

LE JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN ET LE CONTROLE DES LOIS PORTANT REVISION DE LA CONSTITUTION : CONTRIBUTION A UN DEBAT¹

■ **Mouhamadou MOUSTAPHA AÏDARA**
Professeur agrégé

Depuis plus de deux décennies, l'Etat de droit est devenu, en Afrique, une référence majeure du discours de légitimation politique et juridique².

Né en Afrique, dans un contexte marqué par des régimes autoritaires caractérisés par une centralisation croissante du pouvoir et une ineffectivité de la garantie des libertés individuelles et collectives, l'Etat de droit est revendiqué comme étant la finalité des régimes issus des Constitutions adoptées souvent à la suite de larges concertations dénommées « conférences nationales ».

Il se présente alors comme celui dans lequel la toute puissance du pouvoir se trouve, en théorie, limitée dans la règle de droit qu'il est tenu de respecter. La finalité est alors de protéger le citoyen contre l'arbitraire³.

L'Etat de droit en Afrique est d'abord qualifié en considération du processus d'évolution de la modernité démocratique. Ainsi, il s'est généralement construit sur la base d'un compromis, d'une synthèse tant recherchée entre certaines valeurs essentielles, voire « préférentielles » parce que fondamentales, telles la liberté, l'égalité, la sécurité et les procédés, pour réaliser ces valeurs incarnées par la Constitution qui, pour cette raison, a consacré un juge chargé de garantir sa suprématie.

Définie matériellement, la Constitution s'entend de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir ainsi que les droits fondamentaux qui sont reconnus aux individus et aux groupes et les moyens qui leur sont accordés pour les défendre. Peu importe que ces règles figurent ou non dans un texte écrit, et dans l'affirmative, quelle que soit la catégorie juridique dont relève ce texte.⁴

¹ Cet article du professeur sénégalais Mouhamadou MOUSTAPHA AÏDARA, a été par imprudence publié sous la plume du Chef de Travaux Félicien KALALA MUPINGANI dans les annales de la Faculté de Droit 2012-2013, pp.132-174 sous l'intitulé : Immunité juridictionnelle des lois portant révision de la constitution en Afrique francophone. Cette publication est faite pour corriger ladite imprudence.

² B. Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs* n° 129, 2009, p. 5.

³ G. Conac, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p.105.

⁴ F. Moderne, *Réviser la Constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, 106 pages

En ce sens, la Constitution est en elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité⁵.

Par cette fonction de limitation, la Constitution devient ambivalente parce qu'elle se présente comme une norme supérieure dont se dote le peuple, incarnation de l'Etat afin d'encadrer juridiquement ce même Etat au plus près. C'est en ce sens que Mounier, systématisant les travaux de l'Assemblée constituante de 1789, considère qu'une Constitution n'est autre chose qu'un « ordre fixe et la manière de gouverner ». Ainsi, poursuit-il, une Constitution est « une forme précise et constante de Gouvernement, si l'on veut, c'est l'expression des droits et des obligations des divers pouvoirs qui le composent⁶ ».

Dans cette logique, la Constitution est appréhendée comme « une distribution de la compétence ou de l'étendue des pouvoirs donnée à tous et à chacun de ceux que la loi a chargé des fonctions publiques⁷».

En définitive, le périmètre de la Constitution matérielle inclut « les règles gouvernant les institutions politiques ainsi que, dans l'esprit du constitutionnalisme libéral moderne, les droits et libertés essentiels reconnus aux individus⁸ ».

Définie formellement, la Constitution s'entend d'un ensemble de règles ayant reçu une forme distincte, parce qu'elles sont édictées ou ne peuvent être révisées que par un organe ou une procédure spécifique. La particularité de la conception formelle réside donc en ce qu'elle envisage la Constitution, du moins partiellement, à partir des procédures de révision, ce qui en d'autres termes, veut dire qu'il est parfois nécessaire de s'interroger sur la procédure de révision pour savoir si une Constitution peut être qualifiée de Constitution formelle.

Mais la définition formelle ne présente tout son intérêt que si elle ne se limite pas au caractère écrit mais intéresse aussi l'organe et la procédure car ce n'est qu'à ce moment qu'elle comporte « des conséquences juridiques véritables en rendant la Constitution rigide⁹ ».

Toutefois, si la consécration de la rigidité a une fonction de protection de la Constitution, elle n'entraîne pas pour autant la sacralité. En effet, à l'expérience, aucune Constitution n'est définitive et l'évolution de la société

⁵ S. Milacic, « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2006, p. 375

⁶ M. Kanto, *Pouvoir et Droit en Afrique Noire*, LGDJ, 1987, p. 186

⁷ Mirabeau, *Catéchisme de la Constitution de 1791*, cité par M. Kanto, *ibid.* p.268

⁸ M. de Villiers et A. Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 7^{ème} éd., 2009, p.73

⁹ P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, 27^{ème} éd., 2008, p.63

voire la volonté politique dominante du moment, mettent souvent à mal la résistance de la Constitution.

La révision est communément définie comme l'acte qui consiste à procéder à une modification d'une Constitution selon le régime que cette Constitution a elle-même prévu¹⁰. On admet généralement que l'objectif poursuivi à travers la révision d'une Constitution est de l'améliorer sans aller jusqu'à en changer¹¹. Mais aujourd'hui, la cadence des révisions constitutionnelles dans certains pays africains, depuis l'avènement des conférences nationales et l'adoption de Constitutions consacrant un cadre institutionnel rationalisé de dévolution du pouvoir, poussent à se demander si les révisions constitutionnelles se limitent à un simple perfectionnement du texte constitutionnel.

Les révisions récentes dans les pays africains notamment francophones mettent en évidence un constat : plusieurs initiatives de révision ont un but avoué ou non soit de consolidation du pouvoir de ses initiateurs soit de leur permettre d'imposer leurs idées et leur conception des principes qui doivent guider l'action du pouvoir. La révision constitutionnelle se présente dès lors à la fois comme un processus et un résultat. Conçu comme processus, la révision exprime un mouvement dont la caractéristique essentielle aujourd'hui est de devenir acyclique pour ne pas dire récurrent dans ces Etats ; conçu comme résultat, la révision constitutionnelle consacre un ordre nouveau dès que la modification est intégrée au texte constitutionnel, ce qui du reste met en exergue les rapports quasi dialectiques entre révision constitutionnelle et affermissement de l'Etat de droit.

Certes, plusieurs révisions ont été menées un peu partout, à travers le continent, pour asseoir l'Etat de droit. Sans rupture brusque, on est passé d'un régime autoritaire à un régime démocratique en accordant plus de garanties, de libertés individuelles¹².

Mais en même temps, la révision constitutionnelle peut aussi engendrer des vicissitudes de l'Etat de droit qui se manifestent notamment par le retour à l'autoritarisme, le recul dans la garantie des libertés fondamentales.

Au regard de ces observations sur leur objet contradictoire, se pose la question de la compétence du juge constitutionnel africain pour contrôler les lois portant révision de la Constitution. En effet, la juridiction constitutionnelle est très souvent consacrée, dans les Constitutions africaines, comme étant

¹⁰ Ph. Ardant, « La révision constitutionnelle en France : problématique générale », in *La révision de la Constitution*, journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Association française des constitutionnalistes, Economica, 1993, p. 80

¹¹ Voir F. Moderne, *op. cit.*, p. 9

¹² A. Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », *RFDC* n° 52, 2002, p. 721

l'organe garant de la Constitution et chargé de la régulation des activités des pouvoirs publics.

Devrait-elle dès lors, au regard de son statut, se reconnaître compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles ou au contraire doit-elle « s'incliner » devant le pouvoir constituant dérivé qui « est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude ¹³ » ?

Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle récente dans des Etats comme le Mali, le Bénin ou le Sénégal permet d'envisager certains éléments de la problématique de l'encadrement juridictionnel de la loi constitutionnelle. Ces Etats ont en commun d'avoir une Constitution d'inspiration française, d'avoir consacré quasi simultanément une juridiction constitutionnelle investie dans une large mesure des mêmes compétences et enfin d'avoir connu, ces dernières années, plusieurs projets ou propositions concernant essentiellement la révision des statuts des organes constitutionnels.

Malgré ces traits communs, la question de la compétence du juge constitutionnel pour statuer sur les lois portant révision de la Constitution se pose de manière très contrastée et les règles régissant le contentieux manquent de clarté et de cohérence.

On peut distinguer deux situations qui se présentent sous forme de scénario :

- Certains juges constitutionnels procèdent à une investigation, de manière assez systématique, pour qualifier la loi attaquée avant de se prononcer sur leur compétence¹⁴. Dans ce cas, si au terme de l'examen, la loi est reconnue constitutionnelle, le juge décline sa compétence.
- Pour certains autres juges africains, la recherche de la nature de la loi attaquée ne présente aucun intérêt. La démarche est la même que s'il s'agissait d'une loi ordinaire¹⁵. Ils considèrent, en effet, que la loi constitutionnelle en soi n'a aucun statut particulier justifiant une immunité¹⁶ ce qui met en évidence, dans cette logique, l'objet même du contrôle de constitutionnalité.

Si l'attitude du juge constitutionnel africain face aux différentes lois portant révision de la Constitution attire l'attention de la doctrine africaine qui

¹³ G. Vedel cité par L. Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, Pouvoirs n°67, 1993, p.75

¹⁴ Voir Décision n° 44/98 de la Cour Constitutionnelle du Sénégal du 9 octobre 1998, in I.M. Fall, (dir.) *Les Décisions et Avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008 p. 261

¹⁵ Voir DCC 06-074 de la Cour Constitutionnelle du Bénin du 8 juillet 2006 in L. Sindjoun, *les Grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009 p. 311

¹⁶ Voir Arrêt n°01-128 de la Cour Constitutionnelle du Mali du 12 décembre 2001 sur le site www.la-constitution-en-afrique.org/ (consulté le 20 août 2010)

analyse la mutation de la justice constitutionnelle¹⁷ ou encore le rôle du juge constitutionnel dans la régulation du système politique africain¹⁸, il convient, sans doute de mettre l'accent sur l'encadrement juridictionnel très différencié des lois portant révision de la Constitution, ce qui pousse à envisager les termes de la problématique d'une nouvelle approche du contrôle de la constitutionnalité des lois de révision. En effet, il faut faire la distinction entre les Etats où le juge accepte l'ouverture d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles mais une ouverture marquée par de nombreuses lacunes (I) des autres Etats où le juge constitutionnel oppose un refus à tout contrôle mais dont la justification reste très peu convaincante (II).

I. LES LACUNES DE L'OUVERTURE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS PORTANT REVISION CONSTITUTIONNELLE

Formellement, dans la plupart des Constitutions des Etats africains francophones, les lois portant révision de la Constitution se distinguent des autres catégories de lois par leur auteur, leur mode d'élaboration et leur objet. Implicitement, une autre distinction peut être établie fondée sur la conception du contrôle de constitutionnalité. Le constituant africain envisage souvent un contrôle obligatoire ou facultatif des lois (organique ou ordinaire) en vue d'affirmer la prééminence de la Constitution sur ces dernières laquelle fonde leur validité alors que le caractère « définitif » de la loi portant révision de la Constitution résulte de son approbation soit par référendum soit par une majorité qualifiée des membres du Parlement sans l'intervention du juge constitutionnel.

Ces éléments suffisent-ils pour assurer une immunité juridictionnelle à la loi constitutionnelle ? La réponse apportée par la jurisprudence constitutionnelle malienne et béninoise est sans équivoque : non ! Mais, à l'analyse, l'acceptation de l'ouverture d'un contrôle de constitutionnalité des lois de révision se fonde au regard de la compétence sur une interprétation contestable des lois constitutionnelles (A) ce qui, sans doute, explique la reconnaissance, au fond, de normes servant de référence au contrôle très critiquables (B).

A. Une motivation contestable de la compétence

¹⁷ M. Diagne, « Le renouveau de la justice constitutionnelle en Afrique. L'exemple du conseil constitutionnel du Sénégal », *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 1996, Vol. XII, p. 99

¹⁸ B. Kanté, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de J. Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 266

Au Mali, une loi portant révision de la Constitution, adoptée le 21 juillet 2001, a été déférée à la Cour constitutionnelle par un groupe de députés contestant sa constitutionnalité par deux requêtes¹⁹.

L'articulation de la saisine fait état de plusieurs moyens.

En son article 5, la loi portant révision de la Constitution propose une nouvelle rédaction de la Constitution du 25 février 1992 qui dispose que « l'Etat reconnaît et garantit, dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et de venir, le libre choix de la résidence, la liberté d'association, de réunion, de cortège, de manifestation ». Par la révision, le pouvoir constituant décide de ne plus engager l'Etat dans la reconnaissance et la garantie des droits constitutionnels mentionnés.

Ensuite, la loi constitutionnelle propose une nouvelle rédaction de l'article 41 de la Constitution selon laquelle le Président de la République « après avis de la Cour constitutionnelle, (...) peut soumettre au référendum toute question d'intérêt national ». Par cette modification, les auteurs de la révision remettent en cause le caractère obligatoire de l'avis du juge constitutionnel en matière de référendum, ce qui selon les saisissants viole la compétence reconnue à la Cour de donner son avis sur la révision de la Constitution qui « constitue un acte d'intérêt national ».

Dans un autre domaine, la révision procède au changement de plusieurs statuts et régimes notamment en accordant une immunité constitutionnelle au Président de la République pour les crimes et délits commis dans l'exercice de ses fonctions.

Mais l'un des arguments les plus sérieux invoqués par les saisissants pour contester la révision est sans doute le moyen tiré de la violation flagrante par le Gouvernement de la procédure de révision de la Constitution. En effet, le texte que le Gouvernement soumet à l'approbation du peuple est différent de celui voté par l'Assemblée nationale. Quatorze articles ont été corrigés « à la main » dans le sens favorable au Gouvernement en violation des règles les plus élémentaires applicables en matière de procédure de révision.

Dans ses moyens de défense, le Gouvernement invoque des arguments peu convaincants relatifs au non respect des délais de saisine, à l'incompétence de la Cour, ou encore le défaut de qualité des saisissants, moyen assez curieux puis qu'ils émanent tous de l'Assemblée Nationale.

Le juge, avant de se prononcer au fond, a d'abord soulevé la question de la recevabilité de la requête.

¹⁹ Voir Cour Constitutionnelle du Mali Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001, *op. cit.*

« Considérant que la loi portant révision de la Constitution qui est l'objet du référendum 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 ».

Selon donc le juge malien, il n'y a pas expressément une reconnaissance d'immunité juridictionnelle des lois constitutionnelles. Il considère qu'il n'y a que deux catégories de lois prévues par la Constitution: les lois organiques qui sont obligatoirement soumises par le Premier Ministre à la Cour constitutionnelle avant leur promulgation²⁰ et *les autres lois*. La loi constitutionnelle est à ranger dans cette seconde catégorie et est donc recevable en contestation devant la Cour.

Ainsi la compétence du juge constitutionnel pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi portant révision de la constitution se fonde sur un recours controversé à une intégration de la loi constitutionnelle dans la catégorie des lois ordinaires selon une approche critiquable de l'objet du contrôle de constitutionnalité (1) ce qui soulève la pertinence de l'encadrement jurisprudentiel des limites de l'exercice du pouvoir constituant dérivé (2).

1. Une approche controversée de la loi constitutionnelle et de l'objet du contrôle de constitutionnalité

Pour ouvrir le contrôle de la constitutionnalité de la loi portant révision de la Constitution, le juge constitutionnel malien procède donc à une assimilation simpliste de la loi constitutionnelle à une loi ordinaire (a) ; il se fonde ensuite sur une définition générale peu convaincante de la mission du juge constitutionnel (b).

a) L'assimilation simpliste de la loi constitutionnelle à la loi ordinaire

La position défendue par la Cour constitutionnelle malienne pour fonder sa compétence a au moins le mérite de la clarté : Quelle que soit sa spécificité – loi organique, loi portant révision de la Constitution ou loi ordinaire – une loi reste, formellement, une loi c'est-à-dire « l'œuvre de l'Assemblée Nationale »²¹ et en tant que telle peut être déférée à la Cour.

Fondamentalement, le raisonnement du juge est basé, du moins en partie, sur les règles de procédure posées par la Constitution malienne. En effet, quelle que soit l'autorité à l'origine de l'idée de la révision, le texte, une fois voté par l'Assemblée, est obligatoirement soumis au référendum. Dès lors l'absence de

²⁰ L'article 86 de la Constitution dispose que la « Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois organiques et lois avant leur promulgation ».

²¹ Dans la décision, la Cour soutient : « considérant que de ces dispositions constitutionnelles il ressort que la loi est l'œuvre de l'Assemblée Nationale qui est seule habilitée à la voter ».

procédure de Congrès de ratification renforce l'analogie entre la loi portant révision votée par les députés et la loi ordinaire.

A bien des égards, aux stades de l'adoption, de la préparation, de la discussion et du vote, une loi portant révision de la Constitution suit indistinctement la procédure législative normale. S'il s'agit d'un projet, il doit être examiné et adopté en conseil des ministres avant d'être transmis pour avis à la Cour suprême pour ensuite être déposé sur le bureau du Président de l'Assemblée qui procédera alors à la saisine de la commission compétente qui discutera du projet et dressera un rapport suivi de la discussion en plénière au cours de laquelle le droit d'amendement des députés pourra s'exercer avant le vote définitif du texte.

La même procédure, pour l'essentiel, est aussi applicable s'il s'agit d'une proposition de révision.

Au stade d'entrée en vigueur aussi une certaine analogie peut être faite, puisque la loi ordinaire comme la loi constitutionnelle sont promulguées par le Président de la République et publiées au Journal Officiel sous l'appellation de « Loi constitutionnelle » pour ce qui est de la loi de révision.

La seule différence notable avec la loi ordinaire est l'exigence d'un vote à la majorité qualifiée des deux tiers des députés là où une majorité simple suffit pour le texte ordinaire.

Dans ce cas, le juge constitutionnel malien considère qu'il convient de pousser l'analogie jusqu'à l'ouverture d'une saisine comme c'est le cas de la loi ordinaire.

Le contrôle s'analyse ainsi en termes de soumission du Parlement à la Constitution. Mais, pour autant, la loi constitutionnelle est-elle identique à la loi ordinaire au point de justifier un même régime contentieux ? On peut en douter. Seulement, il ne suffit pas de dire qu'il y a une différence entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire. Il faut encore que cette différence ait une signification juridique. D'abord, au plan formel, qu'on puisse distinguer clairement la différence entre l'organe compétent pour réviser la Constitution de l'organe compétent pour voter une loi ordinaire ensuite au fond qu'on puisse reconnaître le domaine de la loi Constitutionnelle par rapport à celui de la loi ordinaire.

L'existence d'un titre distinct et un article spécifiquement consacré à la révision dans la Constitution malienne qui reprend quasiment la formulation de la Constitution française, formulation qu'on retrouve du reste dans plusieurs Constitutions africaines au point de créer une controverse doctrinale sur le « mimétisme »²² posent la question de la pertinence de l'intégration de la loi constitutionnelle dans la catégorie des lois ordinaires.

²² J. Dubois de Gaudusson, « Le mimétisme postcolonial et après ? », *Pouvoirs* n°129, 2009, p.45

En effet, la démarche consistant à procéder à cette assimilation a, en soi, pour effet, de remettre en cause la distinction fondamentale entre législateur et constituant.

En Afrique, au moment d'adoption des différentes Constitutions, sans véritablement rompre avec les différents courants du constitutionnalisme occidental²³, le pouvoir constituant a été confié au peuple qui est proclamé comme étant le titulaire exclusif de la souveraineté dans les Constitutions africaines.

Le pouvoir constituant se définit comme le pouvoir d'établir les règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice des pouvoirs au sein d'une communauté d'individus²⁴. De même que le législateur détient le pouvoir législatif c'est-à-dire celui de faire la loi, le constituant détient le « pouvoir constituant » c'est-à-dire celui « de faire la constitution »²⁵. Toutefois, cette approche fonctionnelle du pouvoir constituant le distinguant du législateur n'est pas totalement justifiée, car dans les pays à constitution souple, le pouvoir constituant ne se distingue pas du pouvoir législatif parce qu'il est détenu par le législateur²⁶. C'est pourquoi certains considèrent qu'il serait vain de vouloir rechercher les origines du pouvoir constituant dans la doctrine anglaise.

L'existence du pouvoir constituant dérivé est envisagée, en démocratie, comme une « concession de la théorie démocratique aux commodités pratiques »²⁷ et les modalités de son exercice sont innombrables et relèvent de la révision constitutionnelle.

Mais la définition même de la Constitution impose une certaine rigidité dans sa modification.

Positivement, on peut se demander si la démarche simplificatrice voire simpliste du juge constitutionnel malien est bien conforme à la volonté du constituant malien.

L'article 70 de la Constitution malienne dispose que « La loi est votée par l'Assemblée Nationale à la majorité simple » en précisant que les lois organiques sont « votées » dans des conditions spécifiques. Dans les autres paragraphes de l'article, le constituant définit le domaine de la loi.

²³ G. Conac, *op. cit.*, p.106.

²⁴ C. Isidore, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 237.

²⁵ R. Lacharrière de, *Droit constitutionnel, 1 : Principes*, Paris, les Cours de Droit, 1970-1971.

²⁶ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922, [impression CNRS ; 1962], tome II, p.541.

²⁷ R. Lacharrière de, *op. cit.*

Cette disposition reprise dans d'autres constitutions d'Etats africains francophones comme le Sénégal²⁸ est sans doute inspirée de la première rédaction de la Constitution française du 4 octobre 1958²⁹. La formulation a suscité de très vives critiques doctrinales. En effet, l'affirmation selon laquelle la loi est votée par le Parlement est contestable pour plusieurs raisons. D'abord, le Parlement n'a pas le monopole du vote de la loi laquelle peut aussi être votée directement par le peuple par la voie du référendum. L'article 41 de la Constitution malienne tout comme l'article 51 de la Constitution sénégalaise envisagent bien l'hypothèse où le Président de la République peut, « sur proposition du Premier Ministre et après avoir recueilli l'avis des autorités (...), soumettre tout projet de loi au référendum ».

Ces différentes conditions dans lesquelles la loi est votée mettent en évidence la distinction entre le texte législatif ordinaire et la loi portant révision de la Constitution.

Positivement, l'assimilation de la loi ordinaire à la loi constitutionnelle à laquelle procède le juge malien n'est consacrée ni explicitement ni implicitement par la Constitution malienne.

Fondamentalement, la distinction est même manifeste. D'abord au regard de l'initiative, l'article 75 dispose que « l'initiative des lois appartient concurremment au Gouvernement et aux membres de l'Assemblée Nationale alors que l'article 113 de la même Constitution dispose que l'initiative de la « révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République et aux Députés. »

Au Mali, le Président de la République est étranger à tout processus d'élaboration de la loi qu'elle soit ordinaire ou organique. La Constitution semble bien procéder à un partage au sein de l'exécutif des pouvoirs d'initiative en attribuant au Gouvernement l'initiative des textes législatifs et au Président de la République celle des lois portant révision.

Au regard des conditions d'adoption, l'article 70 dispose que la loi est « votée à la majorité simple » par l'Assemblée nationale tandis que le projet ou la proposition de loi portant révision de la Constitution fait l'objet d'un double vote. En effet, le projet ou la proposition de révision « doit être voté par l'Assemblée Nationale à la majorité des deux tiers de ses membres » et la révision n'est définitive « qu'après avoir été approuvée par référendum ». Par conséquent, alors que la loi comme déjà mentionné, peut être adoptée directement par le peuple, la Constitution ne prévoit pas qu'une proposition de loi, autre que la seule proposition de loi constitutionnelle puisse faire l'objet d'un référendum.

²⁸ Aux termes de l'article 67 de la Constitution du 22 janvier 2001 : « la loi est votée par le Parlement ».

²⁹ Article intégralement re-rédigé par la réforme constitutionnelle de 2008.

Matériellement, le domaine des deux types de loi est aussi différent parce que dans les Constitutions africaine francophones largement inspirées de la Constitution du 4 octobre 1958 de la France, des dispositions constitutionnelles affirment que la loi fixe des règles précises ou déterminent des principes fondamentaux alors que la loi constitutionnelle, sous réserve de certaines restrictions³⁰, modifie, complète ou abroge le texte constitutionnel ou apporte « des dispositions nouvelles qui peuvent déroger à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle³¹ ».

Assimilée avec trop de simplicité à une loi ordinaire, l'ouverture du contrôle de la loi constitutionnelle est aussi fondée, non pas sur le statut plus convaincant d'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois, mais plutôt sur une définition générale de la mission du juge constitutionnel.

b) Une compétence fondée sur une approche critiquable du rôle de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour statuer sur la constitutionnalité de la loi constitutionnelle en se fondant sur les dispositions de l'article 85 de la Constitution qui reconnaît qu'elle est « l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des Pouvoirs Publics ».

Le juge constitutionnel malien se définit donc comme « un organe régulateur des pouvoirs publics » comme le lui reconnaît la Constitution. Mais il a une approche large de cette mission de régulation. Il définit, en effet, le but de cette mission en matière d'adoption de lois portant révision de la Constitution en ces termes : elle consiste à « examiner la régularité du processus de ladite adoption par rapport et à la Constitution et aux dispositions du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale. » Mais très curieusement, la Cour ajoute un autre élément à la motivation de la décision en évoquant l'objet de la mission de régulation des activités des pouvoirs publics qui, selon elle, permet de faire « respecter par les pouvoirs publics leurs prérogatives et les procédures de leur mise en œuvre ».

La construction d'un tel raisonnement manque de cohérence et de clarté. A l'énoncé, le juge constitutionnel malien procède à une juxtaposition de l'objectif de sa mission de régulation, du but de cette dernière ou encore de son objet sans explication précise.

Au fond, l'intégration du contrôle de constitutionnalité dans la mission de régulation des pouvoirs publics en soi peut être équivoque.

³⁰ J. Robert, « La forme républicaine du Gouvernement », *RDP* n° 2-2003, p. 359

³¹ Décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 –Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, Rec. p.293.

Invoquer, en effet, ce rôle de régulateur de la Cour Constitutionnelle pour justifier sa compétence peut être diversement apprécié. En 1962, saisi par le Président du Sénat de la loi référendaire adoptée le 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel français s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'un projet de loi adopté par référendum³² au motif qu'il résulte de « l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser (...) sont uniquement les lois votées par le Parlement ».

Une partie de la doctrine trouve dans l'invocation du statut d'« organe régulateur » par le Conseil constitutionnel français la justification de son incompétence pour statuer sur les lois portant révision de la Constitution parce que s'il s'était défini comme « un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois, il lui aurait été difficile d'exclure le contrôle de la constitutionnalité de la loi référendaire³³ ».

Dans son raisonnement, le juge malien opte pour une approche large de la mission de régulateur dont dit-il le contrôle de constitutionnalité constitue une modalité.

La question qui se pose est alors celle de savoir quelle est la signification de la mission de régulateur des activités des pouvoirs publics, d'une part, et d'autre part, quelle est sa portée en matière de contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Il faut souligner d'abord que la signification d'un « organe régulateur des pouvoirs publics » est étroitement liée au système juridique adopté par un Etat et principalement à la procédure en vigueur en matière de modification de l'ordonnancement juridique. Ainsi en Allemagne où il n'existe pas de recours au référendum, invoquer le statut d'organe régulateur pour refuser le contrôle des lois constitutionnelles serait un non sens³⁴.

Dans le contexte français, la consécration jurisprudentielle de la mission de régulateur des activités des pouvoirs publics a eu pour objet d'abord de distinguer les organes constitués qui ne sont que délégataires de la souveraineté nationale que sont les pouvoirs publics du peuple qui lui est le souverain.

³² C.C. 61-20 D.C., 6 nov. 1962, Rec., p.27

³³ M. Hamon cité par L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du conseil Constitutionnel*, 3^e éd., pp. 180 et 181

³⁴ Voir Ch. Starck, « La Cour Constitutionnelle fédérale : son rôle et ses effets », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 455

En définitive, il s'agit de fonder la compétence du Conseil constitutionnel en fonction de la forme d'expression de la souveraineté nationale, ce qui permet de distinguer deux hypothèses : celle, d'abord, où la souveraineté est exercée directement par le peuple et ensuite celle où elle est exercée indirectement par les représentants du peuple. Le Conseil constitutionnel français n'a reçu mission que d'assurer la régulation de l'expression « indirecte » de la souveraineté à l'exclusion de l'exercice direct. Mais cette distinction entre le peuple et les pouvoirs publics reste très controversée dans la doctrine.

Pour certains auteurs, le terme « pouvoirs publics » désigne exclusivement les organes constitués déjà « délégataires de la souveraineté nationale » par rapport au « corps électoral » qui ne peut « constituer que l'instance la plus haute, celle dont la décision s'impose nécessairement aux autres instances, qui, si élevées soient-elles, sont au-dessous de la Nation, comme le délégataire reste subordonné au délégant³⁵ ».

D'autres auteurs rejettent cette distinction et considèrent qu'en réalité ce serait méconnaître les deux qualités distinctes du peuple qui peut aussi bien agir comme souverain que comme gouvernant auquel cas, il s'identifie alors à un pouvoir public³⁶. Certains autres ont une position plus nuancée. Ils considèrent que si théoriquement la dissociation entre les deux qualités du peuple est « concevable », il reste que dans la pratique, elle est « difficile à réaliser » et devant ce constat, ils optent pour une « exclusion du peuple de l'expression pouvoirs publics³⁷ ». C'est d'autant plus convaincant selon eux, qu'ils voient mal comment la formule constitutionnelle « interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels » pourrait concerner le peuple.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel, trente ans après sa décision, a décidé de renoncer formellement à la formule d'« organe régulateur des pouvoirs publics » dans sa décision célèbre du 23 septembre 1992³⁸ au profit du statut d'un organe chargé du contrôle de constitutionnalité des lois et de la protection des droits fondamentaux mais tout en continuant à décliner sa compétence pour connaître du contrôle de la loi constitutionnelle.³⁹

En s'interrogeant sur l'approche de la mission de régulation donnée par le juge malien en matière de contentieux des lois constitutionnelles, on en arrive à la conclusion qu'il se refuse de reconnaître la distinction fondamentale,

³⁵ M. Hamon cité par L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.*, pp. 180 et 181

³⁶ Position défendue par G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1963, p.111

³⁷ L. Favoreu et L. Philip, *op. cit.* p.181

³⁸ C.C. 92-313 D.C. R. p. 94

³⁹ C.C. 2003-469 D.C., 26 mars 2003, R. p.293

souvent consacrée dans la jurisprudence constitutionnelle⁴⁰, entre l'exercice du pouvoir législatif qu'il soit ordinaire ou organique et l'exercice du pouvoir constituant parmi les activités normatives de l'Assemblée.

L'attitude permet au juge constitutionnel malien de connaître de la légalité constitutionnelle de tous les actes de l'assemblée conçue exclusivement comme un organe constitué dépourvu de tout pouvoir constituant. En clair, lors que l'Assemblée Nationale, conformément à l'article 118 de la Constitution, procède au vote d'un texte à la majorité qualifiée pour réviser la Constitution, le juge malien considère qu'il ne s'agit pas de l'exercice d'un pouvoir constituant dérivé mais bien simplement d'un vote assimilable à celui des textes ordinaires.

Un tel élargissement de la mission de régulation pose la question de la pertinence, dans le contentieux constitutionnel africain, de l'encadrement des limites du pouvoir de révision.

2. La pertinence de l'encadrement jurisprudentiel des limites du pouvoir de révision

« *Considérant que le contrôle de constitutionnalité de la loi portant révision de la constitution 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 ;* ».

Par une telle motivation, le juge malien met en évidence les aspects du régime d'exercice du pouvoir constituant. Ce dernier est subordonné au respect des règles de forme et de fond posées par la Constitution dont l'identification s'impose (a) avant d'analyser l'étendue des pouvoirs de contrôle du juge (b).

a) L'identification des limites au pouvoir de révision

La question des normes devant servir de contrôle des lois constitutionnelles, pour autant que l'on évite de placer le débat sur le terrain, très controversé au plan doctrinal, de la supra-constitutionnalité⁴¹, n'est pas simple. Positivement, il s'agit d'identifier les limites implicites ou explicites c'est-à-dire les conditions de forme ou de fond que le pouvoir constituant institué est tenu de respecter pour procéder à la révision, d'une part, et, d'autre part, analyser la possibilité pour le juge constitutionnel de procéder à une

⁴⁰ C.C. 2003-469 D.C., 26 mars 2003, R. p.293.

⁴¹ L. Hamon, « La souveraineté, la Constitution et les négociations européennes en cours », *Rec. Dalloz*, 43^e cahier, Chronique LV, Sirey, 1991, p. 303

interprétation au besoin « constituante » de ces limites pour déterminer les normes devant servir de contrôle.

Pour ce qui concerne le premier point, les dispositions constitutionnelles régissant la révision dans les Constitutions africaines francophones évoquent des limites qui peuvent être liées à des circonstances dans lesquelles la révision de la Constitution ne peut intervenir.

La première limitation concerne la circonstance où il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. La formulation « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire » inspiré de l'article 89 de la Constitution française du 4 octobre 1958 est reprise à l'identique dans la plupart des Constitutions africaines.

La deuxième limitation du pouvoir de révision imposée par le constituant africain est relative à la période de vacance du Président de la République. L'article 40 de la Constitution sénégalaise dispose en effet, que pendant la durée de la suppléance, les dispositions de l'article 103 relatives à la révision ne peuvent trouver application.

Une troisième limitation de la mise en œuvre du pouvoir constituant dérivé est aussi envisagée formellement lors que le Président de la République dispose de pouvoirs exceptionnels pour prendre les mesures nécessaires au rétablissement du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels⁴².

Le pouvoir de révision doit aussi, en dehors de ces limitations liées aux circonstances, respecter un certain nombre de règles de procédure pour modifier la Constitution. D'abord, l'initiative de la révision, dans les Constitutions concernées, appartient au Président de la République et aux députés. Toutefois, le Premier Ministre dispose, au Sénégal, d'un droit de proposition de révision au Président lequel n'est absolument pas tenu d'y donner suite ensuite l'article 154 de la Constitution béninoise exige du Président de la République de prendre l'initiative de révision en « conseil des ministres ».

Une fois que la volonté de réviser la Constitution est formellement manifestée par les deux seuls acteurs concernés, l'élaboration de la révision revient au Parlement. En effet, il est exigé un vote du projet ou de la proposition de révision à une majorité qualifiée par les représentants du peuple selon la procédure législative ordinaire⁴³.

⁴² L'alinéa 3 de l'article 52 de la Constitution sénégalaise dispose que le Président de la République « ne peut, en vertu des pouvoirs exceptionnels, procéder à la révision constitutionnelle ».

⁴³ L'alinéa 3 de l'article 103 de la Constitution sénégalaise dispose que « Le projet ou la proposition de révision de la Constitution est adopté par les assemblées selon la procédure de l'article 71 [qui détermine le régime du vote de la loi ordinaire] ».

Ces formalités accomplies, le pouvoir constituant dérivé doit respecter la procédure d'adoption définitive de la révision. Au Mali, quel que soit l'organe à l'origine de la révision, la révision n'est définitive qu'après avoir été approuvée par référendum. Au Bénin, le recours au référendum n'est pas obligatoire si le projet ou la proposition de révision a été voté à la majorité des quatre cinquièmes. Au Sénégal, où l'initiative du référendum appartient exclusivement au Président de la République, le vote du texte par les parlementaires à la majorité des trois cinquièmes des voix permet une approbation définitive de la révision.

Au fond, l'exercice du pouvoir constituant est limité. Le dernier alinéa de l'article 118 consacré à la révision dispose, en effet, que « La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet de révision ».

Plus délicate maintenant est la question de savoir si les limites posées par le constituant originaire et qui s'imposent de prime abord au pouvoir constituant dérivé pourraient voir leur violation sanctionnée par le juge constitutionnel.

b) L'interprétation du pouvoir de contrôle du juge constitutionnel

L'expression utilisée par le juge constitutionnel malien n'est pas fortuite. En affirmant que le contrôle de constitutionnalité de la loi portant révision de la Constitution « 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 (...) a été atteint » alors qu'en l'espèce, il s'agit bien, comme il est mentionné dans la décision, d'une initiative de révision émanant du Président de la République et dont « la procédure de son élaboration et de son vote » a été jugée régulière, la Cour constitutionnelle, comme s'il s'imposait de lever une équivoque, considère que l'Assemblée Nationale n'est qu'un organe institué qui a reçu une compétence du pouvoir constituant originaire pour réviser la Constitution. Et cette compétence par nature est une compétence d'attribution et non de droit commun. Le sens du raisonnement qui se rapproche d'ailleurs, de la démarche du juge administratif en matière de contrôle des règles de forme et de procédures des actes administratifs, incite à envisager la loi constitutionnelle comme un acte qui pour exister doit émaner de l'autorité compétente. Celle-ci est désignée par la Constitution et il revient au juge constitutionnel de vérifier l'exercice de cette compétence.

La Cour constitutionnelle considère que son statut de régulateur des activités des pouvoirs publics l'amène à élargir l'étendue de son contrôle pour vérifier si l'Assemblée Nationale « n'a pas révisé les normes qui de par la Constitution ne peuvent faire l'objet d'une révision ». Mais la Cour fait preuve encore de plus d'audace en affirmant que sa mission de régulation des activités

des pouvoirs publics lui « permet de faire respecter par les pouvoirs publics leurs prérogatives et les procédures de leur mise en œuvre ».

Le juge malien pose ainsi le principe selon lequel les conditions définies par la Constitution en matière de révision ne peuvent être méconnues sans encourir une sanction dont la compétence en la matière lui revient. Il opte alors clairement pour une place prépondérante au sein des institutions au point qu'on peut se demander s'il se considère comme un organe constitué au même titre que les autres. Et pourtant, au regard de la Constitution, cette position de la Cour s'articule difficilement avec les attributions conférées au Président de la République. Aux termes de son article 29, le Président de la République est « le chef de l'Etat. Il est le gardien de la Constitution. Il incarne l'unité nationale. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des Traités et Accords internationaux. Il veille au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et assure la continuité de l'Etat ». Contrairement à l'interprétation du juge malien, le Président de la République n'est pas dépourvu de toute compétence en matière de contrôle des lois constitutionnelles. Reconnu comme étant le « gardien de la Constitution » n'a-t-il pas un ensemble de moyens d'action contre une loi constitutionnelle qui ne respecteraient pas les conditions posées par le pouvoir constituant originaire ? En effet, aux termes de l'article 41 de la Constitution seul le Président de la République peut convoquer le corps électoral pour adopter la révision par référendum⁴⁴, c'est-à-dire que devant une révision inconstitutionnelle, il peut refuser de soumettre le projet.

Ensuite, il lui appartient aux termes de l'article 40 de demander en cas de violation de la Constitution une seconde délibération qui ne peut être refusée et qui suspend le délai de promulgation. Enfin, l'hypothèse du refus de promulgation de la loi peut être tout à fait envisageable. Le gardien de la Constitution a-t-il la compétence liée pour promulguer un texte qu'il juge contraire à celle-ci ?

Mais en définitive, ce sont sans doute ces différents arguments qui, paradoxalement, justifient la position de la Cour. Des règles fondamentales en matière de révision ont été violées. La révision, à l'initiative du Président, soumise préalablement à la Cour pour avis, comportait selon celle-ci, de nombreuses contrariétés par rapport au texte fondamental. Cependant, si en théorie, la question peut, à bien des égards paraître évidente car la vocation

⁴⁴ Selon l'article 41 : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement, pendant la durée des sessions ou sur proposition de l'Assemblée Nationale, après avis de la Cour Constitutionnelle publié au Journal Officiel, peut soumettre au Référendum toute question d'intérêt national, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord d'union ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des Institutions.

Lorsque le Référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans les délais prévus à l'article 40 ».

d'une loi constitutionnelle en soi est d'être contraire à la Constitution puisqu'elle est destinée à modifier celle-ci; il n'en demeure pas moins évident aussi que les conditions que la Constitution pose pour qu'une loi constitutionnelle soit adoptée doivent être respectées par ces organes constitués au premier rang desquels le Président de la République reconnu « gardien de la Constitution ».

Face à une situation particulièrement confuse : une Assemblée Nationale votant à la majorité requise certes mais amendant le projet de révision, un Gouvernement s'affranchissant des règles de procédure pour rédiger et faire publier dans le journal officiel une loi différente de celle votée par les représentants de la Nation et un Président de la République acceptant la convocation du peuple pour se prononcer sur la révision dans ces conditions, la problématique du rôle du juge constitutionnel face au pouvoir constituant dérivé se pose en des termes différents. Doit-il s'en tenir à une conception stricte de son rôle et de ses limites en mettant en évidence sa place au sein des institutions c'est-à-dire un organe constitué au même titre que les autres, chargée d'une mission nécessairement encadrée en vue d'assurer un équilibre général entre tous les organes⁴⁵ ? Ou bien au contraire, doit-il concevoir le pouvoir de révision comme étant un pouvoir institué c'est-à-dire recevant une compétence du pouvoir constituant originaire dont il est le subordonné. En conséquence, l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas libre mais conditionné et en tant qu'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, il lui revient d'intervenir pour « vérifier que les auteurs des lois constitutionnelles n'ont pas dépassé les compétences que la Constitution leur a attribuées⁴⁶ » ? Le juge malien a clairement opté pour la seconde solution consacrant des limites au pouvoir de révision.

Mais un autre raisonnement pourrait valablement être construit. Sans reprendre les termes du débat doctrinal mettant en évidence la relativité des limites formelles ou matérielles face auxquelles le pouvoir de révision, selon certains auteurs, pourrait très bien s'affranchir en intervenant en deux temps : réviser d'abord la Constitution pour abroger l'interdiction et ensuite introduire le changement voulu⁴⁷, on peut au contraire soutenir que le contexte actuel d'évolution de l'Etat de droit en Afrique permet une autre interprétation constituante de ces dispositions constitutionnelles.

Une précision terminologique ne serait sans doute pas inutile : l'interprétation constituante se conçoit dans le cadre du développement de l'œuvre jurisprudentielle du juge constitutionnel. D'abord, il s'agit pour ce

⁴⁵ M. Verpeaux, « L'organisation décentralisée de la République », *RFDA*, 2003 p. 661.

⁴⁶ Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8^e éd. Paris, Montchrestien, 2008, p.221.

⁴⁷ G. Carcassonne, *La Constitution*, 9^e éd., Paris, Le Seuil, 2009, p. 396.

dernier de procéder à la détermination de la signification et des implications des concepts fondamentaux (souveraineté, liberté, égalité, propriété, etc.) qui ne sont pourtant, malgré ce caractère fondamental, qu'énoncés ou simplement énumérés par le constituant originaire. Ensuite, il s'agit pour le juge de déterminer quel aménagement législatif est conforme pour la mise en œuvre de ces concepts érigés en normes ou principes constitutionnels. Enfin, il s'agit pour le juge constitutionnel, devant une « expression trop concise ou ambiguë ou obscure ou encore de contradictions relevées dans ou entre les textes constitutionnels » de conférer à des dispositions constitutionnelles une signification qui ne pourra plus être modifiée que par une révision ou par un revirement de jurisprudence⁴⁸.

Dans le contexte actuel d'évolution de l'Etat de droit en Afrique, la question fondamentale qui mérite d'être posée est celle de savoir comment garantir la suprématie de la Constitution dans le mouvement de banalisation actuel des révisions constitutionnelles dont l'effet est de remettre en cause l'autorité de la Constitution alors que son élaboration a d'abord une portée symbolique importante et intervient selon une procédure rigoureuse avec des formes solennelles. Autrement dit, la problématique de la protection de la Constitution des entreprises des ambitieux et des habiles ou encore des erreurs des incompetents se pose avec acuité au juge africain.

En partageant l'initiative de la révision entre l'exécutif et le législatif, en énonçant des règles enserrant l'exercice du pouvoir de révision et en faisant du juge constitutionnel le garant des libertés et droits fondamentaux, le pouvoir constituant originaire africain entend certainement rendre la violation de la Constitution par une révision sanctionnée par le juge, celui-là même qui est chargé de garantir la Constitution.

Pour autant, le contrôle de la loi constitutionnelle peut être gradué. D'abord le juge peut positivement imposer le respect des règles constitutionnelles applicables en matière de révision constitutionnelle avant d'envisager la question plus délicate de savoir sur la base de quelle norme faudrait-il apprécier les lois constitutionnelles ? En effet, contrairement au contentieux constitutionnel de la loi ordinaire, la question du fondement du contrôle est délicate et les réponses apportées sont loin d'être convaincantes.

B. Un recours à des normes de référence controversées

Au Bénin, en 2006, une révision constitutionnelle a été adoptée par les députés pour augmenter la durée du mandat parlementaire avec effet rétroactif pour ce qui concerne la législature en vigueur.

⁴⁸ P. Pactet, « Le Conseil Constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Mélanges Louis Favoreu*, op. cit., p.1373.

La Cour constitutionnelle a été saisie par un grand nombre de requérants comprenant des députés mais aussi des membres de la société civile voire de simples particuliers, ce qui traduit l'intérêt mais aussi l'émotion suscitée par la révision⁴⁹.

La saisine de la Cour par des membres d'Association de statuts différents (société civile, association politique, mouvements d'association de jeunes, regroupements à caractère culturel ou religieux) met, en effet, en évidence deux éléments essentiels, qui au fond, peuvent avoir une influence plus ou moins directe sur la construction du raisonnement du juge constitutionnel béninois.

C'est d'abord l'enjeu de la question posée laquelle comporte plusieurs dimensions. Au-delà du débat juridique de conformité de la loi portant révision à la Constitution, il semble bien que le « litige » ait un aspect politique : il s'agit de défendre l'engagement citoyen pour l'Etat de droit, qui serait en quelque sorte menacé par les termes de la modification du mandat.

C'est ensuite la place ou plutôt l'attente de la place du juge constitutionnel dans le paysage institutionnel. Une analogie peut, en effet, être faite entre le recours des saisissants et une plainte contre les députés en ce sens que les moyens invoqués mettent en évidence cet argument : il vous appartient à vous, juge constitutionnel, de rappeler les élus de la Nation à l'ordre parce qu'ils ont transgressé la « Loi ».

Sans soulever la question de sa compétence pour connaître des lois constitutionnelles, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi portant révision en ces termes : « *Considérant que le 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 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 à valeur constitutionnel...* ». Sur la base de ce fondement, le juge déclare invalide la loi portant révision de la Constitution.

Cette décision a fait l'objet de beaucoup de commentaires et de critiques de la part de la doctrine africaine.

Certains ont tenu à exalter l'attitude du juge constitutionnel béninois qu'ils assimilent à une « attitude de hardiesse et de vigilance ». Selon eux, à travers cette décision, le juge s'érige en « rempart efficace contre les abus du

⁴⁹ DCC 06-074 du 08 juillet 2006, *op. cit.*

phénomène majoritaire » en décidant de faire planer au-dessus du constituant des idéaux ou un principe à valeur constitutionnelle, ce qui permet selon cette approche de tracer « une ligne rouge de sauvegarde de la démocratie, que ne peut franchir le constituant lui-même⁵⁰».

D'autres, au contraire, ont interprété l'attitude du juge constitutionnel béninois comme étant une « audace jurisprudentielle », certes, mais dépourvue de tout fondement au plan du droit positif et ayant pour effet de remettre en cause l'unité de l'ordre juridique. En décidant de s'affranchir des conditions formelles, temporelles ou matérielles posées par la Constitution pour contrôler la validité d'une révision au profit d'idéaux ayant présidé à l'adoption de la Constitution, le juge « crée un principe à valeur constitutionnelle qui n'est à aucun moment évoqué dans le texte de la Constitution, à savoir le consensus, auquel il donne une valeur supérieure à la disposition constitutionnelle se rapportant spécialement à la révision de la Constitution ». Ainsi le juge change de statut : il n'est plus seulement gardien de la Constitution mais vient se placer au-dessus de celle-ci en se considérant comme le dépositaire des idéaux ayant présidé à son adoption. Dans cette perspective, la solution rend le bloc de constitutionnalité hybride c'est-à-dire composé de normes positives mais aussi d'un « droit préexistant » fait « des principes et de droits naturels⁵¹ » dont le juge définit et assure la primauté.

D'autres, enfin, se montrent plus réservés et mettent l'accent sur la complexité de la question : il existe, selon eux, en Afrique, une véritable instrumentalisation de la révision constitutionnelle pour « contourner le contrôle du juge constitutionnel », ce qui remet en cause la sécurité juridique ou encore la stabilité d'institutions précaires mais ils considèrent pour autant que le juge constitutionnel doit rester dans la sphère de ses attributions formellement délimitées et ainsi « procéder à un contrôle de la conformité des lois à la Constitution sans aller jusqu'à examiner l'opportunité des décisions ou substituer sa propre appréciation à celle du législateur⁵² ».

Au regard du contentieux des lois constitutionnelles, ce n'est pas tant l'attitude du juge qu'il importe de qualifier mais bien plutôt le caractère équivoque du raisonnement construit pour assurer le contrôle des lois portant révision de la Constitution (1) ce qui incite à envisager la question délicate de savoir si certains principes pourraient être déclarés intangibles dans les Constitutions africaines et ainsi soustraits à toute révision constitutionnelle (2).

⁵⁰ I. M. Fall, « note sous Décision 92/2005 du 18 janvier 2006 » in *les Décisions et Avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, *op. cit.* p.500

⁵¹ L. Sindjoun, *op. cit.*, p. 335

⁵² B. Kanté, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op. cit.*, p. 270

1. La construction d'un raisonnement équivoque

Le juge constitutionnel béninois a décidé de s'affranchir de normes de contrôle positives pertinentes pour invalider la loi constitutionnelle (a) au profit de principes à valeur constitutionnelle contestables (b).

a) *Le refus d'un contrôle de la loi constitutionnelle basé sur des principes textuels existants*

Il faut sans doute rappeler que le constitutionnalisme moderne tel qu'il est apparu aux Etats-Unis et en Europe inscrit dans son « code génétique » le projet d'un Etat « garant et protecteur des droits que le nouveau régime assigne aux membres de la communauté politique⁵³ ». C'est sans doute pourquoi la Constitution est la norme de référence principale du contentieux constitutionnel.

Eisenmann soutient que « tout comme le principe de légalité signifie en dernière analyse que seule la loi peut déroger à la loi, le « principe de constitutionnalité » signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle ».⁵⁴

Faire respecter le principe de constitutionnalité c'est vérifier la conformité des textes qui y sont soumis à la Constitution⁵⁵.

Mais en affirmant que toute révision constitutionnelle doit tenir compte du *consensus national* présenté comme principe à valeur constitutionnelle on peut se demander si en rendant un tel considérant le juge constitutionnel béninois n'a pas cessé de se considérer comme une juridiction pour se présenter comme un organe investi d'un pouvoir constituant. Pourtant, il est de simple constatation, qu'au regard du droit positif béninois, une invocation du respect des normes constitutionnelles suffisait pour invalider la loi constitutionnelle.

La Cour Constitutionnelle reconnaît, en effet, que la loi portant révision est entachée de nombreuses irrégularités :

- Elle a été adoptée en violation du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale et « partant de la Constitution ».
- Le texte adopté par l'Assemblée n'a pas été transmis dans les délais constitutionnels prévus au Président de la République aux fins de promulgation.

⁵³ P. Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie » in *les cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 28, 2010, p.35

⁵⁴ Ch. Eisenmann cité par F. Luchaire, « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » in *Mélanges Eisenmann*, éd. Cujas, p.33

⁵⁵ F. Luchaire « La loi constitutionnelle en question. Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel 469 DC du 26 mars 2003 » in *L'Etat et le Droit d'Est en Ouest. Mélanges en l'honneur de Michel Lesage*, éd. Société Française de Législation comparée, 2006, p.75

- La loi constitutionnelle adoptée n'a pas respecté les deux phases prévues par la Constitution en matière de révision à savoir l'adoption à la majorité des trois quarts d'abord et ensuite l'approbation par référendum ou par les députés à la majorité des quatre cinquièmes.
- Le Président de l'Assemblée Nationale aurait dû déclarer irrecevable la proposition de révision au motif qu'elle viole l'interdiction constitutionnelle faite aux députés de ne diminuer les ressources publiques ou d'aggraver les charges sans proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes.

Au fond, la révision viole aussi le principe constitutionnel de non rétroactivité des lois.

Le dispositif de la décision serait formulé avec clarté si le juge béninois considérait que la loi constitutionnelle parce qu'elle a été votée en violation de la procédure de révision posée par le texte constitutionnel doit être déclarée non conforme à la Constitution. Il fera faire prévaloir l'autorité de la Constitution, et le résultat est le même.

C'est généralement, par une attitude juridictionnelle que le juge constitutionnel procède à l'aménagement des organes constitutionnels et donne un sens à son rôle. La séparation des pouvoirs, comme le met en évidence Francis Delperée, n'affecte pas que l'exécutif et le législatif, « un pouvoir juridictionnel indépendant et responsable doit être protégé dans l'exercice de ses tâches ⁵⁶».

Par la procédure de révision qu'elle consacre, en effet, la Constitution organise la garantie de sa propre rigidité et de sa propre suprématie. Une large partie de la doctrine considère que la supériorité de la Constitution écrite se déduit de l'existence d'une procédure de révision distincte de la procédure législative ordinaire.

Dès lors qu'une loi ordinaire ne peut modifier la Constitution, on en conclut que celle-ci est « rigide et qu'elle possède une valeur supérieure non seulement aux lois, mais généralement à l'ensemble de l'ordre juridique qui trouve en elle le fondement de sa validité »⁵⁷.

Mais si l'on suit le raisonnement du juge béninois qui affirme que même si la Constitution pose les conditions applicables en matière de révision, il n'en demeure pas moins que pour être régulière, la révision doit respecter le consensus national, qui est un idéal, on peut en déduire que la conformité à la Constitution n'est pas une condition de validité d'un acte et même la Constitution ne serait pas le fondement de la validité des lois constitutionnelles.

⁵⁶ F. Delperée, « Le conseil constitutionnel : état des lieux », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 5

⁵⁷ M. Troper, « la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Mélanges Eisenmann, op. cit.* p.137

Plusieurs éléments peuvent être invoqués pour expliquer cette position jurisprudentielle remettant en cause la suprématie exclusive de la Constitution. On peut en retenir au moins deux : certains concernent le juge lui-même ou plus précisément sa conception de l'œuvre jurisprudentielle alors que d'autres sont relatifs au litige.

Si l'on s'intéresse au juge constitutionnel, on peut soutenir que l'exercice consistant à recourir à des normes non écrites pour contrôler la constitutionnalité des lois se présente généralement comme une fonction jurisprudentielle régie par certains préceptes. Fondamentalement, le recours à des normes non écrites est justifié par la nécessité de combler les lacunes du droit écrit.

Le juge constitutionnel s'efforce, d'abord au besoin, par un effort d'interprétation adéquat des nombreux principes constitutionnels contenus dans les textes formels (loi fondamentale, Préambule, etc.) de trouver les normes propres à lui permettre d'exercer un contrôle de constitutionnalité.

C'est seulement si cet exercice est infructueux, et devant la nécessité de combler des textes écrits, qu'il relaie le législateur constitutionnel en consacrant, à travers sa jurisprudence, des normes constitutionnelles. Mais dans cette tâche, le juge fait preuve de la plus grande prudence ou réserve. Sa préoccupation principale est de ne pas donner trop de reliefs au « travers » que constitue le « Gouvernement des juges ». Ce dernier étant défini par la doctrine comme étant l'Etat où les juges font prévaloir leur propre volonté et non celle du législateur constituant⁵⁸.

Finalement, cette attitude se traduit, logiquement, par une consécration très rare, voire exceptionnelle de normes constitutionnelles non rattachables à une disposition écrite⁵⁹.

Cette attitude n'est pas adoptée par le juge constitutionnel béninois qui non seulement crée un principe alors qu'il existe un droit écrit largement suffisant pour effectuer le contrôle mais aussi affirme clairement que sa volonté doit prévaloir sur celle du législateur constituant.

Si l'on s'intéresse au litige, on se rend compte que le problème présente plusieurs aspects : il y a la dimension politique du débat sur la prolongation de la durée des mandats des députés considérée par une partie de l'opinion publique comme un « coup de force » des parlementaires pour se maintenir au pouvoir. C'est d'ailleurs ce qui explique les requêtes introduites par les

⁵⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15^e éd. Paris, Montchrestien, p.56.

⁵⁹ Ainsi en France, pendant trente-six ans d'exercice de contrôle constitutionnel (de 1958 à 1994) un seul principe de valeur constitutionnelle paraissait avoir été consacré par le Conseil Constitutionnel, il s'agit du principe de la continuité du service public, principe du reste très classique dans la jurisprudence du droit administratif.

multiples Associations et simples citoyens. La question principale qui se pose dès lors est celle de savoir si le juge constitutionnel béninois va prendre assez de recul par rapport au débat politique marquant le contexte de sa saisine ? Hélas, la réponse semble bien négative !

En rendant une telle solution, la Cour constitutionnelle s'est posée par sa décision non pas en un organe chargé de la régulation des pouvoirs publics ou encore de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux puisqu'il refuse de se fonder sur la Constitution mais apparaît bien plutôt comme le porte-drapeau de la défense des attaques avérées ou pas contre ce qu'elle appelle « la confiscation du pouvoir ».

On connaît, en effet, les effets d'une censure. Ils s'analysent en termes d'ajournement du texte voté par l'Assemblée Nationale. Or la décision rendue par le juge constitutionnel place le Parlement dans une situation où il se voit refuser une attribution -l'exercice du pouvoir de révision- qui lui est reconnue par le pouvoir constituant, non pas parce qu'il n'a pas respecté le texte constitutionnel mais parce que le juge lui a trouvé, au gré de son interprétation, un principe fondé sur un idéal.

Du point de vue de l'impact sur l'opinion, la décision entraîne, on l'imagine, une disqualification totale de l'Assemblée Nationale qui ne serait composée, majoritairement, que de députés qui, aux yeux de la population, ne sont là que pour « confisquer un pouvoir ».

Le législateur constituant pourra aussi percevoir la censure de son texte comme un échec de première grandeur emportant les railleries de tous les mouvements associatifs, des citoyens mais aussi de l'autre organe rival à savoir l'exécutif dont le chef fait partie des saisissants.

Quelle peut être la crédibilité d'une telle institution dans ces conditions ? Dans une société fortement médiatisée, la presse peut présenter la décision comme si l'Assemblée avait reçu une motion. Et le juge constitutionnel n'apparaîtra plus comme l'organe, à l'origine, régulateur des rapports entre pouvoirs constitués mais se présente comme un pouvoir souverain qui décide en dernier ressort. Ce constat soulève la question complexe des rapports entre juge constitutionnel et Constitution.

La formule « *même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple (...) commande que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution..* » démontre le recul ou la prise de distance du juge par rapport à la Constitution et ses dispositions. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si le juge constitutionnel, qui, par définition, est le juge chargé de faire prévaloir la norme constitutionnelle, est lui aussi soumis à Constitution ?

La question n'est pas nouvelle et le débat, en France, remonte à la Révolution. C'est ainsi qu'un contrôle de constitutionnalité des lois par la création d'une jurie constitutionnaire a été opposé à Sieyès sur la base de l'idée d'une non soumission du juge ou de l'organe à la Constitution⁶⁰.

Au plan du droit positif, la réponse doit être recherchée dans la nature des pouvoirs du juge mais elle est loin de faire l'unanimité au niveau doctrinal. Trois thèses principales sont défendues :

Selon les partisans de la doctrine positiviste et notamment leur chef de file Hans Kelsen, le juge constitutionnel est soumis à la Constitution. Le fondement de la soumission est à situer dans la nature, pas très apparente, de l'organe. En effet, selon Kelsen, le juge constitutionnel est un « organe législatif partiel » en ce sens que quand il annule un acte, l'annulation s'analyse comme l'édiction d'un acte contraire. Le juge constitutionnel fait donc un acte de fonction législative. Mais, il s'agit d'un organe partiel parce que la loi, pour entrer en vigueur, doit avoir le consentement et du législateur et du juge. Dans cette approche, le juge est soumis à la Constitution : qu'il soit considéré comme organe législatif partiel ou organe juridictionnel constitué, il tient son pouvoir de la Constitution.

Un second courant doctrinal dirigé par Eisenmann considère que le juge constitutionnel n'est pas soumis à la Constitution parce qu'il a pour mission d'interpréter la Constitution⁶¹ ce qui en soi constitue une modalité d'exercice du pouvoir constituant. Selon ce courant, il suffit d'analyser la portée juridique de *l'interprétation préalable* qui oblige le législateur soumis au contrôle de constitutionnalité. En définitive, Le juge constitutionnel est constituant et donc non soumis à la Constitution. Il faut sans doute remarquer que ce courant conduit à envisager la différence entre le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire comme étant une différence de degré et non de nature.

Enfin, une troisième approche doctrinale proche du *jusnaturalisme* défend l'idée selon laquelle, le juge n'est pas soumis à la Constitution ou à la seule Constitution mais plutôt à des principes métajuridiques, formant une légalité constitutionnelle placée au-dessus de la Constitution et à laquelle celle-ci devrait se conformer. Les dispositions constitutionnelles, les modifications ou amendements qui seraient en contradiction avec cette légalité constitutionnelle ainsi définie devraient donc être invalidées. Selon ce courant, le juge constitutionnel assure la garantie de principes supra-constitutionnels⁶².

⁶⁰ Voir M. Troper, *La théorie de la supra-légalité constitutionnelle*, op. cit. p.137

⁶¹ B. Kanté, « les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », *Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel*, organisée les 15 et 16 octobre 2004 à Bordeaux par le CERCCLÉ, Dalloz, 2005 p. 155

⁶² Voir A. Peczenic, « L'existence de principes supra constitutionnels », [traduit de l'anglais par Eric Millard], in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 817

Le juge constitutionnel béninois adhère apparemment à cette dernière approche. En effet, en décidant d'écarter les dispositions constitutionnelles pour invalider la loi constitutionnelle au profit de principes formulés à partir d'idéaux qu'il interprète, le juge béninois dénie toute soumission à la Constitution. Au contraire, à travers cette décision, la Cour constitutionnelle a substitué au rapport de constitutionnalité compris comme la relation de subordination entre la règle constitutionnelle et la règle législative un rapport de philosophie rattachable au droit naturel. En effet, la démarche se rattache à une idéologie de droit naturel en ce sens qu'elle vise à créer des normes extra-juridiques pour effectuer le contrôle des normes juridiques. C'est sans doute ce qui explique le caractère controversé de l'invocation de ces normes en matière de contentieux des lois constitutionnelles.

b) Le recours à des principes contestables de contrôle

En évoquant le terme « idéaux » ayant présidé à « l'adoption de la Constitution notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle » et en se fondant sur ce principe pour trancher le litige, le juge constitutionnel béninois considère qu'il existe des normes de valeur constitutionnelle qui ne relèvent pas de la Constitution ou même d'un droit écrit. L'affirmation soulève de nombreuses questions relatives notamment aux origines controversées des principes mais aussi à leur portée transcendante.

A priori, les principes tels que formulés dans la décision se présentent comme l'illustration d'une production normative propre de la Cour constitutionnelle mais qui pose de nombreuses difficultés quant à leur cohérence. Le raisonnement du juge est ainsi construit : le mandat des députés déterminé constitutionnellement est le résultat d'un consensus national dégagé par la Conférence Nationale des forces vives de la Nation et consacré par la Constitution en son Préambule.

Les conférences nationales, largement étudiées par la doctrine africaine à l'époque, sont diversement qualifiées. C'est ainsi qu'elles ont été assimilées à une « invention » voire une « contribution africaine à la théorie de la démocratie ⁶³» ou encore à une « stratégie offensive » imposée par les mouvements d'opposition aux pouvoirs en place. Concrètement, elles ont eu des résultats contrastés selon les pays⁶⁴.

Mais le consensus national n'est pas défini et son existence même peut être contestée. Luc Sindjoun considère qu'en réalité, le consensus national n'a jamais existé parce que la Constitution issue de la conférence nationale n'a pas été adoptée par consensus mais bien par une majorité. Dans ce contexte affirme-t-il le consensus national mis en évidence par le juge constitutionnel est

⁶³ B. Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *op. cit.*, p. 5

⁶⁴ *Ibidem*

« une dissimilation des divisions et des luttes qui se sont exprimées autour de la Constitution ⁶⁵».

Mais la question qui mérite d'être posée est, à supposer même que ce consensus national existât, peut-il être érigé en principe à valeur constitutionnelle pour être utilisée comme une norme de référence pour contrôler une loi de surcroît constitutionnelle ?

Si la norme est entendue comme une proposition de droit, la question reste entière de savoir si le consensus peut être envisagé comme ayant un caractère normatif. En effet, invoquer le consensus national comme une norme de référence du contrôle de constitutionnalité revient à reconnaître, comme l'a fait le juge béninois, son applicabilité directe.

Classiquement, trois conditions techniques sont retenues pour qu'une norme puisse être appliquée par les juridictions :

- La norme doit être suffisamment précise et claire ;
- Elle doit présenter un caractère inconditionnel ;
- Elle doit produire ses effets sans l'intervention complémentaire d'un organe doté d'un pouvoir normatif discrétionnaire⁶⁶.

A bien des égards, le consensus national tel que dégagé par le juge répond difficilement à ces conditions. Le juge le détermine par rapport à l'affirmation dans le Préambule de la Constitution de l'opposition du peuple béninois à la confiscation du pouvoir. Un pouvoir confisqué n'est pas un pouvoir légal. Mais si l'objet d'une Constitution est d'organiser la manière dont le pouvoir s'acquière, s'exerce et se transmet ne peut-on pas dès lors dire que l'adoption de la Constitution elle-même consacre cet idéal ? C'est toute la difficulté de circonscrire la portée du principe.

Pour comprendre, en effet, la portée de la décision, il ne serait pas inintéressant de considérer la construction du raisonnement du juge voire le ton utilisé. En effet, la formulation retenue à travers les expressions « *que même si la Constitution a prévu* », « *la détermination du peuple* », « *commande que toute révision tienne compte* » donne une certaine allure de consigne ou d'injonction à la décision. La Cour se présente non pas en juridiction mais comme un « organe du pouvoir d'Etat » qui participe au « *law making power* » et qu'à ce titre comme le met en évidence François Luchaire, ses décisions n'ont pas autorité simple de chose jugée mais l'autorité absolue de la règle de droit⁶⁷.

⁶⁵ L. Sindjoun, *op. cit.*, p.335

⁶⁶ F. Melleray, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.185

⁶⁷ F. Luchaire, « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.33

Le règlement de la plus belle controverse constitutionnelle est dénué d'intérêt s'il n'est pas assuré par des interprètes de talent⁶⁸. Au fond, à travers sa décision, le juge constitutionnel béninois semble se placer sur le terrain de la conquête, discutable du reste, d'une réputation de garant du souverain. Et cette réputation semble se mesurer aux désaveux qu'il inflige à la majorité parlementaire. La politique n'est donc pas absente d'un conflit fondamentalement juridique. Mais le droit constitutionnel qui est applicable au litige n'est-il pas aussi un droit politique rendant la distinction très relative entre les conflits juridiques et politiques. Pour autant, le problème théorique relatif à la possibilité de soumettre au contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ne doit pas être occulté par le juge constitutionnel africain, comme c'est le cas dans la décision béninoise, parce qu'il comporte l'intérêt consistant à se demander s'il doit exister dans l'ordonnement juridique africain des principes suprêmes qui ne pourraient être soumis à la procédure de révision constitutionnelle.

2. Le problème de l'existence de principes soustraits à toute révision

Le respect des règles relatives à la procédure de révision, pour important qu'il soit, ne saurait suffire, dans de le contexte actuel de l'état du droit de l'Etat de droit africain, à protéger le principe de la séparation des pouvoirs, les droits et libertés fondamentaux des citoyens ou encore la démocratie contre les risques d'une dictature ou d'une « monarchisation » déguisée du pouvoir poursuivis à travers certaines initiatives de révision constitutionnelle.

Mais toute la difficulté actuelle de la jurisprudence constitutionnelle africaine réside dans la construction d'un raisonnement, juridiquement pertinent, de contrôle de la loi constitutionnelle dans le respect du principe de constitutionnalité.

La maladresse jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle béninoise consistant à considérer que les règles relatives à la procédure de révision qui sont des normes constitutionnelles doivent respecter les « idéaux ayant présidé à l'adoption de la Constitution » auxquels la Cour ne confère pourtant qu'une valeur « simplement » constitutionnelle démontre qu'en matière de contentieux constitutionnel le « motif » de la décision est aussi important que le « dispositif ⁶⁹ ». En effet, il s'agit d'un contentieux à caractère objectif qui réside dans la confrontation au moins de deux normes, d'une part la norme constitutionnelle, et, d'autre part, la loi déférée, la première s'imposant forcément.

⁶⁸ F. Delperé, *op. cit.*, p.5

⁶⁹ P. Pactet, *op. cit.*, p.1382

Toutefois, le refus du juge béninois de qualifier les idéaux » de principes supérieurs à la Constitution et leur consécration en tant que principes à valeur constitutionnelle mais supérieurs à d'autres normes constitutionnelles pose implicitement la question de savoir s'il n'existe pas une rigidité substantielle dans le constitutionnalisme africain c'est-à-dire un « noyau dur », à côté d'une partie souple de la Constitution, constitué de normes qui ne peuvent pas être modifiées par le pouvoir de révision.

Ce débat n'est pas nouveau. Il est né aux Etats-Unis d'Amérique où la Cour Suprême a d'abord accepté d'examiner le respect des conditions formelles par la procédure d'approbation des amendements dès 1798 dans l'affaire *Hollingsworth V. Virginia*.

Ensuite le juge fédéral a construit le raisonnement basé sur la position préférentielle (*preferred position*) permettant de garantir une protection maximale à certains droits fondamentaux tels que la liberté de manifestation de la pensée ou la liberté de religion. C'est ainsi que la Cour statue sur la conformité des amendements à l'article 5 de la Constitution qui pose les conditions formelles de la procédure de révision constitutionnelle⁷⁰ mais aussi prévoit une limite matérielle relative à l'interdiction de réviser le principe de l'égalité de représentation au Sénat fédéral sans le consentement des Etats membres. Cependant, il n'y a jamais eu d'amendement, jusqu'à aujourd'hui, sur ce point et la Cour fédérale refuse de se prononcer sur le contrôle de fond des amendements constitutionnels en affirmant qu'il s'agit de questions politiques qui ne relèvent pas de sa compétence⁷¹.

Mais cette position semble être justifiée par la nature de l'amendement qui n'est pas comparable à la procédure de révision appliquée en Afrique ou en Europe parce que son objet est de compléter le texte constitutionnel en le parachevant mais sans modifier les dispositions de la Constitution.

Au contraire, les particularités du constitutionnalisme américain fondé sur le principe de la légitimation des organes constitutionnels et de l'équilibre entre eux, a poussé la doctrine à avancer la théorie du contrôle de constitutionnalité des amendements constitutionnels quand en 1920, la Cour a

⁷⁰ Aux termes de l'article 5 : « Le Congrès, toutes les fois que les deux tiers des deux chambres le jugeront nécessaires, proposera des amendements à cette Constitution ; ou sur la demande des deux tiers des législatures des divers Etats, il convoquera une Convention pour proposer des amendements, lesquels, dans les deux cas, seront valables à toutes fins, comme partie de cette Constitution quand ils auront été ratifiés par les Législatures des trois quarts des divers Etats, ou par les trois quarts des conventions formées dans le sein de chacun d'eux, (...), pourvu qu'aucun amendement fait, avant l'année 1808, n'affecte d'une manière quelconque la première et la quatrième clause de la neuvième Section du Premier article, et qu'aucun Etat ne soit privé, sans son consentement, de son suffrage devant le Sénat. »

⁷¹ W.L. Marbury, cité par M. C. Specchia, « Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées », VII Congrès Français de Droit Constitutionnel, 50^e anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris, les 25, 26, 27 septembre 2008, Atelier n°3 Constitution et pouvoir constituant, Document en ligne www.droitconstitutionnel.org/congresParis/come3/calamotxt.pdf, (consulté le 20 février 2011), p. 9

affirmé que le pouvoir d'amender la Constitution est limité à cause du fait que ce pouvoir peut intégrer la Charte fondamentale mais il ne peut pas la démanteler⁷².

En Europe, la solution trouvée, dans certains Etats ayant connu une dictature marquée par une négation de libertés pire qu'en Afrique, consiste à imposer au titulaire du pouvoir constituant dérivé des contraintes matérielles impossibles, juridiquement, à franchir. Il ne serait sans doute pas inutile d'évoquer très succinctement la limitation du pouvoir de révision dans ces pays afin de mieux situer la position de la question en Afrique où certains Etats partagent un passé de régime totalitaire avec ces Etats d'Europe.

En effet, au sortir du nazisme, l'évolution politique, en Allemagne, a assigné au droit un rôle « particulier et compensatoire » qui s'est manifesté par une refondation du droit public⁷³. Les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949 ont estimé que la règle de la majorité qualifiée ne suffisait pas à protéger la démocratie libérale contre les risques d'une dictature prenant le pouvoir en respectant apparemment les formes. Il fallait donc « imposer au titulaire du pouvoir constituant dérivé de nouvelles contraintes formelles et surtout des limites matérielles⁷⁴ ». Partant, le constituant allemand a consacré dans un article 79 la « clause d'éternité » en interdisant toute modification de la Constitution portant atteinte aux éléments essentiels de l'ordre constitutionnel tels que la protection des libertés, de la démocratie ou de l'Etat de droit. Mais la Cour fédérale allemande a interprété largement le champ des principes intangibles en considérant que « par son interprétation, il est important de relever que l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale désigne comme intangibles « les principes énoncés aux articles 1 et 20 » [...]. Cette formule, dit la Cour, signifie autre chose, « tantôt plus, tantôt moins ». L'article 1^{er} de la Loi fondamentale pose plus de principes que seulement le respect de la dignité humaine. De même dans l'article 20 de la Loi fondamentale, plusieurs principes sont inscrits : si le « principe de l'Etat de droit » n'y est pas inscrit, plusieurs règles fondamentales découlant de lui s'y trouvent⁷⁵».

Ainsi, par une interprétation extensive des limites matérielles au pouvoir de révision, le juge constitutionnel allemand préserve la permanence d'un régime constitutionnel tout en permettant son adaptation aux changements politiques et sociaux.

⁷² M. C. Specchia, *op. cit.*, p.9

⁷³ R. Wahl, « Aux origines du droit public allemand contemporain », *RDP*, n°3, 2007, p.821

⁷⁴ M. Fromont, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP* – n°1-2007, p.91

⁷⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1970, (Ecoutés téléphoniques), *BVerfGE*, tome 30, pp 1-45, in P. Bon, D. Maus, (dir.), *Les grandes décisions des Cours Constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p.71, note Michel Fromont.

En Italie, la Cour a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la question de l'existence dans l'ordonnement juridique de principes suprêmes soustraits à toute procédure de révision. Elle a d'abord considéré que les « principes fondamentaux de l'ordonnement constitutionnel ainsi que « les droits inaliénables de la personne humaine » constituent des limites au droit européen⁷⁶. Ensuite la Cour a affirmé que le contenu essentiel de l'article 2 de la Constitution qui évoque l'inviolabilité des droits ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle, puis qu'il renferme une valeur de la personnalité qui fonde le système démocratique voulu par le constituant. Mais la Cour ne prend pas position sur le contenu exact des principes suprêmes, elle considère prudemment qu'il s'agit de principes qui « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne ».

Plus particulière est la question en Afrique francophone où le débat se pose en des termes particuliers. En effet, à côté des limites d'ordre formel ou temporel, le constituant africain a aussi prévu des limites d'ordre matériel. C'est ainsi que la forme républicaine de l'Etat, le multipartisme ou encore la laïcité⁷⁷ ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle.

Mais aussi, le Constituant africain est aussi amené, dans certains domaines, à interdire la procédure de la loi constitutionnelle au profit de la loi référendaire pour modifier la Constitution⁷⁸.

A partir du moment où le pouvoir constituant original consacre l'existence de limites matérielles à la révision de la Constitution, inscrites dans le texte constitutionnel, la violation de cette limitation se traduit en violation de la Constitution elle-même. En conséquence, le juge constitutionnel doit décider de la conformité ou non à la Constitution de la loi de révision. Ainsi l'objet du pouvoir de révision est mieux circonscrit : il s'agit pour le pouvoir constituant dérivé de procéder à une modification de la Constitution, selon les règles établies par le constituant original, sans bouleverser les institutions établies par ce dernier. La reconnaissance de règles non pas supraconstitutionnelles, parce que ne se situant pas en dehors ou au-dessus de la Constitution, mais intangibles parce que se trouvant dans la Constitution et soustraites à toute révision, met en avant, au-delà du débat sur l'existence d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, le principe de la limitation

⁷⁶ Arrêt n° 1146/1988 de la Cour Constitutionnelle italienne, 29 décembre 1988 in P. Bon et D. Maus (dir.), *op. cit.* p.76, note Tania Groppi et Chiara Meoli.

⁷⁷ Voir respectivement les articles 103, 118 et 154 des Constitutions du Sénégal, du Mali et du Bénin.

⁷⁸ L'article 27 de la Constitution sénégalaise souligne que « la durée du mandat du Président de la République est de sept ans. Le mandat est renouvelable une seule fois. Cette disposition ne peut être modifiée que par une loi référendaire ».

du pouvoir constituant dérivé⁷⁹ comme participant à la sauvegarde de l'Etat de droit.

Cette considération n'est sans doute pas absente dans la motivation donnée par d'autres Cours pour décliner toute compétence en matière de contrôle des lois constitutionnelles mais une telle position présente elle aussi de nombreuses insuffisances.

II. LES LIMITES DE LA THESE DU REFUS D'OUVERTURE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Au Sénégal, depuis l'avènement du Conseil constitutionnel en 1992, Conseil institué, comme dans la plupart des Constitutions africaines issues du processus de transition démocratique, en vue de renforcer l'Etat de droit par une « authentique justice constitutionnelle »⁸⁰, le juge a été saisi plusieurs fois d'un recours dirigé contre une loi constitutionnelle concernant soit la réforme des institutions^{81 82} soit, là aussi, le mandat du Président ou des députés⁸³ ou tout simplement d'une demande d'avis concernant un projet de révision de la Constitution⁸⁴.

La solution constante défendue par le juge constitutionnel sénégalais est de déclarer son incompétence pour contrôler les lois constitutionnelles favorisant une instrumentalisation de la révision constitutionnelle (A) alors, qu'à l'analyse, une reconnaissance de compétence contribue au renforcement de l'Etat de droit (B).

A. Une solution favorisant la banalisation de la révision constitutionnelle

Par une motivation, laconique au début et un peu plus élaborée par la suite, le Conseil constitutionnel sénégalais a systématiquement décliné sa compétence pour connaître des lois constitutionnelles participant ainsi à l'instrumentalisation de la révision constitutionnelle (1) consacrant ainsi une souveraineté du pouvoir constituant dérivé difficilement acceptable (2).

⁷⁹ N. Droin, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *RFDC*, 80, 2009, p.725.

⁸⁰ Voir Gérard Conac, *op. cit.*, pp.106 et 107.

⁸¹ DC N° 90/2003 Loi Constitutionnelle instituant le conseil de la République pour les affaires économiques et sociales, in I.M. Fall (dir.), *Les Décisions et Avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, *op. cit.*, p. 469.

⁸² CC Affaire n°2-C-2009 du 18 juin 2009 J.O.R.S. n° 6475 du 19 juin 2009 N-S (www.jo.gouv.sn, consulté le 08 mars 2011)

⁸³ DC N° 44/98 Loi portant révision des articles 21 et 28 de la Constitution supprimant la limitation des mandats présidentiels in I.M. Fall, *op. cit.* p. 261.

⁸⁴ DC 93/2005 relative à la demande d'avis du Président de la République sur le projet de loi modifiant l'article 60 de la constitution in I.M. Fall, *op. cit.*, p. 489.

1. Un déclinatoire systématique de compétence contribuant à l'instrumentalisation de la révision constitutionnelle

Saisie en 1998 par un groupe de députés contestant la modification de la Constitution par la loi supprimant simultanément la limitation du mandat présidentiel et du quart bloquant, qui serait, selon les saisissants, adoptée en violation à la fois de la Constitution et du Règlement de l'Assemblée Nationale, le Conseil, après avoir déclaré la requête recevable s'est reconnu incompétent en se fondant sur le constat que la loi attaquée est une loi constitutionnelle et donc en raison de cette seule qualité, insusceptible de recours. Invoquant la clause d'attribution, le juge constitutionnel sénégalais ajoute que le contentieux relatif à la violation du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale échappe aussi à sa compétence⁸⁵.

En 2003, une loi portant révision de la Constitution a été votée par le Parlement dans des conditions controversées : le président de l'Assemblée Nationale ayant refusé de donner la parole à certains députés membres de l'opposition, ces derniers ont décidé de quitter l'hémicycle mais les députés de la majorité ont continué les travaux et voté la modification de la Constitution pour instaurer un Conseil de la République pour les affaires économiques. Le recours en inconstitutionnalité introduit demande au Conseil constitutionnel de déclarer la loi portant révision non conforme à la Constitution au motif que les droits de l'opposition reconnus par la Constitution ont été violés.

Le juge constitutionnel décline en ces termes sa compétence : « considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée que par une loi organique dans le respect des principes posés par la Constitution ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément fixés par les textes ».

En définitive, le Conseil constitutionnel ne tient d'aucun texte « le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».

Trois ans plus tard, à quelques mois de l'expiration du mandat des députés, une loi a été votée en 2006 pour modifier la Constitution et faire coïncider les élections présidentielles et législatives. En clair, la modification prolonge le mandat parlementaire dans un contexte politique très tendu. L'opposition saisit le Conseil constitutionnel et soulève deux moyens principaux. D'abord, la loi déférée, selon les saisissants, est une fausse loi constitutionnelle et par conséquent ils demandent au Conseil de procéder à la requalification de la loi en loi ordinaire et de se prononcer sur sa constitutionnalité.

⁸⁵ DC N° 44/98 du Conseil Constitutionnel du Sénégal, *op. cit.*

Ensuite, les requérants considèrent qu'au cas où il estime qu'il s'agit d'une loi constitutionnelle, le juge doit la censurer au motif qu'elle a été adoptée en violation de la procédure de révision prévue par la Constitution. Dans sa solution, le conseil considère qu'il s'agit bien d'une loi constitutionnelle et réitère son incompétence.

En 2009, sur initiative du Président de la République, le Parlement a adopté un projet de loi constitutionnelle instituant le poste de Vice-président, un groupe de députés saisit alors le Conseil pour déclarer la loi inconstitutionnelle. Et ils invoquent des moyens assez solides.

D'abord, les saisissants font valoir que la révision est irrégulière parce que la loi constitutionnelle n'a pas respecté la procédure prescrite par l'article 62 de la Constitution selon laquelle « les Règlements intérieurs des Assemblées ne peuvent être promulgués si le Conseil constitutionnel, obligatoirement saisi par le Président de la République, ne les a déclarés conformes à la Constitution ». Ensuite, les requérants considèrent que la loi constitutionnelle est inconstitutionnelle parce que la place assignée au Vice-président dans le corpus constitutionnel relève d'une « profanation voire d'une dénaturation des institutions constitutionnelles ». Enfin, les saisissants font valoir que la modification est irrégulière parce qu'elle institue un régime de délégation de pouvoirs du Président au Vice-président qui vient remettre en cause la cohérence et la logique de la délégation constitutionnelle initiale des pouvoirs du Président au Premier Ministre et aux autres membres du Gouvernement.

Le Conseil constitutionnel avance cette motivation pour se déclarer incompétent : « - *Considérant que le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui dérogent implicitement ou expressément à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie qui résultent des articles 40 et 52 de la Constitution et, d'autre part, des prescriptions du sixième alinéa de l'article 103 susvisé en vertu desquelles « la forme républicaine de l'Etat ne peut faire l'objet d'une révision ».*

Par ce raisonnement, le juge constitutionnel sénégalais semble trouver dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel français⁸⁶, un fondement théorique à sa déclaration systématique d'incompétence. En effet, après avoir longtemps mis en évidence la simple qualification de la loi ou la limitation de son domaine d'attribution pour justifier l'inconstitutionnalité de la loi

⁸⁶ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 précitée.

constitutionnelle, les sages sénégalais ont procédé à un véritable changement dans la construction du raisonnement pour s'attacher aux caractéristiques du pouvoir constituant en consacrant sa souveraineté et en déterminant les réserves de celle-ci.

D'une manière générale, le refus du juge constitutionnel d'apprécier la conformité de la loi constitutionnelle à la Constitution, au motif que le pouvoir constituant est souverain, a fait l'objet, à l'époque, de très nombreux et riches commentaires.⁸⁷

Un peuple, dit J.J. Rousseau, est « toujours maître de changer ses lois, mêmes les meilleures ». Plusieurs raisons liées notamment au caractère du pouvoir constituant dérivé⁸⁸, à la conception d'un « lit de justice⁸⁹ », à la relativité des limites posées à l'exercice du pouvoir constituant⁹⁰ mais aussi à l'évolution du droit d'initiative de la révision marquée par une certaine tendance à la démocratisation pour s'ouvrir aux organes de l'exécutif, du Parlement, du peuple, mais aussi des juridictions⁹¹ expliquent la frénésie des révisions constitutionnelles.

Mais, aujourd'hui, en s'interrogeant sur l'objet des révisions dans le contexte africain, l'on se rend compte que la révision constitutionnelle comporte un véritable enjeu de pouvoir : souvent réélus pour un second et dernier mandat, certains chefs d'Etat ont tendance à réviser la Constitution soit pour prolonger le mandat⁹² soit pour faire disparaître la règle de la limitation des mandats⁹³.

L'ardeur manifeste à recourir à la révision constitutionnelle rend, sans doute, l'alignement du juge africain sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel français très équivoque parce que le contexte d'intervention des organes constitués est radicalement différent et peut entraîner une dénaturation de la révision constitutionnelle.

⁸⁷ Voir les commentaires de la décision dans *RDP* n°3 -2003

⁸⁸ J-P. Camby, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, p. 671

⁸⁹ L'expression est de Georges Vedel

⁹⁰ G. Vedel affirme que « l'idée simple et seule vraie est que (...), le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il l'exerce selon la procédure qui l'identifie » in « Schengen et Maastricht », *RFDA*, mars-avril 1992, P. 179

⁹¹ En France, le Conseil Constitutionnel a suggéré de compléter l'article 7 de la Constitution par sa Déclaration du 24 mai 1974. D'autres déclarations du même type sont toujours possibles notamment aujourd'hui dans la perspective du développement d'une jurisprudence liée à la question prioritaire de constitutionnalité. Déjà et depuis longtemps, la doctrine voit dans certaines formulations du CC un véritable constat de carence et des appels à y suppléer.

⁹² C'est le cas au Sénégal avec l'adoption de la Loi constitutionnelle n° portant modification de la durée du mandat qui passe de cinq à sept ans.

⁹³ Exemple de l'avis n°02/CC de la Cour Constitutionnelle du Niger du 25 mai 2009, ou encore Décision n° 001/CC/SG/04 / du 11 juin 2004 du Conseil Constitutionnel du Tchad sur la proposition portant révision de la Constitution du 31 mars 1996 in www.la-constitution-en-afrique.org ,(consulté le 25 nov. 2010).

2. Une consécration de la souveraineté du pouvoir constituant difficilement acceptable

La valorisation jurisprudentielle du droit constitutionnel joue un rôle important dans le renforcement de l'Etat de droit⁹⁴ où le droit constitutionnel occupe une place particulière parce qu'il est dit « le droit des droits » en ce sens que c'est lui qui les légitime et définit les principes.

Mais le débat sur l'attitude du juge constitutionnel n'est pas nécessairement lié à celui du progrès du droit constitutionnel. La controverse doctrinale est vive.

Certains considèrent que le juge constitutionnel n'a pas vocation à substituer son propre point de vue à celui du constituant ou du législateur en application du principe démocratique. Et, si certains cas, limités, exigent une interprétation, celle-ci doit rester « très mesurée, discrète, modeste, et cela d'autant plus qu'elle porte sur les règles fondamentales relatives à l'organisation de la nation et aux garanties des citoyens telles qu'elles ont été adoptées par les titulaires du pouvoir constituant. » L'interprétation doit se faire dans la mesure et l'autolimitation du juge. En définitive, si les règles constitutionnelles « ne sont pas satisfaisantes, il faut les réviser mais il n'appartient pas à des juges, même au plus haut niveau de la hiérarchie, d'y procéder »⁹⁵.

D'autres, au contraire, estiment que le juge constitutionnel « n'est pas chargé de freiner les élans de la volonté populaire au nom d'une interprétation peut-être périmée de textes souvent vieilliss. Il n'est pas le champion du conservatisme contre le progrès. Il est –au nom du droit- le guide nécessaire et vigilant de l'inéluctable évolution des sociétés. Les accompagner dans le respect du droit, telle est sa mission ; il faut que le juge constitutionnel marche avec son temps »⁹⁶.

Dans le contexte africain actuel, peut-on soutenir l'idée selon laquelle, lorsque le juge voit ses pouvoirs s'accroître, c'est la démocratie qui recule ? L'asymétrie, pour autant qu'elle soit vérifiée, n'est envisageable que dans un système où l'équilibre des pouvoirs est « efficient et où un minimum de principes démocratiques est respecté »⁹⁷. En effet, dans les pays africains évoqués, la révision se présente de plus en plus souvent comme un conflit constitutionnel opposant une majorité à son opposition et non l'exercice d'un

⁹⁴ G. Conac, , *op. cit.*, p.115

⁹⁵ P. Pactet, « A propos de la marge de liberté du Conseil Constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*, p. 280

⁹⁶ J. Robert cité par D. Rousseau, « Les grandes avancées de la jurisprudence du conseil constitutionnel » in *Libertés. Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, p.. 297

⁹⁷ A. B. Fall, « Le processus de démocratisation en Afrique francophone : le juge de l'élection dans l'impasse ? (Essai de prospective) », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone, Prévention des crises et promotion de la paix*, Volume II, éd. Bruylant, 2010, Chapitre XIV.

pouvoir constituant « souverain » par le Parlement et la prise en compte de cet aspect en soi justifie une nouvelle approche de la compétence du juge qui se fonde non pas sur une assimilation simpliste de la loi constitutionnelle à la loi ordinaire mais bien plutôt sur un équilibre des rapports entre juge constitutionnel et législateur constitutionnel.

L'exemple de la loi portant révision du mandat constitutionnel peut être édifiant à ce propos. En effet, le mandat a une influence directe sur le régime. Dans une démocratie libérale, il relève de l'évidence que l'opposition aspire à gouverner. Une prolongation du mandat des élus avec un effet rétroactif est en vérité une forme de confiscation du pouvoir. Quand le législateur constituant s'y attelle en méconnaissance de la procédure prévue par la Constitution, il est évident qu'invoquer la souveraineté du pouvoir constituant pour rendre la loi constitutionnelle incontestable relève d'un paradoxe.

Le recours à la notion de pouvoir constituant en soi, dans le système juridique français, n'est pas dépourvu de tout mythe. Et l'origine de ce mythe est à situer dans un contexte particulier marqué par le triomphe de l'idéologie révolutionnaire, justifiant, dans un premier temps « l'absence d'obéissance à l'ancienne Constitution, et dans un second temps, le devoir d'obéissance à la nouvelle ». En définitive, l'origine du pouvoir constituant coïncide avec la naissance de l'idée de légitimité du pouvoir « déconstituant ⁹⁸ ». Le pouvoir constituant justifiant autant l'idée d'une liberté initiale que la perspective révolutionnaire au non de cette idée. Partant de la dialectique entre Constitution et souveraineté du peuple⁹⁹, la notion de pouvoir constituant a été forgée pour entretenir le « mythe » de la souveraineté du peuple dans les États modernes. Une telle idée peut-elle être transposée sans réserve par le juge constitutionnel africain pour justifier l'immunité de la loi constitutionnelle ? Il est évident de constater que les conditions mêmes dans lesquelles les lois constitutionnelles sont votées dans les décisions évoquées montrent que certaines révisions constitutionnelles traduisent une certaine inquiétude que l'affirmation de la souveraineté du pouvoir constituant dérivé renforce alors que le recours au constitutionnalisme était perçu, à l'origine, comme une garantie¹⁰⁰.

⁹⁸ E. Sur, « Le pouvoir constituant n'existe pas : réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple » in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p.569

⁹⁹ L'hypothèse est simple : le peuple n'est pas vraiment souverain auquel cas il n'aurait pas besoin de Constitution. A partir du moment où la Constitution existe, le peuple n'est plus vraiment souverain.

¹⁰⁰ F. Hourquebie, *op. cit.*, p. 129

B. Une reconnaissance de compétence contribuant au renforcement de l'Etat de droit

Le problème théorique relatif à la possibilité de soumettre au contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ne doit pas être occulté par le juge constitutionnel africain, comme c'est le cas dans la décision béninoise, parce qu'il comporte au moins un double intérêt. Le premier est qu'il permet d'identifier s'il existe une limitation du pouvoir de révision que le juge constitutionnel se chargerait de faire respecter. Il importe donc de situer la position du problème (1). Le second intérêt consiste à se demander si le respect du principe démocratique en soi ne justifie pas une ouverture du contrôle juridictionnel (2).

1. La position du problème

A l'évidence, le juge constitutionnel africain semble être confronté à un dilemme qui n'est pas juridiquement simple. La Constitution lui reconnaît un statut de « régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics » et une attribution fondamentale consistant à garantir les « droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques¹⁰¹» dans le cadre de l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Cependant, aucune compétence constitutionnelle ne lui est formellement reconnue pour s'immiscer dans les projets ou propositions de révision de la Constitution¹⁰².

Mais il se trouve aussi qu'il n'est pas très rare, comme il a été soulevé dans les décisions évoquées, que le pouvoir constituant dérivé soit tenté de réviser la Constitution soit dans le sens d'une modification des équilibres initiaux entre les organes constitués soit dans le sens d'une remise en cause des droits et libertés fondamentaux garantis aux citoyens. La juridiction constitutionnelle est ainsi placée devant une alternative difficile. Soit considérer qu'elle ne dispose que de compétences d'attribution et qu'elle ne tient ni de la Constitution ni d'aucun texte organique la possibilité d'examiner une catégorie de texte mettant en jeu des problèmes de souveraineté auquel cas elle assiste aussi, impuissante, aux atteintes à des droits fondamentaux qu'elle est pourtant censée constitutionnellement garantir aux citoyens au besoin contre les pouvoirs publics. Soit se reconnaître compétente sur la base d'une interprétation spécifique de son rôle ou du statut de la loi Constitutionnelle auquel cas, certes le juge constitutionnel pourrait apparaître comme assumant intégralement son rôle de régulateur ou de garant mais aussi en même temps confronté sous l'angle du droit positif à un obstacle difficilement surmontable qui est de trouver un fondement solide permettant d'invalidier une loi constitutionnelle tout en assurant une sécurité dans le développement de

¹⁰¹ Voir respectivement les articles 114 et 85 des Constitutions béninoise et malienne.

¹⁰² Tout au plus un avis en cas de mise en œuvre de l'article 41 de la constitution malienne.

l'œuvre de justice. Il est, en effet, de simple constatation que si les contours des normes ou des principes servant de référence au contrôle de constitutionnalité ne sont pas bien établis, cela pose des difficultés aussi bien aux saisissants qu'aux juges.

Aujourd'hui, en Afrique et un peu partout d'ailleurs à travers le monde, l'évolution de la place du juge constitutionnel dans le système juridique semble être déterminée par plusieurs facteurs :

- La saisine du juge est de plus en plus fréquente mettant en évidence un certain attachement à l'Etat de droit mais aussi donnant un fondement à l'approche selon laquelle la loi est de plus en plus, non pas l'expression de la volonté générale, mais bien celle d'une majorité souvent conjoncturelle.
- Toutes les lois importantes ont tendance à être soumises au contrôle de constitutionnalité ce qui permet de mieux cerner l'objet du principe de constitutionnalité qui est la préservation de la Constitution traduisant la protection de l'Etat de droit dans ses fondements.
- Les décisions du juge constitutionnel ont souvent tendance à être commentées par les médias, par l'opinion publique, qui se fait alors une opinion du rôle du juge constitutionnel.

Il en résulte une approche particulière du contrôle de constitutionnalité, plus précisément de la place du juge en démocratie qui est désormais considérée beaucoup moins sévèrement¹⁰³.

En effet, en matière d'élaboration de lois portant révision de la Constitution notamment celles concernant des matières médiatiquement sensibles telles que la révision du régime du mandat des représentants du peuple ou de celui du Président de la République ou encore la modification des attributions initiales des organes constitutionnels, la position du juge est très suivie et la juridiction constitutionnelle aura tendance de plus en plus à se présenter, aux yeux de l'opinion, comme un rempart c'est-à-dire un défenseur de l'Etat de droit contre certaines modifications accusées d'être « arbitraires ».

Toutefois, le raisonnement juridique n'a pas vocation à fléchir face à une question relative, en définitive, à l'opportunité de la consécration d'un juge constitutionnel. La mission de ce dernier est d'appliquer la règle de droit au niveau même de la formation de ce droit¹⁰⁴.

¹⁰³ Prolongeant le débat classique entre Duguit et Kelsen, certains auteurs dénoncent la consécration d'un conseil constitutionnel. René de La Charrière écrit à ce propos que « l'attribution d'un pouvoir suprême de censure à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées et, de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle montre que la logique démocratique est retombée dans l'ignorance et dans l'oubli. », in « Opinion dissidente », *Pouvoirs* n° 13, 1980, p.133

¹⁰⁴ P. Avril et O. Duhamel, [Préface], *Pouvoirs* n° 13, 1986.

Positivement, comme il a déjà été évoqué, le Constituant originaire africain a posé un certain nombre de limites à la révision de la constitution. Ces limites peuvent être temporelles, procédurales ou liées à certaines circonstances.

Eu égard au contexte juridique africain marqué par une certaine tendance à l'instrumentalisation politique de la révision constitutionnelle voire du contentieux constitutionnel, un encadrement juridictionnel de la loi constitutionnelle est difficilement condamnable pour deux raisons au moins.

D'abord parce que la loi constitutionnelle se présente de plus en plus non pas comme l'exercice d'un pouvoir constituant « souverain » mais bien ordinairement comme un texte issu des acteurs investis du pouvoir d'élaboration et de promulgation de la loi. Si, originellement, le contrôle de constitutionnalité a été envisagé sous l'angle d'une arme considérée comme étant un « accessoire du statut des principaux acteurs de la vie des institutions politiques¹⁰⁵ » qu'ils soient de la majorité ou de l'opposition, fermer le prétoire du conseil constitutionnel à la loi portant révision revient à refuser aux acteurs institutionnels l'usage d'une arme que leur a confiée la Constitution.

Ensuite, s'il paraît évident que le juge constitutionnel, organe constitué, n'a pas reçu une compétence délibérée pour censurer la volonté du législateur constituant, il semble aussi tout évident qu'il n'est pas non plus dépourvu de toute compétence au point de laisser un autre organe constitué disposer de la pleine liberté de modifier l'équilibre voulu par le constituant originaire sans respecter la voie constitutionnelle prévue. L'application du principe démocratique s'y oppose.

2. Le respect du principe démocratique justifiant l'ouverture d'un contrôle

Si l'on considère l'Etat de droit comme un système d'organisation dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit, l'Etat de droit, est en réalité, une étape dans la « normalisation de la vie d'une société ¹⁰⁶ ». Il ne peut, dès lors, résulter d'une simple consécration formelle : l'Etat de droit ne peut exister que si la réalité des rapports sociaux s'organise selon ses principes. Il se présente comme un « fait dont on peut ou non constater l'existence, et qui tient à ce que la réalité des rapports politiques et sociaux soit effectivement soumise au droit¹⁰⁷. ». En définitive, il s'agit d'un Etat qui vise à « limiter le pouvoir dans l'Etat ou de l'Etat en le subordonnant

¹⁰⁵ D. De Béchillon, « Elargir la saisine du conseil Constitutionnel », *Pouvoirs* n° 105, p.103

¹⁰⁶ Voir F. Houquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.95

¹⁰⁷ J.-P. Henry, « Vers la fin de l'Etat de droit », *RDP*, 1977, p. 1207

au Droit, en soumettant tous les pouvoirs de l'Etat et leurs actes au Droit, en général, et au Droit constitutionnel en particulier¹⁰⁸».

Dans cette perspective, la question fondamentale qui se pose, dans le contexte africain, est de savoir si les limites formelles ou matérielles inspirées par la jurisprudence constitutionnelle française et consacrées par le juge constitutionnel sénégalais, par exemple, suffisent à protéger l'Etat de droit contre les risques d'une dictature.

En France, les partisans de l'immunité juridictionnelle de la loi constitutionnelle considèrent qu'au fond, le refus d'ouverture du contrôle de constitutionnalité opposé par le Conseil Constitutionnel ne présente pas, en soi, une menace réelle à l'existence de l'Etat de droit. En effet, les hypothèses d'un non respect des limites juridiques à la révision peuvent bien être circonscrites dans l'imagination « fertile » des juristes mais en vérité soutient J-P. Camby on mesure à quel point de telles hypothèses sont « improbables ou physiquement impossibles¹⁰⁹».

Ensuite le Doyen Vedel considère que le Conseil constitutionnel doit se montrer d'autant plus respectueux de la souveraineté du pouvoir constituant que c'est elle qui fonde la légitimité du contrôle de constitutionnalité et interdit que l'on puisse envisager le « Gouvernement des juges ». En s'opposant à la promulgation de la loi parce qu'il l'estime inconstitutionnelle, le Conseil ne censure pas à proprement parler l'expression de la souveraineté nationale. Il se borne, estime Vedel, à signaler que la volonté des représentants du peuple souverain ne peut, au-delà de la limite que constitue l'inconstitutionnalité relevée, se réaliser qu'après qu'aura été empruntée la forme solennelle de la révision constitutionnelle et donc le passage par le référendum populaire ou par le Congrès du Parlement. Ainsi, conclut Vedel, « le souverain paraît en majesté et vient, dans une sorte de lit de justice, briser les arrêts des juges¹¹⁰ ».

Au Sénégal, le raisonnement construit par le juge constitutionnel conduit, en définitive, à considérer que le contrôle de constitutionnalité, contrairement au Bénin, repose sur la Constitution à laquelle il reste subordonné parce que le juge tire de la Loi fondamentale sa compétence et les normes de référence pour effectuer le contrôle. En conséquence, il paraît pédagogique, que le juge constitutionnel « ne puisse contrôler au-delà » de la Constitution.

¹⁰⁸ P. Nikolic, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans le système de l'Etat de droit : Esquisse pour une approche globalisante », in *Mélanges en l'honneur de Slobadan Milacic*, *op. cit.*, p. 193

¹⁰⁹ J.-P. Camby, *op. cit.*, p.681

¹¹⁰ G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.173

Mais cette option pour une approche très légaliste de son rôle démontre un positivisme excessif se combinant mal avec un cadre institutionnel marqué par de très nombreux paradoxes. En effet, aux termes de l'article 103 de la Constitution, l'initiative de la révision appartient exclusivement au Président de la République à l'exclusion du Premier Ministre¹¹¹ et aux députés à l'exclusion des sénateurs pourtant reconnus constitutionnellement comme étant des membres avec les députés des *assemblées représentatives de la République*¹¹² et reconnus compétents pour statuer sur toute loi constitutionnelle.

Ensuite l'initiative de l'approbation par référendum qui rend définitive la révision appartient exclusivement au Président de la République. En effet, aux termes de l'alinéa 4 de l'article 103 « le projet ou la proposition n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ». Envisageons l'hypothèse tout à fait possible où le Président de la République coexiste avec une majorité ne relevant pas de la même mouvance politique et que celle-ci, fraîchement élue, mais ne disposant pas de la majorité absolue des trois cinquièmes du Parlement, souhaiterait profiter de sa popularité pour réviser la Constitution dans un sens ou un autre en recourant au référendum populaire. Il est loisible au Président de la République de s'opposer à la consultation du peuple en exigeant la soumission de la proposition de révision à un Parlement où les initiateurs ne pourraient disposer de la majorité qualifiée alors qu'un recours au peuple souverain suffirait très probablement pour réviser la Constitution.

En définitive, l'initiative du référendum reconnue au Président de la République se présente comme un véritable « veto » en matière de révision constitutionnelle, ce qui conduit à s'interroger sur l'effectivité de l'initiative des députés dans le domaine de la révision. Ils disposent certes, formellement, d'un droit d'initiative de la révision mais une initiative qui peut parfaitement selon la volonté du Président ne jamais aboutir.

Et l'incompétence du Conseil constitutionnel place les représentants du peuple, dans ces conditions, devant une alternative pour le moins inacceptable dans un Etat de droit : Impossibilité d'exercice du pouvoir constituant par le peuple souverain suite au refus du référendum par le Président de la République mais impossibilité aussi de saisir le juge constitutionnel d'un recours contre la loi constitutionnelle.

¹¹¹ Lequel ne peut que « proposer au Président de la République une révision de la Constitution » libre au Président d'accepter ou de refuser. Et même dans l'hypothèse où il accepte l'initiative sera toujours du Président.

¹¹² Article 59 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

La frénésie dans les révisions constitutionnelles constatée, aujourd'hui, dans beaucoup d'États africains francophones comporte, à bien des égards, des risques réels de bouleversement des principes fondamentaux de l'État de droit par une majorité parlementaire souvent contingente.

La fréquence de la saisine du juge constitutionnel africain d'un recours dirigé contre les lois constitutionnelles l'interpelle sur un double plan. D'abord, il s'agit pour le prétoire constitutionnel de déterminer précisément l'étendue du domaine du pouvoir constituant dérivé principalement par rapport au peuple souverain. G. Burdeau constate, en effet, que « le seul fondement valable de l'obligation où se trouve la Nation de respecter la volonté des pouvoirs constitués, c'est la possibilité qu'elle conserve de les organiser différemment¹¹³». Ensuite, dans un contexte marqué par la précarité des institutions, la reconnaissance d'une immunité juridictionnelle à la loi constitutionnelle contribue à la dévalorisation de l'autorité de la Constitution. Cependant, un encadrement juridictionnel du pouvoir de révision n'empêchera sa transformation en un pouvoir illimité que lorsque, par une interprétation pertinente, le juge constitutionnel définira le contenu matériel des principes constitutionnels pour non seulement contrôler la loi constitutionnelle mais aussi, le cas échéant, contrôler les textes législatifs adoptés sur la base de lois constitutionnelles non déférées favorisant ainsi une certaine évolution du recours en exception d'inconstitutionnalité.

¹¹³ G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, 3^e édit., t. IV, Paris, LGDJ, 1983, p.195