

DES CONSTITUTIONS « MADE IN » AFRIQUE

Stéphane BOLLE

Maître de conférences à l'Université Paul Valéry-Montpellier III

Membre du CERCOP* – Membre associé du CERDRADI**

« L'import-export constitutionnel » est une vraie-fausse piste pour appréhender le constitutionnalisme « ailleurs », particulièrement celui d'Afrique noire francophone.

Emprunter cette piste paraît pourtant relever de l'évidence, tant abondent les travaux de science politique et de droit public, qui voient dans l'origine occidentale du constitutionnalisme africain la cause déterminante voire exclusive « d'une crise permanente, due à la fois à son inadéquation, à son inapplication et à son ineffectivité »¹. Poussé à ses dernières extrémités, le raisonnement revient à dénier au constitutionnaliste la possibilité de porter un regard pertinent sur le fait constitutionnel africain, et de se livrer à l'art du comparatisme, le système juridique des pays développés étant présumé incomparablement supérieur à celui des autres pays².

En réalité, la piste de « l'import-export constitutionnel », qui fait écho à celle du mimétisme, est bien fragile. Et le néo-constitutionnalisme africain, enfanté par les transitions démocratiques des années 1990, accuse les limites inhérentes à ce schéma d'analyse.

Le postulat selon lequel une constitution pourrait être totalement importée, livrée « clefs en mains » ou encore « clonée », par ou grâce à des experts étrangers, en réponse à une commande intérieure, ne peut être retenu. Jean Rivero, il y a longtemps, a souligné que « toute l'histoire des constitutions, à partir de quelques rares prototypes originaux, est faite d'imitations, d'adaptations et de rejets »³. Toute constitution puise donc dans les expériences étrangères mais porte aussi nécessairement l'empreinte de la société qu'elle a vocation à régir, « à constituer ». En outre, certifier qu'un article constitutionnel a été importé n'épuise pas la recherche, sauf à corroborer un discours politique remettant la démocratie à plus tard⁴. En toute hypothèse, le cycle de production constitutionnelle se poursuit après la transposition, plus ou moins conforme à l'original, d'un principe, d'une institution, d'une solution ou d'un mécanisme de provenance

* Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (Université Montpellier I)

** Centre de recherches sur les droits africains et sur le développement institutionnel des pays en développement (Université Montesquieu - Bordeaux IV)

¹ Pour reprendre l'analyse de la littérature en question par J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, p. 250.

² Selon P. BON, « Le droit comparé à l'épreuve de la diversité », Journée d'études *Le devenir du droit comparé en France*, 26 juin 2004, <http://www.gdc.cnrs.fr/journee230604.htm> : « Il y a, à n'en pas douter, une certaine corrélation entre le niveau de développement d'un pays et le degré de sophistication de son système juridique même si cette corrélation n'est pas absolue : par exemple, deux des pays de l'Europe occidentale qui, pendant longtemps, ont été considérés comme les plus pauvres, la Grèce et le Portugal, se sont toujours caractérisés par des systèmes juridiques relativement perfectionnés. Dans ces conditions, s'il n'est pas trop difficilement concevable de faire du droit comparé entre les pays européens ou entre ces derniers et les pays d'Amérique du nord voire le Japon, élargir la comparaison à d'autres pays où le système juridique est beaucoup plus rudimentaire est délicat car on risque de mettre en évidence des différences abyssales qui ne pourront être que difficilement et lentement réduites. En d'autres termes, dans certains pays, une approche en termes de science politique a sans aucun doute plus d'intérêt qu'une approche en termes juridiques avec, évidemment, la conséquence que, par certains côtés, le droit comparé apparaît alors comme le droit des pays occidentaux offert aux autres pays comme un idéal à atteindre, ce qui risque d'en faire une discipline impérialiste pour ne pas dire colonialiste. »

³ J. RIVERO, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », in *Mélanges W. J. Ganshof Van Der Meersch*, tome III, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1972, p. 620.

⁴ C'est ainsi, par exemple, que le Président congolais Pascal Lissouba, Jeune Afrique, n°1834- Du 28 février au 5 mars 1996 a déclaré : « On nous a dit : « Prenez notre système en prêt à porter, c'est le meilleur ». Mais qui a pensé à dire aux Africains que la démocratie est aussi le plus conflictuel des régimes ? ... Il n'y a rien d'africain, rien de nous, dans les valeurs de cette démocratie importée. Le vêtement est trop large ou trop court, comme vous voudrez. La solution ? Il nous faut une longue transition vers la démocratie, la plus longue possible afin que nous puissions l'assimiler et l'adapter ».

étrangère. Non seulement « c'est un fac-similé qui va tenter de s'intégrer dans son nouveau milieu »⁵, mais encore et surtout les interprètes nationaux autorisés vont se le réapproprier, le remodeler, le transformer pour lui donner une nouvelle signification. Une enquête de « traçabilité » portant sur tout ce cycle de production, mettant au jour la valeur ajoutée indigène, est infiniment plus instructive que des « micro-comparaisons »⁶ entre le pays-exportateur d'un modèle et le pays-importateur. Ignorer ou tenir pour négligeable la production-interprétation locale, c'est souvent oublier que partout dans le monde la « Constitution en action est manifestement quelque chose de très différent de la Constitution des livres »⁷. Enfin, un raisonnement en termes « d'import export-constitutionnel » fait l'impasse sur la dialectique de l'universel et du singulier pour épouser une vision européocentriste. Depuis la chute du mur de Berlin, tous les pays désireux de rompre avec l'autoritarisme et de « se constituer » en états de droit démocratiques adhèrent aux mêmes grands principes, à un constitutionnalisme qui « s'identifie avec la limitation du pouvoir par la Constitution et, en définitive, avec la soumission de l'Etat au droit »⁸. Si les bailleurs de fonds et l'ancienne métropole ont joué en faveur de l'uniformisation⁹, il n'en demeure pas moins que les peuples africains - sinon leurs élites - ont pris délibérément part à « ce rapprochement des normes qui caractérise le droit constitutionnel contemporain dans le monde »¹⁰. En même temps, cette sorte de mondialisation ne gomme pas les particularismes : chaque loi fondamentale africaine s'insère régionalement dans un « espace d'isomorphisme constitutionnel »¹¹ en perpétuel mouvement et résulte d'un processus national de « sédimentation constitutionnelle »¹².

Il faut donc changer de paradigme pour rendre intelligible la fabrique des constitutions en Afrique noire francophone. Chaque constitution est moins importée d'Occident que manufacturée sur place par des africains, pour des africains. Certes, la technologie constitutionnelle utilisée depuis les indépendances provient d'un « legs politique et institutionnel mûri ailleurs, produit de l'histoire sociale et économique et du génie de d'autres peuples »¹³. Mais en inférer que les états de succession française ou belge se contentent de faire du « copier-coller » avec le texte suprême de l'ancienne métropole, c'est jeter un voile d'ignorance sur les constitutions aujourd'hui en vigueur et sur des décennies d'expérimentations constitutionnelles diverses et variées. Pensée et assemblée par les décideurs nationaux, avec parfois l'assistance technique de consultants étrangers, dans le but de répondre à des questions spécifiques, la constitution africaine type n'est pas davantage un produit inerte. Après sa mise en vigueur, elle entre dans une période de probation au cours de laquelle elle subit, en fonction des contingences nationales, de multiples transformations. Cette re-fabrication, dont l'étude est trop souvent délaissée, prend autant la forme d'une révision du texte constitutionnel que d'inflexions ou de corrections produites par les interprètes autorisés – autorités politiques et juridictions. Par conséquent, en Occident comme en Afrique, il n'y a pas une « parfaite coïncidence de la Constitution décidée avec la Constitution appliquée... la Constitution n'est pas déclarative d'un héritage (si elle le recueille elle le *constitue* délibérément) : elle est d'abord une ouverture sur l'avenir, le déclenchement d'une création continue »¹⁴.

⁵ J. RIVERO, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *op. cit.*, p. 619.

⁶ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 310.

⁷ W. WILSON, *Le gouvernement congressionnel. Etude sur la politique américaine*, Paris, V. Girard e . Brière, 1890, p. 14.

⁸ P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2004, pp. 139-140.

⁹ Voir notamment *La conditionnalité juridique en Afrique*, *Afrilex*, n°2-2001.

¹⁰ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « 1- Le constitutionnalisme en Afrique », in *Les Constitutions publiées en langue française*, tome 2, Paris, La documentation française, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 11.

¹¹ A. CABANIS et M. L. MARTIN, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 343 et s..

¹² Suivant l'heureuse expression de M.A. GLELE, entretien, Paris, juin 1995.

¹³ M. A. GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome I, Abidjan, Dakar, Lomé, Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 31.

¹⁴ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 160.

C'est pourquoi une didactique du fait constitutionnel s'impose. Plusieurs catégories de producteurs et d'interprètes ont concouru et concourent à la fabrication des constitutions africaines, du début de la décennie 1990 à aujourd'hui. Il y a lieu, dans chacun des pays considérés, de distinguer la Constitution façonnée par les détenteurs du pouvoir politique (I) de la Constitution produite par les juges (II), pour jauger leurs traits singuliers et leur aptitude à discipliner la vie politique pour le plus grand profit des gouvernés.

I. LA CONSTITUTION DES POLITIQUES

« Comment prétendre qu'une constitution inhibe la liberté des hommes politiques alors qu'elle est faite par et pour eux ? »¹⁵. Ce questionnement revêt une importance toute particulière en Afrique noire francophone. C'est le rejet d'un constitutionnalisme de surface, de la manipulation de la technique constitutionnelle par les gouvernants, qui a sous-tendu le « regain constitutionnel africain »¹⁶. Depuis 1990, la recherche et la production du meilleur système de gouvernement, de celui qui garantirait efficacement le « règne du nombre dans le respect du droit »¹⁷, qui rationaliserait et moraliserait la vie politique, se trouvent au centre des préoccupations. Ce constitutionnalisme, où s'entremêlent imitations et innovations, a connu des succès, des échecs¹⁸ et, surtout, généré des désillusions : il n'existe pas « d'assurance tous risques » contre l'abus de pouvoir ; et la Constitution reste, pour l'essentiel, la chose des politiques, l'objet même des disputes partisans et de la concurrence entre institutions.

La Constitution des politiques présente un double visage : celui d'un texte fabriqué et re-fabriqué dans l'exercice souverain du pouvoir constituant (A) ; celui de la pratique, des usages indigènes qui affinent, déforment ou escamotent la Constitution formelle (B).

A. La Constitution formelle

L'observation empirique des modes de production des textes africains et leur lecture attentive interdisent de réduire l'opération constituante à un « simple exercice de copiste réalisé sous l'autorité de bailleurs de fonds internationaux et étrangers et sous le magistère de leurs hommes de plume et de science... juridique »¹⁹. Chaque constitution formelle, tributaire de rapports de force politiques, procède de la volonté de remédier aux déficiences de ses devancières et aux problèmes autochtones en suspens. Cela vaut autant pour le texte originellement produit (1) que pour le texte révisé (2) ; et sur le « chantier jamais clos »²⁰ de la Constitution, c'est surtout le récent recul des recettes libérales qui retient l'attention.

1- La Constitution originelle

Acte de souveraineté, fondateur d'un nouveau régime, la Constitution originelle couronne, en Afrique, une transition politique plus ou moins radicale. Son mode de fabrication, qui privilégie souvent la recherche d'un large consensus, réfléchit la configuration du moment.

¹⁵ D. ROUSSEAU, « Les constitutionnalistes les politistes et le « renouveau » de l'idée de Constitution », in *Droit et politique*, CURRAPP, Paris, PUF, 1993, p. 43

¹⁶ J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 370.

¹⁷ H. ROUSSILLON, « Chronique d'une démocratie annoncée », in *Nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, Presse de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1993, p. 4.

¹⁸ Voir G. CONAC, « 2- Succès et crises du constitutionnalisme en Afrique », in *Les Constitutions publiées en langue française*, *op. cit.*, p. 13 et s..

¹⁹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », *op. cit.*, p. 313.

²⁰ J.-M. DENQUIN, *La monarchie aléatoire*, Paris, PUF, 2001, p. 9 ; comme en France, la Constitution en Afrique semble bien être « un chantier jamais clos, la cause de tous les maux et le réservoir de toutes les espérances ... une bonne constitution permettra une bonne politique, dans laquelle toutes les tragédies, problèmes et embêtements seront solubles ».

Et si des « pèlerins constitutionnels »²¹ ont participé en coulisses à l'opération constituante, le produit fini n'est la copie conforme d'aucun autre et se distingue, en général, par un luxe de précautions destinées à prévenir le retour à l'autoritarisme.

Chaque nouvelle constitution porte la marque de fabrique d'un constituant qui a œuvré selon des modalités particulières. Elle n'est pas, comme par le passé, le seul fait du prince. Le choix de ses lignes-force donne toujours lieu à des échanges publics²² d'arguments, dans et hors des enceintes spécialement prévues à cet effet et au cours de la campagne précédant le référendum de ratification. Il est impossible d'inventorier et d'analyser ici les différents types d'exercice constituant passés ou en cours. On se bornera à quelques exemples parlants. Une mention spéciale doit être décernée aux conférences nationales, « l'une des plus grandes trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale », qui, via la « révolution consensuelle » de personnalités non élues, ont accouché, au début de la décennie 1990, d'un schéma original de production²³. La conférence nationale a énoncé les linéaments de la constitution post-autoritaire et chargé trois organes de la produire : une commission de rédaction, composée essentiellement de juristes, qui a mis en forme le texte ; un parlement de transition, élu par la conférence nationale, qui a délibéré et arrêté le projet définitif ; enfin, le peuple qui, d'abord consulté lors de la popularisation de l'avant-projet, a approuvé la Constitution par référendum. A quoi sert-il de souligner qu'une constitution élaborée de la sorte comporte des articles importés ? Voudrait-on suggérer que le Constituant africain serait incapable de discernement ? Pourquoi refuser, par exemple, d'entendre que la Constitution du Bénin de 1990 a été « entièrement pensée, voulue et écrite par les béninois »²⁴ ? Il est vrai que d'autres constitutions n'ont pas connu une telle chaîne de fabrication. Ce n'est pourtant pas dans le secret des cabinets présidentiels qu'elles ont vu le jour. Dans bien des pays, de larges consultations nationales, où la parole était plus ou moins libre, ont eu lieu sous la forme d'un forum pour le renouveau démocratique en 1996 au Niger, d'une convention nationale en 2001 au Congo-Brazzaville, ou encore d'assises du dialogue national en 2003 en Centrafrique. Ces avatars de la palabre africaine ont évité une production trop unilatérale de la nouvelle constitution, même si leur caractère démocratique peut être mis en doute et si leurs résolutions ne liaient pas les gouvernants. La constitution peut encore être le produit plus classique d'un travail parlementaire. En République démocratique du Congo, deux assemblées non élues sont à l'ouvrage : l'avant-projet de Constitution de mars 2005, élaboré par le Sénat, après des consultations dans tout le pays, est âprement et publiquement discuté à l'Assemblée nationale²⁵. Des débats constitutionnels se sont déroulés même dans les cas de libéralisation contrôlée par le président en exercice. Ainsi, au Cameroun, en 1996, l'Assemblée nationale élue, dominée par le parti présidentiel, a apporté de substantiels amendements au projet Biya²⁶, lui-même fruit d'une période de réflexion marquée par la circulation de projets concurrents d'inspirations différentes, officiels ou d'opposition.

²¹ Pour reprendre l'expression de R. DORANDEU, « Les pèlerins constitutionnels. Eléments pour une sociologie des influences juridiques », in *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 83.

²² La presse, désormais pluraliste, joue un rôle capital de vulgarisation constitutionnelle. Par exemple, en Côte d'Ivoire, en 2000, les journaux ont publié des projets de constitution notamment du Front populaire ivoirien ; ils ont suivi les travaux de la commission consultative constitutionnelle et électorale, notamment sur la question sensible des conditions d'éligibilité à la présidence de la République ; il ont encore publié des entretiens ou des tribunes libres de responsables et de juristes.

²³ M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in *La création du droit en Afrique, op. cit.*, p. 177 et s.. Voir, s'agissant du Bénin, S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la Constitution*, Montpellier I, 1997, p. 133 et s.. A noter qu'au Mali, le processus a été raccourci : la conférence nationale a adopté, le 10 août 1992, les projets de Constitution, de Code électoral et de Charte des partis politiques.

²⁴ M. GLELE, « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? », *op. cit.*, p. 328.

²⁵ « L'avant-projet de Constitution de la République Démocratique du Congo », <http://centrelokole.org>. Sont très débattus la forme de l'Etat, l'âge d'éligibilité à la présidence de la République et la répartition des pouvoirs au sein de l'exécutif bicéphale.

²⁶ Les députés de la mouvance présidentielle ont corrigé et enrichi le projet présenté par le Président Paul Biya (*L'expression*, n°40 du 28 novembre 1995), dans un sens libéral : renforcement de la protection des droits et libertés ; suppression du droit du chef de l'Etat de décider d'une élection présidentielle anticipée ; attribution de missions collégiales au Gouvernement ; réduction du nombre de sénateurs nommés par le Président de la République ; élargissement du domaine de la loi ; obligation de présentation par le Premier ministre du programme gouvernemental lors de chaque session budgétaire ; attribution aux anciens

Ces processus interrogent sur le rôle précis que peuvent jouer des consultants, occidentaux mais aussi – on a trop tendance à l’oublier – africains²⁷. La difficulté tient d’abord à la confidentialité de leur mission. Seules quelques indiscretions dans la presse permettent d’en avoir connaissance, encore faut-il se méfier de rumeurs visant à discréditer une constitution en cours d’élaboration. Il est rarissime qu’un président africain reconnaisse publiquement que son pays s’est assuré les services d’experts non nationaux. Le Président Baré, venu au pouvoir par un coup d’Etat, l’a fait en 1996²⁸ mais avec l’objectif manifeste d’obtenir une légitimation internationale de la IV^o République du Niger en gestation. C’est aussi dans le cadre d’une médiation intergouvernementale que des juristes peuvent être appelés à intervenir, par exemple ceux dépêchés par la Francophonie aux Comores pour la Constitution de 2001²⁹. En second lieu, la discrétion des « pèlerins constitutionnels » rend malaisée la détermination de leurs apports propres au texte définitif. Et il n’y a pas de raison objective de surestimer un travail qui relève d’une assistance technique contrainte par le « choix initial effectué par les politiques »³⁰.

C’est non sans une sorte de paresse intellectuelle que les constitutions africaines sont exclusivement perçues comme les rejetons d’une constitution-mère, celle de l’ancienne métropole. L’appartenance à une même communauté juridique et le recours à une même technologie constitutionnelle n’impliquent pas le clonage de la Constitution française de 1958. Cette dernière continue de servir de trame et le constitutionnaliste de l’ex-puissance coloniale reconnaîtra sans peine des articles repris à l’identique, au mot près. Mais une lecture attentive met au jour de petits ou grands écarts avec la constitution-référence, des dispositions qui lui sont totalement étrangères, bref la créativité des producteurs locaux. Si on laisse de côté quelques régimes de type présidentiel³¹, la reproduction du schéma des institutions de la V^o République française est fort répandue ; seulement, elle apparaît diversement modulée. Dans nombre de pays, le Constituant a délibérément organisé la subordination du Gouvernement au Président de la République qui, notamment, détermine la politique de la Nation ou ses grandes orientations et a le pouvoir discrétionnaire de révoquer le Premier ministre³². Le texte produit n’est pas alors le double du texte de 1958 : il constitutionnalise la pratique présidentialisée suivie par le général de Gaulle et ses successeurs, ce qui peut priver les institutions d’une certaine souplesse. En sens inverse, certains aménagements consistent en l’introduction d’éléments totalement étrangers et au texte de 1958 et à la pratique française. Il en va ainsi de l’investiture du nouveau gouvernement ou de son chef³³, de l’exigence d’une majorité parlementaire sur-qualifiée pour renverser le gouvernement³⁴ ou encore de la motion de censure constructive³⁵. Passer sous silence, minimiser ou tenir pour des erreurs de plume ces re-constructions textuelles, grosses de

chefs de l’Etat de la qualité de membres à vie du Conseil constitutionnel et non du Sénat ; allongement de la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel et ouverture de la saisine du Conseil à un tiers des députés ou sénateurs...

²⁷ Ainsi, le Professeur Maurice Ahanhanzo Glèlè, « père » de la Constitution de 1990 du Bénin et membre de la Cour constitutionnelle, a séjourné à Brazzaville, au cours de la seconde quinzaine de mai 2001, pour aider à la rédaction de la nouvelle constitution du Congo. Cf. *Jeune Afrique-L’intelligent*, n°2108, du 5 au 11 juin 2001.

²⁸ *Jeune Afrique*, n°1841, du 17 au 23 avril 1996.

²⁹ Notamment les professeurs Jean Du Bois de Gaudusson (France) et Nicolas Lagasse (Belgique), selon des documents de travail, <http://www.conscience-comorienne.org>.

³⁰ R. DORANDEU, « Les pèlerins constitutionnels », *op. cit.*, p. 98.

³¹ Au Bénin (Constitution de 1990), au Congo-Brazzaville (Constitution de 2002), en Côte d’Ivoire (Constitution de 2000), et à Djibouti (Constitution de 1992), l’Assemblée nationale ne peut renverser le Gouvernement et le Président de la République ne peut dissoudre l’assemblée. Voir S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin*, *op. cit.*, p. 390 et s., et C. LECLERCQ, « La Constitution de la République de Djibouti », *RJPIC*, n°1, janvier-mars 1993, p. 31 et s.

³² C’est le cas au Burkina Faso (Constitution de 1991), au Cameroun (Constitution de 1996), en Centrafrique (Constitution de 2004), au Gabon (Constitution de 1991), en Mauritanie (Constitution de 1991), au Rwanda (Constitution de 2003), au Sénégal (Constitution de 2001), au Tchad (Constitution de 1996).

³³ Cette procédure est prévue en Centrafrique (Constitution de 2004), au Tchad (Constitution de 1996), et au Togo (Constitution de 1992).

³⁴ Le succès d’une motion de censure est subordonné à la réunion d’une majorité des deux tiers des députés au Cameroun (Constitution de 1996), à Madagascar (Constitution de 1992), au Mali (Constitution de 1992), au Togo (Constitution de 1992) et au Rwanda (Constitution de 2003). Au Burundi (Constitution intérimaire post-transition de 2004), seule peut être votée à la majorité des trois quarts la censure d’un ministre.

³⁵ Introduite seulement au Togo (Constitution de 1992).

pratiques singulières, c'est donner une vision tronquée du néo-constitutionnalisme africain. En outre, la loi fondamentale française n'est pas l'unique source d'inspiration : certains montages institutionnels sont repris d'Allemagne, d'Italie ou encore des Etats-Unis. Une telle hybridation, déclinée différemment selon les pays, a pour effet de rendre unique en son genre chaque texte constitutionnel et impose un décryptage.

La Constitution originelle exprime « la philosophie du plus jamais ça »³⁶. Le Constituant africain des années 1990 a tiré les leçons d'expériences passées malheureuses³⁷. Pour répondre à l'aspiration populaire d'un régime stable mais non tyrannique et d'une vie politique assainie, l'accumulation des conditions d'éligibilité à la Présidence, la limitation à deux du nombre de mandats présidentiels³⁸, la prestation de serment du Président élu, l'obligation de déclaration par les gouvernants de leurs biens, l'interpellation des ministres, la définition de la haute trahison³⁹, la dépolitisation de l'armée⁴⁰ ou encore la désobéissance civile à l'oppression sont apparues comme d'utiles expédients. Le soin apporté à la rédaction d'un imposant catalogue de droits fondamentaux, redoublé par le renvoi à la charte africaine et internationale des droits de l'homme, traduisait aussi une volonté circonstanciée de rupture : « Visiblement, c'est l'expérience plus que le mimétisme qui a inspiré cette précaution. Ce que le Constituant a voulu condamner, ce sont des exactions et des errements dont la population avait souffert dans les dernières années »⁴¹. Pour assurer la solidité de l'édifice, la justice a été érigée en pouvoir, une instance de régulation de la communication constitutionnalisée et une puissante juridiction constitutionnelle mise en place. A l'évidence, les cours constitutionnelles africaines, « trop rapidement qualifiées de clones du Conseil constitutionnel français »⁴², n'ont pas été conçues pour brider le parlement mais pour contraindre les gouvernants au respect d'une constitution anti-autoritaire, protectrice des droits fondamentaux ; leur composition et l'étendue de leurs attributions varient considérablement d'un pays à l'autre. Il y a eu en fait « mixture ... des modèles de juridictions constitutionnelles »⁴³. Ce constitutionnalisme indigène de précaution, dont les éléments ont été diversement dosés selon les pays, comportait des « remblais, des digues et des barrages, pour s'assurer qu'aucun des pouvoirs ne sorte de son lit pour submerger les autres »⁴⁴. Si beaucoup de constitutions des années 2000 ont continué et amplifié ce libéralisme, certaines, comme celles du Congo-Brazzaville, du Rwanda⁴⁵ ou du Burundi, l'ont tempéré, ont corseté le multipartisme, autorisé à nouveau de longs règnes présidentiels, en somme, ont récupéré des ingrédients d'un « présidentielisme négro-africain »⁴⁶ d'un autre âge.

Il y a là une lame de fond, susceptible d'emporter le projet de construire de véritables Etats de droit démocratiques, qu'il serait indécent d'assimiler à l'éclosion d'un constitutionnalisme davantage « africanisé ». La plupart des révisions constitutionnelles participent du même mouvement.

³⁶ Selon l'expression de S. DOSSOUMON, *Forum de la semaine*, n°216, 29 juin-5 juillet 1994.

³⁷ Voir, par exemple, *Les actes de la conférence nationale (Cotonou, du 19 au 28 février 1990)*, Cotonou, ONEPI, 1994, Commission constitutionnelle de la République du Burundi, *Rapport sur la démocratisation des institutions et de la vie politique au Burundi*, Bujumbura, août 1991, B.A. YE, *Burkina Faso : les fondements politiques de la IV^e République*, Presses universitaires de Ouagadougou, 1995.

³⁸ A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03/2003, p. 139 et s..

³⁹ Par exemple, selon l'article 96 la Constitution centrafricaine du 27 décembre 2004, « Sont notamment considérés comme crimes de haute trahison : - la violation du serment ; - les homicides politiques ; - l'affairisme ; - toute action contraire aux intérêts supérieurs de la Nation. »

⁴⁰ A. CABANIS et M. L. MARTIN, « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *RJPIC*, n°3, septembre-décembre 1998, p. 276 et s..

⁴¹ G. CONAC, *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p. 37.

⁴² M. MBORANTSUO, *Cours constitutionnelles africaines et Etat de droit*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2002, p. 125.

⁴³ A. I. SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines*, Thèse, Université de Tours, 2005, p. 396.

⁴⁴ T. HOLO, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives*, n°9-décembre 1987, p. 5.

⁴⁵ Voir F. REYNTJENS, « Les nouveaux habits de l'empereur : analyse juridico-politique de la Constitution rwandaise de 2003 », *L'Afrique des grands lacs. Annuaire 2002-2003*, pp. 71-87.

⁴⁶ Voir J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain », in *Mélanges Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 701.

2- La Constitution révisée

Qu'une Constitution africaine puisse évoluer sans rupture de légalité, voilà une avancée considérable⁴⁷. Pourtant, l'opposition voit dans chaque révision un « coup d'Etat constitutionnel ». Ces données doivent être couplées : en règle générale, le chef de l'Etat, dans le strict respect des formes, fait réviser la Constitution non pour la refaire, la perfectionner, mais pour défaire le compromis originel, pérenniser sa présidence. De telles révisions sur mesure sont l'expression brute de l'extrême domination de la mouvance présidentielle. Le Togo en a fourni, en février 2005, une illustration caricaturale ... avec la complicité d'un universitaire français.

Comme sous les anciens régimes, certaines constitutions « apparaissent rigides quant à la forme et aux conditions de révision ; la pratique en fait des constitutions souples, allégrement modifiées par des lois constitutionnelles »⁴⁸. En droit, le cheminement d'une révision s'apparente à une course d'obstacles, depuis l'initiative jusqu'à l'approbation définitive. Le recours au référendum peut souvent être évité mais à la condition que la loi constitutionnelle soit approuvée à une majorité qualifiée, comprise, selon les pays, dans une fourchette allant des trois cinquièmes aux quatre cinquièmes des députés. Les dispositions sur la révision font signe vers une immutabilité renforcée de la loi fondamentale et rendent impossible un changement constitutionnel qui ne réunirait pas un très large consensus dans la classe politique. Seulement, les barrières juridiques à une révision unilatérale disparaissent chaque fois que, au lendemain d'élections législatives disputées ou en cours de législature, le parti présidentiel, seul ou avec ses alliés, contrôle le nombre de sièges nécessaire pour franchir le seuil de la majorité qualifiée. Par conséquent, le sort du constitutionnalisme de précaution est suspendu à la configuration parlementaire, à l'existence ou non d'un parti dominant, à la cohésion des soutiens au chef de l'Etat, et à la force de l'opposition, parlementaire et extra-parlementaire. Par exemple, la Constitution béninoise de 1990 paraît aujourd'hui à l'abri des menées révisionnistes tendant à permettre au Président Kérékou de briguer un troisième mandat en 2006. Elle le doit non seulement à la campagne d'affichage inédite d'une association sur le thème « touche pas à la constitution ! », mais aussi à l'hostilité larvée des présidentiables membres de l'actuelle mouvance présidentielle, très largement majoritaire à l'Assemblée nationale depuis 2003. A l'inverse, les conditions politiques à une révision parlementaire ont toujours été réunies au Burkina Faso⁴⁹, au Gabon, au Sénégal, au Tchad et au Togo. C'est en s'appuyant sur une « ultra-majorité », permanente ou de circonstance, que le chef de l'Etat a pu obtenir les modifications constitutionnelles souhaitées, dont il a souvent laissé l'initiative formelle à des députés. La Constitution, devenue le jouet des politiques, a pu être aisément et fréquemment remaniée : certaines révisions étaient « des montages et des démontages des mêmes institutions soumises au gré des alliances des hommes, des partis politiques et des circonstances économiques, finissant par donner [des] institutions publiques une image d'Epinal instable »⁵⁰.

Une partie de l'Afrique noire francophone s'est abîmée dans une fièvre⁵¹ des révisions. A la Constitution de précaution a succédé la Constitution de la réaction. Sauf exceptions⁵², le

⁴⁷ Comme le soulignent A. Cabanis, M. L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Paris Khartala, 1999, p. 13, et F. GALLETI, « La portée du droit constitutionnel. Chronique d'une évolution doctrinale en Afrique de l'Ouest », *Politéia*, vol. 1/n°1 2001, p. 135.

⁴⁸ M. A. GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », *op. cit.*, p. 36. Voir aussi F. M. DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, n°1-1992, pp.111-134..

⁴⁹ Le parti du Président Compaoré détenait plus de 72% des sièges de députés en 1991 et 91% en 1997.

⁵⁰ D. NDOYE, *La Constitution du Sénégal et le Conseil constitutionnel*, Dakar, Editions juridiques africaines, 1992, pp. 15-16. L'inflation des révisions apparaît nettement dans deux pays : - Au Sénégal, la Constitution de 1963, avant son abrogation en 2001, a connu une vingtaine de modifications, 8 révisions ayant été adoptées entre 1991 et 1998 ; - Au Gabon la Constitution de 1991 a fait l'objet de 5 révisions en 14 ans d'existence (1994, 1995, 1997, 2000 et 2003).

⁵¹ Pour reprendre l'expression de M. A. GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », *op. cit.*, p. 31.

⁵² Notamment à Madagascar, avec la révision réussie de 1995, et au Mali, avec la révision avortée de 2001.

pouvoir de révision est intervenu pour re-constitutionnaliser certains instruments du présidentielisme déconstitutionnalisés au début de la décennie 1990 et pour en introduire de nouveaux. Les constituants de la réaction ont rivalisé d'ingéniosité, dissimulant le noyau dur de chaque révision dans une batterie d'amendements disparates⁵³ ou refondant la Constitution sous couvert de révision⁵⁴. C'est une loi fondamentale transgressée dans son esprit voire défigurée⁵⁵ qui est sortie de ce minutieux travail de sape. Le retour en force du monocentrisme présidentiel s'est traduit par la mise à mal de la toute neuve indépendance du pouvoir législatif : l'Assemblée nationale a été abaissée par l'accroissement des pouvoirs présidentiels à son égard⁵⁶ ou, le plus souvent, par la création d'un sénat d'inspiration bonapartiste, nommé par le Président de la République dans une proportion importante⁵⁷. L'intention affichée d'instituer une chambre de représentation territoriale et de réflexion ne doit pas abuser : le sénat « se présente souvent comme un instrument entre les mains du chef de l'Etat, plus que comme un contre-pouvoir »⁵⁸ ; il est destiné à contrebalancer l'assemblée élue au suffrage universel direct, laquelle pourrait passer sous le contrôle des opposants. Le révisionnisme de réaction se caractérise surtout par l'abandon d'éléments essentiels du « recadrage du chef de l'exécutif »⁵⁹, pour régénérer partiellement la figure d'un président-démiurge à vie. Les conditions de la compétition présidentielle ont été revues et corrigées, de manière à avantager le Président sortant par l'élimination *a priori* de rivaux gênants⁶⁰, par l'instauration d'une élection à un tour⁶¹ ou encore par l'attribution de pouvoirs exceptionnels⁶². La réglementation du mandat présidentiel a été changée de fond en comble avec l'allongement de sa durée de 5 à 7 ans⁶³ et, surtout, avec la levée de l'interdiction de briguer un troisième mandat⁶⁴. « La restauration autoritaire de l'éligibilité indéfinie »⁶⁵ vise à pérenniser une domination politique de fait, en éloignant le spectre de l'alternance que les conférences nationales avaient rendu automatique. Au Gabon, c'est la sortie de la scène politique du Président Bongo qu'anticipe la révision de 2000 : un ancien chef de l'Etat ne pourra être mis en cause, poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé

⁵³ A titre d'illustration, au Togo, la révision de 2003 a consacré le référendum d'initiative populaire, alors que son objet principal était de lever les obstacles constitutionnels à une réélection du Président Eyadéma.

⁵⁴ Ainsi, à Madagascar, la révision de la Constitution de 1992, adoptée de justesse par référendum en 1998, a modifié substantiellement l'organisation territoriale de l'Etat par la création d'un système de provinces autonomes dotées de leurs propres lois statutaires, et a nettement présidentialisé les institutions nationales, tout en remaniant l'énoncé des principes essentiels et des droits et libertés. Le Président Ratsiraka, *Politique internationale*, n°76-été 1997, p. 86, n'avait-il pas annoncé la mise en place d'une « république « humaniste et écologique », très différente des IIe et IIIe Républiques dans son contenu », avant de nier qu'il proposait une nouvelle constitution ?

⁵⁵ A. Cabanis, M. L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone*, *op. cit.*, pp. 13-14, affirment au contraire qu'« aucune révision intervenue depuis le déclenchement du processus démocratique n'a complètement bouleversé l'équilibre constitutionnel initial ».

⁵⁶ A la faveur de la révision de 1998, il a été attribué au Président malgache, le pouvoir de procéder (en lieu et place du législateur ordinaire) au découpage électoral et à l'allocation des sièges entre les circonscriptions pour l'élection des députés, ainsi que le droit de prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale « pour des causes déterminantes » (et non plus seulement dans l'hypothèse de la survenance de deux crises ministérielles au cours d'une période de dix huit mois).

⁵⁷ Au Cameroun en 1996, en Côte d'Ivoire et au Sénégal en 1998 (le monocaméralisme a été rétabli dans ces deux pays, respectivement par les constitutions de 2000 et de 2001), et au Togo en 2002.

⁵⁸ A. CABANIS et M. L. MARTIN, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », *op. cit.*, p. 348.

⁵⁹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat en Afrique ? », in *Mélanges Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 332

⁶⁰ Par exemple, la Constitution du Togo de 1992 a été révisée par la loi constitutionnelle votée le 31 décembre 2002 et promulguée le 7 février 2003 pour constitutionnaliser une condition nouvelle de candidature à l'élection présidentielle : l'obligation de 12 mois de résidence sur le territoire national. La révision avait pour objet d'invalider la candidature de Gilchrist Olympio, en exil depuis plusieurs années, à l'élection présidentielle de 2003. La Cour constitutionnelle, Décision n°E-002/03 du 6 mai 2003, a entériné la volonté d'exclusion du pouvoir de révision.

⁶¹ Sur le modèle du code électoral camerounais, les constitutions du Gabon et du Togo ont été révisées en ce sens en 2003.

⁶² En Côte d'Ivoire, la Constitution révisée en 1998 autorisait le Président en exercice à suspendre les élections ou la proclamation de leurs résultats en cas de circonstances exceptionnelles. Le dispositif a été repris dans la Constitution de 2000.

⁶³ Au Gabon en 1997, en Côte d'Ivoire en 1998 (le quinquennat a été rétabli avec la Constitution de 2000), et en Guinée en 2002 (référendum de 2001).

⁶⁴ La clause de l'alternance présidentielle automatique a été supprimée en 1997 au Burkina Faso (mais restaurée en 2000 sans que cela s'applique au Président Compaoré), en 1998 au Sénégal, en 2002 en Guinée, et en 2003 au Togo, et au Gabon. L'Assemblée nationale du Tchad a pris en 2004 la même décision qui doit être entérinée par référendum en juin 2005.

⁶⁵ A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op. cit.*, p. 163.

pour des faits de haute trahison ou de violation du serment commis en cours de mandat... Il y a là de singuliers renversements des maximes libérales : « Le pouvoir constituant est un frein à la puissance de l'Etat et non un démultiplicateur. Le pouvoir constituant du peuple ne peut pas abolir la liberté du peuple »⁶⁶.

La Constitution n'est plus que le cache-sexe d'une république monarchique, lorsque le pouvoir de révision en dispose dans le seul but de plaire à l'héritier du régime, après la disparition du président-fondateur. Le Togo vient d'en faire l'amère expérience⁶⁷. Le 5 février 2005, le Président Eyadéma, au pouvoir depuis 1967, meurt ; dans la soirée, des généraux désignent son fils Faure Gnassingbé pour lui succéder. Le lendemain, l'Assemblée nationale se réunit en session extraordinaire pour donner un habillage juridique au coup de force. A l'unanimité, un grossier mais savant montage est adopté. Une modification du Code électoral permet, d'abord, au ministre Gnassingbé de retrouver, après sa démission, son siège de député. Le président de l'Assemblée nationale, dont l'avion a été dérouté au Bénin, est ensuite destitué et remplacé par Faure Gnassingbé. Enfin, la Constitution fait l'objet d'une double révision : l'interdiction de procéder à une révision en période d'intérim ou de vacance est abrogée⁶⁸ ; en cas de vacance, le président de l'Assemblée nationale achève le mandat présidentiel en cours, au lieu d'assurer un intérim de 60 jours. Le fils du Président Eyadéma est ainsi porté à la tête de l'Etat jusqu'en 2008. C'est un français, ex-doyen de la faculté de droit d'Aix-en-provence et très officiel conseiller juridique à la présidence togolaise depuis 1992, qui serait l'auteur intellectuel de l'opération. Mais faire figurer le « juriste mercenaire »⁶⁹ sur la liste des exportateurs du constitutionnalisme supposerait d'en retenir une douteuse acception. Par ailleurs, le Président Gnassingbé a dû renoncer à la dernière des « debbascherias », unanimement condamnée par la communauté internationale : le parlement a annulé le 22 février les modifications du 6, le retour à la Constitution de 1992 modifiée en 2003 ouvrant la voie à une élection présidentielle anticipée, à laquelle le chef en exil de l'opposition radicale ne pouvait se présenter...

La Constitution formelle est fabriquée et re-fabriquée par les politiques africains au gré de rapports de force mouvants. Elle « devient, avec le temps, un système de ressources, dont il peut être fait des usages différenciés selon les conjonctures politiques »⁷⁰.

B. La Constitution conventionnelle

La Constitution réelle est d'abord ce que les détenteurs du pouvoir font ou conviennent de faire du texte qu'ils ont à appliquer. La pratique des institutions, les usages, générateurs ou non de conventions de la Constitution, précisent la portée du texte⁷¹, voire opèrent sa « révision politique »⁷². Leur étude confirme l'inventivité africaine en matière constitutionnelle, la fécondité des « nids à contentieux juridique et politique »⁷³. Les multiples controverses qui rythment la vie publique peuvent se solder par des interprétations inattendues d'énoncés

⁶⁶ C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 252.

⁶⁷ Voir, en particulier, R. ADJOVI, « Le Togo, un changement anticonstitutionnel savant et un nouveau test pour l'Union africaine », *Actualité et Droit International*, février 2005, (<http://www.ridi.org/adi>), *Le Monde*, 6, 22 et 23 février 2005, *Libération*, 6, 26 et 28 février 2005, et les sites internet officiel, <http://www.republicoftogo.com>, et de l'opposition, <http://www.letogolais.com>.

⁶⁸ L'abrogation paraît être intervenue en violation de l'article 144 de la Constitution de 1992, selon lequel « Aucune procédure de révision ne peut être poursuivie en période d'intérim ou de vacance ». Cependant, la Cour constitutionnelle n'avait pas constaté la vacance pour permettre au président de l'Assemblée nationale d'assurer l'intérim, conformément à l'article 65.

⁶⁹ *Libération*, 18 février 2005.

⁷⁰ D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 45.

⁷¹ Voir en ce sens P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 85 et s..

⁷² Y. MENY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n°50-1989, p. 55.

⁷³ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *op. cit.*, p. 256 ?

semblables à ceux de l'ancienne métropole⁷⁴. Ce sont les ajustements (1) et manipulations (2) politiques de la Constitution formelle qui informent sur l'exercice du pouvoir.

1- La Constitution ajustée

La Constitution - pas seulement en Afrique noire francophone ! - fait l'objet d'ajustements lorsque les autorités politiques légales, sans encourir de sanction juridictionnelle, complètent le texte suprême « pour répondre à des besoins que la Constitution n'a pas pris en considération »⁷⁵, ou optent pour un comportement *contra legem* qui affecte les équilibres constitutionnels mais ne les ruine pas.

Dans le premier cas de figure, la Constitution autorise tout ce qu'elle ne défend pas. Les institutions sont donc fondées à pallier l'incomplétude du texte suprême par les règles de conduite qui leur paraîtront convenables. Ces règles échappent au formalisme constitutionnel : elles naissent des nécessités de l'action politique et fixent les rôles que se reconnaissent les protagonistes d'une scène politique désormais pluraliste. Elles peuvent donc, selon la trajectoire propre à chaque pays, jouer en faveur ou au détriment de la limitation du pouvoir. La Constitution peut être complétée par des conventions dans le cadre parlementaire, par des arrangements portant sur l'organisation de l'exécutif, et, plus rarement, par la création concertée d'un mécanisme de dialogue entre la majorité et l'opposition. On se limitera à quelques illustrations. Nombre de parlements africains, en marge des textes constitutionnels et de leurs règlements, font connaître leurs sentiments aux gouvernements. Cette pratique incontestée tranche avec la situation française où la réhabilitation des résolutions, condamnées en 1958, implique une révision formelle de la Constitution. Il y a là des relents de souveraineté parlementaire, propres à assouplir le corset constitutionnel repris de l'ancienne métropole. Via des recommandations au Bénin⁷⁶, des déclarations et des résolutions au Niger⁷⁷, l'Assemblée nationale exerce une sorte de fonction tribunicienne et invite l'exécutif à conduire les affaires publiques dans une direction déterminée. En revanche, à Djibouti, les résolutions d'une assemblée accaparée par le parti présidentiel sont plutôt des manifestations de soutien au chef de l'Etat et à ses ministres⁷⁸. L'organisation constitutionnelle de l'exécutif peut aussi être ajustée en fonction de la conjoncture politique. Le besoin d'une déconcentration technique de l'exécutif s'est fait sentir dans les régimes de type présidentiel. Ainsi, au Bénin, les présidents Soglo et Kérékou ont nommé un ministre d'Etat (1991-1996 ; 1998-2005) ou un premier ministre (1996-1998) pour lui confier la mission de coordonner l'action gouvernementale⁷⁹. Cette convention

⁷⁴ B. ISSA ABDOURHAMANE, *Crise institutionnelle et démocratisation au Niger*, Bordeaux, CEAN, 1996, p. 37, fait justement observer que « La similitude des textes constitutionnels ne préjuge pas la même pratique et le mimétisme formel ne reproduit jamais les mêmes effets ».

⁷⁵ Y. MENY, « Les conventions de la Constitution », *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin*, *op. cit.*, p. 470 et s..

⁷⁷ Sous la III^e République du Niger, l'Assemblée nationale a adopté, à titre d'exemples : - le 16 juillet 1993, une déclaration « sur les événements de la troupe », (*Journal officiel de la République du Niger*, 1^{er} novembre 1993) ; - le 29 janvier 1994, une déclaration sur la situation scolaire et universitaire et des résolutions sur la dévaluation du franc CFA, la discrimination au sein de diverses administrations, et sur l'île de Lété, objet d'un litige avec le Bénin voisin (*Journal officiel de la République du Niger*, 15 mars 1994). En règle générale, ces déclarations et résolutions étaient lues à la télévision.

⁷⁸ En parcourant le Journal officiel de la République de Djibouti, <http://www.presidence.dj/page5.htm>, on peut trouver les résolutions n°3/AN/98/4ème L du 18 novembre 1998 portant soutien de l'Assemblée Nationale au président de la République pour ses efforts de médiation dans le conflit Ethiopien-Erythréen, n°5/AN/98/4ème L du 11 février 1999 rendant hommage à son Excellence Monsieur le Président de la République EL HADJ HASSAN GOULED APTIDON, n°6/AN/98/4ème L du 11 février 1999 soutenant le candidat de l'Alliance RPP/FRUD aux prochaines élections présidentielles, M. Ismaël Omar Guelleh, n°7/AN/99/4ème L du 22 avril 1999 rendant hommage au 1er Président de la République de Djibouti, n°8/AN/99/4ème L du 17 mai 1999 Condamnant les déclarations de Monsieur Moussa Ahmed Idriss sur le déroulement de l'élection présidentielle, n°10/AN/99/4ème L du 11 juillet 1999 portant soutien à la déclaration de politique générale du Gouvernement, n°12/AN/00/4ème L portant soutien du Parlement au Président de la République et n°1/AN/01/4ème L du 12 février 2001 portant sur la déclaration de Politique Générale du Gouvernement n°1/AN/01/4ème L du 12 février 2001 portant sur la déclaration de Politique Générale du Gouvernement.

⁷⁹ Voir S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin*, *op. cit.*, p. 404 et s..

vient d'être abandonnée mais a désormais cours au Congo-Brazzaville : le Président Sassou-Nguesso vient de s'adjoindre un premier ministre, alors que la Constitution de 2002 reposait sur l'idée que le « pouvoir du Président ne sera pas contrebattu, comme dans tant de jeunes démocraties, par celui d'un vice-président ou d'un premier ministre »⁸⁰. Dans certains régimes semi-présidentiels, le chef de l'Etat a assis sa prééminence traditionnelle en contenant les revendications du Premier ministre⁸¹ ; dans d'autres, il a du consentir à une conditionnalité politique de l'exercice de ses prérogatives constitutionnelles : il a nommé un gouvernement dit d'union nationale dans les formes mais en exécution d'accords de sortie de crise conclus avec ses opposants⁸². C'est pour réduire les tensions entre la majorité et l'opposition et associer cette dernière aux responsabilités que se développent chichement des pratiques originales. Le Niger s'est illustré en ce sens : en 2004, un conseil national de dialogue politique a été créé par décret⁸³, le Conseil de la République prévu par la Constitution de 1999 n'offrant pas le cadre adéquat⁸⁴.

L'ajustement pose davantage problème lorsqu'il contredit la lettre de la Constitution. Ne vaut-il pas mieux alors convenir que la Constitution a été violée ? La réponse peut être négative si, nonobstant les libertés prises avec le texte suprême, les grands équilibres demeurent saufs. Des contrariétés de ce type peuvent affecter la production du droit comme dans les exemples suivants : avant l'installation du Conseil constitutionnel, l'Assemblée nationale de Djibouti a adopté son règlement intérieur sous forme de loi organique, sans que ce vice relativement véniel obère une fois pour toutes son pouvoir d'auto-organisation et sa soumission à la Constitution⁸⁵ ; au Tchad, le Président de la République a promulgué la loi organique sur le Conseil constitutionnel sans viser la moindre déclaration de conformité à la Constitution et plus de trois mois après son adoption, mais cela n'a pas empêché l'installation du Conseil⁸⁶. Sur le terrain du contrôle parlementaire, l'Assemblée nationale du Niger a voté en février 1995 une motion de censure contre le Premier ministre et non contre le Gouvernement comme le prévoyait la Constitution ; en s'arrogeant ce droit non écrit deux semaines après la nomination du chef du Gouvernement, l'Assemblée a légitimement et efficacement répliqué au Président Ousmane, qui entendait affronter la cohabitation avec le Premier ministre de son choix. Il y a là des cas limites

⁸⁰ Voir « Dialogue national. Le nouvel âge du Congo », <http://www.brazzaville-addiac>, p. 8.

⁸¹ C'est ainsi qu'au Togo, le Président Eyadéma s'est imposé au Premier ministre Kodjo qui, issu de l'opposition s'était rallié à la mouvance présidentielle. Voir *Jeune Afrique*, n°1852-du 3 au 9 juillet 1996.

⁸² Par exemple, au Congo-Brazzaville, la mouvance présidentielle et les principaux partis d'opposition ont paraphé l'accord du 3 décembre 1992: « Article 1 : Les deux parties ont obtenu de Monsieur le Président de la République la démission du gouvernement Bongho-Nouarra. Article 2 : Monsieur le Président de la République, après consultation des deux parties, nommera un Premier Ministre, chef du Gouvernement. Article 3 : Le Premier Ministre formera un gouvernement d'Union Nationale. Article 4 : La représentation des deux parties au Gouvernement se fera suivant les proportions suivantes : - 60% URD/PCT et Apparentés – 40% mouvance présidentielle. Les deux parties conviennent d'élargir la composition du Gouvernement aux autres formations politiques et à la société civile ». Cet accord prescrivait au Président Lissouba une lecture particulière de l'article 75 de la Constitution du 15 mars 1992 : « Le Président de la République nomme le Premier ministre issu de la majorité parlementaire à l'Assemblée Nationale. Il met fin à ses fonctions sur présentation par celui-ci de la démission du gouvernement. – Il nomme les autres membres du gouvernement sur proposition du Premier ministre. Il met fin à leurs fonctions après avis de ce dernier ». Voir C. BANIAFOUNA, *Congo démocratie*, Paris, L'Harmattan, 1995, volume 1, p. 102 et s., et volume 2, p. 188 et s..

⁸³ Selon le décret n°2004-030 du 30 janvier 2004, <http://democratie.francophonie.org>, le Conseil national de dialogue politique, réunissant le Gouvernement et les représentants des partis politiques, est un cadre permanent de prévention, de règlement des conflits politiques et de concertation autour de questions d'intérêt national (notamment, la Constitution, la Charte des partis politiques et le Code électoral).

⁸⁴ Aux termes de l'article 56 de la Constitution du 9 août 1999, « Lorsque le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'Etat sont gravement menacés », le Président de la République réunit et préside le Conseil de la République, comprenant le Premier ministre, les présidents des institutions (Cour suprême, Cour constitutionnelle, Haute cour de justice, Conseil économique social et culturel, Conseil supérieur de la communication et Commission nationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et le président de l'association des chefs traditionnels.

⁸⁵ La Constitution de 1992, en ses articles 55 et 78, distingue clairement le règlement intérieur de l'Assemblée nationale des lois organiques.

⁸⁶ La loi organique n°019/PR/98, adoptée le 20 juillet 1998, a été promulguée le 2 novembre 1998, en violation des articles 81, 131 et 238 de la Constitution de 1996, aucune décision de la Cour d'appel de N'Djamena ne figurant dans les visas. Les membres du Conseil constitutionnel ont prêté serment le 28 avril 1999.

à apprécier en fonction de la propension des acteurs politiques à concrétiser le dessin constitutionnel par des voies non prévues par la Constitution ou, au contraire, à le contrarier durablement par les mêmes voies.

« Une constitution c'est la colonne vertébrale d'un régime politique. Au cours de son existence, elle peut être atteinte de scoliose, de cyphose et de becs de perroquet »⁸⁷. Et à force de déformations, les ajustements deviennent manipulations.

2- La Constitution manipulée

La Constitution « pour soi » produite par les politiques africains peut corrompre l'esprit du constitutionnalisme à coup de lectures *contra legem* du texte suprême. Ce dernier peut être délibérément manipulé, mis entre parenthèses, si la conjoncture intérieure le permet ou le commande ; l'ancienne métropole et les organisations intergouvernementales appuient de plus en plus fréquemment le contournement des contraintes constitutionnelles pour le règlement politique des crises.

« Instrumentalisé par les acteurs politiques, le droit n'en vient-il pas à être saisi par la politique et à ne plus assurer sa fonction pacificatrice ? Interprétées à des fins conflictuelles, les procédures et les règles ne sont pas nécessairement considérées comme des moyens de résoudre un conflit, mais comme des armes destinées à le provoquer et à le durcir »⁸⁸. Les recours déraisonnables à la Constitution peuvent masquer les virus d'un présidentielisme persistant. Au Congo-Brazzaville en 1997, le Président Lissouba, en pleine guerre civile, a, par exemple, installé à la hâte le Conseil constitutionnel de la Constitution de 1992 pour qu'il rende une décision cautionnant son maintien en fonctions après la date d'expiration de son mandat. La perversion du constitutionnalisme est également manifeste lorsque le Président de la République impose sa lecture de la Constitution en s'opposant avec succès à la décision d'une cour constitutionnelle, sans faire réviser le texte suprême. C'est par une construction bien au-delà du texte et reposant sur une conception maximaliste de sa fonction de gardien de la Constitution qu'un chef de l'Etat peut obtenir un tel résultat. Au Sénégal en 2001⁸⁹, le Président Wade a ainsi requis du président du Conseil constitutionnel des « explications et commentaires » sur une décision du Conseil exigeant que ses nom et effigie ne figurent pas sur le bulletin de vote de la coalition présidentielle pour les élections législatives anticipées. Il reprochait au Conseil d'avoir violé les droits de la défense garantis par la Constitution et le principe du contradictoire garanti par son règlement intérieur. Le Conseil constitutionnel, sans toujours convaincre, a répliqué aux observations du chef de l'Etat dans une note qu'il lui a adressée. Le Président Wade, dans une ultime correspondance, a persisté dans son interprétation, fait maintenir son effigie sur le bulletin de vote de ses soutiens, et ce, en violation de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil. Toujours en matière électorale, en Centrafrique, le Président Bozizé a « cassé » une décision de la Cour constitutionnelle de transition qui, avec zèle, avait invalidé la candidature de 9 de ses 13 rivaux à l'élection présidentielle. Par une simple allocution à la nation, le chef de l'Etat a d'abord « repêché » trois candidats, « vu l'article 22 alinéas 1 et 2 de la Constitution du 27 décembre 2004 qui dispose : « Le Président de la République est le chef de l'Etat. Il incarne et assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité et la pérennité de l'Etat ». Cette décision insolite n'a pas été jugée suffisante et, suite à la médiation du Président Bongo, les accords de Libreville du 22 janvier 2005 passés entre les principales forces politiques ont permis à tous les postulants de concourir. Tous sauf l'ex-Président Patassé poursuivi pour crimes de sang...⁹⁰

⁸⁷ J. GEORGEL, *La Cinquième République : une démonarchie*, Paris, LGDJ, 1990, p. 73.

⁸⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *op. cit.*, p. 255.

⁸⁹ Voir, notamment, A. I. SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines*, *op. cit.*, p. 367 et s., *Afrilex*, n°2-2001.

⁹⁰ Voir, notamment, le discours à la Nation du général Bozizé du 4 janvier 2005, <http://kodro.net/>, les accords de Libreville du 22 janvier 2005, <http://fodem.org>.

Force est de constater que les politiques africains produisent une sorte de constitution parallèle lorsqu'ils conviennent de solutions à une crise majeure, avec l'appui et sous la pression de l'ancienne métropole et d'organisations intergouvernementales. Des pans entiers de la Constitution formelle subissent alors des déformations ou sont neutralisés. C'est ainsi que la Côte d'Ivoire éprouve depuis peu une délocalisation de la production de sa Constitution conventionnelle, à laquelle concourent acteurs politiques nationaux mais aussi étrangers. Il y a eu d'abord l'Accord de Linas-Marcoussis du 24 janvier 2003, négocié entre partis politiques concurrents et mouvements rebelles, sous l'égide d'un membre du Conseil constitutionnel français et de facilitateurs internationaux. Cet « accord politique à contenu juridique »⁹¹, objet de vives controverses, a re-fabriqué la Constitution ivoirienne de 2000. D'un côté, les signataires ont mis entre parenthèses une pratique présidentiale ininterrompue depuis l'indépendance : le Président Gbagbo devait entériner la formation d'un gouvernement de réconciliation nationale dirigé, jusqu'à la présidentielle de 2005, par un premier ministre de consensus, et déléguer à ce premier ministre l'exercice d'une grande partie de ses pouvoirs constitutionnels. D'un autre côté, l'Accord de Linas-Marcoussis entendait mettre un terme à la querelle de « l'ivoirité » polarisant la vie politique depuis 1994 : le gouvernement était mandaté pour proposer une révision préétablie de la Constitution ouvrant la compétition présidentielle à tous les ivoiriens dont l'un des parents – et non plus les deux – est ivoirien d'origine. Le chef de l'Etat s'est appuyé sur la Constitution pour retarder l'exécution de l'Accord de Linas-Marcoussis, résister au dépouillement de ses prérogatives et exiger que la révision intervienne légalement. Sur ce dernier point, le respect du titre XIV de la Constitution paraissait hors de portée, dans une Côte d'Ivoire en proie à la guerre civile et à une partition de fait : l'article 126 impose un référendum sur tout texte « ayant pour objet l'élection du Président de la République » ; surtout, l'article 127 interdit l'engagement ou la poursuite d'une procédure de révision « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Suite à l'Accord de Prétoria du 6 avril 2005, le Président Mbeki, médiateur de l'Union africaine, a demandé au chef de l'Etat ivoirien de se saisir des pouvoirs exceptionnels de l'article 48 de la Constitution pour « donner force de loi » à la dérogation à l'article 35 permettant à tous les chefs des partis signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis de postuler à la magistrature suprême. Le Président Gbagbo, le 26 avril 2005, a déféré à la demande, tout en faisant savoir qu'il prendrait d'autres mesures exceptionnelles exigées par le retour de la paix et l'organisation de la future élection présidentielle⁹²... En pressant le chef de l'Etat ivoirien d'exercer une dictature constitutionnelle de salut public, l'Union africaine a fait preuve d'une certaine légèreté. Exporter de force un tel constitutionnalisme d'exception n'est-ce pas cautionner une dévalorisation du texte suprême, créer un dangereux précédent et hypothéquer les chances d'une réappropriation indigène du constitutionnalisme libéral que réussissent plusieurs pays de la région ?

Erratiques, sans cesse remise sur le métier, produites formellement ou conventionnellement, les constitutions africaines « sont matière vivante : elles naissent, vivent, subissent les déformations de la vie politique, sont l'objet de révisions plus ou moins importantes, et peuvent disparaître »⁹³. La Constitution des politiques n'est toutefois pas exclusive ; elle doit s'articuler avec celle résultant du travail des juges.

II. LA CONSTITUTION DES JUGES

⁹¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, n°206-2003, p. 42.

⁹² Voir, en particulier, *24 heures*, 15 avril 2005, *Notre Voie*, 27 avril et 3 mai 2005.

⁹³ P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 65.

Les juges, constitutionnels mais aussi administratifs, sont les producteurs d'une « Constitution bis » ... plus riche, plus complète et plus dense que la Constitution formelle »⁹⁴. En Afrique noire francophone, l'examen de la Constitution des juges, qu'elle soit à l'état embryonnaire ou en pleine croissance, fait apparaître une incontestable créativité. S'il y a bien réception d'une technologie exogène, la souveraineté des Etats permet en toute hypothèse aux hautes juridictions « de filtrer les influences extérieures et de choisir au coup par coup parmi les exemples que leur offrent les grands systèmes de droit contemporains ceux qui peuvent leur fournir les solutions les plus appropriées aux problèmes à résoudre »⁹⁵. Le contexte est en fait une variable déterminante des manières de « donner une vie juridique »⁹⁶ au texte suprême.

La fabrique jurisprudentielle ne consiste pas seulement à reproduire fidèlement la Constitution écrite pour en garantir le respect selon des modalités indigènes (A). Le juge africain fait aussi œuvre créatrice : il ré-écrit des pans entiers de la Constitution (B).

A. La Constitution reproduite

L'activité de garde de la Constitution en Afrique doit être rapportée au développement d'un certain « culte du droit » qui tend « à la sacralisation du juge, érigé en rempart contre les dérives toujours possibles des élus »⁹⁷. Les autorités, l'opposition, voire les citoyens⁹⁸, s'en remettent de plus en plus souvent à lui pour prononcer les paroles de la Constitution⁹⁹ afin de normaliser le jeu des institutions. Le juge répond à ces sollicitations par des décisions qui extériorisent des prescrits constitutionnels singuliers (1) et accroissent leur force contraignante (2).

1- La Constitution extériorisée

Les cours africaines, chaque fois qu'elles tranchent un point de droit constitutionnel, érigent publiquement¹⁰⁰ la Constitution en « référentiel suprême »¹⁰¹ de la vie politique. Ainsi extériorisé, le texte suprême apparaît souvent vertueux, parfois atteint de vices de fabrication.

Appliquée à la lettre, la Constitution autorise le juge à rappeler à l'ordre les gouvernants et à discipliner l'exercice du pouvoir. Elle constitue, en particulier, un puissant instrument de régulation de la production du droit infra-constitutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel sénégalais assure une stricte police des amendements introduits par la majorité : l'augmentation du nombre de députés ou de conseillers de la République non compensée par des recettes nouvelles a été censurée¹⁰² ; un lien direct entre l'amendement et le texte en discussion est

⁹⁴ T. S. RENOUX, M. VILLIERS, *Code constitutionnel*, édition 2005, Paris, Litec, p. 505.

⁹⁵ G. CONAC, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 113.

⁹⁶ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 36.

⁹⁷ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, p. 157.

⁹⁸ L'ouverture de la saisine varie considérablement d'un pays à un autre. Voir sur ce sujet A.C.C.P.U.F., *L'accès au juge constitutionnel : modalités et procédures* [Actes du 2^{ème} congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français], Paris, A.C.C.P.U.F., 2000.

⁹⁹ F. HAMON, C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 147, décrivent une figure des juges constitutionnels reprise en Afrique : « gardiens de la norme fondamentale, ils la font prévaloir sur les normes de rang inférieur, ils sont la « bouche » de la Constitution comme les juges ordinaires sont, selon l'expression de Montesquieu, la « bouche » de la Loi ».

¹⁰⁰ F. GALLETI, « La portée du droit constitutionnel. Chronique d'une évolution doctrinale en Afrique de l'Ouest », *op. cit.*, pp. 133-134, fait observer que « les solutions de la juridiction constitutionnelle, parce qu'elles évoquent l'organisation des relations politiques au plus haut niveau de l'Etat, sont versées, ne serait-ce qu'en vertu des oppositions, à la connaissance publique et, en tout état de cause, à l'argumentation médiatisée entre adversaires ».

¹⁰¹ M. A. GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », *op. cit.*, p. 32.

¹⁰² Conseil constitutionnel du Sénégal, Décisions n°s 1/C/98 du 24 février 1998 et 2/C/2003 du 29 août 2003.

exigé¹⁰³. La Haute cour malgache fait également preuve d'une grande rigueur lorsqu'elle juge que « l'objet de la loi », qui édicte « des recommandations à valeur morale », « ne rentre pas dans les matières relevant du domaine législatif, selon la Constitution »¹⁰⁴. Souvent, le législateur organique est sanctionné en raison de son refus de dupliquer et de prolonger scrupuleusement la Constitution. Quelques décisions peuvent être citées en ce sens. Au Gabon, la Cour constitutionnelle a ordonné, en 1992, la suppression de « cavaliers législatifs » figurant dans une loi organique portant code électoral et a imposé l'adoption de textes distincts¹⁰⁵. Au Burkina Faso, la Cour suprême a rejeté, en 2000, une version de la loi organique sur le Conseil constitutionnel qui aurait contraint le chef de l'Etat à nommer les trois magistrats membres du futur Conseil après avis du Conseil supérieur de la magistrature, c'est-à-dire de respecter une « condition nouvelle »¹⁰⁶. Aux Comores, la Cour constitutionnelle, non sans audace, a invalidé en 2004 la loi organique sur la répartition des compétences entre l'Union et les îles ; la sanction des renvois au législateur ordinaire, du manque de clarté de certains énoncés ou de l'emploi d'un vocabulaire inconstitutionnel est apparue d'autant plus sévère que le texte était censé mettre fin à une longue crise politique¹⁰⁷.

C'est encore le recours à la lettre de la Constitution qui permet au juge de modérer le cours d'une vie politique agitée, en écartant les interprétations fantaisistes. Ainsi, en 1996, la Cour constitutionnelle du Bénin a dit le droit suprême sur la cérémonie d'investiture du Président de la République nouvellement élu : « le texte du serment, tel que fixé par la Constitution, [étant] une formule sacramentelle indivisible », Mathieu Kérékou devait le prononcer dans son intégralité sans omettre un quelconque membre de phrase ; en revanche « aucune disposition constitutionnelle ne fait obligation au Président de la République de porter la Médaille de Grand Maître »¹⁰⁸. Le juge administratif suprême du Burkina Faso a, quant à lui, définitivement vidé en 2001 une ancienne controverse, en signifiant que désormais, comme le prescrit expressément l'article 91 alinéa 4 de la Constitution de 1991, « La majorité absolue s'entend de plus de la moitié des voix » ; en conséquence, la conception « qui prévalait dans l'ordonnancement juridique burkinabé avant 1991 et appréhendant la majorité absolue comme étant la moitié des suffrages exprimés plus un » est « anti-constitutionnelle et ne saurait servir de fondement juridique à une décision de justice »¹⁰⁹.

La Constitution extériorisée par les juges africains n'est pas toujours vertueuse. L'application sourcilleuse des clauses délibérément conçues pour phagocytter le pluralisme politique naissant et, plus particulièrement, pour restreindre l'accès à la compétition présidentielle produit des effets délétères. L'exemple le plus caricatural est certainement l'arrêt

¹⁰³ Voir par ex., Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n°4/C/2001 du 11 décembre 2001 et M. ZAKI, « Droit d'amendement des députés et principe de libre administration des collectivités locales. Observations sous Décision n°4/C/2001 du Conseil Constitutionnel sénégalais, en date du 11 décembre 2001 », *Afrilex*, n°03-2003, p. 223 et s..

¹⁰⁴ Haute cour constitutionnelle de Madagascar, Décision n° 34-HCC/D3 du 27 octobre 2004 relative à la loi n°2004-033 portant règles de déontologie s'appliquant aux organes administratifs d'inspection ou de contrôle, <http://www.simicro.mg/hcc>. Cette décision se distinguait de la position traditionnelle du Conseil constitutionnel français qui se contentait d'identifier sans les censurer les dispositions non normatives incluses dans une loi contrôlée. Le Conseil, dans sa décision n°2005-512 du 21 avril 2005, vient de modifier sa jurisprudence et de prononcer pour la première fois une censure de ce chef. Voir à ce propos le dossier documentaire de ladite décision, <http://conseil-constitutionnel.fr>.

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°016 bis/CC des 12, 13 et 14 octobre 1992, Rec. p. 47. La Cour a ultérieurement constaté, dans sa Décision n°004/93/CC du 2 mars 1993, Rec. p. 103, que l'Assemblée Nationale, en votant plusieurs lois électorales, s'était conformée aux exigences constitutionnelles.

¹⁰⁶ Cour suprême du Burkina Faso, Chambre constitutionnelle, Décision n° 02/CS/CC du 31 août 2000, JO N°38-2000.

¹⁰⁷ Cour constitutionnelle de l'Union des Comores, Arrêt n°04-003/CC du 23 décembre 2004, <http://www.conscience-comorienne.org>.

¹⁰⁸ Bénin, Cour constitutionnelle, Décisions DCC 96-017 du 5 avril 1996, Rec. p. 89, et DCC 96-058 du 29 août 1996, Rec. p. 257.

¹⁰⁹ Cour suprême du Burkina Faso, Chambre administrative, Arrêt n°016/2000-2001 du 9 janvier 2001 relatif à l'élection d'un maire, <http://www.juriburkina.org>. Ce remarquable arrêt renverse l'avis juridique 04-78 du 15 juin 1978 sur l'élection du Président de l'Assemblée Nationale que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême avait formulé.

rendu le 6 octobre 2000 par la Cour Suprême de Côte d'Ivoire¹¹⁰ : 13 des 18 postulants à l'élection présidentielle ont été jugés inaptes à concourir, en particulier pour « ivoirité » douteuse ou en raison de soupçons pesant sur leur moralité et leur grande probité¹¹¹. En Centrafrique, la Cour constitutionnelle de transition, avec le même zèle, a exclu en 2004 de la course à la magistrature suprême 9 des 13 rivaux du général Bozizé pour les motifs les plus variés : certificat médical insuffisamment « explicite » ; réserves sur la régularité des pièces d'état civil versées au dossier ; absence d'arrêté de mise en disponibilité ; et, surtout, titre non valide de propriété bâtie portant sur un bien indivis, affecté d'une hypothèque bancaire ou d'une étendue inconnue¹¹².

Plurielle, la jurisprudence citée rend compte de la dynamique propre à la Constitution des juges africains. Des instruments originaux de contrôle viennent aussi renforcer l'autorité de la Constitution.

2- La Constitution fortifiée

« Le nouveau juge constitutionnel en Afrique est non seulement aussi efficace que son homologue occidental, mais va même parfois plus loin que celui-ci »¹¹³. Cette performance tient au métissage des instruments de contrôle : les cours africaines incorporent la notion de bloc de constitutionnalité tout en la re-construisant ; et elles optent pour une acception singulière de la déclaration de constitutionnalité sous réserves.

Couramment utilisée par la doctrine française depuis sa systématisation en 1975 par le doyen Favoreu¹¹⁴, la notion de bloc constitutionnalité paraît s'être bien exportée en Afrique. Nombre de cours constitutionnelles, et en premier lieu celle du Bénin à partir de 1991¹¹⁵, utilisent expressément la notion ... en passe d'être abandonnée en France¹¹⁶. Cependant, la variante africaine du bloc de constitutionnalité revêt une signification et un contenu assez peu familiers des constitutionnalistes de l'ancienne métropole. Elle est marquée par le souci de voir émerger, sur les décombres de l'autoritarisme, une supra-légalité démocratique qui pallie les carences d'une justice ordinaire trop politisée. Dans la plupart des pays africains, l'Etat de droit

¹¹⁰ Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre constitutionnelle, Arrêt n° E 0001-2000 du 6 octobre 2000, <http://www.un.int/cotedivoire/pages/pres2k10.htm>. Voir sur cette affaire E. ZORO-BI, *Juge en Côte d'Ivoire. Désarmer la violence*, Paris, Karthala, 2004, p. 117 et s., et, S. BOLLE, « La paix par la Constitution en Afrique ? La part du juge constitutionnel », colloque international de Cotonou de l'Académie Alioune Blondin Beye pour la Paix, Cotonou, 19, 20 et 21 juillet 2004 p. 9 et s..

¹¹¹ Selon l'article 35 de Constitution ivoirienne de 2000 : « ... Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et de soixante quinze ans au plus. Il doit être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine. Il doit n'avoir jamais renoncé à la nationalité ivoirienne. Il ne doit s'être jamais prévalu d'une autre nationalité. Il doit avoir résidé en Côte d'Ivoire de façon continue pendant cinq années précédant la date des élections et avoir totalisé dix ans de présence effective. L'obligation de résidence indiquée au présent article ne s'applique pas aux membres des représentations diplomatiques et consulaires, aux personnes désignées par l'Etat pour occuper un poste ou accomplir une mission à l'étranger, aux fonctionnaires internationaux et aux exilés politiques. Le candidat à la Présidence de la République doit présenter un état complet de bien-être physique et mental dûment constaté par un collège de trois médecins désignés par le Conseil constitutionnel sur une liste proposée par le Conseil de l'Ordre des Médecins. Ces trois médecins doivent prêter serment devant le Conseil constitutionnel. Il doit être de bonne moralité et d'une grande probité. Il doit déclarer son patrimoine et en justifier l'origine. »

¹¹² Décision de la Cour constitutionnelle de transition de Centrafrique du 30 décembre 2004, *Le Citoyen n°2069-31 décembre 2004*. La Cour s'est appuyée sur le Code électoral, lequel développe l'article 24 alinéas 3 et 4 de la Constitution du 27 décembre 2004 : « Ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle que les hommes et les femmes, centrafricains d'origine, âgés de 35 ans au moins, ayant une propriété bâtie sur le territoire national et n'ayant pas fait l'objet de condamnation à une peine afflictive ou infamante. - Ils doivent jouir de leurs droits civiques, être de bonne moralité et capables d'assurer avec lucidité et efficacité les fonctions de leur charge ».

¹¹³ A. B. FALL, « Le droit africain a-t-il sa place en droit comparé ? », Journée d'études *Le devenir du droit comparé en France*, 26 juin 2004, inédit, p. 4.

¹¹⁴ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48.

¹¹⁵ Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, Décision n°3 DC du 2 juillet 1991, Rec. p. 18. Ont ensuite consacré la notion de bloc de constitutionnalité les cours constitutionnelles du Gabon, Décision n°001/CC du 28 février 1992, Rec. p. 7, et du Niger, Arrêt n°2002-010/CC du 18 janvier 2002.

¹¹⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 116, ont ainsi considéré que la notion « devrait ... être abandonnée aujourd'hui – après avoir joué un rôle fort utile – au profit de l'expression simple de « la Constitution » ».

se construit « par le haut » : les cours constitutionnelles, sans pouvoir vraiment puiser dans la jurisprudence locale, « doivent insuffler le mouvement, être les moteurs de l'Etat de droit »¹¹⁷. Aussi, le bloc de constitutionnalité se présente comme un parent riche et éloigné de son homonyme français¹¹⁸. D'abord, le juge africain dispose d'un matériau premier imposant : le texte constitutionnel, y compris le préambule qui en fait généralement partie intégrante, est d'une grande prolixité et comporte toujours une charte détaillée des droits fondamentaux. Surtout, le bloc de constitutionnalité écrit connaît de notables extensions avec les nombreux renvois opérés par le Constituant aux chartes internationale et africaine des droits de l'homme et/ou à des textes fondamentaux de la transition démocratique. Cet ensemble composite met le juge au défi de créer de la cohérence ; et la « découverte » de d'autres normes de référence pourrait paraître incongrue. Pourtant, la plupart des nouvelles cours africaines, dans le sillage de celle du Bénin, dilatent le bloc de constitutionnalité¹¹⁹, principalement¹²⁰ en y intégrant des textes qui ont des liens substantiels avec la Constitution.

C'est d'abord le cas des lois organiques considérées comme le développement nécessaire et conforme de la Constitution¹²¹. Dans nombre d'espèces, la loi organique constitue la seule norme de référence du contrôle de la constitutionnalité du règlement intérieur d'une institution¹²², d'une loi ordinaire¹²³ ou d'un acte administratif, réglementaire¹²⁴ ou individuel¹²⁵. La constitutionnalisation, rampante ou expresse, du règlement intérieur d'une assemblée parlementaire est également assez répandue¹²⁶. La plupart des cours, pressées par les requérants, se prévalent de leur rôle constitutionnel d'organe régulateur du fonctionnement des institutions, pour contrôler, au regard d'un tel règlement, la constitutionnalité formelle d'un acte parlementaire¹²⁷. La cour béninoise, après plusieurs années de tâtonnements, a elle clairement énoncé en 1998 que toute disposition du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale constitue une norme de référence si elle assure « la mise en œuvre des règles constitutionnelles »¹²⁸. Les juges africains peuvent de la sorte sanctionner les fréquents manquements des assemblées à leurs règlements ou résoudre les nombreuses controverses intra-parlementaires. A l'évidence, toutes ces re-constructions du bloc de constitutionnalité sont autant de ruptures avec le droit

¹¹⁷ M. MBORANTSUO, *op. cit.*, p. 95 et s..

¹¹⁸ Si l'on s'en tient par exemple à la description qu'en font B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 243 et s..

¹¹⁹ Cette tendance était déjà décelable à Madagascar sous l'empire de la Constitution de 1975 et sous la transition à la Troisième République ouverte en 1991. Voir, sur ce point, A. R. RAJAONA, « La juridiction constitutionnelle à Madagascar », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992, p. 132 et s..

¹²⁰ Pour des données complémentaires, voir Stéphane BOLLE, « Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon », 4^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, 10, 11 et 12 juin 1999.

¹²¹ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 122, reconnaissent que l'on pourrait « dire évidemment que la loi organique n'est que le prolongement de la Constitution ».

¹²² A titre d'exemples, le Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, Décision n°3 DC du 2 juillet 1991, Rec. p. 18, et la Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt CC 97-058 du 17 septembre 1997, ont censuré certaines dispositions du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale pour violation de la loi organique sur la Cour constitutionnelle

¹²³ La Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994, Rec. p. 125, a contrôlé, au regard de la loi organique la régissant, le délai à elle impartie par une loi électorale pour la proclamation des résultats définitifs des élections législatives.

¹²⁴ Par exemple, la Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 33-94 du 24 novembre 1994, Rec. p. 122, a jugé contraire à la Constitution la procédure d'adoption d'un décret fixant les obligations des membres de la Cour en méconnaissance de la loi organique sur la Cour constitutionnelle.

¹²⁵ A titre d'illustrations : - le Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, Décision n°14 DC du 16 février 1993, Rec. p. 55, a annulé les nominations à la Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication sur le fondement de la loi organique régissant cette autorité ; - la Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°007/93/CC du 10 mars 1993, Rec. p. 113, a jugé que des dirigeants d'entreprises publiques de communication avaient été nommés en méconnaissance de la loi organique sur le Conseil national de la communication.

¹²⁶ Certaines juridictions s'y refusent, notamment la Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°002/96/CC du 4 mars 1996, Rec. p. 9.

¹²⁷ Récemment, le Conseil constitutionnel du Tchad, Décision n°001/CC/SG/04 du 11 juin 2004, a examiné les griefs tirés de la violation du règlement intérieur de l'Assemblée nationale pour apprécier la constitutionnalité formelle d'une proposition de révision de la Constitution votée par l'Assemblée et en instance d'être soumise à référendum.

¹²⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-039 du 14 avril 1998, Rec. p. 199.

français¹²⁹ ; elles répondent simplement à l'impératif de normaliser la production du droit et le jeu politique par un règne mieux assuré de la Constitution et de ses prolongements immédiats¹³⁰.

Les cours africaines poursuivent la même fin lorsqu'elles réceptionnent la typologie européenne des décisions sur la constitutionnalité, tout en re-définissant la déclaration de constitutionnalité sous réserves. Celle-ci revient pour une cour européenne à « sauver » un texte de la censure, à le déclarer conforme à la Constitution sous la condition que les autorités d'application respectent l'interprétation qu'elle indique¹³¹. En Afrique, ce type de décisions interprétatives est assez peu prisé. C'est pourquoi la déclaration de constitutionnalité sous réserves d'observations, inventée au Bénin¹³² et pratiquée dans d'autres pays¹³³, n'a pas pour objet d'échapper à l'alternative validation/invalidation. Ici, la cour constitutionnelle ordonne au législateur ou à l'autorité contrôlée de corriger son texte dans le sens voulu par elle : pour être conforme à la Constitution, le texte devra être purgé de toute scorie qui nuit à son intelligibilité et/ou intégrer les propositions de normes formulées par la cour¹³⁴. Cette forme radicale de décision, inimaginable en Europe, manifeste la tentation d'un gouvernement des juges mais favorise certainement un indispensable « gouvernement de la Constitution »¹³⁵ après des décennies de dévalorisation de la loi fondamentale.

La reproduction de la Constitution par les juges africains accuse ainsi ses singularités ; la re-fabrication jurisprudentielle de la Constitution achève sa naturalisation.

B. La Constitution revue

La Constitution réelle est de plus en plus celle que produit au fil de sa jurisprudence chaque cour constitutionnelle africaine. L'interprète authentique pèse sur l'ordre constitutionnel positif et ses interprétations constructives apparaissent comme des quasi-révisions du texte suprême¹³⁶. Cette re-fabrication jurisprudentielle, souvent niée, inlassablement dénoncée, peut cimenter le constitutionnalisme libéral par la bonification des énoncés constitutionnels (2) ou, au contraire, le défaire à force de contrefaçons (1).

1- La Constitution contrefaite

« Faire souffrir le droit pour servir le pouvoir »¹³⁷, tel est le sens à peine caché de certaines interprétations. Au nom de la Constitution, les choix des détenteurs du pouvoir

¹²⁹ Selon D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 1999, p. 209, « La loi organique est soumise au contrôle de constitutionnalité préalablement à sa promulgation, elle ne peut donc être considérée comme ayant valeur constitutionnelle et qu'elle fasse partie du bloc de constitutionnalité ». P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 8, font remarquer que, dans la tradition juridique française, la validité d'un règlement parlementaire « ne s'étend pas au delà de l'assemblée qui l'a adopté ».

¹³⁰ La variante africaine du bloc de constitutionnalité correspond en partie à la conception de J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 229-230, « Ce qui compte est la réalisation de l'ordre constitutionnel et non pas le respect formel d'une hiérarchie figée ... la Constitution n'est pas un bloc mais un système dont l'empire s'étend au delà des normes strictement constitutionnelles. Relèvent de la Constitution non seulement la Constitution elle-même mais certaines règles qui en permettent la mise en œuvre ».

¹³¹ Voir D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 104 et s., T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, PUAM, 1997, A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999.

¹³² Voir S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin*, *op. cit.*, p. 717 et s..

¹³³ Notamment le Gabon (Cour constitutionnelle, Décision n°016bis/ des 12, 13 et 14 octobre 1992, Rec. p. 47) et l'Union des Comores (Cour constitutionnelle, Arrêt n°04-003/CC du 23 décembre 2004, *op. cit.*).

¹³⁴ Pour un exemple topique, voir S. BOLLE, « Le Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 », *Afrilex*, n°4-2004, p. 315 et s..

¹³⁵ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 109.

¹³⁶ P. PACTET, « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la V^e République », in *Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 433 et s..

¹³⁷ Pierre Marcihacy, *Le Figaro 12 février 1960*, décrivait de la sorte le rôle du Conseil constitutionnel français à ses débuts.

échappent de fait à tout contrôle et les droits de l'homme et du citoyen sont bafoués ou « insuffisamment protégés »¹³⁸.

La Constitution est contrefaite lorsque le juge use de sa liberté d'interprétation pour escamoter les équilibres institutionnels. A titre d'illustration, la Cour constitutionnelle du Gabon a pratiquement sabordé sa fonction de donneur d'avis sur les projets ou propositions de révision¹³⁹. Consultée, la Cour a, en général, certifié laconiquement que la révision envisagée était régulière et avait subi avec succès le test de compatibilité avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles¹⁴⁰. Elle n'a jamais émis la moindre réserve désobligeante sur le fond de textes successifs défaisant l'œuvre du Constituant de 1991 ; elle n'a pas davantage expertisé les conséquences, par exemple, de l'instauration du bicaméralisme et de l'éclatement de la Cour suprême en trois hautes juridictions en 1994, ou du passage du quinquennat au septennat présidentiel en 1997. Cette extrême réserve a ruiné l'économie d'une procédure « d'alerte » prévue par la Constitution pour éviter la remise en cause sournoise du libéralisme politique.

Une régulation partielle de la vie politique peut se loger dans l'activisme, comme celui déployé par la Cour constitutionnelle centrafricaine pour trancher le contentieux consécutif aux élections législatives de novembre-décembre 1998. Dans l'affaire Koudoufoura, la Cour a d'abord délivré un brevet de constitutionnalité au basculement post-électoral de la majorité parlementaire. En l'espèce, un député, en violation d'un engagement pris devant notaire, avait rallié, semble-t-il contre rémunération, la mouvance présidentielle et frustré l'opposition au Président Patassé de sa victoire électorale. La prohibition de tout mandat impératif commandait certainement de juger anticonstitutionnelle une transaction privée signée dans le but « d'inhiber la liberté de conscience et de pensée du parlementaire librement élu par le peuple à l'Assemblée Nationale »¹⁴¹. Seulement, après avoir avalisé le brusque renversement de la volonté issue des urnes, la Cour constitutionnelle a couvert les agissements de la nouvelle majorité. Lors d'une suspension de séance, décidée par le doyen d'âge de la législature, 55 des 109 députés avaient élu le bureau de l'Assemblée Nationale. L'opposition, qui, avec le soutien de la communauté internationale, avait vainement préconisé un partage des postes de direction, se trouvait totalement exclue du bureau élu en son absence. Saisie d'une demande d'annulation de l'élection, la Cour constitutionnelle a retenu sa compétence, estimant qu'aucune autre juridiction n'était compétente pour statuer sur ce cas précis. Mais elle a déclaré irrecevable la requête des partis d'opposition en jugeant que « de jurisprudence bien établie et de l'état de droit positif non discuté » un parti qui n'a pas présenté de candidat à une élection n'a pas qualité pour la contester¹⁴². Le gardien de la Constitution s'est donc dispensé de dire le droit et a rendu l'opposition seul responsable de la désignation, dans des conditions douteuses, d'un bureau monocolore de l'Assemblée. L'enchaînement des faits porte à croire que les décisions de la Cour reposaient « davantage sur des considérations politiques que sur des fondements strictement juridiques » ; il n'est pas rare en Afrique que la politisation de la justice soit « dissimulée dans des notions juridiques »¹⁴³.

¹³⁸ R. DEGNI-SEGUI, *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone*, Abidjan, CEDA, 2001, p. 125 et s..

¹³⁹ Aux termes de l'article 116 alinéa 3 de la Constitution révisée de 1991 : « Tout projet ou toute proposition de révision est soumis, pour avis, à la Cour constitutionnelle ». La loi organique n°9/91 du 26 septembre 1991 précise, en son article 57, que la Cour est saisie par le Président de la République ou un tiers des députés, et, en son article 58, que l'avis « porte notamment sur la régularité de la procédure et la compatibilité de la modification avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles », la Cour étant habilitée « à formuler toutes observations qu'elle juge utiles ».

¹⁴⁰ La Cour constitutionnelle du Gabon, dans son Avis n°001/94/CC du 4 février 1994, Rec. p. 231 s'est seulement opposée à l'attribution à la Cour suprême du pouvoir d'émettre un avis préalable sur la légalité du recours à la procédure de référendum. Dans ses Avis n°001/95/CC du 27 avril 1995, Rec. p. 275, et n°002/95/CC du 19 mai 1995, Rec. p. 277, la Cour a seulement veillé à la concordance entre le projet de révision et les « Accords de Paris », signés le 7 octobre 1997 entre partisans et opposants au Président Bongo, que ce projet avait vocation à traduire. L'Avis n°001/97/CC du 20 mars 1997 Rec. p. 153 et l'Avis n°001/00/CC du 8 octobre 2000, Rec. p. 129, ne comportent aucune observation sur le fond.

¹⁴¹ Cour constitutionnelle de Centrafrique, Décision n°2 CC.P. du 24 février 1999.

¹⁴² Cour constitutionnelle de Centrafrique, Décision n°004/CC.P. du 9 mars 1999.

¹⁴³ 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 », *Afrilex* n°03-2003, p. 20.

La protection délibérément minimaliste ou évanescence des droits de l'homme et du citoyen constitue un autre type de contrefaçon jurisprudentielle de la Constitution. Le juge peut entraver la concrétisation de ces droits en s'abstenant d'apurer l'ordonnement juridique. C'est ainsi qu'en 2003, des particuliers ont vainement soutenu devant la Cour constitutionnelle du Congo que les articles 336 et 337 du Code pénal français de 1810 toujours en vigueur étaient discriminatoires : seule une femme peut être condamnée pour avoir commis le délit d'adultère et celui d'abandon du domicile conjugal. La Cour¹⁴⁴ a repoussé ces allégations en validant « le choix souverain du législateur [colonial] basé sur l'objectif général de stabilité des ménages », objectif défini « en se fondant sur l'état des mœurs et l'intérêt général ». L'adultère de l'homme et l'abandon du domicile conjugal par l'homme n'existant pas en droit pénal, les dispositions critiquées n'auraient « ni pour objet, ni pour effet de nuire au principe d'égalité de l'homme et de la femme consacrée par la Constitution et les textes internationaux pertinents dûment ratifiés ». La solution retenue était d'autant plus indéfendable qu'elle vidait de sa substance un principe positif cardinal : « L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme »¹⁴⁵ ; et « L'égalité en droits et en devoirs de tous les citoyens congolais est garantie par la Constitution qui supprime les obstacles entravant l'épanouissement de la personne humaine »¹⁴⁶. Par ailleurs, la Cour a superbement ignoré les préoccupations exprimées en 2000 par le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies sur la discrimination dont sont victimes les femmes au Congo¹⁴⁷.

Le juge peut encore livrer une interprétation neutralisante de la Constitution pour, par exemple, cautionner « l'hostilité [des gouvernants] à l'égard des droits politiques » et la répression de « l'ensemble des libertés qui expriment une opinion »¹⁴⁸. La Cour suprême du Niger a fait preuve d'une telle déviance dans le règlement des questions juridiques liées à l'élection présidentielle de 1996. Le colonel Baré, chef de l'Etat provisoire et candidat à l'élection, avait, au cours du scrutin, modifié par ordonnance le Code électoral pour dissoudre la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI) ; il avait également fait mettre en résidence surveillée les candidats de l'opposition. La Cour suprême a, non seulement, validé tous ces actes¹⁴⁹ mais encore jugé illicite le dépôt par une centrale syndicale d'un préavis de grève pour revendiquer la réhabilitation immédiate de la CENI : le droit constitutionnel de grève « doit s'exercer exclusivement pour la défense des intérêts matériels, moraux et professionnels d'ordre collectif, en dehors de tout autre considération » ; « le droit d'interpréter la constitutionnalité des lois appartient à la seule Cour suprême », ce monopole empêchant un syndicat ou une autre personne de se plaindre d'une violation de la Constitution par une voie autre que celle de l'exception d'inconstitutionnalité¹⁵⁰. L'interdiction de la grève purement politique est communément admise et était renforcée par l'abolition en 1996 du droit et du devoir de résistance, par la désobéissance civile, contre tout régime oppressif¹⁵¹. Néanmoins, la Cour nigérienne a manifestement agi en tant que bras armé du pouvoir. L'adoption d'une législation présidentielle rétroactive pour modifier les conditions d'expression du suffrage universel n'était-elle pas au moins contraire aux principes de la démocratie pluraliste, à l'interdiction de l'usage des attributs de la République à des fins privées et au bannissement

¹⁴⁴ Cour constitutionnelle du Congo, Décision n°1/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003.

¹⁴⁵ Ce devoir est consacré par l'article 18.3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981. Le Préambule de la Constitution du 20 janvier 2002 déclare la Charte partie intégrante de la Constitution.

¹⁴⁶ Cette garantie figure au 1.2 de la Charte de l'unité nationale du 29 juillet 1991 qui a valeur constitutionnelle.

¹⁴⁷ CDESC, Observations finales : Congo, E/C.12/1/Add.45, § 17, 23 mai 2000 : « Les lois sur le mariage et la famille sont ouvertement discriminatoires à l'égard de ces dernières (par exemple, l'adultère est illégal dans le cas des femmes mais ne l'est pas dans certaines circonstances dans le cas des hommes; de même alors que le Code législatif stipule qu'en cas de décès de l'époux, 30 % de son patrimoine va à la femme, dans la pratique celle-ci perd souvent tous ses droits à l'héritage) ».

¹⁴⁸ R. DEGNI-SEGUI, op. cit., p. 247.

¹⁴⁹ Cour Suprême du Niger, Chambre Constitutionnelle, Arrêt n°96-08/CH. CONS. du 27 juillet 1996.

¹⁵⁰ Cour Suprême du Niger, Chambre Constitutionnelle, Arrêt n°96-06/CH. CONS. du 16 juillet 1996.

¹⁵¹ Ce droit et ce devoir étaient consacrés par l'article 6 de la Constitution du Niger du 26 décembre 1992.

constitutionnel du pouvoir personnel dans l'exercice du pouvoir d'Etat¹⁵² ? Le juge travestit son office chaque fois qu'il interprète la Constitution comme impliquant pour une autorité ou un individu « un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés »¹⁵³.

La Constitution contrefaite légalise mécaniquement les agissements des gouvernants, légitime l'abus de pouvoir. Mais la Constitution revue par les juges africains peut, à l'inverse, fertiliser ou engendrer des mécanismes de contrôle du pouvoir.

2- La Constitution bonifiée

Certaines cours activistes complètent la Constitution pour mieux la servir. Elles préfèrent enrichir les énoncés constitutionnels plutôt que de se cantonner à une application littérale ou émollissante du texte suprême qui pourrait desservir les préceptes du constitutionnalisme libéral. Ces additifs indigènes viennent sporadiquement réduire à peau de chagrin la marge d'appréciation des gouvernants et étendre corrélativement les compétences du juge.

La Constitution est bonifiée lorsqu'une cour dégage l'esprit antiautoritaire d'un énoncé pour lui « donner une extension que n'impliquait pas nécessairement la seule lecture »¹⁵⁴. C'est souvent la volonté de concrétiser un ordre fondamental en totale rupture avec l'ancien régime¹⁵⁵ et de prévenir tout contournement de cet ordre qui transparaît d'un ajout jurisprudentiel. Le juge peut opportunément pallier l'incomplétude du texte suprême, à l'instar de la Cour constitutionnelle du Gabon en 1999. Saisie par le Premier ministre d'une demande d'interprétation, elle a relevé que la réglementation constitutionnelle de la procédure budgétaire comportait une lacune qu'il était impérieux de combler : aucune disposition « ne traite du cas de défaillance imputable au Gouvernement, lorsque celui-ci ne serait pas arrivé à déposer le projet de loi de finances dans les délais requis ». La Cour, en s'inspirant du souci du Constituant d'assurer en toutes circonstances le fonctionnement régulier des institutions, a édicté une réglementation additionnelle détaillée¹⁵⁶ attribuant un rôle décisif au Parlement dans un système dominé par l'exécutif. En bonifiant la Constitution par un redoublement des contraintes qui pèsent sur le pouvoir, certaines cours africaines s'aventurent hardiment sur le terrain politique. Au Sénégal, la décision récente¹⁵⁷ de censure partielle de la « loi Ezzan », une loi d'amnistie fort controversée, illustre cette tendance. L'opposition stigmatisait un texte voté pour « assurer l'impunité et l'injustice et non le pardon » aux auteurs d'infractions liées aux élections ou ayant une motivation politique commises entre le 1^{er} janvier 1983 et le 31 décembre 2004. Le Conseil constitutionnel a fait œuvre pédagogique, d'abord en clarifiant la notion d'amnistie dans des termes classiques, ensuite en indiquant que la Constitution reconnaissait bien à une majorité parlementaire la prérogative exceptionnelle d'effacer le caractère délictueux de faits déterminés mais exclusivement « dans un but d'apaisement politique ou social ». Sur ces bases, le Conseil a opéré un contrôle du détournement de pouvoir, pour vérifier la constitutionnalité de l'amnistie particulière des infractions liées au décès en 1993 de Babacar Sèye, vice-président du Conseil constitutionnel. Puisqu'il ressortait des travaux préparatoires, notamment de l'exposé des motifs

¹⁵² Par référence au Préambule et aux articles 2 et 5 de la Constitution du Niger du 12 mai 1996.

¹⁵³ Une telle interprétation est expressément proscrite par l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, déclaration mentionnée par le Préambule de la Constitution du Niger du 12 mai 1996.

¹⁵⁴ P. PACTET, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jacques Robert, op. cit.*, p. 290.

¹⁵⁵ Cette volonté est en général tacite. Par exception, le Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, dans sa Décision n°14 DC du 16 février 1993, Rec. p. 55, a estimé que, s'agissant de la Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication, « l'esprit qui a prévalu à l'installation d'une telle institution résulte indubitablement de la confiscation de la liberté de presse par l'ancien régime et ce pendant plusieurs années ».

¹⁵⁶ Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°006/CC/99 du 12 novembre 1999, Rec. p. 81. L'exécutif ayant respecté ladite réglementation, la Cour, par Décision n°001/00/CC du 14 janvier 2000, Rec. p. 105, a rejeté un recours ultérieur de l'opposition parlementaire dirigé contre la loi de finances pour 2000.

¹⁵⁷ Conseil Constitutionnel du Sénégal, Décision du 12 février 2005, *Le Quotidien 15 février 2005*. Voir le commentaire de I. M. FALL, *Le Soleil 2 mars 2005*.

de la proposition de loi d'amnistie, que le législateur avait poursuivi « un objectif de protection des intérêts d'une famille et des proches du défunt », le Conseil a prononcé la censure. C'est là un curieux blâme adressé à la majorité présidentielle car l'article 2 censuré faisait double emploi avec l'article 1er validé ; par conséquent, la loi d'amnistie promulguée interdit en tout état de cause de faire la lumière sur l'affaire Sèye...

Plus troublante sur le plan des principes est la propension, réelle mais non assumée, de certains juges à corriger une Constitution écrite insuffisamment protectrice des principes libéraux qu'elle consacre. En 1995, la Cour constitutionnelle du Bénin a ainsi enjoint au législateur organique de favoriser la dépolitisation de la magistrature : « l'article 125 de la Constitution affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire ; ... pour garantir cette indépendance, le Conseil supérieur de la magistrature doit jouer un rôle prééminent ; ... les avis qu'il est appelé à donner dans ce cadre *lient le Chef de l'Etat* ; ... dès lors, l'avis mentionné à l'article 129 [préalable à la nomination des magistrats] doit s'entendre « avis conforme » »¹⁵⁸. L'Assemblée nationale a d'abord refusé de se plier à cette interprétation constructive audacieuse, ce qui a entraîné une nouvelle censure en 1996 ; elle a fini par s'incliner de mauvaise grâce deux ans plus tard¹⁵⁹. C'est avec malice que le professeur Glélé, « père » de la Constitution et conseiller à la Cour, a commenté cette jurisprudence : il a souligné son antériorité par rapport aux préconisations analogues faites en France par la Commission Truche en 1997 ; il a aussi soutenu que la jeune Cour béninoise devait « faire œuvre créatrice en collant de très près aux textes fondamentaux »¹⁶⁰. Une telle assertion ne revient-elle pas à admettre que la Constitution « dit » ce que son interprète authentique juge approprié pour enraciner plus sûrement un système de freins et de contrepoids dans cette période d'apprentissage de la démocratie et de l'Etat de droit ?

Le même militantisme explique certaines décisions par lesquelles une cour africaine s'autorise à étendre ses compétences, parfois bien au-delà du texte de la Constitution, en tout cas de manière inattendue pour le constitutionnaliste de l'ancienne métropole. A Madagascar et au Bénin, l'étroit juridisme du régime des décisions de nomination à la cour constitutionnelle a de quoi surprendre ; elles ne bénéficient, en effet, d'aucune immunité juridictionnelle, en dépit de leur caractère politique. La Cour suprême malgache¹⁶¹, reprenant une ancienne règle écrite¹⁶², a accepté de connaître, au cours de la crise de 2002, de recours contre un décret présidentiel constatant le choix de membres de la Haute cour constitutionnelle. Le juge de l'excès de pouvoir a rejeté les exceptions d'incompétence *ratione materiae* formulées par le représentant de l'Etat ; il a considéré que le décret litigieux n'était pas un acte de gouvernement, et qu'il ne reposait pas sur des actes parlementaires soustraits à son contrôle. Le refus circonstancié de transposer la solution française de l'immunité a débouché sur l'annulation du décret en raison de l'illégalité externe des actes qu'il prolongeait : l'omission d'une formalité substantielle avait vicié l'élection de juges par le Conseil supérieur de la magistrature ; et les désignations faites par les présidents des assemblées étaient entachées d'incompétence, puisqu'il appartenait à chaque assemblée en corps d'y pourvoir¹⁶³. Au Bénin, c'est la Cour constitutionnelle qui s'est reconnue compétente pour trancher tout contentieux portant sur la régularité, tant formelle que

¹⁵⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 95-027 du 2 août 1995, Rec. p. 139.

¹⁵⁹ Voir Cour constitutionnelle du Bénin, Décisions DCC 96-048 du 6 août 1996, Rec. p. 217, et DCC 98-075 du 30 septembre 1998, Rec. p. 363. Avant de voter la mise en conformité avec la Constitution de la loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, les députés se sont plaints publiquement du « terrorisme intellectuel » de la Cour ! La Cour, Décision DCC 02-012 du 19 février 2002, a dû rappeler l'exigence d'un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature lors de l'examen de la loi organique sur le statut de la magistrature.

¹⁶⁰ M. A. GLELE, « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? », *op. cit.*, pp. 329-330.

¹⁶¹ Cour suprême-Chambre administrative, Arrêt n°3 du 10 avril 2002.

¹⁶² Voir en ce sens F. MODERNE, « Le Conseil supérieur des institutions de la République Malgache », *Annales de l'Université de Madagascar – Faculté de droit et des sciences économiques*, n°5, 1967 p. 25.

¹⁶³ Pour une analyse plus complète et sur les suites de l'arrêt, voir A. R. RAJAONA, « Le juge, les urnes et la rue. Figures judiciaires et variations juridiques autour de la crise politique malgache (janvier-juin 2002) », *Revue Juridique et Politique*, 2003-n°4, p. 391 et s..

substantielle, de la nomination de ses membres au regard du bloc de constitutionnalité. Cette jurisprudence, inaugurée en 1992-1993 par la Cour provisoire pour permettre l'installation de la Cour définitive¹⁶⁴, procède d'une sorte d'autorégulation¹⁶⁵ corporative depuis qu'elle a été appliquée aux renouvellements de 1998 et 2003¹⁶⁶. Les conseillers, dont le sort est suspendu à la décision de la Cour, s'abstiennent de siéger de manière à lever les soupçons de partialité. La sanctuarisation subséquente de la « tour de contrôle des institutions »¹⁶⁷ ne paraît pas réellement contestée ; pourtant, l'annulation en 1998 de la reconduction d'Elisabeth Pognon, alors présidente de la Cour, a mis en exergue le risque de règlements de comptes internes.

Lorsqu'une cour constitutionnelle, sur le fondement de compétences déduites, censure un acte majeur, le sort de la Constitution bonifiée - voire celui de la cour - dépend de toute une série de facteurs : de la réaction du pouvoir politique désavoué, du moment où est intervenue la censure et de la facture de la décision. L'extension prétorienne du contrôle des gouvernants n'a de chances de s'ancrer que dans les régimes où « la référence aux normes et à la légalité est [réellement] devenue un passage obligé de la légitimité »¹⁶⁸. Les exemples du Mali et du Niger permettent de s'en convaincre. En 2001, la Cour constitutionnelle malienne, sur saisine parlementaire, s'est reconnue compétente pour contrôler, avant sa soumission à référendum, une loi de révision de la Constitution votée par l'Assemblée nationale¹⁶⁹. Elle a invoqué à la fois l'article 88 de la Constitution qui prévoit le contrôle facultatif des lois « autres » que les lois organiques et l'article 85 qui la désigne comme l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Invitée par les requérants à exercer un plein contrôle, la Cour a refusé d'apprécier le contenu de la loi de révision au regard des réserves émises par elle dans l'exercice de sa fonction consultative¹⁷⁰ ; elle a limité ses investigations au respect des règles régissant la procédure de révision et à celui des limites matérielles à la révision. La loi de révision telle que publiée au journal officiel a été déclarée inconstitutionnelle pour cause de discordance avec le texte adopté par l'Assemblée nationale. Cet arrêt audacieux mais équilibré n'a pas suscité de polémique ; il est vrai qu'en décidant, une semaine après la saisine de la Cour, de surseoir au référendum, le Président Konaré avait pris une précieuse mesure d'apaisement¹⁷¹. Au Niger, la confrontation avec le pouvoir politique a tourné en 2002 au désavantage de la Cour constitutionnelle. Le Président Tandja, pour réprimer une mutinerie militaire à Diffa, avait pris deux décrets, l'un proclamant la mise en garde dans la région, l'autre interdisant et punissant « la propagation par tout moyen de communication, d'informations ou d'allégations de nature à nuire à la mise en œuvre des opérations de défense nationale »¹⁷². Saisie par l'opposition parlementaire, la Cour constitutionnelle a usé de son rôle d'interprète de la Constitution pour déclarer inconstitutionnels, le 6 septembre 2002, les deux décrets ; elle a estimé que le Président de la République ne pouvait prendre de telles mesures qu'en application

¹⁶⁴ Voir S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin, op. cit.*, p. 621 et s..

¹⁶⁵ Expression de A. I. SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines, op. cit.*, p. 134.

¹⁶⁶ Décisions DCC 98-052 du 29 mai 1998, Rec. p. 257, DCC 98-053 du 1^{er} juin 1998, Rec. p. 265, DCC 98-054 du 1^{er} juin 1998, Rec. p. 269, DCC 98-060 du 4 juin 1998, Rec. p. 295, DCC 98-062 du 5 juin 1998, Rec. p. 307, DCC 02-021 du 28 mars 2002, DCC 03-080 du 26 mai 2003, DCC 03-082 du 26 mai 2003, et DCC 03-092 du 4 juin 2003.

¹⁶⁷ S. DOSSOUMON, « La Cour constitutionnelle, une tour de contrôle des institutions », in *Connaître la Constitution béninoise*, Séminaire de formation, UJPB, FKA, 22 et 23 juillet 1994.

¹⁶⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *op. cit.*, p. 252.

¹⁶⁹ Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001.

¹⁷⁰ Cour constitutionnelle du Mali, Avis n°01-001 du 4 octobre 2001. Consultée au titre de l'article 41 de la Constitution du 25 février 1992 relatif au référendum d'initiative présidentielle (cet avis n'est pas prévu par l'article 118 sur la révision !), la Cour a émis de sérieuses réserves : - sur la réécriture de certains articles relatifs aux droits et libertés ; - sur la suppression de la consultation obligatoire de la Cour avant un référendum ; - sur la possible introduction d'un mode de scrutin mixte pour les élections législatives, innovation destinée à « casser » l'Arrêt CC 96-003 du 25 octobre 1996 de la Cour ; - ou encore sur un nouveau régime plus restrictif de responsabilité du chef de l'Etat et des membres du Gouvernement.

¹⁷¹ Discours à la Nation du 20 novembre 2001, *L'essor 21 novembre 2001*.

¹⁷² Décrets n°2002-208/PRN/MDN du 31 juillet 2002 proclamant la mise en garde dans la région de Diffa et n°2002-210/PRN/MDN du 5 août 2002 portant mesures particulières dans le cadre de la mise en garde, Journal officiel de la République du Niger, 15 octobre 2002.

de l'article 53 de la Constitution lui conférant des pouvoirs exceptionnels¹⁷³. Cet arrêt était légitime, en ce sens qu'il entendait neutraliser une dérive autoritaire ; mais, faisant suite à de nombreuses censures, il comportait des failles juridiques exploitées par le conseil des ministres extraordinaire du 10 septembre¹⁷⁴ : en l'absence de quorum, la Cour, incompétente à l'égard des actes de l'exécutif, s'était autorisée à prendre un arrêt là où la Constitution lui impose d'émettre un avis¹⁷⁵. Ces critiques ont entraîné le lendemain la démission du Président et du vice-Président de la Cour ; après l'engagement de poursuites contre des professionnels de la presse, la mise en garde a fini par être levée le 23 septembre¹⁷⁶. C'était là l'entame d'une guérilla, toujours d'actualité, entre l'exécutif et la Cour...

La Constitution est reproduite et revue par les juges qui, en Afrique comme en Occident, donnent parfois « de la Constitution une interprétation si personnelle qu'elle paraît refléter autant leurs vues propres que celle des constituants »¹⁷⁷. Un tel fondamentalisme expose la Constitution des juges à être « cassée » par la Constitution des politiques.

*

Chacune des constitutions « made in » Afrique n'est pas « un texte fermé, clos, fini au moment où il est produit, mais un acte ouvert, et en formation continue »¹⁷⁸. Les politiques, avec passions et calculs, les juges, avec audace et prudence, fabriquent et re-fabriquent la Constitution à fins de solutionner les problèmes autochtones. Sans angélisme ni scepticisme, il est possible de rendre compte méthodiquement, avec les outils de la science du droit, de ces réalités, encore largement méconnues ou délibérément ignorés. Cela implique d'en finir avec une approche consistant quasi-exclusivement à critiquer les producteurs et interprètes des constitutions africaines, parce qu'ils s'inspirent de l'expérience des « autres » et usent de techniques éprouvées « ailleurs ». Car, pour les peuples, « peu importe en définitive que nous soyons en présence d'un droit « d'importation » ou d'un droit de pure « fabrication » locale s'il ne parvient pas à réaliser les aspirations majoritaires »¹⁷⁹. On ne saurait plus longtemps ignorer que le syncrétisme laisse poindre de véritables innovations, une version africaine d'un constitutionnalisme pris dans les tourbillons de la mondialisation juridique. Pour toutes ces raisons, il urge de prendre au sérieux les constitutions africaines d'aujourd'hui !

Mai 2005

¹⁷³ Cet article de la Constitution du 9 août 1999, inspirée de l'article 16 de la Constitution française de 1958, impose en particulier la consultation du Premier ministre et des présidents de l'Assemblée nationale, de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême avant la prise de mesures exceptionnelles. En l'espèce, aucune consultation n'avait eu lieu.

¹⁷⁴ Communiqué du Conseil des ministres extraordinaire du 10 septembre 2002, <http://www.afrique-express.com>.

¹⁷⁵ L'article 114 de la Constitution du 9 août 1999 est sans ambiguïté : « La Cour Constitutionnelle émet des avis sur l'interprétation de la Constitution lorsqu'elle est saisie par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale ou un cinquième (1/5) des Députés. En aucun cas ces avis ne peuvent revêtir la forme d'un arrêt. »

¹⁷⁶ Décret n°2002-237/PRN/MDN du 23 septembre 2002 mettant à la mise en garde proclamée dans la région de Diffa, Journal officiel de la République du Niger, 15 octobre 2002.

¹⁷⁷ F. HAMON, C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 171.

¹⁷⁸ D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁹ M. MBORANTSUO, *Cours constitutionnelles africaines et Etat de droit, op. cit.*, p. 128.