

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

**Réflexions sur les tendances (positives) du
Néo-constitutionnalisme africain : morceaux choisis**

Par **Télesphore ONDO**

Docteur en Droit public de l'Université de Reims-Champagne-Ardenne

Maître-assistant

Directeur du Département de Droit public

Faculté de Droit et des Sciences économiques

Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

RESUME

Les années 1990 ont été marquées en Afrique par une véritable effervescence constitutionnelle consacrant la démocratie pluraliste et la garantie des droits et libertés fondamentaux. Toutefois, plus de vingt ans après, le bilan de ces conquêtes démocratiques est globalement mitigé, chaotique. Sans vouloir la nier, cette crise du néoconstitutionnalisme africain doit néanmoins être relativisée. En effet, le nouveau constitutionnalisme africain présente des avancées ou des tendances positives, originales et démocratiques impressionnantes, qui se sont dégagées à l'épreuve du temps et qui, à la longue, pourront être considérées comme des éléments du patrimoine constitutionnel africain.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

ABSTRACT

The years 1990 have been marked in Africa by a real constitutional effervescence dedicating the pluralistic democracy and the guarantee of the rights and fundamental liberties. However, more of twenty after, the result of these democratic conquests is mitigated globally, chaotic. Without wanting to deny it, this crisis of the African new constitutionnalism must be relativized nevertheless. Indeed, the new present African constitutionalism of the progress or the impressive positive, original and democratic tendencies, that is cleared themselves to the test of the time and that, to the long, will be able to be considered like elements of the African constitutional heritage.

ملخص

شهدت إفريقيا في سنوات التسعينات حركات دستورية حقيقية، تمخض عنها تكريس الديمقراطية التعددية وضمان الحقوق والحريات الأساسية. غير أنه، وبعد مُضي أكثر من عشرين سنة، لا تزال حصيلة هذه المكاسب الديمقراطية متفاوتة وحتى كارثية. يجب معالجة أزمة النظام الدستوري الإفريقي الجديد بطريقة متناسبة، دون تهوين أو تهويل. وبالفعل، إن النظام الدستوري الإفريقي الجديد عرف تطورات وتوجهات إيجابية وحقيقية وديمقراطية مذهلة، تولدت بمضي السنون، الشيء الذي من شأنه أن يشكل عناصر الموروث الدستوري الإفريقي.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Les années 1989-1990 ont été marquées par une véritable effervescence constitutionnelle en Afrique consacrant la démocratie pluraliste, après trois décennies de dictature fondée sur le système monolithique. Ce renouveau constitutionnel et démocratique, porté par les forces vives de la nation, a été particulièrement porteur d'espoirs pour les populations.

Cette espérance investie sur les Constitutions nouvelles ou révisées peut être justifiée pour au moins deux raisons.

D'une part, pour la première fois, les processus d'élaboration ou de révision des Constitutions en Afrique centrale, manifestement en rupture avec le passé constitutionnel récent, sont ouverts, inclusifs et participatifs. En effet, ces procédés d'élaboration et d'adoption ont légitimement fait croire que « la Constitution était véritablement une œuvre collective impliquant tous les segments de la nation et que, partant, les compromis qu'elle formalisait jouissaient d'une certaine intangibilité qui devait en assurer la durabilité et la préservation contre les volontés individuelles »¹.

D'autre part, considérés comme « des témoins et des vecteurs de la transition démocratique »², les nouveaux textes ont pour rôle essentiel la disqualification du régime présidentiel par l'encadrement juridique du pouvoir présidentiel et la construction d'un Etat de droit démocratique, garant des droits fondamentaux des citoyens³.

¹ A. MBAYE, « Quelles alternatives pour assurer l'effectivité des Constitutions. L'expérience de l'Afrique de l'Ouest », in *Parcours de débat et de propositions sur la gouvernance en Afrique. Perspectives d'Afrique australe*, Actes du colloque, Polokwane, 17-19 juin 2008, Pretoria, 20 juin 2008, IRG, 2009, annexe 4, pp. 241-251, p. 242.

² L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. XIII.

³ R. NGANDO SANDJE, « Le renouveau du droit constitutionnel et la question des classifications en Afrique : quel sort pour le régime présidentiel », RFDC, n°93, 2013, pp. 1-26.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Ces différents mécanismes ont largement contribué au renforcement des valeurs démocratiques et à la promotion des droits de l'homme et partant à la légitimation des Constitutions dans les Etats africains.

Toutefois, plus de vingt ans après, le bilan des conquêtes démocratiques et l'épanouissement corrélatif des Constitutions sont globalement mitigés, suscitant perplexité et interrogation face à la récurrence des coups d'Etat et des rébellions militaro-politiques, notamment au Congo, en République centrafricaine, au Tchad, au Niger, au Mali, en Guinée, en Côte d'Ivoire, en Mauritanie, etc., ou face à un régime présidentiel autoritaire inébranlable qui verrouille les pouvoirs constituants, mettant ainsi en péril les acquis démocratiques et constitutionnels et les droits fondamentaux des citoyens.

Cette situation met en exergue la crise des Constitutions africaines dont les causes sont clairement identifiées : une crise de la démocratie représentative qui découle de l'unilatéralisme et de l'absence de consensus des processus de révisions constitutionnelles ; une crise de la justice constitutionnelle liée non seulement au principe d'autolimitation auquel les juges se sont eux-mêmes imposés et à leur proximité réelle ou supposée avec le pouvoir en place, mais aussi aux conditions souvent restrictives de sa saisine qui font une part belle aux institutions politiques, en excluant les citoyens ; une crise de légitimité de la norme constitutionnelle en raison notamment de son caractère extraverti ou mimétique et de son incapacité à refléter la diversité des valeurs sociétales et des sources de légitimité, à réguler le pouvoir et à pacifier les rapports sociaux et politiques ; et enfin, une crise de la normativité ou de la suprématie des Constitutions africaines remises en cause par le droit international et les multiples accords de paix⁴, etc.

⁴ Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n°1, 2012, pp. 141 et suiv.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Sans nier ou sous-estimer ce diagnostic vif, nous proposons néanmoins de le relativiser car tout n'a pas été que négatif et ne l'est d'ailleurs pas totalement. Au contraire, l'on constate que depuis 1990, le constitutionnalisme africain présente des avancées ou des « tendances » positives, originales et démocratiques impressionnantes, qui se sont dégagées à l'épreuve du temps et qui, à la longue, peuvent être considérées comme des éléments du « patrimoine constitutionnel africain ». Quelles sont ces tendances ? Comment se manifestent-elles ? Comment les rendre plus dynamiques ou plus performantes ?

La réponse à ces interrogations permettra de dégager, de façon arbitraire, deux tendances fondamentales : d'une part, la volonté de légitimation de la Constitution (I); d'autre part, l'irruption de la garantie de l'œuvre constituante (II).

I- La volonté de légitimation de la Constitution

Bien que l'étude du constitutionnalisme et des Constitutions en Afrique depuis 1990 mette en exergue la récurrence de l'instrumentalisation des Lois fondamentales⁵, en réalité, celle-ci n'est pas totale. En effet, une analyse plus fine de l'œuvre constituante montre une réelle volonté de légitimation de la Constitution par les constituants. Elle se manifeste, d'une part, par la dynamique des processus constituants (A) et, d'autre part, par la mise en œuvre des Constitutions (B).

⁵ A. ABDESSEMED, « La Constitution et son instrumentalisation par les gouvernants des pays arabes 'républicains' : le cas de la Tunisie, de l'Égypte et de l'Algérie » in *Jus politicum* - n°9 – 2013, pp. 1-35.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

A- La dynamique des processus constitutants

Deux éléments mettent en exergue cette dynamique originelle : l'élaboration ou la modification consensuelle des premières Constitutions démocratiques et la richesse de leur contenu.

1/-L'élaboration ou la modification consensuelle des Constitutions

Le constitutionnalisme autoritaire monopartisan a été remis en cause à partir de 1990 à la faveur des Conférences nationales et autres commissions pluralistes.

C'est en Afrique noire francophone que le mécanisme de la Conférence nationale est mis en œuvre à partir de l'exemple béninois. Quelle soit souveraine (Bénin, Tchad, Congo) ou non (Gabon, Zaïre), la Conférence nationale a été considérée comme un pouvoir constituant original, d'une part par son caractère inclusif et participatif puisqu'elle regroupe l'ensemble des forces vives de la nation ; d'autre part par son objectif : disqualifier le gouvernement de type présidentieliste autoritaire en restaurant la démocratie pluraliste et en posant les bases d'un véritable Etat de droit.

Dans d'autres pays (Cameroun), c'est sous la forme d'une Conférence tripartite (pouvoirs publics, partis politiques et société civile) que le dialogue est amorcé entre les différents acteurs en vue de la restauration de la démocratie et c'est cette structure qui, tout en s'inspirant des propositions de révision issues des partis politiques et de la société civile, est à l'origine de la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996.

Dans les pays d'Afrique de l'Est, les refontes des Constitutions en vigueur sont l'œuvre des Commissions spéciales regroupant toutes les forces vives de la nation (Tanzanie). Alors qu'en Afrique du Sud, le processus de

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

négociation sur le texte constitutionnel est engagé au début des années 90 entre la minorité blanche et la majorité noire. Ces négociations aboutissent à la Constitution intérimaire du 22 décembre 1993, laquelle institutionnalise le principe du consensus et de la négociation. Cette Constitution était en outre chargée de définir les modalités d'élaboration de la Constitution définitive. C'est l'Assemblée constituante, composée de l'Assemblée nationale et du Sénat, issus des élections d'avril 1994, représentant toutes les couches de la nation sud-africaine, qui était chargée de recueillir toutes les propositions de Constitution et d'élaborer en définitive le texte constitutionnel, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle.

Les exemples récents d'élaboration ou de modification de la Constitution au Maroc, en Tunisie, en Egypte ou même en Algérie illustrent parfaitement cette tendance à la démocratisation des processus constitutants en Afrique.

Dans le premier cas, si toutes les forces vives du royaume n'ont pas été associées en amont par le comité royal chargé de faire des propositions sur la révision de la Constitution de 1996, le peuple a néanmoins approuvé par référendum le 1^{er} juillet 2011, les réformes constitutionnelles proposées qui reprenaient d'ailleurs certaines des revendications exprimées par les manifestants depuis le 20 mars 2011 en matière politique et économique.

En revanche, en Tunisie, le processus constituant a été beaucoup ouvert et inclusif. D'abord, une Commission pour la réalisation des objectifs de la révolution, la réforme politique et la transition démocratique a été mise en place composée de représentants de la société civile et des principaux partis politiques. Sa mission principale était de fonctionner comme un Parlement et d'adopter les textes juridiques nécessaires à l'organisation de l'élection des membres de l'assemblée constituante et de la transition démocratique.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Après les élections du 23 octobre 2011 remportées par le parti islamiste modéré Ennahda, lequel a formé une coalition avec deux partis laïcs (le Congrès pour la République et le Forum démocratique pour le travail et les libertés), l'assemblée constituante, mise en place avec des difficultés, a procédé à l'élaboration de la nouvelle Constitution tunisienne promulguée le 26 janvier 2014, précédée d'une démarche d'inclusion de la société civile.

Enfin, en Egypte, si le processus d'élaboration de la nouvelle Constitution a été long, difficile et explosif et a échoué, c'est simplement parce que les partis laïcs et la société civile souhaitaient que le comité de rédaction de la Loi fondamentale soit consensuel et qu'il représente les intérêts de l'ensemble des Egyptiens, y compris les minorités.

En Algérie, le processus de révision de la Constitution entamé depuis mai 2011 obéit à la même logique. En effet, affirme le ministre algérien du Commerce, « il y a eu une première phase durant laquelle les consultations ont été menées par le président du Conseil de la nation (Sénat), Abdelkader Bensalah, et par le Premier ministre, Adbelmalek Sella. Le fruit de ce processus a été confié à une commission de juristes qui a préparé et soumis au Chef de l'Etat une première mouture. Adbelaziz Bouteflika a estimé que les choses avaient évolué depuis. De nouveaux partis ont vu le jour, les élections législatives et locales de 2012 ont changé la donne politique. Il a estimé nécessaire d'ouvrir une nouvelle concertation »⁶.

Ces processus constituants inclusifs, ouverts et participatifs ont influé positivement sur le contenu des Lois fondamentales.

⁶ Cf. l'entretien accordé par le Ministre algérien du Commerce au magazine Jeune Afrique, Amara BENYOUNES, « BOUTEFLIKA, la Constitution et nous », n°2798, 24-30 août 2014, pp. 40-41, p. 40.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

2/-La richesse du contenu des Constitutions

Les Constitutions élaborées ou modifiées de façon consensuelle ont la particularité d'être originales et riches du point de vue de leur contenu et reflètent ainsi la diversité des opinions et visions du monde. En effet, les Chartes constitutionnelles africaines affirment leur opposition fondamentale et totale à tout régime fondé sur la dictature, la corruption, le népotisme, le tribalisme, le régionalisme, le recours à la force comme mode d'accession au pouvoir et à la confiscation du pouvoir.

Elles renferment également, compte tenu de leur environnement, tous les principes et règles inhérents à la démocratie libérale et pluraliste, notamment l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs, la séparation de l'Etat et des religions, l'énonciation et la garantie des droits fondamentaux par le juge constitutionnel.

Par ailleurs, les Constitutions procèdent à un aménagement et à une distribution plus ou moins équilibrés des pouvoirs. Ainsi, dans les premiers textes, le Président de la République n'apparaît plus forcément comme la clé de voûte des institutions. Dans certains pays, il est concurrencé par un premier ministre qui est loin de faire de la figuration. De plus, ses pouvoirs sont contrôlés par la juridiction constitutionnelle et par le Parlement, souvent bicaméral, ce qui permet une meilleure représentation des collectivités locales.

Enfin, le pouvoir judiciaire est également réformé pour mieux garantir l'autonomisation des juridictions et l'indépendance des juges. La figure emblématique du nouveau juge est représentée par la création d'une juridiction constitutionnelle dotée d'un statut particulier en tant que garant de l'Etat de droit démocratique et de l'équilibre des pouvoirs.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Pour éviter une centralisation aigüe du pouvoir, les Constitutions africaines consacrent également une séparation horizontale des pouvoirs entre la sphère nationale et les sphères régionales, départementales et municipales. En général, les constituants ont mis en place un système de décentralisation classique. Dans le cas congolais (RDC), les constituants ont néanmoins poussé l'autonomisation des collectivités territoriales à un niveau proche du fédéralisme ou du régionalisme, à tel point qu'elles s'apparentent aux communautés autonomes d'Italie ou d'Espagne.

Y sont également consacrées les autorités administratives indépendantes comme le Médiateur ou les Conseils de régulation des médias.

Il convient enfin de souligner que certains textes constitutionnels prévoient des « traces » d'une diversité de sources de légitimité. Ainsi, ils font référence aux valeurs sociales profondes et traditionnelles, au patrimoine culturel, matériel et spirituel des peuples (Gabon), interdisent toute propagande à caractère ethnique, tribal, régional ou racial (Tchad) ou reconnaissent la diversité linguistique (Maroc et Algérie avec la reconnaissance du Tamazigh, langue berbère) et les minorités ethniques (Cameroun, Tchad). D'autres reconnaissent un rôle très important aux chefferies traditionnelles ou encore intègrent les chefs traditionnels dans les Assemblées officielles par le jeu des nominations (Cameroun).

Au regard de cette description sommaire, il apparaît clairement que la prise en compte de la dimension pluraliste de la société et l'instauration de véritables régimes démocratiques par les constituants originaires ou dérivés africains obéissent à l'objectif de légitimation de la Constitution, laquelle est manifestement mise en œuvre.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

B- La mise en œuvre des Constitutions

Depuis 1990, dans les différents pays africains, le droit constitutionnel est au cœur des débats politiques et démocratiques et sa violation est sanctionnée par la juridiction constitutionnelle.

Partout en Afrique, on assiste à l'irruption du constitutionnalisme dans le débat démocratique. En effet, les règles constitutionnelles sont de moins en moins considérées comme de simples « chiffons de papier ». Au contraire, elles sont devenues des références majeures pour tous les acteurs politiques, de l'opposition ou de la majorité, y compris la société civile. Leur respect est souvent au centre des débats politiques et leur violation éventuelle est de plus en plus contestée publiquement, même par les citoyens qui, dans certains Etats peuvent saisir directement le juge constitutionnel. Les Constitutions sont ainsi devenues les derniers remparts contre les dérives présidentielistes.

Ce qui était impensable il y a quelques décennies est devenu, depuis 1990 ou 2011 pour d'autres, une réalité. Désormais, les Constitutions sont devenues le véritable fondement de toute activité étatique. La vie politique et démocratique s'ordonne autour des règles qu'elles posent et des compétences qu'elles attribuent aux organes. Nous pouvons dès lors dire que « le constitutionnalisme est désormais entré en Afrique dans une phase d'intense activité (...). Il (le constitutionnalisme) devient un élément important de la vie politique en Afrique qu'on ne peut plus négliger. Il en vient à y remplir ses fonctions de prévention et de règlement des conflits »⁷.

⁷ J. du BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n°4, 1996, p. 251.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Dans ce contexte marqué par la « juridicisation des débats démocratiques »⁸, l'affirmation et la garantie des droits fondamentaux des citoyens deviennent des enjeux majeurs des nouveaux Etats démocratiques. Les citoyens n'hésitent plus de saisir le juge constitutionnel pour protéger et défendre leurs droits. Dans ce domaine, de nombreuses juridictions constitutionnelles se sont montrées particulièrement dynamiques en rendant des décisions originales et audacieuses remettant en cause les textes législatifs et réglementaires pris par l'exécutif jugés attentatoires des droits fondamentaux des citoyens. L'action des juridictions constitutionnelles est capitale à la construction de l'Etat de droit en Afrique. Elle a permis de garantir la hiérarchie des textes et d'assurer ainsi la suprématie définitive de la Charte constitutionnelle sur les actes administratifs, véritable « législation exécutive » sous le parti unique.

La création des Cours et Conseils constitutionnels constitue en elle-même non seulement le symbole de la fin des régimes autoritaires, mais également celui de la naissance du règne de la règle de droit et de la garantie des droits fondamentaux.

Le rôle fondamental de ces juridictions constitutionnelles dans la garantie et la consolidation de l'Etat de droit et de la démocratie et dans le règlement des conflits montre pleinement son ancrage dans le paysage constitutionnel africain. Les juridictions constitutionnelles, en faisant ainsi entrer le droit constitutionnel africain dans le panthéon des droits vivants, contribuent en même temps au renforcement de la légitimité de la Loi fondamentale.

Toutefois, le renouveau constitutionnel africain ne doit pas être surestimé au regard de nombreux conflits et coups d'Etat militaires ou « électoraux »

⁸ J. du BOIS DE GAUDUSSON, *ibid.*, p. 252.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

observés en Afrique et dont la cause principale est généralement l'instrumentalisation de la Loi fondamentale ou le verrouillage des procédés constitutionnels entraînant ainsi une crise récurrente de la légitimité des Constitutions africaines. Mais, il faut reconnaître que le processus de démocratisation constitutionnelle entamé depuis 1990 ou 2011 est irréversible. Sa consolidation étant longue, la patience doit alors être la vertu cardinale. Cependant, un outil important, qui constitue une tendance originale, pourrait abréger son temps : c'est la garantie de l'œuvre constituante.

II- L'irruption de la garantie de l'œuvre constituante

Elle est mise en exergue par l'énonciation des principes intangibles (A) et la protection de la Constitution (B).

A- L'énonciation des principes intangibles

Selon Benjamin Constant, « le bonheur des sociétés et la sécurité des individus reposent sur certains principes positifs et immuables...La Constitution est la garantie de ces principes »⁹.

Ces principes, prévus par toutes les Constitutions africaines ou découverts par le juge constitutionnel à partir d'une interprétation contextuelle ou de valeur, peuvent être regroupés en deux catégories : les principes formels et les principes matériels ou substantiels.

1/-Les principes formels

Les principes de forme renvoient aux conditions d'élaboration et de modification des textes constitutionnels. Nous avons déjà montré plus haut que, dans l'optique de légitimation des Lois fondamentales, les processus

⁹ In *Principes de politiques*, Paris, Hachettes Littérature, 1997, pp. 106-107.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

constituants, dans de nombreux cas, ont été ou sont inclusifs et consensuels. Ce principe de consensus qui est cœur de l'exercice du pouvoir dans les sociétés africaines à travers la palabre¹⁰, est de plus en plus revalorisé aujourd'hui. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'Organisation internationale de la Francophonie, dans sa Déclaration du 3 novembre 2000 dite de Bamako, suggérait l'élaboration et la révision des textes constitutionnels selon le mode consensuel pour limiter les risques d'instrumentalisation de la Constitution. Ce principe implique également que tous les acteurs politiques, sociaux, traditionnels et religieux s'accordent sur le contenu des modifications des textes fondamentaux. Ce principe est d'ailleurs repris par la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007 (article 10).

La Cour constitutionnelle béninoise a reconnu ce principe dans sa décision du 8 juillet 2006, tout en lui conférant une valeur constitutionnelle dont la violation même réalisée conformément à la procédure de révision constitutionnelle entraîne la censure du juge. Il s'agit donc d'un principe, en réalité, supraconstitutionnel qui s'impose au pouvoir constituant dérivé.

Il faut néanmoins reconnaître que, dans de nombreux Etats africains, le principe de consensus en matière d'élaboration et de modification de la Constitution est difficilement respecté. C'est pourquoi, nous pensons que pour être efficace, le consensus devrait être accompagné des principes de conciliation, de coopération, de compromis, de collaboration et de négociation au sommet entre les différents acteurs, gages de la stabilité de l'Etat pluriel et de la pacification des rapports politiques et sociaux.

¹⁰ UNESCO, *Socio-political Aspects of the Palaver in some African Countries*, Paris, 1979. J.-G. BIDIMA, *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Ed. Michalon, 1997. R. CORNEVIN, « La palabre », *Revue Pegasus*, 1979 ; WAMBA-DIA-WAMBA, « Réflexion sur la pratique de la palabre », *Journal of African Marxists*, Mars, 1985, pp. 35-50.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

2/- Les principes matériels ou substantiels

Ces principes unificateurs touchent au contenu des Constitutions. « Il y a de grandes bases auxquelles toutes les autorités constituées ne doivent pas pouvoir toucher »¹¹ opinait Benjamin Constant. Il s'agit des normes intangibles, suprêmes et inviolables¹² qui, si elles sont bien protégées, pourraient permettre de mieux préserver les acquis démocratiques et consolider ainsi l'Etat de droit.

Dans l'ensemble, certains de ces principes ont été dégagés par les conférences nationales, les commissions *ad hoc* et les assemblées consultatives et consacrés par la Constitution en son Préambule ou en annexe, à l'exemple des trente-quatre principes consacrés à l'Annexe IV de la Constitution intérimaire d'Afrique du Sud de 1993.

En général, les Préambules laissent apparaître un vaste bloc de supraconstitutionnalité ou un véritable patrimoine supraconstitutionnel africain comprenant les principes fondateurs tels : la démocratie pluraliste ; la reconnaissance de l'opposition démocratique ; l'Etat de droit démocratique ; la dignité de la personne humaine et la protection des plus faibles ; l'opposition fondamentale et totale à tout régime politique fondé sur la confiscation du pouvoir, l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, le népotisme, le clanisme, le tribalisme, le régionalisme, l'impunité ; l'adhésion aux valeurs universelles de paix, de liberté, d'égalité, de justice, de tolérance, de probité, d'intégrité et aux vertus de dialogue, de consensus, comme références cardinales de la nouvelle culture politique ; le

¹¹ *Principes de politiques*, op. cit., p. 107.

¹² Pour G. VEDEL, un tel principe ferait nécessairement échec à la démocratie. In « Avant-propos » de l'ouvrage de Charles EISENMMAN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. VIII.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

renouvellement limité du mandat présidentiel ; l'obligation de rendre des comptes et d'être sanctionné ; etc.

D'autres principes sont prévus par des dispositions spécifiques des Constitutions africaines. Il en est ainsi de l'interdiction de réviser non seulement le caractère républicain, monarchique, laïc, islamique, démocratique, pluraliste etc. de certains pays, mais aussi l'article le consacrant. Toutefois, dans ce domaine aussi, les manipulations sont malheureusement nombreuses. C'est pourquoi, pour les éviter, nous pensons que ces principes devraient faire l'objet d'un large compromis ou consensus et être détaillés puis inscrits dans la Constitution pour garantir leur effectivité. Le rôle du juge serait alors, non pas de les découvrir, mais de les appliquer ou, tout au plus, de les interpréter.

De plus, tant une modification de ces principes et valeurs qu'une réforme substantielle de la pondération entre eux par une révision constitutionnelle devraient être interdites. De même, pour éviter la reproduction de l'expérience togolaise de février 2005¹³, l'article les consacrant dans la Constitution ne pourrait être modifié. B. Constant affirme par exemple qu'« il est des articles constitutionnels qui tiennent aux droits de l'espèce humaine, à la liberté individuelle, à celle de l'opinion, à celle des lois, à celle des tribunaux. Toutes les autorités réunies ne doivent pas être compétentes pour un changement dans les objets qui sont le but de toute association »¹⁴. Il ne pourrait être modifié que, d'une main tremblante, par

¹³ Cf. T. ONDO, *La responsabilité introuvable du Chef d'Etat africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (Les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, thèse, Droit, Université de Reims, 2005, pp. 80-81.

¹⁴ *Principe de politique*, op. cit., p. 110.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

consensus pour compléter la liste des principes et valeurs à condition qu'il n'y ait pas de contradiction entre les nouveaux et les anciens et à une majorité plus forte que celle exigée pour la modification des autres dispositions constitutionnelles¹⁵.

Toutefois, ces différents principes ne peuvent être mis en œuvre que si l'œuvre constituante les ayant consacrés est protégée. C'est sans doute l'une des innovations majeures du constitutionnalisme africain.

B- L'irruption de la protection de l'œuvre constituante

En droit constitutionnel classique, le pouvoir constituant est souverain. En principe, il ne peut donc faire l'objet d'un contrôle.

En Afrique, la récurrence des manipulations et de l'instrumentalisation de la Constitution par les dirigeants au pouvoir n'a pas laissé le système politique sans réagir. En effet, pour garantir l'Etat de droit démocratique, le juge s'est érigé en censeur des fraudes à la Constitution par un contrôle juridictionnel efficient (A). Dans la même veine, l'on assiste depuis quelques années à l'émergence d'un contrôle politique sur les lois constitutionnelles (B).

1/-Le contrôle juridictionnel

Ce contrôle est assuré essentiellement par la juridiction constitutionnelle. Il s'agit donc d'un contrôle de constitutionnalité des lois de révision de la Constitution¹⁶.

¹⁵ Par exemple 2/3 dans chaque Chambre comme c'est le cas pour la modification des dispositions relatives aux droits et libertés : article 168 de la Constitution espagnole de 1978 ; article 74-2 de la Constitution sud-africaine de 1996.

¹⁶ Cf. T. ONDO, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », RDCDI, n°1, 2009, pp. 104-138. Voir aussi, du même auteur, *Plaidoyer pour un nouveau régime politique au Gabon*, Paris, Publibook, 2012, p. 162.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

En suivant le juge constitutionnel malien, nous dirons que ce contrôle de constitutionnalité « consiste à l'analyser pour déterminer si l'autorité qui en a pris l'initiative est habilitée à le faire de par la Constitution ; si le quorum indiqué par la Constitution a été atteint lors de son vote par l'Assemblée nationale ; si son vote n'a pas eu lieu alors qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire et enfin si elle n'a pas révisé les normes qui de par la Constitution ne peuvent faire l'objet d'une révision »¹⁷.

Dans l'ensemble, ce contrôle est assuré par une juridiction spécialisée, la Cour constitutionnelle (Gabon, Congo, Centrafrique, Mali, etc.) ou le Conseil constitutionnel (Burkina Faso, Cameroun, Tchad, Sénégal, Algérie, etc.). Globalement, le juge constitutionnel exerce une fonction consultative¹⁸. Plus concrètement, ce pouvoir consultatif équivaut à un avis conforme. Il en résulte que cette compétence subit en quelque sorte l'attraction de la fonction juridictionnelle au point de s'y asseoir.

Dans d'autres Etats, c'est de façon implicite ou indirecte que le constituant confère au juge constitutionnel ce pouvoir d'avis notamment en cas de soumission par le Président de la République d'un projet de loi au référendum qui peut porter notamment sur la révision constitutionnelle.

¹⁷ Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001, 11^e considérant. Les avis et décisions des juridictions constitutionnelles africaines cités dans cet article sont disponibles sur les sites de l'Association des Cours et Conseils constitutionnels ayant en partage l'usage du Français (www.accpuf.org) et de l'Organisation internationale de la Francophonie (www.francophonie.org).

¹⁸ En France, cf., R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°68, 2006, pp. 781-820.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

C'est le cas des Constitutions guinéenne du 23 décembre 1990¹⁹ et tchadienne du 14 avril 1996²⁰.

En revanche, c'est sur le fondement des articles 34 et 88 de la Constitution ivoirienne de 1999 relatifs au respect par le Président de la République de la Constitution et à la fonction de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics par le Conseil constitutionnel que ce dernier a reconnu que l'exercice de ces fonctions implique pour le Chef de l'Etat le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution et susceptible de mieux l'éclairer, et pour le juge constitutionnel le devoir de lui fournir l'avis demandé. Par conséquent, la Haute instance a accepté de rendre un avis sur une loi constitutionnelle²¹.

D'autres Constitutions africaines confèrent à la juridiction constitutionnelle la compétence générale d'assurer le contrôle de constitutionnalité des lois²² avant leur promulgation, sans autres précisions²³. C'est sur cette base que les juges constitutionnels tchadiens²⁴, maliens²⁵ et béninois²⁶, ont assuré le

¹⁹ L'article 45 al. 3 dispose qu'« avant de convoquer les électeurs par décret, le Président de la République recueille l'avis de la Cour suprême sur la conformité du projet ou de la proposition à la Loi fondamentale. En cas de non-conformité, il ne peut être procédé au référendum ».

²⁰ L'article 82 prévoit que « le Président de la République peut, après avis du Conseil constitutionnel, soumettre par référendum tout projet de loi portant organisation des pouvoirs publics... ».

²¹ CC, avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003.

²² C'est qu'a suggéré en France J.-E. SCHOETTL, in « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA*, n°70, 8 avril 2003, pp. 17-22.

²³ Constitutions du Togo de 1992 (article 99) ; du Mali de 1992 (article 85) ; du Tchad de 1996 (articles 166 et 170) ; du Bénin de 1990 (article 121 al. 1), etc.

²⁴ Décision n°001/PCC/SGG/001 du 26 février 2001 du Conseil constitutionnel tchadien ; voir aussi, décision n°001/CC/SG/04 du 11 juin 2004. Pour analyse, cf. S. BOLLE, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *RBSJA*, n°17, décembre 2006.

²⁵ Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001. Selon le juge, « la loi portant révision de la Constitution... n'étant pas une loi organique fait donc partie des autres catégories de lois prévues à l'article 88 de la Constitution ; qu'en conséquence elle est susceptible de recours en contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle », 10^e considérant.

²⁶ Décision, DCC n°06-074 du 8 juillet 2006.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, à l'exemple de la Cour constitutionnelle allemande²⁷.

Enfin, d'autres, plus récentes, prévoient explicitement la compétence de la Cour constitutionnelle pour statuer sur les projets de lois constitutionnelles²⁸

Les contrôles ainsi exercés se fondent sur le principe de la limitation procédurale et matérielle du pouvoir constituant dérivé prévu par les différents textes constitutionnels²⁹. En d'autres termes, seules les lois de révision constitutionnelle peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que par exemple, dans son avis du 17 décembre 2003, le Conseil constitutionnel ivoirien a exclu la possibilité d'une révision constitutionnelle pendant la crise en indiquant que « la situation que connaît la Côte d'Ivoire depuis le 19 septembre 2002 est une atteinte à l'intégrité du territoire en ce qu'une partie du pays est occupée par une force politico-militaire, indépendante du pouvoir central, qui l'administre de façon autonome avec l'interposition sur la ligne de front de forces étrangères (...); que l'article 127 de la Constitution fait de façon non équivoque, une interdiction en pareille situation, d'engager ou de poursuivre une révision constitutionnelle; qu'il ne peut en conséquence être initié de procédure de révision (...); que le peuple ne peut être consulté sur une

²⁷ CC all., 15 décembre 1970, BverfGE 30, 1. Cf. O. PFERSMANN, « L'Allemagne », in *La révision de la Constitution*, Journées d'études de l'AFDC des 20 mars et 16 décembre 1992, Paris/Marseille, Economica/PUAM, 1993, pp. 53 et s.; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1986, pp. 60-61.

²⁸ Selon l'article 120 § 2 de la Constitution tunisienne de 2014, « la Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité : - des projets de lois constitutionnelles qui lui sont soumis par le Président de l'Assemblée du peuple, selon les modalités de l'article 144, ou afin de contrôler le respect des procédures de révision de la Constitution (...) ».

²⁹ B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921; C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges P. PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 237 et s.; X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis FAVOREU », *RFDC*, n°59, 2004, pp. 595 et s.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

partie seulement du territoire (...) ». De même, la Cour constitutionnelle béninoise, dans sa décision du 8 juillet 2006, a déclaré inconstitutionnelle une loi portant révision de la Constitution dans les termes suivants :

« Considérant que ce mandat de quatre ans, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la Conférence des Forces Vives de la Nation de février 1990 et consacré par la Constitution en son Préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à (...) la confiscation du pouvoir ; que même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe de valeur constitutionnelle ; qu'en conséquence, les article 1 et 2 de la loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la Constitution ».

Plus récemment encore, le Conseil constitutionnel du Burkina Faso, dans sa décision n°2012-008/CC du 26 avril 2012, a fait preuve d'une grande audace : d'une part, en l'absence de texte, il s'est déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité matérielle d'une loi portant révision de la Constitution ; d'autre part, il a complété d'autorité les normes opposables au pouvoir de révision ; enfin, il a déclaré contraire à la Constitution – plus précisément à une norme constitutionnelle non écrite - une loi constitutionnelle allongeant la durée de la législature en cours.

Toutefois, l'exemple sud-africain montre que le pouvoir constituant originaire peut être aussi soumis à un contrôle juridictionnel dans une

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

optique de préservation des acquis démocratiques. En effet, la Constitution intérimaire³⁰ négociée et adoptée en 1993 par l'ensemble des forces vives sud-africaines contenait, dans son annexe IV, trente-quatre principes qui constituent en quelque sorte des garde-fous permettant d'éviter tout retour en arrière. Ces barrières suprêmes devaient lier le pouvoir constituant originaire dans son œuvre créatrice en 1996 sous la garantie de la Cour constitutionnelle. Dans une première décision du 6 septembre 1996³¹, la Cour déclare non conformes à ces principes certaines dispositions de la Constitution. L'Assemblée constituante amende alors son texte le 11 octobre 1996 et la Cour rend, après un nouvel examen, une décision de conformité ou plus précisément de certification de la Constitution avec l'ensemble des principes fondateurs le 4 décembre 1996³².

Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles apparaît comme une avancée réelle et dynamique du constitutionnalisme africain. Toutefois, pour garantir le respect des principes et valeurs formels et substantiels précités, et surtout pour éviter tout risque de gouvernement des juges, le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles par la juridiction constitutionnelle devrait être clairement posé et encadré par la Constitution.

2/-Le contrôle politique

Longtemps négligé par la doctrine, le contrôle politique de la Loi constitutionnelle occupe pourtant une place de choix dans des pays en

³⁰ Fr. DREYFUS, « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », *RFDC*, n°19, 1994, pp. 465-495.

³¹ CCT 23/96, certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (10), BCLR 1253 (CC).

³² CCT 37/96, certification of the Amended text of the Final Constitution, 1997, BCLR (CC). Voir, X. PHILIPPE, « Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2000, pp. 41-52, p. 52.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

processus de démocratisation. Au Gabon par exemple, l'idée d'une réforme du Conseil National de la démocratie dont la composition devrait refléter la diversité des sources de légitimité, va dans le sens de lui conférer un rôle fondamental en matière de contrôle de la Loi fondamentale. Ainsi, sa mission pourrait être de scruter, dans les comportements, les discours, les décisions, les inactions des acteurs politiques, tout ce qui pourrait constituer une violation des dispositions constitutionnelles ou un refus de leur application. Le Conseil pourrait recueillir également les plaintes des citoyens ou des organisations de la société civile dans son siège ou sur son site Internet.

Une fois le constat fait, le Conseil devrait dénoncer publiquement la violation ou l'inapplication de la Constitution par les acteurs politiques et les inviter à se conformer aux prescriptions de la Loi fondamentale. Il pourrait également faire toutes les recommandations lui paraissant de nature à résoudre les violations ou inapplications des dispositions de la Loi fondamentale dont elle pourrait être saisie et, le cas échéant, toutes les propositions tendant à améliorer la mise en œuvre de la Constitution.

Le Conseil pourrait être également une instance d'écoute et surtout de débat sur les questions liées à la matière constitutionnelle. Le renforcement de ce rôle pourrait être matérialisé par l'organisation d'une semaine constitutionnelle.

De façon plus concrète, on assiste sur le continent à une mobilisation sans précédent du peuple ou plus précisément de la société civile pour protéger la Constitution. Ce rôle du peuple dérive du droit qui lui est reconnu par la

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Constitution à la désobéissance³³. L'objet de ce droit constitutionnel est de faire du peuple un véritable contre-pouvoir³⁴. Il s'agit plus précisément « de doter le peuple d'une puissance juridique lui permettant de lutter contre les abus et privilèges des autorités politiques, de s'opposer au despotisme, à la tyrannie »³⁵.

Dans d'autres Etats, la Constitution consacre l'obligation de chaque citoyen de protéger la Constitution³⁶.

En Afrique, ce droit à la désobéissance et cette obligation de protéger la Constitution sont souvent exercés par le peuple pour freiner ou arrêter les dirigeants au pouvoir laissés libres par des contre-pouvoirs institutionnels devenus inefficaces ou corrompus. Il s'agit concrètement de contrôler leurs actions, de les contraindre à respecter la Constitution, à abroger ou suspendre les textes jugés arbitraires ou à abandonner des révisions constitutionnelles régressives. C'est ainsi que la société civile a pris l'habitude de manifester contre une tendance à l'excès de pouvoir ou à l'instrumentalisation des lois constitutionnelles. C'est dans ce cadre que les mouvements citoyens « touche pas à ma Constitution » ont été lancés au Sénégal, au Burkina Faso, au Bénin, au Mali, au Cameroun. C'est

³³ A titre indicatif, on peut citer par exemple les articles 167 de la Constitution burkinabé du 2 juin 1991, 66 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et 121 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

³⁴ A. SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », RDP, n°4, 2014, pp. 1019 et suiv.

³⁵ H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, Castelnau-le-Lez, Climats, 1992, p. 24 ; Gr. HAYES et S. OLLITRAULT, *La désobéissance civile*, Paris, Science Pô Les presses, 2012, p. 54 et s ; G. KOUBI, « Droit et droit de résistance à l'oppression », <http://koubi.fr/spip.php?article17>, 2008

³⁶ L'article 1^{er} § 21 de la Constitution gabonaise dispose à ce sujet que « Chaque citoyen a le devoir de défendre la patrie et l'obligation de protéger et de respecter la Constitution, les lois et les règlements de la République ».

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

également dans cette logique que l'Eglise catholique en République démocratique du Congo est montée au créneau pour tenter d'empêcher le Chef de l'Etat de modifier la Constitution pour briguer un nouveau mandat. Ces différentes actions du peuple mettent en lumière la dynamique du contrôle politique en Afrique.

Toutefois, celle-ci ne doit pas cacher une réalité : la neutralisation et l'instrumentalisation du peuple. D'où l'impérieuse nécessité de constitutionnaliser cette puissance reconnue au peuple.

Au total, si l'on doit reconnaître que, dans de nombreux Etats africains, le constitutionnalisme est en crise, il convient de relever néanmoins qu'il présente également des tendances positives du point de vue de la consolidation de la démocratie, de la pacification des rapports politiques et sociaux et de la légitimité de la Constitution. Ces avancées sont perfectibles en raison de l'évolution lente mais irréversible de la culture démocratique et constitutionnelle des gouvernants et des citoyens. Mais, nous pouvons parier que dans quelques années ou décennies, elles (ces avancées) entreront définitivement dans le patrimoine constitutionnel africain.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Débats (3ème séance) 25 11 2014

المناقشة (الجلسة الثالثة)

Questions relatives à la communication du Professeur **Telesphore Ondo**

Un intervenant de la salle

Une question relative à ce qu'il a été appelé le contrôle politique de la juridiction constitutionnelle. Est-ce qu'on peut vraiment parler pour une juridiction d'un contrôle politique ? Une juridiction, son rôle est le contrôle juridictionnel. Si elle s'immisce dans le domaine politique, nous risquons d'avoir le gouvernement des juges. Et vous évoquez pour parler du contrôle politique du contrôle de la révision de la Constitution. Or si on prend ce contrôle de la révision, c'est-à-dire des initiatives de révision de la Constitution, si je prends l'exemple tunisien dans la Constitution actuelle, il y a cette possibilité du contrôle pour les dispositions où il est interdit de procéder à des révisions de la Constitution. Donc le Conseil constitutionnel ici veille à ce qu'il n'y ait pas de modification dans des domaines où il y a intangibilité de la règle constitutionnelle.

Mais bien évidemment, ce type de contrôle peut donner au juge l'occasion de s'immiscer dans le fond. A partir de ce contrôle formel en apparence, il peut s'immiscer dans le fond et il y a un certain nombre de juridictions à l'échelle internationale qui se sont arrogées ce droit où les Constitutions leur ont conféré ce droit de contrôler la constitutionnalité des révisions constitutionnelles. Alors ma question sur ce point précis, indépendamment de ce que vous avez appelé le contrôle politique, est ce que dans l'état actuel de l'évolution constitutionnelle en Afrique, est ce qu'il est opportun de confier ce type de contrôle aux juridictions constitutionnelles ? Pourquoi ? Parce que la juridiction constitutionnelle doit affirmer sa légitimité, et en

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

affirmant sa légitimité à travers ce qu'elle va réaliser au niveau de la protection des droits et libertés, au niveau de son contrôle qui doit assurer l'équilibre des pouvoirs, elle va avoir une légitimité, et c'est cette légitimité qui peut lui permettre de renforcer ses prérogatives. Si on adopte les techniques constitutionnelles les plus avancées, nous risquons peut-être de nous heurter à des obstacles et à la non effectivité des règles constitutionnelles. Je suis d'accord pour donner aux cours constitutionnelles cette compétence, mais il faudrait peut-être le faire par étapes et à la lumière de ce que ces cours vont réaliser au niveau de leur fonction essentielle qui est le respect de la constitutionnalité.

Intervention from the floor

The third speaker spoke about the reflections and was very positive about the developments. However, with all respect I have in my mind, article 169 of the Algerian Constitution, which says that "the Constitutional Council considers that a legislative or regulatory provision is not constitutional, this latter loses its effect from the date the decision is taken by the Council". So, the Constitutional Council overwhelms everything. Because if we see the preceding articles, it has many functions: it reviews the treaties, it also reviews the results of the referendum. If somebody outside Algeria would look at it, it appears to be a despotism of the Constitutional Council. Is it a correct understanding or is it not a correct understanding? It is a just position and the alternate of this is in Iran where there is a supreme leader, who oversees, rejects or accepts whether they are treaties, whether they are laws, whether results of referendum. If somebody could refer us to any cases of the Constitutional Council who have undone a law which was passed by a legislature and which was accepted by the people. I thank you for your patience, and my respects to everybody here. Thank you Sir.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Mohamed Tahir, of the Sudanese Constitutional Court delegation

Honorable speakers have demonstrated and shed light on the potential improvement and development of the constitutional standards, protection of human rights and its basic values. From my practice, there is a question that calls me all the time. Is it possible to set constitutional standards that do not match with the life realities of the society? Including the Government, I have three examples in my mind. The first one is the impact of freedom of speech on other constitutional rights with cases where there is war or turmoil, and its impact on national security aspects. This problem always comes to our attention in a country where there are plenty of rivals here and there. This is one problematic issue that we are facing. The second one is the right of representation in severe criminal cases. It is a basic constitutional right that is acknowledged by most of the international standards. But is it always possible that government will be able to provide that privilege to accused persons, considering the vast areas and the availability of trends, lawyers and destinies and transportations of all those hassles? That is one point. Also, the question of special tabular, special courts. Special court is not something totally new, it is recognized by international law and it is also there in local legislations and constitutions.

To what extent special courts can erode defectiveness or to what extent they reconcile with the principle of natural judges. Natural judges, as you know, all of you, they deal that judiciary matters should be assigned to a single central judicial institution that would take care of having side courts that, in a way or another, may be dominated by the executive, or having a negative impact on the unitary of the judicial system. Thank you.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Réponses du Docteur Telesphore ONDO

Je crois que plusieurs questions qui m'ont été adressées, notamment sur le juge constitutionnel, sur le contrôle du juge sur les lois constitutionnelles. Mes deux prédécesseurs ont répondu brièvement à ces questions, donc je ne vais pas y revenir. Je vais peut-être dire quelques mots à la demande de notre ami de la République Centre Africaine sur le cas sud-africain, juste pour dire que la Constitution intérimaire avait créé une Cour constitutionnelle et lui a attribué en même temps la compétence de certifier la Constitution définitive lorsqu'elle arriverait à être adoptée. Mais la certification devait avoir pour base les 34 principes qui étaient prévus à l'annexe 4 de cette Constitution. Et c'est ainsi que lorsque la Constitution définitive de 1996 avait été élaborée, elle avait été naturellement soumise à la Cour constitutionnelle pour qu'elle vérifie si les dispositions de cette Constitution respectaient les 34 principes. Il y avait le principe sur la séparation des pouvoirs, sur les droits fondamentaux, sur le régionalisme, etc... Donc il y avait tous ces éléments-là qui étaient contenus dans ces 34 principes.

Dans son premier examen, la Cour avait constaté que certaines dispositions ne respectaient pas les principes en question et avait donc invalidé la Constitution. Le texte avait été renvoyé pour amendement à l'Assemblée constituante, ensuite le texte est revenu à la Cour constitutionnelle qui a rendu une décision définitive de certification et donc de conformité de la Constitution aux 34 principes qui étaient prévus. Donc je voulais redonner ces précisions.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Je ne sais pas si au niveau de la Charte de transition en République Centre Africaine, je ne pense pas, si la Cour constitutionnelle a reçu de telles compétences pour permettre à la Cour de jouer pleinement son rôle, donc je ne sais pas.

Alors un dernier point sur le problème de la conciliation entre le droit constitutionnel africain et la mondialisation du droit constitutionnel ou l'universalisme. Alors sur ce point, j'ai quand même quelques réserves pour savoir si le droit constitutionnel en Afrique a adopté des règles spécifiques à l'Afrique. Il y a les évolutions qui ont été faites, je l'ai signalé. Ce que j'ai appelé par exemple les traces des diverses sources de légitimité du pouvoir, ces traces existent notamment sur la question de la diversité linguistique, sur la question de la religion, de la place de la religion, sur la question des règles coutumières et d'une façon globale sur le problème du pluralisme normatif en Afrique. Je crois qu'il y a eu aussi un colloque sur cette question-là, notamment sur les tabous du constitutionnalisme en Afrique puisqu'il y a des questions importantes malheureusement qui n'ont pas été suffisamment abordées ou qui sont évacuées aujourd'hui par le constitutionnalisme africain. Et sur ce point, nous sommes certainement très en retard par rapport à ce que nous observons en Amérique latine. L'Amérique latine a développé un constitutionnalisme pluraliste, un constitutionnalisme multinational dans un certain nombre de cas. Ce qui montre bien qu'il y a dans cette globalisation, mondialisation du droit constitutionnel des spécificités qui sont liées à un certain nombre de régions.

Et pour avoir travaillé sur quelques aspects du constitutionnalisme sud-américain, on constate qu'effectivement il y a des mécanismes qu'ils ont développés par rapport à leurs régions. Et je crois qu'en ce qui concerne

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

l'Afrique nous avons encore des efforts à faire dans ce domaine-là. C'est-à-dire l'ingénierie institutionnelle ou constitutionnelle africaine devrait aller un peu plus loin pour développer des mécanismes, des principes, des structures, des institutions qui soient spécifiques ou qui sont spécifiques aux particularités de notre continent. Sur ce point il y a délimitation et là aussi le juge constitutionnel est appelé à jouer un rôle fondamental. Au passage, je voudrais saluer une décision rendue par la Cour constitutionnelle du Gabon sur une question relative au contentieux électoral. Deux candidats avaient dans la proclamation des résultats le même nombre de voix et il fallait trancher. Le juge constitutionnel a été appelé donc à trancher. Et le juge en s'appuyant sur les réalités gabonaises, je veux dire les réalités africaines, a indiqué que c'est le droit d'ainesse qui doit primer et cela été particulièrement originale pour la Cour constitutionnelle. Et je pense que c'est ce travail que les juges aussi doivent faire pour créer des normes spécifiques.

Et je crois que les Professeurs qui m'ont précédé ont largement parlé du contexte et de l'histoire. Et sur ce point j'aimerais dire un petit mot, permettez-moi de citer Jean Jacques Rousseau dans une réponse adressée aux émissaires corses et polonais qui lui posaient la question : la souveraineté populaire, le suffrage universel, pourquoi faire ? Jean Jacques Rousseau a répondu dans une brochure : avant de mettre en place le moindre système, la moindre institution, il faut tenir compte de l'histoire, de la culture, des religions, du développement économique puisqu'aucune règle n'a d'application universelle. Et je crois que sur ce point nous avons à faire des efforts, c'est-à-dire autant nous la doctrine, c'est-à-dire les constitutionnalistes, autant les ingénieurs constitutionnels comme certains les appellent, c'est-à-dire les constituants, autant les juges constitutionnels

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

pour développer un droit constitutionnel spécifique, un droit constitutionnel qui correspond également aux réalités africaines.

Nous avons insisté par exemple sur le principe du consensus qui ne signifie pas l'unanimité, mais qui veut dire qu'on est d'accord, c'est-à-dire l'ensemble des forces vives de la nation est d'accord sur un certain nombre de principes qui doivent régir le fonctionnement de nos Etats. Et sur ce point je crois que nous avons des efforts à faire.