

**Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre
constitutionnel en Afrique**

LES TENDANCES EMERGENTES DU NOUVEL ORDRE
CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE

Par Frédéric Joël AÏVO

*Agrégé des facultés de Droit
Professeur de droit public à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin)
Président de l'Association Béninoise de Droit Constitutionnel*

RESUME

Cette réflexion est un regard croisé sur les pratiques constitutionnelles des Etats africains. Elle reprend principalement les caractéristiques de l'Etat du droit constitutionnel en Afrique. L'analyse que propose cette réflexion s'appuie sur la situation des Etats africains à partir des voyants constitutionnels et législatifs mais aussi de leur pratique de la démocratie.

Cette présentation est en quelque sorte à la fois une photo de situation de l'ordre constitutionnel imprimé en Afrique par les processus de démocratisation des années 1990. Elle sera perçue et analysée au moyen de plusieurs entrées croisées mais complémentaires. *Premièrement*, la suprématie de la constitution ; *deuxièmement*, le système partisan ; *troisièmement*, le droit des élections, *quatrièmement*, l'autorité de la loi, *cinquièmement*, les droits de la personne humaine, *sixièmement*, l'encadrement de la fonction présidentielle, *septièmement*, la séparation des pouvoirs, et enfin *huitièmement*, le contrôle de constitutionnalité.

Cependant, l'examen du nouvel ordre constitutionnel appelle des observations de fond qu'il est possible de structurer autour de deux pôles : le premier est celui des *lignes de fond structurelles* (I) et le second, celui des *lignes variables mouvantes* (II).

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Abstract

This reflection is a fresh perspective on constitutional practices in African states. It brings together mainly the features of the rule of constitutional law in Africa. The analysis offered by this reflection relies on the situation of African states, starting from constitutional and legislative lights, as well as their practice of democracy.

This presentation is, in a way, and at the same time, a picture of the status of the constitutional order printed in an Africa backdrop by the democratization process of the 90ies. It will be perceived and analyzed by means of several crisscrossing, though complementary. *First*, constitution supremacy; *Second*, the party system ; *third*, law of elections, *fourth*, the rule of law , *fifth*, the rights of the human person , *sixth* , supervision of the presidential office , *seventh*, separation of powers , and finally *eight*, the control of constitutionality.

However, the consideration of the new constitutional order gives rise to substantive comments that can be structured around two pivots: the first is that **structural base lines** (I) and the second is the **variable shifting lines** (II).

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

التوجهات الجديدة للنظام الدستوري في إفريقيا

الأستاذ فريدريك جويل أيفو

استاذ القانون العام ، جامعة أبومي كلافي البييين

ملخص:

إن هذا التفكير هو رؤية جديدة للممارسات الدستورية في الدول الإفريقية، فهو يجمع في الأساس مميزات دولة القانون في إفريقيا. إن التحليل الذي تقترحه هذه الرؤية يقوم على الوضع السائد في الدول الإفريقية، انطلاقاً من مؤشرات دستورية وتشريعية ومن ممارستها الديمقراطية.

إن هذا العرض هو عبارة عن انعكاس لواقع النظام الدستوري منطبق على خلفية إفريقية من خلال مسار الديمقراطية الذي شهدته سنوات التسعينات. وسيتم تناوله بالنظر والتحليل من خلال عدة تداخلات متشابكة، غير أنها تصب في قالب واحد وتكمل بعضها البعض. ففي المقام الأول، سمو الدستور. ثانياً، نظام الحزب. ثالثاً، قانون الانتخابات. رابعاً، سلطة القانون. خامساً، حقوق الإنسان. سادساً، تأطير الوظيفة الرئاسية. سابعاً، الفصل بين السلطات. وثامناً وأخيراً، الرقابة الدستورية.

غير أن دراسة النظام الدستوري الجديد تسترعي ملاحظات في الصميم يمكن هيكلتها في قطبين: يتعلق الأول بالخطوط الأساسية البنوية، والثاني بالخطوط المتغيرة المتحركة.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

INTRODUCTION

Le passage de l'autoritarisme au pluralisme politique vers la fin des années 1980 en Afrique, fut déterminé par une conjonction de faits et d'évènements politiques majeurs qui ont marqué le XX^e siècle alors finissant. Ceux-ci résultent essentiellement du croisement des dynamiques de libération politique interne aux Etats africains eux-mêmes, et du rapport de forces favorables aux démocraties libérales. L'Afrique n'est donc pas restée en marge des bouleversements imposés par l'effondrement des démocraties populaires, car la principale conséquence de la fin de la bipolarisation du monde fut pour les Etats africains, notamment ceux d'expression française, la réorganisation de leurs systèmes politiques.

La fin des années 1980 et l'amorce de 1990 virent l'Afrique basculer dans le cycle des mutations constitutionnelles qui reconfiguraient alors un monde de moins en moins bipolaire. Au plan international, les années 1980 finissant montrent les premières fissures du bloc de l'Est. Celles-ci sont exacerbées par les options libérales de M. Gorbatchev, nouveau locataire du Kremlin. Le « *gorbatchévisme* » a scellé le sort du communisme et laisse l'initiative à l'Occident. Ces mutations sont la conséquence de la politique de désoviétisation de l'URSS. Elles s'amorcent un peu partout dans le monde et transcendent les clivages idéologiques et les réalités géopolitiques de la guerre froide qui semblaient alors jusque-là, intangibles. Elles emportent les régimes mono partisans africains.

L'Afrique où pullulent nombre de régimes monolithiques, résistait aux principes classiques de la démocratie libérale. Nombre de pays africains avaient alors clairement renoncé à asseoir leur système politique sur la séparation des pouvoirs, la dévolution concurrentielle du pouvoir, la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

garantie de la suprématie de la loi fondamentale, etc. Mais le paradoxe politique est qu'à cette époque, même les Etats africains qualifiés de « *systèmes politiques à tendance réformiste* », par opposition à ceux « *à tendance révolutionnaire* » fonctionnent en réalité sur les principes de la monopolisation du pouvoir d'Etat. C'est donc dire qu'en vérité, en dehors de l'organisation économique qui peut paraître libéralisée dans les « *systèmes politiques à tendance réformiste* », la très grande majorité des Etats africains obéissent tous, dans leur pratique du pouvoir, à la logique de l'autoritarisme.

C'est dans ces conditions qu'a éclaté la crise des systèmes politiques et que s'est enclenché sur l'ensemble du continent l'ouverture au pluralisme politique. Les procédés d'ouverture ne furent guère les mêmes. Ils varient, certes d'un Etat à un autre mais ont la même finalité : assurer la sortie du monopartisme et arrimer les Etats en cause à la marche de la démocratie.

Ainsi, au plan politique, au cours des deux dernières décennies, les Etats ont dans la grande majorité, connu des mutations sans précédent. Celles-ci affectent principalement l'Etat, son organisation et son fonctionnement. Mais c'est surtout les modalités d'organisation de l'Etat qu'il convient de mettre en évidence. Ce sont d'une part, les valeurs et principes et d'autre part, les outils juridiques qui ont subi des changements de fond et qui permettent d'attester du passage d'un ordre constitutionnel à un autre. Ainsi, dans la littérature savante du droit constitutionnel, il est convenu de parler du nouveau constitutionnalisme qui s'est substitué à un autre, l'ancien. En d'autres termes, le début des années 1990 a consacré une nouvelle ère politique imprimée par un ordre constitutionnel libéral. L'évaluation à mi-parcours de ce processus de libéralisme politique permet aujourd'hui de mesurer la profondeur des mutations constitutionnelles, de bien observer les

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

tendances lourdes de ce nouvel constitutionnel et d'envisager les accélérations qu'il a subi dans la pratique.

Dans cet ordre d'idées, il sera nécessaire d'ordonner l'étude autour d'une démarche à plusieurs temps. Ils reprendront les *lignes de fond structurelles* (I) de cette accélération et celles qui peu stabilisées, peuvent être considérées comme des *lignes de fond mouvantes* (II).

LES LIGNES DE FOND STRUCTURELLES

Sur cette question essentielle, plusieurs éléments peuvent être retenus. Ce sont successivement la suprématie de la constitution, le contrôle de constitutionnalité de la loi et la garantie de l'alternance.

1. La suprématie normative de la Constitution

L'histoire politique du continent est riche et mouvementée. Elle a été marquée par une instabilité politique chronique et une succession de cycles constitutionnels. L'instabilité politique qui n'a épargné que très peu d'Etats en Afrique est le fait de ruptures de légalité constitutionnelle. Cette instabilité a été provoquée, prolongée et installée par une série de coups d'Etat militaires, de crises politiques aiguës et de conflits armés violents. Les coups d'Etat, principal facteur d'instabilité en Afrique, sont de plusieurs ordres. On en dénombre plusieurs dizaines.

Cependant, malgré cette instabilité et les infortunes ou aventures politiques qui s'en suivent, les Etats africains ont toujours fondé l'organisation de l'Etat et ses activités sur une loi fondamentale. Ainsi quel que soit l'Etat considéré, et en dépit des principes politiques qui sous-tendent l'organisation des Etats, la Constitution y a toujours été déterminée comme le socle de l'ordre juridique et donc comme la loi suprême. Il en a été ainsi

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

depuis 1957, date de l'accession du Ghana à la souveraineté internationale. Depuis lors, tous les Etats qui, en 1958 pour la Guinée, et 1960 pour le reste, accédèrent à l'indépendance se sont dotés d'une constitution écrite et pour la plupart rigide.

Le constituant en a fait non seulement la loi suprême de l'Etat mais aussi et surtout celle qui organise matériellement les institutions politiques, fixe leurs compétences, organise leurs rapports entre elles et avec les citoyens. Cette tendance traditionnelle de la constitution correspond aux lois fondamentales de l'ancien constitutionnalisme qui a eu cours jusqu'à la fin des années 1980. Mais cette conception de la constitution a considérablement évolué. Les constitutions adoptées dès l'ouverture des systèmes africains au pluralisme politique ont désormais une triple vocation : celle *premièrement* d'organiser l'Etat et ses institutions, *deuxièmement* de protéger les libertés fondamentales et enfin *troisièmement* d'enraciner l'ensemble de l'ordre juridique dans le marbre de la constitution.

Quoi qu'il en soit, et quel que soit l'Etat, l'on observe que les Etats accordent à la constitution une place prépondérante dans l'ordre juridique. Elle est placée au sommet de la hiérarchie des normes et son application prévaut sur tous les instruments juridiques d'origine interne. Certains cas particuliers illustrent désormais cette tendance dominante qui consacre la primauté du fait juridique sur le fait politique, du droit sur la politique.

Au *Nigeria*, L'article 1 de la Constitution de 1999 prévoit la suprématie de la Constitution sur tout autre texte. Elle se traduit par l'autorité accordée aux dispositions constitutionnelles. Dans l'ordre fédéral, elles sont contraignantes pour toutes les autorités et les personnes ; Par exemple, on en déduit que les institutions fédérales et toutes les parties de la population ne

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

peuvent être régies, prises ou contrôlées par une personne ou un groupe de personnes, sauf en conformité avec les dispositions de la constitution ; et que, dans le cas de toute autre loi est incompatible avec les dispositions de la constitution, toute autre loi est nulle dans la mesure de son incohérence.

Il est presque de même en droit *Burkinabè*, au *Ghana*, en *Guinée* et en *Sierra léonaise*.

Au *Burkina Faso*, la suprématie de la Constitution et sa primauté dans l'ordre juridique interne sont traduites d'une part, par le caractère obligatoire de son application et surtout par l'instauration du contrôle de constitutionnalité de la loi.

Au *Ghana*, la Constitution de 1992 est sans équivoque sur sa propre suprématie normative et la primauté de ses dispositions. La suprématie de la constitution est prévue par les articles 1, 2, 3, 35, 37 (1) et 41 (b) de la Constitution. La principale clause de suprématie est l'article 1. Elle est péremptoire : « *la Constitution est la loi suprême du Ghana et de toute autre loi jugée incompatible avec une disposition quelconque de la présente Constitution doit, dans la mesure de l'incompatibilité, être annulée* ». L'implication immédiate de ce principe est d'une part, le contrôle de conformité de toute norme inférieure et d'autre part, le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité de toute loi. L'article 2 de la Constitution ghanéenne confie ce pouvoir de contrôle exclusivement à la Cour suprême du Ghana. Comme inhérents à la lettre de l'article 2 (1), il implique également que les pouvoirs législatifs du Parlement du Ghana sont limités et que la Cour suprême peut censurer les lois du Parlement et ceux des précédentes législatures, comme toutes les lois applicables au Ghana sont assujetties à la suprématie de la Constitution.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

En *Guinée*, la constitution de 2010 affirme dans son préambule la volonté du peuple à tirer « les leçons de son passé et des changements politiques intervenus depuis lors ». En conséquence, sans ambiguïté elle dispose en son article 2 que « la souveraineté s'exerce conformément à la constitution qui est la Loi suprême de l'État. Toute loi, tout texte réglementaire et acte administratif contraires à ses dispositions sont nuls et de nul effet ». Elle charge le Président de la République de veiller au respect de la constitution (art. 45) et une juridiction constitutionnelle d'en sanctionner les violations mais aussi de faire barrage à l'entrée en vigueur de tout texte qui lui est contraire.

En *Sierra Leone*, la section 171 (15) de la Constitution pose le principe de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne de l'Etat. Elle dispose ainsi que tout texte de loi incompatible avec les dispositions constitutionnelles est nul et de nul effet dans la mesure de son incohérence. En outre, dans la suite logique de cette primauté accordée au texte de la constitution, le constituant sierra léonais a prévu les mécanismes de sa garantie. L'article 127 institue un contrôle de conformité de la loi à la constitution et habilite tout citoyen à déférer devant le juge de la Cour suprême, pour contrôle de constitutionnalité une loi incohérente.

On le voit, la suprématie de la constitution dans l'ordre interne des Etats et sa primauté sur les autres actes normatifs est une constante. Elle est aujourd'hui une tendance lourde du nouveau constitutionnalisme africain et peut, au regard du passé politique de l'Afrique être qualifiée de tendance émergente.

Mais à cette lecture formaliste qui prend acte de l'affirmation du principe dans la plupart des textes constitutionnels, il convient d'opposer la pratique

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

constitutionnelle des Etats. Certes, l'analyse des textes constitutionnels en vigueur autorise à soutenir que l'Afrique est une terre d'accueil du constitutionnalisme libéral. Elle promet désormais non seulement la Constitution, comme un moyen de limitation du pouvoir des gouvernants, de garantie des droits humains, mais elle rend aussi son respect et son application obligatoires. Néanmoins, il s'impose de nuancer cette vue théorique tirée des textes par une autre plus pragmatique tirée de l'expérience et de la pratique dans ces Etats.

En tout état de cause, et quelle que soit la conclusion que l'on dégage de l'autorité progressivement acquise par la Constitution en Afrique, il semble tout de même opportun de soutenir que l'instauration de régimes pluralistes a considérablement contribué à faire reculer l'arbitraire, l'impérialisme du politique qui pouvait décider d'outrepasser ou de contourner telle ou telle autre disposition constitutionnelle contraire à l'intérêt du parti au pouvoir. L'un des exemples les plus illustratifs de ce propos est celui en Guinée sous le Président Sekou Touré. La constitution y avait qu'une valeur formelle car il est arrivé que le Parti unique au pouvoir s'arroge le droit que la constitution ne lui conférait pas. Ainsi, en a-t-il été de la révision de la constitution par le parti unique en 1974 en lieu et place du parlement auquel revient ce droit aux termes de l'article 49 de la Constitution. Cette révision visait à permettre au Président de se présenter pour un troisième mandat et de doubler les effectifs du parlement qui à l'époque étaient de 75 députés

De ce fait, la suprématie de la constitution sur toute norme désormais consacrée dans le droit positif des Etats en Afrique doit être considérée comme une ligne de fond stabilisée. Elle ouvre quelques avantages : le *premier* est qu'elle offre aux citoyens quelques garanties de sécurité

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

juridique. Le *second* est que la suprématie normative de la constitution limite juridiquement la marge de manœuvre du politique et le *troisième* est qu'elle met le citoyen à l'abri de tout risque d'arbitraire.

2. *La garantie juridictionnelle de la constitution*

A la suprématie normative de la constitution, fait désormais écho sa garantie juridictionnelle. Les deux sont inséparables, car l'une induit l'autre. La nécessité de garantir le respect de la constitution pousse irrémédiablement à la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle et de subordination de l'œuvre législative à l'autorité de la Constitution. Elle voit émerger sur l'ensemble du continent, un nouveau juge. Il est habilité par le constituant à faire respecter la loi fondamentale. Et dans certains, ce qui interpelle, c'est, malgré les résistances et les obstacles, la détermination de nombre d'entre ces juridictions à soumettre la loi à la constitution et au-delà, à cantonner le pouvoir politique dans les limites des marges que lui reconnaît la constitution.

Le contrôle de constitutionnalité est la technique par laquelle un juge confronte les lois à la constitution afin d'en vérifier la constitutionnalité et d'autoriser son application. Ce contrôle est considéré comme une fonction de la justice constitutionnelle qui est conçue différemment en fonction des traditions juridiques des Etats. La doctrine oppose généralement le *modèle américain* à celui *européen*. Ce contrôle est exercé soit par un juge ordinaire, celui de la Cour suprême pour les Etats africains de tradition anglo-saxonne soit par un juge constitutionnel spécialisé dans ce type de contrôle, c'est le cas des Etats africains francophones.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

La fonction principale de ce contrôle est d'assurer l'unification de l'ordre juridique par le contrôle de conformité à la constitution des normes juridiques subordonnées. Ce contrôle est généralement considéré comme la fonction majeure des juridictions constitutionnelles et une fonction vitale de la démocratie. Lorsque Hans Kelsen systématise sa conception de la hiérarchie des normes, permettant ainsi à la norme supérieure de fonder la validité de la norme inférieure, on comprend vite que la constitution pose les conditions d'édiction et de validité des normes subordonnées. C'est ce qui fonde le contrôle de constitutionnalité de la loi qui a ainsi pour but de purger l'ordre juridique de tout acte contraire à la loi fondamentale.

Une autre fonction tout aussi importante du contrôle est *la protection des droits fondamentaux*. Il s'agit d'une fonction déduite de l'évolution récente de la justice constitutionnelle. Elle consiste à vérifier l'application du droit substantiel, c'est l'ensemble des droits et libertés individuels et collectifs garantis par la constitution. Parmi les fonctions du juge de la constitutionnalité, la protection des droits fondamentaux est aujourd'hui mise en avant comme la forme la plus achevée de l'Etat de droit.

L'institution du contrôle de constitutionnalité est pour ainsi dire une autre ligne de fond du nouveau constitutionnalisme africain. Il est généralisé en droit constitutionnel africain comparé comme le montre l'activité des Cours constitutionnelles du Bénin, du Mali, du Niger, du Togo ou des Conseils Constitutionnels d'Algérie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal etc. Quelques Etats comme le Nigeria, le Ghana, la Sierra Leone connaissent aussi ce type de contrôle mais avec des modalités différentes. Mais à l'opposé des Etats francophones, la fonction est exercée par une juridiction ordinaire compétente aussi pour trancher les litiges civils.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

I- LES LIGNES DE FOND MOUVANTES

Sont en cause ici quelques-unes de ces avancées notées dans les droits constitutionnels africains. Mais contrairement aux précédentes, jugées structurelles, celles-ci restent mouvantes, car peu stabilisées, précaires et conditionnées à bien des égards. Ce sont notamment la séparation des pouvoirs, le droit des élections et enfin la garantie de l'alternance au pouvoir.

1. La séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est un principe d'ordre général et indissociable de la conception libérale de la démocratie. Elle est intimement liée à l'organisation des pouvoirs. Elle est déduite de l'idée autrefois défendue par Montesquieu que « *tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux exerçait les trois pouvoirs* ». D'où la nécessité de distinguer dans le pouvoir de l'Etat, trois fonctions essentielles : celle d'édicter par l'expression de la volonté générale, les normes, celle d'exécuter et d'appliquer les normes et enfin de juger ou plus précisément de sanctionner l'application desdites normes.

Aujourd'hui l'on a déduit de ce principe cardinal pour tous les régimes politiques, une règle simple : elle consiste pour toute constitution d'articuler le pouvoir politique autour d'abord, de la distinction des trois pouvoirs classiques, ensuite de leur indépendance organique et enfin de leur spécialisation fonctionnelle.

C'est en ces termes que les Constitutions des Etats africains ont disposé les institutions. L'on distingue formellement et presque uniformément les trois pouvoirs classiques : l'Exécutif, souvent incarnée par un Président de la République dont les pouvoirs varient en fonction de la nature du régime

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

politique ; Le Parlement à chambre unique dans certains Etats comme le Bénin, le Burkina Faso, le Niger, le Sénégal ou le Togo, ou à deux chambres comme, en Algérie, au Cameroun, au Nigéria etc. et enfin le Pouvoir judiciaire fait des cours et tribunaux à la tête duquel trône dans bien de cas une Cour suprême.

Au-delà de cette classification ordinaire, les constitutions africaines intègrent aussi dans l'organisation du pouvoir politique certains organes que l'on peut qualifier d'institutions d'équilibre ou de contre-pouvoirs. Ce sont notamment les Cours et Conseils constitutionnels qui ne sont pas toujours intégrés au pouvoir judiciaire, les Organes de régulation des Médias, les Conseils Economiques et Sociaux, les Médiateurs de la République et bien d'autres encore. Si ces organes n'ont pas, toutes, vocation à jouer intrinsèquement un rôle de contrepoids, leurs activités participent de l'équilibre général des pouvoirs et de la modération de la prééminence des pouvoirs exécutif et législatif.

Cependant, cette lecture mérite d'être nuancée, car formaliste et biaisée par la structuration froide des textes. Dans la pratique institutionnelle de la plupart des Etats, la séparation des pouvoirs est devenue une « pétition de principe » et l'action attendue des institutions de contrepoids presque un mythe. Au lieu de la séparation des pouvoirs, l'observation des systèmes politiques africains laisse apparaître un alignement des pouvoirs. A l'exception de quelques rares Etats, cet alignement, se traduit par l'abaissement volontaire ou conditionné du Parlement, la mise au pas de la justice au service du pouvoir Exécutif, l'impuissance du juge constitutionnel face à la majorité politique et l'effacement des autres organes.

Ainsi le phénomène partisan et plus spécifiquement la concordance des majorités présidentielle et parlementaire met en échec la fonction de la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

séparation des pouvoirs. Par le jeu de la majorité écrasante des partis au pouvoir, devenus dominants et presque uniques, le « *pouvoir n'arrête plus le pouvoir* ».

C'est pour cette raison que cette conclusion peut être esquissée. D'ailleurs, elle s'impose à quiconque se penche sur la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme en Afrique. ***D'abord***, il faut bien noter que le principe est une réalité dans le nouveau constitutionnalisme africain. ***Ensuite***, la séparation des pouvoirs est une tendance lourde qui traverse la structure de tous les régimes politiques en Afrique. ***Enfin***, la pratique du pouvoir et le fonctionnement des institutions inclinent davantage à parler d'intelligence des pouvoirs que de séparation des pouvoirs.

2. La consolidation du droit des élections

Depuis l'ouverture des systèmes politiques africains au pluralisme politique, les élections sont indubitablement devenues l'un des instruments de mesure de l'approfondissement des processus démocratiques. Un Etat est ainsi naturellement apprécié en fonction de la qualité de ses élections. Dans cette quête, on cherche à évaluer les élections au moyen de plusieurs critères : il s'agit en ***premier lieu***, d'auditer le cadre juridique des élections, c'est-à-dire spécifiquement les dispositions constitutionnelles et législatives qui encadrent les scrutins. En ***second lieu***, une élection est jugée démocratique, lorsqu'elle est considérée comme libre, transparente et sincère. C'est à l'aune de ces différents critères que les élections ont été appréciées dans les différents Etats. Il ressort de l'analyse des processus électoraux un constat et plusieurs considérations.

Le constat est celui de la très grande sensibilité des élections dans presque tous les Etats africains. En témoignent les nombreux troubles

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

sociopolitiques, des crises et parfois des conflits armés violents et meurtriers qui ont sanctionnés nombre de processus électoraux mal engagés, conduits sans consensus ou dont les résultats ont été contestés. Les cas du Nigéria en 2007 après l'élection du Président Yar'Adua, de la Côte d'Ivoire suite à la victoire du Président Ouattara en décembre 2010 et de la Guinée illustrent parfaitement cette réalité.

Comme il s'impose de le constater en Afrique, depuis les transitions démocratiques des années 1990, le principe des élections pluralistes, concurrentielles, libres et transparentes a été clairement acté dans les constitutions africaines. Il apparaît même aujourd'hui, autant que les droits de l'homme, comme un baromètre de la crédibilité des systèmes constitutionnels.

Cependant, si le principe est consacré dans les droits constitutionnels africains, l'élection est le véritable talon d'Achille des Etats en Afrique.

L'élection est à la fois l'indicateur d'une bonne pratique démocratique, mais aussi et surtout un facteur clé de stabilité et de pacification des Etats. C'est pour cette raison, que les efforts déjà engagés en Afrique pour améliorer le cadre juridique des élections et perfectionner les outils d'organisation et de gestion des élections doivent être accrus.

En plus de plus de deux décennies d'expérience démocratique, les élections sont toujours autant des périodes de tensions internes, sources d'inquiétudes pour les citoyens et de préoccupations pour la communauté internationale. Et pourtant, l'Afrique a amélioré sur plusieurs plans ses élections, notamment les mécanismes. Ce sont :

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

L'enrichissement des textes régissant les élections. Cet enrichissement est dû à l'adoption d'accords régionaux et sous régionaux qui exercent une influence positive sur les autorités et structures de l'Etat en charge des élections. On citera précisément au *plan continental*, la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance adoptée le 30 janvier 2007 et au *plan sous régional* le Protocole Additionnel de la CEDEAO de 2001 sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance. Ce mouvement de renforcement des instruments électoraux et de crédibilisation des élections en Afrique s'est davantage adossé à une volonté des acteurs politiques internes de niveler le régime électoral, la préparation et la gestion du scrutin sur les standards dégagés par l'international.

La création au fil des années des *Commissions Electorales Nationales Indépendantes*. Ces organes (Commission ou Observatoire) varient d'un Etat à un autre, mais l'esprit est le même, la vocation aussi. La finalité de ces commissions est d'abord, de « désétatiser » la gestion des élections, ensuite d'éviter que le parti majoritaire au pouvoir soit à la fois juge et parti et enfin d'assurer que tous les partis engagés dans le processus électoral s'accordent sur un minimum de règles et participent à la préparation, à l'organisation de l'élection afin d'en accepter les résultats. C'est une condition de la paix et de la stabilité que plusieurs Etats essaient de satisfaire à des degrés variables et avec des résultats différents.

La consolidation des codes électoraux ou des lois électorales des Etats. Ils sont progressivement dépouillés de leurs dispositions injustes, inéquitables, taillées sur mesures pour conditionner la victoire des uns et la défaite quasi systématique des autres.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

La routinisation des élections par la tenue à échéances régulières des scrutins présidentiel et législatif dans la plupart des Etats.

La réalisation des alternances, sans doute douloureuses, mais finalement consommées dans de plus en plus d'Etats.

L'engouement des électeurs pour les urnes. Malgré les infortunes des processus électoraux, malgré que l'élection, notamment présidentielle, reste en dépit des efforts, un vecteur de trouble et de violence, la participation des électeurs aux scrutins dans les Etats étudiés indique toujours leur foi en la démocratie et en les vertus du procédé.

3. La garantie de l'alternance

Cette question est objet de toutes les controverses. Mais avant tout débat, il faut faire remarquer que la limitation du nombre de mandats présidentiels repose, elle-même, sur ces techniques de limitations du pouvoir présidentiel. C'est en vérité, un des mécanismes phares du nouveau constitutionnalisme africain. Elle est symptomatique du resserrement de l'étau constitutionnel autour du Président de la République et une des manifestations des avancées du droit constitutionnel en Afrique. Elle divise aussi bien les universitaires, les acteurs politiques que les citoyens. Sur cette question, il faut distinguer deux éléments.

Le *premier* consiste à enfermer le mandat du Président de la République dans un délai fixe et rigoureusement déterminé. Il est tantôt de 4 ans, tantôt de cinq (5) ans, tantôt de sept (7) ans. Les pratiques ne sont pas les mêmes d'un Etat à un autre en Afrique. Et au sein d'un même Etat, par exemple le Sénégal ou le Burkina Faso, la durée du mandat présidentiel a pu varier d'un quinquennat au septennat ou vis-versa.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Le *second* élément porte, non pas, sur la durée du mandat mais plutôt sur la durée d'exercice de la fonction présidentielle par un citoyen. C'est l'épineuse question du nombre de mandats que peut exercer un chef d'Etat. *Certains* sont pour un renouvellement à l'infini du mandat tant qu'il est soutenu par la volonté du peuple et légitimé par l'onction des électeurs. *D'autres* par contre s'y opposent fermement en raison de ce que le renouvellement *ad vitam aeternam* d'un Chef d'Etat, quel que soit son assise populaire compromet l'alternance, la rotation des élites, la circulation du pouvoir et tendrait, en raison de ce qu'elle maintiendrait un homme en fonction jusqu'à sa mort, à instaurer une monarchie constitutionnelle.

Plusieurs Etats ont limité à deux (2), le nombre de mandats que peut exercer un Chef d'Etat, d'autres n'y adhèrent guère ou y ont renoncé après l'avoir adopté.

Quelques observations conclusives

Au regard des grandes tendances ainsi observées plusieurs défis semblent nécessaires à relever. Ils ne signifient pas que la démocratie doit être réinventée en Afrique ou que le continent n'est pas une zone d'autoritarisme, donc pas démocratique. La mise en exergue de ces défis indique simplement les quelques chantiers dont l'ouverture et l'exploration pourraient contribuer à enrichir les processus en cours, et assurer par le même moyen, aux Etats et à la sous-région, la paix et la stabilité qui font défaut, manquent à leur efforts de développement.

De ce point de vue, l'on peut pointer quelques préoccupations relayées par les études consacrées aux spécificités démocratiques de chaque Etat. Ces études ont relevé des atouts de ces systèmes et brossé à grands traits les avancées enregistrées. Mais d'autres travaux renseignent déjà suffisamment

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

sur le retard sur l'agenda de la démocratie, les facteurs de blocage de la consolidation de l'Etat de droit en Afrique, les obstacles structurels des systèmes constitutionnels étudiés et les entraves qui relèvent de la pratique des hommes.

Ces dysfonctionnements affectent tous les aspects de la démocratie et plusieurs domaines de la vie politique. L'on enregistre ainsi, l'autorité relative de la constitution, la mise en œuvre peu satisfaisante de certaines libertés fondamentales, la restriction du pluralisme politique, l'affaiblissement des partis politiques.

D'autres points méritent ici d'être soulignés. Ils tiennent principalement, à l'ineffectivité de l'Etat de droit, à la mise en œuvre problématique de la démocratie, au déficit non pas de matériaux ou d'instruments de la démocratie, mais bien de culture démocratique, au système électoral dont les dysfonctionnements sont dus tant aux mécanismes qu'aux acteurs politiques.

Les processus de démocratisation en cours sur le continent ont, malgré les insuffisances déjà relevées, donné quelques résultats. Dans certains Etats, les progrès significatifs sont portés par la promotion et la garantie des droits de l'homme, l'approfondissement du pluralisme politique, l'éclosion d'une presse libre, la tenue à bonne date des élections et l'organisation de scrutins plus ou moins libres et sincères et dont les résultats sont acceptés par les partis. Enfin, l'un des critères qui ont crédibilisé sur le continent est la banalisation de l'alternance aussi bien à la tête de l'Etat que des principales institutions de la République. C'est dire qu'il est possible d'engager l'avenir du droit constitutionnel et le pari de la stabilité des Etats sur quelques avancées à approfondir.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Principalement, elle concernera la Constitution et consistera à ne point mettre en péril ses points d'équilibre, ses mécanismes et dispositions les plus sensibles. A titre d'exemple, l'autorité de la constitution pourrait ainsi être préservée à deux conditions.

La *première condition* est négative ou passive. Elle sera réalisée si les Etats, particulièrement les acteurs politiques au pouvoir s'abstiennent de démanteler ce qui peut être considéré dans la Constitution de chaque Etat et au regard de son histoire politique propre, comme un des acquis fondamentaux de son peuple.

La *deuxième condition est positive ou active*. Elle sera réalisée si les Etats identifient dans le système constitutionnel, les points qu'une révision constitutionnelle pourrait d'avantage renforcer. Sur cette question, plusieurs peuvent être identifiés. Par exemple le renforcement de la garantie des droits fondamentaux, le renforcement du statut de l'opposition, l'indépendance de la magistrature ou encore la rénovation par voie constitutionnelle du système électoral.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Débats (3ème séance) 25 11 2014

المناقشة (الجلسة الثالثة)

Questions relatives à la communication du Professeur Joël AÏVO

Un intervenant de la salle

Je commence par une question à Monsieur le Professeur Joël AÏVO. Vous avez parlé de l'originalité africaine, des mécanismes atypiques de rupture concernant les Constitutions africaines. Ma question est, où réside justement cette originalité surtout que nous avons constaté que les Constitutions africaines à la lumière des nouvelles Constitutions dans les pays de l'Est, la Constitution portugaise également, adoptent les standards internationaux en matière de droit constitutionnel que vous avez d'ailleurs évoqué, tels que l'énumération des libertés, la protection constitutionnelle etc... Donc où réside la spécificité africaine ?

Chief justice of Gambia

I must congratulate the speakers of today who have visited the different areas of constitutionalism. Well, I must bring to your notice that article 122 of the Gambian Constitution speaks of a continual education of the populace with respect to their rights embodied in the constitution, and that is obligatory on the state. It makes the point here that the education of the people. Then, the people have been given the right to protect the constitution if anybody wants to abrogate it or abridged it, or so on. This, I am happy to tell you, is contained in the Gambian Constitution. Now, the first speaker spoke about the new prelia taking place in the old morals, but is it for betterment? Or is it not for betterment? The best comparison would be that compare the African constitutions with the other developed nations constitutions. The French Revolution has been taken place, the American

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Revolution has taken place, in Britain, we have seen the processes, those have they to consult there is no need for a new cataclysm to establish that this was rejected and this is accepted. So, all those examples are before us. It is not to be seen whether the advances in constitutional law in Africa compared to the rest, is something, which is satisfactory. This has not been addressed.

May I also submit, most humbly, that when the first speaker speaks of judicial judges reducing the powers of the executive, I must say that he must finally see article 169 of the Constitution of this great country, Algeria. The Constitutional Council has a right to overwhelm what may have been declared or accepted in case of treaties, the law, whether it is constitutional or not. Now, this Constitutional Council is created by the President, who has three works and the rest of nominees ... (interruption/ coffee break).

Membre de la délégation du Conseil constitutionnel du Sénégal

Je voudrais poser une question et partager une interrogation en profitant de la présence d'éminents juristes et de juges constitutionnels de notre cher continent. Nous avons l'habitude de voir dans nos républiques souvent une poignée d'hommes qui prend la Radio et qui dit la Constitution est suspendue, des putschistes qui prennent la Radio pour dire la Constitution est suspendue. Alors ma grande interrogation est de savoir est ce qu'il suffit de cette déclaration pour suspendre la Constitution ? Cette Constitution est-elle si fragile pour que même une autorité illégale et non légitime fasse une simple déclaration pour suspendre la Constitution ?

Mr. DJEBBAR Abdelmajid, Conseil constitutionnel, Algérie

Je voudrais intervenir sur deux points qui sont revenus dans la discussion depuis hier et dans toute l'Afrique actuellement. Il s'agit d'abord :

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

premièrement du thème du consensus et secundo sur ce qu'on appelle actuellement le respect des droits et des libertés du citoyen. S'agissant du consensus, je dois dire d'abord que le terme est noble et qu'aucun ne peut rejeter ce principe ou cette idée-là. Ici en Algérie, il y a ce qu'on appelle un accord sur les constances nationales et je dis bien un accord de valeur, ce qui dépasse dans le fond le consensus. C'est pour dire en quelque sorte que le consensus, on l'emploie pour cacher des différences. Donc ce qui veut dire également autre chose, que le consensus est employé dans un sens beaucoup plus politique qu'autre chose. D'ailleurs on a parlé beaucoup de la société civile, c'est une sorte d'allégorie politique qu'on emploie pour permettre ou bien pour arriver à ce consensus. M. ONDO en a parlé, M. AÏVO en a parlé. Alors je m'interroge toujours et c'est pour l'Afrique toujours, la perfectibilité et l'effectivité de ce consensus bien qu'on est en train de parler de la société civile alors que la société civile, qu'on le veuille ou pas, le thème est importé. C'est pour faire un crochet à Monsieur AÏVO qui a dit que le procès du mimétisme est terminé alors qu'il est encore là. Il faut relativiser les choses!

Intervention from the floor

I take the floor to also point out what I consider to be an omission in the presentation of the chronology of the emergence of modern and democratic constitutions in Africa. It is correct that a trend began in Algeria and it continued in Benin, as we head. But, I wish to point out that, on the 21st of March 1990, the Namibian Constitution was adopted, it was equally democratic and modern. In fact, it introduced an element that was previously missing in other constitutions, and that is the recognition of International Law as part of a domestic law, without a need to legislate, and this is what is called the monist approach. I thought I should point this out.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

M. Martin, Professeur de droit et Directeur du cabinet du Président du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire.

Je prends la parole pour réagir relativement au contrôle de constitutionnalité et singulièrement par rapport à deux types de lois : la loi de révision de la Constitution et la loi référendaire. Relativement aux lois de révision de la Constitution, l'un des communicants a salué le progrès réalisé en la matière en notant le contrôle de la constitutionnalité de la loi de révision de certains Etats. Je voudrais dire que cela est vrai dans certains Etats, pas nombreux, de sorte qu'il y a lieu d'élargir, d'ouvrir les horizons. Et d'abord de s'interroger sur les raisons ou les motifs qui fondent la résistance ailleurs. En faisant des recherches, j'en suis arrivé à constater que les lois de révision de la Constitution sont soustraites à toute justiciabilité, bien entendu parce que ces lois-là sont considérées comme marquées du sceau de la souveraineté. A la réflexion, on se rend compte que ce sont des lois qui, en règle générale, procèdent bien entendu du Parlement. Or, les lois ordinaires et les lois organiques issues du Parlement sont soumises au contrôle de constitutionnalité. Comment se fait-il alors que la loi de la révision émanant du Parlement ne puisse connaître pareil sort ? Je crois qu'il faut ouvrir les choses et en arriver à contrôler partout les lois de révision de la Constitution pour restituer à la Constitution sa valeur, sa nature, son statut de norme fondamentale. J'en arrive à un point essentiel à propos du cas où il n'y a pas de solution encore. Il s'agit de la loi de la révision de la Constitution émanant du peuple et des lois bien entendu référendaires.

D'une manière générale, partout bien entendu en Afrique et ailleurs, j'ai pu noter que ces lois sont soustraites au contrôle du juge et spécialement du juge constitutionnel même lorsque ces lois interviennent en matière constitutionnelle. La raison majeure n'est pas bien sûr parce que ce contrôle

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

n'est pas prévu par la Constitution. La question est surtout et fondamentalement parce que ces lois sont considérées comme émanant du peuple souverain. Or le propre de la souveraineté dit-on c'est d'échapper à tout contrôle. Ainsi les lois référendaires ordinaires ou bien entendu constitutionnelles échappent à toute contestation devant le juge. Or le peuple s'est doté d'une Constitution posée reconnue comme bénéficiant du statut de loi fondamentale, de loi bien entendu établissant la règle des règles. Et c'est le même peuple qui, appliquant la Constitution en arrive à la réviser ou à prendre des lois ordinaires. La question que je me pose et que je voudrais bien entendu vous adresser est de savoir si la volonté du peuple intervenant en second soit pour réviser la Constitution, soit pour adopter une loi ordinaire peut être considérée comme égale à sa volonté initiale, primaire, originelle, première par quoi le même peuple fonde l'Etat à travers une Constitution. Est-ce que les deux volontés sont d'égale valeur ? Est-ce que les deux volontés doivent être placées au même étage ? Je n'ai pas de réponse définitive. Mais il me semble que non et que la volonté première par laquelle l'Etat est fondé est supérieure à toute autre volonté qui intervient nécessairement à l'intérieur de la Constitution ou dedans de la Constitution. Comme telle, elle est nécessairement seconde et secondaire et on doit en arriver à tirer naturellement des conséquences juridiques. Voilà ma première réflexion.

Deuxième niveau, pareille rencontre de cette nature ne devrait pas, je le crois, se satisfaire de la constatation de l'existant. Je pense qu'il y a lieu d'aller au-delà en envisageant, en examinant les obstacles, les résistances, les difficultés que connaît le droit constitutionnel africain ou en Afrique. Et c'est la raison pour laquelle je pense que dans le prolongement de cette rencontre, il serait envisagé d'organiser une conférence internationale

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

devant porter sur la résistance ou la faiblesse du droit constitutionnel en Afrique. Cela permettrait, constatant la difficulté de proposer les solutions pour contribuer encore à faire progresser davantage le droit constitutionnel africain. Voilà ce que j'ai pu indiquer dans le bref temps qui m'a été imparti.

Un intervenant de la salle

Je voudrais aborder deux points. Premièrement pour préciser une idée que j'ai exprimée hier à l'intention de M. KAÏS. C'est moi qui ai parlé de la Constitution gabonaise, mais c'était pour corriger une erreur, j'ai dit qu'il y a beaucoup de décrets, d'études qu'on trouve chez nos amis les auteurs africains et même occidentaux qui signalent que la deuxième période de l'évolution constitutionnelle en Afrique a été à partir de la révision de la Constitution gabonaise. J'ai dit que ce n'est pas la vérité. On a parlé aussi de la Constitution béninoise de 1990. J'ai dit qu'en vérité, c'est la Constitution algérienne dont nous fêtons le 25^{ème} anniversaire, qui a été le point de départ pour la deuxième phase de développement du droit constitutionnel en Afrique. C'est cette Constitution qui a mis fin au système constitutionnel construit sur le parti unique d'un côté, et la création d'organes de contrôle constitutionnel indépendants des cours suprêmes. Donc moi je signale cette erreur et c'est important de la corriger.

Je pose la deuxième question aux trois intervenants. Comment concilier entre deux grandes tendances : la tendance d'avoir un droit constitutionnel africain d'un côté ou la tendance qui est lourde et dont certains collègues ont parlé : la mondialisation du droit constitutionnel ou l'universalisme du droit constitutionnel. Parce qu'à vrai dire, ce qui se passe maintenant il y a une orientation vers l'universalité. D'autres parlent d'une Constitution mondiale ; ils présentent un même type de Constitution qu'on peut tirer de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

toutes les conventions internationales concernant les régimes politiques, les élections, les droits et libertés. Tout cela on arrive à une sorte de Constitution internationale. Il y a des auteurs africains, je cite le Professeur Benachour de Tunis qui a présenté une idée sur la Constitution mondiale qui regroupe pratiquement tous les Etats.

Donc comment concilier entre ces deux tendances ? M. Joël parle du nouveau droit constitutionnel africain, il présente beaucoup d'arguments, il parle de libertés publiques, de laïcité, d'égalité. Mais quelle nouveauté peut-on trouver dans ces éléments ? Parler de mimétisme, mon collègue vient de dire qu'il faut relativiser cette affirmation. M. Robert parle d'avancées, d'avancées politiques, il parle des libertés. Il dit qu'il y a quatre ou cinq avancées de droit constitutionnel. Il y a les libertés publiques, l'Etat de droit, l'organisation des pouvoirs, et l'alternance. En quoi cela constitue des avancées pour les pays africains ? Moi je pense que c'est plutôt des rattrapages qu'on essaye de rattraper par rapport au constitutionnalisme universel. Il y a une chose que je vous concède tous les deux dans vos deux premières interventions. Vous avez dit que la politique prime le droit pratiquement, il reste une caractéristique essentielle de l'avancée constitutionnelle en Afrique. C'est possible, mais moi je pense que le droit constitutionnel africain peut avancer et évoluer en faisant la conciliation entre sa mondialisation et sa spécificité africaine. Je dis que la spécificité africaine ne concerne pas l'Afrique seulement, tous les continents ont des spécificités constitutionnelles. Il y a la spécificité constitutionnelle en Amérique latine qui a été relevée à partir de 1830. Il y a la spécificité européenne, il y a donc une spécificité continentale qui constitue un droit constitutionnel à part. C'est cela ma question.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Le Président de la Cour constitutionnelle portugaise

Je voudrais parler d'un point qui a été très débattu : les pouvoirs de contrôle de la loi de révision par des cours constitutionnelles. Permettez-moi de vous présenter le modèle de notre Constitution sans aucun désir de promouvoir le mimétisme. Mais peut-être c'est un point de référence qui peut être contre le processus de révision consacré par la Constitution elle-même. Alors il y a un délai de seulement cinq années on peut faire la révision ordinaire. Quant à la révision extraordinaire, seulement 4/5 des députés peuvent la saisir. Je pense que cette problématique d'attribuer aux cours constitutionnelles un pouvoir illimité pour contrôler les lois de révision parce que les cours constitutionnelles n'ont pas un pouvoir constituant, elles ont un pouvoir constitué, alors certes la vie change, les constitutions doivent être stables mais pas statiques, elles doivent accompagner le changement de la société et de la vie.

Certes le juge constitutionnel peut faire cela usant d'une interprétation dynamique, mais sans rencontrer des limites dans les propres textes constitutionnels ; et le juge constitutionnel doit selon notre modèle, respecter cette limite. Donc en dehors des normes constitutionnelles, qui chez nous ne peuvent pas être modifiées et cela est un point pour les diverses Constitutions. Notre Constitution est très rigide sur ce sujet. Ce sont des normes par exemple en matière de droits fondamentaux. Ce sont des normes qui ont une normativité accrue, à ne pas confondre avec d'autres normes constitutionnelles. Mais la Cour constitutionnelle peut certes contrôler le respect de cette règle constitutionnelle sur le processus de révision, mais en dehors de cela c'est le pouvoir Constituant qui appartient aux représentants du peuple. Alors je pense que ce modèle est un modèle très répandu en Europe et au Brésil. Aussi, je pense que c'est à peu près la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

même chose. Je pense qu'il fait un équilibre entre le besoin d'accompagner les changements sociaux et en même temps de garantir aux textes constitutionnels une stabilité, une permanence que je pense lui est propre.

Un juge de la Cour constitutionnelle du Centre Afrique

Etant donné que la communauté internationale a beaucoup aidé mon pays dans le cadre des efforts qui sont faits pour un retour à l'ordre démocratique normal, j'espère bien que quelques-uns des intervenants, des brillants intervenants ici, seraient appelés pour être à notre chevet au cas où les débats sur la nouvelle Constitution seraient ouverts. Mon intervention est une question que je voudrais poser sur ce qui a été développé ce matin par le Dr. ONDO. Mais je voudrais également avoir les éclairages si cela est possible du Professeur DOSSOU et du Professeur AÏVO. Le Docteur ONDO ce matin nous a parlé de quelque chose qui s'est passé en Afrique du Sud et qui intéresserait particulièrement notre pays. Entre 1993 et 1996, l'Afrique du Sud est passée d'une Constitution intérimaire à une Constitution définitive, et là en ce moment, notre pays est en phase de transition. Cette phase de transition est en train de se terminer et donc nous allons passer de la Charte constitutionnelle de transition qui a géré la transition à une Constitution normale, qui est en pleine élaboration en ce moment. Or le problème qui se pose dans notre pays est que cette Charte constitutionnelle de transition a prévu des garanties pour la tenue des prochaines échéances électorales, et parmi ces garanties qui ont été prévues par la Charte il y a l'interdiction pour certaines autorités de se présenter aux prochaines élections. Certaines autorités qui ont géré la transition, il leur est interdit de se présenter aux prochaines élections. Or il est prévu que la nouvelle Constitution devrait être élaborée et adoptée par référendum avant les prochaines échéances. Ce qui fait que si la nouvelle Constitution est

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

élaborée et adoptée par référendum, nécessairement il faudrait la promulguer, et la promulgation va entraîner la caducité de la Charte constitutionnelle de transition, et il y a une petite lutte en ce moment pour que cette promulgation se fasse à temps et que les élections au lieu de se dérouler en respectant les garde-fous qui ont été inscrits dans la Charte. Eh bien, les espoirs est que cette garantie-là tombe avec la nouvelle Constitution qui sera promulguée et qui prendra la relève de la Charte. Et donc bien éventuellement il y a un problème qui est soulevé par rapport à cet état de fait. Et je me réjouis de ce que le Docteur ONDO a dit ce matin puisque lorsque le projet de Constitution a été envoyé sur la table de la Cour constitutionnelle, cette dernière l'a examiné au regard des garanties fondamentales qui se trouvaient dans la Constitution intérimaire. Et je pense que c'est une expérience qui peut être mise à profit dans notre pays. Et je voudrais que par rapport à cette question, le Professeur ONDO nous en dise un peu plus sur cet examen du projet de Constitution qui a abouti en 1996 en Afrique du Sud au regard de la Constitution intérimaire de 1993. Et je voudrais également comme je l'ai dit, un éclairage si possible du Professeur DOSSOU et du Professeur AÏVO sur cette question pour nous aider à régler ce problème.

Réponses du Professeur Joël AÏVO

D'abord sur l'originalité des Constitutions, je suis un peu surpris par la question. Cela voudrait supposer que les Constitutions africaines n'auraient pas d'originalité. Or, c'est ce que j'ai tenté d'expliquer que s'il existe effectivement des standards internationaux, s'il existe des modèles qui circulent, qui comme je l'avais expliqué, n'appartiennent au fond qu'au patrimoine constitutionnel mondial, s'il existe un marché international des matériaux constitutionnels où chacun se sert sans être poursuivi de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

mimétisme, sans être inculqué de greffe de transport, de transfert de technologie. Si ce marché existe, mais évidemment beaucoup de pays en Afrique depuis la fin des années 80 ont fait transparaître dans leurs Constitutions des mécanismes qui sont originaux et que d'ailleurs l'on ne retrouve dans aucun des pays en Occident où on pense qu'on les a puisés.

Je vais donner quelques exemples puisque c'est ce que vous m'avez demandé, des exemples qui ne sont probablement pas partagés par l'ensemble des pays, mais que l'on retrouve dans certaines Constitutions. Je prends la structuration des institutions, l'organisation des régimes politiques. Alors de façon classique, la typologie des régimes politiques que l'on sait, que l'on voit dans les manuels distinguent entre le régime présidentiel que l'on voit aux Etats-Unis, le régime semi-présidentiel qui est celui de la France, parlementaire en Angleterre, et les régimes qu'on a qualifié autrefois de négro-africains, régime présidentieliste négro-africain avec un excès de pouvoirs présidentiels où que l'on retrouve en Amérique latine. Vous avez depuis un moment une forme de rectification d'ailleurs de cette typologie dans la plupart des pays des types de régimes qui n'obéissent à aucune classification que les manuels reprennent. Je veux reprendre quelques exemples. A quel schéma de régime politique obéit une articulation qui voit un Président de la République élu au suffrage universel, un premier ministre désigné par lui, chef du gouvernement n'est pas responsable devant le Parlement ? Aucun ! Des types classiques consacrés.

Les pays africains ont progressivement glissé vers cette articulation originale des institutions politiques, notamment au niveau du pouvoir exécutif en raison de spécificités propres en raison je dirai parfois de commandes historiques.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Au Bénin par exemple, j'explique dans le cas du Bénin, qui a un régime présidentiel, mais le régime présidentiel béninois n'est pas un régime présidentiel de type américain. Je parle sous le contrôle du Président Robert DOSSOU, si on devait parler comme lui, on dirait que le régime béninois est une forme de « béninoiserie », que c'est un régime typiquement béninois, et je passe sous contrôle, parce qu'il fait partie des constituants, qui est commandé par l'histoire du Bénin, qui refuse la distribution conflictuelle du pouvoir au niveau exécutif. Donc il y a notamment sous les régimes politiques cette spécificité que vous retrouvez dans un certain nombre de pays. Je prends le cas de la Côte d'Ivoire aussi. Au niveau de l'exécutif que l'on ne retrouve nulle part me semble-t-il fait partie de cette spécificité. Deuxième point toujours sur les originalités, est quand même on n'en parle pas souvent, on en parle assez peu. Ce sont ces allocations de ressources qui sont faites à nos juridictions constitutionnelles. Alors Nicolas Sarkozy, Président français en 2008, quand il fait adopter la QPC dans son discours officiel de présentation des faits de sa révision, il dit qu'il a fait entrer la France dans l'histoire. Il dit qu'il fait entrer la France dans l'ère de la démocratie, simplement pour une chose parce que désormais le citoyen aurait la possibilité de saisir le juge constitutionnel et la saisine n'est même pas encore directe. C'est une saisine par la fenêtre ! Le citoyen entre au prétoire du juge par la fenêtre et non pas par la porte. Mais regardez dans combien de Constitutions en Afrique dès 1990, les citoyens ont un accès direct au juge. Et pourtant, pour le collègue qui a parlé de mimétisme, on n'a pas cessé de faire le procès du mimétisme en Afrique.

Procès de mimétisme vis-à-vis de la France en disant que les Africains, en tout cas, les pays francophones ne font que s'inspirer, copier des mécanismes du modèle français. Mais je dis ou c'est dans la Constitution de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

la France, cette distribution originale du pouvoir qui déroge à l'ensemble des typologies consacrées en droit constitutionnel ? Ou est dans le modèle français la saisine directe du citoyen et l'entrée du citoyen au prétoire du juge constitutionnel.

Et dernier point sur cette originalité, j'essaye de vous convaincre, chers collègues, c'est la régulation. Jamais vous n'avez vu ce rapport aussi charnel, aussi tendu, ce face à face, ce vis-à-vis entre juges et le pouvoir politique en Europe. Jamais ! Que depuis 1990 dans les pays africains pour une raison simple, parce que la vie politique en Afrique est essentiellement musclée, que les acteurs politiques dans nos pays, excusez le terme, quand le juge constitutionnel malien rend sa décision, il ne rend pas sa décision pour l'UMP, il ne rend pas sa décision pour le PS, il ne rend pas sa décision pour les démocrates ou les républicains. Il rend sa décision pour les hommes politiques africains qui ont la particularité de la confrontation, excusez-moi le terme, jusqu'au sang et donc par conséquent l'histoire a obligé le Constituant africain dans la plupart de nos Constitutions à doter le juge constitutionnel de pouvoirs de régulation très forts. Ce que l'on appelle le gouvernement des juges en disant que le juge ne doit pas aller aussi loin qu'il ne doit, que le juge ne peut pas. Mais au fond, c'est en tenant compte de la vie politique de nos pays, en tenant compte de la spécificité, excusez le terme, de la race d'hommes politiques que nous avons sur le continent que le juge a été amené à avoir autant de pouvoirs et même à s'investir autant dans la régulation des conflits et à faire en sorte que la paix, malheureusement ou heureusement, ne dépend essentiellement que de son office dans un certain nombre de pays. Voilà sur cette question.

Sur la deuxième question, sur le mimétisme, je suis d'accord avec ce que vous avez dit qu'il faut nuancer, mais la nuance de mon point de vue ne

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

concerne pas l'objet du procès, c'est sous les portes du procès. Vous ne pouvez pas empêcher vos interlocuteurs de continuer à nourrir, à reprendre, à perpétuer, à prolonger le procès du procès, vous ne pouvez pas ! Mais on ne peut pas ne pas constater qu'au fond, depuis quelques années, l'objet du procès se rétrécit, ce qui permet d'alimenter le procès du procès. Avant, évidemment, on ne pouvait pas aller assez facilement et importer la conviction des gens sur le procès parce qu'en huit jours on pouvait offrir une Constitution à un pays, on pouvait reprendre les mêmes mécanismes. D'ailleurs, les pays africains avaient probablement les mêmes Constitutions à l'époque.

Maintenant, ce n'est pas la même chose. Il y a des spécificités et les mécanismes ne sont plus les mêmes, donc on n'est plus fondé à parler de procès. L'objet se rétrécit, il n'a pas disparu totalement. Ce qui reste et je pense qu'il faut que même au niveau de la doctrine, on le martèle assez fort, c'est que, ce qui reste, ce n'est plus du mimétisme ce dont j'ai parlé, c'est ce patrimoine mondial. Ce qu'il reste, ce sont les matériaux constitutionnels que tout le monde va chercher sur le marché, ce n'est plus du mimétisme. Vous ne pouvez pas empêcher les gens de continuer. Le procès pour moi est vidé. En tout cas, en ce qui concerne son fondement, il est vidé.

Je suis totalement d'accord avec le Professeur Martin BLEOU non pas parce qu'il m'a agrégé, mais sur la question de contrôle de constitutionnalité. M. le Président BLEOU, je suis totalement d'accord avec vous en ce qui concerne d'abord les lois de révision constitutionnelle et ensuite sur les lois référendaires. Je pense qu'on devrait également modérer la distance ou du moins l'on devrait revoir la distance que l'on veut imposer au juge constitutionnel par rapport aux lois référendaires de révision constitutionnelle. Je veux parler du contrôle des Centre- africains. Il me

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

semble que le Constituant Centre-africain en 2004 avait intégré dans la constitution la possibilité de pré-contrôle avant que le peuple ne tranche, avant que le peuple ne s'exprime. Que la loi de révision constitutionnelle, loi référendaire, qui doit être soumise à référendum, que cette loi soit contrôlée d'abord, un contrôle préventif avant que le peuple ne s'exprime.

Mais sur le contrôle de constitutionnalité de la loi de révision par le Parlement, je pense qu'aujourd'hui les risques du terrain obligent le juge constitutionnel à s'en occuper et j'avais dit quelque part que la question des compétences du juge constitutionnel me semble sincèrement être un faux débat. La question de la compétence du juge lorsque le juge, il me semble qu'il y a de façon ontologique dans l'existence même du juge, dans son positionnement dans la plupart de nos systèmes, il existe une compétence implicite à l'égard de la Constitution.

Il y a des compétences qui sont matériellement, manifestement déclinées par le Constituant, contrôle de constitutionnalité de la loi. Le juge est parfaitement capable dans une interprétation comme l'a dit M. le Président de la Cour du Portugal, parfaitement capable d'entendre par loi une loi organique, une loi constitutionnelle naturellement pas une loi ordinaire. Mais dans sa compétence, lorsque le juge est institué comme étant le garant du respect de la Constitution, lorsque le juge est le seul capable de purger l'ordre juridique des actes inconstitutionnels, il me semble que le juge doit être parfaitement capable à l'égard d'une loi dont l'inconstitutionnalité est manifeste, doit être capable d'en contrôler la constitutionnalité.

Je poserais juste une question : voici une révision constitutionnelle qui a été opérée par le Parlement, révision constitutionnelle qui revient sur la liberté d'expression, sur l'égalité, une révision constitutionnelle qui restreint la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

liberté d'expression, liberté de réunion, de manifester. Or dans la plupart de nos Constitutions, à l'exception de quelques rares, je n'en trouve même pas, les libertés ne sont pas intégrées dans les normes intangibles, elles ne font pas matériellement partie des normes de la Constitution qui sont insusceptibles de révision. Que doit faire le juge ? Se déclarer incompétent et laisser la Constitution se vider d'une partie de ce qui fait la démocratie. De mon point de vue non ! Il y a donc une attitude à avoir à l'égard des normes intangibles, c'est-à-dire les dispositions que le Constituant a lui-même décidé de verrouiller et susceptibles de révision. Evidemment l'on comprend que le juge puisse les protéger, mais des normes qui ne sont pas intangibles mais qui font partie des normes pivots qui constituent l'équilibre de la Constitution, l'expression même de la démocratie. Que doit faire le juge ? Peut-être qu'il n'y a pas d'allocation expresse. Mais si nous célébrons l'arrêt Marbury contre Madison comme étant le fondateur du contrôle de constitutionnalité, c'est justement que cet arrêt n'a été rendu possible que grâce à la créativité du juge, grâce à l'audace du juge.

Donc je pense que le pragmatisme dont j'ai parlé est un pragmatisme qui s'impose au constituant, mais c'est un pragmatisme qui s'impose également au juge constitutionnel. Cela ne veut pas dire que je n'ai pas conscience de la résistance du pouvoir politique, des obstacles que le juge peut rencontrer dans ce genre de décisions. Ce qui appelle également une autre mission du juge qui est une mission de pédagogie, peut être d'explication, du dialogue avec le pouvoir politique. Je pense que j'ai épuisé les questions qui m'ont été adressées.