s'agit d'une élection interne avec un collège électoral restreint aux seuls membres de la Cour. "Dépolitisation" rime avec l'élection du président de la juridiction. S'il était réservé à une institution quelconque de choisir ce président, il y aurait une rupture de l'égalité que nous souhaitons entre pouvoir politique et institutions non politiques. On remarquera d'ailleurs que le principe de l'élection du président est retenu dans des systèmes où il règne plus ou moins un équilibre soit entre institutions politiques¹⁷⁴⁹, soit entre organes politiques et non politiques¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁹ Si l'on excepte la désignation des magistrats à la Cour béninoise, le chef de l'État et le bureau de l'Assemblée nationale désignent chacun la moitié des membres restants.

¹⁷⁵⁰ On songe bien évidemment au système nigérien. Mais il conviendrait, pour être plus précis, de parler d'un déséquilibre. En effet, seules deux (2) personnalités sur sept (7) sont désignées par le président de la République et le bureau de l'Assemblée.

808. L'élection s'impose également au regard de l'autonomie des juridictions constitutionnelles. Alors que les articles dédiés aux juridictions constitutionnelles sur le site institutionnel du Conseil français omettent rarement de relever l'autonomie organique et financière desdits cours et conseils, une manière de rappeler que l'indépendance est surtout fonction des moyens mis à la disposition de la juridiction, les mêmes exposés ne se posent jamais la question de savoir à partir de quel moment une juridiction devrait être regardée comme étant véritablement autonome. Comme cela vient d'être souligné, il s'agit de véritables exposés et ces derniers entendent exclusivement décrire les moyens censés mettre en œuvre l'indépendance des juridictions africaines. En effet, l'autonomie des cours, qu'elle soit organique et/ou financière, est la conséquence logique de cette indépendance. Dit autrement, l'existence d'une administration propre et une certaine liberté dans la détermination et la gestion des moyens financiers et humains, en plus des garanties accordées aux juges (irrévocabilité, inviolabilité, traitement...), ensemble, matérialisent l'idée d'une juridiction constitutionnelle indépendante. On ne peut que se réjouir que les textes constitutionnel et organique prévoient de telles garanties même si, à notre avis, cette législation ne va pas toujours au bout de la logique quand il s'agit de la présidence de la juridiction. Effectivement, l'indépendance d'une juridiction constitutionnelle invite à pratiquer une élection pour choisir son président ; un procédé écarté par certains constituants africains alors même qu'ils octroient à des cours des garanties pour être indépendantes. Cela constitue un paradoxe. L'indépendance et l'autonomie de la juridiction constitutionnelle commencent à partir du moment où il n'est plus nécessaire de faire appel à une autorité extérieure pour gérer ou résoudre une problématique interne. Tel doit être en principe le point de départ de l'indépendance. Et ce moment intervient une fois le choix de l'ensemble des juges effectué. Les membres de la juridiction désignés et placés ainsi sur un pied d'égalité, quoi de plus naturel que d'autoriser ledit collège à élire la personne qui en assurera la présidence. Permettre à une autorité de désignation ou simplement "extérieure" de s'immiscer dans le fonctionnement d'une juridiction revient à porter atteinte à son autonomie, partant à son indépendance. Plutôt que de se voir imposer une personne à sa tête, la juridiction devrait imposer son choix à l'autorité chargée de signer le décret de nomination. Dans les systèmes où le président de la juridiction a une voix prépondérante, une désignation extérieure ne sera jamais interprétée autrement que comme un geste

politique. Loin d'être désintéressé, le choix de l'autorité de nomination sera toujours guidé par la volonté d'influencer le travail, la jurisprudence mais aussi la place de la cour au sein des institutions. Comme dans les grandes démocraties, on choisira volontiers un(e) président(e) susceptible de constituer un atout plutôt qu'un adversaire. Dit trivialement, l'autorité envisagera toujours un « renvoi d'ascenseur » sous forme de jurisprudences complaisantes sinon par une attitude passive de la juridiction. Cela est au nombre des réalités africaines que l'on ne peut passer sous silence au motif qu'il serait quasiment impossible de les étayer. Pourtant des contre-exemples ont pu montrer qu'un président élu donne plus de vitalité à sa juridiction et que parfois celle-ci se retrouve isolée, voire combattue par le reste des institutions. Faut-il rappeler que les juridictions béninoise et nigérienne – des juridictions dirigées par des personnalités élues – se sont retrouvées dans cette situation. C'est principalement avec des cours conduites par un membre élu que les chefs d'États africains ont maille à partir tandis qu'ailleurs les rapports entre les présidents choisis par l'exécutif et ce dernier sont si étroits et fluides qu'ils en deviennent suspects.

809. À vrai dire, les objectifs poursuivis par l'autorité *désignatrices* importent peu. Aussi louables ou condamnables qu'ils pourraient être, le choix du président d'une cour par une institution demeure un procédé insolite portant atteinte à l'autonomie de la juridiction et incompatible avec son indépendance.

810. Au-delà de la question du processus de désignation des juges constitutionnels africains censé assurer une représentativité, il se pose également la question de la compétence, partant de la formation ou de l'expérience professionnelle, dans ledit processus.

B. LE PROFIL PROFESSIONNEL IDÉAL D'UN JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

811. Dépolitiser n'a jamais eu pour objectif de revenir sur un aspect que les constitutions africaines semblent avoir toutes traité dans le recrutement des juges constitutionnels. Il s'agit de la question de la compétence des juges pressentis qui, elle, dresse inévitablement et partiellement¹⁷⁵¹ le portrait-type d'un juge constitutionnel africain. Ce portrait ou profil professionnel idéal était jusqu'ici évident tant les autorités de désignations

¹⁷⁵¹ Nous laisserons ici de côté les conditions liées à la probité ou à l'âge que nous jugeons secondaires.

non politiques évoquées précédemment renseignaient suffisamment sur les compétences à rechercher. En effet, la justice constitutionnelle doit rester une affaire d'experts du droit (1) que peuvent exceptionnellement côtoyer des non-juristes (2).

1. Le principe : des professionnels du droit

812. Ils sont aujourd'hui majoritaires au sein des juridictions constitutionnelles africaines, et ce, même lorsque les textes autorisent une tout autre composition¹⁷⁵². Par le passé, les chambres étaient exclusivement composées de juristes, et plus précisément de magistrats ; ce qui était plus le résultat d'une contrainte¹⁷⁵³ qu'un choix. Aujourd'hui, pour rappeler et résumer ce qui a été dit à propos des juristes¹⁷⁵⁴, il leur est expressément réservé cinq (5) postes sur sept (7) au Bénin et au Niger, c'est-à-dire plus de la moitié. Ailleurs, au Gabon et au Sénégal, les professionnels du droit sont censés occuper le plus grand nombre des sièges, et ce sans qu'il ne leur soit attribué un nombre précis de sièges. Dans le premier cas comme dans le second, le critère de la compétence juridique prévaut. Seul pose problème le Conseil ivoirien car, contrairement à la loi organique sur le Conseil sénégalais qui, sur invitation du constituant, précise la profession¹⁷⁵⁵ des juges, le texte organique n'apporte pas d'informations supplémentaires sur le profil des candidats. En se référant à la constitution, l'alternative que pose l'article 130¹⁷⁵⁶ montre que l'expertise juridique n'est pas contraignante, et donc qu'une mandature composée de non-juristes serait tout à fait conforme à la constitution. Il infère que la présence, parfois exclusive, des juristes au sein de la juridiction ivoirienne peut-être remise en cause, et ce, sans violer la constitution. Une révision de la Constitution ivoirienne sur ce point serait la bienvenue pour s'assurer, comme cela est le cas dans les autres pays, que les professionnels du droit soient toujours majoritaires sinon en nombre suffisant. Comme le rappelle M. M. Mborantsuo,

¹⁷⁵² v. Constitution ivoirienne.

¹⁷⁵³ V. § 731.

¹⁷⁵⁴ V. § 456.

¹⁷⁵⁵ La loi organique (article 4) prévoit, dans l'ordre, que les membres du Conseil sont choisis parmi « les magistrats, les professeurs titulaires de droit, les inspecteurs généraux de l'État [et] les avocats ».

¹⁷⁵⁶ « Les conseillers sont nommés [...] parmi les personnalités reconnues pour leur compétence et leur expertise avérées en matière juridique ou administrative [...] », nous soulignons.

«[...] Imposer un corps essentiellement composé de juristes traduit la volonté des constituants africains de mettre en place, non pas seulement une espèce de contre-pouvoir indépendant, mais aussi une institution parfaitement apte à assurer le respect de l'État de droit par des méthodes juridictionnelles.»¹⁷⁵⁷.

813. Rares sont en effet les constitutions africaines qui, au moins depuis les années quatre-vingt-dix, ne font pas appel à l'expertise des magistrats (du siège comme du parquet), des avocats et des chercheurs en droit. La formation juridique est d'ailleurs devenue une condition *sine qua non* dans la constitution du collège des juges. Il n'est point utile d'appeler à une réforme sur le critère de recrutement tant l'idée, bien que matérialisée différemment d'un système à l'autre, est largement admise de part et d'autre du Sahara dans les anciennes colonies françaises. Par rapport au texte français¹⁷⁵⁸, les constitutions africaines innoveront véritablement sur la question du profil des juges en rassemblant autant de juristes de formation.

814. Nous attirerons néanmoins l'attention sur une condition : l'ancienneté. Les juges constitutionnels africains doivent souvent justifier d'une expérience professionnelle plus ou moins longue. Vingt (20) années au Sénégal contre dix (10) au Niger pour les avocats. Entre les deux, on retrouve les quinze (15) années requises pour les magistrats non désignés au Gabon par le CSM mais également au Bénin. Si rien ne s'oppose à ce que les magistrats et les avocats soient soumis à cette condition, au moins pour joindre à la formation l'expérience, il est difficile de la justifier quand il s'agit des universitaires¹⁷⁵⁹. Si la loi n°01/2016¹⁷⁶⁰ portant statut des enseignants d'universités en République sénégalaise – car c'est bien des systèmes comme celui du Sénégal dont il est question – a entamé un rajeunissement¹⁷⁶¹ des professeurs titulaires, il reste qu'un enseignant-chercheur peut accéder

¹⁷⁵⁷ M. M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles...*, *op. cit.* p. 53.

¹⁷⁵⁸ La composition du Conseil constitutionnel français n'impose pas un ou plusieurs profil(s)-type(s) dans le recrutement des juges. Il faut donc compter sur le rôle des commissions prévues aux articles 13 et 56 pour que soit posé, au moins implicitement, la question de l'aptitude des candidats à remplir la fonction de juge constitutionnel. Malgré cela, on en arrive à des compositions assez surprenantes comme celle de l'actuelle mandature présidée par L. Fabius, non-juriste, et comptant une seule magistrate (N. Maestracci, nommée en février 2013).

¹⁷⁵⁹ En effet, la loi organique (article 4 al. 2) sur le Conseil sénégalais précise que les personnalités choisies « doivent avoir au moins vingt ans d'ancienneté dans la fonction publique ou vingt ans d'exercice dans leur profession ».

¹⁷⁶⁰ Loi modifiant certaines dispositions de la loi n°81-59 du 09 novembre 1981 portant statut du personnel enseignant des universités.

¹⁷⁶¹ La loi a supprimé le critère de l'âge (30 ans au minimum) pour candidater au poste de professeur titulaire.

à ce poste en moins d'une vingtaine d'années, et ce, sans être pour autant moins compétent qu'un collègue occupant la même fonction. En effet, il doit être tenu compte de la spécificité de la carrière des enseignants-chercheurs. Contrairement aux magistrats et aux avocats, les universitaires ont une carrière assez singulière et entamée bien avant leur intégration dans la fonction publique. On ne saurait faire fi des activités d'enseignement/formation et de recherche réalisées à l'étranger ou au sein d'organismes privés, régionaux, voire internationaux. En outre, il faut tenir compte du temps consacré à la réalisation d'une thèse de doctorat qui s'étend sur plusieurs années, à temps plein comme à temps partiel. Tout ceci pour dire que, une fois la condition liée à la nationalité remplie, le seul statut d'enseignant-chercheur¹⁷⁶² devrait suffire pour être désigné ou se porter candidat à la fonction de juge constitutionnel en Afrique. Quoi de plus naturel que de faciliter ainsi les nominations des universitaires. N'est-ce pas à ces derniers, et en particulier aux constitutionnalistes, que revient la paternité¹⁷⁶³ des juridictions constitutionnelles autonomes en Afrique ? Cela suffit à en faire des privilégiés.

2. L'exception : les non-juristes

815. Les textes africains renferment des formules assez élogieuses pour insister sur le niveau de formation ou sur l'expérience des juges pressentis. « [...] Juristes de haut niveau » ou « [des] personnalités de grande réputation professionnelle » au Bénin, « [des] personnalités reconnues pour leur compétence et leur expertise avérées » en Côte d'Ivoire, sont autant de qualités professionnelles qui, si elles peuvent être aisément cernées et respectées par les membres d'une corporation censée élire l'un d'entre eux, peuvent ne pas (volontairement ou non) être comprises par les autorités politiques de désignation. Cela montre que même certaines constitutions, qui ne retiennent pourtant pas le principe de l'élection, invite à la

¹⁷⁶² Selon la définition qu'en donne la législation de chaque État.

¹⁷⁶³ « D'emblée, il faut bien faire remarquer que l'institution de la justice constitutionnelle en faisait pas partie des revendications des contestataires de l'ordre politique monolithique en Afrique. Elle n'était formellement inscrite dans aucun des cahiers de charges présentés dès 1988 aux régimes autoritaires en crise. [...] C'est pour cette raison qu'il n'est pas dénué de fondement d'imputer à la doctrine constitutionnelle l'érection des juridictions constitutionnelles en Afrique à partir de 1990. », F. J. AÏVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique » in F. HOURQUEBIE (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, Bruylant, 2014, pp. 293-294.

pratiquer car l'appréciation d'un « haut niveau » requiert une certaine objectivité que l'on ne peut retrouver qu'au sein du corps auquel appartient le candidat. Une fois de plus, qui par exemple, mieux que ses pairs, pourrait évaluer le talent et la contribution à la recherche d'un universitaire ? Personne.

816. Et la jurisprudence constitutionnelle en la matière l'a démontré. On pourrait rapidement évoquer ici les décisions¹⁷⁶⁴ rendues par la juridiction béninoise et au travers desquels elle a « vidé de son sens le qualificatif de “juriste de haut niveau” en le nivelant à la qualité de juriste »¹⁷⁶⁵. Dans d'autres affaires en 1998¹⁷⁶⁶ et 2003¹⁷⁶⁷, la position de la Cour a une fois de plus été des plus surprenantes et déroutante s'agissant de la désignation des personnalités de « grande réputation professionnelle »¹⁷⁶⁸. En 1998, elle remit en cause la désignation à ce titre d'un¹⁷⁶⁹ de ses anciens membres – choisi comme magistrat¹⁷⁷⁰ la première fois – alors même que la très grande réputation professionnelle de l'intéressée ne faisait l'ombre d'aucun doute ; ce qui sera loin d'être le cas dans la décision de 2003. En l'espèce, le chef de l'État devait remplacer un membre (décédé) de la Cour en nommant là encore une personnalité de grande réputation professionnelle. Le choix de l'exécutif se portant sur un « conducteur de travaux agricoles et titulaire d'une maîtrise en droit », la Cour fut saisie, mais elle estima que l'intéressé remplissait les conditions requises. Une solution qui convainc encore aujourd'hui difficilement.

817. À vrai dire, les formules constitutionnelles n'ont aucun intérêt – si ce n'est celui d'autoriser un travestissement de la pensée des constituants – tant qu'il n'est pas institué un

¹⁷⁶⁴ v. Les décisions 8 DC du 16 juin 1992 validant la nomination du magistrat B. Ahlonsou comme « juriste de haut niveau », 15 DC du 16 mars 1993 du HCR siégeant comme Cour constitutionnelle et DCC 03-092 du 4 juin 2003 relative à la nomination de C. Kougniazondé (professeur assistant au moment de sa désignation).

¹⁷⁶⁵ F. J. AïVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *RFDC*, n°99, 2014, p. 721 (nous soulignons).

¹⁷⁶⁶ DCC 98-952 du 29 mai 1998, E. K. Pognon.

¹⁷⁶⁷ DCC 03-082 du 26 mai 2003, *Lafia Joachim*.

¹⁷⁶⁸ Article 115 de la Constitution : « [...] La Cour Constitutionnelle comprend : [...] Deux personnalités de grande réputation professionnelle nommées l'une par le bureau de l'Assemblée Nationale et l'autre par le président de la République. [...] ».

¹⁷⁶⁹ La magistrate concernée était E. K. Pognon, la présidente de la précédente mandature de la Cour constitutionnelle (1993-1998).

¹⁷⁷⁰ Article 115 : « [...] La Cour Constitutionnelle comprend : - trois magistrats ayant une expérience de quinze années au moins, dont deux sont nommés par le bureau de l'Assemblée nationale et un par le président de la République ; [...] ».

processus électoral sinon une désignation des juges par des corporations ou des corps professionnels autres que le pouvoir politique. À la limite, elles pourraient servir à encadrer uniquement les choix opérés¹⁷⁷¹ par les seules autorités politiques (pouvoirs exécutif et législatif) dans le modèle que nous construisons ici et à la condition que ces choix n'entendent jamais représenter une ou plusieurs catégories professionnelles identifiées. Mais l'exercice peut se révéler impossible à réaliser. Il serait alors préférable que, pour coller au plus près de la nature politique tant de la juridiction que de la justice constitutionnelle, le choix des juges par les organes politiques soit moins contraint. Nous estimons ainsi que, pour les pouvoirs exécutif et législatif, les modalités de désignation des juges doivent être calquées sur le modèle français, c'est-à-dire exclure les questions liées à la formation ou aux qualités des juges pressenties. Comme le souligne à juste titre M. Diakhate, « la sensibilité juridique et sociale des problématiques constitutionnelles doit faire prévaloir la nécessité de fédérer des expériences diversifiées sur les plans juridique, politique et administratif »¹⁷⁷². En d'autres termes, il est tout à fait acceptable que les personnalités désignées *intuitu personae* par les pouvoirs publics ne soient pas des professionnels du droit. Nous ne pensons pas qu'une juridiction constitutionnelle doive être exclusivement composée de juristes de carrière. Il faudra toujours en effet faire appel à des non-juristes issues de l'administration, de la sphère politique, voire de la société civile. La figure d'Isidore de Souza¹⁷⁷³, élu à la tête de la Conférence nationale béninoise puis président du Haut conseil de la République¹⁷⁷⁴ statuant comme Cour constitutionnelle, témoigne des bienfaits de la diversité. Religieux, il lui a donc été donné de prendre une part active dans le processus de démocratisation du Bénin tant au sein de l'assemblée souveraine qu'au niveau de la juridiction constitutionnelle. Monseigneur I. de Souza démontre, si besoin était, qu'une juridiction constitutionnelle n'est pas une affaire réservée aux seuls juristes, tout comme la justice n'est manifestement plus la chasse gardée de la magistrature.

¹⁷⁷¹ Nous ne cessons de rappeler qu'il est primordial que les personnalités choisies par les autorités politiques soient minoritaires au sein de la juridiction.

¹⁷⁷² M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les États de l'Afrique noire francophone », *op. cit.* p.e. 5.

¹⁷⁷³ v. I. MENSAH, *Isidore de Souza, figure fondatrice d'une démocratie en Afrique : la transition politique au Bénin, 1989-1993*, Karthala, 2011.

¹⁷⁷⁴ V. à propos de cet organe, S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnelle du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*, ANRT, 2003, spéc. pp. 153-156.

818. Une fois la question de la représentativité des collèges des juges constitutionnels africains abordée, il convient de s'intéresser à la création de mécanismes qui, à n'en point douter, concourront autant à la qualité qu'à l'acceptation des décisions et avis rendus par les cours.

§2. LA CONSULTATION ET LA CONTRADICTION : DES CULTURES À DÉVELOPPER AU TRAVERS DE NOUVEAUX MÉCANISMES

819. Le premier est un mécanisme peu connu et pratiqué par les juges constitutionnels africains alors que le second est inexistant en Afrique noire francophone. Or, la consultation (A) et la contradiction (B) ont de nombreuses vertus dont la plus importante est certainement celle de faciliter la réception de la jurisprudence constitutionnelle.

A. LA CONSULTATION DES ACTEURS POLITIQUES ET SOCIAUX

820. « [...] Le salut réside dans un grand nombre de conseillers »¹⁷⁷⁵, énonçait déjà le roi Salomon entre les VI et IV¹⁷⁷⁶ siècles avant notre ère. Ce proverbe est d'une certaine manière suivie par l'ensemble des cours constituantes africaines. On le perçoit assez aisément dans le principe de l'instruction, un moment de la procédure juridictionnelle qui voit la participation de personnes extérieures, mais dont les auditions et/ou la consultation vont aider la juridiction saisie à décider. Sans être des « conseillères » au sens strict du terme, elles vont, selon les informations qu'elles détiennent sur un fait ou une problématique, être entendues par le(s) juge(s) au cours du processus décisionnel. Encore faut-il que le(s) juge(s) ai(en)t la faculté de les entendre, voire de les consulter, en d'autres termes, qu'il existe des « portes étroites »¹⁷⁷⁷.

821. En effet, seuls quelques textes autorisent plus ou moins officiellement la consultation de personnalités représentant des institutions étatiques ou non étatiques. Si la phase d'instruction, mise en œuvre par toutes les juridictions constitutionnelles et

¹⁷⁷⁵ *Ibid.* Chapitre XI, verset 14.

¹⁷⁷⁶ Datation historique.

¹⁷⁷⁷ V. G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite » in *La vie judiciaire*, n° 2344, 11-17 mars 1991.

particulièrement renforcée dans le contentieux électoral, offre la possibilité au rapporteur désigné, voire à la Cour elle-même d'entendre des personnes, certains textes organiques octroient – dans leurs dispositions communes relatives au fonctionnement des cours – un pouvoir de consultation à l'égard de personnes autres que les parties. Ainsi, au Gabon, le rapporteur « [...] peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît opportune ou solliciter par écrit des avis qu'il juge nécessaires »¹⁷⁷⁸ quand, en Côte d'Ivoire et au Sénégal, il revient à la haute juridiction elle-même de procéder à « toutes les mesures d'instruction, notamment entendre tout expert ou sachant [...] »¹⁷⁷⁹ ou de prescrire « toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent utiles »¹⁷⁸⁰. Au Bénin, une disposition similaire se trouve, non pas dans la législation organique, mais dans le règlement intérieur de la Cour béninoise. L'article 29 dudit texte dispose en effet que « [le rapporteur] peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît opportune ou solliciter par écrit des avis qu'il juge nécessaires. »¹⁷⁸¹. Au Niger, si l'on excepte le contentieux des élections, les textes sont quant à eux muets sur les mesures et les personnes potentiellement intéressées par l'instruction du rapporteur.

822. Il résulte de l'ensemble de la législation précitée que celle-ci, quand elle existe, fait plus souvent référence à l'« audition » qu'à la « consultation » ; et ce même si l'on sait que la seconde est potentiellement comprise dans la première. Il découle de là qu'il n'existe pas de mécanisme dédié permettant aux juridictions constitutionnelles de « consulter ». On aura vite fait de nous rappeler qu'un tel mécanisme est implicite dans les dispositions que nous venons de présenter brièvement. Face à cette observation, nous avancerons que les propositions que nous avons faites jusqu'ici imposent qu'il soit instauré un mécanisme de consultation quand les juridictions africaines sont saisies sur le fondement de leurs attributions constituantes ou appelées à les exercer. Il ne s'agit pas d'instaurer un organe consultatif ou d'y avoir recours, mais plutôt d'indiquer, dans la mesure du possible, les institutions « consultables » par les juridictions africaines. Comme l'écrit le professeur Kanté,

¹⁷⁷⁸ v. Article 26 alinéa 3 de la Loi organique sur la Cour gabonaise.

¹⁷⁷⁹ v. Article 13 al. 1 de la Loi organique sur le Conseil ivoirien.

¹⁷⁸⁰ v. Article 14 al. 5 de la Loi organique sur le Conseil sénégalais.

¹⁷⁸¹ v. Article 29 al. 3 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle béninoise.

« [Pour] pacifier l'espace politique africain [,] il ne s'agit pas seulement, comme cela est souvent proposé, de renforcer leurs compétences contentieuses, mais aussi et surtout de développer leurs compétences consultatives. Une meilleure collaboration en amont entre les institutions politiques et les juridictions constitutionnelles serait sans aucun doute de nature à prévenir un certain nombre de conflits. »¹⁷⁸².

823. L'intérêt premier, et certainement le principal, d'un tel mécanisme de consultation serait d'atténuer le rejet des jurisprudences constituentes en Afrique. Récemment, un député¹⁷⁸³ gabonais a encore mis en doute la rectitude des juges constitutionnels africains. Utilisant une expression locale et on ne peut plus symbolique, « en Afrique, une constitution, c'est les trous, les trous... »¹⁷⁸⁴, l'élu attirait l'attention sur « les contorsions de ceux qui, pour nous, lisent notre loi fondamentale »¹⁷⁸⁵. Si les critiques visaient ici la Cour gabonaise, elles inscrivait manifestement cette dernière dans un phénomène continental de suspicion de partialité ; les juridictions africaines étant plus perçues comme un levier supplémentaire du pouvoir politique que comme un contre-pouvoir indépendant et impartial. La Cour gabonaise est d'ailleurs fréquemment qualifiée de « Tour de Pise » pour souligner que la justice constitutionnelle penche toujours du même côté.

824. Le second intérêt de ce mécanisme est plus théorique en ce qu'il rapproche la fonction constituante du pouvoir constituant (originaire ou dérivé). En effet, l'adoption et la révision des constitutions en Afrique ne font pas l'économie de demandes d'avis auprès d'autres institutions. S'il est rarement fait obligation aux initiateurs des projets de révision de le soumettre à l'avis de certaines autorités, ceux-ci se plient souvent à cet exercice informel dans la pratique. Parfois, les textes imposent de telles consultations comme le fait la Constitution sénégalaise. En effet, l'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel doivent être consultés dans le cadre de la procédure d'adoption des lois¹⁷⁸⁶ constitutionnelles

¹⁷⁸² B. KANTÉ, « les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, p. 276.

¹⁷⁸³ Le député S. Akure-Davain.

¹⁷⁸⁴ Allocution du 6 septembre 2020. Pour une meilleure compréhension de cette expression, nous rapportons ici *in extenso* un extrait de l'allocation : « [...] je comprends aujourd'hui ce qu'un compatriote me disait : "En Afrique, une constitution, c'est les trous, les trous.". On veut un troisième mandat, on veut faire élire son fils, on veut concentrer tous les pouvoirs...on modifie la constitution. Ah pauvre constitution, c'est vraiment les trous, les trous. ».

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ Article 51 al. 1^{er}.

(par référendum). Au Gabon¹⁷⁸⁷, la consultation est au cœur de la procédure de révision. Les projets comme les propositions de révision sont soumis pour avis à la Cour constitutionnelle ainsi que les éventuels amendements. Au-delà de la révision constitutionnelle et des États précédents, la consultation des institutions étatiques est largement répandue. Que ce soit dans le cadre de la dissolution d'une chambre législative, d'un référendum législatif, de l'exercice des pouvoirs de crise, des demandes d'avis adressés à un organe comme le Conseil économique et social ou à une juridiction, contrainte ou non, le principe de la consultation est présent dans les constitutions africaines. Pour en revenir au pouvoir constituant, il faut dire que les cours constituantes africaines devraient elles aussi avoir la possibilité de prendre l'attache d'institutions susceptibles de les éclairer dans leur interprétation de la constitution ou dans l'élaboration de leurs solutions régulatrices. Si la grande majorité des juridictions constitutionnelles est consultée par les institutions étatiques de premier plan, les secondes ne le sont que rarement par les premières. Or, le temps est certainement venu pour les cours africaines de pleinement bénéficier d'une voie de communication officielle, autre que le rapport de fin d'année ou les déclarations préalables aux décisions, avec les autres organes de l'État et au-delà.

825. Quels seraient alors les interlocuteurs d'une cour constituante ? Avant de répondre à cette question, il faut préciser que ces institutions peuvent ne pas être des organes étatiques. Effectivement, il est aisé de mettre en œuvre une consultation des pouvoirs publics, ce qui ne pose pas de difficulté particulière. Mais, on ne saurait se limiter à ces derniers puisqu'il existe déjà un mécanisme qui a accessoirement une fonction consultative. Il s'agit de la possibilité offerte aux pouvoirs publics d'adresser des observations à la juridiction dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le contenu de ces observations donne par la même occasion la position d'une institution ou d'une autorité étatique sur le maintien ou non du texte dans la hiérarchie normative. Il faut alors voir dans ce mémoire une forme de consultation sollicitée par les juges. On retrouve concrètement un tel mécanisme à l'article

¹⁷⁸⁷ v. Article 51 (nouveau) de la Loi organique sur la Cour.

14¹⁷⁸⁸ de la loi organique sur le Conseil sénégalais, et il serait plus que souhaitable qu'il soit repris dans d'autres systèmes africains.

826. Cela dit, l'instauration d'un mécanisme de consultation intéressera plus les organes non étatiques. En d'autres termes, ce mécanisme initiera, ou légalisera dans certains ordres juridiques, un dialogue entre les juges constitutionnels et les contre-pouvoirs sociaux et politiques, car ils constituent également « des centres organisés de décisions, de contrôle, d'intérêts ou d'influence qui, par leur seule existence ou par leur acteur, quel que soit l'objectif poursuivi, ont pour effet de limiter la puissance de l'appareil dirigeant de l'État »¹⁷⁸⁹.

827. On entendra dorénavant ici par « contre-pouvoir politique » les anciennes personnalités politiques de premier plan (chefs de l'État, premiers ministres, ministres, présidents de chambres législatives ou d'institutions étatiques...) et les partis politiques. On y ajoutera bien évidemment les formations politiques en puissance, plus ou moins structurées, appelées « mouvement(s) » ou « plateforme(s) » dans le jargon politique. Pour l'heure, les chefs de l'État sont les seuls à grossir les rangs des juges constitutionnels et à faire bénéficier les cours de leurs conseils lors des délibérés. Or, s'il nous semble peu judicieux¹⁷⁹⁰ d'entamer une réforme qui aurait pour objet d'intégrer des anciennes personnalités politiques (et de la justice¹⁷⁹¹) parmi les membres de droit, il serait plus intéressant et utile d'en faire officiellement des conseils ; anciens chefs de l'État compris. C'est, selon nous, la meilleure fonction qu'un ancien président de la République en Afrique devrait occuper. Comme ils sont très souvent consultés par leurs successeurs, les présidents devraient pouvoir l'être par les juridictions mais sans appartenir à celles-ci ; à ce propos, une prochaine révision constitutionnelle française risque fort d'emporter la suppression du second alinéa de l'article 56¹⁷⁹² dont se sont inspirés les constituants ivoirien et gabonais. Les juridictions

¹⁷⁸⁸ « Toutefois, le Conseil constitutionnel, saisi conformément à l'article 74 de la Constitution et en cas d'exception d'inconstitutionnalité, transmet pour information les recours au Président de la République, [...], au Président de l'Assemblée nationale. Ces derniers peuvent produire, par un mémoire écrit, leurs observations devant le Conseil constitutionnel. ».

¹⁷⁸⁹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Sirey, 2020, p. 12.

¹⁷⁹⁰ Leur nombre peut, selon les États, être assez important ; les membres de droit deviendraient alors majoritaires au sein des cours.

¹⁷⁹¹ On songe ici aux anciens présidents des juridictions suprêmes.

¹⁷⁹² v. E. LEMAIRE, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable mais insuffisante » in *Le blog jus politicum* [en ligne], 2018, disponible à l'adresse suivante :

constitutionnelles, contrairement au Conseil constitutionnel français¹⁷⁹³, sont d'ailleurs boudées par les anciens chefs de l'État. À ce jour, aucun président au niveau de notre échantillon d'analyse n'a daigné exercer son droit. En Côte d'Ivoire, H. Konan Bédié, renversé depuis 1999, n'a jamais siégé au Conseil. Il en est de même pour Laurent Gbagbo, poursuivi devant le Tribunal pénal international depuis son renversement ; son retour imminent en terre ivoirienne sera peut-être l'occasion de voir un ancien président rentrer au Conseil¹⁷⁹⁴. Au Gabon, la question ne s'est jamais posée car les deux premiers présidents sont décédés en fonction.

828. Il faut également dire que la présence des anciens chefs d'État, quand elle est prévue par la constitution, est à redouter car une personnalité imposante et une popularité importante auront vite fait de placer la juridiction sous leur coupe. Le Chef d'État, en fonction ou non, en Afrique est très souvent une personne charismatique et derrière laquelle se trouve une formation politique plus ou moins ancrée dans la société, un ou plusieurs groupes ethniques et/ou religieux, voire, pourquoi pas, une partie du territoire national. On a affaire à une personne qui s'effacerait difficilement au profit d'une juridiction constitutionnelle ou au sein de celle-ci. En outre, la réserve qu'impose la fonction de juge constitutionnel finirait inévitablement par le « tuer » politiquement ; ce qui les incite certainement à renoncer à occuper un siège. En effet, en se basant sur le cas ivoirien, la magistrature suprême a toujours été « arrachée », c'est-à-dire selon des procédés peu démocratiques, voire au prix du sang. Les anciens présidents aspirent alors à revenir au sommet de l'État. Un projet qui serait compromis par les incompatibilités auxquels est soumis tout membre d'une juridiction constitutionnelle.

829. S'agissant des « contre-pouvoirs sociaux », nous retiendrons partiellement¹⁷⁹⁵ la définition qu'en donnent F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet.

<http://blog.juspoliticum.com/2018/06/19/conseil-constitutionnel-la-suppression-de-la-categorie-des-membres-de-droit-une-reforme-indispensable-mais-insuffisante-par-elina-lemaire/>.

¹⁷⁹³ Dès les débuts du Conseil, on a pu compter sur la présence de V. Auriol et R. Coty. Par la suite, on peut évoquer l'arrivée des présidents V. Giscard d'Estaing, J. Chirac et N. Sarkozy.

¹⁷⁹⁴ Annonçant en août 2021 la création d'un nouveau parti politique, L. Gbagbo est loin d'en avoir fini avec la politique.

¹⁷⁹⁵ L'histoire des États africains nous invite à laisser de côté les forces armées.

« [Ceux-ci] recouvrent aussi bien les forces économiques et sociales (confédérations syndicales diverses, associations, etc.) [...] que les forces spirituelles (les Églises, presque toujours neutre dans les régimes libéraux, peuvent, elles aussi, être érigées en contre-pouvoirs dans les régimes autoritaires). On observera cependant que ces forces, n'ayant nullement pour mission de s'opposer au pouvoir politique, ne se comportent que de manière tout à fait exceptionnelle en contre-pouvoirs. »¹⁷⁹⁶.

830. Ces contre-pouvoirs sociaux ont toujours existé en Afrique, et parfois même sous des régimes peu favorables. Analysant les limites au pouvoir présidentiel sous l'ère des partis uniques en Afrique noire francophone, G. Conac évoquait déjà entre autres « l'influence des notables traditionnels [et] le rôle des églises »¹⁷⁹⁷. Plus tard, le professeur Y. S. Lath identifiera les éléments auxquels renvoie la notion de contre-pouvoirs sociaux en Afrique. Excluant, comme le font également les constitutions, l'armée du jeu politique, l'universitaire ivoirien estime que les contre-pouvoirs sociaux « recouvrent aussi bien les forces économiques et sociales (syndicat et associations diverses) [...] que les forces religieuses »¹⁷⁹⁸. Parmi ces institutions non étatiques, certaines ont toujours joui d'une grande considération de la part du pouvoir politique. Il s'agit des institutions traditionnelles et religieuses. La société africaine, construite autour de la foi ou des traditions, est ainsi faite, et les peuples ivoirien et nigérien l'ont rappelé en consacrant dans la constitution, soit un titre entier à la « chefferie traditionnelle »¹⁷⁹⁹, soit une disposition¹⁸⁰⁰. En réalité, ces institutions traditionnelles et intemporelles s'imposent au pouvoir politique car elles rassemblent et fédèrent plus que

¹⁷⁹⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., Sirey, 2020, p. 13.

¹⁷⁹⁷ G. CONAC, « Les processus de démocratisation en Afrique » in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p.16.

¹⁷⁹⁸ Y. S. LATH, « La pérennisation du présidentielisme dans les États d'Afrique : les repères d'un modèle africain du régime politique », *op. cit.* p. 307.

¹⁷⁹⁹ « TITRE XIV: DE LA CHEFFERIE TRADITIONNELLECHAPITRE I:
DES ATTRIBUTIONS

Article 175 : La chefferie traditionnelle est représentée par la Chambre nationale des Rois et Chefs traditionnels. La Chambre nationale des Rois et Chefs traditionnels est l'Institution regroupant tous les Rois et Chefs traditionnels de Côte d'Ivoire. Elle est chargée notamment :

- de la valorisation des us et coutumes ; -
- de la promotion des idéaux de paix, de développement et de cohésion sociale ;
- du règlement non juridictionnel des conflits dans les villages et entre les communautés. La chefferie traditionnelle participe, dans les conditions déterminées par une loi, à l'administration du territoire. ».

¹⁸⁰⁰ « L'État reconnaît la chefferie traditionnelle comme dépositaire de l'autorité coutumière. À ce titre, elle participe à l'administration du territoire de la République dans les conditions déterminées par la loi.

La chefferie traditionnelle est tenue à une stricte obligation de neutralité et de réserve. Elle est protégée contre tout abus de pouvoir tendant à la détourner du rôle que lui confère la loi ».

toute autre institution politique. En outre, elles peuvent autant concourir à la consolidation du pouvoir politique qu'à son renversement. Et G. Rossatanga-Rignault¹⁸⁰¹ de dire, à propos du poids des confréries musulmanes¹⁸⁰², que

« La figure du prêtre faiseur [de roi] est incarnée par le chef religieux-grand-électeur dont l'appui au prince-candidat vaut adoubement aux yeux des membres (électeurs) de la confession concernée. Elle peut être illustrée par l'exemple des confréries musulmanes au Sénégal. [...] Les faits sont de notoriété. L'avis des chefs des confréries religieuses compte au Sénégal [...]. Il en est ainsi depuis toujours au Sénégal. Même le premier président de la République, Léopold Sédar Senghor (de confession chrétienne) a très tôt perçu l'intérêt de faire alliance avec la Mouridiya¹⁸⁰³, tout en veillant aux formes, ce à quoi ne s'astreindra pas son lointain successeur Abdoulaye Wade qui sera filmé après sa victoire en train de se prosterner devant le khalife général, des Mourides. L'image devenue virale ne manquera pas de provoquer des réactions indignées sur le mode laïcard de *la République à genoux*. ».

831. Le prêtre, entendu ici comme le représentant (officiel ou autoproclamé) d'un culte ou des traditions, peut également se révéler être un opposant politique¹⁸⁰⁴ recourant exceptionnellement à la violence¹⁸⁰⁵. Autant dans les États où « le pouvoir religieux [est] une force politique incontournable » que dans ceux où les autorités « ont un poids politique négligeable ; [où] elles se situent davantage comme des autorités morales, qu'il convient de consulter, ou, éventuellement, de ne pas froisser [...] »¹⁸⁰⁶, il convient de ne pas les écarter des processus décisionnels.

832. Ces contre-pouvoirs politiques ou sociaux devraient donc pouvoir être consultés par les juridictions constituantes. Celles-ci ne sauraient plus longtemps être privées des observations¹⁸⁰⁷ que pourraient formuler les représentants de ces institutions non étatiques.

¹⁸⁰¹ G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Le prince et le prêtre en Afrique. Esquisse d'une vieille alliance » in *Mélanges R. Dossou, op. cit.*

¹⁸⁰² *Ibid.* p. 957.

¹⁸⁰³ Il s'agit de l'une des quatre grandes confréries au Sénégal (*Tidjaniya, Mouridiya, Quadiriya* et *Layénisme*). v. V. MONTEIL, « Une confrérie musulmane : les Mourides du Sénégal » in *Archives de sociologie des religions*, n°14, 1962. pp. 77-102, et C. T. SY, *La confrérie sénégalaise des Mourides : un essai sur l'Islam au Sénégal*, Présence africaine, 1969.

¹⁸⁰⁴ Cas de la Conférence épiscopale en République démocratique du Congo. v. G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Le prince et le prêtre en Afrique. Esquisse d'une vieille alliance », *op. cit.*, p. 958 et s.

¹⁸⁰⁵ Cas de Boko Haram. *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ CH. DE NANTOIS, *Approche empirique de la science politique*, 2^e éd., Éditions juridiques franco-allemandes, 2019, p. 263.

¹⁸⁰⁷ G. P. TCHIVOUNDA dit ainsi, à propos des autorités traditionnelles, que « leur place au sein des institutions modernes, notamment aux côtés des dirigeants actuels permettraient à ceux-ci de limiter certaines

Selon l'influence dont elles bénéficient dans chaque État, la consultation de ces institutions peut largement faciliter l'acceptation des jurisprudences constituantes ou non. Sans jamais dicter aux juges sa solution, les partis politiques, la société civile et les entités culturelles et culturelles sont de potentiels interlocuteurs qui, dans un domaine ou un autre, vont contribuer à la production d'une jurisprudence conforme dans la mesure du possible au droit et aux valeurs.

833. En envisageant de créer du droit, ce qu'appelle inévitablement l'exercice de leurs attributions constituantes, les juges constitutionnels africains doivent pouvoir bénéficier des mêmes ressources que celles dont disposent les autres auteurs d'actes à portée générale à l'instar du législateur. Contrairement aux juridictions ordinaires, les conseils et cours constitutionnels sont habilités à produire du droit, et ce, non pas de manière incidente. Les fondements sur lesquels peuvent reposer certaines saisines (demande d'interprétation, difficultés dans le fonctionnement d'une ou plusieurs institutions) sont suffisamment clairs pour que la juridiction constitutionnelle saisie n'ait pas de doute quant au fait qu'elle devra délivrer une interprétation créatrice ou une solution régulatrice. Ainsi, si les commissions parlementaires, dans le cadre de la procédure d'adoption des lois, sont autorisées à « convoquer toute personne qu'il leur paraît utile de consulter »¹⁸⁰⁸ ou à « entendre les organisations socioprofessionnelles et toutes autres personnes concernées [sic] »¹⁸⁰⁹, les cours constituantes devraient, elles aussi, pouvoir le faire. Finalement, c'est bien la portée et l'acceptation de la jurisprudence constituante (ou simplement constitutionnelle) qui invite à la création d'une procédure de consultation la plus large possible.

de leurs tendances à l'intempérance ou à l'irresponsabilité, tendances qu'ils mettent sur le compte de la "raison d'État". Autrement dit, à l'action des "conseillers techniques" que la coopération internationale introduit auprès d'eux, devraient faire équilibre les précieuses directives morales émanant des sages africains », G. P. TCHIVOUNDA, *Essai sur l'État africain postcolonial*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁰⁸ Article 62 du règlement de l'Assemblée ivoirienne. *v.* également les articles 34.7 du règlement béninois, 44 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale sénégalaise et 52 du règlement sur l'Assemblée gabonaise.

¹⁸⁰⁹ Article 35 al. 1^{er} de la résolution n° 002/AN du 22 mars 2017 portant Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, modifiée et complétée par la Résolution n° 003/AN du 9 août 2017.

B. LA CULTURE DE LA DIVERGENCE : LA PRODUCTION D'OPINIONS INDIVIDUELLES

« *L'unanimité n'est pas nécessairement vertueuse. La justice idéale ne sacrifie pas les convictions de chacun au prix de négociations obscures, menant à une artificielle majorité. La justice idéale, loin de ne parler que d'une seule et même voix, est celle qui, ayant tout tenté pour parvenir au consensus le plus large possible, laisse exprimer ses voix minoritaires. Parce que la justice est transparente, et que les hommes qui la rendent sont pleinement responsables de leurs choix et de leurs conséquences.* »¹⁸¹⁰.

834. En Afrique noire francophone également, comme l'appelle de ses vœux le professeur W. Mastor en France, les voix minoritaires doivent pouvoir s'exprimer au sein des juridictions constitutionnelles. Il est ici fait allusion aux opinions séparées que l'on retrouve par exemple auprès de la Cour suprême américaine et que l'universitaire précitée définit comme

« Des opinions alternatives à celle de la majorité, rédigées par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elles proposent une solution différente, soit parce qu'elles proposent un fondement différent pour une solution identique. Les premières sont des opinions dissidentes, les secondes, des opinions concordantes (et non "concurrentes", malheureuse traduction des "*concurring opinions*" américaines). »¹⁸¹¹.

835. Depuis les indépendances, les opinions des magistrats des chambres constitutionnelles puis ceux des membres des cours et conseils (à partir des années quatre-vingt-dix) ont toujours été « bridées » par le secret du délibéré avant que n'intervienne le contenu plus que prohibitif du serment ; interdisant ainsi l'expression individuelle des juges. À propos dudit serment, les législations africaines relatives aux juridictions constitutionnelles reprennent en effet plus ou moins le second¹⁸¹² alinéa de l'article 3 de l'ordonnance du 7

¹⁸¹⁰ Intervention de W. MASTOR, lors de la Conférence-débat sur *Les méthodes de jugement* dans la Grand'Chambre de la Cour de cassation, 18 octobre 2005, p. 1. Disponible à l'adresse suivante : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_mastor.pdf.

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² « [Les membres nommés du Conseil] jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil. ».

novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel français. On notera néanmoins que le constituant ivoirien va plus loin en interdisant toute prise de position « publique [...] dans les domaines juridique, politique, économique ou social »¹⁸¹³.

836. Plusieurs raisons peuvent expliquer la quasi-absence des opinions séparées ou individuelles en Afrique noire francophone¹⁸¹⁴. La première tient bien évidemment au modèle d'inspiration choisi par les constituants/législateurs africains. C'est donc le droit constitutionnel et les obligations du juge constitutionnel à la française qu'ont décidé de retenir les anciennes colonies alors que, plus au sud, la Cour sud-africaine est le fruit d'une « double influence »¹⁸¹⁵. Il y a entre les dispositions de l'ancienne métropole et celles d'Afrique noire francophone une incontestable filiation. Si l'influence du modèle français peut justifier la législation sur les chambres constitutionnelles (entre les années soixante et quatre-vingt-dix), il est difficile d'expliquer qu'il ait continué à servir au moment où s'autonomisaient les cours et conseils. Il nous a été donné de voir que les constituants africains ont largement innové autant dans la composition, l'organisation que dans les attributions (régulation, recours en inconstitutionnalité, conflits d'attributions...) des juridictions constitutionnelles. Ceci pour dire que des mécanismes tirés d'autres modèles européens auraient pu attirer et retenir l'attention des décideurs africains. Comme autres modèles d'inspiration dont les attributions des juridictions constitutionnelles sont proches sinon aussi originales que celles des cours africaines, on songe à la Cour de Karlsruhe qui, depuis 1971, a adopté le mécanisme des opinions individuelles¹⁸¹⁶ ou au Tribunal constitutionnel espagnol dont la loi organique dispose que

« Le Président et les Magistrats du Tribunal pourront faire connaître dans des opinions séparées leur point de vue divergent, à condition qu'il ait été défendu pendant la délibération, tant en ce qui concerne le

¹⁸¹³ Article 129 de la Constitution de 2016 (nous soulignons).

¹⁸¹⁴ On les retrouve en Afrique centrale (v. Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 sur la Cour constitutionnelle de la République démocratique Congo) mais australe auprès de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (v. article 174-2 de la Constitution sud-africaine de 1996).

¹⁸¹⁵ W. MASTOR, Les opinions séparées des juges constitutionnels, *Economica*, 2005, p. 137.

¹⁸¹⁶ « Tout juge a le droit d'exprimer dans une opinion individuelle sa position divergente manifestée lors du délibéré et portant sur le dispositif ou les motifs de la décision; l'opinion individuelle est jointe à la décision. Les sénats peuvent indiquer dans leur décision par quel nombre de voix celle-ci a été rendue. [...] », §30 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993 et modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017

dispositif de la décision que ses motifs. Les opinions séparées sont incluses dans la décision et lorsqu'il s'agit d'arrêts, d'ordonnances ou de déclarations, elles seront publiées avec ceux-ci dans le "Journal Officiel de l'État" »¹⁸¹⁷.

837. Deuxièmement, la mauvaise presse qu'ont les opinions individuelles des juges doit avoir largement contribué à leur rejet dans les États postcoloniaux. On redoute en effet que ces avis concurrencent, partant, fragilisent la jurisprudence constitutionnelle. Que l'opinion soit concordante – en critiquant les motifs mais pas le dispositif – ou dissidente, le statut de son auteur (un membre en fonction de la juridiction) lui donne suffisamment de force pour ou jeter le doute sur le bien-fondé de la décision rendue. C'est ce que W. Mastor appelle « la force de persuasion de la décision » que l'on entend préserver autant en Afrique qu'en France. Cette justification se double d'une autre propre au contexte africain : l'apparition de dissensions au sein d'une institution essentielle et jeune comme la juridiction constitutionnelle. Les cours africaines doivent s'exprimer d'une seule et même voix, évitant ainsi qu'une opinion émise par certains de leurs membres ne serve de prétexte pour que soit sabordée l'autorité de leurs décisions. Cette crainte persiste d'ailleurs dans les rares États ayant consacré ce mécanisme à l'instar du Congo-Kinshasa où

« [...] La pratique présente, certes des avantages, mais également un risque grave de destruction des édifices institutionnel et juridictionnel construits, non sans peine. Les esprits n'étant pas encore suffisamment préparés, il importe de l'encadrer pour éviter que, par elle, la politique tienne, encore, le droit en état ou que la dépendance du juge prenne le relais de son indépendance [...] »¹⁸¹⁸.

838. Lors de notre entretien à Niamey, le professeur O. Narey¹⁸¹⁹ - vice-président de la Cour à l'époque - insista particulièrement sur l'argument de la jeunesse (de la Cour nigérienne) pour justifier l'absence d'un tel mécanisme. Individuelles ou conjointes, concordantes ou dissidentes, les opinions sont une question de maturité. En d'autres termes, il faut que l'autorité de la juridiction soit suffisamment assise pour oser intégrer dans les textes relatifs aux cours la faculté d'émettre des opinions. Nous souscrivons à cette idée, mais nous ne manquerons pas de faire remarquer que même au niveau de la Cour suprême

¹⁸¹⁷ Article 90 al. 2 de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979.

¹⁸¹⁸ J.-L. ESAMBO KANGASHÉ, « Les opinions individuelles et dissidentes du juge constitutionnel » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, p. 573.

¹⁸¹⁹ Propos recueillis lors d'un entretien au siège de la Cour le 14 février 2018 à Niamey (Niger).

américaine, que d'aucuns qualifieraient sans hésiter de mature, les dérives¹⁸²⁰ sont nombreuses. Il infère que l'argument de la jeunesse ne peut tenir plus longtemps. Si la solidité et la permanence d'une institution sont des préalables, nous pensons que certaines cours¹⁸²¹ africaines, à l'instar des juridictions béninoise, gabonaise et sénégalaise, les ont déjà acquises.

839. Enfin, la pratique des opinions individuelles requiert des compétences et des ressources (humaines et financières) assez importantes ; et sur ces points il est très loin de régner une certaine égalité entre les juges. S'agissant des compétences, on aura vite fait de remarquer que les membres des juridictions africaines ne sont pas tous des juristes. S'il est aisé pour un avocat, un professeur d'université et pour un magistrat d'élaborer une opinion individuelle motivée en droit, cela peut ne pas être le cas pour les non-juristes. Une opinion individuelle est un exercice encore plus risqué pour le non-juriste que pour le juriste car elle, l'opinion, expose son auteur à la société, mais surtout à la critique de la communauté des juristes. De plus, juristes ou non, la problématique des ressources (fonds documentaire, assistants, équipements...) constitue un obstacle supplémentaire. Financièrement, les juridictions ne sont pas logées à la même enseigne. On s'en rend facilement compte au regard des édifices qui les abritent ou du nombre des services et sous-services (administratifs). Alors que les cours béninoise et gabonaise peuvent s'appuyer sur la documentation d'un centre de recherche et sur des ressources humaines suffisantes, les juges nigériens se plaignaient encore en 2017 du manque d'assistants. Or, ce sont justement ces collaborateurs qui peuvent prêter leur concours à l'ensemble des membres de la Cour, juristes et non-juristes, dans la rédaction de leurs opinions.

¹⁸²⁰ « Incapables de faire ressortir une opinion majoritaire, les juges rendent une opinion “à la pluralité des voix”, dans laquelle la majorité des membres coïncident sur le dispositif mais non sur les motifs. Depuis le début du XIX^e siècle, le nombre de *plurality opinions* n'a cessé d'augmenter à la Cour suprême des États-Unis, pour atteindre aujourd'hui des proportions fort regrettables. Il n'est pas excessif d'affirmer que ces décisions sont parfois proprement incompréhensibles, y compris pour les tribunaux inférieurs liés par la règle du précédent. Or il est difficile, voire impossible pour lesdites juridictions de distinguer au sein d'une *plurality opinion* la *ratio decidendi* des *obiter dicta* », W. MASTOR, *op. cit.* p. 4.

¹⁸²¹ Celles dont le fonctionnement n'a jamais été interrompu au moins depuis les années quatre-vingt-dix.

840. Ensemble ou séparément, à l'échelle de notre échantillon ou dans certains systèmes, les motifs succinctement évoqués ci-dessus pourraient avoir eu un rôle dans le rejet de la technique des opinions séparées. Aujourd'hui, il serait peut-être temps de renverser cet état des choses, et nous savons que nous nous inscrivons là dans un courant minoritaire qui peine encore à convaincre. Les opinions séparées, et surtout les dissidentes, loin de fragiliser *politiquement*, et non *juridiquement*¹⁸²², la décision majoritaire, la consolident ; nous le concédons volontiers, il est difficile au premier abord de voir dans ces opinions un effet consolidant. Mais il existe. En effet, les avis dissidents rapprocheraient assurément la juridiction africaine des citoyens, rappelant qu'elle est loin d'être une institution *unanimiste*, au sein de laquelle il n'y aurait jamais d'opposition entre les juges. Les membres des cours et conseils africains, de par leurs formations ou leur(s) carrière(s), sont, comme l'ensemble de la société, programmés autant pour s'accorder que pour adopter des positions différentes. Comme le dit le professeur D. Rousseau, « Il est, en effet, tout aussi nécessaire que le principe de discussion, qui est la marque distinctive de l'espace public, trouve un prolongement dans le système de pouvoir [...] »¹⁸²³. Le débat est donc de mise et il ne devrait pas rester dans la salle du délibéré. Adopter les opinions dissidentes reviendrait à montrer que les oppositions citoyennes, doctrinales ou politiques sur un point de droit se prolongent derrière les portes de la pièce jouxtant la salle d'audience. La décision adoptée par la majorité des juges serait mieux acceptée si les requérants et une partie de l'opinion publique trouvent dans l'opinion individuelle – dissidente ou concordante – ou non la confirmation de la solution qui, selon eux, appelait l'affaire jugée. Cela montrerait au passage que la Cour a statué dans un sens en ayant connaissance des autres solutions qui s'offraient à elle. Quand il s'agit d'interpréter la constitution ou de réguler les institutions ; il est crucial de montrer que les juges ont adopté des raisonnements différents et que seul le critère de la majorité a été déterminant. Autrement dit, l'opinion dissidente, par principe minoritaire, est aussi fondée que la décision, elle a seulement manqué de partisans en nombre suffisant. Voilà donc cet effet consolidant évoqué quelques lignes plus tôt : les opinions individuelles révèlent des voix discordantes et légitimes au sein du collège des juges et accroissent dans le même temps

¹⁸²² L'autorité de chose jugée (et interprétée) est posée par la constitution. Les opinions dissidentes ne peuvent donc l'atténuer.

¹⁸²³ D. ROUSSEAU, « La démocratie continue » in *Le débat*, n°96, 1997, p. 9.

l'autorité persuasive de la solution retenue en ne faisant reposer le choix de celle-ci sur aucune autre considération que le nombre de votes favorables.

841. De plus, il est préférable que la contradiction vienne de l'intérieur plutôt que de l'extérieur, à l'instar de la missive adressée par le président A. Wade au Conseil constitutionnel sénégalais. Aucune jurisprudence n'est exempte de critiques, soit juridiques, soit purement politiques. Il vaut mieux que la solution contraire soit défendue par un membre de la juridiction plutôt que par une ou plusieurs institutions de l'État. La crainte ici est que la jurisprudence constituante, partant la juridiction elle-même, soit décrédibilisée. Les opinions dissidentes assurent à la Cour de n'avoir, juridiquement, qu'une seule et unique catégorie de contradicteurs : les juges constitutionnels eux-mêmes. L'intérêt ici est, qu'en absence d'avis dissidents alors même que cette faculté serait offerte aux juges, d'aucuns seraient moins enclins à critiquer une décision. Il y a donc une véritable consolidation de la jurisprudence constitutionnelle et, par la même occasion, constituante.

842. Enfin, les opinions séparées auront toujours cette indéniable vertu pédagogique, autant pour l'auditoire externe averti¹⁸²⁴ et non averti¹⁸²⁵, qui atténue l'incompréhension des décisions dans lesquelles sont parfois employés des termes, des notions, voire des concepts peu connus, désuets et même inintelligibles. L'argument pédagogique est au nombre de ceux que W. Mastor développe fort bien, non seulement au travers du registre utilisé – puisque selon elle « [...] les juges rédacteurs d'une opinion séparée emploient généralement un style et un langage plus accessibles que ceux des décisions majoritaires »¹⁸²⁶ – mais aussi au niveau des ressources mobilisées.

« Les opinions séparées ne se contentent pas de proposer une solution ou une motivation alternatives à celle de la majorité. Leurs motivations contiennent généralement des références doctrinales, jurisprudentielles et comparatistes très précieuses pour le lecteur, dépassant le strict cadre de la décision et revêtant par là une fonction pédagogique certaine. »¹⁸²⁷.

843. Fort de ce précède, l'instauration du mécanisme de l'opinion séparée auprès des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone devient une nécessité au regard

¹⁸²⁴ « L'auditoire externe est composé de plusieurs auditeurs que nous qualifierons d'«avertis» : les parties au procès, directement concernées par les éventuelles opinions séparées, les tribunaux ordinaires, les pouvoirs publics, et la doctrine », W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, op. cit., p. 286.

¹⁸²⁵ Il s'agit de l'opinion publique.

¹⁸²⁶ *Ibid.* p. 291.

¹⁸²⁷ *Ibid.* p. 292.

des attributions constituant qu'elles exercent. Avec le mécanisme de la consultation proposé plus tôt, ils ouvriront un peu plus les juridictions constitutionnelles au reste de la sphère institutionnelle et au reste de la société.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

844. Ce chapitre a été une invitation à une transformation des juridictions constitutionnelles ; ce qui passe nécessairement par un remaniement des dispositions constitutionnelles et infraconstitutionnelles relatives aux cours et conseils constitutionnels africains. Bien évidemment, au niveau des constitutions africaines, il ne fait aucun doute qu'elles pourraient faire l'objet d'autres améliorations, mais toutes les envisager reviendrait à excéder les limites de la présente étude. Le choix a donc été fait de se limiter aux règles portant sur le statut, la composition – partant le renouvellement des membres – et les pouvoirs des juridictions constitutionnelles. Et il ressort que ces aspects ne cadrent pas toujours sinon suffisamment avec les attributions que sont appelées à exercer les juridictions constitutionnelles. Dit autrement, la situation actuelle de l'organe ne cadre pas avec ses missions. Absence d'une réelle légitimité découlant d'une concentration du pouvoir de désignation par les institutions politiques, multiplication de compétences analogues, des conseils rangés à tort dans le pouvoir judiciaire, des cours concurrencées par le rôle de gardien du chef de l'État... Un remaniement des textes et une restructuration de l'organe s'imposaient donc tous les deux.

845. Les attributions à portée constituante invitent à revenir sur les énoncés habilitants en vigueur et à leur préférer des formules qui se rapprochent du rôle de constituant secondaire du juge constitutionnel, mais surtout de la pratique de la fonction constituante des années quatre-vingt-dix à nos jours. Il s'est ainsi dégagé un modèle qui, selon nous, devrait être repris par les constituants africains puisqu'il allie la fonction de juger et les spécificité(s) de l'organe de justice constitutionnelle, la compétence et la légitimité, l'autorité et l'acceptation de la décision rendue. Le modèle est celui d'une juridiction constitutionnelle dotée d'attributions constituantes générales (interprétation et régulation), composée majoritairement sinon de moitié de juristes élus, et pratiquant au besoin d'inédites méthodes

de travail en Afrique telles que la consultation – d'organes étatiques et non étatiques – et les opinions séparées.

CHAPITRE II. ESQUISSE D'UNE MÉTHODE DE CRÉATION RÉGULIÈRE DU DROIT PAR UNE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE NOIRE

« Ces juridictions [constitutionnelles] ont été conçues, du moins au départ, comme devant soit initier une transition vers la démocratie soit, plus simplement, accompagner et renforcer une expérience démocratique déjà en cours. [...] Pour des raisons liées à la trajectoire politique des États africains, la pression est légitimement très forte sur ces juridictions en ce qui concerne les réponses à apporter aux questions relatives à l'ancrage de la démocratie et de l'État de droit dans le continent »¹⁸²⁸.

846. Dans sa contribution aux Mélanges Gicquel, le professeur Kanté revenait une fois de plus sur quelques-uns des nombreux défis que doivent relever les cours africaines : la consolidation de la démocratie et l'État de droit en Afrique ; une mission qui se donne d'ailleurs à voir derrière les attributions des cours africaines. Du contentieux électoral jusqu'à celui des libertés, les juges constitutionnels sont en quelque sorte "programmés" pour consolider sinon amorcer l'ancrage du droit, au moyen de la constitution, dans la société. Autant pour le constituant que pour la doctrine¹⁸²⁹, la démocratie et l'État de droit sont alors les leitmotivs de l'action des cours et conseils constitutionnels. Qu'il s'agisse d'avis ou de décisions contentieuses, il devrait toujours être aisé d'y voir la volonté du juge de pérenniser les institutions et procédés démocratiques, mais également de protéger les droits et libertés.

¹⁸²⁸ B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, op. cit. pp. 266-267.

¹⁸²⁹ V. par ex. I. DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », op. cit. p. 113.

Il s'agit là des deux critères d'évaluation des juridictions constitutionnelles même s'ils ne forment parfois qu'un seul et unique critère : la démocratie¹⁸³⁰.

847. Malheureusement, et de manière générale, la jurisprudence constitutionnelle africaine est loin d'être satisfaisante sur ces points, même si quelques juridictions réussissent à se démarquer. Elles en ont pourtant toutes les moyens. Mais, si « [des] décisions jurisprudentielles encourageantes en Afrique ont toujours existé [et qu'il] ne serait ni juste, ni objectif, d'ignorer ou de négliger l'énorme travail fourni par les juges africains »¹⁸³¹, la quasi indifférence des cours face aux violations régulières des droits, l'impunité¹⁸³² régnante dans les sociétés africaines et leur gestion – sans cesse décriée – du contentieux électoral ont vite fait de ternir les rares efforts des juges en faveur de l'État de droit. Sur la question de la protection des droits et libertés, le constat est donc encore pour l'heure sans appel : l'action des juges est loin d'être « satisfaisante »¹⁸³³ qu'il s'agisse de la jurisprudence constitutionnelle classique ou constituante. Nous avons d'ailleurs estimé, à l'échelle de notre échantillon, que lorsque le juge constitutionnel africain « entreprend de se saisir non pas de la gomme, mais bien du crayon »¹⁸³⁴, sa contribution aux libertés est des plus modestes, et ce, sans jamais véritablement en évaluer la qualité. Il nous a simplement été donné de relever que cette matière, d'un pays à l'autre, est le lieu de tous les positionnements et que les juges ne s'inspirent quasiment jamais de la jurisprudence des autres cours. Une situation assez surprenante quand on se rappelle que les blocs de constitutionnalité au sud du Sahara, sur la question des prérogatives individuelles et collectives, diffèrent peu.

848. Loin de nous l'idée de soutenir que les cours et conseils devraient toujours adopter des solutions identiques dans ce domaine ; cela serait excessivement homogénéisant et tel n'est pas l'objectif de ce chapitre. Il sera plutôt question de mettre l'accent sur les procédés

¹⁸³⁰ « Il n'est point de démocratie sans reconnaissance des droits inhérents à l'homme et sans un contrôle de ces mêmes droits et libertés. », *Ibid.*

¹⁸³¹ A. B. FAAL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » in *Afrilex* [en ligne], n°3, 2003, p. 58.

¹⁸³² « L'un des reproches fait au système africain de protection des droits de l'homme c'est en effet de laisser prospérer l'impunité. Parfois les sanctions sont inexistantes alors que les atteintes aux droits sont de plus en plus massives. Si les efforts ont été accomplis ces dernières années pour réprimer les violations aux droits humains grâce à l'action des juridictions pénales internationales et sur le plan interne à la perspicacité de certains juges, dans l'ensemble les crimes et délits restent impunis », A.-D. MBOUSNGOK, *La protection constitutionnelle des droits de l'homme...op. cit.*, p. 300.

¹⁸³³ *Ibid.* p. 63.

¹⁸³⁴ G. TUSSEAU, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle... », *op. cit.* p. 124.

de création du droit par les juges constitutionnels. En effet, nous entendons désormais dépasser les questions structurelles et pénétrer la fonction constituante, c'est-à-dire son exercice. À grands traits, il sera esquissé ici une méthode d'exercice idoine du pouvoir créateur des cours et conseils en Afrique. Bien évidemment, cette méthode ne saurait se limiter à la question des libertés. Elle intéresse également le fonctionnement des institutions qui ont un rôle essentiel à jouer dans un État démocratique.

849. Une fois le pouvoir créateur du juge reconnu, comment convient-il de créer du droit (constitutionnel) en Afrique ? La réponse à cette problématique nécessiterait de s'intéresser à un nombre infini de questions. Néanmoins, il semble que ces dernières peuvent se fondre dans deux grandes catégories découlant de l'emploi du terme « méthode ». Ainsi, il y aurait ce qu'il convient de faire d'une part, et ce qu'il faudrait ne pas ou ne plus faire. Dit autrement, esquisser une méthode de création de droit reviendrait à s'intéresser aux limites du pouvoir créateur (Section 2) après avoir abordé la question de ses contraintes (Section 1). Elles n'ont en effet pas la même fonction, malgré la synonymie de mise dans le langage courant. Ici, les contraintes assurent une certaine adéquation entre, d'une part, les normes produites par les juges et, d'autre part, la matière en cause et/ou le milieu concerné (société africaine). Quant aux limites, elles servent à évaluer la régularité de l'exercice de la fonction constituante, mais aussi des normes produites à cette occasion. Dit autrement, les contraintes dessinent une méthode idéale d'exercice du pouvoir créateur du juge dans un contentieux donné tandis que les limites lui interdisent de créer des normes qui auraient pour conséquence de transgresser des règles et principes regardés comme supérieurs.

SECTION 1. LES CONTRAINTES DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

850. Pour aborder cette première section, nous reprendrons la distinction posée par le professeur Eisenmann¹⁸³⁵ entre la compatibilité et la conformité alors qu'il entendait déterminer la nature exacte du rapport de légalité. En effet, les contraintes de la fonction constituante imposent de recourir à cette distinction pour identifier le(s) rapport(s) devant prévaloir entre le droit créé par le juge et la matière concernée ; et nous ne retiendrons ici que les contentieux impliquant les institutions et les droits fondamentaux. Dans ces deux contentieux, la prégnance d'un modèle ou d'une conception à suivre doit être, pour notre part, nulle quand il s'agit des libertés, mais poussée à son paroxysme dans le contentieux institutionnel. Autrement dit, l'exercice de la fonction constituante dans le contentieux institutionnel devrait toujours se faire selon « “un principe de conformité” [qui] postule l'existence d'une réglementation-modèle »¹⁸³⁶ pour le juge (S2) ; ce qui n'est pas le cas dans le contentieux des libertés fondamentales où règnera la compatibilité (S1).

§1. LA FONCTION CONSTITUANTE ET LES DROITS ET LIBERTÉS

851. Malgré l'adhésion et la ratification de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits fondamentaux par les États africains, il existe une philosophie africaine desdits droits (A) prescrivant indirectement au juge constituant une méthode. Autrement dit, il faut interpréter ou découvrir les droits sans négliger les valeurs du milieu (B).

¹⁸³⁵ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité » in *EDCE*, Impr. nationale, 1957, pp. 25-40. V. pour une critique, G. TIMSIT, *Gouverner ou juger...op. cit.* p. 14 et s.

¹⁸³⁶ *Ibid.* p. 31.

A. LES DROITS ET LIBERTÉS DE L'HOMME AFRICAIN

« Les droits de l'homme sont un trésor de l'humanité, mais de quelle humanité parlons-nous ? [Les Africaines et les Africains] sont "au milieu du gué", dans "l'entre deux" de la loi et la coutume, des plurivers et de l'univers, du communautarisme et de l'individualisme [...] »¹⁸³⁷.

852. La théorie occidentale des droits de l'homme fit une entrée très tardive dans les anciennes colonies alors même que les puissances colonisatrices lui vouaient quasiment un culte. Ces puissances tenaient, jusqu'à la décolonisation, un double discours avec d'un côté « l'assimilation comme théorie humaniste ouvrant les bienfaits de l'Empire aux populations méritantes », et de l'autre, « le discours et la pratique de l'indigénat, régime dérogoire à tous les principes des droits de l'Homme »¹⁸³⁸.

853. Il reste que quatre grands moments marquent encore l'introduction de cette théorie dans le droit constitutionnel des États francophones au sud du Sahara. Le premier correspond bien évidemment à l'adoption de la constitution française de 1946, laquelle disposait en son article 81 que

« Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution ».

854. La seconde phase est celle de l'adoption des premières constitutions des États indépendants qui, plus ou moins calquées sur la Constitution française de 1958, font référence à la Déclaration universelle de 1948. La troisième étape correspond quant à elle à l'adoption en 1981 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, entrée en vigueur en 1986 ; un texte repris par certaines constitutions du Renouveau démocratique des années quatre-vingt-dix. Cette nouvelle ère, qui correspond à la quatrième et dernière étape, est principalement une réaffirmation des droits politiques dans une partie du monde marquée jusque-là par des régimes postcoloniaux autoritaires et très souvent à parti unique.

¹⁸³⁷ E. LE ROY, « Regard de l'anthropologue du droit. Pourquoi les Africains n'adhèrent pas, "spontanément", aux droits de l'homme ? » in P. TAVERNIER (dir.), *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, p. 77.

¹⁸³⁸ *Ibid.* p. 73.

855. Si le dévouement des syndicats, des mouvements étudiants, de l'opposition ou de la société civile, allant parfois jusqu'à la mort de certains leaders, a grandement contribué à l'importation des droits de l'homme dans les États décolonisés et à un assouplissement des régimes autoritaires, il ne faut pas pour autant minorer l'importance des questions financières. Celles-ci ne laissent que peu de marge de manœuvre aux dirigeants africains face à des bailleurs de fonds étrangers de plus en plus regardants sur la question démocratique. En effet, après et avant le discours du président Mitterrand à La Baule, « nous sommes [toujours] dans un donnant-donnant, les droits de l'Homme contre les transferts financiers assurant l'équilibre budgétaire, des prêts bonifiés, voire d'avantages plus personnalisés [de la part du Fonds monétaire international] »¹⁸³⁹. L'introduction des droits de l'homme, et donc de leur protection constitutionnelle en Afrique, est la résultante d'un effort conjugué entre des pressions internes et internationales. Est-ce à dire qu'avant la première étape sus-évoquée (et même après celle-ci), il n'existait pas de droits de l'homme en Afrique, et donc des droits de l'homme africain ? Quelques auteurs¹⁸⁴⁰ ont osé le soutenir après l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme, et il faut dire qu'ils n'ont jamais été aussi éloignés de la vérité. Comme l'énonçait déjà en 1983 un autre et grand anthropologue du droit et spécialiste de l'Afrique,

« Aucune société ne saurait prétendre avoir le monopole des droits de l'homme et n'est en droit d'imposer sa propre conception à d'autres qui ne la partagent pas. [...] Chaque société développe sa propre vision du monde et de l'homme et à chaque culture correspond un système de valeur, une conception de l'homme, de ses droits et obligations dans la société »¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁹ *Ibid.* p. 76.

¹⁸⁴⁰ Le professeur M. Glélé-Ahanhanzo affirma ainsi « qu'il n'y a pas un droit de l'Homme africain. La Charte, à juste titre, affirme et proclame l'universalité de l'Homme, de l'être humain ; les besoins et les droits fondamentaux de l'homme sont, dans tout l'univers, identiques, ces droits ne se négocient pas ; ils sont indivisibles ; l'homme est un, par essence ». v. M. GLÉLÉ-AHANHANZO, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples » in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pedone, 1984, p. 518. Au terme de son propos, on s'aperçoit néanmoins que le professeur béninois adopte une position assez différente de celle présentée ci-dessus. En effet, il reconnaît que « L'Afrique [...] a majoré et privilégié certains [droits] grâce à sa sensibilité propre, à ses cultures et à sa civilisation ; [...] », v. p. 536.

¹⁸⁴¹ R. VERDIER, « Problématique des droits de l'homme dans les droits traditionnels d'Afrique noir » in *Droit et cultures*, n °5, 1983, p. 97 (nous soulignons).

856. Il infère donc une conception africaine plus ancienne des droits de l'homme ou des droits de l'homme africain dont la Charte de Banjul¹⁸⁴² est la traduction et qui, soit dit en passant, « entame l'universalité des droits de l'homme »¹⁸⁴³ ; une idée rejetée par de grands juristes¹⁸⁴⁴. Et K. Mbaye de rajouter

« [Qu'il] est donc tout naturel qu'il soit admis que les droits de l'homme ne procèdent pas partout de la même conception, de la même formulation, du même contenu, n'obéissent pas aux mêmes règles de reconnaissance, de promotion et de protection et ont donc une certaine spécificité, compte tenu des données philosophiques et économiques notamment. Or ces données sont intimement liées à la géographie et à l'histoire, comme le sont celles relatives à la politique et à la sociologie. »¹⁸⁴⁵.

857. Avant la colonisation, il existait en Afrique au moins deux potentielles sources de droits de l'homme : les droits originellement africains et les droits précoloniaux importés. Alors que J. Vanderlinden présente les premiers comme des « droits des sociétés peuplant l'Afrique avant que ne se manifestent sur le continent des influences étrangères importantes et durables »¹⁸⁴⁶, les seconds sont ceux influencés principalement par l'islam avant l'arrivée des Occidentaux. Au sein du premier groupe, les droits de l'homme étaient déjà reconnus. En effet, il a été difficile de l'admettre, car ces droits ont toujours obéi à une philosophie différente de celle dite « libérale du 18^e et du 19^e siècle [...] en Europe »¹⁸⁴⁷. En Afrique,

¹⁸⁴² Autre dénomination donnée à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁸⁴³ K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pedone, 1992, p. 161. Nous ne sommes pas sans savoir

¹⁸⁴⁴ On se limitera ici à évoquer F. Borella, défenseur de cette idée d'universalité des droits de l'homme. Il estime en effet que « dans [les Déclarations américaine et française], par-delà leurs diversités et les problèmes qu'elles posent, comme dans les déclarations antérieures qui les ont inspirés, et dans celles qui ont suivi, l'élément commun est l'universalité des notions de base : l'homme, la société politique, les droits humains naturels. Cette universalité est de principe, non de fait, mais c'est un principe nécessaire. Ce ne sont pas les Américains, ni les Français qui ont des droits en tant qu'ils sont américains et français et à ce titre bénéficient de l'application d'un texte juridique à valeur constitutionnelle. Ils en sont les titulaires parce qu'ils sont des hommes, au sens latin, c'est-à-dire des êtres vivants humains. L'exclusion du bénéfice de ces droits de certaines catégories de personnes ne s'exprime pas dans les Déclarations ; elle n'a en effet pas de fondement de principe, mais de circonstance. Elle ne peut faire oublier, comme le marque la Déclaration française, que les droits de l'homme sont coextensifs à l'humanité entière. ». V. F. BORELLA, *Critique du savoir politique*, PUF, 1990, p. 215.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.* p. 50.

¹⁸⁴⁶ J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, 1^{ère} éd., 1983, PUF, p. 7. Dans un autre ouvrage publié en 1996 chez Dalloz, l'auteur entendra dorénavant par « droits originellement africains [...] non seulement les droits en vigueur avant la colonisation, mais encore ceux qui, s'étant maintenus ou créés pendant la colonisation, trouvaient leur origine dans le comportement des peuples d'Afrique ». J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Dalloz, 1996, p. 57.

¹⁸⁴⁷ T. HUARAKA, « Les fondements des droits de l'homme en Afrique » in A. LAPEYRE et autres (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, vol. 1, Bruylant, 1990, p. 237.

comme certains l'ont rappelé, l'individu « est absorbé par l'archétype du totem ou de l'ancêtre commun »¹⁸⁴⁸, et cela en fait un « individu communautaire »¹⁸⁴⁹. L'ancien haut magistrat sénégalais a illustré ce qui précède en exposant la protection de quelques droits et libertés dans l'Afrique précoloniale. Il fit ainsi référence à la liberté religieuse¹⁸⁵⁰, le droit de participer à la direction des affaires publiques¹⁸⁵¹ ou encore le droit à l'éducation¹⁸⁵².

858. La colonisation, l'accession à l'indépendance des anciens territoires colonisés et la fin du pluralisme juridique dans les sociétés africaines consécutive à l'adhésion au modèle juridique du colonisateur, n'ont pas fait disparaître la conception africaine des droits de l'homme. On voit ainsi un regain de cette conception dans la Charte africaine des droits de l'homme. « [...] Entre universalisme et régionalisme »¹⁸⁵³, est perceptible dans la Charte un effort de conceptualisation des « droits de l'homme à partir des circonstances et données propres aux sociétés africaines. [...] Toute la force intrinsèque de la Charte réside dans cette double perspective de concilier une conception africaine des droits de l'homme avec les théories en vigueur. »¹⁸⁵⁴. Dit autrement, il est question d'une conciliation entre l'Afrique et l'Occident, entre la communauté et l'individu. On retrouve alors dans la Charte africaine un fort accent mis sur la communauté¹⁸⁵⁵, trait caractéristique la société africaine, mais

¹⁸⁴⁸ K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pedone, 1992, p. 52.

¹⁸⁴⁹ T. HUARAKA, « Les fondements des droits de l'homme en Afrique », *op. cit.* p. 239. Le professeur I. Nguema dira d'ailleurs du système démocratique africain qu'il est « essentiellement communautaire ». v. I. NGUÉMA (sic), « Démocratie, pluralisme et cultures africaines » in G. Conac (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p. 169. Bien avant, P.-F. Gonidec rappelait que « l'homme africain ne saurait se considérer comme une entité distincte et indépendante du groupe social auquel il appartient. Il est soudé, intégré au groupe. ». V. P.-F. GONIDEC, *Les Droits africains. Évolution et sources*, 2^e éd., LGDJ, 1976, p. 11.

¹⁸⁵⁰ « En effet, la liberté religieuse était efficacement protégée dans l'Afrique traditionnelle. La religion enveloppe l'entité sociologique : clan, tribu ou ethnie. La diversité des totems et des "génies tuteurs" est une manifestation de cette liberté religieuse. », *Ibid.* p. 54.

¹⁸⁵¹ « [III] était reconnu aux membres des sociétés africaines. Ainsi, au Sénégal, les "Diarafs", les "Farbas", les "Diambours", mais aussi les "Badalo" et même les "Neeno", avaient chacun son pouvoir de participation à la palabre et à la prise de décision par consensus sur un même pied d'égalité. », *Ibid.*

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ A. B. FALL, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme » in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 77-100.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.* spéc. pp. 84-85.

¹⁸⁵⁵ « Le concept communautaire des droits de l'homme est la marque de la Charte Africaine, et, en fait, sa principale caractéristique. », dit T. HUARAKA. v. T. HUARAKA, « Les fondements des droits de l'homme en Afrique », *op. cit.* p. 244.

absente dans les textes européens, américain et internationaux. Cette conciliation, le juge-constituant doit l'avoir à l'esprit en Afrique noire francophone.

B. FONCTION CONSTITUANTE ET DROITS DE L'HOMME EN AFRIQUE : UNE QUESTION DE COMPATIBILITÉ ENTRE LE DROIT CRÉÉ ET LES VALEURS DU MILIEU

859. Traitant de l'interprétation de la loi par le juge, J. Chevallier listait plusieurs contraintes qui s'imposent au juge. Au terme de son analyse, il évoquait

« [Les] déterminations sociales plus générales. Le juge ne saurait aller à l'encontre des représentations et des valeurs sociales dominantes, dont il est d'ailleurs imprégné : cette "culture" sur-détermine les analyses auxquelles il se livre ; les interprétations qu'il donne sont indissociables des significations sociales et nécessairement compatibles avec elles »¹⁸⁵⁶.

860. Et dans le cadre de la présente étude, il y a lieu d'inscrire la conception africaine des droits et libertés parmi ces contraintes dites sociales. Il revient au juge de manière générale, et au juge constitutionnel en particulier, de faire « vivre » sinon de tenir compte de ces représentations et valeurs particulières pour créer du droit ; ce à quoi G. Timsit fait également allusion en parlant de « valeurs morales, politiques, économiques, etc. – celles qui dominant au sein de la société au moment où il a la charge de se prononcer [...] »¹⁸⁵⁷.

861. Mais la relation entre le pouvoir créateur du juge avec les représentations et valeurs qui ont cours dans un milieu donné – et quelle que puisse être l'emprise qu'elles exercent dans ledit milieu – ne saurait pour autant être un rapport de conformité. En d'autres termes, l'exercice de la fonction constituante se doit d'être simplement compatible avec la conception africaine des droits de l'homme. La compatibilité, et non la conformité, car cette dernière présuppose en effet un rapport d'identité plus strict excluant *de facto* dans ce cas d'autres sources de droit et conduisant ainsi à un conformisme aux valeurs locales. Or, aucun organe juridictionnel ne saurait aujourd'hui faire abstraction des textes étrangers et internationaux intégrés en droit interne. Le constituant de robe se doit de manier et de

¹⁸⁵⁶ J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », *op. cit.* spéc. pp. 132-133 (nous soulignons).

¹⁸⁵⁷ G. TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, p. 16. V. également pp. 87-109.

concilier les visions internationale et africaine. Il n'a pas à produire du droit conforme, mais plutôt compatible avec le contexte africain où règne un pluralisme juridique non négligeable.

862. Le reproche à peine voilé derrière ce qui précède est le constat aujourd'hui d'une quasi-disparition des références aux valeurs africaines dans la jurisprudence constitutionnelle. Il est d'ailleurs plus facile de constater une « aliénation méthodologique du juge constitutionnel »¹⁸⁵⁸. En d'autres termes, les Africains ont tendance à « interpréter » les droits et libertés, voire juger, comme cela est fait ailleurs. S'ils entendent ainsi participer à l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme en emboîtant très souvent le pas à des juges appartenant à des États de droit consolidés ou en s'arrimant aux standards du droit international, ils en viennent à oublier et à faire oublier que des préambules africains font encore référence à des réalités internes plus ou moins juridiques, et qui auraient certainement un rôle à jouer dans l'exercice du pouvoir créateur du juge. N'est-ce pas en Afrique qu'il est trouvé des énoncés soulignant l'attachement du peuple à ses « valeurs culturelles, spirituelles et morales »¹⁸⁵⁹ ou « aux valeurs de civilisation qui fondent [sa] personnalité »¹⁸⁶⁰ ? Or, parmi ces valeurs se trouve par exemple la coutume qui, elle, peut véhiculer une vision africaine d'un droit ou d'une liberté ; et A. Mbousngok¹⁸⁶¹ a su montrer combien cette coutume pouvait être protectrice des droits et libertés. À supposer que l'œuvre constituante des juges dans le champ des droits et des libertés s'inscrive toujours et véritablement dans l'optique de leur protection, il faut admettre que la fonction constituante et la coutume puissent parfois poursuivre le même objectif. Un rapport d'inspiration s'impose alors pour le juge constituant à l'égard « des contraintes sociales [ou] de la culture » dont parlait J. Chevallier ; la coutume étant une illustration ici mais un aspect parmi tant d'autres de ces contraintes.

863. Comme il a été dit plus tôt, ce rapport d'inspiration est quasi inexistant. Parmi les nombreuses jurisprudences à portée constituante que nous avons pu mobiliser dans ce travail, une seule évoque de manière déterminante une contrainte sociale (la tradition) et prend appui sur celle-ci pour créer du droit. Il s'agit de la décision n°4/CC de 1997 rendue

¹⁸⁵⁸ V. M. DIAKHATE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les États de l'Afrique noire francophone » in *RDP*, n°3, 2015.

¹⁸⁵⁹ V. Préambule de la Constitution ivoirienne.

¹⁸⁶⁰ V. Préambule de la Constitution nigérienne.

¹⁸⁶¹ A. MBOUSNGOK, *La protection constitutionnelle des droits de l'homme... op. cit.*, p. 326 et. S.

par la Cour gabonaise dans laquelle cette dernière a tenu compte, entre autres, « [de] l'esprit des valeurs traditionnelles nationales » pour juger que le bénéfice d'une élection sénatoriale devait être accordé au plus âgé en cas de ballottage au second tour. Et à la lecture de cette jurisprudence – respectueuse du droit d'aïnesse – viennent à l'esprit « les valeurs de base [de la société] »¹⁸⁶² du professeur B. Kanté, ou encore ces mots de la présidente la Cour gabonaise :

« [Le juge] se doit pour donner une dimension effective aux droits et libertés de ne pas faire abstraction des réalités sociales et politiques qui le contraignent. »¹⁸⁶³.

864. Il en va incontestablement de la pertinence de leur jurisprudence constituante. Resterait alors à définir avec précision la méthode pour parvenir à cette compatibilité entre la fonction constituante et le milieu africain ; ce qui n'aurait à vrai dire que peu d'intérêt. En effet, on se limitera ici à avancer cette idée de comptabilité. Aller dans le détail serait infructueux car il faudrait tôt ou tard se poser la question de la supériorité d'une conception sur une autre. Et cette première problématique peut en générer plusieurs autres, aux réponses moins évidentes, à l'instar de celle relative aux référentiels d'interprétation pertinents mobilisables. En d'autres termes, face à un droit X, à la lumière de quels éléments du bloc de constitutionnalité le juge doit-il l'interpréter ? Les dispositions inspirées du droit des *Blancs* et/ou du droit international, ou celles affirmant les identités traditionnelle et culturelle de la société africaine considérée ?

865. Illustrons ce qui précède à l'aide de la liberté de mariage. Si la vision contemporaine du mariage occidental est résumée par cette célèbre formule de F. Nietzsche, « [...]la volonté à deux de créer l'unique »¹⁸⁶⁴, la volonté des époux et leur nombre sont susceptibles de constituer des variables en Afrique.

866. S'agissant de la volonté, d'une société africaine à l'autre, elle peut se heurter à plusieurs facteurs comme le mariage forcé, le remplacement du conjoint décédé ou disparu par un membre de sa famille, ou une promesse de mariage faite à la naissance¹⁸⁶⁵ des futurs

¹⁸⁶² B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Mélanges Gicquel*, op. cit. p. 272.

¹⁸⁶³ M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des cours...* op. cit. p. 194.

¹⁸⁶⁴ F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Domaine public, 2014, p. 104.

¹⁸⁶⁵ V. J. BINET, *Le mariage en Afrique noire*, Éditions du Cerf, 1959, p. 24.

époux. La volonté peut également se heurter aux valeurs sociales comme cela est le cas du mariage entre les personnes du même sexe, et ce même quand le droit positif ne l'interdit pas ou ne réserve pas le mariage aux couples hétérosexuels¹⁸⁶⁶.

867. Pour ce qui est des époux, il faut dire qu'une même personne peut plusieurs fois créer « l'unique ». On songe ici à la polygamie encore reconnue¹⁸⁶⁷ et pratiquée en Afrique noire – en ville comme dans le milieu rural – et défendue par certains comme « un phénomène social qui module l'équilibre entre les femmes et les hommes [car] si la polygamie n'absorbait pas le trop plein [sic] de femmes, la société connaîtrait un sort misérable. »¹⁸⁶⁸. Pour d'autres défenseurs, cette forme d'union est surtout une obligation religieuse alors même que le christianisme¹⁸⁶⁹ ou l'islam¹⁸⁷⁰ ne prônent pas ce modèle. Il s'agit donc avant tout d'une question de culture ou de « traditions africaines »¹⁸⁷¹, et dans une moindre mesure d'interprétation des livres saints.

868. Apporter une réponse aux questions précédentes reviendrait indirectement à distinguer des droits africains « par nature » - interprétables exclusivement au regard des contraintes ou réalités sociales – et les autres dits importés. Or, une telle distinction est intenable. Il n'existe pas de droits individuels africains par nature même s'il peut être attaché à chacun d'eux sinon à quelques-uns une conception particulière. Le travail du juge constituant consistera ainsi à faire primer ou non cette conception selon la place qu'occupe en droit interne la liberté en cause, son histoire, les rapports qu'elle entretient avec les valeurs du milieu et son évolution autant en droit international que dans les systèmes de droit étrangers.

¹⁸⁶⁶ Tel était l'état du droit gabonais jusqu'à la dernière révision constitutionnelle.

¹⁸⁶⁷ Comme l'énonce F. B. Fall, « Les règles sociales régissant le mariage dans certains pays africains comme le Sénégal sont favorables à la polygamie. [...] La polygamie relève d'une longue tradition au Sénégal. Elle s'adapte aux conditions de la vie urbaine et concerne les couches les plus instruites de la population. [...] », F. B. FALL, « Divorce, remariage et polygamie à Dakar » in R. MARCOUX et P. ANTOINE (dir.), *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, p. 255.

¹⁸⁶⁸ A. Y. SAWADOGO, *La polygamie en question*, l'Harmattan, 2006, p. 113.

¹⁸⁶⁹ Sur ce point, les défenseurs de la polygamie s'appuient sur l'Ancien testament et l'histoire des patriarches juifs.

¹⁸⁷⁰ V. R. MARCOUX et P. ANTOINE (dir.), *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, p. 12. S'agissant du Coran (Sourate 4, verset 3), il nous faut préciser qu'il autorise une polygamie limitée.

¹⁸⁷¹ K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, op. cit., p. 151.

869. Et en parlant des ordres juridiques étrangers, et plus précisément occidentaux, il faut dire qu'ils revêtent une importance particulière quand il s'agit pour le juge d'élaborer du droit constitutionnel institutionnel.

§2. FONCTION CONSTITUANTE ET INSTITUTIONS CONSTITUTIONNELLES : LES CONTRAINTES DE L'EMPRUNT

870. Comme annoncé, ici la fonction constituante devra s'inscrire dans un rapport de conformité rendu inévitable du fait de l'adhésion des sociétés africaines à un modèle étranger d'exercice du pouvoir (B) très éloigné des systèmes politiques précoloniaux (A).

A. LA SOCIÉTÉ AFRICAINE PRÉCOLONIALE : LES INSTITUTIONS POLITIQUES ET LEUR FONCTIONNEMENT

« Dans le système monarchique et de chefferie qui caractérise nos régimes politiques traditionnels, il n'y avait qu'une seule tête [...] »¹⁸⁷².

871. Les premiers contacts entre l'Afrique noire et les futures puissances colonisatrices remontent aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles. En effet, après les Portugais, ce fut au tour des Hollandais, des Britanniques et des Français d'installer des comptoirs sur les côtes africaines. Mais comme l'écrivait un spécialiste du monde noir, « l'Afrique noire a une Histoire »¹⁸⁷³. Avant et après l'arrivée des occidentaux, il existait déjà des sociétés africaines plus ou moins structurées¹⁸⁷⁴ politiquement et administrativement, allant des anarchies¹⁸⁷⁵ aux États en

¹⁸⁷² M. AHANHANZO-GLÉLÉ, *Naissance d'un État noir*, op. cit. p. 163.

¹⁸⁷³ H. DESCHAMPS, *L'Afrique noire précoloniale*, PUF, 1962, p. 121. V. également, H. LABOURET, *L'Afrique précoloniale*, 3^e éd., PUF, 1959 ; B. DAVIDSON, *L'Afrique avant les Blancs*, PUF, 1962 ; H. DESCHAMPS, *L'Afrique noire précoloniale*, PUF, 1962 ; R. CORNEVIN, *Histoire de l'Afrique*, 1966 ; P. DIAGNE, *POUVOIR politique traditionnel en Afrique occidentale*, Présence Africaine, 1967.

¹⁸⁷⁴ V. P.-F. GONIDEC, *L'État africain. Évolution, fédéralisme, centralisation et décentralisation*, LGDJ, 1985, p. 29.

¹⁸⁷⁵ Pour faire référence à « [des] organisation[s] politique[s] sans commandement, au sein de groupements sociaux ayant pour base des lignages, les associations (secrètes, coopératives). [...] Le système politique anarchique serait caractérisé par un régime de liberté, d'égalité et de fraternité, dans une souplesse sociale presque absolue : il n'y a pas d'autorité concentrée et facile à abattre. Absence donc de lutte pour le

passant par les chefferies ; selon la classification¹⁸⁷⁶ établie par Fortes et Pritchard. Alors qu'au niveau des chefferies

« les lignages et les associations subsistent [...] Le chef, personnage ancien (l'Ainé des lignages), incarne les pouvoirs militaires (conduite des guerres, partage du butin), judiciaires (justice, répartition des terres fertiles), politiques (accueil des étrangers), religieux (vénération des ancêtres) [et] une seule langue est parlée. »¹⁸⁷⁷,

872. au sein de l'État africain précolonial, il n'existe « qu'un seul chef politique (roi, empereur, président) »¹⁸⁷⁸ reconnu par l'ensemble des groupements familiaux, des lignages et des chefferies.

873. Pour ce qui est de l'organisation administrative, H. Labouret rapportait entre autres – à propos des États précoloniaux par exemple – que

« [Le] monarque procédait-il le plus souvent par délégation, des gouverneurs responsables devant lui du maintien de l'ordre et de leur gestion le représentaient dans les provinces éloignées. L'Empire du Manding avait été partagé en trois secteurs, eux-mêmes subdivisés en cantons comportant chacun un certain nombre de villages. L'organisation sonrhaï comptait trois gouvernements : le Gourma, le Dendi, et la région des Lacs. Chaque gouverneur possédait ses cadres d'agents et employés, les uns étaient au service du prince et les autres à celui de son délégué. Les mêmes principes s'appliquaient chez les Mossi. À Ouagadougou le royaume était partagé en cinq gouvernements provinciaux placés sous l'autorité de hauts dignitaires susceptibles de recevoir des commandements militaires. Au-dessous d'eux, des agents de diverses catégories assumaient, sous leur contrôle, des fonctions administratives variées. Ces indications sommaires sont également valables pour les autres territoires de l'Afrique tropicale et équatoriale. »¹⁸⁷⁹.

874. Il existait une diversité de régimes politiques, et ce au moins depuis le Moyen âge¹⁸⁸⁰. Mais il est plus intéressant d'insister ici sur l'organisation de la société précoloniale en mettant l'accent sur les institutions politiques éminentes de cette période, et ce afin de voir si un rapprochement est possible entre ces institutions et celles héritées au moment de la décolonisation. En d'autres termes, la question serait plus précisément de savoir si une séparation des pouvoirs était observée dans la société africaine précoloniale sinon s'il y

pouvoir. ». v. T. OBENGA, « De l'État dans l'Afrique précoloniale : le cas du royaume de Kouch dans la Nubie ancienne » in *Présence Africaine*, n°127-128, 1983, p. 129.

¹⁸⁷⁶ V. M. FORTES et E. PRITCHARD, *African political systems*, Oxford University Press, 1940.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

¹⁸⁷⁹ H. LABOURET, *L'Afrique précoloniale*, 3^e éd., PUF, 1959, p. 27.

¹⁸⁸⁰ V. H. DESCHAMPS, *L'Afrique noire précoloniale*, PUF, 1962, pp. 52-23.

existait des organes simplement spécialisés. Une réponse négative s'impose *a priori*. À la lecture des informations ethno-historiques évoquées précédemment, il ressort principalement une confusion des pouvoirs au seul profit du chef dans la société précoloniale, et accessoirement une délégation. Le chef (empereur, roi...) y exerçait plusieurs fonctions regardées ailleurs comme participant à la séparation des pouvoirs posée par les Européens. Dans ces sociétés, dira G. P. Tchivounda, « légiférer et faire exécuter les “lois” (au sens d'exécution matérielle et de règlement des litiges) relevaient de la compétence d'un seul et même organe. »¹⁸⁸¹ ; ce qui, toujours selon le même auteur, suffit à relever chez les Africains une « prédisposition à la confusion du pouvoir »¹⁸⁸². Et près d'une quarantaine d'années plus tard après G. P. Tchivounda, cette propension semble être toujours d'actualité.

« À la vérité, tout comme les premiers régimes des indépendances, les régimes issus du renouveau démocratique, fondés théoriquement sur la séparation des pouvoirs, ont du mal à s'inscrire en pratique dans cette optique. Il y a en effet et à certains égards, une continuité de ces deux époques dans la pratique du pouvoir relativement à la théorie de la séparation des pouvoirs. La seule différence significative par rapport aux régimes de l'immédiat après indépendance, consiste dans l'aménagement pratique d'un espace plus propice à l'exercice des droits et libertés des citoyens. [...] Pour le reste, les constituants du renouveau démocratique en Afrique ont, certes, entendu consacrer la séparation des pouvoirs dans les lois fondamentales, mais les acteurs politiques n'y ont vu qu'une énumération des trois pouvoirs au sein d'un État, rien d'autre “qu'une répartition des compétences entre organes”. [...] Il n'y a qu'un seul chef et un seul pouvoir et tout le pouvoir lui revient en globalité. Amputé d'une de ses composantes, le pouvoir perd de sa magnificence et n'est plus véritablement du pouvoir. Il faut donc le capter en totalité. »¹⁸⁸³.

875. Toutefois, il ne faudrait pas refaire l'erreur commise par plusieurs explorateurs, historiens et ethnologues : celle de croire qu'il n'existait qu'une société africaine traditionnelle. Il existait *des* sociétés précoloniales, plusieurs régimes politiques au sein desquels l'exercice du pouvoir pouvait se faire selon des modalités spécifiques parfois moins centralistes. D'une collectivité à l'autre, le chef pouvait ainsi détenir plus ou moins de prérogatives. La présence d'autres institutions assurant un pouvoir ou exerçant une grande influence n'était pas exclue. Démontrant le caractère démocratique des sociétés africaines, J.

¹⁸⁸¹ G. P. TCHIVOUNDA, *Essai sur l'État africain postcolonial*, LGDJ, 1982, p. 125.

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ J. I. SENOU, « Les figures de la séparation des pouvoirs en Afrique » in *RDP*, n° 1, 2019, p.e. 1-2.

Lombard fait référence au conseil¹⁸⁸⁴ entourant le chef africain, un organe éminemment politique et au moins aussi puissant que le souverain. Il dit ainsi que dans la société traditionnelle¹⁸⁸⁵

« il était, en effet, une règle importante qui s'appliquait à toutes les formes de groupements détenant quelque rôle politique : l'autorité personnelle, l'autorité d'un seul individu était en Afrique inconcevable, sans l'assistance et le contrôle d'un organe collectif. À tous les niveaux de la structure sociale, qu'il s'agisse de la famille étendue ou du lignage, regroupant tous les « foyers » apparentés, qu'il s'agisse du village ou d'une province [...] ou bien qu'il s'agisse de ces groupes d'âges qui avaient dans certaines sociétés vocation pour gérer les affaires publiques, partout l'individu, le chef, ne décidait qu'en Conseil. Le monarque lui-même, si absolutiste soit-il, ne pouvait prendre de décision qu'après consultation de ses conseillers installés en permanence dans toutes les capitales »¹⁸⁸⁶.

876. Examinant la description des États Serer¹⁸⁸⁷ (ou Sérères) faite par P. Diagne,

« Le Mad, le jaraff et le Farba dépositaires chacun de la part de souveraineté détenue par la classe sociale qu'il représente, définissent ainsi dans l'exercice du pouvoir trois fonctions aux compétences relativement bien définies. Dans ces fonctions les hiérarchies évidemment se dessinent pour conférer au roi, la préséance sur le jaraff et un droit de commandement sur le Farba. Il exerce par conséquent son privilège dans un cadre institutionnel dont le maniement n'est pas laissé à sa guise. »¹⁸⁸⁸,

877. J. Lombart y voit l'illustration même d'une véritable séparation des pouvoirs¹⁸⁸⁹ entre le *Jarraf*, le représentant des hommes libres à l'exception de la noblesse, le *Farba* – autorité représentant la classe servile – et le *Mad* (roi) dont l'élection doit être acceptée par les deux premiers.

¹⁸⁸⁴ Entre le VIII^e siècle av. J. C et 1470 – période *ivang'ilungu* selon J. A. Avaro – on retrouvait déjà une institution similaire (le conseil des anciens) au Gabon au sein des villages-états qui précèdent les chefferies et les royaumes. v. J. A. AVARO, *Un peuple gabonais à l'aube de la colonisation. Le Bas-Ogooué au XIX^e siècle*, 1981, 285 pages, et N. METEGUE N'NAH, *Histoire du Gabon. Des origines à l'aube du XXI^e siècle*, L'Harmattan, 2006, p. 44 et 86.

¹⁸⁸⁵ « [Celle] qui prit fin avec la période coloniale en ses débuts, vers le dernier quart du XIX^e siècle » selon J. MAQUET, « Afrique noire (Culture et société) - Civilisations traditionnelles » in *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

¹⁸⁸⁶ J. LOMBARD, « Pensée politique et démocratie dans l'Afrique noire traditionnelle » in *Présence Africaine*, n° 63, 1967 p. 19.

¹⁸⁸⁷ Populations de l'Afrique de l'ouest à l'origine de plusieurs royaumes précoloniaux.

¹⁸⁸⁸ P. DIAGNE, « Royaumes Serères : les institutions du Sine Saloum » in *Présence Africaine*, n° 54, 1965, p. 160. V. également du même auteur, *Pouvoir politique traditionnel en Afrique occidentale*, Présence Africaine, 1967.

¹⁸⁸⁹ J. LOMBARD, « Pensée politique et démocratie dans l'Afrique noire traditionnelle », *op. cit.* p. 160.

878. Mais pour mieux saisir ce qu'était la société africaine précoloniale et les principes qui organisaient son fonctionnement, il faut prendre pour modèle l'Empire ou les royaumes¹⁸⁹⁰ Mossi (XIII-XVIII siècles). Il a en effet été choisi comme « système de référence [...] qui n'a pas été envahi par l'Islam »¹⁸⁹¹ par un autre éminent spécialiste de l'Afrique noire ; même si les Sérères auraient pu servir de modèle puisque leur procédure de désignation du souverain était analogue à celle¹⁸⁹² des Mossi. C. A. Diop énonce ainsi à propos de l'Empire que

« La monarchie Mossi est constitutionnelle. [...] L'empereur est assisté, en plus du Premier ministre [appelé *togo naba*], de trois autres : le *rassam naba*, le *baloum naba*, le *kidiranga naba*. Chacun d'eux administre une région en plus de ses fonctions plus ou moins spécialisées. [Le *rassam naba*] est le chef des esclaves de la Couronne. Il est également ministre des Finances [et] règne sur les hommes de condition libre. [...] Le *baloum naba* [...] est le maire du Palais. [...]. Le *kidiranga naba*, chef de cavalerie, sort des trois familles mossi ordinaires. [...] Les “ sans-naissance”, les esclaves, les travailleurs laborieux, organisés en professions (la caste), au lieu d'être tenus à l'écart du pouvoir en cette période qui s'étend jusqu'au-delà du Moyen Age occidental [sic], y sont associés, non d'une façon symbolique, mais organique. Chaque profession a ses mandataires au sein du gouvernement ; ils sont chargés de présenter, le cas échéant, ses doléances. Tel est l'esprit de cette constitution [...]. »¹⁸⁹³.

879. Partant, il y avait déjà dans les États précoloniaux une participation des différentes couches de la société à la politique au travers des personnalités de premier plan mais qui ne détenaient qu'un réel pouvoir que dans les limites de leurs circonscriptions. On apprend par exemple, bien avant C. A. Diop, que la justice était rendue par plusieurs autorités allant du chef de famille au monarque avec entre les deux des chefs de villages et de cantons. Dans le royaume mossi du Yatenga, pour ne citer que celui-là, le *Moro-naba* (roi) était compétent pour trancher entre autres les « affaires de meurtre pour tout le pays [et les] appels formés contre

¹⁸⁹⁰ Les royaumes de Ouagadougou et du Yatenga. Historiquement, parler d'un empire est inexact car il existait bel et bien deux entités avec une population Mossi.

¹⁸⁹¹ C. ANTA DIOP, *L'Afrique noire précoloniale*, 2e éd., Présence africaine, 2008, p. 49.

¹⁸⁹² C. A. Diop insiste sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'une élection mais bien d'une désignation au regard des qualités requises par la tradition. La préférence pour un candidat n'était pas déterminante. *Ibid.* p. 65. V. également L. TAUXIER, *Études soudanaises. Le Noir du Yatenga : Mossis, Nioniossés, Samos, Yarsés, Silmi-Mossis, Peuls*, E. Larose, 1917, p. 344.

¹⁸⁹³ C. A. DIOP, *L'Afrique noire...*, *op. cit.* pp. 50-51.

les décisions des chefs de cantons. Il jugeait entouré de ses ministres dont il sollicitait l'avis quoiqu'il ne fut pas forcé de le suivre »¹⁸⁹⁴.

880. En définitive, les Africains pratiquaient moins une séparation des pouvoirs qu'une différenciation verticale des fonctions, c'est-à-dire une décentralisation¹⁸⁹⁵ politique ou simplement administrative selon la forme de l'État. P.-F Gonidec l'affirmait déjà à propos des « sociétés anétatiques »¹⁸⁹⁶, mais aussi de manière générale¹⁸⁹⁷ :

« Dans l'Afrique précoloniale, le principe dominant est, non pas le principe, cher à Montesquieu, de séparation des pouvoirs, mais celui de l'unité du pouvoir »¹⁸⁹⁸.

Et si certains spécialistes continuent d'y voir une séparation des pouvoirs¹⁸⁹⁹, il faut dire qu'elle était très éloignée de la théorie et de la pratique occidentales. Différentes fonctions – administratives, sociales, militaires, religieuses et exceptionnellement politiques – pouvaient échoir à certaines personnalités, mais celles-ci ne les exerçaient que sous l'autorité du chef et/ou dans un périmètre déterminé. Ils servaient de relais. Tôt ou tard, la prééminence du chef était rappelée car ces autres organes n'exerçaient pas à titre principal et exclusivement des fonctions législatives ou judiciaires. Plus radicale est la position adoptée par Bayart¹⁹⁰⁰ qui, lui, ira jusqu'à affirmer qu'il n'existait que des régimes despotiques.

881. Au moment des indépendances africaines, asseoir l'exercice du pouvoir sur le principe occidental de la séparation des pouvoirs était donc une véritable rupture avec l'ordre ancien. Une rupture librement consentie, qui doit emporter des conséquences que le juge constituant ne saurait ignorer.

¹⁸⁹⁴ L. TAUXIER, *Études soudanaises. Le Noir du Yatenga : Mossis, Nioniossés, Samos, Yarsés, Silmi-Mossis, Peuls*, op. cit., p. 360.

¹⁸⁹⁵ P.-F GONIDEC, *L'État africain. Évolution, fédéralisme, centralisation et décentralisation*, op. cit. pp. 41-42.

¹⁸⁹⁶ « Tous les observateurs remarquent que les sociétés non étatiques n'ont pas d'organes législatif, exécutif et juridictionnel, c'est-à-dire les organes qu'on retrouve habituellement dans les États. », *ibid.* p. 31.

¹⁸⁹⁷ « Mais il convient de remarquer que dans les sociétés africains les fonctions législatives, exécutive et judiciaire n'étaient pas nettement séparées. », P.-F GONIDEC, *Les Droits africains. Évolution et sources*, 2 éd., LGDJ, 1976, p. 15.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.* p. 198.

¹⁸⁹⁹ Pour ce qui est de la législation par exemple, elle était le fait du monarque (chef), et exceptionnellement une fonction remplie par des « sociétés secrètes, les classes d'âge, les associations commerciales ou les corporations d'artisans. Ces institutions légiféraient alors par délégation du roi ou du chef. Les règles créées s'appliquaient aux membres des groupements intéressés. ». v. P.-F GONIDEC, *Les Droits africains. Évolution et sources*, pp. 14-15.

¹⁹⁰⁰ V. J.-F., BAYART, *L'État en Afrique*, Fayard, 1989.

B. FONCTION CONSTITUANTE ET INSTITUTIONS AFRICAINES : UNE QUESTION DE CONFORMITÉ ENTRE LE DROIT CRÉÉ ET LE RÉGIME POLITIQUE IMPORTÉ

882. Pour les constituants de robe, la conséquence de loin la plus importante de cette rupture, dans l'organisation et le fonctionnement des États africains, est certainement celle de la primauté des règles du jeu du modèle importé.

883. Quand il faut interpréter les dispositions constitutionnelles relatives aux institutions ou réguler ces dernières, les cours africaines se doivent de faire abstraction des logiques qui avaient cours dans les États précoloniaux ou celles découlant de la dénaturation des régimes politiques importés, et ce aussi longtemps que les constituants adhéreront formellement aux principes qui sous-tendent lesdits régimes. L'argument de la « tropicalisation », c'est-à-dire de l'adaptation des régimes traditionnels (parlementaire ou présidentiel) au milieu concerné, ne saurait plus longtemps justifier le syncrétisme juridique qui prévaut aujourd'hui en Afrique et que l'on retrouve parfois dans la jurisprudence constituante. La décision de la Cour gabonaise sur l'indisponibilité temporaire est une parfaite illustration de cette double influence entre la vision traditionnelle ou coutumière du monarque africain – qui ne saurait perdre son statut que par la mort en dehors de tout processus électoral – et celle du président de la République telle que posée par les textes ; cette jurisprudence est à n'en point douter un entre-deux où tentent d'être conciliées deux visions diamétralement opposées.

884. Or, en matière institutionnelle, la conciliation n'est plus souhaitable. La fonction constituante dans le contentieux institutionnel est, selon nous, une question de conformité. Créer du droit en Afrique implique de faire appel exclusivement aux droits étrangers, et plus précisément occidentaux, dont sont inspirés l'organisation et le fonctionnement des institutions africaines. On est plus ici en mesure d'invoquer un autre argument : celui de l'universalité des grands principes et institutions politiques ; un argument qui inviterait et justifierait une application spécifique d'un milieu à l'autre. Ce serait oublier que ces principes, ces mécanismes, ces procédures, ces institutions et même leurs dénominations, non seulement renseignent sur leur origine occidentale, mais surtout véhiculent une ou plusieurs philosophies quant à la manière dont le pouvoir doit être conquis, exercé et conservé. Il en va ainsi de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir

judiciaire, du bicamérisme, de la justice constitutionnelle.... Prenons le cas de la séparation des pouvoirs. En Afrique noire francophone, tous les États affirment reposer sur ce principe comme sur celui de l'État de droit. Mais combien d'auteurs ou commentateurs autorisés ont osé démontrer leur effectivité au sud du Sahara ? L'articulation des commentaires est bien souvent la même ; celle allant de la consécration des principes (dans les textes) à l'ineffectivité. Les Africains sont-ils incapables de mettre en œuvre lesdits principes ? D'aucuns s'empresseraient de répondre par l'affirmative, mais ce serait minorer, voire ignorer le poids de la culture ; à vrai dire, les Africains en sont souvent empêchés. Dans tous les cas, il découle presque toujours de ce qui précède des constitutions nominales¹⁹⁰¹.

885. Le mimétisme institutionnel et politique impose d'aller au bout des choses pour les juges. Il ne peut en être autrement. Lorsqu'ils sont appelés à créer du droit, les juges constitutionnels ne peuvent tirer des expériences précoloniales des enseignements ou précédents pertinents. Nous l'avons vu, des États existaient, mais leur fonctionnement était très éloigné de celui adopté par les États africains au sortir de la colonisation. On ne saurait interpréter une constitution africaine inspirée de celle de 1958 à la lumière ou en mobilisant les règles qui avaient cours autrefois. Quel serait encore l'intérêt d'avoir une constitution dite démocratique¹⁹⁰² ? Le juge africain est pour ainsi dire contraint d'exercer sa fonction constituante conformément au droit occidental, car il ne dispose pas de ressources suffisantes mais surtout pertinentes. Il est dans une situation qui ne lui laisse guère le choix, alors que d'autres l'ont. On songe une fois de plus au juge constitutionnel français qui, au-delà des textes en vigueur, peut puiser dans une riche histoire politique et institutionnelle. L'indépendance de la juridiction administrative, consacrée en 1980¹⁹⁰³, en est une parfaite illustration. Mobiliser, sous la Cinquième République, deux textes - le Préambule de 1946 qui pose la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la loi du 24 mai 1872 - montre à suffisance l'étendue des ressources dont dispose le Conseil

¹⁹⁰¹ « On veut évoquer ici l'état de choses dans lequel une Constitution, bien que parfaitement valable sur le plan juridique, demeure extérieure à la réalité sociale, ne lui est pas intégrée. ». v. K. LOEWENSTEIN, « Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions » in *Revue française de science politique*, n°1, 1952, p. 20.

¹⁹⁰² Pour insister sur l'extranéité des constitutions africaines postérieures à la décolonisation. Nous ne sommes pas sans savoir que les systèmes précoloniaux étaient démocratiques dans la mesure où les couches de la société étaient très souvent représentées par des personnalités de premier rang.

¹⁹⁰³ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs.

français. À elle seule, cette jurisprudence mobilisa au moins un siècle de l'histoire institutionnelle française au profit d'une institution juridictionnelle, et ce pour en poser l'indépendance. Et à partir de ce précédent du droit public français, l'on se rend compte que les rares ressources mobilisables par les juges africains se situent dans la période coloniale ; période où ils ont pu découvrir et expérimenter la pratique institutionnelle étrangère. Avant cet épisode, rien ne saurait être utilement invoqué par le juge africain pour réguler les institutions ou interpréter les dispositions constitutionnelles portant sur celles-ci. La décision du Conseil sénégalais sur les limites matérielles d'une loi d'amnistie¹⁹⁰⁴, qui n'est pas sans rappeler les règles en la matière en droit français, ou la jurisprudence de la Cour gabonaise prononçant la vacance¹⁹⁰⁵ de la chambre basse du fait de la non-organisation des élections législatives dans les délais – évitant ainsi que la démocratie ne soit prise indéfiniment en otage – sont autant de précédents jugés respectueux de grands principes comme celui de la souveraineté nationale que le juge gabonais entendit sauvegarder ; quand d'autres décisions prononçant des injonctions ou contrôlant des lois de révision constitutionnelles ont reçu un accueil mitigé.

886. À la lecture de ce qui précède et alors que certains nous accuseraient certainement d'encourager une aliénation méthodologique¹⁹⁰⁶ que nous réprouvions plus tôt à propos des libertés fondamentales, nous rappellerons ici que la fonction constituante en Afrique ne devra avoir pour modèles d'inspiration les droits occidentaux qu'aussi longtemps que les Africains resteront formellement attachés aux méthodes et mécanismes qui caractérisent ces systèmes politiques étrangers. Il est vrai qu'on a pu voir dans le présidentielisme africain un régime nouveau, mais on a pu également constater qu'il emprunte des caractéristiques essentielles et distinctives des régimes parlementaire et présidentiel. Il serait par conséquent déraisonnable d'exercer la fonction constituante conformément au régime présidentieliste puisque ce dernier ne s'assume pas, c'est-à-dire qu'à l'instar du régime semi-présidentiel, le régime présidentieliste innove lui aussi sur certains points, mais continue d'être régi sur le papier selon des techniques et des règles inspirées des modèles traditionnels. C'est d'ailleurs parce qu'il existe autant de points communs entre le présidentielisme et les régimes

¹⁹⁰⁴ V. § 198.

¹⁹⁰⁵ V. § 706.

¹⁹⁰⁶ V. § 863.

traditionnels que l'on parvient à évaluer le premier, et à le considérer plus comme le résultat d'une dénaturation du régime présidentiel que comme une mise à jour. Tout ceci pour dire que c'est donc conformément au modèle d'origine ou traditionnel que le juge doit « construire » la constitution, et non au regard des constructions dérivées que les constituants africains ont tentés ou tentent d'établir.

SECTION 2. LES LIMITES DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

887. Dans le langage courant, la limite est définie comme ce qui détermine un domaine ou le sépare d'un autre, comme ce qui ne saurait être dépassé, franchi, ou encore comme une « frontière [qui] partage deux ou plusieurs choses ou celle qui marque l'extrémité d'une chose »¹⁹⁰⁷. En droit, *conceptuellement*, la limite est « la ou les frontière(s) qui sépare(nt) et/ou encadre(nt) un comportement, une action ou un objet. »¹⁹⁰⁸ quand, en tant que notion de droit constitutionnel, elle renvoie à « une disposition de rang constitutionnel qui, dès lors qu'elle est valide dans un ordre juridique, ne peut pas être supprimée par des procédures normatives. Elle est donc absolue et éternelle. »¹⁹⁰⁹.

888. Mise en relation avec la fonction constituante, la notion de limite renverrait à un ou plusieurs objets qui, soit s'inscrivent au-delà du périmètre d'intervention du pouvoir créateur du juge, soit ne peuvent être mis à contribution par le juge constituant ; dans ce dernier cas, il est plus précisément fait allusion à l'évocation de ressources et sources du droit fort contestables. En résumé, avec la limite, il s'agit de ce que le juge constituant ne peut faire ou défaire. Les limites de la fonction constituante, plus que les contraintes évoquées précédemment, ont pour principal intérêt de circonscrire le pouvoir créateur des juges ; évitant ainsi cette notion, encore floue, qu'est le gouvernement des juges. Ce n'est qu'une

¹⁹⁰⁷ J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion » in *RFDC*, n°76, 2008, p. 789.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ *Ibid.* p. 795.

fois ces limites transgressées qu'il est possible d'affirmer que le juge a violé la constitution, et il ne sera pas question ici d'un jugement de valeur, mais bien d'une carence objective constatable au niveau de l'acceptabilité¹⁹¹⁰ de la norme dégagée. Un philosophe belge qui n'est plus à présenter a en effet pu dire :

« L'exercice d'un pouvoir, en droit, suppose toujours la possibilité d'un choix raisonnable entre plusieurs solutions. Il est normal que toute instance qui dispose de certains pouvoirs, les exerce selon son meilleur jugement, mais à condition de ne pas l'exercer d'une façon déraisonnable, donc inacceptable. Il y a des limites à ne pas dépasser ; dans ce cas il y aurait abus ou détournement de pouvoir, que le juge se doit de sanctionner. Le caractère déraisonnable d'une décision en appelle à des critères qui sont moins juridiques que sociologiques : est déraisonnable ce que l'opinion commune ne peut accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité. »¹⁹¹¹.

889. Il faut dire que la question des limites du pouvoir créateur du juge constitutionnel n'est pas nouvelle. On en veut pour preuve un article de J. Rivero qui effleurait déjà la question. « N'est-ce pas aller trop loin ? »¹⁹¹², se demandait le professeur à propos des normes non écrites dégagées par le Conseil français, avant qu'un des anciens membres de la Haute juridiction n'écrive que « [le] pouvoir normatif [du Conseil] est sans limite »¹⁹¹³. Et il faut dire qu'il l'est partout. Formellement, c'est-à-dire au niveau des textes en Afrique noire francophone, les attributions à portée constituante des cours ne sont en effet jamais accompagnées de garde-fous. Il est attribué une fonction constituante sans préciser jusqu'où elle peut être exercée. Face à ce que d'aucuns appelleraient volontiers une lacune, on serait tenté de trouver ailleurs, dans le bloc de constitutionnalité, des limites au pouvoir créateur du juge. En raison de ses effets sur ledit bloc, se pose avant toute chose la question de l'applicabilité, à la fonction constituante des cours constitutionnelles, des limites imposées au constituant dérivé. Mais, pour y répondre rapidement et de manière péremptoire,

¹⁹¹⁰ « [Elle] désigne alors l'opération d'agrégation, de cristallisation potentielle des conditions qui rendraient un objet défini – projet ou décision – acceptable ou non. L'acceptabilité présente dès lors un caractère dynamique qui fait défaut à l'acceptation qui, du reste, n'est pas la conclusion nécessaire de l'acceptabilité. ». V. C. BONNOTTE, « L'acceptabilité sociale est-elle un indice de la qualité de la justice administrative ? » in *RFAP*, n°159, 2016, p. 692.

¹⁹¹¹ Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse » in *La motivation des décisions de justice*, Ets. É. Bruylant, 1978, p. 421.

¹⁹¹² J. RIVERO, « La fin de l'absolutisme » in *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 15.

¹⁹¹³ G. CANIVET, « Les limites de la mission du juge constitutionnel » in *Cités*, n°69, 2017, p. 46.

l'exclusion de certains principes et dispositions du champ de la révision constitutionnelle – pratique fréquente des constitutions modernes – ne saurait raisonnablement empêcher les juges d'en donner une lecture autre que celle(s) attendue(s) afin de transgresser lesdites limites. Il convient ainsi d'énoncer que la fonction constituante n'est pas le pouvoir constituant dérivé et par conséquent qu'il n'est pas astreint à ses limites ; d'ailleurs, la réalité de ces dernières a été et est encore très discutée¹⁹¹⁴.

890. Soyons *réalistes* : la question des limites du pouvoir (créateur) du juge est celle de leur incessant recul. Les limites invitent toujours à la transgression. Il est bien connu que l'interdiction accroît la tentation de la transgression. Dès lors que le droit positif et/ou la doctrine s'évertuent à poser un cadre au juge, tôt ou tard, l'une de ses réactions est toujours d'aller au-delà en invoquant au passage tel ou tel autre motif. Et cette sempiternelle alternance, entre l'interdiction et sa violation, a conditionné l'organisation interne de cette ultime section. Il nous est apparu peu pertinent, voire inutile de multiplier des subdivisions pour traiter séparément des limites, si tant est qu'elles existent, alors même que nous entamions la première partie de cette étude avec les mots d'un grand constitutionnaliste et réaliste américain : *the constitution means what the judge says it means*. En effet, cela implique que le juge constitutionnel puisse faire fi des limites que viendrait à lui imposer le constituant. Dit autrement, les éventuelles limites du pouvoir juridictionnel sont également ce qu'en dit le juge. Si ce dernier est en fin de compte le seul à pouvoir s'imposer des limites

¹⁹¹⁴ Si l'écrasante majorité de la doctrine est fortement influencée par le doyen Vedel qui prônait l'illimitation matérielle du pouvoir constituant dérivé, une opinion différente et minoritaire a toujours existé (v. par exemple, C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, 2^e ed., PUF, 2013, M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923, p. 297 ou 2^e éd., Dalloz, 2015, pp. 258-259.; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, 1985, p. 310 ; O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 349 ; S. RIALS, « Supra-constitutionnalité et systématisme du droit » in *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986 ; O. BEAUD, « Maastricht et la théorie constitutionnelle, la nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle » in *Les Petites Affiches*, n°39, 1993 ; O. BEAUD, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n°18, 2017, pp. 93- 115.). Sur la doctrine majoritaire, v. G. VEDEL, « Schengen vs Maastricht » in *RFDA*, n°2, 1992, p. 173 et s, et « Souveraineté et supraconstitutionnalité » in *Pouvoirs*, n°67, 1993 ; B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant » in *RFDA*, n°5, 1998, p. 909 et s. ; D. MAILLARD, « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain » in *RDP*, 2003, p. 725 et s ; A. VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste » in *Civitas Europa*, n°32, 2014, pp. 81-91.

- et il s'agit là de la thèse de l'autolimitation¹⁹¹⁵ - c'est vainement que le constituant, le législateur et même la doctrine chercheraient à lui imposer des limites. Mais, nous en convenons, peu de personnes seraient à l'aise avec cette idée d'un *organe constitué* inconditionné¹⁹¹⁶ qui déterminerait unilatéralement l'étendue de son office alors même que des énoncés habilitants (constitutionnels ou organiques) ont justement pour objet de le faire. Pour cette raison, il ne paraît pas inutile d'avancer des limites à la fonction constituante, car il en va finalement autant de la survie de la distinction entre pouvoirs constituant (souveraineté nationale) et constitué que de celle du régime politique choisi *ab initio* par le premier.

891. Proposer ou (re)proposer¹⁹¹⁷ des limites impose ici des précisions sur la signification des expressions et formules que nous emploierons dorénavant. Alors que les limites dites *formelles* (**S1**) ne seront plus ici celles organisant la procédure de révision constitutionnelle, les limites matérielles (**S2**) conservent le même sens à la seule différence qu'elles n'ont pas à être écrites ; et ce sont d'ailleurs de loin les plus importantes. Les premières, comme nous le verrons, ne sont pas à proprement parler *formelles*, mais nous avons choisi de les appeler ainsi pour mieux les distinguer des secondes.

¹⁹¹⁵ V. sur cette idée, à propos du Conseil français, D. De BÉCHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008 ; G. Canivet, « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 41-58 ; M. AMELLER, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », intervention lors d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE [en ligne] ; D. CHAGNOLLAUD, « Les techniques de contrôle » in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, *op. cit.*, pp. 150-153 ; M. Talon, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel » in *RDP*, n°1, 2020, p. 137 et s. Sur les manifestations de cette autolimitation, v. A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois » in *RFDA*, n°5 2008, p. 899 et s. ; N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel » in *Le débat*, n° 114, 2001 ; F. CHÉNEDÉ, « Un autre regard sur la décision du conseil constitutionnel relative au « mariage pour tous » » in *Constitutions*, 2013 pp. 555-562 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, 2014.

¹⁹¹⁶ G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, les Cours de droit, 1960-1961, p. 533.

¹⁹¹⁷ Certaines des contraintes évoquées plus tôt peuvent remplir la même fonction, c'est-à-dire apparaître comme des limites au pouvoir du juge.

§1. LES LIMITES FORMELLES

892. On entend par « limites formelles » de la fonction constituante celles qui ont trait aux procédés de création du droit. Ces limites méthodologiques sont principalement la motivation et la recherche d'une assise textuelle, que nous jugeons fondamentales dans l'exercice constituant. Pour résumer, créer du droit impose d'exposer un raisonnement reposant ou associant aux faits, autant que faire se peut, des textes et sources (doctrine) juridiques.

893. Apparue pour la première fois dans le *Dictionnaire*¹⁹¹⁸ de R. Radonvilliers, la motivation est présentée comme « [l'action] de motiver ; [un] état motivé ; la motivation d'un avis, d'une opinion »¹⁹¹⁹. Pour *Le Robert*¹⁹²⁰, qui se veut naturellement plus précis et à jour, elle est la « relation d'un acte avec les motifs qui l'expliquent ou le justifient ». En droit, les acceptions de la motivation¹⁹²¹, selon son auteur (autorité politique, administrative ou juridictionnelle), insistent, elles aussi, sur cette relation entre l'acte et ses motifs ou sa justification puisque la motivation est très souvent un devoir¹⁹²² imposé par les textes ; tel est le cas des textes organiques relatifs aux juridictions africaines. Pour le juriste, « la motivation est l'expression des motifs d'une décision »¹⁹²³, « [la démonstration des] raisons qui la soutiennent comme unique décision qui doit être précise »¹⁹²⁴ ou encore « tout discours tendant à justifier une décision quelconque en montrant qu'elle est conforme ou compatible avec une norme supérieure »¹⁹²⁵. Dans le cadre d'ouvrages consacrés à cette exigence des

¹⁹¹⁸ R. DE RADONVILLIERS, *Enrichissement de la langue française. Dictionnaire des mots nouveaux*, Paris, 1845.

¹⁹¹⁹ *Ibid.* p. 432.

¹⁹²⁰ J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le Petit Robert*, *op. cit.* p. 1641.

¹⁹²¹ Pour une approche historique, v. W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, spéc. p. 31-72. Sur la notion, Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, 428 pages.

¹⁹²² Il s'agit d'ailleurs d'un critère de reconnaissance du caractère juridictionnel d'un organe.

¹⁹²³ O. DUHAMEL et Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{er} éd., PUF, 1992 p. 645.

¹⁹²⁴ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, p. 334.

¹⁹²⁵ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles » in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Et. E. Bruylant, 1978, p. 287.

décisions de justice, M.-C Ponthoreau et W. Mastor diront de la motivation¹⁹²⁶ qu'elle est « [au minimum] l'ensemble des motifs de fait et de droit »¹⁹²⁷ ou encore « La substance [d'une décision de justice]. Sans cette motivation, le juge perd sa légitimité. Il n'est légitime que parce qu'il motive les décisions que le peuple veut bien qu'il rende. L'obligation de motiver n'est pas que juridique ; elle devient morale et politique. »¹⁹²⁸.

894. La motivation est à la fonction constituante ce qu'est un soubassement à un édifice, et l'on ne saurait raisonnablement l'assimiler à une « illusion [cherchant à dissimuler] l'existence, la nature et le mode d'exercice [d'un pouvoir] »¹⁹²⁹. Si motiver est le fait de tout juge, cet exercice revêt une importance capitale quand l'acteur juridictionnel entend faire plus qu'appliquer le droit. Plus que motiver ou le faire longuement, il est surtout question de *bien* motiver, et cela invite autant à faire un tri parmi les sources de droit mobilisables et les techniques employables en fonction des affaires qu'à privilégier des solutions raisonnables et – osons le dire – conformes à l'équité ; et ce toujours en motivant les choix opérés. *Bien motiver* une jurisprudence à portée constituante revient à doublement et suffisamment motiver, c'est-à-dire justifier successivement le choix¹⁹³⁰ (ou la découverte) des normes ou sources de droit jugées applicables à l'affaire – la majeure dans le raisonnement syllogistique – par les juges puis la ou les solutions retenues. Il n'y a en effet qu'un pas entre la révision juridictionnelle de la Constitution et une décision arbitraire¹⁹³¹ ; et la motivation semble être le premier indice d'un usage régulier du pouvoir créateur du juge. Élaborer des solutions sans aucune justification, sans satisfaire « aux exigences d'une justice motivée et argumentée nécessaire au débat démocratique »¹⁹³², ou en faisant appel à des sources objectivement

¹⁹²⁶ Pour une histoire de la motivation en France, v. T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé » in *RDP*, 1955, pp. 5-53.

¹⁹²⁷ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif » in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 6.

¹⁹²⁸ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, pp. 21-23.

¹⁹²⁹ M. TROPER, « La motivation des décisions constitutionnelles », *op. cit.* pp. 295-296.

¹⁹³⁰ V. M. TROPER et sa notion de syllogisme secondaire. *Ibid.* p. 290.

¹⁹³¹ À propos de l'interprétation, H. Rabault parle de la motivation comme une exigence probatoire. V. H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹³² L. FONTAINE, « Pour une réforme du Conseil constitutionnel » in *Recueil Dalloz*, n°24, 2017.

peu pertinentes ; voilà le point de départ d'un véritable gouvernement des juges. Contrairement à ce que pensait M.-C. Ponthoreau, « [il est des] contraintes¹⁹³³ discursives [auxquelles le juge ne peut échapper] »¹⁹³⁴. Traitant de la motivation, un juriste belge avait ainsi su rappeler que « l'orgueil est un péché pour les juges comme pour le commun des mortels »¹⁹³⁵. De plus, même s'il ne fait aucun doute que l'ensemble des motifs n'est jamais mentionné dans une décision, la motivation oblige les juges à exposer les plus déterminants. Partant, face à une affaire portée devant eux, il existe toujours un cadre des suites à donner prédéterminé par ce que les juges seraient *juridiquement* en mesure ou non de justifier. Dans un État adhérent « à l'idéal démocratique »¹⁹³⁶, l'exigence d'une motivation réduit alors fortement – certes sans en venir à bout – le risque de jurisprudences constituantes irrégulières. Tout ceci qui pour dire que là où le constituant de robe ne motive pas, il y a déjà un premier indice d'une violation de l'esprit de la constitution. Jurisprudence constitutive ou non, le juge, énonçait F. Müller,

« Doit *méthodiquement* pouvoir démontrer que la norme-décision qu'il a posée peut être correctement imputée à la norme juridique qu'il invoque et que cette norme de son côté peut être correctement imputée au texte de norme duquel [le juge] est parti. »¹⁹³⁷.

895. Ce dernier point permet d'aborder la seconde limite méthodologique : l'assise textuelle. D'emblée, il faut dire qu'elle ne peut être que contingente. D'une part, la régulation institutionnelle est une permission donnée au juge pour inventer des solutions pour rétablir le fonctionnement des institutions. C'est dire que la constitution africaine elle-même autorise sa relégation puisqu'elle n'impose pas au juge régulateur de s'inspirer d'elle ou de son esprit. D'autre part, plaider en faveur d'un nécessaire rattachement des normes prétoriennes par les juges aux dispositions du bloc de constitutionnalité conduirait tôt ou tard ces derniers à rechercher à tout prix des assises textuelles ténues. Mieux vaut en effet exercer la fonction constitutive sans faire référence à des dispositions de valeur

¹⁹³³ Il convient plutôt de parler de limite, et non de contrainte, pour ce qui est de la motivation.

¹⁹³⁴ M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits...op. cit.* p. 1. Dans sa contribution de 2012, « L'énigme de la motivation... » *op. cit.*, l'auteure admet que l'impartialité du juge « suppose non seulement que la décision soit motivée, mais qu'elle le soit de telle manière que le justiciable n'ait pas le sentiment d'avoir été mal jugé. », p. 15.

¹⁹³⁵ M. SOMERHAUSEN, « La motivation et la mission normative du juge » in CH. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Et. E. Bruylant, 1978, p.36.

¹⁹³⁶ J. RIVERO, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant » *op. cit.* p.e. 1.

¹⁹³⁷ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.* p. 186.

constitutionnelle que de le faire sur la base de dispositions inadaptées. Que l'on se rassure, l'absence d'une assise textuelle dans la création du droit par les juridictions sera toujours compensée par l'obligation de motivation qui pèse sur le juge. L'assise ou le rattachement textuel est alors une limite pour le juge constituant dans la seule hypothèse où il estime qu'un objet est insuffisamment traité par le droit constitutionnel interne, c'est-à-dire qu'il existe des énoncés juridiques mais ceux-ci ne permettent pas de trancher l'affaire dont la juridiction est saisie. Dans ce cas, le juge devra – toujours en motivant sa solution – se fonder sur ce qui existe pour créer ce qui aurait dû être ; au risque d'être accusé d'outrepasser sa compétence. Comme l'écrivait le doyen Vedel,

« La vraie pierre de touche du gouvernement des juges se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la constitution ou de l'interpréter, même de façon constructive, mais, sous quelque nom que ce soit, de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création »¹⁹³⁸.

896. Comment faudrait-il alors procéder pour éviter cet écueil ? La recherche d'une assise textuelle doit être guidée par le souci d'assurer une cohérence au sein d'une législation, des normes constitutionnelles, voire de l'ensemble du système normatif. Dès lors que le droit créé par le juge met à mal cette cohérence, il ne fait aucun doute que le constituant de robe a excédé les limites de sa mission. H. Battifol ne disait-il pas que « le rôle du juge est de prendre une décision [...] en sachant que ses décisions vont s'intégrer dans le système de droit dont il constitue un élément central. »¹⁹³⁹ ? Et il est connu qu'une intégration n'est réussie que si l'objet ainsi intégré forme un tout cohérent avec l'ensemble qui le reçoit. La technique d'interprétation dite systémique est alors à privilégier tant elle tombe sous le sens en répondant à ce besoin de cohérence, et ce sans pour autant exclure toutes les autres techniques connues.

897. Ces limites formelles abordées, il faut dire quelques mots des matérielles.

¹⁹³⁸ 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. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, p. 63.

¹⁹³⁹ H. BATTIFOL, « Questions de l'interprétation juridique » in *Archives de philosophie du droit*, n°17, 1972, p. 37.

§2. LES LIMITES MATÉRIELLES

898. On les retrouve déjà dans des constitutions et elles ont pour principal intérêt de dire ce que le constituant dérivé ne peut changer. « La forme républicaine du gouvernement »¹⁹⁴⁰, « la laïcité »¹⁹⁴¹, « le multipartisme, le principe de la séparation de l'État et de la religion, [le mandat présidentiel et sa limitation] »¹⁹⁴², pour ne mentionner que ceux-là, sont autant de limites imposées au pouvoir dérivé. Mais nous avons vu que ces limites n'étaient pas transposables à la fonction constituante. Il faut donc, s'agissant du pouvoir créateur du juge constitutionnel, rechercher ailleurs un ou plusieurs objets hors de sa portée et l'on peut compter ici sur le concours de plusieurs auteurs qui ont envisagé des limites non textuelles à la modification de la constitution. S'il est établi que les travaux doctrinaux s'intéressent principalement aux révisions politiques (et non juridictionnelles) de la constitution, rien n'empêche ici de convoquer leurs auteurs. En effet, il s'agit d'analyses doctrinales et non d'énoncés juridiques à l'instar des dispositions relatives à la révision constitutionnelle. Ces travaux peuvent donc renseigner sur ce qui est essentiel, consubstantiel à un régime politique ; *ce qui fait de lui ce qu'il est*. D'aucuns diraient son identité. Présentés de la sorte, les travaux doctrinaux sur les limites matérielles – appelées aussi *implicites* ou *immanentes*¹⁹⁴³ – intéressent potentiellement tous les organes et institutions, politiques ou non politiques, administratifs ou juridictionnels d'un État ; et non simplement le pouvoir de révision.

899. En la matière, l'ouvrage¹⁹⁴⁴ du professeur Beaud – partisan de la thèse de la limitation – est une référence. En effet, il y est évoqué les idées de grands auteurs sur la question des limites de la révision constitutionnelle parmi lesquels M. Hauriou et l'idée

¹⁹⁴⁰ V. par exemple la Constitution sénégalaise.

¹⁹⁴¹ V. par exemple la Constitution ivoirienne.

¹⁹⁴² V. par exemple la Constitution nigérienne.

¹⁹⁴³ V. M.-F. RIGAUX, La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante, F. Larcier, 1985, p. 204.

¹⁹⁴⁴ O. BEAUD, « Chapitre III. La limitation matérielle de la révision et la théorie constitutionnelle. Remarques sur les notions de constitution et de révolution » in *La puissance de l'État, op. cit.* pp. 359-376. V. également, O. BEAUD, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n°18, 2017, pp. 93-115.

d'une « légitimité constitutionnelle »¹⁹⁴⁵, G. Burdeau et l'altération¹⁹⁴⁶ de la nature du régime politique comme limite, C. Schmitt avec « l'identité et la continuité de la Constitution »¹⁹⁴⁷ ou l'auteur lui-même qui parle d'un « principe de légitimité inhérent à toute constitution »¹⁹⁴⁸. Mais *La puissance de l'État* n'épuise pas les contributions à la théorie limitatrice de la révision constitutionnelle. On pourrait également convoquer F. Müller grâce auquel nous avons mis l'accent sur l'importance du texte¹⁹⁴⁹ ; et ce même si un trop grand attachement au texte – dont le rôle exact dans le processus de concrétisation est complexe¹⁹⁵⁰ et même ambigu – peut-être reproché au juriste allemand. En effet, le texte aurait

« [...] un *effet de limitation*. Et cela vaut pour des raisons constitutionnelles, pour *l'ordre juridique dans son ensemble*. [...] Pour des raisons imposées, particulièrement en droit constitutionnel, par le principe de l'État de droit, le sens littéral possible circonscrit l'espace de jeu de concrétisation orientée par le texte de norme et qui respecte l'ordonnement constitutionnel des fonctions. [Le texte] trace les limites extrêmes des différents sens possibles qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés. [Il s'agit d'une] méthodologie honnête par rapport au principe de l'État de droit [...]. La fonction limitatrice des textes constitutionnels est, dès lors, à définir négativement : on ne peut aller au-delà de l'espace de jeu que laisse le texte que dans la mesure où il est prouvé que ce texte est erroné ou qu'il prête à malentendu ; mais non du seul fait qu'"il n'offre aucun point d'appui à la solution raisonnable d'un problème"»¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁵ « Ce serait une erreur de croire que la superlégalité constitutionnelle ne comprenne que ce qui est écrit dans la constitution, elle comprend bien autre chose, et par exemple, tous les principes de l'ordre individualiste qui sont à la base de l'État que les principes politiques qui sont à la base du gouvernement. Ces principes constituent une sorte de légitimité constitutionnelle qui prend place au-dessus même de la constitution écrite. », M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^e éd., Recueil Sirey, 1923, p. 296.

¹⁹⁴⁶ « Parce qu'il s'agit d'un organe institué, (...) est solidaire du régime établi par la constitution, et ne saurait, sans commettre un détournement de pouvoir, ruiner les bases fondamentales du système politique auquel est liée son existence », G. BURDEAU, *Traité de droit constitutionnel*, cité par O. Beaud, *La Puissance de l'État*, *op. cit.* p. 340.

¹⁹⁴⁷ « Un pouvoir de "réviser la constitution" attribué par une normation des lois constitutionnelles signifie qu'une ou plusieurs dispositions légiconstitutionnelles peuvent être remplacées par d'autres, mais seulement à la condition que l'identité et la continuité de la constitution dans son ensemble soient préservées. Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc [...] pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution, et pas davantage de modifier le fondement de sa propre compétence [...]. », C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.* pp. 241-242 (nous soulignons).

¹⁹⁴⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 349.

¹⁹⁴⁹ V. § 392.

¹⁹⁵⁰ J.-C. LE COUSTUMER, « Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller », *op. cit.*, p. 7 et s.

¹⁹⁵¹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, pp. 239-242.

900. Qu'en est-il alors des limites dans l'hypothèse où il n'existerait pas de texte ou de dispositions pertinentes ? À propos de l'hypothèse où le juge ferait face à une lacune, Müller ajoute que « ce fait n'habilite en aucune manière à substituer au défaut de réglementation une norme juridique dépourvue de tout texte de norme positivement en vigueur »¹⁹⁵². Pour sa part, L. Duguit, traitant plus précisément des juridictions, énonça

« [qu'elles] doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui, sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'État. »¹⁹⁵³.

901. Toujours à propos des limites matérielles, un autre auteur a pu dire

« [Qu'] une caractéristique de l'interprétation judiciaire consiste d'une part dans son respect des institutions et de leur fonctionnement habituel, d'autre part dans la recherche de l'équité, même si celui-ci ou celle-là est contraire à une interprétation plausible des textes. ».

902. Marie-France Rigaux¹⁹⁵⁴, auteure d'une thèse de référence consacrée à la question en droit comparé, distingue quant à elle deux sortes de limite : autonome et hétéronome.

« La première est le procédé par lequel la constitution préserve une ou plusieurs de ses dispositions initiales contre toute modification ultérieure. La seconde découle d'un ordre normatif externe qui limite la compétence du constituant interne de manière à protéger des institutions jugées utiles au maintien d'une harmonie entre cet ordre extérieur et l'ordre juridique de l'État (soumission à un droit religieux, au droit international). »¹⁹⁵⁵.

903. Après avoir analysé quelques limites matérielles expresses¹⁹⁵⁶ et doctrinales, M.-F. Rigaux assure la différenciation des deux modèles sus-évoqués au moyen de leur fonction. Elle explique en effet que les limites *autonomes*, qui sont expresses ou *tacites* et posées par le droit et la doctrine¹⁹⁵⁷ préservent « [...] la stabilité et l'équilibre que la règle [constitutionnelle] semble avoir procurés à l'État, au moment de sa fondation ou de l'établissement d'un

¹⁹⁵² *Ibid.* p. 333.

¹⁹⁵³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.3, 1930, cité par S. PINON, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit » in *R.I.E.J.*, n°67, 2011, p. 84.

¹⁹⁵⁴ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, F. Larcier, 1985.

¹⁹⁵⁵ P. GÉRARD, « La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 16, 1986, p. 196.

¹⁹⁵⁶ L'auteure s'appuie sur les droits constitutionnels belge, français, italien, grec et allemand.

¹⁹⁵⁷ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, *op. cit.* p. 96.

nouveau régime et qu'il espère sauvegarder en interdisant la modification pour l'avenir »¹⁹⁵⁸ ; ce que ne cherchent pas à faire les hétéronomes¹⁹⁵⁹. Mais qu'elles soient autonomes ou hétéronomes, les limites matérielles sont relativement valides parce qu'elles – et c'est cela qui a retenu notre attention – « contribuent à la réalisation et à la protection des aspirations démocratiques de la société civile et politique »¹⁹⁶⁰.

904. La doctrine publiciste africaine est, sans le vouloir, également sensible à la question des limites du juge (constitutionnel). Critiquant la toute-puissance de la Cour béninoise, le professeur J. Aïvo évoque à plusieurs reprises une notion qui, s'il nous est permis d'interpréter le propos de l'auteur, devrait être regardée comme une limite pour le juge constitutionnel. Il s'agit de la séparation des pouvoirs qui, toujours selon l'auteur, serait peu respectée par le juge constitutionnel béninois dans son contrôle de constitutionnalité des lois, et même violée par ce dernier en concurrençant la justice ordinaire dans la protection des droits fondamentaux et la réparation de leur violation :

« [...] au-delà du concours de compétence judiciaire qu'elle crée, les compétences et la jurisprudence de la Cour constituent une menace à l'unité de l'ordre juridique et à la séparation des pouvoirs. »¹⁹⁶¹.

905. Qu'à cela ne tienne, il ressort de ce rapide passage en revue des travaux portant sur les limites matérielles un consensus quant au fait que la réalité desdites limites n'est pas fonction de leur reconnaissance par le droit positif. Elles sont automatiquement générées par la construction des énoncés juridiques, le régime politique choisi, les sous-systèmes normatifs de droit interne, l'histoire... Il serait par conséquent vain d'essayer d'en établir une liste car leur nombre peut être très important. En outre, comme nous venons de le voir, l'identification des limites est empreinte de subjectivité. Libre à chacun(e) de voir dans tel ou tel autre principe une limite aux révisions politique et juridictionnelle de la constitution. Tel est par exemple le cas de la laïcité¹⁹⁶² en France. Le pouvoir constituant ou le juge

¹⁹⁵⁸ *Ibid.* p. 209.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁹⁶⁰ *Ibid.* p. 310.

¹⁹⁶¹ F. J. AÏVO, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁹⁶² Sur cette notion en droit français, v. J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité » in *Recueil Dalloz*, 1949 ; M. BARBIER, « Esquisse d'une théorie de la laïcité » in *Le Débat*, n°77, 1993 ; R. DRAGO, « Laïcité, neutralité et liberté ? » in *Archives de philosophie du droit*, n°38, 1993 ; A. BERGOUNIOUX, « La laïcité, valeur de la

peuvent-ils remettre en cause ce sacro-saint principe ? Juridiquement ou *jurisprudentiellement*, ils en ont le pouvoir mais, sans risque de se tromper, ils n'en feront rien. Enfin, il ne faudrait pas oublier qu'une limite matérielle au sein d'un ordre juridique pourrait ne pas en être une dans un autre. Reprenons l'exemple de la laïcité mais cette fois-ci au Sénégal. Avec près de quatre-vingt-dix (90 %) de musulmans, « le Sénégal est [encore aujourd'hui] l'un des pays les plus islamisés de l'Afrique noire »¹⁹⁶³ et la laïcité n'y est certainement pas perçue et considérée comme en France. Est-ce à dire qu'elle pourrait y être plus facilement remise en cause ? Là n'est pas la question et nous ne pouvons l'affirmer sans une étude plus approfondie. Nous nous contenterons simplement de faire remarquer qu'elle y est moins une limite qu'une contrainte. Les limites matérielles de la fonction constituante, comme celle du pouvoir constituant dérivé, dépendent du milieu concerné.

906. Si certaines limites sont vraisemblablement propres à un État, d'autres le sont à un espace géographique plus important comme le sous-ensemble de notre échantillon de travail formé par le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Niger. On peut y trouver en effet des limites matérielles *objectives*. Celles-ci découlent d'un passé commun ou plutôt d'une trajectoire politique analogue depuis les indépendances. En effet, ces États ont expérimenté le parti unique quelque temps après leur accession à la souveraineté internationale. Le multipartisme y a donc été interrompu, comme dans d'autres États de la zone noire

République » in *Pouvoirs*, n°75, 1995 ; G. KOURBI, « La laïcité sans tolérance » in *Revue de la recherche juridique*, 1994, et « La laïcité dans le texte de la Constitution » in *RDP*, 1997 ; J. BARTHÉLEMY, « Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité » in *La revue administrative*, numéro spécial, 1999 ; D. AMSON, « Aperçu sur la laïcité à la française, la montée des intégrismes, le problème du tchador » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003 ; C. BIDÉGARAY, « Les embarras de Marianne » in *la Constitution et les valeurs. Mélanges D.-G. Lavroff*, Dalloz, 2005 ; J.-P. COSTA, « La conception française de la laïcité » in *État et religion*, PUF, 2005 ; P. CABANEL, « Le modèle laïque français est-il exportable ? » in *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006 ; J. -B. TROTABAS, *La notion de laïcité dans le droit de l'Église catholique et l'État républicain*, LGDJ, 1961 ; A. DAMIEN, « Aux origines du principe de "laïcité" » in *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006 ; D. GEVAUDAN, *La laïcité en droit privé*, Thèse soutenue à Tours, 2002 ; M.-D. CARLIER-DAGRAS, *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralismes et convergences*, L'Harmattan, 2002 ; R. SPERANZA, *La conception française de la laïcité*, Thèse soutenue à Aix-Marseille, 2006.

¹⁹⁶³ V. M. FALL, « La question islamique au Sénégal : le regain récent de l'islam ; la religion contre l'État ? » in *Présence Africaine*, n°142, 1987, p. 24.

francophone¹⁹⁶⁴. En outre, à l'exception de la Côte d'Ivoire, l'abandon du système du parti unique ne s'est fait qu'après et surtout grâce à une instance de réflexion et décision, souveraine ou contrôlée¹⁹⁶⁵: la conférence nationale. La mise en place de ces conférences, à l'ouest comme en Afrique centrale, a été la réponse à des revendications politiques et économiques. Il se serait erroné de croire que les conférences nationales n'avaient que pour objectif la réinstauration du multipartisme. À côté de ce mobile politique majeur, les questions économiques furent tout aussi déterminantes. Crise économique, diminution des recettes de l'État, retard, voire défaut de versement des traitements et salaires sont quelques-uns des nombreux facteurs qui ont accentué la pression sur les régimes et accéléré leur transformation ou, pour coller aux faits, leur démocratisation et libéralisation (économique).

907. Pour notre part, les limites à la fonction constituante ne sont pas à rechercher ailleurs que dans les revendications et aspirations des Africains à ce moment de leur histoire. En effet, « il y a des expériences (politiques), avec des conséquences que l'histoire a permis de dégager »¹⁹⁶⁶. Autrement dit, les limites matérielles de la fonction constituante en Afrique, et même du pouvoir constituant dérivé, s'identifient aux demandes des Africains lors du tournant démocratique des années quatre-vingt-dix. Et ce dont ils ne voulaient plus est aussi connu que le rejet de la monarchie en France¹⁹⁶⁷; « assez de dictature, maintenant un peu de liberté »¹⁹⁶⁸ scandaient, entre autres, les étudiants gabonais. Le pouvoir créateur du juge ne saurait être à l'origine ou contribuer à un retour en arrière, c'est-à-dire, par exemple, à une confiscation du pouvoir, à l'ineffectivité des libertés individuelles (et particulièrement les droits de vote et de se porter candidat ou la liberté d'expression), à un recul du pluralisme

¹⁹⁶⁴ Burundi (1966-1992), Cameroun (1966-1990), Congo-Brazzaville (1965-1968/ 1979-1990), Congo-Kinshasa (1997-1999), Guinée (1982-1984), Mali (1974-1991), République centrafricaine (1985-1991), Togo (1980-1991) etc.

¹⁹⁶⁵ Cas du Gabon.

¹⁹⁶⁶ R. BADINTER, « Quelques réflexions sur l'État de droit en Afrique » in G. Conac (dir.), *l'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p. 10.

¹⁹⁶⁷ « [A propos de l'équivalent de l'article 89 al. 5 de la Constitution du 4 novembre 1848], il s'agissait d'empêcher tout rétablissement ultérieur de la monarchie. [...] Rien dans les débats qui ont précédé l'adoption par le peuple de l'actuelle Constitution [de 1958] ne donne à penser que les rédacteurs de l'article 89 aient entendu innover par rapport à la tradition constitutionnelle antérieure. », J. RIVERO « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant » in *RFDA*, 1998, p.e. 4.

¹⁹⁶⁸ I. NGUÉMA (sic), « Démocratie, pluralisme et cultures africaines » in G. Conac (dir.), *l'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p. 166.

politique, au monopartisme... En d'autres termes, les actes des Conférences nationales contiennent les limites du pouvoir créateur. Les juges béninois ne s'étaient donc pas trompés en parlant « d'options fondamentales »¹⁹⁶⁹ pour rigidifier un peu plus la Constitution, ou en faisant plus modestement allusion à un « intérêt essentiellement constitutionnel »¹⁹⁷⁰ pour statuer sur des saisines manifestement irrecevables ; passant ainsi outre les règles de procédure. Depuis au moins les années 1990, il existe bel et bien des règles hors de portée de toute révision politique ou juridictionnelle.

908. Qu'en est-il alors dans les États africains n'ayant pas eu recours à une conférence ? Ici, les limites se déduisent des constitutions antérieures au renouveau démocratique. En comparant le texte postérieur aux années du Renouveau à ceux entrés en vigueur avant celui-ci, le juge peut avoir une idée de ce que serait un exercice irrégulier de son pouvoir créateur, des limites qui s'imposent à lui. Il cernera assez aisément les limites matérielles, étant donné que les aspirations ou principes démocratiques y sont très souvent explicites et parfois longuement exposés. Pour s'en convaincre, comparons ici le préambule de la loi fondamentale sénégalaise de 1963,

« Le Peuple du Sénégal proclame solennellement son indépendance et son attachement aux droits fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dans la Déclaration universelle du 10 décembre 1948.

Il proclame le respect et la garantie intangibles :

- des libertés politiques ;
- des libertés syndicales ;
- des droits et des libertés de la personne humaine, de la famille et des collectivités locales ;
- des libertés philosophiques et religieuses ;
- du droit de propriété ;
- des droits économiques et sociaux. [...]

909. à celui de la Constitution de 2001. Il dispose en effet que

¹⁹⁶⁹ V. Décisions DCC 11-067 du 20 octobre 2001, loi organique portant conditions de recours au référendum et DCC 06-074 du 08 juillet 2006, Ahossi Jean Irené et consorts.

¹⁹⁷⁰ V. Les décisions n° DCC 96-017 du 5 avril 1996, *Gangbe Aurélien* ; n° DCC 14-156 du 19 août 2014, *Jean Claude Dossa* ; n° DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *Latifou Daboutou*.

« Le Peuple du Sénégal souverain,
[...]

PROCLAME :

- le principe intangible de l'intégrité du territoire national et de l'unité nationale dans le respect des spécificités culturelles de toutes les composantes de la Nation ;
- l'inaltérabilité de la souveraineté nationale qui s'exprime à travers des procédures et consultations transparentes et démocratiques ;
- la séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques ;
- le respect des libertés fondamentales et des droits du citoyen comme base de la société sénégalaise ;
- le respect et la consolidation d'un État de droit dans lequel l'État et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale ;
- l'accès de tous les citoyens, sans discrimination, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux ;
- l'égal accès de tous les citoyens aux services publics ;
- le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ;
- la volonté du Sénégal d'être un État moderne qui fonctionne selon le jeu loyal et équitable entre une majorité qui gouverne et une opposition démocratique, et un État qui reconnaît cette opposition comme un pilier fondamental de la démocratie et un rouage indispensable au bon fonctionnement du mécanisme démocratique ; »¹⁹⁷¹.

910. Pour finir, ce ne sont pas tant les conférences nationales que le mouvement de démocratisation en Afrique qui a généré des limites matérielles non écrites. Si elles ont pour principal destinataire le constituant politique (dérivé), en ce sens où il ne saurait revenir sur certains acquis démocratiques, ces limites s'imposent également aux cours constituantes. La notion de limites matérielles se résume finalement à la démocratie pour les Africains, tel qu'ils l'ont perçue ou la perçoivent encore aujourd'hui car, comme un ancien président de la Commission africaine a pu le dire, « la démocratie, évidemment, est fonction de la société [...] »¹⁹⁷².

¹⁹⁷¹ Nous soulignons.

¹⁹⁷² I. NGUÉMA (sic), « Démocratie, pluralisme et cultures africaines » in G. Conac (dir.), *l'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, p 168.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

911. L'objet de ce dernier chapitre aurait été, comme son titre l'indique, de poser un cadre à l'intérieur duquel la fonction constituante des cours s'exercerait sans ignorer, voire porter atteinte aux nombreux principes et valeurs qui structurent la société traditionnelle et la constitution. Entre particularismes et universalité, tradition et modernité, la constitution de l'État africain illustre un véritable syncrétisme juridique.

912. Les juges constituants sont ainsi conduits à faire coexister et à rendre effectifs des valeurs, des principes ou des normes *a priori* incompatibles. Et plutôt que de toujours faire primer une conception sur une autre, il leur revient d'évaluer au cas par cas la place et l'importance du droit ou du principe mis en cause dans une affaire afin de créer la meilleure norme qui soit, c'est-à-dire celle qui sera jugée régulière et donc acceptable par le milieu. C'est dire que les contraintes et les limites abordées dans ce chapitre – même si nous sommes restés au stade d'une esquisse – sont d'un intérêt certain. Le juge constituant peut faire beaucoup, mais il ne peut tout faire. La fonction constituante n'est pas synonyme d'une liberté totale, le juge doit l'exercer dans un certain cadre qui rend son action soucieuse des représentations et valeurs du milieu, mais aussi respectueuse des grands principes politiques, juridiques, économiques qui le structurent. À l'image d'une montgolfière convenablement lestée, le pouvoir créateur du juge doit être enfermé pour ne point dégénérer en constituant originaire. En d'autres termes, le juge doit satisfaire à certaines exigences. Cela découle du fait qu'il s'agisse toujours d'organes constitués. Si par leurs attributions, comme nous l'avons évoqué, les cours constitutionnelles africaines sont sans risque de se tromper des organes *hybrides*, elles ne sauraient pour autant œuvrer contre le texte de la constitution et/ou son esprit.

913. Néanmoins, au terme de ce chapitre, le lecteur peut être plus sceptique qu'autre chose. Mis côte à côte, l'étendue du pouvoir du juge et les propositions faites ici, le premier aurait tendance à ôter aux secondes leur utilité. En d'autres termes, la question qui demeure

est toujours celle de l'efficacité des contraintes et limites ; et l'idée de l'autolimitation semble alors à bien des égards un meilleur choix. Plutôt que d'essayer d'enfermer le juge, pourquoi ne pas s'en remettre à lui dans un État démocratique ? Et ce, d'autant plus qu'il est quasiment impossible de déterminer, à la lecture de la jurisprudence, tous les éléments qui ont eu un rôle déterminant. À cette première question se joint une seconde ; celle relative au contrôle des lois de révision constitutionnelle. En d'autres termes, en définissant des contraintes et des limites, habilitons-nous le juge à contrôler, et si besoin censurer, des lois constitutionnelles violant les principes jugés supérieurs à la constitution ? Cela pourrait être une des nombreuses conséquences de cette esquisse, mais cela ne serait pas inédit. En Europe en effet, une haute juridiction a pu, après avoir affirmé l'existence de principes non écrits « qui ne peuvent faire l'objet d'une procédure de révision constitutionnelle (puisque appartenant) à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution (...) »¹⁹⁷³, contrôler le choix du constituant politique, et ce bien, avant l'autonomisation des cours africaines.

¹⁹⁷³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°1146 du 15 décembre 1988.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

915. Ce dernier titre a été l'occasion de montrer, si nous y sommes parvenus, qu'aborder la perfectibilité du pouvoir créateur du juge africain passe autant par une restructuration de l'organe, donc un remaniement des dispositions constitutionnelles ou organiques, qu'à soumettre son pouvoir à des contraintes et limites.

916. Les propositions avancées dans le présent titre, nous le rappelons, ont été pensées à partir des attributions à portée constituante des cours constitutionnelles africaines que sont l'interprétation et la régulation. Nous aurons ainsi atteint notre but si le lecteur trouve ici des propositions réalistes, mais surtout pertinentes, au regard des contextes politique et social en Afrique noire francophone.

917. En effet, les développements précédents n'ont pas été dictés par la volonté de transposer en Afrique francophone des procédures, des concepts et notions étrangers. La tentation de se tourner vers d'autres systèmes (occidentaux) est en effet forte. Nous avons tenu à construire des propositions en tenant compte des réalités africaines. Cela explique que parmi les nombreux aspects qui auraient pu être ici avancés seuls quelques-uns nous ont semblé décisifs pour atteindre notre objectif initial : celui d'un exercice objectivement satisfaisant de la fonction constituante en Afrique noire.

918. Et la poursuite d'un tel objectif ne peut se faire en restructurant les cours africaines sur la base d'un modèle étranger ou en invitant le juge constituant à s'arrimer aux manières de faire de ces homologues occidentaux. Ce serait une fois de plus pousser au mimétisme et à la production de jurisprudences déconnectées du milieu africain, partant au rejet de la greffe.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

919. L'objectif de cette seconde partie était de montrer la singularité de la fonction constituante en Afrique, et ce, autant dans ce qui existe, c'est-à-dire à partir des textes juridiques et des faits observés, que dans ce qui pourrait être.

920. En révélant les traits spécifiques de l'exercice du pouvoir créateur du juge, il nous a été donné de souligner indirectement les insuffisances de celui-ci. Certes le juge constituant assure plusieurs fonctions, et il en vient même à assurer certaines qui ne sont pas sans poser la question des limites de son office, et le contrôle de constitutionnalité en Afrique implique manifestement des normes et textes autres que la constitution, mais tout cela ne s'est pas fait sans erreurs. Il y a en effet des écueils que le juge constituant n'a manifestement pas su éviter, par ignorance ou non.

921. Proposer des réformes, autant au niveau des textes que des procédés d'élaboration des normes prétoriennes de valeur constitutionnelle, était donc inévitable. La présente et inédite recherche nous commandait d'aller aussi loin que possible, de déborder le cadre temporel que nous nous avons fixé, avec pour unique objectif de parfaire le modèle africain de justice constituante. Pour ce faire, il ne nous est pas venu à l'esprit de choisir un modèle étranger de référence, et de faire converger vers ce dernier les systèmes africains retenus dans le cadre de ce travail. Au contraire, et afin de conserver l'originalité du modèle africain, il nous a semblé plus pertinent de l'améliorer de « l'intérieur », c'est-à-dire en le rendant plus cohérent au regard du rôle de co-constituant joué par le juge et du contexte, et ce, en limitant au maximum les emprunts aux systèmes étrangers.

CONCLUSION GÉNÉRALE

923. Au terme de cette étude, il ressort que le constituant de robe est aussi actif que le politique. La constitution est effectivement construite en Afrique par les juges, et ceux-ci s'y emploient d'une ou plusieurs manières fort originales. Telle est la réponse qu'il convient d'apporter à la problématique définie au début de la présente étude.

924. Pour y parvenir, nous avons pu voir que la figure du juge constituant pouvait apparaître dans toutes les matières sur lesquelles la juridiction constitutionnelle africaine est appelée à statuer. Des institutions aux libertés, sans oublier des matières moins évidentes comme le droit international ou les finances publiques, rien ne semble hors de la portée des cours. En vérité, il ne pouvait et ne peut en être autrement car, alors que nous abordions les fondements de ce pouvoir co-constituant, nous nous sommes bien rendu compte qu'un tel pouvoir n'était jamais assorti de précisions supplémentaires. Les dispositions constitutionnelles et organiques ne délimitent qu'exceptionnellement le champ d'intervention du juge constituant, et ce dernier jouit pleinement de cette liberté qui, en réalité, ne découle pas seulement des textes, mais aussi de la nature même de la fonction juridictionnelle. Juger est une activité créatrice, et ce, peu importe la localisation d'une juridiction. Il existe ainsi potentiellement une fonction constituante des juges dans tout système dans lequel une juridiction est habilitée à prononcer la sanction de l'inconstitutionnalité (d'une loi), ce qu'il nous a été donné de vérifier à l'aide de la jurisprudence des cours européennes mobilisée dans le cadre du chapitre préliminaire. Des normes non écrites de valeur constitutionnelle, on en trouvait déjà dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne.

925. Pour autant, les juges africains sont peu influencés par leurs devanciers étrangers. Ils élaborent plutôt un véritable *droit constitutionnel africain*. En effet, la rupture faite entre les textes constitutionnels africains et ceux de l'ancienne puissance coloniale, au niveau des énoncés habilitants relatifs à la juridiction constitutionnelle, est poursuivie et consommée au niveau de la jurisprudence constituante africaine. Si l'on retrouve dans cette dernière des concepts français, à l'instar du « bloc de constitutionnalité » ou des « objectifs de valeur

constitutionnelle », le contenu de ceux-ci est, à bien des égards, particulier au sud du Sahara. Cela nous fait dire à nouveau que la justice constitutionnelle en Afrique a pris un virage totalement différent, et nous pensons l'avoir démontré tout au long de ce travail s'agissant du pouvoir créateur du juge. Une démonstration qui s'est donnée à voir dans la critique de la jurisprudence mobilisée, des énoncés habilitants équivoques et lacunaires, et dans la découverte des grandes caractéristiques de la fonction constituante au sud du Sahara. Tout porte en effet à croire que les juges constitutionnels africains s'inscrivent dans une voie qui leur est propre, et donc nouvelle. De nombreuses jurisprudences régulatrices examinées invitent à le croire, et laissent peu de doute quant à leur inapplicabilité dans d'autres parties du monde. On rappellera ici le grand intérêt porté aux questions institutionnelles, justifié par le contexte africain, qui est le contentieux où s'élaborent des solutions sans précédent.

926. Malheureusement, tôt ou tard, la fonction constituante déçoit en Afrique noire francophone. Son exercice inquiète plus qu'autre chose. C'est le constat qui, selon nous, s'impose. Des États où elle était célébrée à ceux où les « retouches juridictionnelles de la constitution » ont toujours été redoutées, l'exercice des attributions à portée constituante a fini par devenir une source d'inquiétudes. Incohérente, complaisante, comblant des lacunes là où il n'y en a pas, trop audacieuse, dangereuse pour la séparation des pouvoirs et parfois liberticide, la jurisprudence constituante est l'objet de nombreuses critiques fondées. Il semble que les juges constitutionnels n'aient pas trouvé le juste milieu, et l'on en vient même à se demander si un tel pouvoir aurait dû leur être confié. C'est la raison pour laquelle, plutôt que d'aller dans le sens d'un retrait des attributions (interprétation et régulation) à portée constituante, il nous a semblé judicieux de parfaire le travail du constituant ou du législateur organique, et ce, en formulant des propositions. Si, malgré ces dernières, le risque d'une jurisprudence violant la constitution ou son esprit n'est jamais totalement écarté, elles le réduiront fortement. Touchant autant aux énoncés constitutionnels relatifs à la juridiction constitutionnelle qu'à la méthode du droit, les réformes proposées et exposées soulignent les nombreux aspects qui, négligés par les constituants africains, auraient dû conditionner l'attribution d'un pouvoir créateur au juge constitutionnel.

927. Cependant, nous n'avons pas la prétention d'affirmer l'exhaustivité du présent travail, c'est-à-dire soutenir qu'il cerne et aborde tous les aspects de cette voie jurisprudentielle africaine évoquée plus tôt, ou qu'il est une réponse à l'ensemble des

questions que soulève le pouvoir créateur des juges. En vérité, au titre des questions que soulève cette thèse, et il s'agit essentiellement de nouvelles pistes de réflexion, une seule nous semble légitime au regard du sujet d'étude et des critiques adressées au juge constitutionnel : le devenir du juge constituant ou de *la juridictionnalisation de la fonction constituante*.

928. Avec la création d'un organe politique de gestion de crise comme le Conseil de la République au Niger, ne s'achemine-t-on pas vers un retrait, total ou partiel, des attributions à portée constituante à la juridiction constitutionnelle ? Pour l'heure, seul le rôle de régulateur du juge semble être *a priori* menacé par cette « exorégulation [politique] »¹⁹⁷⁴. Mais si l'on se souvient que la création dudit organe a aussi été motivée par l'impuissance¹⁹⁷⁵ de la chambre constitutionnelle, une montée en puissance du conseil de la République est loin d'être inenvisageable au Niger, tout comme la mise en place d'un organe équivalent dans d'autres États africains. Au-delà du fait que dans cette hypothèse notre étude n'aurait plus aucun intérêt, c'est donc la multiplication d'une telle institution qui fait craindre un éclatement, voire un retrait, des attributions confiées aux cours et conseils constitutionnels. Dans des États comme le Sénégal, où les compétences interprétative et régulatrice ne sont pas officiellement attribuées à la juridiction constitutionnelle, cette dernière se retrouverait désavantagée et désarmée face à, d'un côté, un chef de l'État interprète, et de l'autre une institution politique régulatrice. En des termes plus simples, il y a un risque de politisation de la fonction constituante en Afrique noire, et l'on en trouve les prémices dans la Constitution nigérienne. Et si cela venait à arriver, il faudra plus compter sur un mécanisme d'autosaisine du juge, quasi inexistant en Afrique aujourd'hui, pour reprendre la main sur des questions traitées par les acteurs politiques. Assurément, il sera adressé un dernier reproche à cette thèse, celui d'appeler à l'instauration d'un véritable gouvernement des juges en Afrique car, avec l'autosaisine, c'est donner au juge constitutionnel le choix de ses

¹⁹⁷⁴ A. BRAUN, *Le pouvoir régulateur du régime politique. Étude d'une notion de droit constitutionnel institutionnel*, op.cit. p. 436.

¹⁹⁷⁵ Les arrêts audacieux des juges constitutionnels, au moment de la cohabitation, n'avaient pas permis de sortir de la crise. Il faudra attendre l'intervention de l'armée.

affaires ¹⁹⁷⁶, l'initiative ¹⁹⁷⁷ du contentieux. La présente étude se termine ainsi sur l'introduction souhaitable d'un mécanisme jugé « contraire à la logique de [la fonction d'un organe juridictionnel] qui est d'intervenir pour résoudre un litige sur la base du droit et à la demande de l'une ou l'autre des parties. »¹⁹⁷⁸. Mais peut-être le lecteur aura-t-il oublié que, dès les premières lignes de cette thèse, nous affirmions déjà que les cours constitutionnelles africaines n'étaient pas que des juridictions¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁶ « L'emploi de ce mot retranscrit à la compréhension du phénomène bien plus qu'il n'y ajoute, car même dans ce cas extrême, le travail du juge continue de se caractériser par un déficit d'initialité et de discrétionnalité assez incompatible avec la forme d'action qu'évoque métaphoriquement l'image du « gouvernement », D. DE BÉCHILLION, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre » in *Recueil Dalloz*, n°12, 2002, p. 973 et s.

¹⁹⁷⁷ « Qu'ex-st-ce gouverner ? Gouverner, c'est déjà avoir l'initiative. Or, un juge n'a pas l'initiative, car il doit attendre d'être saisi. », G. Scoffoni, « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain » in S. Brondel et autres (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 188.

¹⁹⁷⁸ H. ROUSSILLON, « La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n°2, 2002, p. 494.

¹⁹⁷⁹ V. §.37.

BIBLIOGRAPHIE

Avertissement :

Cette bibliographie est sélective. Elle ne contient qu'une partie des références citées en notes de bas de pages. La priorité a été donnée aux sources ayant occupé une place centrale dans la conduite de la présente recherche. En outre, certaines références ne seront pas intégrées parce qu'elles sont, soit facilement consultables par le lecteur, soit matériellement impossible à recenser.

I. OUVRAGES, TRAITES, THESES, MANUELS

A. OUVRAGES, TRAITES, THESES, MANUELS GENERAUX ET/OU DE DROITS ÉTRANGERS (HORS AFRIQUE)

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, *Les changements constitutionnels informels*, Institut Universitaire Varenne, 2013, 642 pages.

AUSTIN John Langshaw, *Quand dire, c'est faire*, G. Lane (trad.), Paris, éd. du Seuil, 1991, 208 pages.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Lexique droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1989.

AVRIL Pierre, GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Eric (dir.), *Droit parlementaire*, 5^e éd., LGDJ, 2014.

AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 pages.

B. BINOCHÉ Bertrand, *Introduction à l'Esprit des lois de Montesquieu*, Les publications de la Sorbonne, 2015, 494 pages.

- BADINTER Robert** et **BREYER Stephen**, *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Publications de la Sorbonne, Fayard, 2003, 379 pages.
- BARTHÉLEMY Joseph** et **DUEZ Paul**, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, 955 pages.
- BASTID Paul**, *Sieyès et sa pensée*, 2^e éd., Hachette, 1970, 671 pages.
- BEAUD Olivier**, *La puissance de l'État*, 1993, PUF, 512 pages.
- BELAID Sadok**, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974.
- BEYS Kostas**, *Le problème du droit et des valeurs morales entre le bien et le mal*, F. Vogin-Fortsakis (trad.), L'Harmattan, 2004, 330 pages.
- BLANQUER Jean-Michel**, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse de doctorat soutenue à Paris 2, 1993.
- BODIN Jean**, *Les six livres de la République*, Aalen Scientia, 1961, 44 pages.
- BON Pierre** et **D. MAUS Didier** (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, 808 pages.
- BORELLA François**, *Critique du savoir politique*, PUF, 1990, 238 pages.
- BORELLA François**, *Éléments de droit constitutionnel*, Presses de Sciences PO., 2008.
- BRAUN Arthur**, *Le pouvoir régulateur du régime politique. Étude d'une notion de droit constitutionnel institutionnel*, Thèse soutenue à Nancy, 2019, 557 pages.
- BROCHARD Adrien**, *Une histoire du Tribunal des conflits : le Tribunal des conflits et la protection de l'administration*, Thèse soutenue à Paris, 2017, 436 pages.
- BURDEAU Georges**, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, J. Buguet-comptour, 1930, 349 pages.
- BURDEAU Georges**, *Traité de science politique*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1983, 648 pages.
- BURDEAU Georges**, *Traité de science politique. L'État*, t. 2, 3^e éd., 1980, 733 pages.
- C. Constitutionnel français**, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LJDJ, 1999, 222 pages.
- CADART Jacques**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 3^e éd., Economica, 1991, 659 pages.
- CADART Jacques**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, t. 2, LGDJ, 1975.

- CALANDRI Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008, 752 pages.
- CANTERINI M.-K., *Les méthodes d'élaboration des normes non-écrites : étude comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil Constitutionnel*, mémoire de DEA, 1998.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t. 1, PUF, 2017, 2622 pages.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, 1920, Éditions du CNRS, reimpr. 1962, 878 pages
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris 1920, t. 2, Paris 1922, réed. CNRS, 1962
- CASTALDO André et MAUSEN Yves, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2013.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et TROPER Michel (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005, 201 pages.
- CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 2, 15^e éd., Monchrestien, 2001, 1427 pages.
- CHIPMAN GRAY John, *The nature and Sources of the law*, 2e éd. , Macmillan, 1927, 348 pages.
- COLSON Renaud, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Fondation Varenne. LGDJ, 2006, 350 pages.
- CONSTANT Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. établie par H. GRANGE, Aubier, 1991, 507 pages.
- CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, 7e éd, PUF, Thémis droit, 2016.
- COQ Véronique, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, 660 pages.
- DE BÉCHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996, 577 pages.
- DE LAUBADÈRE André, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 1953-54, 844 pages.
- DE MONTALIVET Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, 680 pages.
- DE NANTOIS Christophe, *Approche empirique de la science politique*, 2e éd., Éditions juridiques franco-allemandes, 2019, 312 pages.

- DERRIDA Jacques, *De la grammatologie*, Paris, éd. de Minuit, 2015, 424 pages.
- DESCARTES René, *Discours de la méthode (1637)*, Les Échos du Maquis, 2001, 46 pages.
- DESLANDRES Maurice, *Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789*, 3 vol., Armand Colin, 1932-1937.
- DEUMIER Pascale (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, 2013, 270 pages.
- DISANT Mathieu, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, 888 pages.
- DORD Olivier, *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., PUF, 2016, 388 pages.
- DUPRET Baudoin, *Droit et sciences sociales*, Armand Collin, 2006, 207 pages.
- DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9^e éd., PUF, 1996, 791 pages.
- DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, E. SOUBRENIE (trad.), PUF, 1994, 468 pages.
- DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMAIRE (trad.), révisé et présenté par F. MICHAUT, PUF, Léviathan, 1995, 515 pages.
- EISENMANN Charles, *Droit administratif approfondi*, Paris, Cours de droit, 1953-54.
- EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour d'Autriche*, L. G. D. J, 1928, 363 pages.
- ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., t. 1, Sirey, 1927, 648 pages.
- ESSONO OVONO Alexis, *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, Thèse soutenue à Toulouse, 2000, 464 pages.
- FAVOREU Louis et MASTOR Wanda, *Les cours constitutionnelles*, 2^e éd., Dalloz, 2016, 169 pages.
- FAVOREU Louis, *La Constitution et son Juge*, Economica, 2014, 1260 pages.
- FAYE Antoine, *Les bases administratives du droit constitutionnel. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Institut universitaire Varenne, 2017, 622 pages.
- FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruylant, 2011, 708 pages.

- GARDINIER Samuel Rawson**, *Olivier Cromwell*, Goupil & co., 1899, 216 pages.
- GÉNY François**, *Méthode d'interprétation et sources du droit en droit privé positif*, vol. 2, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1919, 410 pages.
- GÉRARD Philippe**, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, 488 pages.
- GOHIN Olivier**, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., LexisNexis, 2019, 1410 pages.
- GUASTINI Riccardo**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par V. CHAMPEIL-DESPLATS, Rivages du droit, 2010.
- GURVITCH Georges** (dir.), *Traité de sociologie*, t. 2, PUF, 1960, 467 pages.
- HABERMAS Jürgen**, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, 551 pages.
- HART Herbert L. A.**, *Le concept de droit*, M. VAN DE KERCHOVE (trad.), Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, 314 pages.
- HAURIOU Maurice**, *Précis de droit constitutionnel*, 1e éd., Recueil Sirey, 1923, 742 pages.
- HOBBS Thomas**, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, F. TRICAUD (trad.), Sirey, Paris, 1971.
- HOURQUEBIE Fabrice**, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004, 678 pages.
- JEANNENEY Julien**, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, 782 pages.
- JESTAZ Philippe**, *Le droit*, 10e éd., Dalloz, 2018, 190 pages.
- KELSEN Hans**, *Théorie générale des normes*, PUF, col. Léviathan, 1996, 616 pages.
- KELSEN Hans**, *Théorie générale du droit et de l'État : suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Béatrice Laroche et Valérie Faure (trad.), 1997, 517 pages
- KELSEN Hans**, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, 384 pages.
- KLEIN Charles**, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, 232 pages.
- LAFERRIERE Édouard**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris 1887-1888, 708 pages.

- LAMBERT Edouard**, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 2005, Dalloz, 298 pages.
- LAVERGNE Benjamin**, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2013, 614 pages.
- LOCKE John**, *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil* (1690), J.-F. Spitz (trad.), PUF, Paris, 1994, 384 pages.
- LOCKE John**, *Traité du gouvernement civil*, D. Mazel (trad.), impr. Desveux-Royez, 1794-1795, 380 pages.
- LUCHAIRE François**, *Le Conseil constitutionnel. Organisation et attribution*, t. 1, 2^e éd., Economica, 1997, 490 pages.
- MARIENSTRAS Élise et WULF Naomi**, *The federalist papers : défense et illustration de la Constitution fédérale des États-Unis*, PUF, 2010, 160 pages.
- MARTI Gaëlle**, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, 2011, 832 pages.
- MASSOT Jean**, *Chef de l'État et chef du Gouvernement. Dyarchie et hiérarchie*, La Documentation française, 1993, 190 pages.
- MASTOR Wanda**, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, 178 pages.
- MASTOR Wanda**, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, 2005, 361 pages.
- MELLERAY Fabrice**, *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., Economica, 2013, 443 pages.
- MODERNE Franck**, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Dalloz, 2006, 106 pages.
- MORABITO Marcel**, *Histoire constitutionnelle de la France*, Montchrestien, 13^e éd., 2014, 560 pages.
- MORAND Charles-Albert** (dir.), *Légistique formelle et matérielle. Formal and material legistic*, PUAM, 1999, 334 pages.
- MÜLLER Friedrich**, *Discours de La Méthode Juridique*, O. JOUANJAN (trad.) Léviathan, PUF, 1996, 438 pages.
- NIETZSCHE Friedrich**, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Domaine public, 2014, 482 pages.

- NOËL Johanna**, *La césure interprétative entre le juge et la doctrine à la lumière de l'expérience constitutionnelle française. Proposition pour une rénovation conceptuelle*, Thèse soutenue à Nancy, 2017, 713 pages.
- O. JOUANJAN Olivier, GREWE Constance, MAULIN Eric et WACHSMANN Patrick (dir.)**, *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, 188 pages.
- P. DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Allain**, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, 1709 pages.
- PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand**, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2019, 726 pages.
- PASQUINO Pasquale**, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, 272 pages.
- PETIT Serge**, *Le Tribunal des conflits*, 1^{er} éd., PUF, 1994, 127 pages.
- PFERSMANN Otto et TIMSIT Gérard**, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, 191 pages.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane**, *Droits constitutionnels étrangers*, 2^e éd., PUF, 2015, 250 pages.
- PLOUFFE-MALETTE Kristine**, *Moralité publique des droits de la personne au droit de l'OMC*, Bruylant, 2019, 412 pages.
- PONTHOREAU Marie-Claire**, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, *Economica*, 1994, 280 pages.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie**, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, éd. Confluences, 2004, 78 pages.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, 612 pages.
- PRELOT Marcel et BOULOUIS Jean**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 1990.
- R. BONNARD Roger**, *Les actes constitutionnels de 1940*, Paris, LGDJ, 1942, 180 pages.
- RABAULT Hugues**, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, col. Logiques juridiques, 1997, 382 pages.

- RAIMBAULT Philippe (dir.)**, *La pédagogie au service du droit*, LGDJ-PU Toulouse 1 Capitole, 2011, 431 pages.
- RÉMY Dominique**, *L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, 350 pages.
- RENAUT Michel**, *La loi organique dans la Constitution de 1958*, Thèse soutenue à Nancy, 1994, 597 pages.
- RENOUX Thierry et DE VILLERS Michel**, *Code constitutionnel*, 3 éd, Paris, Litec, 2004.
- RICOEUR Paul**, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, éditions du Seuil, Paris, I, 1986, 416 pages.
- RIGAUDIERE Albert (dir.)**, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 4^{ème} éd., 2010.
- RIGAUX Marie-Françoise**, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, F. Larcier, 1985, 335 pages.
- RONZANI Éric**, *L'interprétation créatrice de la constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, Thèse de doctorat, 1999, 416 pages.
- ROSANVALLON Pierre**, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, 2008, 379 pages.
- ROUSSEAU Dominique et BLACHER Philippe**, *La justice constitutionnelle en Europe*, 4e éd., LGDJ, 2020, 153 pages.
- ROUSSEAU Jean-Jacques**, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Hachette, 1762, 340 pages.
- SARTORI Giovanni**, *Partis et systèmes de partis. Un cadre d'analyse*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, 523 pages.
- SCHMITT Carl**, *La dictature*, éd. du Seuil, 2000, 329 pages.
- SCHMITT Carl**, *Les trois types de pensée juridique*, Presses Universitaires de France, 1ère édition, 1995, 115 pages.
- SCHMITT Carl**, *Théorie de la Constitution*, 2^e éd., PUF, 2013, 576 pages.
- SEARLE John**, *Sens et expression. Études de théorie des actes de langage*, Joëlle Proust (trad.), éd. De Minuit, Paris, 1982, 248 pages.

- SÉNAC Charles-Édouard**, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, 640 pages.
- SEVERINO Caterina**, *La doctrine du droit vivant*, PUAM, 2003, 282 pages.
- SIEYÈS Emmanuel-Joseph**, *Qu'est-ce que le Tiers-État*, (1987), 3^e éd., éditions du Boucher, 2002, 85 pages.
- TAILLEFAIT Antoine**, *Droit de la fonction publique. État, collectivités locales, hôpitaux, statuts autonomes*, 8^e éd., Dalloz, 2019, 932 pages.
- TIMSIT Gérard**, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, PUF, 1995, 136 pages.
- TIMSIT Gérard**, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1962, 329 pages.
- TROPER Michel et CHAGNOLLAUD Dominique (dir.)**, *Traité internationale de droit constitutionnel*, Tome 1, 1^{er} éd., Dalloz, 2012, 856 pages.
- TROPER Michel**, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, 304 pages.
- TUSSEAU Guillaume**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, 813 pages.
- VAN DE KERCHOVE Michel (dir.)**, *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 588 pages.
- VAN DE KERCHOVE Michel et OST François**, *Le droit et le paradoxe du jeu*, les Voies du droit, 1992, 298 pages.
- VANDER EYCKEN Paul**, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk, 1906, 434 pages.
- VANDERLINDEN Jacques**, *Anthropologie juridique*, Dalloz, 1996, 123 pages.
- VEDEL Georges ET DEVOLVÉ Pierre**, *Cours de droit administratif général*, t. 1, 12^e éd., PUF, 1992, 720 pages.
- VON SAVIGNY Friedrich Carl**, *Traité de droit romain*, t. 1, M. Ch. GUENOUX (trad.), Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1855, 470 pages.
- WELTER Henri**, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Étude de doctrine et de jurisprudence*, Sirey, 1929, 513 pages.

B. OUVRAGES, TRAITÉS, THESES ET MANUELS SUR L'AFRIQUE

- AÏVO Frédéric Joël et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, 1097 pages.
- AÏVO Frédéric Joël, *Constitution de la République du Bénin. La Constitution de tous les records en Afrique*, éd. CACI, 2010.
- AÏVO Frédéric Joël, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique : l'exemple du modèle béninois*, L'Harmattan, 2006, 222 pages.
- AÏVO Frédéric Joël, *Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, L'Harmattan, Études africaines, 2007, 643 pages.
- ANDZOKA ATSIMOU Séverin, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de crise en Afrique ?*, L'Harmattan, Études africaines, 2016, 600 pages.
- ANTA DIOP Cheikh, *L'Afrique noire précoloniale*, 2e éd., Présence africaine, 2008, 278 pages.
- BADET Gilles, *Les attributions originales de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, 480 pages.
- BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Fayard, 1992, 334 pages.
- BAKARY Tessilimi, *Les élites politiques en Côte d'Ivoire. Modernisation du système politique ou formation d'une classe dirigeante*, Thèse soutenue à Paris, 1983, 2000 pages.
- BANEGAS Richard, *La démocratie à pas de caméléon. Transitions et imaginaires politiques au Bénin*, Karthala, 2003, 496 pages.
- BINET Jacques, *Le mariage en Afrique noire*, Éditions du Cerf, 1959, 179 pages.
- BOLLE Stéphane, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*, 2 tomes, ANRT, 2003, 807 pages.
- BUCHMANN Jean, *L'Afrique noire indépendante*, LGDJ, Paris, 1962, 434 pages.
- CABANIS André et MARTIN Louis, *Les constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, Karthala, 1999, 196 pages.
- CORNEVIN Robert, *Histoire de l'Afrique*, 1966, 638 pages.

- DAVID Philippe**, *Le Bénin*, Karthala, 1998, 208 pages.
- DAVIDSON Basil**, *L'Afrique avant les Blancs*, PUF, 1962, 326 pages.
- DIAGNE Pathe**, *Pouvoir politique traditionnel en Afrique occidentale*, Présence Africaine, 1967, 294 pages.
- DIOP El Hadji Omar**, *La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, 333 pages.
- EDZODZOMO NKOUMOU Téphy-Lewis**, *L'office du juge constitutionnel en Afrique Subsaharienne. Étude comparative à partir des exemples béninois, gabonais et malgache*, Thèse soutenue à Nancy, 2021, 502 pages.
- FALL Ismaïla Madior**, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, L'Harmattan, 2008, 310 pages.
- GABIZO Mamoudou**, *Introduction à la politique africaine*, 2^e éd., Les Presses de l'Université de Montréal, 2010, 292 pages.
- GONIDEC Pierre François**, *L'État africain. Évolution, fédéralisme, centralisation et décentralisation*, 2^e éd., LGDJ, 1985, 362 pages.
- GONIDEC Pierre François**, *La République du Sénégal*, Institut international d'administration publique, éd. Berger-Levrault, 1968, 64 pages.
- GONIDEC Pierre François**, *Les Droits africains. Évolution et sources*, 2^e éd., LGDJ, 1976, 290 pages.
- GOUDOU Thomas Koavi**, *L'État, la politique et le droit parlementaire en Afrique*, Berger-Levrault, Mondes en devenir, 1987, 589 pages.
- H. DESCHAMPS Hubert**, *L'Afrique noire précoloniale*, PUF, 1962, 127 pages.
- ISSA ABDOURHAMANE Boubacar Issa**, *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 soutenue à Bordeaux IV, 2002, 351 pages.
- KA Abdou**, *La sécurité juridique en droit administratif sénégalais*, Mémoire DEA, Université Gaston Louis-Berger, 2015 [en ligne].
- KAMTO Maurice**, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, LGDJ 1987, 545 pages.

- KPRI Kobenan Kra**, *Le Conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis*, Thèse soutenue à l'Université de Bourgogne, 2008, 511 pages.
- LABOURET Henri**, *L'Afrique précoloniale*, 3^e éd., PUF, 1959, 128 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges** (dir.), *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les États francophones*, Pedone, Paris, 1976, 438 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges et PEISER Gustave**, *Les constitutions africaines*, Pedone, Collection du Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions et la législation africaines, 1963, 64 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges et PEISER Gustave**, *Les constitutions africaines*, t. 1, Pedone, Collection du Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions et la législation africaines, 1961, 277 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges et PEISER Gustave**, *Les constitutions africaines*, t. 2, Pedone, Collection du Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions et la législation africaines, 1964, 391 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges**, *La République du Sénégal*, LGDJ, Paris, 1966, 257 pages.
- LAVROFF Dimitri Georges**, *Les partis politiques en Afrique noire*, PUF, 1970, 124 pages.
- LE ROY Etienne**, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Dalloz, 2004, 284 pages.
- MADANY Sy Seydou**, *Recherches sur l'exercice du pouvoir politique en Afrique noire. Côte d'Ivoire, Guinée, Mali*, Pedone, 1965, 230 pages.
- MAHIOU Ahmed**, *L'avènement du parti unique en Afrique noire. L'expérience des États d'expression française*, LGDJ, 1969, 421 pages.
- MAMOUR Papa**, *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Dakar, 1998, 414 pages.
- MARCOUX Richard et ANTOINE Philippe** (dir.), *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, 291 pages.
- MASSERON Jean-Paul**, *Le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar*, Pedone, Paris, 1966, 161 pages.
- MBAYE Keba**, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pedone, 1992, 312 pages.

- MBORANTSUO Marie-Madeleine**, *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Economica, Paris, 2007, 366 pages.
- MBOUSNGOK Aubain**, *La protection constitutionnelle des droits de l'homme dans les États d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Nancy, 2016, 703 pages.
- MÉDÉ Nicaise**, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Éditions Universitaires Européennes, 2012, 468 pages.
- MENSAH Israël**, *Isidore de Souza, figure fondatrice d'une démocratie en Afrique : la transition politique au Bénin, 1989-1993*, Karthala, 2011, 336 pages.
- METEGUE N'NAH Nicolas**, *Histoire du Gabon. Des origines à l'aube du XXIe siècle*, L'Harmattan, 2006, 366 pages.
- MIDEPANI Lévi Martial**, *Élites politiques et démocratisation au Gabon. Contribution à une sociologie de la construction démocratique en Afrique noire*, Thèse soutenue à Amiens, 2005, 424 pages.
- MISONA Joseph Wasso**, *Constitution de l'État de droit et développement. Essai sur le fondement de la justice constitutionnelle dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Aix-en-Provence, 2005, pp. 597 pages.
- MOUDOUDOU Placide**, *La Constitution en Afrique. Morceaux choisis*, L'Harmattan-Congo, 2012, 266 pages.
- MOUNIROU SY Mouhamadou**, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2007, 562 pages.
- NDIAYE Ameth**, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse soutenue à Montpellier, 2003, 581 pages.
- ONDO Téléphore**, *La responsabilité introuvable du chef d'État africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone*, Thèse soutenue à Reims, 2005, 618 pages.
- PAMBOU TCHIVOUNDA Guillaume**, *Essai sur l'État africain postcolonial*, LGDJ, 1982, 165 pages.
- PAMBOU TCHIVOUNDA Guillaume**, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, éd. Pedone, 1994, 646 pages.
- PAMBOU TCHIVOUNDA Guillaume**, *Recherche sur une problématique et une méthodologie applicables à l'introduction du droit public moderne dans les sociétés post-coloniales*, Thèse soutenue à Montpellier, 1979, 221 pages.

- ROUSSILLON Henry** (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Presses de l'institut d'études politiques de Toulouse, 1993, 193 pages.
- SALAMI Aboudou Ibrahim**, *La protection de l'État de droit par les Cours constitutionnelles africaines : analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse soutenue à Tours, 2005, 445 pages.
- SAWADOGO Yambangba Alfred**, *La polygamie en question*, L'Harmattan, 2006, 144 pages.
- SECK Cheikh Yérim**, *Kéba Mbaye, Parcours et combats d'un grand juge*, Karthala, 2009, 226 pages.
- SINDJOUN Luc**, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, 2009, 598 pages.
- SOUARÉ Issaka K.**, *Les partis politiques d'opposition en Afrique. La quête du pouvoir*, Presses de l'Université de Montréal, 2017, 226 pages.
- SY Tidiane**, *La confrérie sénégalaise des Mourides : un essai sur l'Islam au Sénégal*, Présence africaine, 1969, 394 pages.
- TAKAM GATSING Hermine Kembo**, *Le système africain de protection des droits de l'homme. Un système en quête de cohérence*, Harmattan Cameroun, 2014, 196 pages
- TAUXIER Louis**, *Études soudanaises. Le Noir du Yatenga : Mossis, Nioniossés, Samos, Yarsés, Silmi-Mossis, Peuls*, E. Larose, 1917, 790 pages.
- VANDERLINDEN Jacques**, *Les systèmes juridiques africains*, 1^e éd., 1983, PUF, 128 pages.

II. ARTICLES, MONOGRAPHIES, COURS

A. ARTICLES, MONOGRAPHIES, COURS GÉNÉRAUX ET/OU DE DROITS ÉTRANGERS (HORS AFRIQUE)

- AKACHA N.**, « Les techniques de participation du juge constitutionnel à la fonction constituante » in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, 2009, pp. 121-154.

- ALEXY R.**, « Die logische analyse juristischer Entscheidungen (l'analyse logique des décisions judiciaires) » in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Archive de philosophie juridique et sociale)*, Beiheft Neue Folge, n° 14, pp. 181-212.
- ALLAND Denis et RIALS Stéphane**, « Décisionnisme » in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, p. 347-350.
- AMSELEK Paul** (dir.), « L'interprétation à tort et à travers » in *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 11-25.
- AMSELEK Paul**, « L'interprétation dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen » in *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2011, pp. 39-56.
- AMSELEK Paul**, « La teneur indéterminée du droit » in *RDP*, n°5, 1991 [disponible en ligne sur http://paul-amselek.com/textes/teneur_indecise_droit.pdf].
- ARDANT Philippe**, « L'article 5 et la fonction présidentielle » in *Pouvoirs*, n°41, PUF, 1987, pp. 37-62.
- ARSAC Rodolphe**, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel » in *RFDC*, n°68, 2006, pp. 780-820.
- ASCENSIO Hervé**, « La notion de juridiction internationale en question » in *SFDI, La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, pp. 163-202.
- AVRIL Pierre**, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? » in *Archives de philosophie du droit*, t. 50, 2006, pp. 33-39.
- AVRIL Pierre**, « La justice constitutionnelle est politique » in *Commentaire*, n°35, 1986/3, pp. 416-417.
- BADINTER Robert**, « Une si longue défiance » in *Pouvoirs*, n°74, 1995, pp. 7-12.
- BÁN Tamas**, « Présentation de la Cour constitutionnelle de Hongrie » in *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 13, 2003.
- BARANGER Denis**, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" » in *Jus Politicum*, n°21, pp. 103-128.
- BARBERIS Mauro**, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », Isabelle Boucobza (trad.), in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Dalloz, 2012, pp. 113-141.

- BARBERIS Mauro**, « La séparation des pouvoirs » in TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Dalloz, 2012, pp. 705-732.
- BATIFFOL Henri**, « Note sur les revirements de jurisprudence » in *Archives de philosophiques du droit*, n°12, Sirey, 1967, p. 335-338.
- BATIFFOL Henri**, « Questions de l'interprétation juridique » in *Archives de philosophie du droit*, n°17, 1972, pp. 2-37.
- BEAUD Olivier** « Le Souverain » in *Pouvoirs*, n°67, PUF, 1993, pp. 35-45.
- BEAUD Olivier**, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », *Jus politicum* [en ligne], n°18, 2017, pp. 93-115.
- BEAUD Olivier**, « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite » in *Pouvoirs*, n°99, 2001/4, pp. 19-31.
- BLANQUER Jean-Michel**, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 227-238.
- BONNOTTE Christophe**, « L'acceptabilité sociale est-elle un indice de la qualité de la justice administrative ? » in *RFAP*, n°159, 2016, pp. 689 à 700.
- BOULET L.**, « La notion de fonction administrative » in *La Revue administrative*, n°113, 1996, pp. 474-488.
- BOURETZ Pierre**, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : L'énigmatique légitimité du juge » in *Pouvoirs*, n°74, 1995, pp. 72-83.
- BOURGI Albert**, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *RFDC*, n°52, 2002/4, pp. 721-748.
- BRUNET Pierre**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative » in *RGDIP*, Pedone, 2011, pp. 311-327.
- BRUNET Pierre**, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in O. JOUANJAN et autres (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 115-135.
- CAMGUILHEM Benoît**, « Les politiques jurisprudentielles : fonctions d'un pléonasma » in *Les politiques jurisprudentielles*, Actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP), 2015, pp. 25-37.

- CANIVET Guy, « La politique jurisprudentielle » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, pp. 79-97.
- CAPPELLETTI Mauro, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n°2, 1981, pp. 625-657.
- CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999, pp. 106-141.
- CAZALA Julien, « La Soft Law international entre inspiration et aspiration » in *RIEJ*, Université Saint-Louis- Bruxelles, 2011, pp. 41-84.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et TROPER Michel (dir.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005, pp. 11-42.
- CHAYET Claude, « Les accords en forme simplifiée » in *AFDI*, vol. 3, CNRS, 1957, pp. 3-13.
- CHEVALLIER Jacques, « L'interprétation des lois » in G. KOURBI et G. FAURE (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Economica, 2003, pp. 125-133.
- CHEVALLIER Jacques, « Les interprètes du droit » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 115-130.
- CONAC Gérard, « Les processus de démocratisation en Afrique » in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, pp. 11-42.
- CONAC Gérard, « Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains » in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 115-148.
- CÔTÉ Pierre-André, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 189-199.
- COURNARIE Laurent, « L'interprétation. Les limites de l'interprétation » in *Philopsis* [en ligne], 2017, 20 pages.
- DANDO Shigemitsu, « La Cour Suprême du Japon » in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 30, n°1, 1978, pp. 155-170
- DE BÉCHILLION Denys, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre » in *Recueil Dalloz*, n°12, 2002, p. 973 et s.

- DE BÉCHILLON Denys**, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre » in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 27-32.
- DE GOUTTES Régis**, « Conclusions sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 » in *RFDC*, n°49, 2002/1, pp. 51-78.
- DELPÉRÉE Francis**, « La Constitution et son interprétation » in *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (dir.) Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 187-210.
- DEROSIER Jean-Philippe**, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion » in *RFDC*, n°76, 2008, pp. 785-795.
- DESMONS Éric**, « Justice constitutionnelle et “bon régime” » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016, pp. 53-61.
- DIEZ-PICAZO V. L. M.**, « Rétroactivité des lois fiscales et principe de sécurité juridique » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 24-29.
- DISANT Mathieu**, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel - Permanence et actualité(s) » in *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 28, 2010.
- EINSENMANN Charles**, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.
- EINSENMANN Charles**, « Le droit administratif et le principe de légalité » in *EDCE*, 1957, pp. 25-40.
- ESMEIN Adhémar**, « Les constitutions du protectorat de Cromwell » in *RDP*, septembre-octobre 1989, LGDJ, pp. 193-218.
- F. SCHAUER Frederick**, « An Essay on Constitutional language » in *UCLA Law Review*, vol. 29, 1982, pp. 797-832.
- FASSASSI Idriss**, « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009, pp. 142-149.
- FASSASSI Idriss**, « La Cour suprême des États-Unis : de la marginalisation à la construction de la “suprématie judiciaire” », contribution orale lors du colloque *Question sur la question. Le juge dans le constitutionnalisme moderne* (18 et 19 octobre 2018), disponible à l'adresse suivante : <https://www.dailymotion.com/video/x7bukju>.

- FAVOREU Louis et PENA-GAÏA Annabelle**, « La justice constitutionnelle II : Belgique, Espagne, Italie, RFA » in *Documents d'Études, droit constitutionnel et institutions politiques*, La documentation française, n°1. 16, 1998.
- FAVOREU Louis**, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles. Observations sous décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 » in *RFDA*, 2003, pp. 792-795.
- FAVOREU Louis**, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°2, 1994. pp. 557-581.
- FAVOREU Louis**, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance » in *Revue française de science politique*, n°4-5, 1984. pp. 1002-1029.
- FAVOREU Louis**, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations » in *RDP*, 1982, n° 2, pp. 377-433.
- FAVOREU Louis**, « Propos introductif » in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, p. 29 et s.
- FAVOREU Louis**, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - Les droits constitutionnels des étrangers » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 1994, pp. 105-118.
- FELDMAN David**, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation » in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 119-138.
- FONTAINE Lauréline**, « Pour une réforme du Conseil constitutionnel » in *Recueil Dalloz*, n°24, 2017, p. 1416 et s.
- FROMONT Michel**, « Domaine réservé à la loi » in P. BON et D. MAUS (dir.) in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 360-363.
- FROMONT Michel**, « État de droit et principe de proportionnalité » in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 5-8.
- G. CANIVET Guy**, « Les limites de la mission du juge constitutionnel » in *Cités*, n°69, 2017, pp. 41-58.
- GARLICKI Lech**, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/développements récents » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°78, 2009, pp. 227-246.
- GAUDIN Hélène**, « La fonction constituante de la Cour de Justice des Communautés Européennes » in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international*

- au droit communautaire*, Centre d'études européennes, Bruylant Bruxelles, 2001, pp. 25-52.
- GLÉNARD Guillaume**, « La conception matérielle de la loi revivifiée » in *RFDA*, 2005, p. 922 et s.
- GONIDEC Pierre François**, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique » in *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 866-885.
- GOYARD Claude**, « Esprit des institutions et équilibres des pouvoirs » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 3-16.
- GROPPI Tania et MEOLI Chiara**, « Admissibilité des référendums d'abrogation des lois » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 377-381.
- GRZEGORCZYK Christophe**, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle » in V. CHAMPEIL-DESPLATS ET M. TROPER (dir.) *Théorie de contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005, pp. 25-42.
- GUARNIERI Carlo**, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire » in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, 2012, pp. 287-320.
- GUASTINI Riccardo**, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle » in *Droits*, n° 37, 2003, pp. 111-122.
- HARMATHY Attila**, « État de droit, législation et autres domaines » in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008 pp. 31-34.
- HARMATHY Attila**, « Souveraineté populaire » in P. BON ET D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, pp. 36-38.
- JACQUES Francis**, « Interpréter, prototype ou simple ressemblance de famille? », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, p. 27-45.
- JOUANJAN Olivier**, « L'État de droit démocratique » in *Jus politicum* [en ligne], n°22, 2019, pp. 5-21.
- KANTE Babacar**, « L'interprétation de la constitution. Actes de la table ronde en hommage au Doyen Louis Favoreu », 15 et 16 octobre 2004.
- KELLER Rémi**, « La mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire » in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Dalloz, 2016, pp. 227-234.

- KELSEN Hans**, « La garantie juridictionnelle de la Constitution » in *RDP*, 1928, pp. 197-257.
- KORTMANN Constantijn**, « Le juge et le contrôle de constitutionnalité au Pays-Bas » in *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n°21, 2007.
- LALANDE André**, « Décision » in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3e éd., PUF, 2016, p. 202.
- LAMBERT Pierre**, « La montée en puissance du juge » in *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice. Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, 2002, pp. 1-13.
- LE COUSTUMER Jean-Christophe**, « Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller » [en ligne], 12 pages.
- LE PILLOUER Arnaud**, « Indétermination du langage et indétermination du droit » in *Droit et philosophie*, n° 9-1, 2017, pp. 19-43.
- LEMAIRE Elina**, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable mais insuffisante » in *Le blog jus politicum* [en ligne], 2018.
- LETOURNEUR Maxime**, « Les “principes généraux du droit” dans la jurisprudence du Conseil d’État » in *E. D. C. E.*, 1951, pp. 19-31.
- LEVADE Anne**, « L’objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable » in *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs. Mélanges en l’honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 687-702.
- LOEWENSTEIN Karl**, « Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d’une ontologie des Constitutions » in *Revue française de science politique*, n°1, 1952, pp. 5-23.
- LOUIS Carole**, « La jurisprudence constitutionnelle et les modifications de la Constitution » in *La constitution et le temps, Vème séminaire franco-japonais de droit public*, L’Hermès, du 4 au 10 septembre 2002.
- LUCHAIRE François**, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l’objectif de valeur constitutionnelle » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°64, 2005, p. 675-684.
- LUCHAIRE François**, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, pp. 27-52.
- M. SAMSON Mélanie**, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l’agir juridique » in *Lex electronica* [en ligne], vol. 14 n°1, 2009, 19 pages.

- MAINGUENEAU Dominique**, « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques » in *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pages ?
- MANERO Jean Ruiz**, « Une typologie des normes constitutionnelles », in M. TROPER ET D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité internationale de droit constitutionnel*, Tome 1, Dalloz, 2012, p. 297-325.
- MARTENS Paul**, « Le métier du juge constitutionnel » in F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruylant, 1998, pp. 25-42.
- MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel**, « [Note sous décision n° 2000-429 DC] » in *Les Petites Affiches*, n°207, 2000, p. 12 et s.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand**, « Les lacunes constitutionnelles » in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, 2009, pp. 53-61.
- MILACIC Slobodan**, « Le contre-pouvoir, cet inconnu » in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 675-697.
- MILLARD Éric**, « Hauriou et la théorie de l'institution » in *Droit et société*, n°30-31, 1995, pp. 381-412.
- MILLARD Éric**, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? » in *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 21, 2007.
- MILLARD Éric**, « Réalisme américain, réalisme scandinave. Essai de caractérisation » in *Revue* [en ligne], n°24, 2014, pp. 81-97.
- ODJAGA Carlos**, « La nécessité d'un contentieux constitutionnel du sport » in F. ATCHO, J. BRZENCZEK et Y. PETIT (dir.), *Phénomène sportif et droit public*, PUN- Éditions universitaires de Lorraine, 2020, pp. 157-178.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel**, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 135-153.
- PATTARO Enrico**, « Interprétation, systématisation et science juridique » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 103-113.
- PERELMAN Chaïm**, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse » in *La motivation des décisions de justice*, Ets. É. Bruylant, 1978

- PETEV Valentin**, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 51-59.
- PETEV Valentin**, « Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur » in Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle. Formal and material legistic*, PUAM, 1999, pp. 229-308.
- PFERSMANN Otto**, « Arguments ontologiques et argumentation juridique » in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.) *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 11-34.
- PFERSMANN Otto**, « Critique de la théorie des contraintes juridiques » in *Théorie des contraintes juridiques*, V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER (dir.), Bruylant LGDJ, 2005, pp. 123-142.
- PFERSMANN Otto**, « Lacunes et complétude » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, p. 911-913.
- PFERSMANN Otto**, Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper » in *RFDC*, n°52, 2002, pp. 759-788.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane**, « L'esprit des constitutions » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 375-390.
- PINI Joseph**, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre le juge constitutionnel et le pouvoir constituant » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, 1999, pp. 47-54.
- PINON Stéphane**, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit » in *R.I.E.J.*, n°67, 2011, pp. 69-93.
- PLESSIX Benoît**, « Avant-propos » in *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018.
- PONTHOREAU Marie-Claire**, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif » in F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, pp. 5-24.
- RABAULT Hugues**, « Le problème de l'interprétation de la loi » in *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* [en ligne], n°15, 2005, 10 pages.
- RENOUX Thierry Serge**, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°3, 1994, pp. 891-899.

- RICŒUR Paul**, « Le problème de la liberté de l'interprète en Herméneutique générale et en herméneutique juridique » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant Bruxelles, Presses Universitaires de Marseille, 1995, pp. 177-188.
- RIGAUDIÈRE Albert**, « L'invention de la souveraineté » in *Pouvoirs*, n° 67, PUF, 1993, pp. 5-20.
- RIVERO Jean**, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant » in *RFDA*, 1998, p. 909.
- RIVERO Jean**, « Rapport de synthèse » in L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, pp. 517-529.
- RIVERO Jean**, « La fin de l'absolutisme » in *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 5-16.
- ROBERT Jacques**, « Le juge constitutionnel est-il un contre-pouvoir ? Table ronde du Centre français de droit comparé » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n°3, 2010, 2010, pp. 788-812.
- ROMI Raphaël**, « Le Président de la République, interprète de la Constitution » in *RDP*, 1987, pp. 1265-1295.
- ROUSSEAU Dominique**, « La démocratie continue » in *Le débat*, n°96, 1997, pp. 73-88.
- ROUSSEAU Dominique**, « La notion de patrimoine constitutionnel européen » in M. BORGETTO (coord.), *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 27-46.
- ROUSSEAU Dominique**, « Une résurrection : la notion de constitution » in *RDP*, Jan.-fév. 1990, pp. 5-22.
- ROUSSILLON Henry**, « La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n°2, 2002, pp. 487-511.
- SANTOLINI Thierry**, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé » in *les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, 2008, pp. 122-130.
- SCOFFONI Guy**, « Les enseignements d'une vieille démocratie : l'exemple américain » in S. Brondel et autres (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp.187-210.
- SOMERHAUSEN Marc**, « La motivation et la mission normative du juge » in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Ets. E. Bruylant, 1978, pp. 23-36.

- SUR Emmanuel**, « Le pouvoir constituant n'existe pas. Réflexions sur voies de souveraineté du peuple » in *Mélanges en l'honneur de Georges Lavroff: la Constitution et ses valeurs*, Dalloz, 2005, p. 569-591.
- TIMSIT Gérard**, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation » in *RFAP*, n°78, 1996, pp. 375-394.
- TIMSIT Gérard**, « M. le maudit. Relire Montesquieu » in *Mélanges René Chapus*, Monchrestien, Paris, 1992, pp. 617-632.
- TIMSIT Gérard**, « La régulation. La notion et le phénomène » in *RFAP*, n°109, 2004, pp. 5-11.
- TROPER Michel**, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire » in *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 5-15.
- TROPER Michel**, « Justice constitutionnelle et démocratie », in M. TROPER (dir.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 329-346.
- TROPER Michel**, « La motivation des décisions constitutionnelles » in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Et. E. Bruylant, 1978, pp. 287- 302.
- TROPER Michel**, « Le réalisme et le juge constitutionnel » in *Cahiers du Conseil*, n°22, juin 2007, pp. 125-131.
- TROPER Michel**, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes » in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.) *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 35-48.
- TUSSEAU Guillaume**, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison » in *Droits*, n°55, 2012, pp. 41-84.
- TUSSEAU Guillaume**, « Constitutionnalisme autoritaire et créativité institutionnelle : remarques sur quelques évolutions récentes du droit constitutionnel gabonais » in *Politeia*, n°33, 2018, pp. 105-131.
- VAN DE KERCHOVE Michel** (dir.), « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique » in *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13-50.
- VEDEL Georges**, « 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. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, pp. 35-43.
- VEDEL Georges**, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelle » in *RDP*, 1989, pp. 11-17.

VEDEL Georges, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme » in *Pouvoirs*, n°45, 1988, pp. 149-159.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité » in *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 79-97.

VERPAUX Michel, « Régulation et contrôle », Faculté de Dijon, CNRS, Rapport au colloque des 18 et 19 mai 1990.

VIALA Alexandre, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste » in *Civitas Europa*, n°32, 2014, pp. 81-91

VIDAL-NAQUET Ariane, « La pratique des obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in P. RAIMBAULT (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ-PU Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 247-259.

VIRALLY Michel, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales » in *AFDI*, vol. 2, CNRS, 1956, pp. 66-96.

WERNER Alain, « Le conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant » in *Pouvoirs*, n°67, p. 117-136.

WYRZYKOWSKI Miroslaw, « Présentation du Tribunal constitutionnel Polonais » in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°3 [en ligne], 1997.

B. ARTICLES, MONOGRAPHIES ET COURS SUR L'AFRIQUE

ADOUKI Delphine Emmanuel, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique » in *RFDC*, n°95, PUF, 2013, pp. 611-638.

AÏDARA Mouhamadou Moustapha, « Le juge constitution africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat. » in *Afrilex* [en ligne], 2011, 30 pages.

AÏVO Frédéric Joël, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°99, 2014, pp. 715-740.

AÏVO Frédéric Joël, « Le juge et les droits fondamentaux. Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 445-486.

AÏVO Frédéric Joël, « La Cour constitutionnelle du Bénin » in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°47, 2015, pp. 99-112.

- AÏVO Frédéric Joël**, « La crise de normativité de la constitution en Afrique » in *RDP*, n°1, 2012, pp. 141-180.
- AÏVO Frédéric Joël**, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique » in F. HOURQUEBIE (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, Bruylant, 2014, pp. 281-323.
- AKEREKORO Hilaire**, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin » in *Afrilex* [en ligne], 2016, 44 pages.
- AMOR Abdelfattah**, « L'émergence de la démocratie dans les pays du tiers-monde? Le cas des États africains » in H. ROUSSILLON (dir.), *Les Nouvelles constitutions africaines: la transition démocratique*, Presses de l'Institut d'Études politiques, 1993, pp. 7-26.
- ANDZOKA Séverin**, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique » in *RFDC*, n°110, pp. 279-316.
- BADINTER Robert**, « Quelques réflexions sur l'État de droit en Afrique » in G. Conac (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, pp. 9-10.
- BAKARY Tessy D.**, « Les Élités africaines au pouvoir (problématique, méthodologie, état des travaux) », *Bibliographies du Centre d'études d'Afrique noire*, n°2/3 Institut d'études politiques, 1990, 138 pages.
- BANEGAS Richard**, « Action collective et transition politique en Afrique. La conférence nationale du Bénin » in *Cultures & Conflits* [en ligne], n°17, 1995, 26 pages.
- BINETOU DIAL Fatou**, « Divorce, remariage et polygamie à Dakar » in R. MARCOUX et P. ANTOINE (dir.), *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, pp. 250-265.
- BLEOU Martin D.**, « La chambre administrative et la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire » in G. CONAC (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, t. 3, Economica, 1988, p. 147-192.
- BOLLE Stéphane**, « Des constitutions “made in” Afrique », communication au VI^e Congrès Français de Droit Constitutionnel à Montpellier, 2005 [en ligne], 24 pages.
- BOLLE Stéphane**, « Les Cours constituantes d'Afrique » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 248-179.
- BOUMAKANI Benjamin**, « La prohibition de la “transhumance politique” des parlementaires. Étude de cas africains » in *RFDC*, n°75, 2008, pp. 499-512.

- BOUMAKANI Benjamin**, « Le serment constitutionnel du chef de l'État en Afrique francophone » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 49-68.
- BOURGI Albert**, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité » in *RFDC* n°52, PUF, pp. 721-748.
- CABANIS André et GUÈYE Babacar**, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone » in *Droit sénégalais*, n°11, 2013, pp. 103-124.
- CABANIS André et MARTIN Michel Louis**, « La pérennisation du chef de l'État : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone » in *Mélanges Slobodan Milacic*, Bruylant, 2007, pp. 349-380.
- CONAC Gérard**, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996 p. 105-119.
- CONAC Gérard**, « Les constitutions des états d'Afrique et leur effectivité » in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Economica, 1980, pp. 387-413.
- CONAC Gérard**, « L'évolution constitutionnelle des États francophones » in *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Economica, 1979.
- CONAC Gérard**, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue » in *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence*, t. 2, Economica, 1989, pp. VI-XVI.
- CONAC Gérard**, « Les processus de démocratisation en Afrique » in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, pp. 11-41.
- COQUERY-VIDROVITCH Catherine**, « Les structures du pouvoir et la rurale précoloniale » in *Revue française d'histoire d'outre-mer*, t. 68, n°250-253, 1981, pp. 54-70.
- COULIBALY Babakane D.**, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision n° DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) » in *RDP*, n°5, 2009, pp. 1493-1516.
- DAKO Nestor**, « La fonction du juge de cassation : contrôle de la légalité et régulation du droit » in *L'accès au juge de cassation. Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français* [en ligne], 17-19 mai 2004.
- DARGENT Fleur**, « Les échecs du mimétisme constitutionnel en Afrique noire francophone » in *RDP*, n°5, p. 1347-1374.

- DE PAUL TETENG Franc**, « La normativité des préambules des constitutions des états africains d'expression française » in *RFDC*, n°104, 2015, pp. 953-978.
- DEGBOE Dario**, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin » in *les Annales de droit* [en ligne], n°10, 2016, pp. 119-138.
- DEGNI-SEGUI René**, « Le contrôle sur l'administration ivoirienne par la voie du recours pour excès de pouvoir » in G. CONAC et J. D. B. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, t. 3, Economica, pp. 145-191.
- DEROSIER Jean-Philippe**, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion » in *RFDC*, n°76, 2008, pp. 785-795.
- DIAGNE Pathé**, « Royaumes Sérères : les institutions du Sine Saloum » in *Présence Africaine*, n°54, 1965, pp. 142-172.
- DIAKHATE Mëïssa**, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les États de l'Afrique noire francophone » in *RDP*, n°3, 2015, pp. 785-827.
- DIALLO Ibrahima**, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » in *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 2004, p. 93-120.
- DIOMPY Abraham Hervé**, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone » in *Afrilex*, 2014 [en ligne].
- DJOGBENOU Joseph**, « L'ambigüité statutaire du pouvoir judiciaire dans les Constitutions des États africains de tradition juridique française » in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique. Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 481-496.
- DOSSO Karim**, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences » in *RFDC*, n°90, 2012/2, pp. 57-85.
- DOSSOU Robert**, « La fonction régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines : cas du Bénin » in *Mélanges Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 729-734.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir » in *Mélanges Louis Favoreu. Le renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 609-628.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « Jurisprudences constitutionnelles et transitions politiques en Afrique : arrêt sur quelques cas concrets » in *Mélanges en l'honneur du Doyen Jean-Pierre Machelon*, Lexisnexis, 2015, pp. 95-105.

- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « La jurisprudence administrative des Cours Suprêmes en Afrique » in G. CONAC (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, t. 3, Economica, 1988, pp. 1-12.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs » in *Afrique contemporaine*, n°250, 2014, pp. 13-28.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « Le statut de la justice dans les États d'Afrique francophone » in *Afrique contemporaine*, n°156, 1990.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique, introduction thématique » in *Afrique contemporaine* n°242, 2012, pp. 53-58.
- DU. B. DE GAUDUSSON Jean**, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique » in *Afrique contemporaine*, vol. 206, n°2, 2003, pp. 41-55.
- EMIKO Saito**, « La révision constitutionnelle par la pratique au Japon » in *La constitution et le temps*, Vème séminaire franco-japonais de droit public, L'Hermès, 2003.
- ESAMBO KANGASHÉ Jean-Louis**, « Les opinions individuelles et dissidentes du juge constitutionnel » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 559-573.
- FALL Alioune Badara**, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme » in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 77-100.
- 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 Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728.
- FALL Alioune Badara**, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique » in *Afrilex [en ligne]*, n°3, 2003, pp. 23-63.
- FALL Mar**, « La question islamique au Sénégal : le regain récent de l'islam ; la religion contre l'État ? » in *Présence Africaine*, n°142, 1987, pp. 24-35.
- FAVOREU Louis**, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique » in *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence*, t. 2 Paris, Economica, 1989, pp. 40-43.
- G.-F. NTWARI Guy-Fleury**, « La décision du Conseil constitutionnel ivoirien n°CI-20011-036 du 4 mai 2011 » in *RQDI*, vol. 24-1, 2001.

- GHERARI Habib**, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples. Bilan d'une jurisprudence » in P. TAVERNIER (dir.), *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, pp. 132-163.
- GICQUEL Jean**, « Le présidentielisme négro-africain. L'exemple camerounais » in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 701-725.
- GLÉLÉ-AHANHANZO Maurice**, « Introduction à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples » in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pédone, 1984, pp. 511-537.
- GNAMOU-PETAUTON Dandi**, « Les mécanismes régionaux africains de protection des droits de l'Homme » in P. TAVERNIER (dir.), *Regards sur la justice et les droits de l'Homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, pp. 254-275.
- GONIDEC Pierre François**, « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique » in *AFDI*, vol. 11, 1965, pp. 866-885.
- GRÉGOIRE Emmanuel**, « Cohabitation au Niger » in *Afrique contemporaine*, n°175, 1995, pp. 43-51.
- GUEYE Babacar**, « La démocratie en Afrique : succès et résistances » in *Pouvoirs*, n°219, 2009, pp. 5-26.
- HASSANI Mohamed Rafsandjani**, « La culture constitutionnelle dans les États d'Afrique francophone : le paradoxe du peuple constituant » in *Revue française de droit constitutionnel*, n°123, 2020, pp. 613-629.
- HOLO Théodore**, « Contribution à l'étude des Chambres administratives : cas de la Chambre administrative de la Cour populaire centrale du Bénin » in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, G. CONAC (dir.), t. 3, Economica, 1988, pp. 13-30.
- HOLO Théodore**, « Émergence de la justice constitutionnelle en Afrique » in *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 101-114.
- HOLO Théodore**, « Les idées constitutionnelles du professeur Ahanhanzo-Glélé » in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 233-242.
- HOURQUEBIE Fabrice**, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'État africain. Entre principes théoriques et pratique du pouvoir » in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, pp. 73-86.

- HOURQUEBIE Fabrice**, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'état africain ? entre principes théoriques et pratique du pouvoir » in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, pp. 73-86.
- HOURQUEBIE Fabrice**, « Le sens d'une constitution vu de l'Afrique » in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, 2018, 6 pages.
- HUARAKA Tunguru**, « Les fondements des droits de l'homme en Afrique » in A. LAPEYRE et autres (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, vol. 1, Bruylant, 1990, pp. 237-251.
- KANTÉ Babacar**, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges Jean Gicquel*, pp. 265-276.
- KANTÉ Babacar**, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone » in *L'interprétation constitutionnelle*, FERDINAND MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), Dalloz, 2005, pp. 155-166.
- KPODAR Adama et NONEMBOU Cyrille**, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : Quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire » in *RCC*, n°2 et 3, 2020, pp. 217-232.
- KPODAR Adama**, « L'impératif constitutionnel » in *RCC*, n°1, 2019, pp. 101-125.
- LATH Sébastien Yédoh**, « La pérennisation du présidentielisme dans les États d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique » in *Mélanges Maurice Ahanhanzo-Glélé*, pp. 285-309.
- LAVROFF Dimitri-Lavroff**, « Les tendances du nouveau constitutionnalisme africain » in G. CONAC (dir), *Dynamiques et finalités des droits africains*, 1980, pp. 414-425.
- LE ROY Etienne**, « Regard de l'anthropologue du droit. Pourquoi les Africains n'adhèrent pas, "spontanément", aux droits de l'homme ? » in P. TAVERNIER (dir), *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, L'Harmattan, 2008, pp. 66-79.
- LOMBARD Jacques**, « Pensée politique et démocratie dans l'Afrique noire traditionnelle » in *Présence Africaine*, n°63, 1967, pp. 10-31.
- LUCHAIRE Yves**, « La chambre administrative et la Cour suprême du Gabon » in G. CONAC et J. DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, t. 3, Economica, 1988, pp. 192-225.
- MANANGOU Vivien Romain**, « Le néo-présidentielisme africain : entre paternalisme et superposition » in *RFDC*, n°103, 2015, p. e. 26-53.

- MANGIN Gilbert**, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone » G. Conac (dir.) in *Les Cours suprêmes en Afrique. Organisation, finalités, procédures*, t. 1, Economica, 1988, pp. 131-155.
- MARTIN G.**, « l'État africain dans une perspective historique : origine, nature et évolution » in *Les défis de l'État en Afrique*, M. GALY et E. SANNELLA (dir.), L'Harmattan, CREA, 2007, 208 pages.
- MASSINA Palouki**, « Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit » in *RFDC 2017/3 n°111*, PUF, 2017.
- MAYACINE Diagne**, « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique : l'exemple du Conseil Constitutionnel sénégalais » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, pp. 99-129.
- MAYRARGUE Cédric**, « Yayi Boni, un président inattendu ? Construction de la figure du candidat et dynamiques électorales au Bénin » in *Politique africaine*, n°102, 2006, pp. 155-172.
- MBAYE K.**, « Quel avenir pour la justice en Afrique ? » *Afrique contemporaine*, n°156, 4/90, 1990.
- MÉDÉ Nicaise**, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone » in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2007, p. 45-66.
- MONEMBOU Cyrille**, « “De l'excès de pouvoir juridictionnel” en Afrique noire francophone. Réflexions à partir des décisions récentes des juridictions constitutionnelles du Gabon et de Madagascar » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020, pp. 787-810.
- MONTEIL Vincent**, « Une confrérie musulmane : les Mourides du Sénégal » in *Archives de sociologie des religions*, n°14, 1962. pp. 77-102.
- N'GUESSAN Kouamé**, « Une réflexion récente en Côte d'Ivoire sur le multipartisme et l'ethnisation de la vie politique : faut-il regretter le parti unique ? » in *Pouvoirs anciens, pouvoirs modernes de l'Afrique d'aujourd'hui* [en ligne], Presses universitaires de Rennes, 2015, pp. 169-194.
- NAREY Oumarou**, « Le serment en droit constitutionnel » » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 341-378.
- NDIAYE Mouhamadou**, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 2018, pp. 667-688.

- NGAIDE Mustapha**, « Le Conseil d'État et le principe d'égal accès des citoyens à un emploi public : À propos de l'arrêt du 29 juin 2000, association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre État du Sénégal (arrêt n°12) » in *Afrilex* [en ligne], 2003, pp. 193-222.
- NGANGO YOUMBI Éric M.** et **NGANDO SANDJE Rodrigue**, « L'émergence d'une catégorie nouvelle de principes jurisprudentiels au Bénin : les impératifs constitutionnels » in *RDP*, n°5, 2020, p. 1351 et s.
- NGANGO YOUMBI Éric**, « L'excès de pouvoir législatif en Afrique noire francophone » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 587-612.
- NGANGO YOUMBI Éric**, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *RDP*, n°6, 2018, p. 1705 et s.
- NGUEMA I.** « Démocratie, pluralisme et cultures africaines » in G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, 1993, pp. 165-169.
- OBENGA Théophile**, « De l'État dans l'Afrique précoloniale : le cas du royaume de Kouch dans la Nubie ancienne » in *Présence Africaine*, n°127-128, 1983, pp. 128-148.
- ONDO Téléphore**, « La cour constitutionnelle et la révision de la constitution en Afrique », 21 pages (non publié).
- ONDO Téléphore**, « “La Cour constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ?” Essai d'analyse de la décision n°22/CC du 30 avril 2018 » in *L'Harmattan* [en ligne], disponible à l'adresse suivante : https://www.editions-harmattan.fr/auteurs/article_pop.asp?no=33143&no_artiste=15361.
- ONDO Téléphore**, « La Constitution gabonaise et son actualité, 50 après. » in *L'Harmattan* [en ligne], 2010, disponible à l'adresse suivante : <https://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=article&no=17650&razSqlClone=>.
- ONDO Téléphore**, « La Cour constitutionnelle et la révision de la Constitution en Afrique », non publié.
- OULD BOUBOUTT Ahmed Ould**, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique - Évolutions et enjeux » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII, 1997-1998, pp. 31-45.
- PAMBOU TCHIVOUNDA Guillaume**, « Le serment politique en Afrique noire contemporaine » in *Revue juridique et politique : indépendance et coopération*, n°3, vol.35, 1981, pp. 796-810.

- PAMBOU TCHIVOUNDA Guillaume**, « Une juridiction constitutionnelle au Gabon » in G. CONAC (dir.), *Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence*, t. 2, Economica, 1989, pp. 96-105.
- ROSSATANGA-RIGNAULT Guy**, « Le prince et le prêtre en Afrique. Esquisse d'une vieille alliance » in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, L'Harmattan, 2020 pp. 931-973.
- SAINT-GIRONS Bernard**, « Les acteurs : fonction présidentielle et transition démocratique » in H. ROUSSILLON (dir.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, 1^e éd., Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 1992, pp. 27-34.
- SENOU Jean Innocent**, « Les figures de la séparation des pouvoirs en Afrique » in *RDP*, n° 1, 2019, pp.183-216.
- SERIGNE Diop**, « Justice et Politique » in *Afrique contemporaine*, n°156, 1990, p. 184-194.
- SOMA Abdoulaye**, « Le statut du juge constitutionnel africain » in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, 2014, pp. 451-480.
- SOMALI Kossi**, « Les élections présidentielles devant le juge constitutionnel. Étude de cas des États d'Afrique noire francophone » in *RDP*, n°5, pp. 1291-1327.
- TALL Nourou Saidou**, « Les références au droit international public dans les constitutions africaines francophones : exemples du Bénin, du Sénégal et du Togo » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 121-130.
- TCHAPNGA Célestin Keutcha** « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon » *RFDC*, n°75, 2008, p. 551-583.
- TCHAPNGA Célestin Keutcha**, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire » *RFDC*, n°63, 2005, pp. 451-491.
- TONI Errol**, « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle du bénin » in *Afrilex* [en ligne], 2020, 31 pages.
- TRIMUA Christian Eninam**, « L'idée républicaine de la constitution en Afrique francophone » in *Afrilex* [en ligne], 2015, 33 pages.
- VERDIER Raymond**, « Problématique des droits de l'homme dans les droits traditionnels d'Afrique noir » in *Droit et cultures*, n°5, 1983, pp. 97-103.

WODIE VANGAH Francis, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique » in *Penant. Revue du droit des pays d'Afrique*, n°803, 1990, pp. 195-204.

III. DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ARNAUD André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2018, 758 pages.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean (dir.), *Lexique droit constitutionnel*, 2e éd., PUF, 1989, 136 pages.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, 1152 pages.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, 1091 pages.

DE RADONVILLIERS R., *Enrichissement de la langue française. Dictionnaire des mots nouveaux*, Paris, 1845, 618 pages.

DUHAMEL Olivier et MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1er éd., PUF, 1992, 1112 pages.

GUINCHARD Serge et DEBARD thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018, 1214 pages.

REY-DEBOVE Josette et REY Alain (dir.), *Le Petit Robert*, 2011, 2837 pages.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Dictionnaire de droit public interne*, Lexis Nexis, 2017.

IV. DOCUMENTS OFFICIELS

1. RAPPORTS ET DÉCLARATIONS

Conseil d'État (français), *Le droit souple. Étude annuelle 2013* [en ligne], 297 pages, disponible à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000280.pdf>.

2. RECUEILS

Recueil des décisions et avis (1992, 1993,1994, 1995) de la Cour constitutionnelle du Gabon.

3. TEXTES CONSTITUTIONNELS

Ne sont indiquées ici que les dernières révisions constitutionnelles en date.

Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, modifiée par la loi constitutionnelle n°2019-10 portant révision de la Constitution.

Constitution de la VII République du Niger du 25 Novembre 2010, modifiée par la loi n°2017-56 du 8 juin 2017.

Constitution de la République Gabonaise du 12 Janvier 2011, modifiée par la loi n°046/2020 portant révision de la Constitution de la République Gabonaise.

Constitution de la République de Côte d’Ivoire du 3 Novembre 2016, modifiée par la loi constitutionnelle n°2020-348.

4. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

A. COUR CONSTITUTIONNELLE DU BÉNIN

1. Avis

Avis CC 00-01 du 07 janvier 200.

2. Décisions

Décision 15 DC du 16 mars 1993 du Haut Conseil de la République siégeant en qualité de Cour constitutionnelle.

Décision DCC 30-94 du 1er octobre 1994, *AHOUANDJINOU Anselme*.

Décision DCC 31-94 du 1er octobre 1994, *Président de la République*.

Décision DCC 33-94.

Décision DCC 95-027 du 2 août 1995, *Président de la République*.

Décision DCC 95-035 du 1er septembre 1995, *Société OLUWA LONY KPE KOYENI DOVONOU Corneille*.

Décision DCC 96-002 du 5 janvier 1996, *GBADAMASSI Moucharaf TIDJANI SERPOS Ismael*.

Décision DCC 96-035 du 18 juillet 1996 *AGUIAR Luc*.

Décision DCC 97-033 du 10 juin 1997 *DAKO fortuné et KAKPO Damien*.

Décision DCC 98-061 du 05 juin 1998 *ZOSSOUNGBO Edgard*.

Décision DCC 98-100 du 23 décembre 1998 *HOUNSA. Z. Jean*.

Décision DCC 01_013 du 29 janvier 2001, *SANNY Babatoundé*.

Décision EL-P 01-053 du 17 mars 2001, *Commission électorale nationale autonome*.

Décision DCC 01-051 du 27 juin 2001.

DCC 01-111 du 19 décembre 2001, *MISSINHOUM Désiré*.

Décision DCC 01-096 du 07 novembre 2001, *HOUSSOU Désiré Christian*.

Décision DCC 03-043 du 13 mars 2003, *HOUNKPEVI Anani Emmanuel*.

Décision DCC 03-078 du 12 mai 2003, *GOUBEDJI Cyrille AKOBI Issifou Ahmed*.

Décision DCC 05-2017 du 3 mars 2005, *DAKPOGAN Marius*.

Décision DCC 05-124 du 07 octobre 2005, *DJIVO Patrick et consorts*.

Décision EL-P 06-019 du 16 mars 2006, *Commission électorale nationale autonome*.

Décision DCC 06-074 du 08 juillet 2006, *Président de la République, AHOSSI Jean Irène et consorts*.

Décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007, *WELE OBOMBÈ Jeanne et consorts*.

Décision DCC 08-129 du 18 septembre 2008, *ZOMALETHO*.

Décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009, *Come Gb. OKE AKANLO*.

DCC 09-015 du 19 février 2009, *président de l'Assemblée nationale*.

Décision DCC10-117 du 08 septembre 2010.

Décision DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010, *Raphael AKOTEGNON*.

Décision EL-P 11-024 du 4 mars 2011, *Commission électorale nationale autonome*.

Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011, *Président de la République*.

Décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018.

Décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018, *Valentin DJENONTIN-AGOSSOU*.

Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018.

Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, *ADJOUVNI et consorts*.

B. COUR CONSTITUTIONNELLE DU GABON

1. Avis

Avis n°001/CC du 30 octobre 1992 *projet de décret fixant les modalités d'exercice de la mission de surveillance du recensement général de la population*.

Avis n°6/CC du 5 décembre 2007 *relative à la requête du premier ministre sur la question de savoir si le président de la République peut à nouveau faire usage de l'article 17 de la Constitution pour solliciter du Parlement la nouvelle délibération qui n'a pas pu être effectuée avant la fin de la dixième législature*.

Avis n°1/CC du 21 février 2008 *relative à la demande du premier ministre tendant à savoir si les présidents des délégations spéciales ont qualité pour représenter au conseil économique et social les 18 membres de ladite institution issus des conseils départementaux et des conseils municipaux dont le mandat a expiré le 13 janvier 2008*.

Avis n°3/CC du 28 février 2011 *relatif à la demande du premier ministre tendant à savoir quel doit être le sort des élus nationaux et locaux de l'Union nationale suite à sa dissolution*.

Avis n°61/CC du 7 juin 2012 *relatif à la demande du président de l'Assemblée nationale tendant à savoir si le législateur est compétent pour ratifier une ordonnance qui consacre la fusion de deux entités créées par des lois prises sous l'empire d'une Constitution modifiée*.

Avis n°23/CC du 13 mai 2013 *relatif à la demande du premier ministre concernant la régularité de l'adoption unilatérale d'une grille salariale par certains agents publics regroupés au sein de deux syndicats*.

Avis n°43/CC du 5 novembre 2015 *relatif à la demande du premier ministre sur la question de savoir à quelles conditions devraient être soumis les militants de l'Union nationale élus en qualité d'indépendants et qui souhaiteraient participer aux prochaines élections sous la bannière dudit parti politique.*

2. Décisions

Décision °006/CC du 30 avril 1992.

Décision N°007/CC du 7 mai 1992.

Décision N°008/CC du 11 mai 1992, *requête présentée par sieur Essone Atome Dominique.*

Décision N°009/CC du 14 mai 1992 *relative à l'ordonnance n°1/92 du 14 février 1992 portant organisation du recensement général de la population.*

Décision n°011/CC du 19 juin 1992, *interprétation de l'article 56 alinéas 3 et 4 de la constitution du 26 mars 1991.*

Décision n°004/93/CC du 2 mars 1993, *lois 13/92, 3/92, 4/92 relatives respectivement au code électoral, aux conditions d'éligibilité du président de la République et à l'élection des députés à l'assemblée nationale.*

Décision n°019/93/CC du 2 novembre 1993, *ordonnance n°697/PR relative à la communication.*

Décision N°001/94/CC du 21 janvier 1994, *contentieux de l'élection présidentielle du 5 décembre 1993.*

Décision n°005/94/CC du 18 août 1994, *loi organique n°3/93 du 11 mars 1993 relative à l'élection des députés à l'assemblée nationale.*

Décision n°002/96/CC du 04 mars 1996, *procédure d'adoption de la loi n°07/96 portant dispositions communes à toutes les élections politiques.*

Décision n°4/CC du 19 février 1997 *relative à l'interprétation de l'article 16 de la loi n°18/96 du 15 avril 1996 portant dispositions spéciales à l'élection des sénateurs.*

Décision N°006/CC du 12 novembre 1999, *interprétation de l'article 48 alinéas 1 et 2 de la constitution.*

Décision N°1/CC du 14 janvier 2000 *relative à la requête des députés de l'opposition tendant à l'annulation de la loi n°13/99 déterminant les ressources et les charges de l'État pour l'an 2000.*

Décision n°11/CC du 10 février 2003 relative à la requête présentée. Par Monsieur Jean-Christophe Nze-Biteghe tendant à voir déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi n°5/2002 portant création, organisation et fonctionnement de la commission nationale de lutte contre l'enrichissement illicite.

Décision n°3/CC du 27 février 2004 relative à la requête de Monsieur le premier ministre tendant au contrôle de constitutionnalité de la loi organique N°16/2003 modifiant les dispositions de certains articles de la loi organique n°14/91 du 24 mars 1992 portant organisation et fonctionnement du Conseil national de la communication.

Décision n°013/CC du 13 avril 2006 interprétation des dispositions des articles 7, alinéas 4, et 15 du Règlement du Sénat.

Décision n°18/CC du 11 mars 2007 relative au contentieux sur l'élection des députés de l'Assemblée nationale des 17 et 24 décembre 2006.

Cour constitutionnelle n°178/CC du 7 décembre 2007 relatives aux attributions des membres des délégations spéciales se limitent à la gestion des affaires courantes des conseils départementaux et des conseils municipaux jusqu'au renouvellement desdits conseils.

Décision n°005/CC du 18 mars 2008, interprétation de l'article 108 de la Constitution.

Décision n°32/CC du 12 juin 2009 relative à l'interprétation des dispositions de l'article 34 alinéa premier de la constitution.

Décision n°35/CC du 8 juillet 2009 relative à la requête du premier ministre tendant à voir prolonger les délais d'organisation de l'élection du président de la République.

Décision n°36/CC du 9 juillet 2009 relative à la requête du président du Sénat tendant à voir reporter l'élection du quatrième vice-président du Sénat.

Décision n°24/CC du 3 juin 2011 relative à la requête du premier ministre tendant au report des élections législatives devant être organisées au courant de l'année 2011.

Décision n°22/CC du 29 avril 2013, relative à la requête du premier ministre tendant au report des élections des membres des conseils départementaux, des conseils municipaux et des conseils d'arrondissements urbains.

Décision n°003/CC du 13 mars 2017 relative à l'interprétation des dispositions de l'article 78 de la constitution.

Décision n°014/CC du 22 juin 2017 relative à la demande du premier ministre tendant à l'interprétation de certaines dispositions de la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier

des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifiée par la loi n°042/2010 du 2 février 2011.

Décision n°015/CC du 22 juin 2017 relative à la requête présentée par la confédération syndicale dynamique unitaire tendant à l'annulation de la mesure d'interdiction des activités de la convention nationale des syndicats du secteur éducation ainsi que de la mesure de suspension de soldes de 807 enseignants et de radiation de 19 autres.

Décision n°013/CC du 22 juin 2017 relative à la requête présentée par l'association des anciens parlementaires gabonais, tendant à l'application intégrale des dispositions de la loi n°002/2008 du 8 mai 2008 fixant le régime particulier des pensions de retraite des membres du gouvernement, des députés et des sénateurs, modifiée par la loi n°42/2010 du 2 février 2011.

Décision n°020/CC du 11 juillet 2017 relative à la requête présentée par le premier ministre tendant au report des élections législatives.

Avis n°045/CC du 10 janvier 2018 relatif aux amendements formulés par les deux chambres du Parlement sur certaines dispositions du projet de loi portant révision de la Constitution de la République Gabonaise.

Décision n°22/CC du 30 avril 2018 relative à la requête présentée par le premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la constitution.

Décision n°219/GCC 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.

Décision n°311 Bis/CC du 2 avril 2019 portant rétractation de la décision n°283/CC du 26 février 2019 relative à la constatation de la vacance du deuxième siège de député de la commune de Ntoum, province de l'Estuaire.

C. CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE CÔTE D'IVOIRE

1. Avis

Avis n°A/002/95 du 20 octobre 1995.

Avis n°A/002/95 du 20 octobre 1995.

Avis n°003 du 17 décembre 2003.

Avis n°004/CC/SG du 17 décembre 2003.

Avis n°006/AC/CC du 24 juillet 2004.

Avis N°2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005.

Avis n°2005/007/CC/SG du 24 janvier 2005.

Avis N°CI-2010-A-035/22-12/CC/SG du 22 décembre 2010 *relatif à la prestation de serment par écrit de monsieur OUATTARA Alassane et les actes qui en découlent.*

Avis N°CI-2014-A-137/10-06/CC/SG du 10 juin 2014 *relatif à la demande du Président de l'Assemblée nationale aux fins de vérifier la conformité à la Constitution de la proposition de loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs.*

2. Décisions

Décision N°A-001/96 du 11 décembre 1996

Décision n°L008/97 du 16 juin 1997.

Décision n°L002/97 du 02 avril 1997.

Décision CC n°001/SG/CC du 04 novembre 2003.

Décision N°19/CC/SG du 06 décembre 2006.

Décision N°CI-2014-138/16-06/CC/SG du 16 juin 2014.

Décision N°CI-2016-R-173/04-11/CC/SG du 04 novembre 2016.

Décision rectifiée n°CI-2018-007/dcc/06-07/CC/SG du 06 juillet 2018 *relative à la requête du président du Sénat.*

D. COUR CONSTITUTIONNELLE DU NIGER

1. Avis

Avis N°01/07/CC du 30 mai 2007.

Avis N°01/09/CC du 12 février 2009.

Avis n°002/CCT/2013.

Avis n°001/CCT/2013.

Avis n°16/CC/2013.

Avis n°19/CC du 23 mai 2013.

Avis n°27/CC du 26 juillet 2013.

Avis N°008/CC du 18 février 2014.

Avis n°012/CC/MC du 23 mai 2014.

2. Décisions

Arrêt n°95-05/Ch.cons. du 5 septembre 1995.

Arrêt n°95-06/Ch.cons. du 5 septembre 1995.

Arrêt n°96-002/Ch. Cons. Du 16 janvier 1996.

Arrêt n°96-003/Ch. Cons. Du 16 janvier 1996.

Arrêt n°96-06/Ch.cons. du 16 juillet 1996.

Arrêt n°96-07/Ch.cons. du 21 juillet 1996.

Arrêt n°2003-003/CC/MC du 09 janvier 2003.

Arrêt n°0014-04/ME/CC du 11 mai 2004.

Arrêt n°10/04/CC/MC du 28 décembre 2004.

Arrêt n°04/08/CC/MC du 22 juillet 2008.

Arrêt n°05/08/CC/MC du 30 juillet 2008.

Arrêt n°06/08/CC/MC du 14 août 2008.

Arrêt n°07/08/CC/MC du 20 novembre 2008.

Arrêt n°08/08/CC/MC du 12 décembre 2008.

Arrêt n°002/CC/MC du 26 février 2009.

Arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009.

Arrêt n°05/CC du 26 juin 2009.

Arrêt n°006/CC/MC du 27 mai 2013.

Arrêt n°004/CC/MC du 02 mai 2014.

Arrêt n°005/CC/MC du 14 mai 2014.

Arrêt n°006/CC/MC du 15 mai 2014.

Arrêt n°12/CC/MC du 04 septembre 2014.

Arrêt n°13/CC/MC du 9 septembre 2014.

Arrêt n°001/CC/MC du 09 février 2016

E. CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU SÉNÉGAL

Décision 12 DC du 13 août 1992, *Mohamed Amadou Cisse*.

Décision n°6/93 affaire n°7 à 12/E/93 du 13 mars 1993.

Décision n°1-C-2005 du 12 février 2005.

Décision n°1-C-2005 du 12 février 2005.

Décision n°3-C-2005 du 18 janvier 2006.

Conseil constitutionnel n°3-C-2005 du 18 janvier 2006.

Décision n°1/C/2007.

Décision n°2-C-2009 du 18 juin 2009.

Décision n°2C2009 du 18 juin 2009.

Décision n°1-C-2015 du 02 mars 2015.

Décision n°02/C du 06 août 2015.

Décision n°1/C/2016 séance du 12 février 2016.

Décision n°1/C/2016, séance du 12 février 2016.

5. TRAITÉS, CONVENTIONS, CHARTES, RÉOLUTIONS

Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, 27 juin 1981.

Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant, 9-11 juillet 1990.

Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, 7 novembre 2003.

Protocole A/P1/7/91 relatif à la Cour de justice de la communauté, modifié par le protocole additionnel (A/SP.1/01/05), 6 juillet 1991.

Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, 9 juin 1998.

Résolution S/RES/1721 (2006) du Conseil de sécurité des Nations Unies, 1^{er} novembre 2006.

Traité portant création de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, 28 mai 1975.

Traité sur l'établissement de la Communauté de l'Afrique de l'Est, 30 novembre 1999.

6. TEXTES ORGANIQUES SUR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

Loi n° 91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 (Niger).

Loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle du Gabon modifiée par l'ordonnance n°00005/PR/2018 du 26 janvier 2018.

Loi organique n° 2001-303 du 5 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire.

Loi organique n°2012-35 du 19 juin 2012 sur la Cour constitutionnelle du Niger.

Loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel du Sénégal.

7. SITOGRAPHIE

Ⓐ <http://afrilex.u-bordeaux.fr>

Ⓐ <http://conseilconstitutionnel.sn>

Ⓐ <http://la-constitution-en-afrique.over-blog.com>

Ⓐ <http://www.conseil-constitutionnel.ci>

Ⓐ <http://www.cour-constitutionnelle.ga>

Ⓐ <http://www.cour-constitutionnelle-benin.org>

Ⓐ <http://www.cour-constitutionnelle-niger.org>

Ⓐ <http://www.jo.gouv.sn>

Ⓐ <http://www.sgg.gouv.ci/jo.php>

Ⓐ <https://legis.cdij.bj/index.php/journal-officiel-4>

Ⓐ <https://mjp.univ-perp.fr/mjp.htm>

Ⓐ <https://www.constituteproject.org>

Ⓐ <https://www.banouto.bj>

Ⓐ <https://www.legigabon.com>

Ⓐ <https://www.mays-mouissi.com/2016/07/04/population-gabon-departement-departement/>

V. INDEX THÉMATIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes.

A

Accords en forme simplifiée, **338, 341, 345, 353.**

Afrique précoloniale, **857, 871, 879, 880.**

Aliénation méthodologique, **862, 886.**

Anétatiques, **871, 880.**

Autorité de la chose interprétée, **110, 112, 691, 692, 706**

Autorité de la chose jugée, **78, 109, 112, 441, 443, 612,**

682, 690, 692, 693, 695, 706

Avis (juridictionnel), **20, 39, 59, 88, 98, 99, 100, 106, 108, 109, 110, 112, 691, 692, 693, 712.**

B

Bloc de constitutionnalité, **15, 20, 53, 83, 97, 109, 127, 153, 159, 379, 624, 625, 628, 632, 633, 634, 643, 645, 651.**

C

Cadre (interprétatif), **391, 392, 393, 394, 395.**

Combinaison (des textes/sources), **242, 569, 676, 677.**

Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples, **281, 284.**

Complétude, **31, 276, 479, 507, 525.**

Configuration politique, **191, 192, 436.**

Conflit(s) d'attribution(s), **399, 590, 595, 755, 756.**

Consensus national, **45, 264, 660, 670, 671, 699.**

Constituant de robe, **2, 180, 276, 861, 894, 896, 923.**

Consultation, **222, 257, 502, 778, 819, 821, 823, 825, 826, 832, 833, 843.**

Contrainte(s) juridique(s), **99, 108, 110, 111, 113.**

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, **279, 281, 468, 680, 772.**

Crise(institutionnelle), **37, 38, 47, 49, 175, 406, 411, 418, 427, 429 et s., 433 et s., 441, 443, 473, 476, 486, 601, 752, 766, 824, 828.**

D

Dépolitisation, **794, 795, 797, 807.**

Désignation des juges (procédure de), **456, 462, 468, 481, 731, 790 et s., 802, 803, 804 et s., 815, 816, 817, 844, 878.**

Détournement de pouvoir, **557, 565, 607, 888.**

Discrétionnaire, **53, 478, 524, 706.**

Droits de l'homme africain, **852 et s.**

E

Election, **792 et s., 805 et s.,**

Enoncés habilitants, **12, 36, 154, 365, 449, 450, 452, 533, 538, 717, 721, 784, 789, 854, 890, 925,**

Exégèse, **151, 384, 510 et s., 518, 526.**

F

Fonction-fin, **9, 10, 58,**

Fonction-objet, **9, 10, 59,**

G

Gardien juridictionnel, **156, 244, 288, 725, 731, 764, 765, 766.**

Gardien politique, **368, 571, 588, 762 et s., 763, 764.**

H

Hybride, **158, 540, 727 et s, 912.**

I

Indépendance (des juges), **451, 577, 673, 717, 741, 790, 808, 884, 885.**

Indétermination (des textes juridiques), **482 et s., 521 et s..**

Indisponibilité temporaire, **252, 597, 673, 675, 883.**

Injonctions, **237, 442, 609, 613 et s., 752, 885.**

Instrumentalisation politique, **318, 322.**

Instrumentum, **86 et s., 103, 105, 106, 779.**

Interprétation, **19, 31, 39, 49, 112, 125, 149, 152, 153, 154, 161, 366 et s., 761 et s.**

L

Lacune (juridique), **40, 53, 84, 109, 125, 153, 481 et s.**

Laïcité, **267, 491, 495, 898, 905.**

Légistique, **652, 658.**

Libre recherche scientifique, **151, 516 et s..**

Limites formelles, **36, 125, 154, 157, 892.**

Limites matérielles, **147, 885, 891, 898 et s.**

M

Motivation, **247, 486, 893 et s.**

N

Negotium, **105.**

O

Obiter dicta, **109, 110, 691.**

Objectifs de valeur constitutionnelle, **139 et s., 650 et s., 672, 925.**

Opinion individuelle, **834 et s.**

Organité (contrôle d'), **188, 237, 644.**

P

Parti dominant, **170, 586.**

Parti unique, **167, 169, 170, 178, 191, 408, 485, 572, 573, 574, 586, 697, 854, 906, 907.**

Paternalisme, **453, 454, 469, 473.**

Politisisation, **577, 594, 798, 928.**

Porte étroite, **note 1777.**

Pouvoir *juridictionnel*, **25, 144, 151, 448, 732, 890.**

Pouvoir normatif, **2, 16, 17, 63, 532.**

Présidentialisme, **178, 496, 553, 568 et s., 578, 587, 741, 886.**

Procédés, **154;395;544;665 et s., 676 et s., 846, 892.**

R

Réalisme, **114,126,382, 386 et s., 392, 397 et s., 478, 482, 498, 524, 526.**

Régulateur, **40, 239, 243, 405 et s., 420, 425, 431, 441, 731 et s., 744 et s.**

Régulation, **19, 49, 103, 153, 365, 450, 474, 504, 743 et s.**

Renouveau démocratique, **38, 49, 276, 287, 365, 561, 571, 908.**

S

Séparation des pouvoirs, **83, 120,134, 192, 221, 251, 399, 422, 530, 560, 574, 576, 577, 602, 741, 874, 880, 881, 904, 926.**

Société traditionnelle (africaine), **830, 849, 858, 864, 866, 871 et s., 911.**

Soft law, **99 et s;**

T

Texture (ouverte), **521, 522.**

Transhumance (politique), **562.**

U

Universalité (des droits de l'homme), **856, 863.**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	10
§1. L'objet d'étude : la fonction constituante des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone.....	11
A. La notion de « fonction constituante »	11
1. La fonction : du langage courant au juridique	12
2. Fonction constituante du juge et pouvoir constituant : des notions distinctes	14
3. La fonction constituante, et non les pouvoirs normatif ou créateur du juge : le choix d'une dénomination	16
B. La notion de « juridiction constitutionnelle »	17
§2. L'intérêt d'une étude portant sur la fonction constituante des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone	20
A. Un intérêt limité en doctrine	20
B. L'évidence d'une étude sur le rôle constituant du juge constitutionnel africain	23
C. L'originalité d'une étude portant sur le pouvoir créateur des juridictions béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise	25
§3. L'esprit de la démonstration	27
A. Le cadre spatio-temporel	27
B. La problématique de l'étude	30
C. La méthode	32
<i>Chapitre préliminaire. Éléments d'une théorie de la fonction constituante d'une juridiction constitutionnelle</i>	34
Section 1. Les points de rapprochement entre la fonction constituante et le pouvoir constituant	43
§1. Le recours à un acte décisoire	43
A. L'acte du pouvoir constituant	44
1. La réflexivité de la décision globale	45
2. Le caractère normatif de la décision globale	48
B. Les <i>instrumenta</i> juridictionnels de portée constituante	52
	613

1. La décision de justice constitutionnelle	54
2. La portée des avis juridictionnels	60
§2. Le rapprochement par le résultat : la création d'une constitution	68
A. Le notion de constitution	69
B. Le contenu ou le résultat de l'acte juridictionnel constituant	72
1. Les normes constitutionnelles	73
2. Les principes constitutionnels	79
3. Les principes d'orientation ou d'interdiction : les objectifs ou impératifs de valeur constitutionnelle	82
§3. Pouvoir constituant et fonction constituante : une marge de manœuvre comparable ou les insaisissables limites de la fonction constituante des juridictions constitutionnelles.....	84
Section 2. La différenciation entre fonction et pouvoir constituant	88
<i>Conclusion du chapitre préliminaire</i>	93
PARTIE I. LA RÉALITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE	95
TITRE PREMIER. LA FONCTION CONSTITUANTE AU SUD DU SAHARA OU LA PRODUCTION DE RÈGLES, DE PRINCIPES ET D'OBJECTIFS DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES	98
<i>Chapitre I. Le droit institutionnel prétorien d'Afrique noire francophone</i>	106
Section 1. La contribution de la fonction constituante dans l'organisation, le fonctionnement et les compétences des institutions constitutionnelles africaines	109
§1. La représentation nationale, principale voie de passage des juges dans la sphère constituante.....	109
A. La fonction constituante entre constitutionnalisation des règlements intérieurs et équilibre politique au sein du parlement.	111
1. La constitutionnalisation des textes relatifs aux chambres parlementaires	111
2. La prise en compte de la configuration politique des chambres	114
B. L'apport de la fonction constituante sur les attributions des chambres législatives	117
1. La clarification des attributions des chambres	117
2. La sauvegarde des compétences législatives face aux empiètements d'autres organes	119
	614

§2. La moindre influence des juridictions constituantes sur le pouvoir exécutif.....	121
A. L'accentuation du déséquilibre organique au sein du pouvoir exécutif	122
B. La fonction constituante et la gestion de la cohabitation nigérienne de 1996 : la redistribution des cartes au sein de l'exécutif	126
§3. la fonction constituante et le pouvoir juridictionnel : l'exemple de la juridiction constitutionnelle	128
A. L'assouplissement des conditions de recevabilité des recours et requêtes	129
B. L'accroissement asymétrique des compétences.	133
Section 2. La contribution de la fonction constituante à la sauvegarde de la constitution en Afrique noire francophone	141
§1. La sauvegarde par les institutions et les requérants.....	142
A. l'admission de nouveaux recours et requérants en défense de la constitution	142
B. Le maintien et l'adaptation des institutions constitutionnelles aux situations exceptionnelles	145
§2. La sauvegarde par les textes	147
A. L'exclusivité de la procédure de révision constitutionnelle	147
B. Le durcissement de la procédure de révision	150
<i>Conclusion du chapitre I</i>	154
<i>Chapitre II. La fonction constituante dans le contentieux non institutionnel</i>	156
Section 1. L'exercice asymétrique de la fonction constituante dans le domaine des droits et libertés.	157
§1. La modeste contribution du juge constituant aux droits et libertés individuels en Africaine	158
A. L'existence de mécanismes continentaux et sous-régionaux de protection des droits et libertés individuels : une cause du <i>self-restraint</i> du juge constituant ?	158
B. La garantie constitutionnelle des droits et libertés individuels en Afrique noire francophone	163
C. La contribution du juge constituant	167
§2. L'apport conséquent des juges dans la protection des droits et libertés en lien avec une fonction publique ou élective.....	173
A. Les droits des agents publics dans la jurisprudence constituante : entre protection et restriction(s)	174
	615

B. Les droits et libertés des élus : une matière largement investie par le juge constituant	178
Section 2. Le pouvoir créateur du juge dans les matières budgétaire et conventionnelle	187
§1. La fonction constituante et l'obsolescence des dispositions relatives au droit international dans les constitutions africaines.....	188
A. L'accentuation de la dissonance entre les textes internes et les évolutions du droit international	188
B. La consécration constitutionnelle des accords en forme simplifiée : une mise à jour prétorienne des dispositions constitutionnelles relatives aux traités et accords internationaux	192
§2. La réaffirmation de la singularité de la procédure budgétaire et des lois impactant les ressources de l'État.....	194
<i>Conclusion du chapitre II</i>	198
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	199
TITRE SECOND. LES FONDEMENTS DU POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN	201
<i>Chapitre I. un « constituant de robe » habilité ou les fondements juridiques de la fonction constituante</i>	203
Section 1. La compétence interprétative des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone	205
§1. Les multiples origines de l'attribution	206
A. Une compétence d'origine jurisprudentielle	206
B. Une compétence attribuée par les textes	212
§2. Les acceptions de l'interprétation constitutionnelle en Afrique noire francophone	213
A. Le discours officiel de la juridiction constitutionnelle africaine quant à son rôle d'interprète	214
B. L'interprétation constitutionnelle en Afrique noire francophone : une modalité effective de création du droit ou le triomphe du courant réaliste	217
1. L'interprétation en droit ou l'hégémonie des thèses réalistes	217
2. La pratique réaliste de l'interprétation constitutionnelle en Afrique noire francophone	223
Section 2. La compétence régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines	228
	616

§1. Origine(s) et objet(s) d'une fonction de justice constitutionnelle.....	230
A. Le fondement juridique de la fonction régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines	231
B. Les objets de la régulation juridictionnelle	236
1. Le fonctionnement des institutions	236
2. L'activité des pouvoirs publics	239
§2. Cause et formes de la régulation	243
A. La régulation comme remède à une crise des institutions ou des pouvoirs publics	243
1. L'origine de la crise : la paralysie ou le fait interruptif de la normalité constitutionnelle	243
2. Les moments de la crise	248
B. Les formes de régulation	252
<i>Conclusion du chapitre I</i>	256
<i>Chapitre II. Les fondements implicites du pouvoir créateur du juge constitutionnel africain : entre particularités et universalité</i>	258
Section 1. La justice constitutionnelle africaine entre préceptorat et paternalisme	261
§1. Les origines du paternalisme des juridictions constitutionnelles africaines.....	262
A. Une législation et des nominations favorisant la naissance et la pérennité d'une gérontocratie	263
B. Portrait type des juges : le cas du président d'une juridiction constitutionnelle africaine.	267
1. Des juristes de formation	268
2. Des personnalités connues	270
3. La nomination au sein d'une juridiction constitutionnelle africaine	273
§2. Les manifestations du paternalisme des juges constitutionnels africains	276
A. Un discours <i>surlégitimant</i> la juridiction constitutionnelle ou la double légitimité du juge constitutionnel béninois	276
B. La mission de pacification du juge constitutionnel africain	279
Section 2. Juger : une fonction créatrice de droit par nature	282
§1. L'action correctrice des juges sur l'acte à appliquer.....	283
A. Les anomalies des textes constitutionnels africains	283
1. L'indétermination	284
	617

2. Les antinomies des constitutions africaines	287
3. Les lacunes au sens strict ou le vide juridique dans les constitutions africaines	292
B. Le juge constitutionnel comme correcteur naturel du texte constitutionnel	294
§2. L'habilitation implicite des juges constitutionnels à créer du droit indépendamment des défauts des textes juridiques	298
A. Une habilitation consécutive à l'évolution du rôle du juge dans l'application du droit	298
1. L'exégèse et le confinement du juge	299
2. La libre recherche scientifique et le rehaussement de la fonction de juger	302
3. L'irréductible indétermination du droit ou la reconnaissance du pouvoir créateur du juge par le courant normativiste	305
B. La dimension politique de la justice constitutionnelle en tant que fondement spécifique du pouvoir créateur des juges	309
<i>Conclusion du chapitre II</i>	314
CONCLUSION DU TITRE SECOND	316
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	317
PARTIE II. LA SINGULARITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE	318
TITRE PREMIER. LA CARACTÉRISATION DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE	320
<i>Chapitre I. Une fonction constituante circonscrite aux questions institutionnelles</i>	321
Section 1. La fertilité du contentieux institutionnel africain	322
§1. L'impéritie et l'immoralité des institutions politiques africaines	324
A. L'inexpérience des institutions politiques africaines ou l'inculture constitutionnelle des gouvernants	326
B. L'immoralité des institutions politiques africaines	332
§2. La constitution africaine confrontée aux pratiques du pouvoir politique.....	335
A. Les logiques de l'exercice du pouvoir en Afrique	336
1. Le présidentielisme d'Afrique noire francophone	336
2. Le parti présidentiel majoritaire, talon d'Achille du contre-pouvoir législatif en Afrique	342
B. la confrontation entre la constitution et les logiques politiques africaines	346
	618

Section 2. La diversité des rôles joués par les juges constitutionnels dans le contentieux institutionnel	350
§1. le juge constitutionnel africain : un concepteur de solutions institutionnelles	351
A. Le juge répartiteur des compétences	351
1. Une posture improbable au départ	351
2. Une fonction désormais assurée et assumée	355
B. Le juge régulateur	357
§2. le juge constitutionnel africain : le contre-pouvoir	360
A. Un organe concurrent et neutralisant	364
B. le juge sanctionnateur	369
1. L'examen du comportement des autorités investies d'une fonction politique ou publique	369
2. Le juge donneur d'ordre(s) : le développement d'une jurisprudence injonctive	373
<i>Conclusion du chapitre I</i>	377
<i>Chapitre II. Une fonction constituant des blocs de constitutionnalité hétérogènes</i>	378
Section 1. La densification du bloc de constitutionnalité	380
§1. La densification du bloc de constitutionnalité : une tendance générale en Afrique noire francophone	381
A. La densification des blocs de constitutionnalité béninois et gabonais	382
B. La densification de la constitution formelle	386
§2. L'intégration d'éléments originaux aux blocs de constitutionnalité en Afrique noire francophone	390
A. Les textes législatifs des blocs béninois et gabonais	390
1. Les lois organiques	390
2. Les textes ordinaires organisant les droits fondamentaux reconnus par la Constitution gabonaise	394
B. L'apparition d'objectifs de valeur constitutionnelle	397
1. Une catégorie jurisprudentielle embryonnaire	398
2. Le sens de leur utilisation par le juge constitutionnel d'Afrique noire francophone	402
C. Les normes non écrites	405
Section 2. Les procédés de création du droit en Afrique noire francophone	408
	619

§1. Les procédés en rupture avec le(s) texte(s)	409
A. L'invocation de l'esprit de la Constitution	409
B. La création <i>ex nihilo</i> des normes	414
§2. Les procédés reposant sur les textes ou la mobilisation protéiforme du bloc de constitutionnalité.....	417
A. L'interprétation combinée de la constitution : un procédé privilégié	417
B. la combinaison des autres textes du bloc de constitutionnalité	420
Section 3. L'autorité préservée de la jurisprudence constituante africaine	423
§1. L'autorité de la chose jugée des jurisprudences constituantes en Afrique noire francophone	424
A. L'autorité de la jurisprudence constitutionnelle africaine selon les textes.	424
B. La soumission de principe des institutions et organes étatiques au pouvoir créateur du juge constitutionnel africain	426
§2. La réception des normes créées en droit interne.....	432
A. l'absence de révisions réformatrices des normes jurisprudentielles	432
B. L'entérinement de la jurisprudence constituante par le pouvoir constituant	435
<i>Conclusion du chapitre II</i>	440
<i>Conclusion du Titre premier</i>	441
TITRE SECOND. LA PERFECTIBILITÉ DE LA FONCTION CONSTITUANTE EN AFRIQUE NOIRE	
FRANCOPHONE : ÉLÉMENTS DE PROSPECTIVE	443
<i>Chapitre I. Un remodelage de la cour constitutionnelle africaine conforme à la nature hybride de l'organe</i>	444
Section 1. Le remaniement des énoncés habilitants ou le réaménagement fonctionnel	447
§1. Les réformes textuelles indispensables	447
A. L'extraction souhaitable de la juridiction constitutionnelle du pouvoir judiciaire au Niger et Au Sénégal	448
1. Un amalgame persistant	448
2. L'abandon du critère fonctionnel pour une meilleure prise en compte de la nature hybride de la juridiction constitutionnelle	450
B. La reconnaissance d'attributions générales et à portée constituante au profit du Conseil constitutionnel sénégalais	453
	620

1. L'étroitesse des compétences actuelles appelant un remaniement des dispositions constitutionnelles	454
2. La consécration constitutionnelle des attributions interprétative et régulatrice du Conseil constitutionnel sénégalais : une réforme nécessaire	455
§2. Le remaniement des énoncés relatifs aux attributions à portée constituante des juridictions constitutionnelles africaines	458
A. Le remaniement des dispositions sur la régulation	459
1. La redéfinition de l'objet de la régulation : le juge-régulateur du <i>fonctionnement des institutions</i> .	459
2. Régulation institutionnelle et conflits d'attributions entre les institutions de l'État	464
B. Le remaniement des formules rédactionnelles sur l'interprétation	468
1. Gardien politique et gardien juridictionnel : une ambiguïté périlleuse pour le juge	468
2. Les nouvelles modalités de l'interprétation constitutionnelle	472
Section 2. La restructuration organique des cours ou la construction d'une légitimité	482
§1. Des collèges plus représentatifs	483
A. Une réforme du processus de désignation des juges	483
1. Une réelle déconcentration du pouvoir de désignation	484
2. La désignation du président d'une juridiction constitutionnelle africaine : une élection interne	492
B. Le profil professionnel idéal d'un juge constitutionnel africain	495
1. Le principe : des professionnels du droit	496
2. L'exception : les non-juristes	498
§2. La consultation et la contradiction : des cultures à développer au travers de nouveaux mécanismes.....	501
A. La consultation des acteurs politiques et sociaux	501
B. La culture de la divergence : la production d'opinions individuelles	510
<i>Conclusion du chapitre I</i>	517
<i>Chapitre II. Esquisse d'une méthode de création régulière du droit par une juridiction constitutionnelle en Afrique noire</i>	519
Section 1. Les contraintes de la fonction constituante en Afrique noire francophone	522
	621

§1. La fonction constituante et les droits et libertés.....	522
A. Les droits et libertés de l'homme africain	523
B. Fonction constituante et droits de l'homme en Afrique : une question de compatibilité entre le droit créé et les valeurs du milieu	527
§2. Fonction constituante et institutions constitutionnelles : les contraintes de l'emprunt.....	531
A. La société africaine précoloniale : les institutions politiques et leur fonctionnement	531
B. Fonction constituante et institutions africaines : une question de conformité entre le droit créé et le régime politique importé	537
Section 2. les limites de la fonction constituante en Afrique noire francophone	540
§1. Les limites formelles	544
§2. Les limites matérielles.....	548
<i>Conclusion du chapitre II</i>	556
CONCLUSION DU TITRE SECOND	558
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	559
CONCLUSION GÉNÉRALE	560
BIBLIOGRAPHIE	564
I. OUVRAGES, TRAITES, THESES, MANUELS	564
A. OUVRAGES, TRAITES, THESES, MANUELS GENERAUX ET/OU DE DROITS ÉTRANGERS (HORS AFRIQUE)	564
B. OUVRAGES, TRAITÉS, THESES ET MANUELS SUR L'AFRIQUE	573
II. ARTICLES, MONOGRAPHIES, COURS	577
A. ARTICLES, MONOGRAPHIES, COURS GENERAUX ET/OU DE DROITS ÉTRANGERS (HORS AFRIQUE)	577
B. ARTICLES, MONOGRAPHIES ET COURS SUR L'AFRIQUE	589
III. DICTIONNAIRES ET LEXIQUES	599
IV. DOCUMENTS OFFICIELS	599
1. Rapports et déclarations	599
2. Recueils	600
3. Textes constitutionnels.....	600
4. Jurisprudence constitutionnelle	600
	622

A. COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN	600
1. Avis	600
2. Décisions	601
B. COUR CONSTITUTIONNELLE DU GABON	602
1. Avis	602
2. Décisions	603
C. CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE CÔTE D'IVOIRE	605
1. Avis	605
2. Décisions	606
D. COUR CONSTITUTIONNELLE DU NIGER	606
1. Avis	606
2. Décisions	607
E. CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU SÉNÉGAL	608
5. Traités, conventions, chartes, résolutions	608
6. Textes organiques sur les juridictions constitutionnelles	609
7. Sitographie	609
V. INDEX THÉMATIQUE	610
TABLE DES MATIÈRES	613

Résumé

Le Renouveau démocratique des années quatre-vingt-dix, au-delà du rétablissement du multipartisme et des droits individuels, a donné lieu à l'adoption de nouvelles constitutions au sud du Sahara. Dans les anciennes colonies françaises, désormais indépendantes, il s'est opéré une reconfiguration du pouvoir juridictionnel. Soit détachées des juridictions ordinaires, soit placées en dehors du pouvoir judiciaire, les nouvelles cours constitutionnelles autonomes se voient confier, au-delà du contrôle classique de constitutionnalité, des attributions jusque-là inédites en Afrique noire francophone, et même dans l'ancienne métropole. Interprètes officiels de la constitution et régulateurs des institutions, les juges constitutionnels africains sont ainsi, pour la plupart, habilités à exercer une fonction constituante, c'est-à-dire une révision de la loi fondamentale.

Dans une partie du monde où proliféraient des constitutions nominales par le passé, ces extraordinaires attributions, n'étaient et ne sont pas à l'abri d'une mise en sommeil, tant par les acteurs politiques que par le juge. La première question que suscite la fonction constituante en Afrique noire est donc celle de sa réalité, de son effectivité. Dit autrement, il s'agit de savoir si les juges construisent véritablement la constitution en Afrique, la question de leur habilitation étant sans objet puisque réglée par les textes ou la jurisprudence constitutionnelle. À cette première interrogation, il se joint une seconde. Logiquement, on peut se demander si la révision juridictionnelle de la constitution en Afrique noire revêt des caractéristiques particulières, c'est-à-dire propres à l'espace francophone. Interpréter une constitution ou réguler les institutions, ce n'est point le privilège des seuls juges africains. La fonction constituante est exercée ailleurs, et au moins dans tous les systèmes de droit civil dotés d'une juridiction constitutionnelle. En Afrique, l'exercice de la fonction constituante devrait donc être différent des autres. En des termes plus clairs, la fonction constituante doit être singulière.

La présente thèse ambitionne de systématiser la fonction constituante du juge constitutionnel africain en prenant appui sur la jurisprudence des juridictions béninoise, gabonaise, ivoirienne, nigérienne et sénégalaise, et cela à partir des années quatre-vingt-dix. Il s'agit de s'intéresser autant à la manière dont les juges africains construisent la constitution, qu'à la perfectibilité de leur(s) méthode(s) de construction.

Abstract

The democratic renewal of the 1990s, beyond the re-establishment of a multi-party system and individual rights, led to the adoption of new constitutions south of the Sahara. In the former French colonies, which are now independent, there has been a reconfiguration of jurisdictional power. Either detached from the ordinary courts or placed outside the judiciary, the new autonomous constitutional courts were entrusted, beyond the classic control of constitutionality, with attributions hitherto unheard of in French-speaking black Africa, and even in the former metropolis. As official interpreters of the constitution and regulators of institutions, most African constitutional judges are thus empowered to exercise a constituent function, i.e. to revise the fundamental law.

In a part of the world where nominal constitutions proliferated in the past, these extraordinary powers were not and are not immune to being put to sleep, both by the political actors and by the judge. The first question raised by the constituent function in Black Africa is therefore that of its reality, its effectiveness. In other words, it is a question of knowing whether judges really build constitutions in Africa, the question of their empowerment being irrelevant since it is regulated by the texts or constitutional jurisprudence. This first question is joined by a second. Logically, one can ask whether the jurisdictional revision of the constitution in Black Africa has particular characteristics, i.e. specific to the Francophone space. Interpreting a constitution or regulating institutions is not the privilege of African judges alone. The constituent function is exercised elsewhere, at least in all civil law systems with a constitutional jurisdiction. In Africa, therefore, the exercise of the constituent function should be different from others. To put it more clearly, the constituent function must be singular.

The present thesis aims to systematise the constituent function of the African constitutional judge by drawing on the jurisprudence of the beninese, gabonese, ivorian, nigerian and senegalese courts, starting in the 1990s. The aim is to examine both the way in which African judges construct constitutions and the perfectibility of their construction methods.

