

L'ORDRE PUBLIC CONSTITUTIONNEL

OUANDAOGO Abdul Aziz Wendkuni

Enseignant-chercheur

Maître-Assistant de Droit public

Université de Ouahigouya (Burkina Faso).

RÉSUMÉ : Tout système constitutionnel a à son sein des normes d'une importance particulière qui en constituent le fondement. Ces normes sont telles qu'il est impossible de les modifier sans changer le système dans son ensemble. Partant, elles sont en général indérogeables et jouissent d'une protection renforcée. Or, l'indérogeabilité est la caractéristique la plus communément admise des règles d'ordre public. C'est pourquoi la doctrine juridique, considérant également la nature constitutionnelle de ces normes, a créé la notion d'« ordre public constitutionnel » pour les désigner. Dans la présente étude, c'est l'importance ou la fundamentalité d'une norme pour la survie du système constitutionnel qui constitue le critère d'appartenance au champ de l'ordre public constitutionnel. Par suite, l'étude s'attache d'abord, à déterminer les fondements de l'importance particulière d'une disposition constitutionnelle afin de soutenir l'existence des règles d'ordre public constitutionnel, ensuite, à démontrer que ces règles sont d'une utilité constitutionnelle indéniable dans la mesure où elles assument une fonction de conservation du système constitutionnel.

Mots-clés : Constitution – ordre public – hiérarchie des normes – supraconstitutionnalité – limites matérielles au pouvoir de révision constitutionnelle.

INTRODUCTION

« [...] à l'intérieur du droit constitutionnel, rien n'empêche que certaines dispositions ou certains « principes » soient considérés comme plus importants que d'autres »¹. Ces propos du doyen Favoreu laissent entrevoir l'idée d'une priorité possible entre les normes constitutionnelles². Cette idée, selon certains auteurs, « [...] constitue le problème fondamental de la science juridique »³, tant il est vrai qu'elle apparaît consubstantielle au droit dans l'inconscient juridique collectif⁴. Rapportée à la science du droit constitutionnel, l'idée de priorité conduit à reconnaître l'existence de dispositions constitutionnelles d'une valeur impérative primant les autres règles constitutionnelles⁵. Partant, ces règles ont été

rapprochées de la notion d'ordre public qui, dans son acception la plus large, est « l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger »⁶. Considérant par ailleurs que, « fondamentalement, la Constitution apparaît comme une règle, par nature, d'ordre public »⁷, la doctrine juridique a créé la notion d'« ordre public constitutionnel »⁸ née de la rencontre entre la notion d'ordre public et celle de Constitution.

Il est peu de concepts plus riches et plus complexes que celui d'ordre public⁹. En effet, en dépit d'études remarquables, la notion reste inépuisable, car entourée de difficultés conceptuelles constantes¹⁰. Jossierand affirmait à cet égard que « les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales »¹¹. Il rejoint en ce sens Malaurie qui disait à propos de l'ordre public

¹ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 125.

² En général sur la question, v. C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français. Essai d'analyse systémique*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Cergy-Pontoise, 4 décembre 2008, 437 p. ; B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des États africains ? », *Afrilex*, février 2019, 32 p. ; P. SOGLOHOUN, « La hiérarchie entre les normes de constitutionnalité au Bénin », *Vénégré : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, mai 2021, 36 p.

³ D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2014, p. 407.

⁶ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *Archives de philosophie du droit*, vol. 58, n°1, 2015, p. 200.

⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1994, 202 p. ; N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, Thèse de doctorat en Droit, Aix-Marseille 3, 2000, 433 p. ; A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », in M. THALER, M. VERPEAUX (dir.), *La recherche en droit constitutionnel comparé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 26 ; C. VIMBERT, *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RDP, 1994, pp. 693-745.

⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001, p. 8.

¹⁰ J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, Paris, Dalloz Sirey, 1961, p. 303.

¹¹ E. L. JOSSERAND, cité par P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, p. 3.

que « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert »¹². Ainsi, comme Saint Augustin qui, à la question de qu'est-ce que le temps, répondait que « si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus »¹³, l'ordre public serait selon Roland Drago « une notion qu'on ressent, plus qu'on ne peut l'expliquer »¹⁴. De toute évidence, la notion d'ordre public ne se laisse pas enfermer dans une géométrie simple et sa définition est malaisée¹⁵. Il apparaît, de prime abord, comme une notion juridique à la fois fondamentale et transdisciplinaire¹⁶. Les civilistes l'appréhendent au regard de l'article 6 du Code civil français qui interdit qu'il soit dérogé « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Les publicistes

le conçoivent comme l'« horizon de l'État légal »¹⁷, c'est-à-dire la ligne de démarcation entre ce qui est permis et ce qui est interdit. En effet, s'il apparaît au citoyen non averti comme « une idée repoussant la liberté »¹⁸, ce dernier devrait se raviser, car l'ordre qui limite est aussi celui qui protège, celui sans lequel aucune liberté ne serait assurée¹⁹. C'est en droit administratif que la notion d'ordre public a acquis sa vigueur scientifique²⁰ caractérisée par le triptyque traditionnel sécurité, tranquillité et salubrité publiques²¹, auquel des auteurs comme Frydman ajoute la moralité publique²². La notion s'est par la suite invitée dans des disciplines où elle était traditionnellement absente comme le droit constitutionnel. La sauvegarde de l'ordre public y a été qualifiée d'objectif de valeur constitutionnelle²³ s'imposant au législateur et susceptible de

¹² P. MALAURIE cité par Monsieur GAUTIER dans « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 317.

¹³ Saint Augustin, *Les Confessions*, trad. J. Trabucco, Paris, Garnier-Flammarion, Tome II, Livre XI, chapitre XIV, 1964, p. 195.

¹⁴ R. DRAGO, « Les atteintes à l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1995, p. 47.

¹⁵ B. LOUVEL, « Plus que jamais, le juge doit assurer l'équilibre juste », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 22, 18 mars 2017, p. 2.

¹⁶ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, op. cit., p. 12.

¹⁷ G. DRAGO, cité par J.-C. MARIN, « L'ordre public offre des potentialités illimitées », *Journal Spécial des Sociétés*, n° 22, 18 mars 2017, p. 6.

¹⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Ed. Rousseau, 1911, p. 146.

¹⁹ J.-P. DUBOIS, in M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, op. cit., p. 8.

²⁰ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Thèse de Doctorat en droit, Montpellier, 1959, 429 p. ; J. GOGNETTI, *La notion d'ordre public. Étude limitée au droit administratif*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Reims Champagne-Ardenne, 1998, 297 p.

²¹ v. l'article 260 (Burkina Faso) et l'article L.2212-2 (France) du Code général des Collectivités territoriales. Le Conseil d'État français a également introduit parmi les composantes de l'ordre public, le respect de la dignité de la personne humaine, v. CE, 13 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Ville d'Aix-en-Provence, R.F.D.A. 1995, p. 1204 ; CE, ord. 9 janv. 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, Rec. 1.

²² M. LONG et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1148.

²³ Conseil constitutionnel français, Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

restreindre l'exercice de certaines libertés²⁴. Ainsi défini, l'ordre public serait « un discours que seul est habilité à tenir l'appareil d'État et qui se présente comme conforme au consensus social »²⁵. Par ailleurs, il dépasse l'entité étatique *stricto sensu*²⁶ et telle une pieuvre, il déploie ses tentacules pour saisir l'ordre juridique international – universel²⁷ comme régional²⁸ – et même supranational²⁹. Manifestement, l'ordre public évolue dans une pluralité d'environnements normatifs au point que certains estiment qu'il est devenu une notion « fourre-tout » que l'on ne peut plus distinguer de l'intérêt général³⁰. Nonobstant toutes les variations terminologiques de la notion, seules les définitions mettant l'accent sur « l'impérativité plus forte de la règle »³¹

d'ordre public seront retenues dans la suite de cette réflexion. Ainsi, nous concevons l'ordre public comme formé par les normes indérogeables et bénéficiant d'une protection absolue. Autrement dit, l'ordre public constitue « l'expression plus directe de l'autorité dans la règle de droit »³². C'est lui qui fonde la suprématie de la norme qu'il caractérise et qui justifie son rapprochement avec la notion de Constitution.

La Constitution est amplement définie en droit constitutionnel au point qu'il est impossible de reprendre ici l'ensemble des réflexions et définitions doctrinales et jurisprudentielles de la notion³³. Habituellement, elle est définie au sens formel et au sens matériel. La Constitution formelle est « l'ensemble des règles, quel que

²⁴ P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de Doctorat en Droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 5 décembre 2013, 663 p. ; O. OUÉDRAOGO, « La limitation des droits fondamentaux par l'ordre public en droit constitutionnel béninois et burkinabè », *Afrilex*, janv. 2018, 26 p.

²⁵ V. BLET-PFISTER, « L'ordre public. Fragments pour une étude sur l'appareil d'État », in *Mélanges Teneur*, 1977, p. 63.

²⁶ J.-C. MARIN, « L'ordre public offre des potentialités illimitées », *op. cit.*, p. 4.

²⁷ D. CAREAU, « Jus Cogens », *Répertoire international*, Paris, Dalloz, 2007, p. 2.

²⁸ v. Commission européenne des droits de l'homme, *Autriche c. Italie*, Requête n°788/60, 11 janv. 1961, Ann. C.E.D.H., vol. 4, pp. 139 et s. ; Cour européenne des droits de l'homme, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Arrêt rendu par une grande chambre, Strasbourg, 30 janvier 1998, § 45.

²⁹ Cour de justice de l'UEMOA, *Dame Mondoukpè Sidonie SODABI et M. Léon KOUGBENOU c/ La Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) Agence Principale de Cotonou*, Arrêt N°02/2012, Ouagadougou, 19 décembre 2012, p. 12.

³⁰ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public...*, *op. cit.*, p. 18.

³¹ M. J. REDOR, *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 13.

³² P. DEUMIER, Th. REVET, V° « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1120.

³³ M. A. GLÈLÈ, « Constitution ou Loi fondamentale », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Tome 1 l'État et le droit*, Abidjan, N.E.A., 1982, p. 45 ; A. LOADA, L. M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, pp. 94-98 ; A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel général. Tome I : Théorie Générale du Droit Constitutionnel*, Ouagadougou, LIBES, 2022, pp. 228-233 ; F. D. MELEDJÉ, *Droit constitutionnel*, Tome I, Abidjan, Edition ABC, 2019, p. 36. ; I. D. SALAMI, O. D. GANDONOU, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cotonou, Éditions CeDAT, 2014, 492 p. ; M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1-Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, 816 p.

soit leur objet, qui sont énoncées dans la forme constitutionnelle »³⁴. La Constitution matérielle est « l'ensemble des règles se rapportant au pouvoir politique, à l'organisation et au fonctionnement de l'État »³⁵. Pour cette étude, la notion de Constitution devra être entendue *lato sensu*, comme comprenant tout le bloc de constitutionnalité³⁶, au sens de Favoreu³⁷. Cette notion est présentée usuellement comme « l'ensemble des principes et des règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif »³⁸. Certains auteurs soutiennent son inexistence et lui préfèrent l'expression « ordre constitutionnel » entendue comme étant « l'ensemble de ce qui doit être respecté en vertu de la Constitution »³⁹. Pour d'autres encore, l'ordre constitutionnel suppose, d'une part, une Constitution conçue comme « ordre » et « norme », et d'autre part, son respect par les gouvernants et les citoyens⁴⁰. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer pour une expression ou pour une autre, nous

nous intéressons à toutes les normes ayant valeur constitutionnelle indépendamment du type de document dans lequel elles sont exprimées ou de leurs modalités de consécration en tant que telles. Ce sont ces normes en question dont la rencontre avec la notion d'ordre public permet de former la notion d'ordre public constitutionnel.

L'ordre public constitutionnel ne comporte pas intrinsèquement une substance définitionnelle originale ou consacrée⁴¹. Il s'agit d'une thèse doctrinale selon laquelle les deux notions d'ordre public et de Constitution auraient en commun de garantir un ordre supérieur⁴². La notion aurait pour effet « de révéler l'existence de dispositions constitutionnelles d'une valeur impérative supérieure aux autres règles constitutionnelles »⁴³. Certains le considèrent comme constitué uniquement de « l'ensemble des principes et règles constitutionnels qui énoncent ou protègent indirectement des droits fondamentaux et

³⁴ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 37^e édition, Paris, LGDJ, 2016-2017, p. 53.

³⁵ A. SOMA, *Traité de droit constitutionnel général...*, *op. cit.*, p. 229.

³⁶ Le Conseil constitutionnel français lui préfère les expressions « normes de référence » ou « normes de constitutionnalité », v. Décision 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. v. aussi A. HAQUET, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2017, p. 200 ; H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Afrilex*, septembre 2016, p. 7.

³⁷ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1992, p. 87.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », Xavier Robert. *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 235.

⁴⁰ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *Mélanges dédiés au doyen Francis V. WODIE*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 399-400.

⁴¹ N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*, p. 69.

⁴² A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 406.

⁴³ *Ibid.*, p. 407.

sont étroitement liés à l'État de droit »⁴⁴. Ainsi définie, la notion permettrait seulement une certaine lecture des droits fondamentaux constitutionnels⁴⁵. Pour d'autres, au contraire, « tout le bloc de constitutionnalité est d'ordre public »⁴⁶ et l'ordre public constitutionnel se confondrait ainsi avec l'ordre constitutionnel. Il engloberait la totalité des normes de référence comme règles d'ordre public⁴⁷ et la notion n'aurait pas d'autre existence que celle consubstantielle à la notion de Constitution. Toutes ces définitions ont en commun d'aborder l'importance normative de la notion. Cependant, l'ordre public constitutionnel peut également avoir une dimension procédurale laquelle constitue une réelle approche contentieuse des questions soulevées d'office par le juge constitutionnel⁴⁸. Thierry Di Manno propose, en effet, d'intégrer dans l'ordre public constitutionnel les moyens et les conclusions soulevés d'office par le juge constitutionnel considérés comme des questions d'ordre public⁴⁹. À notre sens, l'ordre public constitutionnel se rencontrerait dans

certaines normes constitutionnelles plus que dans d'autres⁵⁰. L'idée de considérer la totalité des valeurs constitutionnelles comme fondant la notion la viderait de tout intérêt et ne sera donc pas retenue. C'est la même considération de pertinence qui amène à ne pas restreindre l'ordre public constitutionnel aux seuls droits fondamentaux constitutionnels, car il existe également parmi les normes à objet institutionnel certaines qui ont indubitablement un caractère fondamental pour la survie du système institué⁵¹. Finalement, et sans nous opposer à la dimension procédurale de la notion, nous concevons l'ordre public constitutionnel comme comprenant les dispositions inaltérables dans tout système constitutionnel, qui en constituent le fondement et dont la modification entraînerait la rupture de l'ordre constitutionnel existant et donc la naissance d'un nouvel ordre dans un État⁵². En d'autres termes, l'ordre public constitutionnel comprend les valeurs qui « constituent les piliers sans lesquels l'édifice constitutionnel se disloque et cède la place à un amas de lois

⁴⁴ (N.) JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁵ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ G. VEDEL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989, Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 1989, p. 63 ; A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, *op. cit.*, p. 29 ; G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *op. cit.*, p. 200.

⁴⁷ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pp.154 et s.

⁵⁰ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

⁵¹ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 18.

⁵² Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, Emmanuel HOUENOU et Paulin AHOUANDOGBO.

constitutionnelles aussi disparates qu'incohérentes »⁵³. Il est le produit d'une identification matérielle de normes constitutionnelles impératives qui obligent le juge et le constituant⁵⁴.

Ainsi, seules des normes ayant les caractéristiques susmentionnées dans le constitutionnalisme contemporain sont susceptibles, de notre point de vue, d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel qui est l'objet de la présente contribution.

Il y a toutefois lieu de relever que l'ordre public constitutionnel n'a pas d'existence normative ou contentieuse, sous cette appellation, en droit constitutionnel formel⁵⁵. Partant, sa juridicité et même son existence sont remises en cause par l'écrasante majorité de la doctrine⁵⁶. En effet, nous n'avons pas connaissance de texte constitutionnel ou de jurisprudence⁵⁷ qui mentionnent expressément les vocables

« ordre public constitutionnel ». La réalité juridique de la notion peut pourtant se découvrir à travers les dispositions supraconstitutionnelles contenues dans les Constitutions de certains États⁵⁸, les normes constitutionnelles qui relaient les valeurs fondamentales de la démocratie et de l'État de droit⁵⁹ mais aussi à travers l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel qui définit des « principes matriciels », à partir des textes constitutionnels, qui rétroagissent sur l'ensemble du bloc de constitutionnalité⁶⁰.

Philosophiquement, la notion d'ordre public constitutionnel est le produit d'une conception « idéale » du droit constitutionnel⁶¹. Elle conduit à accepter l'idée d'une hiérarchie entre normes constitutionnelles. Le principe hiérarchique introduit une conception asymétrique de la Constitution. Cette conclusion est encore plus

⁵³ K. HOUNAKE, « Les nouvelles figures d'expression de l'œuvre constituante », *Vénégré : La Revue Africaine des Sciences Administrative, Juridique et Politique*, décembre 2022, p. 9 ; v. aussi M. KAMARA, « Supraconstitutionnalité et exercice du pouvoir constituant dérivé », *RRJ-Droit prospectif*, n°3, 2008, p. 1434.

⁵⁴ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁶ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-96 ; A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 27 et s.

⁵⁷ v. G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°2*, mai 1997, p. 59.

⁵⁸ Article 71(2) de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993 ; Article 288 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, article 144(1) de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

⁵⁹ Art. 1 et 20 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949 ; v. D. F. MELEDJE, « L'État de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 587-606.

⁶⁰ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels, en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, Chron. 211 ; J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, pp. 233-335 ; E. TONI, Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin, *Afrilex*, mars 2020, 30 p.

⁶¹ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 26.

valable dans les États qui ne reconnaissent pas de valeurs supraconstitutionnelles. Dans ce cas de figure, le caractère justifiant l'intégration d'une norme dans le champ de l'ordre public constitutionnel devra être recherché dans un fondement différent de la valeur normative de la norme considérée. La notion fait donc appel dans ce cas à une méta-conceptualisation⁶² afin de hiérarchiser matériellement ce qui est formellement égal⁶³. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elle divise irrémédiablement et donc agace puisqu'elle semble relever « de l'anormalité juridique [...] qui perturbe la bonne conscience et la quiétude scientifiques du technicien du droit, positiviste par excellence, spécialiste de l'exégèse de l'existant et qui tient le formalisme pour seule bouée de sauvetage »⁶⁴.

Historiquement, l'ordre public constitutionnel a vu le jour dans la doctrine constitutionnelle française dans un passé relativement récent. Thierry Di Manno fut l'un des premiers à en donner les linéaments dans son mémoire de DEA soutenu en 1990 et publié en 1994⁶⁵. Il y esquissa une théorie des questions d'ordre public de manière à conforter une logique des questions

soulevées d'office par le juge constitutionnel. Nathalie Jacquinot⁶⁶ et Anne-Charlène Bezzina⁶⁷ poursuivirent la réflexion dans leurs thèses respectives où elles tentèrent de donner un contenu à la notion.

Le traitement scientifique de l'ordre public constitutionnel pourrait ainsi être abordé sous l'angle de son contenu afin d'en déterminer l'étendue. Il serait également possible de dissenter plus longuement sur ses fondements philosophiques, son processus de consécration historique ou sa conceptualisation par la doctrine. Enfin, s'agissant d'une notion dont l'existence, la juridicité et l'intérêt sont contestés, il est alors tout à fait possible d'envisager une recherche scientifique, dans le but de démontrer ses fondements et son utilité juridiques.

On infère du charme de ce dernier axe de réflexion, qui est celui qui sera retenu dans le cadre de cette analyse, la nécessité de sonder l'existence d'un ordre public constitutionnel. Aussi, est-il encore possible de dénier l'existence de règles d'ordre public constitutionnel, au sens de la présente étude, dans le constitutionnalisme contemporain ? Cette question centrale peut être scindée en deux sous-questions afin de mieux l'étayer.

⁶² A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 407.

⁶³ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁴ M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. DU BOIS DE

GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 178.

⁶⁵ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, p.154 et s.

⁶⁶ N. JACQUINOT, *Ordre public et constitution*, *op. cit.*

⁶⁷ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*

Subséquent et plus précisément, l'existence de règles d'ordre public constitutionnel n'est-elle pas constitutionnellement vérifiable ? Mieux encore, l'existence de telles règles ne serait-elle pas constitutionnellement profitable ?

À l'état actuel du droit, l'ordre public constitutionnel est avant tout un concept théorique⁶⁸. Sa consécration pourrait cependant présenter un double intérêt. Juridiquement d'abord, la reconnaissance d'une telle catégorie de normes aura pour conséquence leur intangibilité et leur immutabilité notamment vis-à-vis de l'autorité ayant le pouvoir de révision et, par suite, leur primauté sur les normes constitutionnelles qui n'ont pas cette qualité⁶⁹. Politiquement ensuite, l'ordre constitutionnel de certains États est parfois menacé⁷⁰, soit par les autorités politiques qui

manipulent sans gêne les dispositions constitutionnelles relatives à l'alternance démocratique⁷¹, soit par le juge constitutionnel lui-même qui, lorsqu'il est inféodé aux tenants du pouvoir, se transforme en véritable « fossoyeur » de la constitution⁷². Dans cette hypothèse, l'ordre public constitutionnel pourrait être un rempart contre de telles dérives parce qu'il induit une stabilité de la Constitution et des institutions, ainsi que des mécanismes de dévolution et de gestion du pouvoir politique d'État⁷³.

L'on comprend donc pourquoi la question est d'une actualité permanente et lancinante. En effet, partout à travers le monde, on voit s'élever des critiques dès lors que certaines dispositions constitutionnelles sont menacées de révision⁷⁴. Ainsi, consciemment ou inconsciemment, les

⁶⁸ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ v. M. TROPER, « La supraconstitutionnalité », *15^e journées juridiques franco-italiennes*, Rennes, 7-10 octobre 1993, *JSLC*, vol. 15, 1993, p. 343 et s.

⁷⁰ O. NAREY, « L'ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 412.

⁷¹ v. Y. P. MANDJEM, « Les parlements africains contre les peuples. Hypothèses théoriques et empiriques sur la confiscation de l'alternance au pouvoir en Afrique », in A. SOMA (dir.), *Alternances politiques en Afrique : défis démocratiques et enjeux constitutionnels. Actes du colloque international de la SBDC*, Ouagadougou, Éditions Rônier-Tikanson, Presses Académiques Burkinabè, 2017, pp. 129-164 ; A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES/SJP*, vol. 1, N° 1, 2015, 14 p. ; S. M. OUEDRAOGO, D. OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : Du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, février 2015, 28 p.

⁷² v. les Décisions suivantes du Conseil constitutionnel burkinabè : n°2022-003/CC portant constatation de la vacance de la Présidence du Faso, n°2022-004/CC sur la dévolution des fonctions de Président du Faso du 08/02/2022 et n°2022-025/CC sur la vacance de la présidence de la Transition, la désignation... du Président de la Transition... et son investiture du 19/10/2022 ; v. aussi M. W.'O. KOSO, « Le juge constitutionnel africain : acteur ou obstacle à l'alternance démocratique au pouvoir ? Étude de quelques cas liés au contentieux de l'élection présidentielle », in A. SOMA (dir.), *Alternances politiques en Afrique...*, *op. cit.*, pp. 255-264.

⁷³ v. É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité. – vue d'Afrique », in M. KAMTO, S. DOUMBE-BILLE, B. M. METOU (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique. Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 136.

⁷⁴ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 4.

auteurs de ces critiques souhaitent que ces normes, dont la modification provoque des remous dans la société, acquièrent la qualité de règle d'ordre public constitutionnel.

La thèse défendue est qu'il est possible d'isoler dans tout système constitutionnel des règles d'une importance fondamentale qui sont susceptibles d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel tel qu'ici défini. L'objet de la présente contribution est de démontrer l'existence et la portée de telles normes dans le droit constitutionnel formel des États.

Pour procéder à la démonstration de cette thèse, il est nécessaire de déterminer aussi bien les fondements que l'utilité constitutionnels des normes d'ordre public constitutionnel.

Par conséquent, à propos de l'ordre public constitutionnel, nous montrerons d'abord qu'il a une existence constitutionnelle vérifiable (I). Nous montrerons ensuite qu'il est d'une utilité constitutionnelle véritable (II).

I°) UNE EXISTENCE CONSTITUTIONNELLE VÉRIFIABLE

Qu'est-ce qui permet de soutenir qu'une règle constitutionnelle est plus importante qu'une autre ? Une construction logique du concept d'ordre public constitutionnel passe par une détermination des fondements de l'importance particulière d'une disposition constitutionnelle. À notre sens, il est possible d'identifier ces fondements aussi bien dans le texte constitutionnel (A) que dans la jurisprudence constitutionnelle (B).

A) L'identification dans le texte constitutionnel

Même les pourfendeurs de l'idée d'une hiérarchie entre normes constitutionnelles admettent « [...] que toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique »⁷⁵. C'est donc premièrement dans les textes constitutionnels eux-mêmes qu'il est possible de percevoir les prémisses d'une hiérarchie. Dans certains cas, la fundamentalité de la règle est d'une

⁷⁵ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 84.

existence formelle (1) ; dans d'autres, elle est d'une existence matérielle (2).

1- Une existence formelle

La hiérarchie entre les normes qui composent le système constitutionnel est une réalité, même dans la pure théorie positiviste, dès lors qu'on appréhende le rapport hiérarchique comme un rapport de production. L'examen des textes montre que certaines normes posent explicitement les conditions de validité d'autres normes du même corpus constitutionnel. Il montre également l'existence de dispositions intangibles, lesquelles constituent des limites matérielles au pouvoir de révision, expressément prévues dans la Constitution.

Pour les tenants d'une approche formelle et strictement unitaire de la Constitution, les normes constitutionnelles prescrivent la validité des autres normes générales et abstraites du système juridique

étatique⁷⁶. De ce point de vue, il est difficile de concevoir que certaines normes constitutionnelles posent à leur tour la condition de validité d'autres normes de même valeur constitutionnelle⁷⁷. De telles normes, lorsqu'elles existent, établissent une différence de degré entre les normes constitutionnelles, de sorte que les normes qui n'ont pas cette qualité ne sont pas valables en cas de contrariété avec elles. Il s'agit là d'une hiérarchie juridique, au sens de Kelsen⁷⁸, car elle établit une relation de validité entre les dispositions de rang constitutionnel. En Afrique du Sud, par exemple, la Constitution du 11 octobre 1996 actuellement en vigueur, qui a consacré la nouvelle Afrique du Sud multiraciale post *apartheid*, a été adoptée conformément à 34 principes constitutionnels⁷⁹ posés dans la Constitution « intérimaire » du 22 décembre 1993. Cette exigence procédait de l'article 71 de cette Constitution transitoire qui a confié à la Cour constitutionnelle la responsabilité de « certifier »⁸⁰, à l'aune de ces principes, le

⁷⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 84 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^e éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977, p. 299 et s.

⁷⁷ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 2 ; B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, n° 29, 8 mars 1995, p. 12.

⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 355-356.

⁷⁹ Ces principes, qualifiés de « pacte solennel » par le § 2 du Préambule de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993, comprennent entre autres la séparation des pouvoirs, le fédéralisme, le refus de la

discrimination raciale et sexiste, la dignité humaine, la mise en œuvre du principe d'égalité, etc. v. N. LENOIR, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, décembre 1996, p. 4.

⁸⁰ Suivant les termes mêmes de l'article 71(2) de la Constitution intérimaire : « 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) ».

texte final adopté par l'Assemblée constituante⁸¹. Au Portugal, l'article 288 de la Constitution du 2 avril 1976 conditionne expressément la validité des lois de révision constitutionnelle⁸² au respect d'un ensemble de principes⁸³, règles⁸⁴ et droits⁸⁵ constitutionnellement garantis. Dans le même sens, en Tunisie, l'article 144 de la Constitution du 27 janvier 2014 fonde implicitement la validité des initiatives de révision de la Constitution à leur non-contrariété avec « ce qui, d'après les termes de la [...] Constitution, ne peut faire l'objet de révision ». Partant, tout projet de révision constitutionnelle devait être soumis à la Cour constitutionnelle à cette fin⁸⁶. À la lumière de ces dispositions, il est possible de soutenir le

caractère fondamental voire la normativité supérieure des normes prescriptives de la validité d'autres normes constitutionnelles.

De même, le champ couvert par les normes non révisables expressément prévues dans certaines Constitutions introduit indéniablement l'idée de hiérarchie. En effet, la protection renforcée dont bénéficient ces normes, les place nécessairement « au-dessus » des autres⁸⁷. Qu'on les désigne par limites matérielles⁸⁸, limites de fond⁸⁹, limites relatives à l'objet de la révision⁹⁰, clauses d'éternité⁹¹, clauses irréformables⁹², clauses d'intangibilité⁹³ ou encore normes itératives⁹⁴, ce sont des principes ou valeurs consacrés comme insusceptibles d'être altérés par le pouvoir constituant dérivé⁹⁵. Ils

⁸¹ X. PHILIPPE, « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 22 ; D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDP*, n°6, 2015, pp. 1583-1617.

⁸² Article 288(1) de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 : « Les lois de révision constitutionnelle doivent respecter [...] ».

⁸³ L'indépendance nationale et l'unité de l'État ; La séparation des Églises et de l'État ; l'indépendance des tribunaux ; l'autonomie des collectivités locales ; etc.

⁸⁴ Le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique ; l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ; le contrôle de constitutionnalité par action ou par omission de normes juridiques ; etc.

⁸⁵ Les droits, les libertés et les garanties dont jouissent tous les citoyens ; les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales ; etc.

⁸⁶ Article 144(1) de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : « Toute initiative de révision de la Constitution est soumise, par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, à la Cour constitutionnelle, pour dire que la révision ne concerne pas ce qui, d'après les termes de la présente Constitution, ne peut faire l'objet de révision ».

⁸⁷ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, n°83, 2010/3, p. 469.

⁸⁸ M. F. RIGAUX, « La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante », *RIDC*, vol. 39, n°1, janvier-mars 1987, pp. 309-310.

⁸⁹ 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, pp. 3-4.

⁹⁰ K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, p. 118.

⁹¹ C'est le cas en Allemagne. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, n°1, 2007, p. 89.

⁹² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 118.

⁹³ M. TROPER, « La supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 343 et s.

⁹⁴ N. BOBBIO, « Essais de théorie du droit », *RIDC*, vol. 51, n°4, 1999, pp. 1154-1157.

⁹⁵ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RSPJA*, n°5, 2011, p. 637.

forment, de ce fait, « l'ordre constitutionnel fondamental », aux termes de Favoreu, entendu comme étant l'ensemble des normes les plus difficiles à modifier⁹⁶. Contrairement aux limites temporelles qui renvoient à des « périodes stérilisées »⁹⁷ où la révision de la Constitution est interdite, les limites matérielles « se rapprochent des interdictions absolues de réviser »⁹⁸. Ces interdictions portent essentiellement sur 5 domaines⁹⁹ à savoir la nature politique du régime¹⁰⁰, les structures politiques de l'État¹⁰¹, les fondements idéologiques de l'État¹⁰², la protection des droits de l'homme¹⁰³, l'intégrité¹⁰⁴ et l'unité¹⁰⁵ du territoire national. Il ne serait pas techniquement excessif de conclure, à la lecture de ces dispositions, qu'il existe des normes formant

un « noyau dur » intangible¹⁰⁶ ou une sorte « de dorsale normative intemporelle »¹⁰⁷ des Constitutions.

De toute évidence, une certaine « différenciation hiérarchique » existe, ne fût-ce que d'un point de vue théorique, au profit des normes qui règlent la production des normes constitutionnelles nouvelles. Ces normes sont donc susceptibles d'intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel parce qu'elles assument une fonction de conservation du système constitutionnel¹⁰⁸. Leur fondamentalité est moins sujette à débat parce qu'étant expressément postulée dans la Constitution. Cependant, en considérant le contenu des normes, il est également possible de soutenir que l'ordre public constitutionnel a une existence matérielle.

⁹⁶ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 637.

⁹⁸ F. HOURQUEBIE, « Pouvoir constituant dérivé... », *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹ v. K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 118-120 ; B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ Qu'elle soit républicaine (art. 89(5) Constitution française de 1958 ; art. 288(1)(b) Constitution portugaise de 1976 ; art. 165(1) Constitution burkinabè de 1991 ; art. 64 Constitution camerounaise de 1996 ; art. 156 Constitution béninoise de 1990 ; art. 4 Constitution turque de 1982) ou monarchique (art. 175 Constitution marocaine de 2011 ; art. 175 Constitution koweïtienne de 1962). v. également V. E. SOMA/KABORÉ, « La forme républicaine de l'État comme clause d'éternité constitutionnelle », *Revue burkinabè de droit*, n°58, 2019, pp. 73-100.

¹⁰¹ Par exemples le caractère multipartite (art. 165(1) Burkina ; art. 117 Constitution gabonaise de 1991 ; art. 227 Constitution tchadienne de 2018 ; art. 288(1)(i) Portugal) ; le caractère fédéral de l'État (art. 20(1) en vertu de l'art. 79(3) de la Loi fondamentale allemande de 1949 ; art. 60 Constitution brésilienne de 1988) ou

les modalités d'expression du suffrage (art. 228(1)(h) au Portugal).

¹⁰² Il peut s'agir du caractère laïc (art. 156 Bénin ; art. 227 Tchad ; art. 175 Constitution nigérienne du 31 oct. 2010 ; art. 4 Turquie) ou du caractère théocratique de l'État (art.1 Tunisie ; art. 175 Maroc ; art. 223(4) de la Constitution algérienne révisée de 1996.

¹⁰³ Art. 153 Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; Art. 1 en vertu de l'art. 79(3) Allemagne ; art. 288(1)(d) Portugal ; art. 227 Tchad ; art. 175 Maroc ; art. 223(7) Algérie.

¹⁰⁴ Art. 165(1) Burkina ; art. 227 Tchad ; art. 223(8) Algérie. Pour plus de précisions v. B. V. W. OUEDRAOGO, « Le principe de l'intégrité territoriale dans le droit constitutionnel des États d'Afrique noire francophone », *Revue burkinabè de droit*, n°61, 2020, pp. 231-258.

¹⁰⁵ Art. 4 Turquie ; art. 288(1)(a) Portugal ; art. 64 Cameroun.

¹⁰⁶ L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 73 ; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 7 et s.

¹⁰⁷ B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie... », *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁸ C. BRAMI, *La hiérarchie des normes...*, *op. cit.*, p. 214.

2- Une existence matérielle

Le caractère d'ordre public constitutionnel de certaines dispositions peut être dégagé du texte ou de l'esprit de la Constitution. Ces normes, jugées essentielles en fonction de leur contenu, sont supérieures aux autres. Il peut s'agir de normes bénéficiant d'une immutabilité de fait ou de dispositions qui permettent d'appréhender la substantifique moelle d'une Constitution.

Le doyen Vedel, quoiqu'il réfute l'idée d'une hiérarchie juridique entre les normes constitutionnelles, a cependant admis qu'« il y a dans la Constitution des principes tellement fondamentaux qu'ils sont même à l'abri d'un futur pouvoir constituant »¹⁰⁹. Suivant cette assertion, l'ensemble des normes que le pouvoir constituant originaire a soustrait tacitement ou expressément à toute révision peut être regardé comme fondamental¹¹⁰. Ainsi, même les limites implicites au pouvoir de révision, qui peuvent être dégagées des textes constitutionnels, jouissent d'une légitimité supérieure. Dans

certains cas, l'immutabilité de fait peut se déduire directement des termes mêmes de la disposition. C'est le cas de l'article 2 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (ci-après DDHC) qui érige la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression au statut de « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »¹¹¹. C'est aussi le cas, au Japon, des articles 9 – pacifisme – et 11 – garantie des droits fondamentaux de la personne humaine – de la Constitution de 1946¹¹². Aux termes de ces dispositions, lues respectivement, le peuple japonais « renonce à jamais » à la guerre et au recours à la force, et les droits fondamentaux sont garantis au peuple japonais « de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables »¹¹³. Dans d'autres cas, l'immutabilité se déduit de l'esprit de la Constitution. À titre d'exemples, pourrait-on imaginer un seul instant que les libertés physiques de la personne humaine – droit à la vie¹¹⁴, interdictions de l'esclavage¹¹⁵ ou de la servitude¹¹⁶, etc. – ou les libertés de l'esprit –

¹⁰⁹ G. Vedel, « Introduction », in *La Constitution et l'Europe. Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 30.

¹¹⁰ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 89.

¹¹¹ v. G. VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'Homme dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 35 et s.

¹¹² On pourrait également ajouter l'article 97 de cette Constitution.

¹¹³ v. N. OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supraconstitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision

constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », *RFDC*, n°59, 2004/3, pp. 619-631.

¹¹⁴ v. textes constitutionnels suivants : art. 2(1) Burkina ; art. 3(1) Constitution ivoirienne modifiée du 8 nov. 2016 ; art. 15 Bénin ; art. 8(1) Constitution congolaise de 2015 ; art. 20 Maroc ; art. 15 Constitution espagnole de 1978.

¹¹⁵ Art. 2(2) Burkina ; art. 5(1) Côte d'Ivoire ; art. 33(2) Congo ; amendement à l'art. XIII (section 1) Constitution des États Unis d'Amérique.

¹¹⁶ Art. 19(2) Constitution malienne de 1992 ; art. 5(1) Côte d'Ivoire, art. 33(1) Congo.

liberté de pensée¹¹⁷, liberté de conscience¹¹⁸, etc. – ou encore les droits de la défense – principe *nullem crimen sine praevia lege penale*¹¹⁹, principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère¹²⁰, etc. – puissent être retirés des Constitutions des États de droit, même lorsqu'ils ne sont pas l'objet de clauses d'éternité constitutionnelle ? Si la réponse à cette question est évidemment non, alors il faudra bien reconnaître que ces normes jouissent d'une intangibilité de fait parce qu'elles expriment une sorte de « légitimité supérieure à la Constitution »¹²¹.

En outre, il y a un niveau d'idées, de conceptions constitutionnelles qui déterminent ce qu'est en réalité une Constitution et qui peut à juste titre être considéré comme supérieur¹²². Cela se matérialise par l'identification de règles ou principes considérés comme inhérents à l'identité constitutionnelle des États¹²³. Les normes en cause sont « consubstantielles à l'ordre constitutionnel et donc inséparables

de celui-ci »¹²⁴. L'article 16 de la DDHC constitue l'exemple le plus proéminent de cette catégorie de normes¹²⁵. En effet, en disposant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », il sacralise la garantie des droits et le principe de la séparation des pouvoirs comme deux paradigmes indispensables de l'ordre constitutionnel de tout État¹²⁶. Ces exigences sont élevées au rang « de méta-principes qui commandent tout le système »¹²⁷. Dans la même veine, les dispositions constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale¹²⁸ sont rangées par certains auteurs dans cette catégorie de normes¹²⁹. Olivier Beaud soutient ainsi qu'« il existe une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le principe de souveraineté prévaut sur toute autre disposition constitutionnelle qui y porte

¹¹⁷ Art. 7 Burkina ; art. 23(1) Bénin ; art. 19(1) Côte d'Ivoire ; art. 30(1) Niger ; art. 2 Gabon ; art. 25 Maroc ; art. 25(1) Turquie ; art. 11 DDHC ; art. 37(1) Portugal.

¹¹⁸ art. 7 Burkina ; art. 23(1) Bénin ; art. 19(1) Côte d'Ivoire ; art. 2 Gabon ; art. 28 Tchad ; art. 41(1) Portugal.

¹¹⁹ v. art. 5 Burkina ; art. 18 Niger ; art. 16 Bénin ; art. 7(1) Côte d'Ivoire ; art. 24 Tchad ; art. 43 Algérie ; art. 23(1) Maroc ; art. 7 DDHC ; art. 29(1) Portugal ; art. 19(2) Turquie.

¹²⁰ Art. 8 DDHC ; art. 19 Niger ; art. 28 Tunisie ; art. 29(4) Portugal.

¹²¹ M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 7^e éd., Sirey, 2009, pp. 327-328.

¹²² *15es Journées franco-italiennes (Rennes, 7-10 octobre 1993)*, *op. cit.*, p. 254.

¹²³ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 473.

¹²⁵ M. BOUAZIZ, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, 950 p.

¹²⁶ A. SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *Afrilex*, janv. 2018, p. 1.

¹²⁷ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 237.

¹²⁸ Art. 3 DDHC, art. 3 Constitution française de 1958.

¹²⁹ v. L. HAMON, in *La Constitution et l'Europe...*, *op. cit.*, p. 222 ; N. CATALA, in *La Constitution et l'Europe...*, *op. cit.*, p. 218.

atteinte »¹³⁰. Cette primauté peut être perçue également en droit constitutionnel japonais où le préambule de la Constitution prescrit que la souveraineté du peuple est « la loi universelle à la base de la présente Constitution ». Partant, sont rejetés et déclarés nuls et non avenus « toutes autres constitutions, lois, ordonnances et rescrits impériaux [...] » qui contreviennent à ce principe¹³¹. Enfin, en Norvège l'article 112 de la Constitution de 1814 prohibe la modification des dispositions qui changent l'esprit de ladite Constitution¹³². Même si la Constitution demeure silencieuse sur la nature, le contenu ou l'étendue de ces dispositions, leur existence ne peut être niée. On peut considérer l'esprit d'une Constitution comme formé par les normes qui en constituent l'âme, l'essence, le cœur du système, en somme, l'identité constitutionnelle profonde¹³³.

Tout compte fait, il n'y a pas d'égalité de valeur entre les différentes dispositions de chacune des normes qui composent le bloc de constitutionnalité. Des éléments de « supraconstitutionnalité » ou de

« superconstitutionnalité » latentes sont en effet décelables dans la norme constitutionnelle. Cette « supraconstitutionnalité cachée », aux termes de Vedel¹³⁴, est par ailleurs confirmée dans la jurisprudence constitutionnelle.

B) L'identification dans la jurisprudence constitutionnelle

Selon Pierre Pactet, « l'œuvre constituante n'est pas épuisée par le texte initial de la Constitution, ses compléments et ses révisions, car il faut aussi tenir le plus grand compte de certaines décisions du Conseil constitutionnel »¹³⁵. En effet, en sa qualité de gardienne de la Constitution¹³⁶, il est de la responsabilité de la justice constitutionnelle « de déterminer ce que la Constitution signifie, de déterminer ses conséquences et d'en développer la

¹³⁰ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1068.

¹³¹ N. OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 621.

¹³² J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 36^e éd., Paris, LGDJ, 2022-2023, p. 257.

¹³³ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 460. Pour aller loin v. S. PIERRE-CAPS, « L'esprit des constitutions », in *Mélanges en*

l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Paris, Dalloz, 2003, p. 375 et s.

¹³⁴ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁵ P. PACTET, « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1374.

¹³⁶ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

protection »¹³⁷. À travers cet office, le juge constitutionnel est quelquefois conduit à créer ou consacrer des normes d'ordre public constitutionnel. Il peut s'agir d'une consécration explicite (1) ou d'une consécration implicite (2).

1- Une consécration explicite

Si en France, le Conseil constitutionnel s'est refusé à être le gardien d'un ordre métaconstitutionnel¹³⁸, d'autres juridictions constitutionnelles ont cependant « franchi le Rubicon » pour reconnaître expressément l'existence de valeurs supraconstitutionnelles. Cette reconnaissance procède de la consécration, d'une part, de principes transcendant la Constitution et, d'autre part, de principes immanents à la matière constitutionnelle.

Dans une première acception, la supraconstitutionnalité désigne le transcendant¹³⁹, c'est-à-dire, des normes

juridiques ayant une origine extraconstitutionnelle et une valeur supérieure à la Constitution¹⁴⁰. Il s'agit d'un « droit constitutionnel naturel », aux termes de Beaud¹⁴¹, constitué de normes issues du droit naturel et qui s'imposeraient à la Constitution. Leur existence ne peut être évoquée sans rappeler le sempiternel conflit qui existe entre les différentes conceptions du droit, comme le jusnaturalisme et le juspositivisme¹⁴². Pour les uns, non seulement de telles normes existent et mieux, elles auraient une valeur juridique¹⁴³. Pour les autres, « l'existence de règles supraconstitutionnelles en droit interne est une impossibilité “quasi ontologique” »¹⁴⁴. Une troisième catégorie d'auteurs opte pour une position intermédiaire en soutenant qu'« il n'y a aucun inconvénient à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un credo politique »¹⁴⁵. La position du juge constitutionnel était donc attendue car, faut-il le rappeler, « la Constitution est ce que les juges disent qu'elle est »¹⁴⁶. C'est

¹³⁷ E. SPITZ, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine », cité par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 8.

¹³⁸ (G.) VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, p. 59.

¹³⁹ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 457.

¹⁴⁰ K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁴¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 263.

¹⁴² v. H. KELSEN, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 492.

¹⁴³ S. ARNÉ, « Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *RDP*, 1993, p. 474 ; S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématité du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 65.

¹⁴⁴ B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁵ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁶ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle de la*

ainsi que certaines Cours constitutionnelles se sont prononcées en faveur de l'existence de normes fondamentales « suprapositives ». À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle allemande a soutenu en 1951 qu'« 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 »¹⁴⁷. Elle « enfonça le clou » deux années plus tard en reconnaissant, dans sa décision du 18 décembre 1953, l'assujettissement du pouvoir constituant originaire aux principes « suprapositifs »¹⁴⁸. Ainsi, dans l'esprit du juge constitutionnel allemand, ces principes ne sauraient supporter aucune dérogation ni aucune limite¹⁴⁹. Pour ce faire, ces derniers sont qualifiés pour intégrer le champ de l'ordre public constitutionnel tel que nous le concevons.

Dans une seconde acception, la supraconstitutionnalité désigne des principes immanents à la matière constitutionnelle et à la vie de l'État¹⁵⁰. Il s'agit, pour reprendre les

termes de la Cour constitutionnelle béninoise, de principes dont la modification « peut détruire l'ordre constitutionnel existant et lui substituer un nouvel ordre constitutionnel »¹⁵¹. Ces principes se distinguent des précédents par leur existence matérielle. Cela signifie que leur existence peut être établie, soit parce qu'ils sont formulés dans le corpus constitutionnel, soit parce qu'ils en découlent de façon directe ou dérivée¹⁵². Dans le dernier cas, ils sont « découverts » ou « créés » par le juge via un travail d'induction visant à rechercher la cohérence du système constitutionnel¹⁵³. Par ailleurs, le juge n'hésite pas parfois à reconnaître explicitement le rang supérieur des normes « secrétées ». La Cour constitutionnelle italienne a ainsi clairement jugé que « les principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel ont une valeur supérieure par rapport aux autres normes ou lois de valeur constitutionnelle »¹⁵⁴. Ces principes sont supérieurs en ce qu'ils « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne »¹⁵⁵. De même, le tribunal constitutionnel allemand a

constitutionnalité des lois (1921), Paris, Dalloz, 2005, p. 313.

¹⁴⁷ *Bundesverfassungsgericht*, décision du 23 octobre 1951.

¹⁴⁸ v. É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 150.

¹⁴⁹ S. ARNÉ, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles... », *op. cit.*, p. 474.

¹⁵⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵¹ Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *op. cit.*

¹⁵² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵³ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 230.

¹⁵⁴ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988, point 2.1. v. É. BESSON, « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique ? », *AJIC*, vol. XXI, 2005, pp. 11-38.

¹⁵⁵ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988.

reconnu l'existence « de principes essentiels de la Loi fondamentale »¹⁵⁶ constitués par le « noyau dur constitutionnel »¹⁵⁷ établi par l'article 79-3 et par les « principes de l'État de droit, d'égalité et de l'État social »¹⁵⁸ prévus par les articles 1 et 20 de la Constitution allemande. Il a, par conséquent, assujéti les lois de révision constitutionnelle à ces principes¹⁵⁹. Le juge constitutionnel italien reconnaît, en outre, l'existence de droits inviolables « qui ne peuvent pas être objet de révision, quand ils représentent des valeurs fondamentales de la personne et les fondements de l'ordre démocratique républicain »¹⁶⁰. Suivant le même raisonnement, le tribunal constitutionnel espagnol reconnaît l'existence d'un noyau absolu de droits fondamentaux dans la Constitution¹⁶¹. Concernant toujours les droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a affirmé que « la dignité humaine et le droit à la vie sont les principes les plus importants et sont

la source de tous les autres droits de la personne humaine »¹⁶². Enfin, au Bénin, la Cour constitutionnelle a étendu d'autorité le bloc de l'intangibilité constitutionnelle en consacrant de nouvelles normes qui complètent les « options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990 » pour lesquelles aucune procédure de révision n'est possible même par voie référendaire¹⁶³. Ainsi, parce qu'elles sont de nature à neutraliser la volonté du peuple souverain et *a fortiori* celle du législateur constituant, les « options fondamentales de la Conférence nationale souveraine » sont hissées à un niveau supraconstitutionnel par la Cour¹⁶⁴.

Ce faisant, l'effectivité de règles constitutionnelles que le juge constitutionnel considère comme plus importantes et auxquelles il garantit une protection renforcée ne peut être niée. Sur ce terreau des normes constitutionnelles supérieures, certaines juridictions constitutionnelles sont

¹⁵⁶ Décision du 18 décembre 1953.

¹⁵⁷ Décisions du 15 décembre 1970 ; du 29 mai 1974, *Solange I* ; du 22 octobre 1986, *Solange II* ; du 23 avril 1991 et du 12 octobre 1993. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Décision du 18 décembre 1953.

¹⁶⁰ Arrêt n° 366 du 23 juillet 1991.

¹⁶¹ Arrêt n°91 de l'an 2000, *Pavilaniti et autres*.

¹⁶² *Others, Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, CCT 35/99, 06/07/00 cités par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 : « Ne peuvent faire l'objet de questions à soumettre au référendum, les options fondamentales de la

Conférence nationale de février 1990, à savoir : [...] ; - le mandat présidentiel de cinq ans renouvelable une seule fois ; la limite d'âge de 40 ans au moins et 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle ; - le type présidentiel du régime politique au Bénin » ; v. également décision DCC 14-156 du 19 août 2014.

¹⁶⁴ Cette décision a suscité une controverse doctrinale, v. D. KOKOROKO et A. KPODAR, « Controverse doctrinale : La Cour constitutionnelle du Bénin peut-elle soumettre, aux « Options fondamentales de la Conférence nationale », le peuple dans l'exercice de son pouvoir de révision ? Commentaire croisé de la Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la Cour constitutionnelle du Bénin », *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 699-728.

plus prudentes, en ce sens qu'elles en opèrent une consécration implicite.

2- Une consécration implicite

L'empire de la Constitution s'étend au-delà des normes strictement constitutionnelles par le fait du juge constitutionnel. Ce dernier, grâce à ses larges pouvoirs d'interprétation de la Constitution, devient de fait l'associé de ceux qui l'ont rédigée¹⁶⁵. Cette situation lui permet de consacrer subrepticement un corps de principes constitutionnels fondamentaux ou encore la supériorité de certaines normes constitutionnelles.

S'agissant d'abord des principes constitutionnels fondamentaux, figurent en bonne place les principes qui commandent la

cohésion du système constitutionnel¹⁶⁶. Le juge, en effet, à travers la mise en œuvre de ses attributions constitutionnelles¹⁶⁷, est amené à déterminer les règles essentielles du contrôle de constitutionnalité. C'est le cas, par exemple, pour le Conseil constitutionnel français qui a défini progressivement la séparation des pouvoirs¹⁶⁸ et la garantie des droits¹⁶⁹ comme étant les principes matriciels « qui commandent sa fonction comme son action »¹⁷⁰. Mieux encore, il a reconnu, par la suite, l'existence de règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France¹⁷¹ laissant entrevoir « l'existence de normes particulières sur lesquelles repose l'ensemble du système juridique français »¹⁷². Dans la même logique, au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel a évoqué « les principes qui constituent le

¹⁶⁵ Aharon BARACK, ancien Président de la Cour suprême d'Israël, cité par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁶ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, pp. 230 et s. ; K. HOUNAKE, « Les nouvelles figures d'expression... », *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁷ Son rôle ne se limite plus au contrôle de constitutionnalité. Il a également en charge la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux de la personne humaine, le contentieux des élections nationales et des consultations populaires et la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. v. Constitutions : art. 114 Bénin ; art. 152 Burkina ; art. 92 Sénégal ; art. 83 Gabon ; art. 175 et s. Congo.

¹⁶⁸ En soutenant, dans sa Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, que le législateur « n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre [...] », le Conseil place de fait le principe de la séparation des pouvoirs au-dessus de la Constitution qui en est la

mise en œuvre. v. J.-M. Blanquer, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁶⁹ Le Conseil s'est érigé, par-delà les normes constitutionnelles elles-mêmes, en défenseur des droits et libertés en consacrant pour la première fois un principe fondamental reconnu par les lois de la République. v. CC, n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹⁷⁰ J.-M. BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁷¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, considérant 19 : « Considérant, en premier lieu, que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». v. aussi la Décision n°2021-940 QPC du 15 oct. 2021, *Société Air France*, considérants 9 et 15.

¹⁷² É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 454.

fondement de la Constitution »¹⁷³ pour apprécier la constitutionnalité matérielle d'une loi de révision. Même s'il n'a pas pris le soin de les préciser, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de révision sur leur fondement montre bien leur existence, mieux leur garantie par le Conseil¹⁷⁴. Pareillement, au Bénin, la Cour constitutionnelle a invalidé des dispositions d'une loi de révision constitutionnelle¹⁷⁵, pourtant adoptée conformément à la Constitution, en se fondant sur les « idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution [...] », plus précisément le « consensus national », qu'elle a élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁶. Nonobstant une décision récente dans laquelle la Cour a opéré un revirement en affirmant « qu'elle n'est pas compétente pour contrôler le contenu de la volonté du constituant »¹⁷⁷, il est possible de considérer les idéaux sus-évoqués comme

constituant les principes directeurs qui définissent la mission du juge constitutionnel béninois.

S'agissant ensuite de la consécration de la supériorité de certaines normes, on peut en trouver témoignages éloquentes et concordants dans de nombreuses décisions. Il peut s'agir, en premier lieu, de normes se rapportant aux droits fondamentaux. En France, par exemple, la libre communication des pensées et des opinions a été qualifiée de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »¹⁷⁸. De même, la garantie des droits a été précisée par un autre principe matriciel qui l'accompagne et qui lui imprime un sens nouveau, à savoir la dignité de la personne humaine¹⁷⁹. Au Bénin, la Cour constitutionnelle a posé la primauté de la garantie des droits, notamment sur les dispositions constitutionnelles relatives à la

¹⁷³ Décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012, dernier considérant ; v. M. KAMARA, « Supraconstitutionnalité et exercice... », *op. cit.*, p. 1434.

¹⁷⁴ *Ibid.* : « [...] qu'elle a de ce fait, dérogé aux principes généraux de droit sur la nature juridique de la Constitution, que les principes qui constituent le fondement de la Constitution ont été de ce fait méconnus ; qu'il s'ensuit que la loi susvisée n'est pas conforme à la Constitution ». Pour le commentaire de cette décision v. B. G. KAMBOU, « Le contrôle juridictionnel des lois de révision constitutionnelle au Burkina Faso : à propos de la décision inédite 2012-008 du conseil constitutionnel du 26 avril 2012 », *Revue Burkinabè de Droit*, n°50, 2015, p. 254 et s.

¹⁷⁵ La loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale du Bénin le 23 juin 2006.

¹⁷⁶ DCC 06-074 du 8 juillet 2006. Pour des commentaires de cette décision v. L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle*

africaine : Droit constitutionnel Jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 311-337 ; N. MÉDÉ, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2020, pp. 490-494 ; A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des normes supra législatives : Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, Loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés », *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel, op. cit.*, pp. 99-126 ; v. aussi B. D. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision n° DC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) », *RDP*, n°5, 01/09/2009, pp. 1493-1511.

¹⁷⁷ Décision DCC 21-010 du 07 janvier 2021, p. 3.

¹⁷⁸ CC, 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *entreprises de presse*, considérant 37.

¹⁷⁹ Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*.

Cour suprême en acceptant de connaître des arrêts de cette Cour, pourtant insusceptibles de recours aux termes de l'article 131-3 de la Constitution¹⁸⁰. Enfin, en Afrique du Sud, le juge constitutionnel a élevé la doctrine *Ubuntu*¹⁸¹ en norme à valeur constitutionnelle et a prononcé sur son fondement l'inconstitutionnalité de la peine de mort et la légalité de la loi d'amnistie¹⁸². Il peut s'agir, en second lieu, de normes à objet institutionnel. C'est le cas en République Démocratique du Congo, où le juge constitutionnel a fait prévaloir le principe de la continuité et de la régularité des services publics¹⁸³, sur les dispositions de la Constitution de transition de 2003 se rapportant à l'Administration électorale, afin de maintenir et de prolonger la durée de fonctionnement de cette institution¹⁸⁴. Dans le même registre, il a invoqué le principe de la continuité de l'État pour prolonger les mandats constitutionnels du Président de la République et des parlementaires¹⁸⁵. Dans d'autres cas, le caractère supérieur de la norme se déduit de la consécration ou du

renforcement jurisprudentiels de son intangibilité. À ce propos, le Conseil constitutionnel sénégalais a estimé que la durée des mandats politiques en cours ne peut, « [...] quel que soit au demeurant l'objectif recherché, être réduite ou prolongée »¹⁸⁶. Ce faisant, il consacre *de facto* la durée des mandats politiques comme une limite matérielle à la révision de la Constitution sénégalaise aux côtés de la forme républicaine de l'État¹⁸⁷. Au Niger, la Cour constitutionnelle a scellé l'intangibilité de la disposition relative au mandat présidentiel en jugeant que « les questions de nature constitutionnelle telles que la durée du mandat du Président de la République ne peuvent [...] être [...] soumises à Référendum »¹⁸⁸.

De ce qui précède, on est conduit à reconnaître la valeur d'ordre public constitutionnel des normes que le juge constitutionnel a, d'une certaine façon, posé comme essentielles et qui jouissent d'une protection renforcée. Ces normes visent à « préserver la société contre des

¹⁸⁰ La Cour soumet au contrôle de constitutionnalité les décisions de justice lorsqu'elles sont réputées violer les droits fondamentaux de la personne humaine. v. DCC 03-166 du 11 novembre 2003, *Maître FELIHO V. Florentin* ; DCC 06-076 du 27 juillet 2006 ; DCC 09-087 du 13 août 2009, *Alphonse MENONKPINZON ATOYO et consorts*.

¹⁸¹ *Ubuntu* est un concept *xhosa* et *zoulou*, qui exprime une norme de comportement sociale. Elle renvoie à « l'ensemble des valeurs humanistes africaines », v. O. CAYLA, Ph. SALAZAR, *Le genre humain, Vérité, Réconciliation, Réparation*, Paris, Seuil, 2004, 384 p.

¹⁸² Arrêts du 6 juin 1995, *S v. Mackwanyane and Another* et 25 juillet 1996 *Azapo and others v.*

President of Republic of South Africa and Others, cités par D. E. EMMANUEL, « Le pouvoir normatif... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ CSJ, décision du 27 août 2007.

¹⁸⁴ v. S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC*, n°110, 2017/2, p. 304.

¹⁸⁵ Arrêt R.CONT. 262 du 11 mai 2016.

¹⁸⁶ Décision n°1/C/2016.

¹⁸⁷ S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions... », *op. cit.*, p. 307.

¹⁸⁸ Avis n°02/CC du 25 mai 2009.

bouleversements qu'elle ne saurait maîtriser à défaut d'elles »¹⁸⁹. De ce point de vue, elles seraient d'une utilité constitutionnelle véritable.

II°) UNE UTILITÉ CONSTITUTIONNELLE VÉRITABLE

Une fois qu'on a démontré l'existence des normes d'ordre public constitutionnel, il convient de s'interroger sur leur véritable utilité. Une telle question n'est pas superfétatoire dans la mesure où l'utilité paraît constituer un critère normatif du droit¹⁹⁰. Toute considération faite, la reconnaissance d'un ordre public constitutionnel cristallise une volonté théorique de perfectibilité du système constitutionnel parce qu'elle engendre une « constitutionnalité renforcée »¹⁹¹ des normes (A) et est susceptible d'entraîner un accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel (B).

A) Une « constitutionnalité renforcée » des normes

La dimension matérielle de l'ordre public constitutionnel permet d'aborder l'importance normative de la notion. À cet égard, l'ordre public constitutionnel peut être en premier lieu des normes à objet institutionnel qui ne peuvent être remises en cause sans mettre à bas tout l'édifice. Il peut s'agir en second lieu de normes conférant des droits substantiels qui jouissent d'une garantie renforcée. Dans le premier cas, il induit une garantie de la stabilité institutionnelle (1) ; dans le second, il permet une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels (2).

1- Une garantie de la stabilité institutionnelle

L'ordre public constitutionnel ne doit pas rester uniquement de l'ordre de la pure spéculation intellectuelle. L'intangibilité – de droit ou de fait – des normes qui le composent vise à protéger les bases fondamentales du système étatique. Dans cette dimension, il assure la pérennité du régime politique et

¹⁸⁹ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 241-242.

¹⁹⁰ A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *Revue RRC*, n°016 / Décembre 2021, pp. 1-12.

¹⁹¹ R. DÉCHAUX, *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherche sur la production du droit constitutionnel formel*, Thèse, Université Aix-Marseille III, 2011, 957 p.

consolide le fonctionnement démocratique de l'État.

Sur le premier point, le domaine de l'intangibilité constitutionnelle concerne principalement les normes que les Constitutions jugent essentielles pour la survie du régime juridico-politique qu'elles ont établi¹⁹². En effet, il serait fâcheux si les pouvoirs constitués pouvaient porter atteinte à certaines valeurs fondamentales¹⁹³. La fondamentalité de ces normes apparaît dans la période qui précède l'adoption d'une nouvelle Constitution. Il peut s'agir de règles se rapportant à l'idée de l'État que se font les « pères fondateurs » qui établissent une Constitution là où il n'y en avait pas. Il peut s'agir également des principes ou de la philosophie du droit auxquels se réclament un gouvernement de fait¹⁹⁴ ou des révolutionnaires qui parviennent à renverser l'ordre établi. Il peut s'agir enfin de normes contenues dans des accords de paix conclus entre les acteurs politiques d'un État antérieurement en crise¹⁹⁵. Dans tous ces cas, il y a émission de normes considérées comme

appartenant au pacte fondateur de l'idéal étatique et qui se placent comme supérieures aux autres règles constitutionnelles. Ces normes fondent l'adhésion dans son ensemble au système constitutionnel national¹⁹⁶. Elles ont trait, pour l'essentiel, à la forme du gouvernement. En France, par exemple, l'impossibilité de réviser la forme républicaine du gouvernement¹⁹⁷ vise à empêcher le retour à la monarchie¹⁹⁸. De même, la Cour constitutionnelle italienne a jugé, en substance, que la forme républicaine constitue « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne » et ne peut, de ce fait, être remise en cause¹⁹⁹. Au Bénin, enfin, la Cour constitutionnelle a conforté la nature présidentielle du régime politique²⁰⁰ afin d'éviter que le régime ne dérive ni vers un présidentielisme, ni vers un régime d'Assemblée, encore moins vers un « gouvernement des juges »²⁰¹. Les normes considérées peuvent également porter sur l'organisation des pouvoirs publics. À ce propos, la séparation des pouvoirs, en France,

¹⁹² K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁹³ *15^e journées juridiques franco-italiennes*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁹⁴ M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, pp. 73-100.

¹⁹⁵ J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *RRJ*, 2008, pp.1723-1746 ; P. MAMBO, « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les États africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de McGill*, vol. 57, n°4, juin 2012, pp. 921-952.

¹⁹⁶ v. B. MATHIEU, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 142.

¹⁹⁷ Art. 89 alinéa 5 de la Constitution de 1958.

¹⁹⁸ v. E. SOMA/KABORÉ, « La forme républicaine... », *op. cit.*

¹⁹⁹ Arrêt du 15 décembre 1988, n° 1146/1988.

²⁰⁰ Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, *AYIKPE Louis*.

²⁰¹ É. NGANGO YOUNBI, « La supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p. 144 ; v. aussi F. J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, p. 156 ;

a été érigée au rang de « méta-principe » aussi bien par les révolutionnaires de 1789²⁰² que par le juge constitutionnel²⁰³ en réaction à l'absolutisme royal, caractérisé par une confusion des fonctions²⁰⁴. La garantie de la séparation des pouvoirs²⁰⁵ a conduit à consacrer la primauté de ce principe sur des dispositions d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies en Côte d'Ivoire²⁰⁶ et sur l'article 105-2 de la Constitution au Bénin²⁰⁷. Suivant cette philosophie des choses, les normes sus-évoquées, en raison de leur légitimité supérieure, assurent la conservation du système politique.

Sur le second point, le bloc de l'intangibilité constitutionnelle comprend aussi des normes relatives au fonctionnement démocratique de l'État. La démocratie constitue de nos jours l'élément fondamental de l'ordre public international et l'unique modèle politique envisagé et compatible avec certains systèmes juridiques²⁰⁸. Son

importance est telle, que certains suggèrent de considérer comme supraconstitutionnel, le corpus de normes qu'il est possible de dégager « dans la convergence incontestablement réelle et fréquente des Constitutions démocratiques et des jurisprudences nationales correspondantes »²⁰⁹. Dans le même sens, d'autres considèrent l'ordre public constitutionnel comme formé uniquement des dispositions constitutionnelles qui relaient « les valeurs fondamentales de la démocratie et qui [disposent] d'une valeur impérative supérieure aux autres règles constitutionnelles »²¹⁰. En tout état de cause, l'intégration dans le champ de l'ordre public constitutionnel des dispositions constitutionnelles qui promeuvent la démocratie permet leur « sacralisation »²¹¹. La preuve en est qu'en Allemagne, les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949 ont fait en sorte que la démocratie libérale ne

²⁰² Art. 16 de la DDHC.

²⁰³ Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*.

²⁰⁴ J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 167.

²⁰⁵ v. A. A. W. OUANDAOGO, « La garantie juridictionnelle de la séparation des pouvoirs en Afrique noire francophone », *Revue burkinabè de droit*, n°61, 2020, pp. 259-286.

²⁰⁶ v. A. GADJI, « L'ONU et la crise ivoirienne », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *op. cit.*, pp. 195-229 ; G. P. TCHIVOUNDA, « Le conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire et l'internationalisation de l'élection présidentielle des 31 octobre et 28 novembre 2010. Variations autour d'un plaidoyer », in D. F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *op. cit.*, pp. 431-447.

²⁰⁷ La Cour constitutionnelle juge contraire à la séparation des pouvoirs l'obligation pour le

Gouvernement, prévue à l'art. 105-2 de la Constitution, de requérir l'avis motivé de la Cour Suprême avant de délibérer les projets de loi. v. Décision du 27 juillet 2011.

²⁰⁸ CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*. v. également A. SOMA, « Sur le principe d'une obligation des États africains de se "démocratiser" : éléments de droit constitutionnel et de droit international public », *AYIL*, 2008, vol. 16 (1), p. 373 et s.

²⁰⁹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 88.

²¹⁰ A.-C. BEZZINA, « L'ordre public constitutionnel », *op. cit.*, p. 28.

²¹¹ P. L. NIKIEMA, « Les clauses d'éternité constitutionnelle dans la construction démocratique au Burkina Faso », *Afrilex*, février 2021, p. 11 et s.

puisse jamais être remise en cause comme cela avait été le cas en 1933²¹². À l'instar de l'Allemagne, des États ont, par exemple, inclus les dispositions relatives à l'alternance démocratique parmi les normes irréfornables²¹³. Dans la même perspective, certaines juridictions constitutionnelles ont considérablement élargi la supraconstitutionnalité afin de préserver les acquis démocratiques²¹⁴. C'est le cas en Centrafrique où la Cour constitutionnelle a garanti la limitation de la durée du mandat présidentiel en soutenant « [...] que le Peuple a clairement manifesté sa volonté d'instituer un **verrou constitutionnel**²¹⁵ en ce qui concerne le mandat du Président de la République, verrou que nul ne peut, pas même ses Représentants, les députés, [...], ni supprimer ni modifier »²¹⁶. Au Sénégal, le juge constitutionnel s'est fondé sur la sécurité juridique et la stabilité des institutions pour élever la durée des mandats politiques au rang de norme intangible²¹⁷. De même au Bénin, la Cour constitutionnelle a élevé certaines spécificités au-dessus de la Constitution conduisant à verrouiller de

façon radicale la durée et le nombre des mandats parlementaires²¹⁸ et présidentiels²¹⁹.

En somme, la reconnaissance du caractère d'ordre public constitutionnel d'une norme à objet institutionnel garantit son inaltérabilité et « sanctuarise » du même coup les structures politiques de l'État. Par ailleurs, si l'on en croit les auteurs qui conçoivent l'ordre public constitutionnel suivant l'angle des droits de l'homme, la notion permettrait également une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels.

2- Une lecture éclairée des droits fondamentaux constitutionnels

Les droits et libertés constitutionnels constituent également une composante essentielle de l'ordre public constitutionnel. Cependant, tous les droits ne font pas forcément partie de ce champ normatif. L'appartenance d'un droit donné à cette catégorie de normes devra conduire, d'une part, à considérer qu'il est plus fondamental

²¹² Art. 79-3 de la Loi fondamentale de 1949. v. M. FROMONT, « La révision de la Constitution... », *op. cit.*, p. 1 et s.

²¹³ Art. 165-1 Burkina Faso ; art. 175-2 Niger ; art. 153 Centrafrique ; art. 75-8 Constitution tunisienne de 2014 ; v. S. M. OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en droit, Université MONTESQUIEU – Bordeaux IV, 16 mai 2011, 449 p.

²¹⁴ S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions... », *op. cit.*, p. 305 et s.

²¹⁵ C'est la Cour qui souligne.

²¹⁶ Avis n°015/CC/20 du 05 juin 2020, considérant 25. Dans le même sens v. Avis n°02/CC du 25 mai 2009 (Niger). Pour aller plus loin v. A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, juin 2003, pp. 139-174.

²¹⁷ Décision n°1/C/2016.

²¹⁸ DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²¹⁹ DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

que les autres et, d'autre part, à lui assurer une garantie renforcée.

Une partie de la doctrine, à laquelle nous sommes sensible et acquis, estime que « certains droits sont plus « fondamentaux » que d'autres »²²⁰. On retrouve cette idée on ne peut plus clairement dans l'affirmation de Robert Badinter²²¹ selon laquelle « il y a, dans nos systèmes constitutionnels, des libertés intangibles que le constituant ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré »²²². Cette idée est partagée par les révolutionnaires de 1789 qui ont érigé certains droits au rang de « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » dont la conservation reste « le but de toute association politique »²²³ et d'autres au rang de « droits les plus précieux de l'Homme »²²⁴. La différenciation hiérarchique entre droits fondamentaux constitutionnels peut également être perçue en droit constitutionnel sud-africain où il est possible de considérer les droits figurant parmi les 34 principes qui ont servi à la « certification » de la Constitution actuelle comme étant nécessairement plus

importants²²⁵. Par-delà les textes, on note l'existence d'une pertinente et concordante jurisprudence qui s'inscrit dans le sens de cette hiérarchie. À titre d'exemples, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu l'existence de droits qui « [...] représentent des valeurs fondamentales de la personne et les fondements de l'ordre démocratique républicain »²²⁶. Le juge constitutionnel espagnol a également admis l'existence d'un noyau absolu de droits fondamentaux dans la Constitution²²⁷. La Cour constitutionnelle sud-africaine, pour sa part, a nommé certains droits comme étant plus importants et comme étant la source de tous les autres droits de la personne humaine²²⁸. Par ailleurs, la doctrine a établi une pluralité d'éléments qui fondent la hiérarchie entre droits fondamentaux. Il peut s'agir de l'absence de régime d'autorisation préalable pour l'exercice du droit considéré, du rôle du législateur dans sa mise en œuvre effective et de son application uniforme sur tout le

²²⁰ Cette formulation est de Henry Roussillon, cité par K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 320.

²²¹ Professeur de droit, Ancien Garde des Sceaux (juin 1981 – février 1986) et ancien Président du Conseil constitutionnel français (mars 1986 – mars 1995).

²²² Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 33.

²²³ v. art. 2 de la DDHC.

²²⁴ v. art. 11 de la DDHC.

²²⁵ Comme droits figurant parmi ces principes, on peut citer : le refus de la discrimination raciale et sexiste, la dignité humaine, la mise en œuvre du principe d'égalité, etc. v. § 2 du Préambule de la Constitution sud-africaine du 22 décembre 1993.

²²⁶ Arrêt n° 366 du 23 juillet 1991.

²²⁷ Arrêt n°91 de l'an 2000, *Paviliani et autres*.

²²⁸ *Others, Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, op. cit.

territoire²²⁹. Sont également susceptibles d'être pris en compte, le degré de précision du principe considéré, l'existence ou non d'exception ou de tempérament, le degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard ou encore, sa garantie juridictionnelle²³⁰. Ces éléments permettent de mettre en lumière, parmi les droits constitutionnels, des droits plus sensibles que d'autres, lesquels sont considérés comme d'ordre public constitutionnel, au sens de cette étude.

Les droits ainsi identifiés jouissent nécessairement d'une garantie renforcée. Cette garantie est à la fois un critère et une conséquence de leur qualité d'ordre public constitutionnel. D'abord, elle est un critère parce qu'il est possible de déduire la « constitutionnalité renforcée » d'un droit ou d'une liberté à partir de son degré élevé de protection. Favoreu proposait, en effet, d'opérer une distinction « entre les libertés de premier et de second rang »²³¹ en fonction de la protection qui leur est assurée par le juge constitutionnel. Allant plus loin, Delmas-Marty soutient l'existence de « droits à protection absolue », de « droits à protection

“quasi-absolue” » et de « droits à protection relative »²³². Ainsi, on pourrait par exemple considérer que relèvent des deux premières catégories, les droits « sacralisés » par une clause d'éternité expressément prévue dans la Constitution. C'est le cas en Allemagne de la dignité de l'être humain²³³ et du droit de résistance des citoyens face à toute velléité de renversement de l'ordre constitutionnel²³⁴ qui sont intangibles en vertu de l'article 79-3 de la Loi fondamentale. Il y a aussi le cas du Portugal où « les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations » sont nommément cités parmi les limites matérielles de révision de la Constitution²³⁵. Ensuite, dire que la garantie renforcée est une conséquence du caractère d'ordre public constitutionnel signifie que c'est la reconnaissance de la valeur supérieure des droits qui conduit à leur assurer une meilleure protection. Nous en voulons pour preuve qu'en France la libre communication des pensées et des opinions jouit d'une meilleure garantie juridictionnelle parce que le juge l'a qualifiée de « liberté fondamentale d'autant plus précieuse... »²³⁶. Il en est de même de la liberté individuelle²³⁷ en ce qu'il « rejoint

²²⁹ L. FAVOREU, L. PHILIP et autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2011, pp. 199-200.

²³⁰ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., note 320.

²³¹ L. FAVOREU, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du Colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989*, Paris, Éditions STH, 1990, p. 37.

²³² M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : Tome 1, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

²³³ Art. 1, alinéa 1 de la Loi fondamentale.

²³⁴ *Ibid.*, Art. 20, alinéa 4.

²³⁵ Art. 288(1)(d) de la Constitution.

²³⁶ CC, 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *entreprises de presse*, considérant 37.

²³⁷ CC, 76-75 DC, 12 janvier 1977, considérant 1.

l'un des droits naturels et imprescriptibles consacrés à l'article 2 de la DDHC »²³⁸. Dans le même temps, le juge constitutionnel italien a reconnu le caractère inviolable des droits qui appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes de la démocratie italienne²³⁹. Le tribunal constitutionnel allemand a lui aussi considéré que « la substance des droits fondamentaux et plus particulièrement leur contenu essentiel reçoit la protection constitutionnelle »²⁴⁰. En Afrique du Sud enfin, la dignité humaine est mieux protégée parce qu'elle est d'une « importance fondamentale pour la société et [...], surtout parce que dans le passé, elle a été cruellement méconnue »²⁴¹.

En fin de compte, il est possible d'admettre une différence de degré ou à tout le moins une hiérarchie matérielle entre droits fondamentaux²⁴². Cette hiérarchie fonde le recours à la notion d'ordre public constitutionnel pour intégrer les droits jugés plus importants et faciliter leur identification. L'utilité normative de la notion se confirme donc, et cela augure des implications sur le plan juridictionnel avec un possible accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel.

²³⁸ M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET et autres, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., Paris, PUF, 2017, p. 562.

²³⁹ É. BESSON, « Les principes suprêmes... », *op. cit.*, p. 14 et s.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 15 ; v. Décision du 12 octobre 1993 à propos du Traité de Maastricht de 1993.

²⁴¹ *Dawood and Another v. Minister of Home Affairs and Others, Shalabi and Another v. Minister of Home*

B) Un accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel

L'ordre public constitutionnel pourrait aussi être examiné suivant une réelle approche contentieuse. Sous cet angle, il pourrait s'avérer utile aussi bien sur le plan procédural que sur le plan de l'étendue des actes soumis au contrôle du juge. En effet, la hiérarchie qu'induit la notion pourrait permettre d'établir une « théorie » des moyens d'ordre public constitutionnels avec pour conséquence une rationalisation du pouvoir d'office du juge constitutionnel (1). Cette hiérarchie commande également un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle (2).

1- Une rationalisation du pouvoir d'office du juge constitutionnel

La reconnaissance d'un ordre public constitutionnel emporte des implications sur le plan procédural. En cas de litige, les règles formant ce champ normatif devront

Affairs and Others, Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others, op. cit.

²⁴² De nombreux auteurs soutiennent cependant l'indivisibilité des droits de l'homme et réfutent, par suite, l'idée de hiérarchie entre droits fondamentaux, v. M.-C. PONTTHOREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, pp. 928-936 ; M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des droits de l'homme », *CRDF*, 7 | 2009, pp. 75-86.

constituer les griefs constitutionnels les plus « fondamentaux » au point d'être invocables par quiconque, y compris le juge. On infère que ces règles sont susceptibles de constituer des moyens d'ordre public, dont une systématisation permet de dessiner les contours d'un ordre public constitutionnel procédural.

Les moyens sont des « éléments de droit par lesquels les requérants s'efforcent de convaincre le juge [...] du bien-fondé de leurs prétentions »²⁴³. Ils sont dits d'ordre public lorsqu'ils conduisent à « faire respecter certaines règles de technique juridique que la tradition conduit à considérer comme particulièrement importantes parce qu'elles ne sont pas établies pour la protection des intérêts particuliers mais bien dans l'intérêt général »²⁴⁴. Cette définition fonde le caractère d'ordre public sur la fondamentalité de la norme qui elle-même se déduit de sa fonction, à savoir, la préservation de l'intérêt général. Elle coïncide, à quelques différences près, avec la définition de l'ordre public constitutionnel retenue dans cette réflexion. Pour rappel, les règles d'ordre public constitutionnel constituent l'essence des valeurs suprêmes de tout ordre juridique.

Elles correspondent à ce qui dans un système juridique « ne peut être changé sans changer le système dans son ensemble »²⁴⁵. À ce titre, elles constituent des valeurs fondamentales devant être respectées à tout prix. Cela explique pourquoi il est possible de les rapprocher des moyens d'ordre public, car, à l'instar de ceux-ci, elles présentent le caractère de normes aptes à servir une cause sociale d'intérêt général²⁴⁶. De surcroît, à l'image des moyens d'ordre public, elles sont de nature à induire des particularités procédurales. C'est eu égard à ces particularités que Odent a défini le moyen d'ordre public comme un « moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision rendue n'en tenait pas compte »²⁴⁷. Autrement dit, il s'agit d'un moyen que le juge est tenu de soulever même si les parties l'ont omis ou y ont clairement renoncé²⁴⁸. Transposées au contentieux constitutionnel, ces définitions conduisent à ériger les règles d'ordre public constitutionnel en moyens d'ordre public dignes des moyens d'ordre public du droit administratif²⁴⁹. Par conséquent, et pour paraphraser Guillaume

²⁴³ O. DUHAMEL, Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1992, p. 647.

²⁴⁴ B. KORNPORST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1959, p. 358.

²⁴⁵ É. DUBOUT, « « Les règles ou principes... » ... », *op. cit.*, p. 457.

²⁴⁶ A. SOMA, « L'utilité comme critère normatif du droit », *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif, tome 1*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 957-964.

²⁴⁸ CE, 31 décembre 1919, *Moine c/ Commune de Decize*, *Lebon* 973.

²⁴⁹ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, *op. cit.*, p. 408.

Drago²⁵⁰, le juge constitutionnel aurait le devoir de soulever tous les cas de violation d'une règle d'ordre public constitutionnel concernant le texte soumis à son examen en allant au-delà si nécessaire des conclusions ou des moyens énoncés dans la saisine. Dans cette logique, les règles d'ordre public constitutionnel pourraient constituer des griefs de constitutionnalité qui conduisent à des cas d'ouverture systématique de la jurisprudence constitutionnelle.

Inversement, il serait possible de déduire le caractère d'ordre public constitutionnel d'une règle à sa faculté à être soulevée d'office par le juge constitutionnel. C'est d'ailleurs ce raisonnement qui a prévalu à la création de la notion d'ordre public constitutionnel²⁵¹. Thierry Di Manno, le précurseur de la notion, a proposé en effet de considérer « les moyens et les conclusions soulevés d'office comme des questions d'ordre public susceptibles de s'intégrer dans le champ plus vaste de l'ordre public constitutionnel »²⁵². La notion a donc été créée de manière à conforter une logique des questions soulevées d'office. Le pouvoir d'office conduit le juge constitutionnel à considérer qu'il est saisi de l'ensemble du

texte soumis à son contrôle et qu'il peut soulever de lui-même des questions de constitutionnalité²⁵³. Lorsque ces questions portent sur des dispositions du texte non contestées par les saisissants²⁵⁴, on parle de conclusions soulevées d'office. Cependant, lorsque le juge s'éloigne de la saisine motivée en modifiant la référence constitutionnelle choisie par les requérants²⁵⁵, on parlera de moyens soulevés d'office. En considérant que la technique juridictionnelle du « soulevé d'office » n'est mise en œuvre qu'en cas de grief porté à une norme d'importance fondamentale, il est alors tout à fait possible de dégager des moyens d'ordre public constitutionnel à partir de l'analyse des questions soulevées d'office. Cette théorie est connue dans la doctrine sous l'appellation d'ordre public constitutionnel procédural²⁵⁶. L'examen de la jurisprudence tend à confirmer cette théorie, car les moyens que le juge soulève d'office l'ont été pour des griefs se rapportant à des normes tenues pour fondamentales. Le Conseil constitutionnel français a par exemple soulevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article 11 de la DDHC relatif à la libre communication des pensées et des opinions pour invalider des

²⁵⁰ Ce dernier parle « du devoir qui... revient [au juge constitutionnel] de soulever toutes les questions de constitutionnalité concernant la loi soumise à son examen en allant au-delà si nécessaire des moyens énoncés dans la saisine », v. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 5^e éd., Paris, PUF, 2020, 888 p.

²⁵¹ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., pp.154 et s.

²⁵² *Ibid.* ; A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, op. cit., p. 35.

²⁵³ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », op. cit., p. 209.

²⁵⁴ T. DI MANNO, *Le Conseil Constitutionnel...*, op. cit., p. 11.

²⁵⁵ A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens...*, op. cit., p. XVIII.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 406.

dispositions législatives²⁵⁷. Dans une décision ultérieure, il s'est fondé sur le moyen tiré de la violation de la protection de la liberté individuelle pour invalider une disposition législative non contestée par les requérants²⁵⁸. Plus récemment, il a soulevé d'office la violation du principe d'impartialité, qu'il rattache à l'article 16 de la DDHC, pour abroger une disposition législative²⁵⁹. Est-il nécessaire de relever que dans ces trois cas, les droits en cause sont considérés comme étant plus importants ? En Afrique, c'est le juge constitutionnel béninois qui s'est le plus illustré en matière du « soulevé d'office ». Il a par exemple relevé d'office un moyen tiré de la violation du droit à l'*habeas corpus* pour juger contraire à la Constitution la détention sans titre d'un individu durant dix-huit mois à la prison civile de Porto-Novo²⁶⁰. En règle générale, le juge constitutionnel béninois est prompt à se saisir d'office, ce qui le conduit nécessairement à faire usage de la technique du « soulevé d'office », en cas de litiges subodorant une violation des droits fondamentaux²⁶¹. Cela amène à soutenir que les droits fondamentaux constituent des moyens d'ordre public en contentieux constitutionnel béninois.

Il s'ensuit que l'ordre public constitutionnel peut servir à clarifier l'exercice du pouvoir d'office du juge constitutionnel. Seule une atteinte portée à une règle de cette catégorie normative devrait conduire le juge à relever d'office afin de protéger les fondements de l'ordre constitutionnel. Cet impératif de protection commande également d'instituer un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle.

2- Un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle

Il ne sied pas de parler de révision lorsque celle-ci porte atteinte aux normes qui constituent l'essence de la Constitution. Ainsi, une norme issue d'une révision de la Constitution ne saurait acquérir valeur constitutionnelle que si elle n'est pas de nature à provoquer la rupture de l'ordre constitutionnel existant. Pour ce faire, le juge constitutionnel devrait être compétent pour connaître des lois de révision constitutionnelle pour des raisons tenant à la fois à la cohérence normative du système et

²⁵⁷ Décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

²⁵⁸ Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986.

²⁵⁹ CC 2011-147 QPC, 8 juillet 2011.

²⁶⁰ Décision DCC 15-103 du 19 mai 2015.

²⁶¹ v. N. MÉDÉ, *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp. 415-416 ; F. J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la

garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *Afrilex*, mai 2016, 31 p. ; P. SOGLOHOUN, « La hiérarchie... », *op. cit.*, p. 30 et s.

aux impératifs du constitutionnalisme contemporain.

Dans tout système constitutionnel, la cohérence normative « n'est pas une donnée, mais le produit d'une manipulation »²⁶² du juge constitutionnel. Ce dernier, à travers le contrôle de constitutionnalité, garantit la suprématie de la Constitution²⁶³. Celle-ci devra être respectée par toutes les autres règles de droit produites par les organes de l'État²⁶⁴. Partant, la loi votée « ne sera l'expression raisonnable et authentique de la volonté générale qu'autant qu'elle sera conforme à la norme fondamentale »²⁶⁵. Ceci explique la généralisation du contrôle de constitutionnalité des lois dans divers ordres juridiques. Ce caractère général du contrôle ne concerne pas cependant toutes les catégories de lois. La loi de révision constitutionnelle par exemple n'est pas soumise au contrôle de constitutionnalité dans la majorité des systèmes juridiques. Cette loi est une norme à valeur formellement

constitutionnelle édictée par le pouvoir constituant dérivé suivant une procédure particulière prévue par la Constitution²⁶⁶. Certains auteurs se fondent sur sa nature – constitutionnelle – et son autorité – plus grande, car la même que les autres dispositions de la Constitution – pour s'opposer au contrôle de constitutionnalité de celle-ci²⁶⁷. Cependant, si par révision, on entend la possibilité « de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'un ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur »²⁶⁸, alors on pourrait tout à fait admettre que la loi de révision soit soumise au juge constitutionnel pour s'assurer qu'elle n'opère pas une rupture par rapport au corpus constitutionnel existant²⁶⁹. Or, les normes dont la modification est susceptible de « détruire l'ordre constitutionnel existant et lui substituer un nouvel ordre constitutionnel »²⁷⁰ s'entendent ici des règles d'ordre public constitutionnel. Par

²⁶² M. TROPER, « Le pouvoir constituant et le droit international », cité par S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation... », *op. cit.*, p. 314.

²⁶³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *op. cit.*, pp. 197-257.

²⁶⁴ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes » », *RFDC*, n°31, 1997, pp. 481-509.

²⁶⁵ T. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 103 ; Conseil constitutionnel français, Décision 85-197 du 23 août 1985.

²⁶⁶ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 620 ; v. aussi X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n°59, 2004/3, pp. 595-617.

²⁶⁷ M. BLÉOU, « Sur la justiciabilité de la loi de révision constitutionnelle », in F. J. AÏVO et autres (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 213-219.

²⁶⁸ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113 ; v. aussi F. D. MELEDJE, « La révision des constitutions africaines dans les États africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, n° 1, 1992, p. 113

²⁶⁹ v. F. J. AÏVO, « La crise de normativité... », *op. cit.*, p. 156 ; M. A. NAMOUNTOUGOU, « Le changement de République en droit constitutionnel contemporain », *RFDC*, n° 114, 2018/2, pp. 395-418, p. 403.

²⁷⁰ Cour Constitutionnelle du Bénin, DCC 14-199 du 20 novembre 2014, *op. cit.*

conséquent, la garantie de ces normes devrait logiquement conduire à instituer un contrôle de constitutionnalité des lois qui révisent la Constitution. Cette conclusion est d'autant plus valable si l'on admet la « constitutionnalité supérieure »²⁷¹ des règles d'ordre public constitutionnel. Dans ce cas, le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle se présentera comme une modalité du contrôle de validité ou de régularité juridique consistant à apprécier leur conformité par rapport à l'ordre public constitutionnel.

En outre, les exigences du constitutionnalisme contemporain militent pour la fin de l'« immunité d'inconstitutionnalité »²⁷² des lois de révision. Dans son essence profonde, le constitutionnalisme exprime philosophiquement l'idée « du droit comme promoteur de l'ordre légitime universel, et la

Constitution comme limite à l'arbitraire du pouvoir »²⁷³. Cette limitation du pouvoir est également valable pour le pouvoir constituant dérivé²⁷⁴ nonobstant sa souveraineté affirmée²⁷⁵ et même pour le peuple lorsqu'il ne « paraît pas en Majesté » mais en tant que pouvoir institué²⁷⁶. C'est suivant cette logique que le constituant originaire a prévu des limites matérielles au pouvoir de révision afin de s'assurer que les lois de révision, par leur intervention, n'opèrent pas de révolution, au sens de Kelsen²⁷⁷. Ces limites ont trait généralement aux principes traditionnels du constitutionnalisme, à savoir la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux, la consécration de l'État de droit. Le contrôle de constitutionnalité des lois de révision s'avère donc nécessaire, ne fût-ce que pour s'assurer de leur conformité matérielle à ces principes²⁷⁸. Cela explique pourquoi de plus

²⁷¹ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 133.

²⁷² Terminologie utilisée par le Pr SOMA pour qualifier l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle. v. A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », op. cit., p. 621.

²⁷³ A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *Mélanges Glélé*, op. cit., p. 90.

²⁷⁴ La Cour constitutionnelle centrafricaine a soutenu que « [...] le pouvoir de révision est fondamentalement considéré comme étant par nature limité [...] », in Décision n°009/CC/22 du 23 sept. 2022, p. 15.

²⁷⁵ France : CC, n°92-312 DC, 2 sept. 1992, *Traité sur l'Union européenne* (« Maastricht II »), considérant 19 ; Sénégal : déc. du 18 janv. 2006, considérant 3 ; Bénin : déc. DCC 21-010 du 07 janv. 2021, considérant 4. v. A. SOMA, « La souveraineté du

pouvoir constituant et le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Annales de l'Université de Ouagadougou*, Série B, vol. 004, 2012, pp. 425-473.

²⁷⁶ Carl Schmitt propose de distinguer l'intervention du peuple en tant que pouvoir constituant ou en tant que pouvoir institué, v. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 236.

²⁷⁷ Kelsen définit la révolution comme « toute modification de la Constitution, ou tout changement ou substitution de la Constitution... qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur », v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 209.

²⁷⁸ Cour constitutionnelle centrafricaine, Décision n°009/CC/22, 23 sept. 2022, p. 17 : « Une loi constitutionnelle de révision de la Constitution adoptée par le Parlement ne peut à elle seule, contrevenir aux dispositions intangibles contenues dans [...] la Constitution ».

en plus d'États ont amorcé ce contrôle, soit en le consacrant explicitement dans leur Constitution²⁷⁹ soit par le fait du juge constitutionnel qui opère une interprétation progressiste de ses compétences d'attribution²⁸⁰. L'effectivité du contrôle des lois de révision n'est pas sans apport pour l'ordre constitutionnel, car il le met à l'abri de « révisions régressives »²⁸¹ ou « inopportunes »²⁸². À titre d'exemples, des révisions remettant en cause la limitation des mandats politiques²⁸³, les libertés publiques²⁸⁴, les droits politiques²⁸⁵ ou l'État de droit²⁸⁶ ont été censurées grâce au contrôle de constitutionnalité des lois de révision²⁸⁷. Il convient de relever que les principes, susmentionnés, qui ont fondé la déclaration d'inconstitutionnalité des lois de révision sont d'ordre public constitutionnel au sens de cette étude. On infère que la garantie des principes suprêmes de l'ordre constitutionnel commande de généraliser le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle.

En dernier ressort, le contrôle des lois de révision constitutionnelle semble devoir s'imposer eu égard à la nécessité de protéger le « noyau sacré » de règles qui assure la survie de tout système constitutionnel.

²⁷⁹ Afrique du Sud : Section 167 alinéa 4 b de la Constitution du 11 octobre 1996 ; Côte d'Ivoire : art. 134(1) ; Centrafrique : art. 105 ; Tunisie : art. 144(1) de la Constitution de 2014 ; Turquie : art.117.

²⁸⁰ Cour suprême des États-Unis, arrêt *Marbury vs. Madison* de 1803 ; Cour constitutionnelle d'Italie, arrêt n°6 du 22 janvier 1970 ; Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001 ; Cour constitutionnelle du Niger, arrêt n°2003-002/CC du 7 janvier 2003 ; Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²⁸¹ A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 631 et s.

²⁸² B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 5-26.

²⁸³ Centrafrique : Décision n°009/CC/22 du 23 sept. 2022 et Avis n°015/CC/20 du 05 juin 2020 ; Sénégal : Décision n°1/C/2016 ; Burkina : Décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012 ; Niger : Avis n°02/CC du 25 mai 2009 et arrêt n°4/CC/ME du 12 juin 2009 ; Bénin : DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

²⁸⁴ Mali : arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001.

²⁸⁵ Turquie : arrêt n°31 du 16 juin, *restitution des droits politiques*.

²⁸⁶ Allemagne : arrêt du 15 décembre 1970 ; Autriche : arrêt du 29 septembre 1988.

²⁸⁷ Pour aller loin, v. I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal : Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2011, 218 p.

CONCLUSION

En définitive, l'ordre public constitutionnel est un concept novateur de la doctrine juridique qu'il est possible d'appréhender en définissant des critères et conditions d'appartenance à ce champ normatif. On pourrait ainsi considérer comme d'ordre public constitutionnel les normes qui, pour une raison ou pour une autre, sont regardées comme plus importantes et indérogeables au sein du bloc de constitutionnalité. Ainsi définie, l'existence et l'utilité constitutionnelles de la notion paraissent manifestes.

Son existence peut être perçue dans la norme et la jurisprudence constitutionnelles. En effet, certaines normes sont importantes en ce qu'elles posent les conditions de validité d'autres normes constitutionnelles, jouissent d'une immutabilité de droit ou de fait ou qu'elles constituent l'essence de la Constitution. D'autres le sont parce que leur fondamentalité a été expressément ou tacitement reconnue par le juge constitutionnel.

De surcroît, la reconnaissance d'un ordre public constitutionnel renferme des avantages au double plan normatif et contentieux. L'intangibilité qui caractérise cette catégorie de normes est de nature à

induire une stabilité des institutions étatiques et une consolidation de la démocratie. Dans le même sens, la hiérarchie qu'elle suppose permet d'identifier les droits les plus substantiels parmi les droits constitutionnels et de garantir leur inviolabilité. Mieux encore, eu égard à leur caractère indérogeable, les règles d'ordre public constitutionnel pourraient constituer des moyens d'ordre public à l'image de ceux qui existent en droit administratif. Elles pourraient justifier également un contrôle obligatoire des lois de révision constitutionnelle afin de prévenir des « coups d'État » constitutionnels.

Par conséquent, il est possible de conclure avec Marie-Françoise Rigaux qu'« on ne peut plus dénier de façon aussi péremptoire toute forme d'effectivité à des règles constitutionnelles [...] »²⁸⁸ présentant les caractéristiques des règles d'ordre public constitutionnel telles que nous le concevons. Il s'ensuit que le concept d'ordre public constitutionnel mériterait de s'affranchir de sa dimension théorique pour s'affirmer pleinement dans le droit constitutionnel formel des États. L'autorité politique ou le juge constitutionnel est donc invité à œuvrer pour sa « positivation ».

²⁸⁸ M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles...*, op. cit., pp. 241-242.