

LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN

Par

Dr. Ibrahima Diallo,

Université Gaston Berger de Saint Louis

Membre du CERCCLÉ, BORDEAUX 4

PLAN

I. UNE LEGITIMITE JURIQUEMENT CONSTRUITE

- A. Une légitimité consacrée
- B. Une légitimité acquise

II. UNE LEGITIMITE PRATIQUEMENT MENACEE

- A : Une indépendance menacée
- B : Une œuvre jurisprudentielle encore fragile

Les Etats africains connaissent aujourd'hui un nouveau système constitutionnel dans lequel le rôle des juridictions constitutionnelles est non négligeable¹. En effet, au regard de l'évolution de la philosophie constitutionnelle africaine avec en filigrane les réformes constitutionnelles, institutionnelles et politiques majeures entreprises au lendemain des années 90, il est évident que l'avènement des juridictions constitutionnelles constitue un révélateur assez pertinent de la nouvelle configuration du pouvoir judiciaire dans les Etats africains et du rôle éminemment important qu'elles jouent dans la protection des droits fondamentaux et la consolidation

¹ MOUMODOU, P., La Constitution en Afrique, morceaux choisis, L'Harmattan, 2012.

de l'Etat de droit². Dans cette mouvance, la Constitution a pour but d'instituer les

² KHOUMA O., La légitimité du pouvoir de l'Etat en Afrique subsaharienne, essai sur la relation entre la reconnaissance internationale et la légitimité démocratique, Thèse droit public, Université de Toulouse I, 2009. SY. Papa Mamour, « Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal », Thèse de doctorat présentée et soutenue le 14 novembre 1998 sous la direction du Professeur Serigne Diop, 414 pages. NDIAYE A., La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'Etat de droit : exemple du Gabon et du Sénégal, Thèse Droit public, Montpellier, 2003. SY Mouhamadou Mounirou, La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal, Thèse, Paris, l'Harmattan, 2007. ABDOURAHMANE B. Issa, Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique, Thèse soutenue à Bordeaux en octobre 2002. HOLO Theodore, « Emergence de la justice constitutionnelle » in La Démocratie en Afrique, Pouvoirs n°29, 129 Seuil, 2009 pp. 101-114. CONAC G. « Les processus de démocratisation en Afrique » in l'Afrique en transition vers le pluralisme politique. Economica, colloque de Paris 12-13 décembre 1990 page 11. BOURGI A. « Ombres et lumières des processus de démocratisation en Afrique subsaharienne », in Bilan des Conférences nationales et processus de démocratisation, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998. DIALLO Ibrahima, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » Essais in Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XX- 2004 pp.93-120. KAMTO M. « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des

constitutions » colloque de Bordeaux (inédit). RAYNAL J.J « Le renouveau démocratique béninois : modèle ou mirage ? » Afrique contemporaine n° 160 octobre-décembre 1991 p. 35. GAUDUSSON J. D.B., « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », Afrique contemporaine numéro spécial 4 trimestre, 1996 p. 250-256. GAUDUSSON J. D.B., « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 13, « Etudes et doctrine. La sincérité du scrutin », Dalloz, 2002. CABANIS A. et MARTIN M.L., Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone, Academia, Bruylant, P.U.R. 2010, 227 pages. BOUBOUTT A.S Ould, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique, Evolutions et Enjeux », AIJC, XIII-1997, p. 39. DIAGNE Mayacine, « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique. », AIJC XIII-1997, p. 115. CONAC G., « Les processus de démocratisation en Afrique », IIIe Congrès mondial de l'Association International de Droit constitutionnel, Varsovie, 25 septembre 1991, CONAC G., « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in l'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, p. 105-119. FALL A. « Le juge constitutionnel, artisan de la démocratie en Afrique ? » 2013, 20 pages. FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in Les défis des droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2000. SINDJOUN L., « Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains », Bruylant, Bruxelles, 2009, p.9, 598 pages. KOKOROKO D. « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives, n° 18, 2007, p.98. MBORANTSUO M-M., La contribution des cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique, Paris, Economica, 2007. GABA L., « L'Etat de droit et la démocratie en Afrique subsaharienne », in D. MOCKLE (dir.), Mondialisation et Etat de droit, Bruxelles, Bruylant, 2002, FAU-NOUGARET M., La conditionnalité démocratique, étude des organisations internationales, Thèse droit public, Bordeaux IV, 2004 ; HOURQUEBIE F. et

règles de droit fondamentales, le régime politique, la désignation des gouvernants et la définition de leur compétence, les libertés et les droits garantis aux individus et aux groupes sociaux³. Elle devient l'épine dorsale⁴ de toute entité politique qui s'érige en organisation étatique et du coup, le juge constitutionnel en charge d'apprécier et de contrôler l'application des principes qu'elle pose acquiert le même prestige qui lui sera conféré par sa fonction de cheville ouvrière du « constitutionnalisme sanctionné⁵. Ainsi, la majorité des Etats africains du moins francophones notamment le Sénégal, vont reprendre le modèle kelsenien de justice constitutionnelle⁶ apparu en 1920 avec la création de la Cour constitutionnelle d'Autriche qui constitue le modèle le plus

MASTOR W., « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », in Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 34, 2012. FALL I.M., Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique, Paris, l'Harmattan, 2008 ; Pouvoirs, La démocratie en Afrique, n° 129, 2009. ROUSSILLON H., (dir.), Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique, Presses de l'IEP de Toulouse, 2ème éd., 1995

³ G. Vedel « qu'est-ce que la constitution ? » Actes du colloque sur les quarante ans du conseil constitutionnel

⁴ DIOMPY A.H. « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone » AFRILEX, 2014.

⁵ Eod.loc

⁶ Le système kelsenien s'oppose au système de la Cour Suprême de type américain qui est un modèle plus ancien en ce sens que la constitution américaine date de 1787 et inspire nombre de pays comme l'Inde et l'Israël. Il est marqué par deux traits distinctifs: d'une part, le pouvoir judiciaire apparaît comme une branche du pouvoir autonome par rapport aux deux autres branches, législative et exécutive ; d'autre part, la Cour Suprême, placée au sommet d'un ordre de juridiction unique, exerce naturellement son autorité sur toutes les autres juridictions.

répandu en Europe⁷. Il se caractérise par la mise en place d'une Cour Constitutionnelle qui est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci, comme des pouvoirs publics⁸. Ainsi, il est clair que le renouveau du constitutionnalisme légitime davantage la présence du juge constitutionnel en tant que garant de la construction de l'Etat de droit. Par ailleurs, le juge va essayer de conquérir une plus grande légitimité à travers l'évolution de ses attributions⁹. En effet, arbitre juridictionnel et contre-pouvoir institutionnel, le juge constitutionnel africain francophone présente une personnalité à double visage selon le contexte juridico-politique en vigueur mais aussi selon l'Etat considéré. La juridiction constitutionnelle est ainsi placée devant une alternative difficile¹⁰.

⁷ L. Favoreu, « Les Cours Constitutionnelles », Paris, PUF 1992. Voir Olivier Dutheillet de Lamothé, 2004, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle » in Mélin-Soucramanien F. (Dir.), L'interprétation constitutionnelle, Actes de la Table ronde de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel des 15 et 16 Octobre, Paris Dalloz, p193.

⁸ Contrairement au modèle américain de justice constitutionnelle qui se veut « décentré » en ce sens qu'il existe à la disposition de n'importe quel juge un contrôle diffus dès lors que la Constitution est en cause devant et à l'occasion de n'importe quel litige dont il est saisi, ce système « centré » fonctionne sur la base de contrôle concentré.

⁹ C'est logiquement que, l'irruption du juge dans les équilibres constitutionnels et dans le débat politique africain fait figure d'heureuse nouveauté à mettre en rapport avec la volonté de promouvoir l'Etat de droit et la démocratie et de protéger efficacement les droits de l'homme

¹⁰ Soit considérer qu'elle ne dispose que de compétences d'attribution et qu'elle ne tient ni de la Constitution ni d'aucun texte organique la

Dans ce contexte, il est judicieux de s'intéresser à la légitimité du juge constitutionnel en Afrique. En effet, être légitime, c'est être reconnu comme justifié et être accepté¹¹. La question de la légitimité du juge constitutionnel a été posée dès le début du siècle, notamment dans le célèbre ouvrage d'Edouard Lambert, sur le « gouvernement des juges aux États-Unis »¹² ainsi que dans maintes

possibilité d'examiner une catégorie de texte mettant en jeu des problèmes de souveraineté auquel cas elle assiste aussi, impuissante, aux atteintes à des droits fondamentaux qu'elle est pourtant censée constitutionnellement garantir aux citoyens au besoin contre les pouvoirs publics. Soit se reconnaître compétente sur la base d'une interprétation spécifique de son rôle ou du statut de la loi Constitutionnelle auquel cas, certes le juge constitutionnel pourrait apparaître comme assumant intégralement son rôle de régulateur ou de garant mais aussi en même temps confronté sous l'angle du droit positif à un obstacle difficilement surmontable qui est de trouver un fondement solide permettant d'invalider une loi constitutionnelle tout en assurant une sécurité dans le développement de l'œuvre de justice. Il est, en effet, de simple constatation que si les contours des normes ou des principes servant de référence au contrôle de constitutionnalité ne sont pas bien établis, cela pose des difficultés aussi bien aux saisissants qu'aux juges.

¹¹ La reconnaissance publique est la clé de la légitimité. Il est évident que le juge, parce qu'il tranche des différends en disant le droit, se trouve exposé à une appréciation de sa légitimité. Notre société doit se reconnaître dans ses juges et ceux-ci doivent, par un effort quotidien et incessant, accumuler ce capital de crédibilité par quoi se fonde et s'assure la légitimité du pouvoir de juger. Celle-ci dépendra de leurs décisions et avis. En effet, c'est par rapport à leurs décisions que leur respectabilité ou légitimité doit s'exprimer.

¹² Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, Paris 1921.

études¹³. Cependant, la question a été renouvelée par l'apparition et le développement de la justice constitutionnelle, dans la mesure où celle-ci est désormais rendue non par des juges ordinaires mais par un juge constitutionnel spécialement créé à cet effet¹⁴. La notion de légitimité du juge constitutionnel, spécialement quant à son rôle d'interprète de la Constitution, tient au système politique et constitutionnel dans lequel il s'insère et auquel il s'adapte, les fonctions qu'il assume, la composition de la juridiction et le fait que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot¹⁵. On peut même considérer que la légitimité de la justice constitutionnelle découle de l'adaptation du modèle choisi au contexte institutionnel et politique et peut être appréciée en fonction de l'histoire du système constitutionnel¹⁶. L'existence de

¹³ FAVOREU, L., La légitimité du juge constitutionnel In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581.

¹⁴ FAVOREU, L., La légitimité du juge constitutionnel In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581.

¹⁵ Bien qu'il soit utile d'établir des « modèles », il est évident que tout système de justice constitutionnelle n'est transposable que si le contexte d'insertion s'y prête et accepte, en quelque sorte, le mécanisme mis en place.

¹⁶ Au lendemain des indépendances, le Conseil constitutionnel, très récemment créé en France, n'a pas été transposé tel quel. Certes, les lois fondamentales africaines des années 1960 ont peu innové sur le plan fonctionnel pour l'essentiel, elles ont reproduit le système français de justice constitutionnelle. Mais, la formule presque généralisée d'une chambre constitutionnelle, composante parmi d'autres de la Cour Suprême témoignait d'une adaptation structurelle dictée par la nécessité d'intégrer des contraintes indigènes (en termes de ressources humaines et financières) inconnues dans l'ancienne métropole.

cette juridiction constitutionnelle qui traduisait un véritable progrès, rentrait dans la logique d'un mimétisme presque incontournable aux premières années de l'indépendance. Le principe de la suprématie de la Constitution, tel qu'il est affirmé dans les pays occidentaux, avait également été reconnu dans les pays nouvellement indépendants qui voulaient, eux aussi, s'afficher comme des Etats de droit en construction¹⁷. L'analyse de la légitimité du juge constitutionnel implique l'étude des rapports entre le juge constitutionnel et le pouvoir politique, particulièrement les pouvoirs juridictionnel et jurisprudentiel du juge constitutionnel, l'étendue de l'indépendance ou l'autolimitation du juge constitutionnel, la fonction consultative du juge constitutionnel, l'autorité de la chose jugée par le juge constitutionnel, l'exécution des décisions du juge constitutionnel par le pouvoir politique, la régulation du fonctionnement des institutions par le juge Constitutionnel.

Quant à l'expression juge constitutionnel, elle présente un double sens. Elle désigne d'abord la juridiction constitutionnelle. La place qu'occupe le

¹⁷ Pour cette raison, il était indispensable qu'ils se dotent d'un organe juridictionnel chargé de contrôler le pouvoir législatif par rapport aux normes constitutionnelles, et être juge, entre autres, des élections et du référendum¹⁷. Depuis le début des années 1990, le processus de démocratisation engagé en Afrique noire francophone a entraîné une reconstruction de la justice constitutionnelle. Dans la plupart des pays africains, les nouveaux Cours ou Conseils, détachés de l'appareil juridictionnel ordinaire, ont été créés et dotés d'attributions plus concrètes¹⁷. La légitimité du juge constitutionnel, souvent contestée par les pouvoirs exécutifs, législatifs voire même les citoyens, a été clairement élucidée.

juge dans le nouveau constitutionnalisme peut se mesurer à l'aune des ambitions des constitutions auxquelles il doit veiller. De façon générale, un rapport de nature même occasionnelle et instrumentale entre la justice et la démocratie a toujours été relevé par les doctrines solidaristes libérales car si la démocratie saine n'est pas nécessairement une partie constituante de la justice, cette dernière reste, tout au moins, de facto une condition institutionnelle absolument nécessaire à sa réalisation.¹⁸ De nos jours, il est clair que, dans certains Etats contemporains la problématique du progrès de l'Etat de droit restitue de nouvelles perspectives à l'idée d'un pouvoir judiciaire, notamment lorsqu'il s'agit de soumettre l'Etat lui-même au droit¹⁹. Ainsi, cet Etat de droit s'entend avant tout comme un État dans lequel la règle est défendue par le juge qui en donne une interprétation qui ne fluctue pas en fonction des contingences politiques. Cette permanence est une garantie pour le citoyen qui peut nouer des relations civiles, politiques et économiques dans un cadre connu et prévisible²⁰. Cette place de la justice semble plus probante quand on s'intéresse particulièrement à la justice constitutionnelle. Et subséquemment, celle-ci conditionne la relation qui existe entre le juge

¹⁸ J. P. Parijs, 1991, Qu'est ce qu'une société juste ? Introduction à la pratique de la philosophie politique, Editions du Seuil, p275.

¹⁹ GAUDUSSON J. D.B., « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », Afrique contemporaine numéro spécial 4 trimestre, 1996 p. 250-256. GAUDUSSON J. D.B., « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 13, « Etudes et doctrine. La sincérité du scrutin », Dalloz, 2002.

²⁰ A. Thiam, 2007, « Une Constitution, ça se révisé ! ». Relativisme constitutionnel et État de droit au Sénégal », Politique africaine n° 108 -

constitutionnel et l'Etat de droit²¹. Ainsi comme le souligne le doyen Louis Favoreu, « Le juge constitutionnel parachève la construction de l'Etat de droit »²². En effet, la Constitution en tant que noyau de l'unité nationale n'est pas analysée de façon statique, mais en fonction des finalités qu'elle véhicule. On a en effet tendance à considérer tout le système des compétences étatiques organisées par les dispositions constitutionnelles non pas comme une simple expression de la répartition des tâches mais comme une forme spéciale de la protection des individus, et comme une émanation du principe de l'Etat de droit. En ce sens, la juridiction qui véhicule le respect des principes constitutionnels a, à n'en pas douter, une fonction cruciale par rapport à l'Etat de droit. Dès lors, la justice constitutionnelle devient la garantie juridictionnelle de l'Etat de droit²³. Pour des raisons liées à la trajectoire politique des Etats africains, la pression est légitimement très forte sur ces juridictions en ce qui concerne les réponses à apporter aux questions relatives à l'ancrage de la démocratie et de l'Etat de droit dans le continent. La concomitance de l'ouverture

²¹ Il est apparu au fil des années que l'Etat de droit entretenait une relation particulièrement intime avec la justice constitutionnelle. En effet, depuis fort longtemps déjà, le doyen Hauriou essayait de résoudre la question d'Etat par « la notion d'institution corporative se fondant et s'équilibrant elle-même objectivement, particulièrement par l'équilibre appelé Etat de droit, dont l'essence réside dans la subordination des sources gouvernementales au droit déjà établi dans la Nation ».

²² Eod loc

²³ Ainsi, vers les années quatre-vingt, on remarque un foisonnement des juridictions constitutionnelles dans les pays francophones notamment le Sénégal, le Mali, la Côte d'Ivoire, le Bénin, le Burkina Faso, et la Mauritanie.

démocratique et la promotion des valeurs de l'Etat de droit avec la préoccupation exaspérante pour la consolidation de la justice constitutionnelle renseigne à souhait sur leur possible connexion encore mieux traduit dans le renouveau du constitutionnalisme africain²⁴. En effet, les juridictions constitutionnelles étaient, comme toute institution, censées logiquement répondre à une demande. Après de longues périodes caractérisées par le règne du parti unique et des régimes militaires avec toutes les conséquences qui s'y sont attachées, le juge constitutionnel africain était considéré comme devant être l'élément décisif qui devait assurer la stabilité des régimes politiques africains par une garantie du fonctionnement normal de leurs institutions²⁵.

²⁴ L'importance de la justice constitutionnelle vient du fait que comme le note Hauriou « le droit constitutionnel comme un système positif de conduite destiné à réagir et à garantir contre les coups de force des pouvoirs politiques » se la donne comme institution de surveillance de la subordination des institutions à l'ordre juridique établi. De ce fait, de toutes les branches de l'ordre juridique interne, la justice constitutionnelle est celle qui semble trouver davantage une relation quasi consubstantielle avec la notion d'Etat de droit dans la théorie du constitutionnalisme. D'abord d'un point de vue formel, la Constitution est la norme suprême de tout État, il est donc tout à fait logique que le juge constitutionnel gardien de la norme fondamentale occupe une place de choix au sein de l'organisation institutionnelle. Ensuite, d'un point de vue matériel, toute la pérennité de la construction de l'État de droit dépend en grande partie à l'effectivité et à l'efficacité de la fonction de régulation des pouvoirs publics et de garant des libertés fondamentales qu'effectue le juge constitutionnel.

²⁵ B. Kanté, 2008, « les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Mélanges Jean Gicquel*, MONTCHRETIEN, 2008.

Ainsi, parce qu'elle fait suite aux enjeux de démocratisation, la justice constitutionnelle sera marquée par un certain dynamisme tant au niveau de ses principes qu'au niveau de ses institutions²⁶. L'apparition dans les années 1990 des juridictions constitutionnelles en Afrique coïncide avec une vague de contestation sans précédent²⁷.

Aujourd'hui, en Afrique et un peu partout d'ailleurs à travers le monde, l'évolution de la place du juge constitutionnel dans le système juridique semble être déterminée par la saisine du juge est de plus en plus fréquente mettant en évidence un certain attachement à l'Etat de droit²⁸. Compte tenu du phénomène de « contre-pouvoir » que constituent ces juridictions constitutionnelles par le seul fait de pouvoir annuler des textes élaborés par les pouvoirs publics, le rôle du juge constitutionnel se trouve subitement particularisé, privilégié voire accentué et il serait devenu pour cette raison, le promoteur de la démocratie. Ainsi, si les Cours constitutionnelles sont appelées à contribuer à l'instauration de la démocratie et à sa consolidation, il ne saurait en être le seul bâtisseur. Cette survalorisation du rôle

²⁶ I. Diallo, 2004, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, Paris, Economica, PUAM, p94.

²⁷ En effet, « les populations revendiquaient un respect effectif du pluralisme culturel, une protection efficace contre l'arbitraire, et une participation aux processus des décisions les concernant le plus directement

²⁸ Toutes les lois importantes ont tendance à être soumises au contrôle de constitutionnalité ce qui permet de mieux cerner l'objet du principe de constitutionnalité qui est la préservation de la Constitution traduisant la protection de l'Etat de droit dans ses fondements.

du juge constitutionnel fait l'impasse sur l'environnement dans lequel il officie, sur les multiples facteurs politiques qui conditionnent l'amplitude et l'effectivité de sa contribution aux progrès de la démocratie. C'est pourquoi, il faut jeter un regard critique sur cette mode consistant depuis quelques années, à magnifier le rôle du juge constitutionnel et à rendre sa jurisprudence comptable des succès ou des vicissitudes de la démocratisation en Afrique. Il importe de remettre le juge constitutionnel « à sa place », d'appréhender sa mission essentielle, sinon exclusive qui est celle de « dire » le droit et de rendre la justice, en toute indépendance et dans le cadre d'une réelle séparation des pouvoirs. Cette mission est aujourd'hui, par ailleurs, loin d'être remplie quelque soient les progrès réalisés ici et là. Dans beaucoup d'Etats, nombreux sont encore les domaines où le juge constitutionnel est appelé à intervenir. C'est donc bien l'appréciation portée sur la décision du juge constitutionnel qui fonde sa légitimité qui dépend du contenu de son appréciation. Ce sont les décisions légitimes qui rendent les juges légitimes. Les différentes compétences reconnues aux juges n'ont d'incidence que sur la détermination de la légitimité de leurs positions juridiques. Celle-ci dépendant du droit que chaque juge constitutionnel est chargé d'appliquer, une décision ne peut être évaluée qu'en fonction de ce droit. Ainsi, un juge peut être légitime au regard d'un droit donné et ne pas l'être au regard d'un autre droit donné. Ce rattachement de la légitimité du juge constitutionnel au droit dont il a la charge est la conséquence de l'obligation faite au juge de trancher le litige, conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Depuis que s'est imposée l'idée que le juge devait statuer en faisant

application d'une norme préalablement établie par un pouvoir distinct du sien, cette conception de l'office du juge n'a fait que gagner du terrain, pour s'épanouir sous la formule de « l'Etat de droit »²⁹. L'omniprésence du droit commande ainsi la légitimité du juge mais aussi et surtout renforce l'exigence de sa légitimité³⁰. La décision du juge constitutionnel doit apparaître alors comme gage de la paix sociale³¹.

Mais la question est peut-être moins de savoir si le juge constitutionnel est ou non légitime et si cette légitimité est établie, il faudrait vérifier jusqu'où va sa légitimité. En effet, le pouvoir désormais confié au juge constitutionnel est considérable car le pouvoir régulateur tend à augmenter le bien-être collectif sans appauvrir qui que ce soit ; il doit donc être exercé sur la base de l'accord le plus large et non partisan. La pierre de touche de la légitimité du juge est donc de déterminer comment obtenir de lui de bons jugements ou, autrement dit, comment choisir un bon juge apte à faire de bons jugements. Le début de la légitimité du juge est ainsi dans les conditions qui rendent le plus vraisemblable son aptitude et sa

²⁹ M. Barthélemy Mercadal, La légitimité du juge In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 277-291.

³⁰ Dans l'État de droit, le juge devient le rouage décisif du fonctionnement de l'État et de l'ordre social, car le droit y est l'arme la plus puissante : c'est par le droit que l'on attend la réparation de tous les maux de la terre : trafics illicites, inégalités, voire terrorisme. Donc, si l'idée du mal jugé se répand, c'est la confiance dans la justice qui est ruinée et, par là même, la valeur sociale et éthique de l'État de droit qui s'effondre.

³¹ ³¹ M. Barthélemy Mercadal, La légitimité du juge In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 277-291.

prédisposition à bien juger. Mais établir un statut idéal pour le juge constitutionnel, n'est pas, en soi, une garantie que les décisions rendues seront toujours irréprochables³². Lorsque le juge œuvre dans un contexte politique hostile, dominé par la peur et la crainte, il peut se trouver dans la hantise de rendre des décisions susceptibles d'être mal accueillies par la classe politique. Ainsi, qu'il n'est pas rare que le pouvoir politique ignore les décisions de l'instance juridictionnelle, refusant carrément de se plier devant elles ou réduisent les ressources nécessaires à l'exercice de l'office du juge³³.

En réponse à la question posée et au regard de éléments développés, il ressort que le juge constitutionnel africain bénéficie d'une légitimité incertaine et cette incertitude résulte non seulement du fait que la légitimité du juge constitutionnel africain est une légitimité juridiquement construite (par la Constitution et par le juge lui-même par son action jurisprudentielle) mais une légitimité pratiquement menacée par plusieurs facteurs qui pèsent lourdement sur le statut et la fonction du juge constitutionnel.

I : UNE LEGITIMITE JURIQUEMENT CONSTRUITE

En réalité, quel que soit le pays considéré dans l'espace francophone africain, le constituant de 1990 a formellement remplacé le juge constitutionnel au cœur du dispositif

³² Eod.loc

³³ Théodore Holo, le séminaire international sur le thème "Le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique", tenu à Cotonou (Bénin) le 11 juin 2014.

institutionnel qui le légitime fortement. Il en fait à la fois le juge de la légalité constitutionnelle, le garant légitime du respect des droits et libertés constitutionnellement protégés et enfin l'arbitre et le régulateur légitimes du bon fonctionnement des institutions de la République. Cette triple fonction légitime des juges constitutionnels africains est une révolution fondamentale du système constitutionnel africain³⁴. Ainsi, cette légitimité construite se manifeste non seulement du fait que le juge constitutionnel africain est un juge légitimé par la démocratie constitutionnelle du fait de sa consécration(A) mais aussi il est un acteur légitimé par son œuvre jurisprudentielle (B).

A : Une légitimité consacrée

D'évidence, un juge constitutionnel bien choisi peut être un bon juge. Mais rien n'assurant que le bon choix entraînera un bon accomplissement de la fonction, il faut encore que l'office du juge constitutionnel soit ordonné autour des exigences minimales de cohérence organique et fonctionnelle³⁵. La légitimité du juge constitutionnel part tout d'abord de la

³⁴ Elle s'attaque du coup à tout ce qui faisait la toute-puissance des anciens « régimes forts » en Afrique noire francophone. Elle s'attaque aux racines de l'autoritarisme africain, c'est-à-dire l'accaparement et la concentration du pouvoir entre les mains d'un seul homme, le chef de l'Etat, seul maître à bord du régime qui semble de ce fait détenir un droit absolu sur le citoyen et la société. C'est pourquoi, le constituant ou le législateur africain du lendemain de la période autoritariste est sans équivoque. Il faut un éclatement du pouvoir pour combattre à jamais l'absolutisme des régimes africains, raison principale de l'autoritarisme

³⁵ M. Barthélemy Mercadal, La légitimité du juge In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 277-291.

légitimité reconnue par l'État de droit qui constitue une légitimité consacrée. Dès lors que celle-ci est établie, la légitimité du rôle arbitral du juge est nécessairement mieux admise. Mais ce n'est pas parce que le juge constitutionnel africain est légitimement installé dans sa fonction qu'il a gagné pour autant sa légitimité. A partir de là, celle-ci va dépendre des conditions dans lesquelles il exerce sa mission pour acquérir une autre légitimité. La justice constitutionnelle est la garantie juridictionnelle de l'Etat de droit. Son importance est devenue indiscutable dans une démocratie constitutionnelle. C'est ainsi que, vers les années quatre-vingt, on remarquera un foisonnement des juridictions constitutionnelles dans les pays francophones notamment le Sénégal, le Mali, la Côte d'Ivoire, le Bénin, le Burkina Faso, la Mauritanie etc. Dans cette perspective et pour des raisons liées à la trajectoire politique des Etats africains, la pression est légitimement très forte sur ces juridictions en ce qui concerne les réponses à apporter aux questions relatives à l'ancrage de la démocratie et de l'Etat de droit dans le continent³⁶. En effet, après de longues périodes caractérisées par le règne du parti unique et des régimes militaires avec toutes les conséquences qui s'y sont attachées, le juge constitutionnel africain était considéré comme l'élément « manquant » qui devait assurer la stabilité des régimes politiques africains par une garantie du fonctionnement normal

³⁶ La concomitance de l'ouverture démocratique et la promotion des valeurs de l'Etat de droit avec la préoccupation exaspérante pour la consolidation de la justice constitutionnelle renseigne à souhait sur leur possible connexion encore mieux traduit dans le renouveau du constitutionnalisme africain

des institutions³⁷. C'est dans cette perspective qu'il faut situer l'émergence de la problématique de la justice constitutionnelle en Afrique. Ce qui traduit d'une certaine manière l'intérêt des juridictions constitutionnelles dans la dynamique institutionnelle en Afrique en ramenant au cœur du débat politique l'idée de la Constitution et son importance dans la mise en place de l'Etat de droit³⁸. Ce système de contrôle de constitutionnalité fait du juge constitutionnel le pivot de l'exigence de respect de la Constitution dans l'Etat de droit³⁹. Ainsi, quel que soit le système constitutionnel et politique dans lequel elle s'insère, la justice constitutionnelle africaine est utile sinon nécessaire car elle donne la possibilité d'instituer progressivement, par la voie du droit, un contre-pouvoir de nature à contrebalancer une majorité trop forte et elle peut faire apparaître une séparation des pouvoirs⁴⁰.

Cette légitimité construite s'exprime par la création de juridictions constitutionnelles autonomes séparées ou dépourvues de tout lien avec les juridictions ordinaires, administratives ou judiciaires. A titre d'illustrations, il faut noter que dans certains pays, des cours

³⁷ B. Kanté, 2008, « les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique » in *Mélanges Jean Jicquel*, à paraître

³⁸ I. Diallo, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle » in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, Paris, Economica, PUAM, 2004 p94.

³⁹ il est clair que le renouveau du constitutionnalisme légitime davantage la présence du juge constitutionnel africain en tant que garant de la construction de l'Etat de droit

⁴⁰ L. Favoreu, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome II : la jurisprudence, Paris, Economica. 1989.

constitutionnelles sont instituées au Bénin⁴¹, au Burundi⁴², au Gabon⁴³, au Mali⁴⁴, au Togo⁴⁵ et à Madagascar⁴⁶. Dans d'autres, c'est un conseil constitutionnel qui est mis en place, particulièrement au Sénégal⁴⁷, à Djibouti⁴⁸, en Côte d'Ivoire⁴⁹, au Maroc⁵⁰ et en Mauritanie⁵¹.

Les attributions substantielles dévolues aux juridictions constitutionnelles par les constituants africains ont conduit ces derniers à en privilégier le statut, qu'il s'agisse du mode et des critères de désignation des juges ou des garanties d'indépendance qui leur sont accordées dans leur mandat⁵². En réalité, le statut et le mode de désignation des juges constitutionnels sont des indices révélateurs de leur légitimité vis à vis de l'exécutif et du législatif. Il faut souligner également que certains Etats reconnaissent aux juges constitutionnels l'immunité dont bénéficient les parlementaires⁵³. Dans ce système, les règles d'inamovibilité et d'incompatibilités s'appliquent de manière absolue alors que dans certains autres Etats comme la Mauritanie, l'incompatibilité se limite seulement à quelques fonctions limitativement énumérées. Par contre, au

Sénégal, au Gabon et au Togo, l'incompatibilité de la fonction du juge constitutionnel est établie avec toute autre fonction publique ou élective et avec toute profession privée.

Au plan fonctionnel, il faut également noter l'extension des compétences importantes du juge et un élargissement de la procédure de saisine de la haute juridiction constitutionnelle qui vont renforcer la légitimité du juge constitutionnel. La première catégorie d'attribution concerne le contrôle de constitutionnalité. Cette attribution s'exerce sur les lois organiques et ordinaires, les engagements internationaux, les règlements intérieurs des assemblées parlementaires. A ces compétences s'ajoutent, selon les Etats, le contrôle des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques (Bénin et Gabon), et les règlements intérieurs de certains organes comme le haut conseil des collectivités ou le Conseil économique et social (Mali), la Haute Autorité de l'Audiovisuel (Bénin). La seconde catégorie concerne le contrôle électoral qui ne s'applique pas seulement aux élections présidentielles, législatives et référendaires. Il recouvre parfois des élections locales au Niger. Le juge constitutionnel béninois est compétent non seulement pour l'établissement de la liste officielle des candidats mais aussi, il a en charge, en collaboration avec la commission nationale indépendante, l'organisation et la supervision des processus électoraux (présidentiels et législatifs) incluant entre autres les opérations de recensement. Au Sénégal, il appartient au conseil constitutionnel d'apprécier la régularité des élections

⁴¹ Voir la Constitution de 1990.

⁴² Voir la Constitution du 20 novembre 1991.

⁴³ Voir la Constitution du 26 mars 1991.

⁴⁴ Par la Constitution malienne de 1991.

⁴⁵ Voir la Constitution togolaise du 12 octobre 1992.

⁴⁶ Voir la Constitution du 18 septembre 1990.

⁴⁷ Voir la révision constitutionnelle du 30 mai 1992

⁴⁸ Par la Constitution du 15 septembre 1992

⁴⁹ Cf à la révision constitutionnelle de 1994.

⁵⁰ Révision constitutionnelle du 9 octobre 1992

⁵¹ Constitution du 20 juillet 1991.

⁵² Dans tous ces domaines, les solutions sont variées et dénotent une nouveauté par rapport aux anciens systèmes déjà présentés.

⁵³ c'est le cas de la Mauritanie, du Djibouti et du Sénégal

présidentielles, législatives et référendaires⁵⁴. Mais ce contentieux ne concerne pas les opérations et les actes de préparation des élections. Le juge constitutionnel s'efface durant la campagne électorale et pendant le scrutin et le contrôle du principe d'égalité entre les candidats et celui du déroulement des opérations électorales relèvent de la compétence des cours et tribunaux. Et, c'est le Haut Conseil de la Radio qui assure l'égalité entre les candidats dans l'utilisation des temps d'antenne⁵⁵. Une autre catégorie de compétence transforme les juridictions constitutionnelles en instances de régulation des institutions de l'Etat. Il s'agit de règlement des conflits d'attribution ou d'interprétation. C'est ainsi qu'au Sénégal, au-delà de la compétence de régulation des conflits entre l'exécutif et le législatif, le Conseil constitutionnel est en même temps un « tribunal des conflits » parce que c'est le juge constitutionnel qui est compétent depuis la réforme de 1992 pour arbitrer les conflits entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation⁵⁶.

Le pouvoir des autorités titulaires du pouvoir de nomination a été élargi dans le sens du renforcement de la légitimité du juge constitutionnel. Outre le Président de la République, ce droit est reconnu aux présidents des assemblées parlementaires et une proportion variable de députés. Ainsi, au Cameroun, cette initiative est accordée, depuis 1996, au Président de la

République, au Président de l'Assemblée Nationale, au président du sénat, au tiers des députés ou des sénateurs ou encore aux présidents des exécutifs régionaux. Au Mali, ce droit est exercé par le Président de la République, au président de l'Assemblée nationale, au dixième des députés, au président du Haut Conseil des collectivités, au dixième des conseils territoriaux et au président de la Cour suprême. Même au Niger et au Burkina Faso où le système de la Cour suprême a été maintenu, le droit de saisine a été élargi suite aux différentes réformes des années 90.

Les Etats africains ont adopté des systèmes constitutionnels qui donnent à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à l'efficacité du contrôle de constitutionnalité toute leur valeur au sein des équilibres constitutionnels⁵⁷. Ainsi parmi les caractéristiques générales et essentielles reconnues au pouvoir judiciaire, la première est évidemment l'indépendance⁵⁸. Dans la quasi-totalité des

⁵⁷ CABANIS A. et MARTIN M.L, Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes, Karthala, 1999, pp. 152 et s.

⁵⁸ Cf. La constitution du Bénin (Art. 125 al. 1 « le pouvoir judiciaire est indépendant des pouvoirs législatif et exécutif »; Art. 126 al. 2 « les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi. Les magistrats du siège sont inamovibles ») ; celle du Burkina Faso (Art. 129 « le pouvoir judiciaire est indépendant ») ; celle du Burundi (Art. 209 « le pouvoir judiciaire est impartial et indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Dans l'exercice de ses fonctions, le juge n'est soumis qu'à la Constitution et à la loi ») ; celle du Cameroun (Art. 37 « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif »); celle du Congo Brazzaville (Art. 136 : le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi ») ; Voir aussi les articles 68 de

⁵⁴ Voir la loi organique 92-23 du 30 mai 1992 sur le conseil constitutionnel

⁵⁵ Sur ce point voir l'article de Mayacine Diagne sur la mutation de la justice constitutionnelle en Afrique, AIJC de 1997, p. 115.

⁵⁶Loi organique 92-23 du 30 mai 1992 sur le conseil constitutionnel

pays africains francophones, les membres des cours et conseils constitutionnels ne font pas partie du corps judiciaire, à l'exception du Burundi, de Madagascar et du Sénégal⁵⁹. La juridiction constitutionnelle se présente souvent comme une juridiction à part entière, ayant sa propre organisation et dont les juges ne font pas partie du système judiciaire. Ces juges sont soumis à des règles spécifiques tenant à leur qualité de juge constitutionnel⁶⁰. Au Sénégal également, l'article 4 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel, précise qu'il faut au moins vingt-cinq années d'expérience pour être membre du Conseil constitutionnel. Nonobstant ces différences qui existent d'un pays à un autre, ces conditions d'âge, de formation, de compétence et d'expérience s'avèrent importantes compte-tenu du rôle délicat que doivent jouer les membres de ces juridictions en termes d'arbitre du jeu

la constitution du Gabon, 89 de la Mauritanie, 98 du Niger, 88 du Sénégal et 113 du Togo.

⁵⁹ DIOMPY A.H. « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone » AFRILEX, 2014.

⁶⁰ Au Sénégal, les juges constitutionnels font partie du corps judiciaire mais leur statut est règlementé par une loi organique n° 92-22 du 30 mai 1992 sur le Conseil Constitutionnel. Pour le Togo : La Cour constitutionnelle est composée de neuf membres dont : – trois désignés par le président de la République, dont au moins un en raison de ses compétences juridiques ; – trois élus par l'Assemblée nationale à la majorité des 2 /3 de ses membres, dont au moins un en raison de ses compétences juridiques ; – trois élus par le Sénat, à la majorité des 2/3 de ses membres dont au moins un, en raison de ses compétences juridiques (art. 100 al. 2). Au Burkina, Le président est nommé par le chef de l'État ; trois membres sont nommés par le chef de l'État ; et les trois autres par l'Assemblée nationale (Cf. art. 151 al 1er).

institutionnel⁶¹ mais aussi comme artisan de l'ambiance démocratique⁶². A la condition de compétence et d'expérience professionnelle, se greffe la condition d'une « bonne moralité et d'une grande probité⁶³».

Concernant la durée du mandat des juges constitutionnels est également un élément important de leur indépendance. La règle largement admise est celle du mandat limité à un certain nombre d'années : cinq ans (Bénin) ; six ans (Burundi, Comores, Niger) ; sept ans (Gabon, Togo), neuf ans (Cameroun, Congo-Brazzaville, France, Maroc, Mauritanie). Ce mandat est parfois renouvelable comme au Bénin, aux Comores, au Congo-Brazzaville, en Guinée- Equatoriale ; le renouvellement

⁶¹ DIOMPY A.H. « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone » AFRILEX, 2014.

⁶² Au Niger par exemple, les membres doivent avoir une expérience professionnelle significative. Au Madagascar, les membres sont choisis en raison de leur compétence, et doivent avoir une pratique suffisante de la magistrature de l'ordre administratif ou judiciaire, du barreau, de l'enseignement supérieur du droit ou de l'administration. Aux termes de l'article 91 de la Constitution malienne, les membres de la Cour portent le titre de conseiller. Aux Iles Comores également, les membres de la Cour doivent justifier d'une compétence reconnue dans le domaine juridique, administratif, économique ou social. Ils doivent justifier d'une expérience professionnelle minimale de quinze ans. Ils doivent être d'une grande moralité, et d'une grande probité.

⁶³ C'est dans ce sens qu'au Gabon, l'article 6 de la loi organique relative à la Cour Constitutionnelle parle de « l'impartialité et l'intégrité morale des intéressés ». Au Sénégal, par contre, même si pareille disposition condition n'est pas mentionnée ni dans la constitution ni dans la loi organique, il va s'en dire qu'une telle condition s'avère nécessaire dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

lui-même est limité (une fois pour certains pays). À Madagascar, le mandat est renouvelable sans limitation de durée⁶⁴. Le mandat n'est en revanche pas renouvelable au Burkina Faso, au Sénégal, au Burundi, au Cameroun, en Mauritanie et au Togo⁶⁵. En outre, l'autre innovation qui participe à la consolidation de l'indépendance des juges constitutionnels, c'est l'élection du Président de la juridiction constitutionnelle par ses pairs comme au Bénin.

Par ailleurs, la juridiction constitutionnelle africaine tire son indépendance des textes constitutionnels ou des lois organiques qui le règlementent. Ainsi, dans les pays comme le Togo, le Congo Brazzaville, l'Égypte et la Mauritanie, l'indépendance de la juridiction constitutionnelle est consacrée et affirmée de façon expresse par la constitution à travers par exemple l'expression « la Cour constitutionnelle est un organe indépendant et autonome ou encore « la Cour constitutionnelle est indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire⁶⁶ ». Dans les autres États africains francophones, l'indépendance de

cette juridiction n'est pas expressément prévue par la constitution mais des lois ordinaires et organiques spécifiques le prévoient implicitement avec des formules presque similaires d'un pays à l'autre. A titre d'illustration, l'article 41 de la constitution malgache précise que « les institutions de l'État sont : (...) La Haute Cour constitutionnelle (...) Les trois fonctions de l'État : fonction exécutive, fonction législative et fonction juridictionnelle sont exercées par des organes distincts ». Au Sénégal, l'indépendance de la juridiction constitutionnelle découle de l'indépendance du pouvoir judiciaire, elle-même affirmée dans le Préambule et dans le texte de la Constitution⁶⁷.

⁶⁴ DIOMPY A.H. « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone » AFRILEX, 2014.

⁶⁵ Le caractère non renouvelable du mandat est encore un gage d'indépendance dans la mesure où d'après D. Rousseau, les autorités nommantes sont ainsi privées d'un moyen d'échanger une « bonne » décision contre une re-nomination. Ainsi, les juges constitutionnels n'ont aucun intérêt à chercher les faveurs de ces autorités. Ailleurs, comme en France, la durée du mandat des membres du Conseil constitutionnel est de neuf ans, le mandat des membres de droit, c'est-à-dire les Anciens présidents de la République étant sans limitation de durée sous réserve de ne pas être sous le coup d'une incompatibilité.

⁶⁶ Art. 55 1 al. 2 de la loi organique relative au fonctionnement de la Cour.

⁶⁷ Cf. Préambule et article 88 de la constitution du Sénégal du 22 janvier 2001. Au Mali, Cependant, il est précisé que la Cour constitutionnelle est une institution de l'État comme la Cour suprême et l'Assemblée nationale. La Cour suprême est indépendante du législatif et de l'exécutif. Il en est de même pour la Cour constitutionnelle qui est chargée de réguler le bon fonctionnement des institutions de l'État. Bien que l'indépendance de la Cour constitutionnelle ne soit pas prévue *in terminis*, elle résulte de plusieurs éléments. D'abord, la force obligatoire de ses décisions et l'autonomie de son budget. qui est chargée de réguler le bon fonctionnement des institutions de l'État. Bien que l'indépendance de la Cour constitutionnelle ne soit pas prévue *in terminis*, elle résulte de plusieurs éléments. D'abord, la force obligatoire de ses décisions et l'autonomie de son budget. Ensuite, l'inviolabilité du siège et le fait que la Cour doit donner son avis sur toute loi et sur tout règlement qui la concernent. En revanche, en France, cette indépendance a valeur constitutionnelle en tant que corollaire du principe de séparation des pouvoirs. Il en résulte la détention d'un pouvoir normatif d'autorégulation. Voir L'ACCPUF, « L'indépendance des juges et des juridictions », op.cit., pp. 150 et s.

En effet, les juridictions constitutionnelles africaines ont acquis depuis le début des années 1990 une indépendance institutionnelle de plus en plus importante. Cette évolution non moins négligeable a permis dans une large mesure à la Haute juridiction d'améliorer ses structures et ses procédures mais aussi de démocratiser l'accès à son prétoire en l'ouvrant désormais aux citoyens et à d'autres organes publics différents des pouvoirs classiques traditionnels que sont l'Exécutif et le Législatif⁶⁸. Enfin, les décisions des juridictions constitutionnelles s'imposent ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et judiciaires⁶⁹.

B : Le juge constitutionnel, un acteur légitimé par son œuvre jurisprudentielle

Le juge constitutionnel est devenu la clé de voute du système constitutionnel⁷⁰. La

⁶⁸ C'est dans ce sens que les constitutions africaines ont pour l'essentiel reconnu aux organes consultatifs en matière économique et social, en matière d'information et de communication et aux partis politiques, le droit de saisir les juridictions constitutionnelles. Incontestablement, une nouvelle ère s'ouvre, avec la possibilité offerte aux citoyens de saisir la juridiction constitutionnelle

⁶⁹ C'est ce qui ressort, du moins, de cette formule empruntée au constituant français et repris par les Etats africains francophones selon laquelle « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours, elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles 58». 57 Art. 124 al. 3 de la Constitution béninoise « Les décisions de la Cour constitutionnelle s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. ». V. aussi Art. 150 de la Constitution du Congo Brazzaville ; Art. 81 du Maroc ; art. 115 du Niger ; Art. 92 al. 2 du Sénégal.

⁷⁰ Moumoudou, P., La Constitution en Afrique, morceaux choisis, L'Harmattan, 2012.

justice constitutionnelle, en ce qu'elle permet une séparation réelle des pouvoirs et une garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux accordés aux citoyens et inscrits dans la constitution, constitue l'un des éléments essentiels à l'avènement de l'Etat de droit et à l'effectivité de la démocratie. A cet égard, le juge constitutionnel africain peut effectivement, dans des cas certes limités, être qualifié d'acteur légitime ou d'artisan légitime de la démocratie dans la mesure où il contribue à donner réalité et contenu à l'Etat de droit⁷¹. C'est dans cette perspective que la Cour constitutionnelle du Bénin a fait plusieurs interventions pour censurer les violations des droits fondamentaux. Au Bénin, la Cour Constitutionnelle a contraint en 1996 le Président Mathieu Kérékou à prêter serment une seconde fois dans le strict respect du libellé de l'article 53 de la Constitution. Plus intéressant, le même chef d'Etat a été rappelé à l'ordre pour avoir promulgué le 3 mai 1996 dans les conditions non conformes à la Constitution la loi organique relative à la Haute Cour de justice⁷². Dans cette mouvance, la Cour constitutionnelle a rejeté, en 1999, la demande du Président de la République d'examiner en procédure d'urgence la loi portant régime électoral communal et municipal en République du Bénin en considérant, entre autres, que la loi en question n'entraîne pas dans la catégorie des textes censés, selon l'article 120 de la Constitution, porter atteinte aux droits de la personne humaine et des libertés

⁷¹ PENOUIL Marc, « La démocratie. Le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in la Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dimitri LAVROFF, op.cit., pp. 343-358.

⁷² Décision de la CC 96- 061 du 26 septembre 1996.

publiques⁷³. Aussi, la cour constitutionnelle du Bénin dans sa décision du 07-175 du 27 décembre 2007 a sacralisé le principe de la séparation des pouvoirs en disqualifiant le refus d'une autorité gouvernementale d'apporter son concours à l'exécution d'une décision de justice même si le refus est fondé sur les circonstances exceptionnelles et sur la sauvegarde de l'ordre public. Dans sa décision du 26 mai 2008, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel un décret portant organisation et fonctionnement de l'organe présidentiel de la médiation du fait que celui-ci que la mission du fonctionnement harmonieux des institutions est une attribution essentielle de la Cour constitutionnelle.

Au Mali, le Président de la République a été amené en mars 1997 à dissoudre l'Assemblée nationale avant le terme de la législature comme le lui avait suggéré la Cour constitutionnelle en vue de l'organisation des élections dans les conditions et délais exigés par la Commission électorale nationale indépendante. Toujours, au mali, du fait un groupe parlementaire a été empêché de siéger dans le bureau de l'assemblée nationale, la Cour constitutionnelle a annulé dans son arrêt du 15 septembre 2006 l'élection du bureau de l'assemblée nationale. Elle rappelle à cette occasion les liens qui unissent les députés au parti politique qui ne sont pas des liens d'assujettissement.

Le Conseil constitutionnel sénégalais ne s'est pas marginalisé au regard de la

⁷³ DCC 99-036 extraits des grandes décisions de la Cour constitutionnelles du Bénin.

nouvelle tendance car il a également déclaré inconstitutionnelle la loi organique sur la Cour de cassation pour non-conformité au principe d'égalité devant la loi et devant la justice⁷⁴. Le juge constitutionnel sénégalais a donné suite à une requête de trois chefs de partis d'opposition, engagés dans les élections législatives du 29 avril 2001, tendant à interdire que l'effigie du chef de l'Etat et un acronyme tiré du Wolof (langue nationale) rappelant son nom (WAD) figurent sur les bulletins de vote des candidats de son parti, obligeant ainsi au ministre de l'intérieur d'appliquer immédiatement sa décision.

Le juge constitutionnel africain s'est également révélé présent en matière électorale. Effet, il a procédé, à Madagascar, à la fin de l'année 1996, à la destitution pour violation à la Constitution, du Président de la République en cours de mandat, M. Albert ZAFY, et supervisé la tenue des élections présidentielles anticipées subséquentes, lesquelles ont conduit à l'alternance⁷⁵. La cour constitutionnelle de Madagascar a posé l'obligation d'assiduité des députés aux

⁷⁴ Décision n° 11/93 du Conseil constitutionnel sénégalais en date du 2 juin 1993

⁷⁵ En effet, la haute cour de constitutionnelle a eu à arbitrer la crise politico-juridique qui opposa en 1993 le président de la république ZAFY à l'assemblée nationale, suite à un référendum organisé par celui là et visant le renforcement de ses pouvoirs. Saisie par les deux tiers de l'Assemblée nationale à l'effet de déclarer l'empêchement définitif du président prononcé par une résolution de l'assemblée « pour violation répétée de la Constitution », la cour examinant les cinq cas de violations portés à sa connaissance, en retient deux sur la base desquels elle prononce l'empêchement définitif du président ZAFY. Cf à l'article d'A. R. RAJONA, la juridiction constitutionnelle à Madagascar, AIJC, VIII, 1998.

sessions de l'Assemblée nationale. Ainsi, il est exigé la présence du plus grand nombre : lutte contre l'absentéisme des députés. Au Burkina Faso, la Cour suprême a été saisie en 1994 d'un recours tendant à déclarer la déchéance de députés qui avait démissionné de leur parti d'origine sous les couleurs duquel ils avaient été élus à l'Assemblée, pour créer un nouveau parti. Analysant le recours comme une contestation électorale, la Cour suprême le rejette comme tardif, non sans se laisser aller à de développements substantiels sur la liberté des alliances politiques et ce au motif qu'elle se reconnaît le droit d'apporter un éclairage et une interprétation du système constitutionnel actuel, de nature à favoriser le respect des principes démocratiques en vue d'asseoir un véritable Etat de droit. En Côte d'Ivoire, sollicité par le Président de la République le 15 décembre 2005 à la veille de l'expiration de la fin du mandat des députés, le juge constitutionnel ivoirien a décidé de proroger le mandat des députés au nom des principes constitutionnels comme la séparation des pouvoirs, l'équilibre des pouvoirs et la nécessité de contrôler la mise en œuvre des mesures exceptionnelles du président de la République.

Ainsi, une attention particulière est aujourd'hui accordée à la protection des droits et libertés par le juge constitutionnel⁷⁶. Dans sa décision n° 3 /C/

⁷⁶ En effet, l'affirmation de l'adhésion du peuple sénégalais « à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité africaines, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes

98 du Mars 1998, quand des députés dénoncent les atteintes au principe de la souveraineté populaire et au principe d'égalité des citoyens devant la loi, au principe de la « la non-délégalité de la qualité du mandat d'élu » et au « principe d'interdiction du mandat impératif » par la loi complétant le code électoral et relative à l'élection des sénateurs, le juge déclare la non-conformité partielle à la Constitution de certaines dispositions de la loi. Le juge estime ici qu'en instaurant la délégation du mandat d'élu « en faisant des remplaçants désignés en cas de cumul des mandats, des membres du collège électoral des sénateurs, l'article 116-6 leur confère la qualité d'électeur alors qu'ils ne sont pas des élus du suffrage universel comme le sont les autres membres du collège électoral; qu'il en résulte, d'une part une

de discriminations à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 », renseigne sur l'intérêt que le constituant accorde à la protection des droits fondamentaux. Ce qui ne saurait laisser indifférent le juge constitutionnel chargé de l'application du texte constitutionnel surtout quand on sait la valeur constitutionnelle désormais acquise par les dispositions du préambule de la Constitution. Il est unanimement reconnu que le préambule et avec lui les textes auxquels ils se rattachent bénéficient de la même valeur juridique que les dispositions des articles contenus dans le corps de la Constitution depuis la décision du juge constitutionnel français n° 71-44 DC du 16 Juillet 1971. Une position que le constituant sénégalais reprend expressément dans l'actuelle Constitution du 07.01.2001 en posant que : « le Préambule est partie intégrante » de la constitution. En outre, dans le corps même de la Constitution, le Titre II de la Constitution de 2001 est très prolixe quant à la consécration constitutionnelle « Des libertés publiques et de la personne humaine, des droits économiques et sociaux et des droits collectifs ».

méconnaissance de l'article 49bis de la Constitution en vertu duquel les sénateurs sont élus au suffrage universel indirect et, d'autre part, une discrimination entre les électeurs sénatoriaux contraire au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 7 de la Constitution, l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, l'article 7 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et l'article 3 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981.

Le juge constitutionnel a été plus ferme encore quant à l'exigence du respect du principe d'égalité au regard du préambule de la constitution dans sa décision n°15/94 sur l'affaire n° 2/C/94 du 27 juillet 1994. Dans cette décision le juge estime que la loi organique 92-27 qui pose en son article 69 que « Les agents de l'Etat titulaires de la maîtrise endroit exerçant avant l'entrée en vigueur de la présente loi organique et désignés par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, pour combler le déficit du nombre de magistrats, dans certaines juridictions, peuvent, après un stage concluant de mois dont les modalités seront fixées par décret être nommés dans le corps des magistrat » est contraire à la loi. Il considère qu'une telle loi renferme des « lacunes et discriminations, non conformes aux normes internationales relatives à la qualification, à la sélection et à la formation des personnes devant remplir des fonctions de magistrat, sont susceptibles d'engendrer des iniquités et des situations arbitraires contraires au principe de l'indépendance des juges garanti par la Constitution et au principe d'égalité également reconnu par la Constitution, par référence à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de

1789 dont l'article 6 dispose que "tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places, et emplois publics, selon leur capacité..." et à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui, par son article 21 paragraphe 2, affirme que "toute personne a droit à accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques de son pays" ».

Par ailleurs, si le préambule est ainsi largement évoqué comme fondement à la jurisprudence constitutionnelle, l'ensemble des dispositions de la constitution sont loin d'être en reste. Ainsi, dans sa jurisprudence n° 3/C/95 du 9 juillet 1995, le juge rappelait que les restrictions aux libertés fondamentales par le législateur n'est possible que dans la seule invocation « d'autres principes de valeur constitutionnelle tels que la préservation de l'ordre public ou la sauvegarde de l'intérêt général ». Par ailleurs, une de ces décisions fut considérée comme remarquable en ce sens que pour une meilleure protection des droits fondamentaux, le juge à su faire « prévaloir l'esprit de la constitution sur la perception très littérale du texte en ce prononçant avec intelligence sur un point capital de procédure »⁷⁷. Il s'agit de l'Arrêt n° 2/C/80 du 8 octobre 1980 sur l'affaire de l'Office National de Coopération et d'Assistance pour le Développement (ONCAD) de la Cour suprême statuant en matière constitutionnelle et qui marque une rupture nette avec la décision Abdoulaye Wade de 1978. Le juge se prononce sur une *loi déjà promulguée* en convoquant la constitution notamment en ces articles qui garantit le droit de propriété.

⁷⁷ B. Ngom , L'arbitrage d'une démocratie en Afrique : la Cour suprême du Sénégal, Dakar Présence Africaine, 1989 p 63.

En outre, s'il y a un domaine que le juge constitutionnel exerce avec circonspection⁷⁸ c'est bien le contrôle a posteriori par voie d'exception qui est un outil indispensable à la protection des droits et libertés définis dans la Constitution et pour le progrès de l'Etat de droit. En attestent les affaires n° 1/C/95 et n°2/C/95 du 13 février 1995⁷⁹ et n°4/C/2000 etc. Le juge constitutionnel, à travers ses décisions, notamment celle n° 11/93 du 23 juin 1993, s'emploie à faire respecter les principes constitutionnels et les libertés fondamentales garanties aux citoyens. Dans ce cas d'espèce, il s'agit d'une affaire où par un arrêt n°1/C.C/C.R./93 du 19 février 1993 la Cour de Cassation visait à surseoir à statuer, aux fins de rabat de l'arrêt n° 34 du 11 avril 1990, rendu par la 2^{ème} section de la Cour suprême, statuant en matière sociale, dans le litige opposant la Compagnie multinationale Air Afrique à cinq de ses ex-agents et à saisir le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité. Le juge constitutionnel considère, pour conclure à une non conformité de la loi à la constitution après une abondante motivation, que : « Que la mise en œuvre de la procédure de rabat d'arrêt de l'article 33 alinéa 2 par la Cour de Cassation entraînerait une inégalité non justifiée entre les justiciables, en ouvrant la nouvelle voie de recours à certains d'entre eux et pas à d'autres, selon qu'ils cherchent à remettre en cause une sentence non entièrement exécutée ou une sentence déjà exécutée, en violation du principe de l'égalité devant la loi et devant la justice, consacré par

⁷⁸ I. M. Fall, 2007, Evolution constitutionnelle du Sénégal, Dakar, CREDILA CREPOS. p75.

⁷⁹ EDJA, 1995, « Droit constitutionnel. Exception d'inconstitutionnalité », n° 25, pp 67-81.

l'article 6 de la Déclaration de 1789, l'article 7 de la Déclaration de 1948, l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples et les articles premier et 7 de la Constitution ». Le juge sanctionna dans cette décision la triple violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution notamment par l'atteinte à l'autorité de la chose jugée, une violation du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif, la rupture du principe d'égalité des citoyens⁸⁰.

Dans d'autres de ses décisions, notamment celles n°3/C/96 et n° 4/C/96 du 3 juin 1996, après avoir ordonné la jonction de deux exceptions soulevées devant le Conseil d'Etat et visant à faire déclarer inconstitutionnelle la loi n°76.67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux autres opérations foncières d'utilité publique, où le juge déclare sur la base d'une motivation assez élaborée, la constitutionnalité de la loi en ce sens qu'elle est conforme aux exigences de « respect et garantie intangible... du droit de propriété » définies par la constitution.

Le juge constitutionnel sénégalais essaye de rendre ainsi effective par ces différents procédés le respect de la norme fondamentale effective surtout en ce qui concerne la protection des droits et libertés fondamentaux.

Il ressort de ces décisions plusieurs enseignements. Tout d'abord, le juge constitutionnel commence à jouer un rôle

⁸⁰ Mbodj E. H., 1994, « La mise à mort du rabat d'arrêt ? Observations s/c Conseil constitutionnel : 23 juin 1993 », EDJA, n° 23, p-81.

fondamental dans la pacification de la vie politique. En effet, lorsque majorité et opposition s'affrontent, comme dans le cas sénégalais précité⁸¹, sur des questions importantes sans que les électeurs soient appelés à trancher, il est évident que le recours au juge constitutionnel pour statuer sur la loi adoptée par la majorité a la vertu d'apaiser le débat et de le rendre plus serein. La légitimité du juge constitutionnel s'impose progressivement car pour la plupart des décisions rendues, les controverses s'éteignent. Cette dynamique jurisprudentielle contribue à la consolidation de l'Etat de droit en Afrique mais le juge constitutionnel constitue, à notre avis, un acteur essentiel dans le système ayant en main les outils nécessaires pour faire face à quelques défis présents ou à venir.

II : UNE LEGITIMIE MENACEE

Des résistances au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs persistent dans les Etats africains, à savoir la problématique de l'indépendance de la justice⁸², et donc par

⁸¹ A titre de rappel, le juge constitutionnel sénégalais a donné suite à une requête de trois chefs de partis d'opposition, engagés dans les élections législatives du 29 avril 2001, tendant à interdire que l'effigie du chef de l'Etat et un acronyme tiré du Wolof (langue nationale) rappelant son nom (WAD) figurent sur les bulletins de vote des candidats de son parti, obligeant ainsi au ministre de l'intérieur d'appliquer immédiatement sa décision.

⁸² LATH Yédoh Sébastien, Utopie et vraisemblance de l'indépendance du service public de la justice constitutionnelle en Afrique francophone », in *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* sous la dir. de Fabrice HOURQUEBIE, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 27-52. ; BIGO D., « Justice et pouvoir politique Pouvoir politique et appareil judiciaire en Afrique au Sud du Sahara », in *La*

ricochet celle des juges constitutionnels africains dans leur rôle de régulation institutionnelle mais aussi de protection des droits et libertés fondamentaux. Ainsi la question de l'indépendance du juge constitutionnel africain se pose avec acuité eu égard à l'ambiance politique et démocratique assez instable dans un certain nombre de pays africains francophones⁸³. Proclamer l'indépendance des juges dans les textes ou discours est une étape importante mais cela ne saurait suffire pour mettre les juges à l'abri des pressions ou de l'autocensure⁸⁴. Ainsi cette légitimité construite est en cause du fait que non seulement l'indépendance du juge constitutionnel est menacée (A) mais aussi son œuvre jurisprudentielle est encore fragile (B).

A : Une indépendance menacée du juge constitutionnel africain

Le juge constitutionnel africain a été pendant longtemps dans une situation vulnérable à cause de sa dépendance au pouvoir politique. Aujourd'hui encore, et malgré l'ouverture démocratique et la mise en place de juridictions constitutionnelles, le débat se pose encore. L'indépendance du juge vis à vis des autres pouvoirs n'est pas conquise de manière parfaite. Proclamer l'indépendance des juges dans les textes ou discours est une étape importante mais cela ne saurait suffire pour mettre les juges à

justice en Afrique, Afrique contemporaine, n° spécial, Documentation française, 1990, pp. 166 et

⁸³ A l'évidence, l'indépendance des juges n'est pas conquise ni acquise de manière parfaite.

⁸⁴ FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000

l'abri des pressions ou de l'autocensure⁸⁵. Partout en Afrique, l'observateur averti ne peut s'empêcher de remarquer les tentatives tantôt visibles tantôt sournoises du pouvoir politique pour asseoir son influence sur le juge constitutionnel. La déclaration du Président Mathieu Kérékou, lors de l'installation des membres de la Cour de constitutionnelle du 17 juin 1998, est une illustration intéressante de l'influence politique du juge constitutionnel⁸⁶. Au Niger, les interférences du chef de l'Etat dans les procédures judiciaires étaient telles que le palais présidentiel était surnommé la « quatrième chambre » de la Cour suprême sous le règne du général Seyni Kountché⁸⁷. Le Président ivoirien Laurent Gbagbo ne déclarait-il pas que le palais présidentiel qu'il occupe ne sera pas un lieu pour rédiger des décisions de justice⁸⁸. Il faut remarquer aujourd'hui que la dépendance des juridictions constitutionnelles est une réalité même si les chefs d'Etats ont perdu l'exclusivité de leur pouvoir de désignation ou de saisine⁸⁹. Les faiblesses de l'encadrement juridique du pouvoir méritent une attention particulière car elles révèlent le poids des contraintes qui jalonnent les chantiers de l'édification de

l'Etat de droit⁹⁰. On constate qu'en dépit des garanties statutaires d'indépendance formelles, le juge constitutionnel africain est en réalité placé dans un rapport de dépendance et de subordination statutaires à l'égard du pouvoir politique⁹¹. Dans ses relations avec le pouvoir politique, le juge constitutionnel doit bénéficier d'un régime particulier lui permettant de réaliser effectivement son indépendance⁹². Or cette indépendance étant entendue de façon relative comme une prérogative acceptée par le pouvoir politique lui-même. C'est justement à cet égard que l'indépendance du juge constitutionnel africain francophone est véritablement en cause. Par ailleurs, l'inamovibilité, dans le contexte africain ne constitue guère une garantie suffisante d'indépendance du juge constitutionnel. A cet égard, la dissolution de la Cour constitutionnelle du Niger le 29 juin 2009, par le Président de la République pour avoir donné un avis contre le projet présidentiel de révision de la Constitution de la Ve République⁹³, puis pour avoir déclaré l'adoption de dudit projet contraire à la Constitution⁹⁴, en est l'illustration parfaite⁹⁵. Au regard de ces

⁸⁵ Diop, S., Justice et Politique, Afrique contemporaine, n°156, 1990, p184-194

⁸⁶ Extraits du discours « désormais vous ne devez plus être ni des militants ni sympathisants d'aucune formation politique..... » Cf. La Nation du 8 juin 1998.

⁸⁷ FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in Les défis des droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2000

⁸⁸ Cf. Le Quotidien Le Patriote N° 730 du 3 janvier 2002.

⁸⁹ FALL A., Op. Cit

⁹⁰ Eod loc

⁹¹ GONIDEC P.F., « La place des juridictions dans l'appareil d'Etat », in sous dir. P.F. GONIDEC, Encyclopédie juridique de l'Afrique, T.1, p. 232-238.

⁹² FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in Les défis des droits fondamentaux, Bruxelles, Bruylant, 2000

⁹³ Cour constitutionnelle du Niger, Avis n° 02/CC du 25 mai 2009.

⁹⁴ Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n°4/CC/ME du 12 juin 2009.

⁹⁵ Le 29 juin 2009, le Président de la République notifie à la présidente de la Cour constitutionnelle la suspension par décrets des articles 104 et 105 de la Constitution sur les modalités de nomination des

insuffisances organique et fonctionnelle, une meilleure protection du juge constitutionnel africain à l'égard du pouvoir politique résulterait d'une garantie d'irrévocabilité doublant la garantie d'inamovibilité⁹⁶. Ainsi, l'irrévocabilité de la juridiction constitutionnelle dans son ensemble comme dans ses composantes individuelles serait opposable aux pouvoirs publics, en l'occurrence aux autorités de nomination⁹⁷. Dans la nomination, le pouvoir politique a une forte propension à désigner, du moins en apparence, des personnalités sensibles à ses obédiences politiques⁹⁸. Ensuite, une fois nommé, l'autorité politique attend, dans une certaine mesure, du juge constitutionnel

sept membres de la Cour et surtout leur inamovibilité durant leur mandat de six ans. Il a également abrogé trois décrets de 2004, 2006 et 2008 sur les nominations de ces juges constitutionnels.

⁹⁶ AIVO Joël, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique*. L'exemple du modèle béninois, Paris, l'Harmattan, 2006, p. 143 et s. Demba SY, « La condition de juge en Afrique : l'exemple du Sénégal ».

⁹⁷ La force et la pertinence de cette argumentation réside dans la différence conceptuelle entre l'irrévocabilité et l'inamovibilité. La première signifie que le juge constitutionnel ne peut faire l'objet d'une interruption de ses fonctions en cours de mandat, et la seconde signifie qu'il ne peut faire l'objet d'une mutation à d'autres fonctions ou responsabilités en cours de mandat. Ces deux notions se recoupent, mais ne se confondent pas. Voir 98 « Chaque nouvelle nomination constitue bien un enjeu politique et analysé au regard de ses implications politiques potentielles » voir CHEVALLIER Jacques, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Paris, Dalloz, 2007, p. 83-94.

⁹⁸ FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000

qu'il délibère dans le sens de ses options politiques, le cas échéant, le pouvoir politique peut aller même jusqu'à remettre en cause la valeur de la décision de la Haute juridiction et faire plier ce dernier à sa volonté. Il en est ainsi du juge constitutionnel burkinabé qui a dû rendre une seconde décision de conformité d'un accord de financement entre l'Etat burkinabé et la Banque islamique de développement, alors que dans une première décision il avait estimé que la soumission dudit accord au principe de la Charia contrevenait au principe constitutionnel de la laïcité de l'Etat⁹⁹. Incontestablement, l'exigence formelle d'un juge constitutionnel « apolitique » échoue d'ailleurs, et la politisation demeure une réalité sur le terrain africain. De même que « le statut ne fait pas le juge », l'instrumentalisation du juge constitutionnel africain par le pouvoir politique est un constat difficilement niable¹⁰⁰. Cette instrumentalisation se présente d'une part sous la forme d'une stratégie d'anticipation politique et se traduit par le choix d'une personnalité

⁹⁹ Eod loc

¹⁰⁰ C'est ce qui est perçu du moins par certains observateurs en Algérie après que le Président de la République Abdelaziz Bouteflika ait pris le 29 mars 2012, un décret portant nomination de Tayeb Belaiz, en qualité de Président du Conseil constitutionnel en remplacement de Boualem Bessaih. Ces derniers estiment que les Président de la République a « imposé un fidèle parmi les fidèles » à ce poste stratégique » de l'institution qui devra valider les résultats de l'élection présidentielle de 2014, pour éviter le « syndrome ivoirien ». Voir à ce propos les avis, critiques et analyses sous <http://www.tsa-algerie.com/politique/>, consulté le 20 juin 2012 cité par SOMA Abdoulaye, op.cit., p. 15.

proche¹⁰¹ des autorités politiques en place, à la tête de la juridiction constitutionnelle, aux fins de garantir la continuité du régime politique et l'instrumentalisation du juge constitutionnel par le pouvoir politique apparaît dans cette fonction circonstancielle et patente en Afrique qui voit au gré de l'ambiance politique favorable ou non au régime en place de voir le premier donner au second la bénédiction, voire l'onction nécessaire pour un nouveau mandat dont la légitimité démocratique est problématique¹⁰². Ce rôle de légitimation démocratique désormais reconnu au juge constitutionnel, dans certains Etats africains francophones est source de crises profondes remettant ainsi en cause l'Etat de droit et la démocratie. Il en a été ainsi en Côte d'Ivoire, lorsque le juge constitutionnel dans une deuxième décision valide le mandat présidentiel de Alassane Dramane Ouattara à l'issue des élections ivoiriennes du 28 novembre 2010, contrairement à la première décision, après la victoire militaire des forces pro-Ouattara sur celles de Laurent Gbagbo¹⁰³.

¹⁰¹ Parfois « fidèle ami » selon FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000

¹⁰² Certains aspects de cette instrumentalisation politique et partisane des mécanismes constitutionnels en Afrique sont finement examinés par Jean du Bois de GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, op.cit., p. 609-627.

¹⁰³ Conseil constitutionnel ivoirien, Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG portant proclamation de Monsieur Alassane Ouattara en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire, 4 mai 2011. Conseil constitutionnel ivoirien, Décision n° CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG portant proclamation

Même si le le juge constitutionnel africain gagne progressivement en légitimité et en crédibilité eu égard à la force du droit qui découle depuis récemment de ses décisions et par conséquent le place comme un acteur décisif et incontournable du jeu politique et démocratique africain¹⁰⁴.

En Afrique, la pratique demeure celle de l'hégémonie du pouvoir exécutif et l'incapacité des pouvoirs législatifs et judiciaires, à quelques exceptions près, à s'affirmer comme de véritables contrepoids susceptibles d'exercer un contrôle efficace de l'activité gouvernementale. L'un des critères essentiels et primordiaux pour le développement de la justice constitutionnelle constitue sans aucun doute l'indépendance des juges constitutionnels¹⁰⁵. Les juridictions constitutionnelles ne pourront accomplir leur tâche que dans la mesure où elles sont indépendantes du pouvoir. Elles ne doivent être un instrument des gouvernants. Le juge constitutionnel ne peut contribuer au renforcement de la démocratie et à la construction de l'Etat de droit qu'à partir

des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010, 3 décembre 2010.

¹⁰⁴ La question de sa légitimité est parfois évoquée, essentiellement par les acteurs politiques, lorsque certaines de ses décisions leur déplaisent, en lui opposant leur légitimité populaire. D'aucuns agitent même parfois l'épouvantail du gouvernement des juges. Il faut bien admettre que le juge constitutionnel exerce des prérogatives qui lui sont définies et attribuées par le peuple souverain à travers la Constitution. Cette légitimité fonctionnelle lui impose d'exercer sa liberté d'interprétation de la Constitution en harmonie avec les finalités et

¹⁰⁵ FALL A., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000

du moment où il bénéficie de la possibilité de s'opposer au pouvoir en place.

B : Une œuvre jurisprudentielle encore fragile

Cette fragilité de l'œuvre jurisprudentielle africaine peut être appréciée en matière constitutionnelle et en matière électorale. En matière constitutionnelle, dans le contexte africain, le juge constitutionnel doit sortir de sa logique d'autolimitation¹⁰⁶ en se déclarant compétent quand il s'agit de questions essentielles comme le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ou référendaires. Le respect du principe de la souveraineté du pouvoir constituant n'est pas le seul argument invoqué pour motiver le refus de connaître de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique. Les juridictions constitutionnelles statuant dans ce sens se sont parfois, soit alternativement soit concomitamment, fondées sur le

¹⁰⁶ En outre, Il appartient au juge constitutionnel de veiller au respect de la Constitution. Ainsi pour ce faire, le juge constitutionnel saisi ne peut statuer sans avoir au préalable dégagé le sens et la signification des dispositions constitutionnelles. C'est ainsi l'interprétation constitutionnelle est essentielle dans une démocratie constitutionnelle. Il est clair que les constitutions africaines renferment un nombre restreint de dispositions qui renvoient à d'autres textes. En effet, le bloc de constitutionnalité¹⁰⁶ sénégalais, renvoie à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ou à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981. L'intervention du juge constitutionnel est important non seulement dans la détermination des normes de références mais pour assurer la suprématie des normes constitutionnelles.

caractère attributif de leurs compétences¹⁰⁷. Elles tiennent ainsi formellement compte des délimitations expresses par la loi des matières relevant de leurs attributions.

Ainsi, à partir d'une interprétation stricte de sa compétence, le juge constitutionnel sénégalais s'est prononcé sur cette question¹⁰⁸. Dans son avis n°5/2000, le juge estime qu'il « ne peut examiner ni l'aspect politique ni l'aspect de la constitutionnalité des dispositions du projet de constitution ». Au surplus, le juge constitutionnel sénégalais précise que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel, ainsi le Conseil ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux limitativement prévus par ces textes et par conséquent le Conseil constitutionnel ne tient ni de la Constitution ni d'aucune disposition de la loi organique le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle par le juge constitutionnel sénégalais¹⁰⁹. Cette

¹⁰⁷ En effet, si le juge constitutionnel a d'énormes pouvoirs en matière de contrôle des lois, force est de reconnaître son impotence face aux lois référendaires et aux actes constitutifs. Le fondement de cette incompétence du juge vient du fait que ces lois sont de façon directe ou indirecte l'expression même de la souveraineté. La compétence d'attribution dont il est investi lui permet de contrôler les pouvoirs publics mais nullement le peuple.

¹⁰⁸ B. Kanté, 2005, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone » in Mélin-Soucramanien F. (sous dir.), L'interprétation constitutionnelle, Paris Dalloz, p 159.

¹⁰⁹ Décision n° 3/C/2005 du 18 janvier 2006. Aussi, dans sa décision 6/C/2000, face à un recours introduit par seize parlementaires pour inconstitutionnalité d'une procédure référendaire, le juge constitutionnel précise que : « La législation

position du juge constitutionnel sénégalais est inacceptable dans un contexte marqué de plus en plus par des excès de pouvoir législatif surtout en matière de révision constitutionnelle.

Aussi, les déclarations d'incompétence du juge constitutionnel bien que fondé juridiquement selon une interprétation formaliste des règles importent les défenseurs des droits de l'Homme et de la démocratie. Cette approche instrumentaliste d'interprétation du droit basée sur le technicisme et le fétichisme exégétiques est critiquable¹¹⁰.

Dans l'exercice de son office de contrôle de constitutionnalité, le conseil constitutionnel sénégalais se fonde sur une interprétation restrictive de sa mission qu'il circonscrit, à juste titre, dans le cadre d'une compétence d'attributions bien définie par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel¹¹¹. Il ressort de la jurisprudence sénégalaise une interprétation limitée¹¹² et à la limite

sénégalaise ne contient aucune disposition constitutionnelle ou légale conférant au Conseil constitutionnel compétence pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions prises en matière de référendum par le président de la République ; qu'au surplus, il n'existe pas en l'espèce de conflit de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, comme le soutiennent les requérants; que dès lors, le recours dont est saisi le Conseil constitutionnel échappe à sa compétence ».

¹¹⁰ DIOMPY, H, op cit

¹¹¹ I. M. Fall, 2007, Evolution constitutionnelle du Sénégal, Dakar, CREDILA CREPOS. p75.

¹¹² L'interprétation restrictive du juge constitutionnel est souvent relevée notamment dans sa décision de décembre 2001 à propos d'une loi relative à la fin des mandats des conseillers ruraux et créant des délégations spéciales dans toutes les collectivités locales où il se limite à dire que la loi

littérale de la compétence du juge constitutionnel, ce qui constitue une auto-paralysie de la part du juge constitutionnel lui-même¹¹³. Cette position du juge sénégalais n'est pas, par ailleurs, sans rappeler celle de son homologue burkinabé qui, dans sa décision du 29 Août 2007¹¹⁴, déclare irrecevable un recours d'exception d'inconstitutionnalité introduit par un citoyen après que le Premier Président de la Cour de cassation ait refusé de faire droit à une telle requête. Dans cette décision le juge estime : « Qu'il résulte expressément de l'article 25¹¹⁵ de la loi organique sur le Conseil constitutionnel,

est conforme à la constitution dans la mesure où il s'agit pour le législateur de compléter certaines dispositions de la loi portant Code de collectivités locales. Le juge constitutionnel se contente d'apprécier les textes pour se prononcer sur la compétence de l'auteur et non sur le fond de l'affaire contrairement à son homologue français. En effet, il ne précise pas de justification dans des conditions où le Juge du Palais Montpensier aurait certainement évoqué la notion de « délai nécessaire et raisonnable ».

¹¹³ Voir O. Pfersmann, 2005, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in Mélin-Soucramanien F. (sous dir.), L'interprétation constitutionnelle, Paris Dalloz, p 33-60.

¹¹⁴ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision N° 2007-04/CC du 29 Août 2007, (JO n° 41 du 11 Octobre 2007), [En ligne]. [Réf. du 15 Mars 2007]. Disponible sur : <http://www.legiburkina.bf/>

¹¹⁵ L'article 25 de la loi organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui pose : « Lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un justiciable devant une juridiction, quelle qu'elle soit, celle-ci est tenue de surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel qui doit se prononcer sur la constitutionnalité du texte en litige dans le délai d'un mois qui court à compter de sa saisine par la juridiction concernée ».

dont l'application est sollicitée, qu'il revient à la juridiction devant laquelle l'exception est soulevée de « surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel » ; qu'en l'espèce, ce n'est pas la juridiction qui a saisi le Conseil mais la partie qui a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité ; que la requête doit de ce fait être déclarée irrecevable ». Le juge constitutionnel burkinabé s'en tient ici à une interprétation littérale de la loi en considérant que c'est la juridiction suprême civile ou administrative qui une fois saisie doit apprécier si la question préjudicielle de constitutionnalité invoquée devant le tribunal ordinaire mérite d'être portée devant le Conseil constitutionnel¹¹⁶.

Pour renforcer sa légitimité au regard des attentes, le juge constitutionnel sénégalais doit être plus entreprenant dans sa mission d'interprétation des normes constitutionnelles à l'image de son homologue béninois¹¹⁷. En Afrique, la

¹¹⁶ Ces arguments ont, par ailleurs, été évoqué par le juge constitutionnel sénégalais dans sa décision n°16/95 du 13 février 1995 où il estime que « la Cour de Cassation doit se prononcer avant toute saisine du Conseil Constitutionnel sur sa compétence et sur la recevabilité du pourvoi ou déchéance, tout examen de « la solution du litige » lui étant subordonné ».

¹¹⁷ En effet, « les sept sages de Cotonou développent depuis 1993 une politique jurisprudentielle audacieuse (...) Ils se réfèrent à l'esprit du texte et à la volonté implicite de ses auteurs pour pratiquer un contrôle maximaliste des lois»¹¹⁷. Ce d'autant que le juge sénégalais lui-même considère dans sa décision N°18/95, affaire N° 3/C/95 du 19 juillet 1995, « Que la seule préoccupation du Conseil constitutionnel demeure le fonctionnement harmonieux et complémentaire juridictions qui commande aux juges de corriger les imperfections de la loi, de combler ses lacunes par des constructions jurisprudentielles réfléchies, patientes et parfois audacieuses (c'est nous qui soulignons)». S'il peut avoir de telles ambitions

pratique consistant à contourner le contrôle du juge constitutionnel par un recours systématique à des révisions de la Constitution risque de porter atteinte à terme, à la sécurité juridique des citoyens et à la stabilité encore précaire des institutions¹¹⁸.

En matière électorale, il convient de rappeler que les constituants des années 1990 ont fait des Cours et Conseils constitutionnels africains, le seul garant de la régularité de toutes les élections les plus régaliennes de l'Etat. La mise en œuvre conjuguée de toutes les prérogatives du juge constitue matériellement un coup d'arrêt à l'autoritarisme des pouvoirs africains dont le socle est bâti sur l'arbitraire des pouvoirs en place avant la vague de démocratisation et le non-respect des dispositions constitutionnelles. Aujourd'hui, l'élection en Afrique génère d'abondants contentieux, politiques et juridiques¹¹⁹, quand elle ne dégénère pas en guerre civile¹²⁰. Elle éprouve durement le juge constitutionnel quand elle ne le disqualifie pas. C'est dire qu'au travers des jurisprudences contestées sur les élections se donnent à voir les échecs de la construction d'un Etat de droit et de démocratie pluraliste. Dans ces conditions,

pour les autres juridictions on ne peut raisonnable en attendre moins de lui.

¹¹⁸ KANTE, B., Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique, in *Mélanges de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008

¹¹⁹ DE GAUDUSSON, J. D. « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de « transition » en Afrique et en Europe », in *Mélanges Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 333 et s..

¹²⁰ DE GAUDUSSON J.D. et alii, *Démocratie et Elections dans l'espace francophone*, BRYLANT, 2010.

le règlement du contentieux des élections par le juge constitutionnel peut ruiner la croyance en la vertu du processus de désignation des représentants du peuple et, en conséquence, de l'élection comme fondement démocratique de la légitimité¹²¹. La tenue d'élections libres, fiables et transparentes pose, aujourd'hui, d'incommensurables difficultés techniques de tous ordres et la figure du juge indépendant peine à s'affirmer¹²². Les difficultés semblent parfois empirer si l'on en juge par la gravité des crises liées à l'organisation de récents scrutins¹²³. Force est de reconnaître qu'à l'aube ou dans le tumulte d'une élection la mission du juge constitutionnel s'avère particulièrement ingrate car trancher un litige, c'est souvent s'exposer à l'accusation de partialité et d'inféodation aux autorités politiques. Ainsi, les décisions du juge constitutionnel sont souvent contestées et il prend même des risques pour sa sécurité, voire pour sa vie¹²⁴.

¹²¹ Eod loc

¹²² Consacré tant par les textes constitutionnels que par les prescriptions de la communauté internationale, le recours aux élections n'est pourtant pas aujourd'hui sans rencontrer des réserves et susciter des appréhensions.

¹²³ Côte-d'Ivoire depuis 1999, Madagascar en 2001-2002, Sénégal en 2012.

¹²⁴ Au Bénin, en 1996, alors que Nicéphore Soglo, le Président sortant, refusait d'admettre sa défaite, les membres de la Cour

Constitutionnelle ont reçu des menaces de mort et le domicile de l'un d'entre eux, Maurice Ahanhanzo Glélé, a été mitraillé. Me Babacar Sèye, vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal, a ainsi été victime d'un assassinat, le 15 mai 1993, dans un climat politique tendu, après la totalisation officielle des résultats d'élections législatives controversées. Abdou Latif COULIBALY, *Sénégal. Affaire Me Sèye : un meurtre sur commande*, Paris, L'Harmattan, 2006, rapporte les détails de l'affaire.

La légitimité reconnue au juge constitutionnel africain constitue une garantie de l'impartialité qui lui procure l'indépendance indispensable à son impartialité. Dans une telle conception du fonctionnement de la société, le juge constitutionnel exerce un pouvoir essentiel puisqu'il est le garant incontournable de l'application de la suprématie des normes constitutionnelles. Cette reconnaissance ouverte permet aussi de situer la place du juge dans les sociétés d'État de droit et de clarifier la perception qu'en a le citoyen a du juge constitutionnel africain. Ce n'est pas parce que le juge est légitimement installé dans sa fonction qu'il a gagné pour autant sa légitimité. Celle-ci va dépendre des conditions dans lesquelles il exerce sa mission. Le juge constitutionnel africain doit appliquer le droit et tout le droit constitutionnel qui va au-delà des articles de la Constitution. Le juge constitutionnel africain est certes une pièce maîtresse du nouveau constitutionnalisme, mais il ne reste pas moins que sa tâche n'est pas aisée en l'état actuel des choses¹²⁵. En effet, la dignité et la sérénité du juge ne peuvent être qu'une garantie de sa légitimité. Il importe d'apprécier le juge constitutionnel africain dans sa conduite. Dans l'exercice de l'office juridictionnel du juge constitutionnel africain, des règles de conduite objectives sont de nature à faire

¹²⁵ Il est clair que la justice constitutionnelle constitue un des éléments essentiels du système de la démocratie constitutionnelle. Elle permet en effet d'assurer la protection juridictionnelle de la suprématie de la constitution, c'est-à-dire de garantir l'équilibre entre les organes constitutionnels, d'assurer la protection des droits de l'homme, ainsi que de garantir le bon déroulement des consultations ou des votations dans la liberté, la transparence et la sincérité...

naître chez l'observateur le sentiment d'un accomplissement insatisfaisant de sa tâche. Le juge constitutionnel devient suspect dès lors que son indépendance est non seulement menacée mais aussi sa jurisprudence est constamment contestée. Or ces désaveux ou menaces risquent de remettre en cause cette légitimité construite et souvent acquise par le juge constitutionnel lui-même. Il n'est pas tolérable, par ailleurs que le juge se débarrasse des questions difficiles et, ne réponde pas aux questions posées telles les révisions constitutionnelles.