

## EXISTE-T-IL UNE HIERARCHIE ENTRE LES NORMES CONSTITUTIONNELLES DES ETATS AFRICAINS ?

**Brusil Miranda METOU**  
*Agrégée des Facultés de droit*  
*Université de Yaoundé II*  
*Cameroun*

### Introduction

Tous les Etats africains sont dotés d'une constitution écrite. Dès 1789, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens stipulait expressément : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution ». Il n'est pas facile de donner une définition exacte permettant de cerner les contours de la constitution. La constitution est définie sous plusieurs angles en fonction de la matière qui l'examine. Elle paraît en effet simple et chacun propose sa définition, révélant alors sa fausse évidence et sa profonde complexité<sup>1</sup>. Sur le plan historique, la notion de constitution a connu une mue. Si sur le plan philosophique s'est posée essentiellement la question de sa nature<sup>2</sup>, le débat n'a pas permis à la science juridique de la détacher de la science politique. En effet,

« on pense maintenant à la constitution comme un texte juridique qui en même temps fixe la constitution politique d'un Etat. La terminologie juridique et la terminologie politique sont réunies parce que c'est le moment où se produit une nouvelle fixation juridique d'un ordre politique et où l'on perçoit l'ordre politique comme un ordre juridique »<sup>3</sup>.

D'abord, la constitution était perçue comme l'acte par lequel les citoyens définissent les conditions d'exercice du pouvoir politique<sup>4</sup>. Vattel la considérait comme le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée<sup>5</sup>. Ce faisant, il distinguait clairement entre le constituant qui fait les lois fondamentales et le pouvoir législatif qui fait des lois non fondamentales. La théorie de Vattel commençait alors à fonder une limitation matérielle du pouvoir de révision, avec une subordination du législateur au constituant. En effet, « (...) c'est de la constitution que ces législateurs tiennent leur pouvoir, comment pourraient-ils la changer, sans

<sup>1</sup>Y. MENY, « constitution », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 208.

<sup>2</sup> Paul Bastid exposait la question de la constitution sous un angle philosophique ainsi qu'il suit : « la constitution est-elle un produit spontané de la nature c'est-à-dire en l'espèce de la réalité sociale, dans laquelle la part du génie humain, de l'initiative individuelle serait nulle, Est-elle au contraire une œuvre de l'art, une création volontaire où se reflète l'ingéniosité de l'esprit ? Est-elle en un mot naturelle ou artificielle ? (P. BASTID, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 10).

<sup>3</sup> N. LUHMANN, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », in *Rechtshistorisches Journal*, 1990, p. 178, cité par O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 207).

<sup>4</sup> O. PFERSMANN, « Normes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1077.

<sup>5</sup> E. de VATTEL, *Droit des gens*, I, 3, § 27, p. 153, disponible à l'adresse [http://www.mindserpent.com/American\\_History/books/Vattel/1916\\_vattel\\_le\\_droit\\_des\\_gens\\_vol\\_01.pdf](http://www.mindserpent.com/American_History/books/Vattel/1916_vattel_le_droit_des_gens_vol_01.pdf), consulté le 03 août 2018.

détruire le fondement de leur autorité ? »<sup>6</sup>. Cependant, cette conception de la constitution a évolué et a changé à mesure que le peuple se défaisait de ce pouvoir d'adoption de la constitution au profit de la représentation, et notamment en y posant les conditions de sa dépossession. C'est pourquoi par la suite, la constitution est apparue moins comme l'acte des citoyens que l'acte des porte-parole, c'est-à-dire l'expression de la division sociale du travail politique qu'elle reproduit, sous l'apparence formelle de l'égalité politique, en justifiant l'existence et la parole des représentants et l'absence et le silence des représentés<sup>7</sup>. De là découle l'idée d'une certaine stabilisation des règles constitutionnelles<sup>8</sup>. Cependant, la constitution est un acte vivant, appelé à s'adapter à des situations nouvelles et à faire face aux contingentements politiques<sup>9</sup>. Plus couramment, la constitution est définie comme un « ensemble de règles suprêmes fondant l'autorité étatique, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs et souvent aussi lui imposant des limitations,

en particulier en garantissant des libertés aux sujets ou citoyens. »<sup>10</sup>

La constitution est le statut de l'Etat<sup>11</sup>. En ce sens, pour détenir la qualité d'Etat, il faut être doté d'une constitution. La constitution présente donc un « caractère fondamental et fondateur »<sup>12</sup>. Au sens matériel du terme, la constitution peut être définie comme « l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites »<sup>13</sup>. Les normes constitutionnelles posent donc explicitement les conditions de validité des autres normes générales et abstraites du système juridique étatique et il peut paraître à première vue absurde d'envisager qu'entre ces normes prescriptives de la validité des autres, il y ait une quelconque hiérarchie, voire, que certaines normes constitutionnelles posent à leur tour la condition de validité des autres normes constitutionnelles. Selon H. Kelsen, la constitution est « ...le point de départ d'une procédure : de la procédure de création positive du droit »<sup>14</sup>. C'est donc « le référentiel suprême de l'ordre juridique »<sup>15</sup>.

Il y a tellement de travaux sur la constitution en Afrique qu'à première vue,

<sup>6</sup> Ibid, § 27, p. 166.

<sup>7</sup>O. MENY, « Constitution », op. cit., p. 209. Ainsi, « au nom du peuple, les politiques s'autorisent eux-mêmes à agir par un texte qui consacre et sanctifie cette habilitation » (Ibid, p. 210).

<sup>8</sup> Vattel considérait alors que « la constitution de l'Etat doit être stable ; et puisque la nation l'a premièrement établie, et qu'elle a ensuite conféré la puissance législative à certaines personnes, les lois fondamentales sont exceptées de leur commission » (in *Droit des gens*, I, 3, § 27, p. 168).

<sup>9</sup> Comme tel, « il n'est plus possible de la penser (la constitution) comme un écrit possédant par et en lui-même une signification s'imposant comme obligatoire aux acteurs politiques puisque précisément, le sens de ses dispositions n'est jamais fixé une fois pour toutes, mais sans cesse redéfini » (O. DUHAMEL et Y MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 210)

<sup>10</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016, p. 216.

<sup>11</sup>B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2000, p. 32

<sup>12</sup> L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 69.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 263.

<sup>15</sup>M. KAMTO, «Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in A. DARBON et J. Du Bois De GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 177 et s., p. 190.

la présente étude s'avère de trop<sup>16</sup>. Or la doctrine s'enferme habituellement dans une conception formelle de cet acte juridique fondamental de l'Etat pour faire une analyse des mécanismes d'élaboration et de révision ou de sa place dans l'ordre juridique de l'Etat, à tel enseigne qu'on ne se pose plus de question sur la constitution. Mais puisque la science n'apprécie pas le suspens, la réponse à la question posée dès l'intitulé de l'étude doit être formulée avant toute vérification : L'idée d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles introduit une conception asymétrique de la constitution car elle tente de hiérarchiser matériellement ce qui est formellement égal. Mais il ne s'agit que d'une opposition de façade car si

formellement les dispositions de la constitution ont toutes une valeur constitutionnelle, substantiellement et à bien y regarder, il y a des germes de hiérarchie entre ces dispositions. A l'évidence, la conclusion importe moins que la démonstration dans une étude scientifique et la démonstration ne peut être exposée que grâce à une approche qui se justifie toujours *a posteriori*. On ne peut chercher à établir une hiérarchie entre les normes constitutionnelles sans s'interroger d'abord sur les notions mêmes de hiérarchie et de normes. Il s'agit des notions qui alimentent les débats scientifiques les plus houleux et sur lesquelles il est difficile d'acquiescer une unanimité auprès des juristes les plus chevronnés.

---

<sup>16</sup> Voir sur la question par exemple, M. AAHANZHANZO GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles Éditions africaines, p. 33-34; J. OWONA, « L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Étude de quelques "constitutions Janus" », in *Mélanges en l'honneur de P.-F. Gonidec. État moderne : horizon 2000 : aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985; . CABANIS, M.-L. MARTIN, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions des Constitutions récentes*, Paris, L'Harmattan, 1999; L. Sindjoun, « Les nouvelles Constitutions africaines et la politique internationale : contribution à une économie internationale des biens politico-constitutionnels », *Études internationales*, vol. 26, n° 2, 1995, p. 334 (<http://www.id.erudit.org/iderudit/70349ar>), B. KANTE, « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in C. M. ZOETBOUT et als., *Constitutionnalism in Africa, A quest for autochthonous principles*, Sanders Instituut, Gouda Quint-Deventer, Rotterdam, 1996, p. 3; J. du BOIS de GAUDUSSON, « Le constitutionnalisme en Afrique », in *Les Constitutions africaines*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 11 et s., Voir F.J. AIVO, *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois*, L'Harmattan, 2006, O. LOADA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, collection précis de droit burkinabé, 2007, K. DOSSO, "Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone: cohérences et incohérences", *RFDC*, N° 90, 2012, PP. 57-85, etc.

La doctrine n'envisage généralement la hiérarchie des normes que dans un ordre juridique. En effet, la hiérarchie des normes constitue la forme la plus élaborée de l'ordre juridique, à tel enseigne qu'il est de nos jours impossible de penser un ordre juridique sans immédiatement penser à la hiérarchie des normes en dépit des autres classifications des rapports inter normatifs au sein de l'ordre juridique<sup>17</sup>. En effet, « le principe hiérarchique apparaît étroitement consubstantiel de l'idée même de droit dans notre inconscient collectif »<sup>18</sup>. Par hiérarchie des normes on désigne 'le fait qu'il existe entre les normes ou règles un

---

<sup>17</sup> En effet, depuis l'élaboration par Hans Kelsen du système d'engendrement hiérarchique des normes dans un système juridique (Cf. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 263 et s), il est difficile de concevoir autrement l'articulation des normes d'un système juridique.

<sup>18</sup>D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, p. 4.

rapport de dépendance que c'est ce rapport qui est constitutif du système juridique qu'il est lui-même de nature juridique et qu'il détermine la structure synchronique et diachronique du système<sup>19</sup>. L'idée d'une hiérarchie des normes a été très vite rapprochée de celle de la validité des normes axée autour de l'ordre de la production normative d'un système juridique, créant ainsi une sorte de confusion entre les conditions de validité des normes et celles de production des normes<sup>20</sup>. Le principe hiérarchique «constitue ...le problème fondamental de la science juridique»<sup>21</sup>. Bien que devenue concrète par des réitérations jurisprudentielles, en l'occurrence lorsque le juge constitutionnel relève les « exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne »<sup>22</sup>, l'idée d'une hiérarchie des normes n'est pas claire<sup>23</sup>. Comme le souligne Paul Amselek, la diversité même des qualifications terminologiques utilisée en témoigne déjà : si l'on parle plus souvent

d'une hiérarchie des normes juridiques<sup>24</sup>, certains parlent d'une « hiérarchie d'actes juridiques »<sup>25</sup> ou encore d'une « hiérarchie des textes »<sup>26</sup>. La norme elle-même est un

« terme scientifique employé parfois dans une acception générale comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite générale) qui évoque non pas l'idée de normalité (comme par exemple en biologie), mais celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source »<sup>27</sup>.

C'est une règle de conduite générale et obligatoire, synonyme de règle de droit<sup>28</sup>. Indistinctement du texte formel qui la contient (instrumentum), la norme unifie les diverses sources du droit par delà leurs différences fondamentales et formelles. En effet, dès lors que l'on considère

« qu'une norme est la signification prescriptive d'un acte humain, il n'y a entre une loi, la sentence rendue par un tribunal, un testament ou un contrat, aucune différence : tous sont des normes. La norme apparaît donc comme la seule unité élémentaire du droit »<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> O. PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 779 et s.

<sup>20</sup> En dehors de la norme suprême qui n'est pas l'exécution d'une autre norme, toute norme résulte directement de l'application d'une autre norme en même temps qu'elle conditionne la production d'une norme inférieure. Ce faisant, la théorie admet la validité d'une norme indépendamment de son contenu et « il peut y avoir des normes valides mais non-conformes, lorsque toutes les conditions nécessaires et suffisantes (concernant la validité) sont satisfaites, alors que d'autres exigences ne le sont pas, mais que celles-ci n'ont aucune incidence sur la validité » (ibid., p. 781).

<sup>21</sup> - D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, op. cit., p. 4.

<sup>22</sup> - Conseil constitutionnel français, 9 juin 1992, n° 309, DC, *Résolution modifiant l'article 47 bis du règlement du Sénat*.

<sup>23</sup> P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Mélanges L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983 et s.

<sup>24</sup> D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996.

<sup>25</sup> J-L QUERMONE, *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, Thèse, Caen, 1952, J-F LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966.

<sup>26</sup> J. MORANGE, « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Dal.* 1959, chron. 23 ; C. GOUR, « Hiérarchie des textes et respect de la légalité en droit public cambodgien », *Annales de la Faculté de droit de Phnom Penh*, 1962, vol. IV.

<sup>27</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., p. 595.

<sup>28</sup> R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 285.

<sup>29</sup> O. PFERSMANN, « Normes », op. cit., p. 1077.

L'histoire des Etats africains et de leurs diverses constitutions depuis les années 1990, voire depuis leur indépendance respective, offre une conception particulière de la constitution de l'Etat et même un bouleversement de la procédure constituante. Au cours de ces années, le pouvoir constituant originaire né des révolutions dans divers Etats, a procédé à l'élaboration de nouvelles constitutions en introduisant dans ces textes, des germes de hiérarchie entre les diverses dispositions du même texte. C'est pourquoi

« la suprématie de la loi constitutionnelle tient à sa forme, c'est-à-dire à la procédure spéciale qui conduit à sa création ou à sa révision : le critérium d'une disposition constitutionnelle est d'avoir été édictée par l'autorité constituante et en cas de révision constitutionnelle, suivant la procédure spéciale prévue par la constitution »<sup>30</sup>.

Il n'y a qu'à voir les critiques qui s'élèvent dès lors que certaines dispositions constitutionnelles sont menacées de révision pour comprendre qu'il existe dans la constitution, des normes plus importantes que d'autres. Il s'agit des normes sur lesquelles toute la société veille, voire des normes intangibles, qui ne peuvent être révisées par un simple pouvoir de révision. Selon le Doyen Favoreu et aliés, « Tous les systèmes juridiques sont nécessairement hiérarchisés, mais tous le sont d'une manière différente »<sup>31</sup>. Ils distinguent alors entre une hiérarchisation de premier degré appelée « spontanée » et des hiérarchisations de degré supérieur appelée

« hiérarchie organisée »<sup>32</sup>. Si donc la constitution peut être envisagée comme un système juridique autonome<sup>33</sup>, c'est qu'elle comporte nécessairement des règles qui sont absolument plus indispensables que d'autres et qui contribuent à introduire une forme d'organisation verticale du système juridique constitutionnel. La hiérarchie des normes est un phénomène juridique discret<sup>34</sup>, une fausse idée claire<sup>35</sup> difficile à établir et à soutenir. Déjà, le doyen Favoreu et aliés considèrent qu'«...à l'intérieur du droit constitutionnel, rien n'empêche que certaines dispositions ou certains « principes » soient considérés comme plus importants que d'autres»<sup>36</sup>. Cependant, convaincus qu'il ne peut y avoir de contrariété entre deux normes de rang égal<sup>37</sup> au regard de l'opération de la certification de la constitution sud africaine par le juge constitutionnel, ils se déroberont à l'épineuse question de hiérarchie entre les normes constitutionnelles pour distinguer entre le droit constitutionnel simple et le droit constitutionnel fondamental. Ce faisant, ils ne signalent pas qu'il s'agit là de la coexistence de ce droit constitutionnel simple et du droit constitutionnel fondamental dans un même texte pour éviter une logique contraire à l'angle du raisonnement adopté selon lequel « la hiérarchie réelle ne s'établit pas immédiatement de norme à norme, mais au

<sup>30</sup> M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique. Essai sur le fondement du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 189.

<sup>31</sup> L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 68.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> M. TROPER, «La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, n° 35, *L'ordre juridique*, 2002.

<sup>34</sup>P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Mélanges L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983 et s., p. 1014.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 108.

<sup>37</sup> Ibid.

contraire par la médiation d'actes »<sup>38</sup>. Or la différenciation qui existe entre les diverses dispositions du texte constitutionnel est un problème qui nécessite un réel effort de construction doctrinale.

Le système d'organisation hiérarchique des règles constitutionnelles peut être envisagé à partir du contenu desdites règles pour aboutir à une hiérarchie matérielle. La hiérarchie des dispositions constitutionnelles ne doit pas être perçue comme une hiérarchie entraînant la sanction de l'invalidité par la nullité, mais une hiérarchie imposant des limites matérielles au pouvoir de révision. Il existe ainsi dans les constitutions des règles et principes dont la modification entraîne ipso facto la modification d'autres normes en vue de la conformité de ces dernières aux premières. Il s'agit d'une hiérarchie qui correspond au dessein du constituant originaire de refuser une production normative qui pourrait contredire, modifier ou abroger certains principes et normes fondamentaux de l'Etat dont il adopte le statut au moment de son intervention. Pendant longtemps, la doctrine a pensé la hiérarchie des normes uniquement sur le plan formel<sup>39</sup>. L'étude

intrinsèque de l'acte juridique lui-même permet de déceler l'existence dans cet acte de normes plus importantes que d'autres, voire la distinction au sein d'un même acte juridique entre les dispositions fondamentales et les dispositions simples.

La présente étude tente de vérifier si certaines normes constitutionnelles ont une prévalence sur d'autres, en particulier dans les constitutions africaines. En ce sens, l'étude se focalise sur le texte même de la constitution et ne s'intéresse pas au débat sur la supra constitutionnalité. Certes les normes constitutionnelles sont de prime abord considérées comme des normes de référence à partir desquelles le juge constitutionnel opère le contrôle de constitutionnalité des lois et autres actes réglementaires pris dans le domaine institué par la constitution, mais il est possible de se demander si dans le texte même de la constitution, certaines normes ne sont pas dotées d'une suprématie sur d'autres du fait de leur protection contre la révision. Autrement dit, existe-t-il un "noyau dur intangible" des normes constitutionnelles, voire un jus cogens constitutionnel ? La constitution contient-elle des normes indérogeables et certaines qui sont dérogeables ? S'il existe alors une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, se pose la question de savoir si cette hiérarchie est « spontanée » ; c'est-à-dire si elle concerne juste les conditions de validité et de destruction ou alors si elle est « organisée » et comporte en fait des éléments permettant d'aménager les normes hiérarchiques<sup>40</sup>, bref si le

<sup>38</sup> M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 173.

<sup>39</sup> - Jean Rivero a fait une analyse du « caractère hiérarchisé des règles de droit » en déclarant précisément que : « du sommet à la base, les règles, selon l'étage où elles se situent, sont tenues de respecter les règles supérieures et s'imposent à celles des échelons subordonnés...lorsque l'on dit d'un acte qu'il doit respecter les règles qui lui sont supérieures, on entend pas là deux choses : d'une part l'acte doit se conformer aux dispositions qui le concernent directement, en posant notamment les conditions de compétence et de forme qui commandent sa validité. D'autre part l'acte, dans son contenu, doit respecter les règles supérieures applicables à la même matière : il ne peut les contredire de façon expresse ou même implicitement, il peut seulement les compléter, les

préciser, les adapter aux données concrètes ou les appliquer au cas concret. » (J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2004, p. 268).

<sup>40</sup> L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 68.

constituant a conscience, lorsqu'il élabore la constitution, d'introduire dans celle-ci un système d'organisation hiérarchique des normes qu'il consacre. Le juge détient-il un pouvoir de contrôle des lois portant révision de la constitution ? Il s'agit d'une question complexe qui va au-delà de la valeur juridique des normes contenues dans la constitution pour toucher à l'étendue du pouvoir de contrôle du juge constitutionnel sur les lois portant révision de la constitution. De plus, s'il existe une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, l'on doit pouvoir trouver le critère de catégorisation ou de classification ainsi que les éléments qui structurent la verticalité des rapports établis entre les dispositions d'une constitution. L'étude s'inscrit à cet égard dans l'analyse des rapports inter normatifs au sein d'un même acte juridique.

La question d'une différenciation hiérarchique entre les normes constitutionnelles revêt un intérêt à la fois théorique et technique. Sur le plan technique, il s'agit de retourner sur les modes de production des normes constitutionnelles et de mesurer concrètement la marge de manœuvre du pouvoir constituant originaire et son pouvoir dans la mise en place et la préservation de certaines normes jugées fondamentales, d'où un retour sur la question des limites du pouvoir de révision. Autrement dit, l'étude met en exergue la procédure constituante, puisqu'une constitution prescrit rarement (ou presque pas) la forme et le contenu d'une constitution future qui l'abrogerait. Il s'agit de la résultante du principe de la continuité de l'Etat qui résulte aussi d'une confusion longtemps nourrie entre l'Etat et sa constitution. Il y a assurément dans

l'histoire de tout Etat une phase intermédiaire, au cours de laquelle les nouveaux titulaires du pouvoir issus d'une révolution quelle qu'en soit la forme, abrogent la constitution en vigueur au moment de leur prise du pouvoir et mettent en place de nouvelles normes fondamentales pour l'Etat dont ils président désormais à la destinée. Dans cette période sont formulés les grands principes de base de l'Etat, des normes supérieures qui s'imposent aux autres dispositions de la future constitution tout en s'intégrant formellement dans certaines d'entre elles et leur dictent par conséquent leur contenu. Comme le dit si bien le professeur Olivier Beaud, ce

« ...droit pré-constitutionnel, d'ordre essentiellement procédural, met à jour des principes généraux du droit constitutionnel. Cette dernière expression ne désigne pas une quelconque supra-constitutionnalité ou un droit constitutionnel naturel, mais plus modestement des principes immanents à la matière constitutionnelle et à la vie de l'Etat. »<sup>41</sup>

Si la valeur d'une règle juridique découle de son appartenance à un texte juridique déterminé, il faut encore, par souci de cohérence et de logique du système juridique mis sur pied par ledit texte, l'établissement des rapports que doivent entretenir les règles ainsi édictées. Ces rapports peuvent être formellement déterminés, de telle façon qu'il est possible, à la lecture d'un acte juridique, de déterminer quelles sont les règles primaires principales et quelles en sont les règles secondaires et accessoires. De nombreuses constitutions contiennent des dispositions qui limitent le pouvoir de révision en disposant explicitement que certaines dispositions sont insusceptibles de faire

<sup>41</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 263.

l'objet de révision. Il y a ainsi présent à l'esprit du constituant originaire, du moins des rédacteurs de la constitution, un souci de logique et de cohérence interne du texte qu'il met sur pied. Dès lors, la constitution contient une diversité des normes dont le contenu est aussi diversifié que les dispositions, mais dont l'analyse logique commande de constater que d'autres règles doivent leur consécration du fait de l'existence des autres.

Sur le plan théorique, l'étude met en exergue les limites d'une approche purement positiviste, voire formelle de la constitution en faisant ressortir le fait que dans ce texte, il existe des règles fondamentales pour l'existence de l'Etat, des règles qui constituent en fait la dorsale normative des autres règles constitutionnelles et même de l'Etat. Assurément, les constitutions africaines offrent une grille de lecture qui déroge à plusieurs égards au modèle d'analyse occidental et permettent de penser qu'il existe réellement une différence de degré et de valeur entre les dispositions du texte constitutionnel. En effet, lorsque le juge béninois censure une loi portant révision de la constitution au nom du consensus national, qu'il considère comme un principe à valeur constitutionnelle, il ya matière à réflexion. De même, lorsque le juge constitutionnel sud- africain examine la nouvelle constitution adoptée par l'Assemblée constituante et déclare non-conforme à certains principes certaines dispositions de ladite constitution, ce qui occasionne une rectification de l'acte de la constitution, puis une nouvelle certification de la constitution avec décision de conformité, le chercheur ne peut rester indifférent car il y a matière à réflexion. La hiérarchie des normes constitutionnelles

est donc un mécanisme théorique permettant de résoudre les questions des rapports inter normatifs dans un acte juridique donné. L'étude amène à faire une classification intra textuelle des normes. Elle contribue alors à poser les bases d'une analyse des éléments qui structurent la logique et la cohérence qui forment l'unité matérielle d'un acte juridique spécifique à savoir la constitution. Elle met en exergue le fait que dans un même texte juridique, certaines dispositions ont un contenu normatif, voire une densité normative si indispensable à la matière sur laquelle porte l'ensemble du texte qu'elles finissent par conditionner le contenu normatif des autres dispositions du texte. Dans un raisonnement inverse, il s'agit de démontrer ou de faire ressortir le fait que certaines dispositions constitutionnelles sont des conséquences logiques de l'existence d'autres dispositions préalables. Pour assurer « l'ordre social »<sup>42</sup>, il faut que le texte constitutionnel recèle une certaine unité logique suffisante pour éviter des contradictions pouvant entraîner un désordre politique grave et une déstabilisation de l'Etat. Une tentative d'agencement des normes constitutionnelles à partir de la « relation logique indépendante du contenu des propositions qu'elle relie » et un agencement correspondant à la relation organique ou téléologique en fonction du contenu des éléments qu'elle relie s'avère importante »<sup>43</sup>. La présente contribution est donc une tentative de catégorisation, voire de classification des normes constitutionnelles en fonction de leur

<sup>42</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 34.

<sup>43</sup>M. VAN de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 64 et s.

importance dans l'échelle des valeurs d'un Etat.

Mener une étude qui allie deux notions étrangement familières au juriste et si complexes en même temps est toujours un exercice hardi. Il est difficile dans ce cas de connaître exactement l'angle sous lequel la réflexion doit être entamée. La question d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles trouble les juristes puisqu'elle semble relever d'une « anomalie juridique (...) qui perturbe la bonne conscience et la quiétude scientifique du technicien du droit, positiviste par excellence, spécialiste de l'exégèse de l'existant et qui tient le formalisme pour la seule bouée de sauvetage. »<sup>44</sup> Le problème que soulève la présente analyse nécessite une approche pluridisciplinaire de sa réponse. Sur le plan juridique, l'exégèse du texte constitutionnel est la méthode à partir de laquelle il sera possible de faire ressortir les diverses normes considérées comme fondamentales et les normes simples. L'exégèse des textes reste insuffisante pour la démonstration car il faut absolument rechercher en dehors des textes juridiques le fondement de la hiérarchie des normes constitutionnelles. Il est alors nécessaire d'adopter la méthode sociologique ainsi que les techniques d'analyse documentaire qui permettront de retourner dans les travaux préparatoires des diverses constitutions afin de démontrer certains arguments. La casuistique est d'un apport indéniable, puisqu'elle permettra de dépouiller la jurisprudence

constitutionnelle pour retrouver les considérations apportées par le juge sur certaines dispositions constitutionnelles. Au regard de cette approche, une classification des normes constitutionnelles (II) ne peut intervenir qu'après la détection du fondement de la hiérarchie des normes constitutionnelles qui réside essentiellement dans le processus constituant (I).

### **I- Le fondement d'une hiérarchie des normes constitutionnelles : le processus constituant**

Il faut retourner dans l'enchaînement des opérations qui conduisent à la fabrication des constitutions pour comprendre le phénomène hiérarchique qui existe entre les diverses dispositions de ce texte. L'idée d'une hiérarchie des normes constitutionnelles se trouve dans le processus constituant, en l'occurrence dans la mesure de la compétence du pouvoir constituant originaire et de son influence sur l'œuvre qu'il élabore. En effet, le fondement de la hiérarchie des normes constitutionnelles réside dans l'appréhension de l'intervention du pouvoir constituant et de la procédure qui conduit à l'établissement d'une nouvelle constitution. Il est vrai que le processus d'édiction des constitutions n'est pas identique d'un Etat à l'autre, mais par le biais d'un certain nombre de rapprochements, il est possible de systématiser ces divers mécanismes en l'occurrence à travers l'intervention du constituant originaire (A) et des diverses étapes que suit l'élaboration des constitutions (B).

<sup>44</sup> M. KAMTO, «Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in A. DARBON et J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 177 et s., p. 178.

## A- L'intervention du pouvoir constituant originaire

Le pouvoir constituant originaire intervient généralement pour créer une nouvelle constitution, en cas de rupture de la légalité, c'est-à-dire une solution de continuité d'un régime à l'autre<sup>45</sup>. C'est ce pouvoir qui instaure les règles de base, les pierres angulaires autour et à travers lesquelles est édifié l'Etat. Bref, c'est le pouvoir fondateur de l'Etat. Bien que l'idée du pouvoir constituant ne soit pas chronologiquement d'origine française, c'est à la doctrine française<sup>46</sup> que revient le mérite de l'avoir théorisé à travers notamment les écrits de Sieyès. Sieyès théorise le pouvoir constituant lorsqu'il affirme que : « Dans chaque partie la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi et non autrement que les lois constitutionnelles sont *fondamentales*. »<sup>47</sup>. Ce pouvoir est mis en place suivant des modalités particulières

<sup>45</sup>O. DUHAMEL, « Pouvoir constituant », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p., 777.

<sup>46</sup> La Fayette rappelait les origines américaines du pouvoir constituant Cf. La FAYETTE, *Mémoires*, Paris, 1838, t. IV, p. 35 et s., cité par R. Carre de Malberg, *Contribution à la théorie...*, op. cit., p. 512), bien que l'abbé Sieyès attribuait sa découverte à la France en 1788 (E. SIEYES, *Qu'est ce que le tiers Etat ?* <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>). En effet, l'idée d'un pouvoir constituant supérieur et distinct des pouvoirs constitués a été conçue et appliquée en Amérique du nord avant la révolution française et consacrée par la constitution fédérale de 1787. La convention de Philadelphie prévoyait qu'il y aurait des lois constitutionnelles issues du pouvoir constituant et qui seraient distinctes et supérieures à celles-ci. (Cf. G. BERLIA, « De la compétence des assemblées constituantes », *Revue de Droit public*, 1945, p. 355).

<sup>47</sup> E. SIEYES, *Qu'est ce que le tiers Etat ?* P. 55.

dans les pays africains, mais on peut questionner sa nature.

### 1- La mise en place originale du pouvoir constituant originaire dans les Etats africains

Le pouvoir constituant est « le pouvoir qui édicte l'acte de souveraineté, la constitution, qui instaure une différence entre le légal et l'illégal »<sup>48</sup>. Depuis l'avènement de la démocratie en Afrique au début des années 90, il y a une sorte de reconsidération de la gestion politique du pouvoir par les différents acteurs de la scène politique. Cette reconsidération de la gestion de l'Etat a entraîné diverses sortes de crises de l'Etat au détour desquelles se sont construits de nouveaux acteurs de la scène politique. L'émergence de ce nouveau type d'acteurs politiques a entraîné à son tour une nouvelle conception de la constitution de l'Etat, c'est-à-dire une constitution née dans un cadre révolutionnaire et notamment celui des conférences nationales souveraines<sup>49</sup> et des accords de paix conclus entre le gouvernement en place et les diverses factions rebelles du pays. C'est dire que dans les Etats africains les constituants originaires ne naissent pas d'un vide juridique existant pour former un nouvel Etat, mais ils émergent plutôt pour renouveler la fondation de l'Etat<sup>50</sup>. Ce renouvellement de la fondation de l'Etat

<sup>48</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 221.

<sup>49</sup> - La réalisation de la constitution dans le cadre des conférences nationales souveraines a été largement mise en exergue par le Professeur Maurice Kamto dans « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », op. Cit, pp. 177 et s.

<sup>50</sup> J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 1989, p. 189.

est vécu dans différentes circonstances par les Etats africains et revêt diverses formes, parfois brutales (lorsque la crise politique se dégrade en guerre civile) parfois pacifiques (dans les Etats en proie à une crise politique).

Les conférences nationales qui marquaient l'irruption de la société civile sur la scène politique ont commencé au Bénin du 19 au 28 février 1990. De ces conférences se dégagent directement des populations des consensus sur les principes déterminant leur « vouloir vivre collectif », principes qui, par la suite, codifiés ou non, intégrés ou non dans les textes constitutionnels, s'imposaient aux rédacteurs des nouvelles constitutions africaines. Ainsi, les grands principes autour desquels s'articulent généralement les dispositions constitutionnelles proviennent de ces cadres de concertation.

Les conférences nationales devenaient ainsi des instances de production de normes juridiques contraignantes<sup>51</sup>, des sortes de pouvoir constituant originaire<sup>52</sup> tandis que dans les Etats en crise, les divers acteurs de la crise ou de la situation conflictuelle constituent un « pouvoir constituant originaire exceptionnel »<sup>53</sup>. Mais on peut questionner

la nature de ce pouvoir constituant originaire.

## 2- La nature du pouvoir constituant originaire

La nature du pouvoir constituant originaire est sujette à controverse. La doctrine juridique rebute son étude en considérant que « l'établissement d'une constitution ne relève pas du droit il fonde le droit. Un problème juridique de compétence constitutionnelle ne se pose qu'à partir du moment où une norme en vigueur l'introduit explicitement »<sup>54</sup>. C'est pourquoi « puisqu'il n'y a pas de normes juridiques applicables, il s'ensuit que la manière dont il convient de mettre en place une première constitution relève de la théorie politique et non du droit »<sup>55</sup>. La majeure partie de la doctrine constitutionnelle ne s'intéresse pas à l'autorité du pouvoir constituant sur la constitution en considérant qu'une fois créée, l'œuvre constitutionnelle se détache de son créateur pour vivre sa propre vie, abandonnée entre les mains d'un pouvoir de révision qui la modifie au gré des circonstances politiques et suivant une procédure fixée par la constitution elle-même. Cette négligence doctrinale provient généralement du texte même de la constitution qui n'en fait pas référence et qui ne parle de ce pouvoir constituant originaire que par des périphrases renvoyant à la souveraineté<sup>56</sup>. Les

<sup>51</sup> Ibid, p. 180.

<sup>52</sup> ibid, p. 183. Or le pouvoir constituant originaire est conçu par la doctrine classique comme « un être politique concret » dont les décisions fondent la validité de toutes les prescriptions légiconstitutionnelles » (C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 212).

<sup>53</sup> L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILALIC*, Bruxelles, Bruylant, 2007 pp. 967- 1011, p. 994.

<sup>54</sup> L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 100.

<sup>55</sup> -ibid.

<sup>56</sup> Ainsi, « ...les textes constitutionnels, quels qu'ils soient, dissimulent l'existence du pouvoir constituant car l'auteur de la constitution (le pouvoir constituant) ne peut pas par nature figurer dans les dispositions constitutionnelles qu'il forme. Il disparaît derrière son œuvre, comme l'artiste

références à ce pouvoir se retrouvent alors dans les dispositions que la doctrine considère comme marginales ou juridiquement non pertinentes comme le préambule, les formules d'introduction ou de promulgation de la constitution ou encore les annexes au texte constitutionnel. De là découle une certaine cécité sur l'autorité même des normes fondamentales instituées par le constituant originaire et l'élargissement démesuré du pouvoir du pouvoir de révision. En effet, « tout se passe comme si la majesté de la constitution dissimulait le caractère, non moins majestueux, de son auteur, le pouvoir constituant »<sup>57</sup>.

Dans la plupart des Etats africains, au cours des années 1990, le pouvoir constituant originaire a été instauré à la suite des mouvements de révolution ou à la suite d'un coup d'Etat. Pour Carré de Malberg,

« les mouvements révolutionnaires et les coups d'Etat constituent des actes de violence et s'opèrent par conséquent en dehors du droit établi par la constitution en vigueur...A la suite d'un bouleversement politique résultant de tels mouvements il n'y a plus, ni principes juridiques ni règles constitutionnelles : on ne se trouve plus ici sur le terrain du droit mais en présence de la force. Le pouvoir constituant tombera aux mains du plus fort »<sup>58</sup>.

Il s'explique en disant que :

« dans ces circonstances ce qu'il y a de certain, c'est que la constitution nouvelle ne sera point confectionnée selon la procédure, le mode constituant et les formes qui avaient été prévus et prescrits par sa devancière. Celle-ci ayant été radicalement détruite par l'effet même du coup d'Etat ou la révolution il ne reste plus rien

---

derrière son œuvre d'art. » (O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.212).

<sup>57</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 211.

<sup>58</sup> *ibid.*, p. 496.

d'elle et par suite, elle ne peut plus fournir d'organe pour la confection de la constitution future»<sup>59</sup>.

Il y a lieu de dire que c'est fort de l'expérience des Etats occidentaux que Carré de Malberg tirait ces conclusions. Adoptant une position inverse, G. Burdeau critique cette position de la doctrine positiviste en déclarant que : « derrière le débat relatif à la valeur de l'activité constituante en dehors de tout ordre juridique préétabli, il y a nécessairement une prise de position sur la signification des révolutions »<sup>60</sup>. Pour lui, « si l'on refuse de leur reconnaître un sens juridique il est évident que l'acte par lequel leurs auteurs fondent le nouvel ordonnancement étatique ne pourra être considéré que comme un simple fait, phénomène historique échappant à l'emprise du droit... »<sup>61</sup>. A cet égard, la révolution n'est pas une rupture du droit mais plutôt une transformation de la structure du droit<sup>62</sup> et « l'œuvre du pouvoir constituant originaire est donc au premier chef une œuvre juridique puisqu'elle consiste à réintroduire le droit dans une organisation politique et sociale que la sclérose de l'idée de droit ancienne avait desséché »<sup>63</sup>. Ainsi toute révolution n'est pas nécessairement issue d'un pur fait mais dépend plus du changement de l'idée de droit dominante dans la société. La plupart des sociétés

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 496-497.

<sup>60</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, op. cit., p. 202. Il faut signaler qu'au début et ce particulièrement dans sa thèse de Doctorat soutenue en 1930 G. Burdeau adoptait la même position que Carré de Malberg en estimant que « la première constitution résulte forcément des circonstances qui ne ressortent pas d'une théorie juridique » (in *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Thèse pour le doctorat en Droit Faculté de droit de Paris, Paris, Macon 1930, p. XV).

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>63</sup> *Ibid.*

occidentales ayant connu des révolutions assez brutales, il était difficile pour la doctrine française de concevoir des révolutions pacifiques. Le continent africain offre un tableau contrastant de la conception de la procédure constituante et même de l'autorité du pouvoir constituant originaire. Guy Héraud qui a été le premier à baptiser le pouvoir constituant de « pouvoir originaire »<sup>64</sup> qu'il définit comme le pouvoir le plus élevé de la pyramide juridique interne<sup>65</sup> est allé dans le même sens que G. Burdeau en défendant la thèse de la nature juridique du pouvoir originaire. Pour lui,

« la juridicité du pouvoir originaire n'est...pas une question que l'on doive poser et résoudre de la même façon que les problèmes de validité interne. Certes aussi longtemps qu'il n'existe pas de super Etat mondial, le pouvoir originaire n'est qu'un degré intermédiaire de l'ordre juridique total et les compétences originaires sont ainsi déterminées par un droit super étatique. Seulement cette détermination de compétence qui suffit à attribuer le caractère juridique à un sujet quelconque ne suffit pas, quand il s'agit du pouvoir originaire à rendre compte de sa juridicité »<sup>66</sup>.

Ainsi, « le pouvoir originaire tient son caractère juridique de sa puissance matérielle et non d'une règle supérieure qui lui déléguerait compétence »<sup>67</sup>, parce qu'il s'agit « d'un pouvoir assez puissant pour imposer socialement ses volontés il constitue par cela même un pouvoir juridique »<sup>68</sup>, d'autant plus qu'en tant que pouvoir le plus puissant il n'a pas besoin pour être juridique d'une habilitation ni d'une détermination de compétence il

suffit qu'il règne effectivement dans un milieu social donné.»<sup>69</sup>.

S'alignant sur cette position M. Duverger tente de trouver la légitimité des gouvernements de fait dans le droit positif<sup>70</sup>. Pour lui les thèses positivistes qui voient dans le pouvoir constituant originaire un pouvoir constituant extra – juridique et illimité ont

« ...le tort de considérer l'organe constituant primitif comme le produit d'une sorte de génération spontanée, ne se rattachant à aucun acte antérieur à son établissement ce qui est pratiquement faux et logiquement absurde (...)c'est la constitution qui tire son autorité de l'organe constituant et non l'organe constituant qui tire son autorité de la constitution »<sup>71</sup>.

Etant le père de la constitution on voit mal comment l'organe constituant pourrait en être également le fils<sup>72</sup>. Maurice Duverger déclare alors subtilement :

«tout gouvernement de fait se réclame d'un certain nombre de principes juridiques, d'une certaine philosophie du droit qu'il considère comme la base de son action présente et qui formeront les fondements de régime régulier postérieurement organisé par une constitution. Ces principes et cette philosophie n'ont pas seulement une importance politique en tant qu'ils traduisent un programme d'action positif ; ils possèdent également une valeur juridique incontestable qu'on a trop souvent d'ailleurs tendance à minimiser »<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Ibid

<sup>70</sup> M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *Revue de droit public*, 1945 pp. 73- 100.

<sup>71</sup> Ibid, pp. 78-79.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Ibid, pp. 77- 78. Pour appuyer sa position cet auteur prend comme exemple en droit français : le décret du gouvernement provisoire du 5 mars 1848 qui convoque l'assemblée constituante, les décrets de gouvernement de la défense nationale du 8 septembre 1870 et du 29 janvier 1871 qui instaurent l'assemblée nationale impliquaient un choix parmi

<sup>64</sup>G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris Sirey, 1946.

<sup>65</sup> Ibid, p. 183.

<sup>66</sup> Ibid, p. 457.

<sup>67</sup> Ibid, p. 143.

<sup>68</sup> Ibid, p. 458.

Cette position de M. Duverger se rapproche sensiblement de celle émise par George Burdeau avec le changement de l'idée de droit<sup>74</sup>. Il est à noter que la plupart des révolutions et coups d'Etat qui aboutissent à la mise en place d'un pouvoir constituant originaire ont lieu dans des Etats bien constitués et qui obéissent à une certaine réglementation. Certes, avec la répétition des coups d'Etat en Afrique au cours des années 60 à 80, il est possible de remettre en cause ces affirmations. De même, l'Afrique, notamment les pays de l'espace francophone ont été secoués par des nombreuses crises avec leurs cortèges d'arrangements et d'accords politiques se substituant parfois aux textes de la Constitution<sup>75</sup>. Dans tous les cas, il appartient au pouvoir constituant originaire, qu'il soit issu d'un mouvement révolutionnaire ou d'un coup d'Etat, d'élaborer la nouvelle constitution de l'Etat.

---

la doctrine relative au pouvoir et à la souveraineté : ils écartaient l'idée de droit divin et les théories autoritaires pour affirmer la souveraineté nationale et la démocratie. Ce faisant ils imposaient le même choix à l'organe constituant qu'ils instauraient dans la rédaction de sa constitution : il n'était pas possible, non seulement en pratique, mais même en droit, aux assemblées de 1848 et de 1871 de faire des constitutions contraires aux principes de la souveraineté nationale et de la démocratie en vertu desquels ces assemblées avaient été convoquées et qui formaient ainsi le fondement de leur pouvoir. » (Ibid p. 79).

<sup>74</sup> Pour George Burdeau en effet, « le pouvoir constituant est tributaire d'une idée de droit qu'il exprime et qui le légitime, il n'existe donc pas un pouvoir constituant abstrait valable quelle que soit la société considérée. Chaque idée de droit porte un pouvoir constituant qui ne vaut que par rapport à elle (...) le pouvoir constituant appartient à l'individu ou au groupe en lequel s'incarne, à un moment donné, l'idée de droit » (G. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J, 1984, p.85 s.

<sup>75</sup> A. KPODAR, « Politique et ordre juridique ; les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005-4, p. 2503-2526.

## **B- La procédure conduisant à l'établissement d'une nouvelle constitution**

Dans la plupart des Etats africains au cours des années 1990, il y a eu un processus de déconstitutionnalisation des anciennes constitutions avant la reconstitutionnalisation ayant conduit à l'adoption de nouvelles constitutions.

### **1- La déconstitutionnalisation de la constitution en vigueur**

La phase de la déconstitutionnalisation est celle au cours de laquelle sont remises en cause la plupart des règles fondamentales du régime politique en vigueur dans un Etat. La déconstitutionnalisation est conçue comme « l'opération par laquelle le constituant révolutionnaire abroge la constitution en vigueur au moment de la révolution avant de déclencher le processus conduisant à l'adoption d'une nouvelle constitution »<sup>76</sup>. Elle intervient au cours de la révolution, qu'elle soit tacite ou expresse, totale ou partielle et permet une reconfiguration de la scène politique en commençant par la destruction de l'ordre constitutionnel en vigueur. Chaque fois qu'il y a révolution, il y a naissance d'une nouvelle constitution du fait de la nouvelle conception de l'ordre politique qui fait irruption dans l'Etat.

La déconstitutionnalisation résulte en principe d'un acte juridique formel édicté par l'organe de la révolution. Les décisions exprimant la déconstitutionnalisation sont généralement prises dans le cadre des opérations pré-

---

<sup>76</sup>M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », op. cit., p. 186.

constituantes, parfois sous formes de ‘loi constitutionnelle de transition ayant une « force constitutionnelle »<sup>77</sup>. En Afrique par exemple, les conférences nationales proclamaient formellement l’abrogation de l’ancienne constitution. Ainsi, au Togo, l’article 4 de l’Acte n°1 de la conférence nationale souveraine disposait : « la constitution du 9 janvier 1980 ainsi que les institutions politiques qui en sont issues sont suspendues ». Au Niger, l’article 1<sup>er</sup> de la conférence nationale souveraine abrogeait la charte nationale du 14 juin 1987 modifiée par la loi n°91/01 du 24 avril 1991 et l’article 2 du même acte suspendait la constitution du 24 septembre 1989 modifiée par la loi n° 91-002 du 24 avril 1991. Au Bénin, une motion de la conférence nationale souveraine datée du 28 février 1990 affirmait que,

« les décisions issues de la session conjointe du comité central du parti de la révolution populaire du Bénin du comité permanent de l’Assemblée nationale révolutionnaire et du conseil exécutif national des 6 et 7 décembre 1989 ont rendu caduque la loi fondamentale et illégitimes l’ensemble des structures édifiées par le PRPB pour la direction de l’Etat »,

et considérait qu’il était « primordial que les institutions politiques et administratives issues de la loi fondamentale soient dissoutes ». La déconstitutionnalisation peut ne pas être formelle dans certains cas et résulter plutôt de divers actes qui invalident la constitution existante. Ce fut le cas au Tchad où l’abrogation de la constitution alors en vigueur résultait implicitement d’un document intitulé « Diagnostic et orientations constitutionnelles », document dans lequel la conférence nationale

souveraine adoptait « les grandes orientations (...) devant servir à la rédaction de la future constitution du pays »<sup>78</sup>.

Le rapport général de la conférence nationale du Bénin situe la place de cette instance dans l’ordre politique et juridique béninois en disposant que : « ... nous avons décidé de nous transformer en états généraux de la nation, de proclamer sans ambiguïté la souveraineté de notre rassemblement et la force exécutoire de nos décisions... »<sup>79</sup>. Cette assemblée a alors décidé d’adopter « ... une charte d’union nationale qui servira de base à l’élaboration d’une nouvelle constitution par une commission qu’elle mettra elle-même en place et qui travaillera en toute indépendance vis-à-vis des structures de l’Etat »<sup>80</sup>. Ces révolutionnaires, bien que ne s’appuyant sur aucune base juridique antérieure décident et, comme le disait Siefès, « de quelque manière qu’une nation veuille, il suffit qu’elle veuille. Toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême »<sup>81</sup>. De nos jours, il est difficile de détacher cette séquence de la vie politique des Etats de la constitution. Il en est ainsi d’autant plus que les principes généraux sont déterminés par les révolutionnaires qui se présentent comme ceux- là qui restaurent le pacte social rompu par la perte de crédit et de légitimité du régime déchu. Il s’agit des instances de réconciliation et les principes

<sup>78</sup> Cf. « Diagnostic et orientations constitutionnelles », Rapport de la Commission politique générale et institutionnelle, CNS du Tchad, doc. Multijr., p. 12.

<sup>79</sup> *Conférence nationale du Bénin, Documents fondamentaux*, édité par l’ONEPI, Cotonou, p. 24.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>81</sup> E. SIEYES, *Qu’est-ce que le tiers Etat ?*, 3<sup>e</sup> éd., 1789, p. 57.

<sup>77</sup> En France par exemple, la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 « portant organisation provisoire des pouvoirs publics » tranchait à la fois la question de l’initiative et de l’encadrement juridique de l’adoption de la future constitution.

qu'elles édictent sont issus directement du consensus social et auxquels adhère le peuple. Ces principes qui s'imposent aux rédacteurs de la constitution pour leur inspirer les diverses dispositions sont légitimes, d'une légitimité « au sens psychosociologique où elle signifie la qualité de ce qui est conforme aux aspirations dominantes et à l'équité et qui est perçue comme telle... »<sup>82</sup>.

Ces divers actes de déconstitutionnalisation organisent également la procédure constituante qui est une procédure distincte de celle de la révision constitutionnelle.

## 2- L'édition des principes fondamentaux de l'exercice du pouvoir pendant la phase transitoire

L'acte transitoire sur lequel repose l'Etat entre le processus de déconstitutionnalisation et celui de reconstitutionnalisation, et qui est adopté par l'organe révolutionnaire comporte un ensemble de principes qui, par la suite s'impose dans l'œuvre de reconstitutionnalisation. Même si dans certains Etats, ces normes et principes fondamentaux ne sont pas explicitement intégrés dans le corps du texte constitutionnel, ces principes sont contenus dans divers travaux préparatoires à l'élaboration de la future constitution. Ce qui est intéressant ici, c'est que l'ensemble des règles et principes fondamentaux qui sont mis en place par consensus dans cette période d'entre-deux constitutions contribuent à la mise en place d'une

formule spécifique de gestion de l'Etat<sup>83</sup>. La doctrine classique ferme les yeux sur le processus qui aboutit à la rédaction d'une constitution nouvelle des Etats en crise (ou sortis de crise) alors que c'est durant cette période que sont posées les bases juridiques fondamentales de la dévolution du pouvoir et de son exercice. Il s'agit, dans la plupart des cas, de recoller les morceaux d'une "société politique en proie à la dissolution interne"<sup>84</sup> en cherchant à préserver son unité future et la paix retrouvée. C'est dans cette optique qu'il y a émission d'un ensemble de principes fondateurs qui se placent comme supérieurs aux autres règles constitutionnelles. Les accords de paix conclus entre les diverses composantes politiques de ces Etats illustrent ce consensus autour des principes faîtières appelés à orienter l'exercice du pouvoir dans ces divers Etats. Ainsi en est-il de l'accord global et inclusif sur La République Démocratique du Congo conclu en 2003, de l'accord d'Accra sur le Libéria conclu en 2003, de l'accord sur le partage du pouvoir au Burundi conclu le 6 août 2004, de l'accord d'Arusha sur le Rwanda conclu en août 1993<sup>85</sup> et

<sup>83</sup> D'ailleurs dans la plupart des Etats en crise, cette formule aboutit à créer un gouvernement de transition par le biais de la conclusion des accords de paix comportant les grands principes de la gestion du pouvoir. (Cf. L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction », op.cit P. 1011; B. M. METOU, « La validité des accords de paix infra-étatiques », *Revue Camerounaise d'Etudes internationales*, 1<sup>er</sup> Semestre 2009, pp. 213-240).

<sup>84</sup>L. SINDJOUN, « Le gouvernement de transition... », op. cit., p. 976.

<sup>85</sup>L'article 3 de l'accord de paix d'Arusha sur le Rwanda dispose explicitement que: " Les deux parties acceptent que la Constitution du 10 juin 1991 et l'Accord de Paix d'Arusha constituent indissolublement la loi fondamentale qui régit le pays durant la période de transition en tenant

<sup>82</sup> M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », op. cit., p. 190.

explicitement intégré au texte constitutionnel, de l'accord de paix de Lomé sur la Sierra Léone conclu le 7 juillet 1999... Dans certains cas, ces accords de paix sont considérés comme des « constitutions ou des « para constitutions », c'est-à-dire des règles et des normes qui, par scrupules démocratiques, ne sont pas présentées comme des constitutions mais qui sont instituées telles qu'elles dans les faits et par la pratique politique parce qu'elles affectent de manière substantielle l'organisation et la répartition des pouvoirs publics»<sup>86</sup>. C'est dire que le conventionnalisme des accords de paix est parfois un constitutionnalisme<sup>87</sup> puisqu'ils établissent des normes et règles d'institutionnalisation, d'organisation et de fonctionnement du pouvoir<sup>88</sup>. Au Soudan par exemple, au détour d'un accord de paix, l'Etat soudanais est devenu un Etat fédéral. Ainsi, en cherchant à normaliser les rapports politiques et sociaux pendant la transition, les accords de paix et autres documents qui posent les règles de gestion du pouvoir posent également les normes fondamentales autour desquelles s'articuleront ou seront bâties les dispositions de la future constitution de l'Etat. C'est le cas en République sud

africaine où la constitution intérimaire de 1993 contient en annexe une liste de trente quatre principes fondateurs de la nouvelle Afrique du sud et dont le respect par les rédacteurs de la constitution a fait l'objet d'une vérification de la part du juge constitutionnel<sup>89</sup>. En effet, en Afrique du Sud, les constituants sud-africains ont décidé de confier explicitement à la Cour constitutionnelle le soin de vérifier le texte constitutionnel final à l'aune de 34 principes constitutionnels adoptés lors des « négociations constitutionnelles multipartis » de 1992-1993, sur lesquels les différents protagonistes de la transition avaient réussi à trouver un accord. C'était la première fois qu'une telle juridiction était conduite à certifier le texte final de la constitution<sup>90</sup>. Ce contrôle, original et exceptionnel, qui singularise la constitution sud africaine dans le paysage constitutionnel africain, a donné lieu à deux décisions. Saisie d'une demande de certification de la constitution, la cour constitutionnelle rendit une première décision le 6 septembre 1996 dans laquelle elle refusait d'homologuer le texte constitutionnel initial par rapport aux 34 principes adoptés initialement. Dès l'introduction de son arrêt, cette cour explique le caractère exceptionnel du travail auquel elle est appelée à se livrer et rappelle qu'elle tient son mandat de la Constitution et du processus constitutionnel lui-même. Elle note qu'elle

---

compte des dispositions suivantes (...) 2. En cas de conflit entre les autres dispositions de la Constitution et celles de l'Accord de Paix, ces dernières prévalent."

<sup>86</sup> Ibid, p. 992-993. Sur la présentation des accords de paix comme constitution matérielle des Etats en crise, cf. le tableau dressé par le Professeur Luc Sindjoun dans son article sur « le gouvernement de transition... » *ibid.*, pp. 993-994. Il y dresse les divers domaines constitutionnels couverts par les accords de paix conclus dans les Etats en crise en Afrique. Les divers acteurs de la crise ou de la situation conflictuelle constituent à cet égard un « pouvoir constituant originaire exceptionnel » (*ibid.*).

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 994.

<sup>88</sup> *Ibid.*

---

<sup>89</sup> Cf. Décision de « certification » de la constitution sud-africaine du 4 décembre 1995.

<sup>90</sup> En effet, l'article 71(2) de la Constitution intérimaire disposait que : « le nouveau texte constitutionnel adopté par l'Assemblée constituante ou toute disposition qui en découle sont dépourvus d'opposabilité et d'effet tant que la Cour constitutionnelle n'a pas certifié que toutes les dispositions de ce texte sont conformes aux principes constitutionnels mentionnés dans le sous-paragraphe (1) (a) ».

ne peut se substituer au constituant et que sa mission se limite à vérifier la concordance entre les principes constitutionnels et le texte voté. La Cour commence par examiner l'ensemble du processus d'adoption et son résultat pour reconnaître sa compatibilité générale avec les exigences que s'étaient fixés les constituants initiaux. En revanche, elle va estimer que certains aspects du texte ne respectent pas les conditions formulées dans les « principes constitutionnels ». Elle refuse donc de certifier le texte constitutionnel en l'état, mais estime que la correction de ces incompatibilités permettra au texte de satisfaire aux exigences des principes constitutionnels<sup>91</sup>. Ce faisant, la Cour opère un contrôle de conformité de certaines normes constitutionnelles aux principes eux-mêmes constitutionnels. " Ce contrôle n'est pas un contrôle de supra-constitutionnalité au sens propre du terme mais plutôt un contrôle de régularité d'un « processus constituant complexe », c'est-à-dire réalisé

<sup>91</sup> La Cour avance trois grands motifs pour refuser la certification de la constitution. D'abord, elle estime que certains droits fondamentaux, dont la protection devait être clairement précisée au regard de la formulation de certains principes constitutionnels, ne sont pas suffisamment garantis. Ensuite, la Cour considère que les autorités constitutionnelles indépendantes – et notamment deux d'entre elles – l'équivalent de l'ombudsman (public protector) – et l'auditeur général des comptes – ne bénéficiaient pas d'une indépendance et d'une garantie d'inamovibilité suffisante pour exercer leur mission. Enfin, la Cour considéra que la répartition des compétences entre le pouvoir central et les autorités provinciales n'était pas suffisamment équilibrée et précisée au regard des principes constitutionnels et cela au détriment des Provinces. L'ensemble de ces éléments conduit la Cour à refuser la certification du texte initial. (CCT 37/96 du 4 décembre 1996 Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa, 1996 [1996] ZACC 24 ; 1997 (2) SA 97 (CC) ; 1997 (1) BCLR 1 (CC) ; disponible à l'adresse : <http://www.constitutionalcourt.org.za>, consulté en juillet 2018).

en plusieurs phases successives. Il s'agit en effet davantage d'un « contrôle horizontal », consistant à mesurer la permanence du degré de protection des normes issues de la volonté des constituants dans l'élaboration d'un processus étalé dans le temps, que d'un « contrôle hiérarchique vertical » découlant de l'imposition d'une norme supérieure que le juge aurait lui-même déterminée. Ce processus ne s'est d'ailleurs pas développé spontanément. Au contraire, il résulte d'une volonté du constituant habilitant le juge constitutionnel et lui confiant le soin de vérifier ce que l'on pourrait appeler le respect d'un « pacte de fidélité aux intentions originales ».<sup>92</sup>

De même, les divers principes adoptés par les parties signataires de l'accord d'Arusha conclu après d'après négociations sur la paix et qui mettait fin à la crise rwandaise ont été intégrés dans la constitution rwandaise du 26 mai 1995<sup>93</sup>. N'ayant pas acquis cette capacité juridique et cette compétence dans tous les pays dans lesquels elle s'est tenue, la conférence nationale a érigé plusieurs principes devant servir de guide aux rédacteurs de la future

<sup>92</sup>X. PHILIPPE, « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n° 27, disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-des-lois-constitutionnelles-en-afrique-du-sud.51427.html>

<sup>93</sup>L'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale de la République rwandaise du 1er juin 1995 dispose en effet que : « la loi fondamentale de la République rwandaise est constituée indissolublement par la constitution du 10 juin 1991, l'accord de paix d'Arusha, la déclaration du FPR du 17 juillet 1994 relative à la mise en place des institutions et le protocole d'accord entre les forces politiques FPR, MDR, PDC, PDI, PL, PSD, PSR et UDPR sur la mise en place des institutions nationales signé le 24 novembre 1994 ».

constitution<sup>94</sup>. Ces principes ont généralement trait à la forme du gouvernement et/ou de l'Etat, la nature du régime politique, les droits fondamentaux, etc.

Au regard de ces diverses situations, la thèse de l'indépendance juridique absolue de l'organe chargé d'élaborer une constitution nouvelle pour l'Etat n'est plus de mise. La rédaction de la future constitution obéit donc à ces principes issus d'un consensus entre les différentes composantes du corps social. L'on retrouve ces principes dans les règles générales de « révision » relatives à la modification de la constitution et qui interdisent explicitement la révision de telle ou telle autre disposition de la constitution. C'est ce que le Doyen Favoreu appelle « l'ordre constitutionnel fondamental »<sup>95</sup>, c'est-à-dire l'ensemble des normes les plus difficiles à modifier, par opposition au « droit constitutionnel formel » simple<sup>96</sup>. L'hypothèse est simple ici : lorsque le pouvoir constituant originaire établit une constitution là où il n'y en avait pas auparavant ou en rupture par rapport à une constitution précédente, il met en place ou adopte un ensemble de dispositions fondamentales pour l'Etat ainsi créé et dont la violation entraînerait une sanction sans laquelle on assisterait à la naissance d'un nouvel ordre juridique. Autrement dit, c'est la modification de ces principes qui entraîne habituellement la rupture d'un ordre constitutionnel et la

naissance d'un nouvel ordre dans un Etat. De là naît l'idée qu'il subsiste des normes de base auxquelles le pouvoir de révision demeure attaché, jusqu'à l'avènement d'une nouvelle idéologie commandant l'adoption de nouveaux principes. C'est dire que l'on n'a pas besoin de la révision de la totalité ou de la majorité des dispositions constitutionnelles pour parler de la mise sur pied d'une nouvelle constitution dans un Etat, la modification de ces normes et principes fondamentaux étant suffisante pour parler de l'adoption d'une nouvelle constitution<sup>97</sup>. En effet, l'institution d'une procédure complexe de révision de la constitution ne devrait pas empêcher un contrôle sur le fond car la procédure peut être parfaitement respectée au cours de la révision alors même que les dispositions de la loi portant révision constitutionnelle violent substantiellement ces principes constitutionnellement fondamentaux posés par le constituant originaire<sup>98</sup>. Il s'agit pour l'essentiel des principes constitutionnels dont la violation constitue une atteinte au statut même de l'Etat en question. Des auteurs ont eu à affirmer que qu'« aucune révision intervenue depuis le déclenchement du processus démocratique n'a complètement

<sup>94</sup> Pour plus de précisions, lire S. Bolle, "Des constitutions "made in" Afrique", téléchargeable à l'adresse

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf>.

<sup>95</sup> L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 104.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> C'est dire qu'« une révision peut être totale sans qu'il y ait substitution de texte » (L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 109).

<sup>98</sup> -Certes par exemple comme il a été soutenu par certains auteurs, rien n'interdit la révision de tels principes, mais si tel est le cas, cela nécessiterait encore l'intervention du constituant originaire. Ainsi par exemple, un régime démocratique tomberait facilement dans l'autoritarisme si par une procédure de révision de la constitution, il y a adoption par le pouvoir constituant dérivé de dispositions qui violent même subtilement le principe démocratique.

bouleversé l'équilibre constitutionnel initial.»<sup>99</sup>

Il faut donc bien admettre que dans un texte juridique, certaines normes priment sur d'autres du fait de leur caractère fondamental pour la survie du système institué. Au cours du processus de reconstitutionnalisation, certains principes fondamentaux peuvent être consacrés explicitement dans la nouvelle constitution.

### 3- La reconstitutionnalisation

La "reconstitutionnalisation" est le « processus d'édiction d'une nouvelle constitution »<sup>100</sup>. Les manuels de droit constitutionnel renseignent à suffisance sur les procédés d'établissement des constitutions<sup>101</sup>. De nos jours, c'est à travers les formes démocratiques que sont élaborées les constitutions. La démocratie directe étant rendue impossible pour des difficultés techniques, c'est par le biais des assemblées constituantes<sup>102</sup> et référendum

constituants que sont élaborées les constitutions. Il existe deux types d'assemblées constituantes dont l'assemblée constituante de type américain, qui est une assemblée ad hoc disparaissant après l'élaboration de la constitution et l'assemblée constituante de type français qui est à double vocation de préparer la constitution et d'assurer le travail législatif habituel<sup>103</sup>. Le cumul de fonction par cette assemblée en France est à l'origine des diverses confusions et des controverses qui ont eu lieu sur les limites du pouvoir de révision constitutionnelle car en fait, c'est dans l'étendue de leur mission respective que s'établit la différence entre une assemblée constituante et une assemblée législative ordinaire. Comme le remarquait Carré de Malberg : « le corps législatif ordinaire n'a reçu de ses électeurs qu'un simple mandat de législation : il n'a point de délégation d'ordre constituant. Le peuple en nommant ses députés, ne leur a conféré que sa puissance législative, il a gardé par devers lui son pouvoir constituant.»<sup>104</sup> Dans les Etats africains, ce sont des assemblées constituantes de type américain qui ont été mises en place dans les Etats d'obédience anglo-saxonne pour élaborer la constitution<sup>105</sup>. En Afrique du Sud où il a été institué une assemblée constituante, la constitution élaborée a été soumise à la certification du juge constitutionnel plus tard. Ce juge devait en effet vérifier la conformité de l'ensemble du texte constitutionnel à une liste de

<sup>99</sup>A. CABANIS et M.L. MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone, Evolutions récentes*, Paris Khartala, 1999, pp. 13 -14,

<sup>100</sup> M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire du droit », op. cit., p. 186.

<sup>101</sup>L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 109; Ph. Ardent, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1990, p. 69, etc.

<sup>102</sup>L'assemblée constituante est issue du principe de la souveraineté nationale et mise en œuvre dans le cadre de la démocratie représentative. Encore appelée « convention », l'assemblée constituante est spécialement élue pour élaborer une constitution. (Cf. Ph. Ardent, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1990, p. 69). « Dans la langue constitutionnelle des Etats-Unis, une "convention" est une assemblée spécialement élue par le peuple pour exercer le pouvoir constituant. La plupart des constitutions particulières que les colonies révolutionnaires se donnèrent à partir de 1776 furent rédigées par des conventions. La constitution fédérale de 1787 fut l'œuvre de la convention de Philadelphie » (J.

LAFFERIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat- Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1947, p. 277)

<sup>103</sup> P. PACTET, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, op. cit., p. 70, J. GICQUEL, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 198.

<sup>104</sup> R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie...*, op. cit., p. 536.

<sup>105</sup> Ce fut le cas en République sud-africaine, au Ghana, etc.

principes annexés à la constitution. Dans les Etats d'obédience francophone, il a été institué des conseils ou commissions chargés de préparer un projet de constitution qui plus tard était soumis à la ratification du peuple par voie de référendum. Tandis que les représentants dans l'assemblée constituante « ...statuent à la place du peuple comme il l'aurait voulu lui-même »<sup>106</sup>, les membres des commissions chargées de rédiger des projets de constitution sont désignés ou nommés par les auteurs de la révolution et sont tenus par un certain nombre d'obligations dont le non respect est sanctionné plus tard par un référendum constituant<sup>107</sup>. On retrouve ainsi dans l'œuvre des assemblées constituantes plusieurs catégories de normes.

## II- La classification des normes constitutionnelles

En matière de classification, on s'interroge habituellement sur le critère de classification. Il s'agit ici d'une sorte de catégorisation fondée sur l'autorité de la norme. Il y a donc une admission sous-jacente que, « toutes les prescriptions juridiques ne peuvent pas avoir la même

force obligatoire »<sup>108</sup>. La recherche des critères de classification opérationnels (B) oblige d'abord à constater la non-pertinence des critères classiques de classification des normes (A). Il en découle une certaine garantie de la supériorité de certaines normes constitutionnelles fondamentales par le juge constitutionnel (C).

### A- La non pertinence des critères classiques de la hiérarchie des normes

L'admission de la hiérarchie des normes constitutionnelles impose le détachement des dispositions particulières de la constitution et la consécration des principes fixant le seuil d'une révision totale de la constitution. Il est possible de faire apparaître diverses sortes de « supériorité » ou de « prééminence » de certaines normes constitutionnelles sur d'autres. Cette conception dévoile alors l'insuffisance des critères classiques de hiérarchie des normes proposés par la doctrine. De ce fait divers critères ont été avancés pour hiérarchiser les normes, tous étant non pertinents pour la présente étude.

#### a- Le critère proposé par H. Kelsen

Depuis la "Théorie pure du droit" élaborée par Kelsen, des constructions d'une hiérarchie des normes ont été érigées à partir des catégories de normes appartenant à des textes différents. Pour Kelsen en effet,

« une pluralité de normes constitue une unité, un système ou un ordre, quand leur validité repose en dernière analyse sur une norme unique. Cette norme fondamentale (*Grundnorm*) est

<sup>106</sup> Cf. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, op. cit., p. 213.

<sup>107</sup> -C'est pourquoi pour certains auteurs, le référendum constituant (c'est-à-dire le procédé par lequel un projet de constitution est soumis au vote du peuple pour être ratifié) est le procédé le plus démocratique d'établissement des constitutions. (Cf. Ph. ARDENT, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, op. cit. p. 71 ; G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 115. Pour G. Burdeau, dans le procédé d'assemblée constituante, il s'agit de la souveraineté nominale, tandis qu'il s'agit de la souveraineté réelle dans celui du référendum constituant. (in *Traité de Science politique*, op. cit., p. 213).

<sup>108</sup> J-L Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, P. 173.

la source commune de la validité de toutes les normes appartenant au même ordre et elle en constitue l'unité. L'appartenance d'une norme à un ordre déterminé résulte uniquement de la possibilité de faire dépendre sa validité de la norme fondamentale qui est à la base de cet ordre »<sup>109</sup>.

Kelsen et une majeure partie de la doctrine conçoivent ainsi une hiérarchie à partir de l'ordre juridique et non à partir d'un texte juridique unique. Pour le maître de l'école de Vienne, « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »<sup>110</sup>. La hiérarchie dont parle Kelsen se présente également dans ce qu'il appelle « le système de normes statiques » en l'occurrence la morale<sup>111</sup>. Dans le « système des normes statiques », la validité des normes résulte de leur contenu, la conduite prescrite par chacune d'elles ayant une qualité immédiatement évidente, celle de pouvoir être rattachée à la norme fondamentale comme un concept particulier est subsumé sous un concept générique<sup>112</sup>. Comme l'explique justement Kelsen, « une norme juridique au contraire d'une norme morale, n'est pas valable simplement parce qu'elle a un certain contenu mais uniquement parce qu'elle a été créée conformément aux prescriptions d'une norme juridique supérieure »<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 113.

<sup>110</sup> Ibid, p. 299.

<sup>111</sup> Ibid, p. 258.

<sup>112</sup> Ibid. Les normes morales formeraient en quelque sorte un ordre hiérarchique axiomatique : chacune de ces normes tirerait sa validité de la conformité de son contenu à une norme morale fondamentale dans laquelle seraient contenues en quelque sorte toutes les autres « à la manière dont le particulier est tenu dans le général » (Ibid)

<sup>113</sup> Ibid.

Cette hiérarchie des normes juridiques s'inscrit dans ce qu'il dénomme « le système dynamique des normes »<sup>114</sup>. Pour autant, Kelsen reconnaît que la norme supérieure peut contenir des dispositions relatives à la fois à la procédure d'édiction de la norme inférieure et au contenu de celle-ci<sup>115</sup>. C'est pourquoi Paul Amselek estime que « ...ce que Kelsen nous présente, à propos des ordres juridiques, comme hiérarchie « dynamique » de normes n'est pas, à proprement parler, une hiérarchie de normes »<sup>116</sup>, car « ...la relation hiérarchique décrite est une relation de norme juridique à acte juridique, à acte d'édiction d'une norme : ce n'est pas une relation de normes à norme »<sup>117</sup>. Ce faisant, la conception d'une hiérarchie des normes appartenant à un même texte est difficilement concevable, tant a été admise l'idée d'une identification d'une norme par sa seule appartenance à un acte juridique formel et de par cette appartenance, sa situation dans la hiérarchie des normes juridiques.

## b- Les autres critères

Plusieurs autres critères de classification normative ont été avancés. Mais tous demeurent non pertinents dans le cadre de la présente analyse :

- Le critère matériel de la hiérarchie des normes. C'est un principe soutenu par L. Duguit qui prône l'idée suivant laquelle les normes à contenu général sont supérieures et doivent être préférées en cas d'antinomies aux normes à contenu particulier ou individuel. Ce critère n'est

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid, p. 310.

<sup>116</sup>P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », Op. cit., p. 988

<sup>117</sup> -Ibid, p. 989.

pas applicable à une hiérarchie entre les normes constitutionnelles car la quasi-totalité des normes constitutionnelles ont un contenu général.

-Le critère formel de la hiérarchie des normes : Selon ce critère, l'autorité des normes augmenterait à mesure que le formalisme de leur édicition s'accroît car,

« à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des normes, la procédure d'adoption et de modification des actes normateurs devient plus lourde, c'est-à-dire requiert des formalités plus contraignantes et des consentements plus difficiles à obtenir. La stabilité des règles est donc proportionnelle à leur rang dans la hiérarchie »<sup>118</sup>.

De ce critère il est possible d'établir une hiérarchie entre les différentes catégories de normes édictées par la même autorité. Ainsi, l'on établit une prévalence des lois organiques sur les lois ordinaires. Bien que ce critère admette une hiérarchie entre diverses catégories de normes édictées par une même autorité, le formalisme du mode d'édiction sur lequel il se fonde ne permet nullement de le retenir comme critère d'établissement d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. En effet, les procédures d'édiction des normes sont fixées par les textes et leur non respect entraîne la non validité de l'acte prononcée par l'autorité de contrôle.

-Le critère organique de la hiérarchie des normes : ce critère soutenu avec succès par R. Carré de Malberg défend l'idée selon laquelle la hiérarchie des normes juridiques tient aux organes eux-mêmes dont elles émanent respectivement. Ce faisant, il s'oppose à H. Kelsen pour affirmer que, « les défauts de la *Stufentheorie*, ou plutôt

les excès qui la rendent critiquable, proviennent de ce qu'elle raisonne purement sur les règles, sans prendre en considération préalable les organes ou les autorités de qui les règles émanent »<sup>119</sup>. Pour cet auteur, le rang de la règle ne dépend pas de sa « nature intrinsèque », la qualité de sa « force » se trouverait plus exactement dans le « degré de puissance des organes ou autorités par qui la règle a été édictée, la fonction exercée ou l'acte accompli »<sup>120</sup>. De cette idée découlerait alors celle suivant laquelle une hiérarchie des normes constitutionnelles serait instituée entre celles adoptées par le pouvoir constituant originaire ou par référendum (le peuple étant le détenteur de la souveraineté nationale), qui auraient alors une prévalence sur celles adoptées par le pouvoir constituant dérivé. Cette conception, bien que séduisante recèle tout de même des insuffisances car il est difficile de nos jours, au regard des inflations révisionnistes en cours dans divers Etats, de distinguer dans chaque constitution les normes directement adoptées par le pouvoir constituant originaire de celles adoptées par le pouvoir constituant dérivé. Critiquant cette théorie, Paul Amselek affirme que « la hiérarchie des normes découle non pas de la qualité des autorités en cause, mais de la nature de leurs compétences »<sup>121</sup>, se référant justement à l'idée de « qualité de puissance » des organes dont parle Carré de Malberg<sup>122</sup>. Cette théorie permet

<sup>119</sup>R. CARRE de MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 165.

<sup>120</sup> Ibid, p. 27.

<sup>121</sup> P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », Op. cit., p. 1005

<sup>122</sup> En effet, « ...à l'organisation hiérarchique des autorités correspond d'une manière générale une

<sup>118</sup> P. WACHMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 2005, p. 77.

d'établir précisément une hiérarchie des compétences des pouvoirs publics et non une hiérarchie des normes elles-mêmes<sup>123</sup>. Au regard du rejet de tous ces critères, l'on retient comme critère de supériorité d'une norme constitutionnelle sur l'autre l'irrévisibilité.

## **B- A la recherche des critères de classification opérationnels**

Après avoir constaté le caractère inopérant des critères de classification existant, il est utile de proposer ceux qui peuvent être estimés comme pertinents dans le cadre de la présente réflexion. Ces critères tiennent au caractère non -révisable de certaines normes et à la pérennité de certaines normes constitutionnelles.

### **1. Le critère de « l'irrévisibilité »**

Le principal critère de classification des normes constitutionnelles tient au caractère révisable ou non d'une disposition constitutionnelle. Le caractère non révisable fait de la norme envisagée une norme fondamentale et il en existe

---

chaîne, ou un réseau de compétences elles-mêmes hiérarchisées, allant des compétences d'édiction des normes principales les plus générales vers les compétences d'édiction de mesure secondaires d'application de plus en plus encadrées » (Ibid, p. 1005).

<sup>123</sup> Cherchant à pallier à cette insuffisance, le professeur De Bechillon démontre que la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne français ne serait pas liée à une hiérarchie des organes, mais plus exactement à une hiérarchie des missions ou fonctions qu'ils exercent en édictant des normes. Ainsi distingue-t-il essentiellement cinq « fonctions normatives » qu'il hiérarchise. (Cf. D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996). Mais cette idée est tout aussi limitée car l'auteur ne tient pas compte des glissements occasionnels ou permanents de fonctions que font les divers organes au cours de leurs missions.

plusieurs dans les constitutions des Etats africains depuis les années 1990. Il constitue d'ailleurs une limite matérielle au pouvoir de révision.

### **a- La consécration explicite du caractère non révisable de certaines normes**

L'analyse systématique des diverses dispositions des constitutions des Etats africains, élaborées au cours des années 1990 révèle une hiérarchie matérielle des normes constitutionnelles, impliquant dès lors une distinction entre les normes fondamentales, protégées par des clauses d'intangibilité et les normes simples non protégées. Certains Etats, même occidentaux, ont adopté explicitement un système de différenciation hiérarchique et du contrôle de constitutionnalité des lois de révision<sup>124</sup>. Le caractère fondamental d'une norme peut s'exprimer par sa forme prohibitive avec une interdiction claire de déroger lors de la révision à travers des « clauses dite

---

<sup>124</sup> L'article 110 (1) de la constitution hellénique dispose explicitement que : « les dispositions de la constitution peuvent faire l'objet d'une révision à l'exception de celles qui déterminent la base et la forme du gouvernement en tant que République parlementaire et des dispositions figurant aux articles 2 (§1), 4 (§7), 5 (§1 let 3), 13 (§1) et 26 ». Il en est de même des constitutions espagnole, portugaise, Suisse... L'article 288 de la constitution portugaise contient une longue liste de limites matérielles au pouvoir de révision comprenant entre autre: l'interdiction de réviser le principe d'indépendance et d'unité de l'État, la forme républicaine du gouvernement, la séparation entre Église et État, les droits et les libertés fondamentaux, le suffrage universel, le pluralisme politique et social, les garanties fondamentales des citoyens, la séparation des pouvoirs, le droit d'opposition démocratique, les droits des salariés, l'indépendance de la magistrature, l'autonomie locale, le principe de l'économie mixte avec programmation publique, l'indépendance des archipel des Açores et Madeira.

d'éternité». Ce sont en fait des règles qui contribuent à rigidifier une constitution, bien que la malléabilité de cet acte soit quasi- universellement admise de nos jours. Elles permettent ainsi la survie de la constitution originale au fil des ans en dépit des diverses révisions constitutionnelles. On pourrait en déduire qu'il s'agit des règles dont la modification appartient au seul le pouvoir constituant original. L'existence de principes et normes constitutionnels suprêmes assurent ainsi la survie de la première constitution, c'est- à dire celle issue de la dernière révolution juridique<sup>125</sup>. On constate un encadrement juridique du pouvoir de révision et l'existence de limites matérielles à ce pouvoir.

#### **b- L'encadrement juridique du pouvoir de révision**

Le pouvoir de révision ou pouvoir constituant dérivé tire son origine de la constitution originale. En dépit de la conception de la doctrine aujourd'hui majoritaire en occident<sup>126</sup>, c'est un pouvoir qui demeure juridiquement conditionné et

limité à la fois sur le plan procédural et sur le plan substantiel<sup>127</sup>. L'encrage de la doctrine sur les seules limites formelles au pouvoir de révision entraîne une possibilité légale d'abroger la constitution en vigueur et pas seulement de la modifier pour l'adapter aux circonstances nouvelles car comme le dit Carl Schmitt, « quand une constitution prévoit la possibilité de révision constitutionnelle, elle ne veut pas, par là, fournir une méthode légale à l'abolition de sa propre légalité, et encore moins, le moyen légitime de destruction de sa propre légitimité »<sup>128</sup>. Dans la plupart des Etats, les limitations du pouvoir de révision sont d'ordre procédural et ne concerne généralement que l'adoption des lois de révisions constitutionnelles. Comme le relevait justement le Doyen G. Vedel : « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir initial : la constitution lui donne sa procédure..., elle ne borne point son étendue »<sup>129</sup>. Les formalités procédurales apparaissent de prime abord comme les seules barrières à l'initiative révisionniste très facile, mais elles ne peuvent nullement garantir le caractère supérieur (suprême) de certaines normes puisqu'elles offrent au pouvoir de révision la possibilité de tout réviser à condition de suivre la procédure prescrite. Or le pouvoir de révision doit observer des limites fixées par le constituant original pour que son œuvre soit à son tour valide. En effet, comme son

<sup>125</sup> En effet on peut dire avec le Doyen Favoreu et al. qu' « il y a révision aussi longtemps qu'il est possible de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'une ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur » (L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 94 ).

<sup>126</sup> En effet, pour la doctrine dominante positiviste, le pouvoir de révision ne connaît que des limites formelles, relatives à la procédure et à la compétence des autorités incarnant ledit pouvoir. De façon quasi- unanime, cette doctrine nie l'existence des limites matérielles au pouvoir de révision. (Cf. BARTELEMY et DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., rééd., Economica, 1985, p. 236) Jean- François Aubert avoue « ne pas voir comment on peut tirer de la constitution des limites matérielles à sa ré visibilité » (J-F AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, t. I, p. 132).

<sup>127</sup> En France par exemple, la professeur Rigaux s'est étonné de ce que l'article 89 n'a pas aiguisé l'intérêt des constitutionnalistes français. (F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice du pouvoir constituant*, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 66.)

<sup>128</sup> C. SCHMIDT, « Legalität und Legitimität », cité par O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 342

<sup>129</sup> G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 179.

nom l'indique, le pouvoir de révision est certes souverain, mais il ne peut tout faire car il ne détient en principe qu'un pouvoir de représentation et ne peut agir au nom du représenté qu'aussi longtemps que la question sur laquelle il doit se prononcer ne nécessite pas l'intervention immédiate de ce dernier<sup>130</sup>.

De nombreux facteurs (exigence de la démocratie, respect des critères de l'état de droit) ont entraîné l'adaptation du constitutionnalisme à la modernité à travers l'abandon de l'idée de la souveraineté de la loi et donc de l'idée d'un « pouvoir constituant » intouchable. Seulement, si cet abandon a entraîné à son tour la prévision des opérations de révisions constitutionnelles, le constituant originaire a pris soin de protéger certaines normes constitutionnelles fondamentales par des interdictions de réviser. En effet, il existe dans des constitutions contemporaines des limites matérielles à la révision, des normes non révisables.

### **c- L'existence des limites matérielles au pouvoir de révision**

C'est l'allemand Carl Schmitt qui a systématisé la thèse de la limitation matérielle de la révision<sup>131</sup>. L'idée de base

<sup>130</sup> Le tribunal constitutionnel de Bannière dans un arrêt de 1950 avait ainsi considéré qu'il y a « des dispositions constitutionnelles qui expriment de façon...si intense un droit préexistant à la constitution qu'elles lient le législateur constituant lui-même et entraînent la nullité d'autres dispositions constitutionnelles qui ne sont pas du même degré hiérarchique et qui leur sont contraires» (G.H. Bay, 24 avril 1950.) Dans le même ordre d'idées, le tribunal constitutionnel allemand a contesté la possibilité pour les constituants de tout régler selon leur bon vouloir et de s'écarter du « droit superpositif ».

<sup>131</sup> Cf. son ouvrage de référence en la matière : *Théorie de la constitution*, chap. XI.

est partie de la conception suivant laquelle une constitution ne peut porter en elle-même les germes de sa propre destruction, mais plutôt ceux de sa survie<sup>132</sup>. Même s'il est vrai qu'une révision en deux temps pourrait faire sauter le verrou de cette limitation, il est difficile d'imaginer également la double révision en l'état actuel des choses<sup>133</sup>. Selon Esmein, « lorsqu'un peuple a choisi mûrement une forme d'Etat déterminée, il est contradictoire d'inscrire dans sa constitution la permission de demander à tout moment qu'on change cette forme »<sup>134</sup>. A l'analyse, le champ couvert par les normes non révisables porte essentiellement sur cinq domaines : la nature politique du régime, les structures politiques de l'Etat, le fondement idéologique de l'Etat, la protection des droits de l'homme, l'intégrité territoriale et l'unité de l'Etat.

<sup>132</sup> Une bonne introduction à cette question est fournie par M-F RIGAUX dans son ouvrage *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985

<sup>133</sup> Certains auteurs prétendent qu'il n'existe pas de limites au pouvoir de révision en ce sens que ce pouvoir réviserait d'abord les dispositions relatives à l'interdiction de réviser avant de procéder à la révision de ces dispositions par la suite. A la réflexion, il est difficilement imaginable que le pouvoir constituant dérivé se permette ainsi de faire sauter le verrou de sa propre limitation, pour s'octroyer le pouvoir de tout faire. Ce serait assimilable à une "fraude à la constitution". ( Cf. G. LIET-VEAUX, La « fraude à la constitution » : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes, in *Revue du droit public*, 1943, pp. 116 et suiv. ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 80 et suiv. )

Si ce pouvoir s'arrogeait une tel pouvoir, ce serait tailler la branche sur laquelle il est assis lui-même et cela ouvrirait la voie à des contestations dans le pays qui procéderait ainsi.

<sup>134</sup> ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1914, p. 1073.

Ainsi, l'article 64 de la constitution camerounaise dispose que : " Aucune procédure de révision ne peut être connue si elle porte atteinte à la forme républicaine, à l'unité et à l'intégrité territoriale de l'Etat et aux principes démocratiques qui régissent la République. »<sup>135</sup> Selon l'article 156 de la constitution béninoise, « La forme républicaine et la laïcité de l'État ne peuvent faire l'objet d'une révision. »<sup>136</sup> Il en est de même de l'article 240 de la constitution de la République du Congo. Dans la même lancée, l'article 224 de la constitution tchadienne de 2018 dispose que:

« Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'elle porte atteinte : à l'intégrité du territoire, à l'indépendance ou à l'unité nationale ; à la forme républicaine de l'Etat, au principe de la séparation des pouvoirs et à la laïcité ; aux libertés et droits fondamentaux du citoyen ; au pluralisme politique. ».

<sup>135</sup> Il ne s'agit pas d'une exclusivité africaine. Ainsi par exemple, l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (Grundgesetz) du 23 mai 1949 déclare non révisable le principe démocratique, le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et les principes énoncés aux articles 1 et 20 de la même loi. De même, l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française de 1958 et l'article 139 de la Constitution italienne de 1947 disposent que "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision". Quant à l'article 290 de la Constitution portugaise de 1876, il ne contient pas moins de 15 principes matériels que toute révision de la Constitution doit respecter. La même interdiction figure aussi dans la Constitution turque (art.4). Dans un sens inverse, certaines constitutions monarchiques déclarent intangibles la *forme monarchique de l'Etat*. Ainsi au Maroc (art.101) et au Koweït (art.175) ce sont les dispositions constitutionnelles relatives au régime monarchique qui ne peuvent faire l'objet d'une révision.

<sup>136</sup> Ainsi, si au Bénin, on a noté la création par décret n° 2008/ 052 du 18 février 2008 du Président Y. Boni d'une commission constitutionnelle, cette commission devait respecter la forme républicaine et la laïcité de l'Etat dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

De même l'article 118 de la constitution malienne dispose que « La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet de révision. » Par ailleurs, l'article 154 de la constitution guinéenne dispose très explicitement que : « La forme républicaine de l'Etat, le principe de la laïcité, le principe de l'unicité de l'État, le principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs, le pluralisme politique et syndical, le nombre et la durée des mandats du Président de la République ne peuvent faire l'objet d'une révision. » L'article 88 de la constitution djiboutienne va dans le même sens en disposant que: « Aucune procédure de révision ne peut être engagée si elle met en cause l'existence de l'État ou porte atteinte à l'intégrité du territoire à la forme républicaine du Gouvernement ou au caractère pluraliste de la démocratie djiboutienne. » La constitution angolaise va plus loin et contient un article 236 qui porte exclusivement sur une liste de limites matérielles au pouvoir de révision<sup>137</sup>. De même, l'article 178 de la constitution algérienne énumère une liste de matière limitant le pouvoir de révision du pouvoir constituant dérivé. Ainsi, Toute révision constitutionnelle ne peut porter atteinte :

«1 - au caractère républicain de l'Etat ; 2 - à l'ordre démocratique, basé sur le multipartisme; 3

<sup>137</sup> Cet article dispose que " *Alterations to the Constitution must respect: The dignity of the human person; National independence, territorial integrity and unity; The republican nature of the government; The unitary nature of the state; Essential core rights, freedoms and guarantees; The state based on the rule of law and pluralist democracy; The secular nature of the state and the principle of the separation of church and state; Universal, direct, secret and periodic suffrage in the election of officeholders to sovereign and local authority bodies; The independence of the courts; The separation and interdependence of the bodies that exercise sovereign power; Local autonomy.*"

- à l'Islam, en tant que religion de l'Etat; 4 - à l'Arabe, comme langue nationale et officielle; 5 - aux libertés fondamentales, aux droits de l'homme et du citoyen; 6 - à l'intégrité et à l'unité du territoire national. 7 - à l'emblème national et à l'hymne national en tant que symboles de la Révolution et de la République ».

De manière plus explicite que les autres constitutions, la constitution nigérienne dispose en son article 136 que : « La forme républicaine de l'État, le multipartisme, le principe de la séparation de l'État et de la religion et les dispositions des articles 36 et 141 de la présente Constitution ne peuvent faire l'objet d'aucune révision. » L'article 36 dont il s'agit porte sur le président de la République et le nombre de mandats présidentiels et l'article 141 est relatif à l'amnistie générale accordée aux auteurs des coups d'état des 27 janvier 1996 et 9 avril 1999. En outre, l'article 175 de la constitution marocaine dispose que : « Aucune révision ne peut porter sur les dispositions relatives à la religion musulmane, sur la forme monarchique de l'État, sur le choix démocratique de la nation ou sur les acquis en matière de libertés et de droits fondamentaux inscrits dans la présente Constitution. » La constitution ivoirienne telle qu'adoptée en 2016 contient tout un chapitre sur les limites au pouvoir de révision et l'article 178 indique précisément que : « La forme républicaine du Gouvernement et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision. » Selon le doyen Hauriou,

« il faut bien conclure logiquement (...) qu'une révision de la constitution modifiant la forme républicaine du gouvernement serait inconstitutionnelle. En France, il existe de nombreux principes fondamentaux susceptibles de constituer une légitimité constitutionnelle placée au-dessus de la constitution écrite et a fortiori au-dessus des lois ordinaires. Sans parler de la forme républicaine du gouvernement pour laquelle il y a

un texte, il est beaucoup d'autres principes pour lesquels il n'est pas besoin de texte, car le propre des principes est d'exister et de valoir sans textes »<sup>138</sup>.

Bien plus, l'article 178 de la constitution algérienne précise que :

« Toute révision constitutionnelle ne peut porter atteinte : 1 - au caractère républicain de l'Etat; 2 - à l'ordre démocratique, basé sur le multipartisme : 3 - à l'Islam, en tant que religion de l'Etat; 4 - à l'Arabe, comme langue nationale et officielle; 5 - aux libertés fondamentales, aux droits de l'homme et du citoyen; 6 - à l'intégrité et à l'unité du territoire national; 7 - à l'emblème national et à l'hymne national en tant que symboles de la Révolution et de la République. »

On retrouve des dispositions similaires dans la quasi-totalité des constitutions africaines. Il s'agit ainsi des dispositions qui limitent matériellement l'étendue du pouvoir du constituant dérivé. Comme le relève Xavier Magnon,

« De telles interdictions établissent selon nous une différenciation hiérarchique implicite du droit constitutionnel formel. D'un côté, il existe une différenciation hiérarchique, car il ne saurait être valablement adopté par la voie de la procédure de révision constitutionnelle fixée par la Constitution de lois constitutionnelles modifiant la forme républicaine. »<sup>139</sup>

S'il a le pouvoir de procéder à la révision de la constitution, il ne peut tout réviser. Comme l'indique F. Hourquebie en s'appuyant sur la décision du conseil constitutionnel français du 2 septembre 1992, les limites formelles, renvoient à l'idée d'une simple limitation ; les limites de fond, matérielles, « se rapprochent des

<sup>138</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1<sup>ère</sup> éd., p. 297.

<sup>139</sup> X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », *RFDC*, 2004/3, n° 59, PP. 595-617, p. 605.

interdictions absolues de réviser »<sup>140</sup>. Il s'agit ici des limites de fond et donc des limites matérielles. La cour constitutionnelle allemande déclarait à cet égard que :

« Il y a des principes constitutionnels qui sont tellement fondamentaux et sont tellement l'expression d'un droit préexistant à la Constitution qu'ils lient le constituant lui-même et que les autres dispositions constitutionnelles auxquelles ce rang ne revient pas peuvent être nulles parce qu'elles lui portent atteinte »<sup>141</sup>

Ce faisant, ces normes se placent au-dessus des autres par leur caractère non révisable. Il s'agit donc des bornes matérielles posées par le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé. A travers ces dispositions, « Le constituant formalise le seuil au-delà duquel son œuvre s'éteindra, il explicite d'un point de vue matériel la frontière entre une révision constitutionnelle et une révolution juridique. »<sup>142</sup> Au-delà de l'irrévisabilité, l'autre critère de classification proposé est celui de la pérennité de certaines dispositions.

## 2. Le critère de la pérennité

La survivance de certaines normes constitutionnelles au-delà des révisions constitutionnelles confère aux dites normes une certaine suprématie sur d'autres normes. Il en est ainsi des normes qui s'imposent au pouvoir de révision et qui

constituent une sorte de dorsale normative intemporelle des constitutions. Ce critère de l'existence de normes atemporelles introduit subtilement une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles. Il existe ainsi dans diverses constitutions des normes pérennes qui survivent et résistent aux changements de constitutions. Il s'agit des normes considérées comme fondatrices de l'idée de l'Etat dans ces diverses constitutions. A cet égard, il existe une constance dans les dispositions relatives au nom du pays en particulier dans sa forme courte<sup>143</sup> et à la devise nationale de l'Etat<sup>144</sup>. En effet, si la plupart des Etats africains ont eu à changer de nom à la suite de leur indépendance<sup>145</sup>, le changement de nom n'est intervenu qu'à la suite des révolutions dans certains Etats<sup>146</sup>. Il en est ainsi parce que la

<sup>143</sup> En dehors du cas du Swaziland qui, à travers la volonté de son monarque a changé de dénomination le 19 avril 2018, pour devenir le eSwatini, le pays des Swazis, rares sont les Etats qui ont procédé à un changement de dénomination par voie de révision constitutionnelle. Il est vrai que le Zaïre est devenu République démocratique du Congo à la suite

<sup>144</sup> Il ne viendrait pas à l'esprit du pouvoir de révision de changer par exemple le nom de la France ou sa devise (Liberté- égalité- Fraternité), voir le nom du Cameroun et sa devise (Paix-travail- Patrie).

<sup>145</sup> Le vent de décolonisation qui a soufflé sur l'Afrique dans les années 60 et 70 a entraîné de nouvelles appellations. Il s'agit du Bénin (ex-Dahomey) du Zimbabwe (ex-Rhodésie du Sud), des deux Guinées, espagnole et portugaise, devenues respectivement la Guinée équatoriale et la Guinée-Bissau, sans oublier le Cap-Vert, issu également de l'ancienne colonie portugaise, du Ghana (ex gold coast), de la Zambie (ex Rhodésie du nord) et du Botswana (ex Botswana). Parmi les autres États africains qui ont changé de nom après leur accession à l'indépendance, on peut citer la Haute-Volta, devenue le Burkina Faso. Dernier en date, le Zaïre, qui s'appelle maintenant la République démocratique du Congo.

<sup>146</sup> Très souvent, c'est à la suite de certains événements particuliers survenus au cours de l'évolution d'un pays qu'intervient un changement de sa dénomination. Il en est ainsi des cas de dislocation d'un Etat qui donne naissance à plusieurs autres Etats et des cas de réunification de deux Etats. Cependant, dans le cas de la

<sup>140</sup> F. HOURQUEBIE, « Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites », in *Réimaginer les frontières du droit constitutionnel*, VIIème Congrès mondial de l'Association Internationale du Droit Constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007, <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Fabrice%20Hourquebie.pdf>, pp. 3-4.

<sup>141</sup> Décision du 23 octobre 1951, *BVerfGE*, t. 1, p.32, Cité par Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, p.63

<sup>142</sup> X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle ... » op cit, p. 605.

procédure de changement de nom peut être longue et coûteuse, mais aussi parce que ce changement aura de fortes implications sur le plan international. De ce fait, des Etats qui existent sous une dénomination particulière depuis des siècles ont conservé ces dénominations en dépit des multiples révisions constitutionnelles. Il en est de même des dispositions relatives à l'hymne national<sup>147</sup> et au drapeau du pays. Il s'agit des éléments qui caractérisent l'identité et la culture d'un pays, faisant ainsi partie de son patrimoine national. En fait, alors que de nombreux Etats ont changé, leurs hymnes sont restés intacts. Les hymnes nationaux sont des éléments essentiels des identités nationales<sup>148</sup>. A la différence de

nombreuses constitutions des pays européens, la plupart des constitutions des Etats africains contiennent des dispositions relatives à l'hymne national. C'est le cas notamment des constitutions du Cameroun, article 1er « Ô Cameroun, berceau de nos ancêtres » ; du Bénin, article 1er « Aube Nouvelle » ; du Burkina Faso, article 34 « le Ditanye » ; du Togo, article 3 « Terre de nos aïeux » ; de la Centrafrique, article 18, « La Renaissance » ; du Congo, article 1er, « La Congolaise » ; de la Côte d'Ivoire, article 48 « l'abidjanaise », ou encore celle des Comores, article 1er, « *Umodja wa massiwa* », de la Tunisie, article 4, « *Humat Al-Hima* » (Défenseurs de la patrie). La constitution de l'Algérie va plus loin en précisant en son article 5 explicitement le caractère immuable des symboles de l'Etat lorsqu'il dispose que :

« L'emblème national et l'hymne national sont des conquêtes de la Révolution du 1<sup>er</sup> novembre 1954. Ils sont immuables. Ces deux symboles de la Révolution, devenus ceux de la République, se caractérisent comme suit :  
1- L'emblème national est vert et blanc frappé en son milieu d'une étoile et d'un croissant rouges.  
2- L'hymne national est « Qassaman dans l'intégralité de ses couplets... ».

Lors des visites officielles de personnalités politiques étrangères et lors des manifestations sportives internationales, les Etats se présentent avec leurs drapeaux et leurs hymnes. Les hymnes nationaux constituent des sortes de carte de visite à l'extérieur du pays ; à l'intérieur, ils favorisent le sentiment de cohésion. Les hymnes parlent aux humains – par la musique, les voix, le langage et le texte ; ils génèrent des réactions au niveau des sens, des émotions et du cerveau<sup>149</sup>.

réunification, la dénomination principale précédente est très souvent maintenue.

<sup>147</sup> Il ya cependant des cas rares dans lesquels on a observé une modification de l'hymne national du pays. Le 7 novembre 2001, le parlement rwandais a voté l'adoption d'un nouvel hymne, au terme d'un concours de réécriture remporté par un citoyen, récompensé financièrement. Panapress rapporte que les Rwandais détestaient l'ancien hymne parce qu'il faisait, selon eux, "l'éloge de la suprématie des hutus et prônait la division ethnique dans la société". Accusé par certains d'avoir été à l'origine des massacres ethniques aboutissant au génocide interethnique de 1994, l'ancien chant a été remplacé par un hymne passant sous silence toute référence ethnique. En France, De multiples tentatives pour changer l'hymne français persistent depuis plusieurs années. Les attentats du 7 janvier et les rassemblements qui ont suivi ont relancé la polémique autour de la Marseillaise, notamment avec le refus de Christiane Taubira de la chanter avec tous les députés de l'Assemblée nationale en raison de la violence des paroles. Dernières propositions en date: garder la mélodie en modifiant les paroles (...) Le sacro-saint article 2 de la Constitution pourrait-il changer? (Cf. " Trois raisons de changer l'hymne national" article publié par l'Express sur le site [https://www.lexpress.fr/actualite/monde/trois-raisons-de-changer-d-hymne-national\\_1666876.html](https://www.lexpress.fr/actualite/monde/trois-raisons-de-changer-d-hymne-national_1666876.html), consulté le 31 juillet 2018)

<sup>148</sup> Cf. A. ROUX « Hymne national et Constitution. Droit et Musique », Jun 2016, Aix en Provence, France. « Hymne national et Constitution », rapport au colloque « Droit et musique », Faculté de Droit et de Science politique, Aix en Provence, 30 juin-1er juillet 2016. <halshs-01449230>. Ainsi, depuis 1745, la Grande-Bretagne chante son roi ou sa

reine. Mais l'hymne national peut être modifié dans d'autres pays. Par exemple, La Constitution des Philippines, dans son article 16, alinéa 2, stipule: «Le Congrès peut par une loi donner un nouvel hymne et un nouveau sigle au pays. Ceux-ci doivent refléter symboliquement les idéaux, l'histoire et les traditions du peuple, lequel devra les approuver par voie de référendum.».

<sup>149</sup> L. NIEDERBERGER, « L'hymne national : un élément changeant du patrimoine culturel » disponible à l'adresse, <https://www.sgg->

Lorsque les clauses relatives à l'hymne national sont insérées dans la constitution, elles revêtent un caractère intangible et il devient plus difficile de les changer à la suite d'une simple révision constitutionnelle. On peut en déduire que les éléments qui symbolisent l'identité de l'Etat ont un caractère quasi-immuable et survivent aux diverses révisions constitutionnelles. Il en est de même en ce qui concerne les dispositions relatives au peuple et à la souveraineté. La plupart des constitutions attribuent la souveraineté nationale au peuple et il ne viendrait pas à l'esprit du pouvoir de révision l'idée de réviser de telles dispositions. Il s'agit d'un ensemble de valeurs autour desquelles il existe un consensus et qui sont transmis de génération en génération aux ressortissants d'un Etat. Même si certaines de ces valeurs peuvent être contestées et critiquées, il n'en demeure pas moins que le peuple d'un pays y reste profondément attaché. Ainsi par exemple en France, depuis la révolution de 1789, il existe certains principes auxquels restent attachés les divers constituants. A cet égard

« Le respect de ces principes constitutionnels et des principes démocratiques de base (sauf du suffrage universel, parfois remis en discussion par le suffrage censitaire ou élitaire), proclamés par toutes les Constitutions historiques françaises à partir de la Révolution, et le consentement social, réitéré à chaque phase constituante, représentent le trait d'union entre la Déclaration des droits de 1789 et le système constitutionnel actuel : non seulement l'ensemble des principes constitutionnelles qui alimentent la tradition républicaine française s'adresse au législateur, en orientant son activité législative, mais, de plus, il faut que lesdits principes constituent la base sur laquelle fonder les modifications au système constitutionnel. »<sup>150</sup>

[ssup.ch/fr/news-detail-hymne-fr/lhymne-national-un-element-changeant-du-patrimoine-culturel.html](http://ssup.ch/fr/news-detail-hymne-fr/lhymne-national-un-element-changeant-du-patrimoine-culturel.html), consulté le 31 juillet 2018.

<sup>150</sup>M. CALAMO SPEECHIA, «Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées», in VII Congrès Français de Droit Constitutionnel 50<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris - 25, 26 et 27 septembre 2008, Atelier n° 3 – Constituant et pouvoir constituant, P. 22 (disponible à l'adresse

Les différents constituants sont ainsi conditionnés par l'assentiment de la société aux principes fondamentaux inscrits dans la constitution primaire et qui représentent les acquis de tout le peuple et l'héritage dont a bénéficié ce peuple de la lutte qui a conduit à l'indépendance. Ces principes qui résistent au temps constituent de ce fait le lien entre la constitution primaire et les constitutions suivantes, en dépit des révolutions que connaît ensuite l'Etat.

### C. La garantie de la supériorité des normes constitutionnelles fondamentales par le juge constitutionnel

Il est rare qu'une constitution attribue expressément un pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois de révision au juge constitutionnel, mais aucune disposition constitutionnelle ne lui refuse ce pouvoir. Ainsi par exemple, l'article 142 de la constitution tunisienne attribue explicitement un pouvoir de contrôle de la révision au juge constitutionnel afin qu'il vérifie que la révision n'a pas violé les interdictions de réviser, en disposant que :

« Toute initiative de révision de la Constitution doit être soumise par le Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple à la Cour constitutionnelle pour avis afin de vérifier qu'elle n'a pas pour objet les interdictions de révision tels que définies par cette Constitution. »

Lorsque ce pouvoir de contrôle est implicite, il faudrait que le juge constitutionnel soit assez hardi pour s'autoriser le contrôle de constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle. Il s'agit pour lui d'exercer un pouvoir qui ne lui a été ni refusé, ni attribué expressément par le constituant originaire. Encore faudrait-il que le juge constitutionnel soit saisi de la question suivant la procédure fixée par le constituant, et ce avant la promulgation de la loi portant révision constitutionnelle, car les cas d'autosaisine

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/co mC3/CalamoTXT.pdf>, consulté le 30 juillet 2018).

sont rares<sup>151</sup>. Seulement dans ce cas, il faudrait d'abord que le juge détermine lui-même les normes constitutionnelles non révisables avant d'opérer ce contrôle lorsque la constitution elle-même n'en énumère pas<sup>152</sup>. Il n'est pas alors surprenant de voir la plupart des juges constitutionnels refuser d'exercer un tel contrôle sur le pouvoir parlementaire de révision<sup>153</sup>. Par contre, certains juges constitutionnels se sont autorisés un tel

contrôle<sup>154</sup>. Ainsi, si dans certains pays africains, le juge constitutionnel refuse de statuer sur les projets de loi portant révision de la constitution, dans d'autres, certains juges se montrent plus hardis et opèrent le contrôle de conformité des lois portant révision de la constitution aux dispositions fondamentales de la constitution révisée<sup>155</sup>. La Cour constitutionnelle béninoise a eu à déclarer 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

<sup>151</sup> L'article 122 de la constitution béninoise dispose à cet égard que : « Elle – la Cour constitutionnelle – se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques ».

<sup>152</sup> - Il n'est pas surprenant qu'une sorte de confusion soit créée et nourrie par certains juges constitutionnels à propos de ces matières qui relèvent du noyau dur des normes non révisables de la constitution. C'est le cas du conseil constitutionnel nigérien à propos du projet du président Tanja sur le nombre de mandats d'un président de la République. Le débat reste ouvert car il faut d'abord déterminer si les normes de limitation des mandats présidentiels relèvent des normes non révisables au sens de la volonté initiale du constituant originaire. En tout cas, dans de nombreux pays, ces normes ont fait l'objet de révision constitutionnelle (Tchad, Cameroun, Algérie...).

<sup>153</sup> -Ce fut le cas du Sénégal en 1998 et en 2006. En effet, dans sa décision du 9 octobre 1998 sur l'affaire n° 9/C/98 le conseil constitutionnel sénégalais se déclare incompétent pour statuer sur une loi de révision constitutionnelle touchant la rééligibilité à la présidence de la République et à la réglementation de la compétition présidentielle. Il a confirmé cette position dans sa décision du 18 janvier 2006 sur l'affaire n° 3/C/2005, concernant une loi constitutionnelle prorogeant le mandat des députés élus. C'est le cas en France où le conseil constitutionnel refuse systématiquement de contrôler les lois constitutionnelles en déclarant que : "Le conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89; ni d'aucune autre disposition de la constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle" (Cf. C.C. n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, J.O.R.F., 29 mars 2003, p. 5570) . Mais comme l'a souligné un auteur "l'incompétence du juge n'est pas la négation de la norme" (MOUZET (P), " Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Vème République, RDP, 2007, n°4, p. 977.

<sup>154</sup> - Cf. Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001 ; conseil constitutionnel du Tchad, décision 001/CC/SG/ 04 du 11 juin 2004 et cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 06-74 du 8 juillet 2006. De même, la Cour constitutionnelle italienne, depuis 1988, a déjà reconnu sa compétence à contrôler la conformité constitutionnelle de la loi de révision dans la décision n°1146 du 29 décembre 1988. En considérant le pouvoir de révision comme un pouvoir parlementaire soumis à la Constitution italienne, pouvoir institué par cette Constitution et intégré, sur le plan des effets, par un référendum facultatif, avec la susdite décision le juge italien a affirmé que La Constitution italienne comporte des principes suprêmes qui ne sauraient être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel par les lois de révision constitutionnelle ou autres lois constitutionnelles. Ce sont les principes que la Constitution indique expressément comme les limites absolues au pouvoir de révision constitutionnelle – voire la forme républicaine du gouvernement (article 139 de la Constitution italienne) – ainsi que les principes qui, bien qu'ils n'aient pas été explicitement considérés comme non modifiables par une révision, représentent l'esprit de la Constitution elle-même. (Voir la décision dans la Revue *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 5565. Pour l'interprétation de la doctrine T. MARTINE, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 566 et suiv.).

<sup>155</sup> M. AIDARA, « Le juge constitutionnel Africain et les lois portant révision de la constitution : contribution à un débat » *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique Université Montesquieu - Bordeaux IV*.www.Afrilex.org.

du pouvoir ; que si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle qu'en conséquence, les articles 1 et 2 de la Loi constitutionnelle n° 2006-13 adoptée par l'Assemblée Nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la Constitution... »<sup>156</sup>.

Ce faisant, le juge constitutionnel béninois accorde une protection plus élevée aux principes qui se sont dégagés lors de la mise en place de la constitution fondatrice de la nouvelle République au Bénin, en particulier le consensus qui s'est dégagé<sup>157</sup>. Ainsi, "Dans le cadre de la Constitution du 11 décembre 1990 lue et interprétée par la Cour constitutionnelle, la révision sur les mandats parlementaire et présidentiel est impossible"<sup>158</sup>. Selon le juge constitutionnel malien,

« Considérant que la loi portant révision constitutionnelle ne saurait être inconstitutionnelle de par les matières qu'elle a traitées dès lors qu'elle n'a pas révisé la forme républicaine et la laïcité de l'Etat, ou le multipartisme ; qu'en outre la procédure de son élaboration et de son vote a été régulière ; qu'en conséquence il y a lieu

d'écarter les motifs évoqués dans la requête en date du 13 Novembre 2001 comme non fondés »<sup>159</sup>. C'est dire que si la révision avait porté sur la forme républicaine, la laïcité de l'Etat ou le multipartisme, la Cour aurait déclaré cette loi de révision constitutionnelle invalide. Selon la cour constitutionnelle du Mali en effet :

« 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 la 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 »<sup>160</sup>.

Allant dans le même sens, mais de façon un peu plus audacieuse, la cour constitutionnelle béninoise a assujéti le pouvoir de révision au respect de certains idéaux non moins écrites en disant explicitement que :

« même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un état de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle »<sup>161</sup>

<sup>156</sup>Décision DCC 06-074 du 08 juillet 2006.

<sup>157</sup> Pour plus de développements, cf. I.D. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle béninoise », *Revue togolaise des sciences juridiques*, n° Zero, Janvier-juin 2010, pp. 44 et s.

<sup>158</sup> I. D. SALAMI, « La ligne rouge constitutionnelle. Analyse d'un projet de révision constitutionnelle mort né », disponible à l'adresse [http://www.cedatuac.org/attachments/article/93/La%20ligne%20rouge%20constitutionnelle\\_Prof%20SALAMI.pdf](http://www.cedatuac.org/attachments/article/93/La%20ligne%20rouge%20constitutionnelle_Prof%20SALAMI.pdf).

<sup>159</sup> Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001.

<sup>160</sup> - Ibid.

<sup>161</sup>Cour constitutionnelle du Bénin, *Décision DCC 06-74 du 8 juillet 2006*. (Sur des aspects plus larges du contrôle par le juge constitutionnel béninois du pouvoir de révision, cf. S. BOLLE, « La contrôle prétoire de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 17, décembre 2006).

Le juge constitutionnel sénégalais a déclaré que,

« Considérant que le pouvoir constituant est souverain ; que sous réserve, d'une part, des limitations qui résultent des articles 39, 40 et 52 du texte constitutionnel touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie et, d'autre part, du respect des prescriptions de l'alinéa 7 de l'article 103 en vertu desquelles la forme républicaine de l'État ne peut faire l'objet d'une révision, il peut abroger, modifier ou compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée et introduire explicitement ou implicitement dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, que cette dérogation soit transitoire ou définitive »<sup>162</sup>.

Même s'il s'est déclaré incompétent pour connaître de la requête dirigée contre une loi constitutionnelle, ce juge reconnaît à travers ce passage qu'il existe des normes non révisables dans la constitution sénégalaise. Ce faisant, le juge protège les normes constitutionnelles fondamentales découlant du texte même de la constitution. En reconnaissant même de façon indirecte l'existence des normes non révisables dans la constitution, le juge constitutionnel assure la pérennité de la constitution primaire et sa survie aux multiples révisions auxquelles ce texte peut être exposé.

### **Conclusion :**

Une lecture attentive des diverses constitutions africaines révèle "un noyau dur intangible" des normes constitutionnelles fondamentales dont la révision entraînerait une remise en cause des fondations de l'Etat. Dans la plupart

des constitutions africaines, le noyau dur intangible des normes constitutionnelles est constitué des dispositions ayant trait à la forme de l'Etat, à son unité et à son intégrité territoriale, aux droits fondamentaux, aux principes démocratiques, mais aussi aux symboles et emblèmes de l'Etat. Ce noyau dur des normes constitutionnelles constitue des principes et normes révisables uniquement par le pouvoir constituant originaire lui-même et non par une quelconque représentation exerçant son pouvoir de révision de la constitution. Ainsi, l'on retrouve dans les constitutions africaines adoptées depuis les années 1990 des germes de hiérarchisation entre les différentes catégories de normes. Les critères supposés opérants dans le cadre de cette classification des normes tiennent au caractère non révisable ou non d'une norme, mais aussi à la pérennité de certaines autres dispositions. Il appartient au juge constitutionnel de veiller à la conformité des lois de révision à la constitution, puisque rien ne le lui interdit.

<sup>162</sup> Décision n° 3/C/2005 du 18 janvier 2006.