

Juge constitutionnel et transition démocratique.
Étude de cas en Afrique subsaharienne francophone

Par Sory BALDE

Ancien ATER Université Bordeaux IV Montesquieu

Elève-avocat EDA Aliénor de Bordeaux

Mail : sorybalde686@hotmail.com

Introduction

« Garantie juridictionnelle de la Constitution »¹, la justice constitutionnelle date des années 1960 en Afrique subsaharienne francophone, période de l'accession à l'indépendance. Mais depuis l'avènement du nouveau constitutionnalisme africain dans les années 1990, la justice constitutionnelle a pris un nouveau sens avec la volonté affirmée des constituants de faire respecter la nouvelle loi fondamentale, désormais étoffée de toute une batterie de dispositions destinées à faire primer les droits fondamentaux.

La justice constitutionnelle, en Afrique subsaharienne francophone comme ailleurs, dépasse le simple rôle de juge de la conformité de la loi à la Constitution qui lui était attribué auparavant, pour se « mêler » désormais de droits et libertés fondamentaux. Au-delà d'un simple mécanisme monotone de confrontation de deux normes abstraites, la mission principale assignée au juge constitutionnel en Afrique subsaharienne francophone est désormais d'examiner le respect par les gouvernants des principes déclarés intrinsèques à tout être humain et donc à leurs concitoyens, et qui sont inscrits dans la loi fondamentale.

Cependant, on pourrait se poser la question de la réalité du juge constitutionnel dans cette partie du monde. Est-il vraiment autonome ? Est-il directement inspiré du modèle

¹ Voir KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 198-257.

kelsénien avec un contrôle spécial exercé par une juridiction constitutionnelle ?² Et la constitutionnalisation du modèle ne peut-elle pas être interprétée selon une approche stratégique qui instrumentalise la notion de démocratisation ?

On pourrait également se poser la question de la part effective jouée par cette nouvelle institution de justice constitutionnelle, dans la concrétisation et la réalisation de la transition démocratique en Afrique subsaharienne francophone.

I. La transition démocratique comme cadre de l'avènement d'une nouvelle justice constitutionnelle

Le propos est de dire que le processus de transition démocratique a influencé l'émergence d'une nouvelle justice constitutionnelle en Afrique subsaharienne francophone (A). Cette consécration se matérialise à travers la démonstration du premier juge constitutionnel autonome de la sous-région (B).

A. L'influence de la transition sur l'émergence d'une nouvelle justice constitutionnelle

La transition peut être définie comme un processus, un mouvement qui permet de quitter un état donné pour en atteindre un autre, en tout cas essayer d'en atteindre un autre, grâce, le plus souvent, à l'utilisation de modalités qui permettent de la qualifier, quand ce n'est pas la finalité de la transition qui permettra de la qualifier. Ce dernier point pose problème car une transition peut être définie par rapport au but visé mais dans ce cas, si elle ne l'atteint pas, elle sera vouée à rester un éternel processus. Or, en s'en douterait, l'intérêt de la transition est la réalisation de ses objectifs, l'achèvement du processus *de passage*, l'immobilisation du changement, et non pas l'immobilisme du changement. La transition est « le dépassement d'un schéma normatif, formé par des principes et des normes, et sa substitution par un autre »³. Elle est démocratique lorsqu'elle renvoie à un passage d'un régime autoritaire vers

² Voir EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 103-104.

³ Voir De VERGOTTINI Giuseppe, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », in Du Bois de GAUDUSSON Jean, CLARET Philippe, SADRAN Pierre, VINCENT Brigitte (dirs.), *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 703.

un régime dit démocratique dans le sens de l'Etat de droit⁴, globalement dans le cadre du constitutionnalisme et de l'alternance politique.

On pourrait ajouter que la transition démocratique se produit généralement « à travers des conjonctures de crise dans lesquelles se développent des possibilités de changement des régimes politiques »⁵. Cette transition⁶, lorsqu'elle se produit dans un régime autoritaire dont elle marque la chute peut s'orienter dans trois directions : l'installation d'une forme de démocratie, le retour à l'ancien système politique ou l'émergence d'une alternative révolutionnaire⁷. Elle peut donc déboucher sur la démocratie, qui est définie idéalement comme « une forme d'Etat ou de société dans laquelle la volonté générale est formée, ou – sans image – l'ordre social créé par ceux qu'il est appelé à régir, - le peuple. Démocratie signifie identité du sujet et de l'objet du pouvoir, des gouvernants et des gouvernés, gouvernement du peuple par le peuple »⁸. On peut compléter cette définition en affirmant avec Marc PENOUIL que « la démocratie est une réalité diverse, évolutive, fragile, imbriquée dans un contexte de réalités économiques, culturelles et sociales, elles-mêmes en perpétuel mouvement »⁹.

⁴ « De passage de solutions institutionnelles autoritaires à des solutions institutionnelles démocratiques ». Voir De VERGOTTINI Giuseppe, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », *op. cit.*, p. 702.

⁵ Voir DALOZ Jean-Pierre, QUANTIN Patrick, *Transitions démocratiques africaines*, Paris, Karthala, 1997.

⁶ Selon AKINDES Francis, « la transition démocratique est une modalité de changement politique (...) Dans le cas des pays d'Afrique noire francophone (...), c'est le passage des systèmes de partis uniques au pluralisme politique ». Voir AKINDES F., « Les transitions démocratiques à l'épreuve des faits. Réflexion à partir des expériences des pays d'Afrique noire francophone », in *Bilan des conférences nationales et autres processus de transition démocratique*, éd. Pedone et E. Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 262. POKAM Hilaire définit lui les transitions démocratiques comme « les processus de passage des formes diverses d'autoritarisme à la démocratie ». Voir POKAM Hilaire, « Les Commissions électorales en Afrique subsaharienne. Analyse de leurs enjeux et de leurs usages par les acteurs politiques au cours du processus d'invention de la neutralité électorale », communication lors du séminaire Gouverner les sociétés projetées, CEAN, janvier 2005.

⁷ Voir O'DONNELL Guillermo, SCHMITTER Philippe (dirs.), *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986.

⁸ Voir KELSEN Hans, *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988 (1929), p. 25.

⁹ Voir 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 Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005, p. 554.

La transition démocratique serait donc une quête de la démocratie, une dynamique, « un mouvement qui part d'une situation et qui vise la réalisation d'un objectif donné à savoir la construction d'une autre organisation étatique »¹⁰. Cependant, cette dimension de la notion de transition démocratique peut poser en elle-même problème car il est difficile de préciser exactement quand elle a commencé et, compte-tenu d'un objectif aussi large et aussi vague que la démocratie, on ne peut savoir ni même prévoir quand elle va s'achever.

En Afrique subsaharienne francophone, les processus de transition ont favorisés la diffusion et la réception de nombreuses institutions en Afrique subsaharienne. Sur « quarante-trois Etats africains ayant initié un processus de transition ou du moins de libéralisation politique, ces phases de transition ont vu l'émergence de cadres institutionnels nouveaux (...) »¹¹. En effet, « les transitions de régimes sont des moments de désinstitutionnalisation : les institutions du régime précédent sont remises en cause ; souvent on en adopte de nouvelles pour gérer la période de transition, et c'est le moment où se font les choix du régime et des institutions futures »¹².

La transition se particularise par l'ouverture du jeu politique et par un adoucissement des conflits touchant à la gestion de l'Etat. On est généralement en présence d'une « libéralisation » de la vie politique et le scénario le plus fréquent met en présence un groupe modéré de l'élite au pouvoir qui négocie avec un groupe modéré de l'opposition, le coût de la coercition, voire de la confrontation outrepassant les bénéfices escomptés de la libéralisation¹³.

¹⁰ Voir MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 117-176 (124).

¹¹ Voir THIRIOT Céline, « La consolidation des régimes post-transition en Afrique. Le rôle des commissions électorales nationales », in QUANTIN Patrick (dir.), *Voter en Afrique. Comparaison et différenciations*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 129-147.

¹² *Ibid.*

¹³ Ce scénario sous-entend le contrôle de l'agenda politique par les élites au pouvoir et les contre-pouvoirs dans le cadre d'une ouverture politique maîtrisée et subordonnée aux organes de l'Etat. Mais face aux injonctions extérieures et aux revendications internes, les acteurs des systèmes politiques africains ont du élargir l'espace public à des fractions significatives des populations. Voir O'DONNELL Guillermo, SCHMITTER Philippe (dirs.), *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986.

Dans cette optique, le pluralisme politique en vient à être conçu comme la garantie d'un changement durable, même si ce processus, emprunté à la technologie juridique des démocraties pluralistes occidentales, s'avérait plus porteur d'une transformation de la lutte pour le pouvoir que d'un authentique élargissement de la participation politique.

Aussi, il n'est pas étonnant que des processus de libéralisation aient été perçus comme des démocratisations¹⁴. La période envisagée par l'étude sera celle qui commence à la fin des années 1980 et au début des années 1990, c'est-à-dire celle qui commence avec l'ère des transitions constitutionnelles africaines et le renouveau du constitutionnalisme africain, jusqu'à l'aube du XXI^{ème} siècle.

B. La consécration de la première justice constitutionnelle autonome en Afrique subsaharienne francophone

Il a été dit que « telle qu'elle est entendue en Europe et aux Etats-Unis, la justice constitutionnelle est une idée nouvelle en Afrique »¹⁵, traduisant une rupture et qui vient s'insérer comme un élément déterminant dans un mouvement tendant à mettre en place « de nouveaux modèles de gouvernement, plus respectueux du droit, impliquant davantage les citoyens dans le processus politique, tout en leur garantissant un exercice effectif de leurs droits et libertés fondamentales »¹⁶.

Dans le mouvement de démocratisation observé ces dernières années au sein du continent, « plusieurs Constitutions africaines ont décidé de mettre sur pied des juridictions constitutionnelles autonomes et spécialisées »¹⁷.

¹⁴ Selon Mamadou DIOUF, la démocratisation est « le procès par lequel tente de s'établir un mode de gouvernement proposant aux citoyens des possibilités de contester les choix politiques et de participer de manière effective à la vie politique ». Voir DIOUF Mamadou, *Libéralisation politiques ou transitions démocratiques. Perspectives africaines*, Dakar, CODESRIA, 1998, p. 9.

¹⁵ Voir KANTE Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *Actes de la Table ronde sur l'interprétation de la Constitution en hommage au Doyen Louis FAVOREU*, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004.

¹⁶ Voir MBORANTSUO Marie-Madeleine, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, op. cit., p. 20.

¹⁷ Voir SY Mouhamadou Mounirou, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37.

Si « dans le mouvement de démocratisation observé ces dernières années au sein du continent, plusieurs Constitutions africaines ont décidé de mettre sur pied des juridictions constitutionnelles autonomes et spécialisées »¹⁸, l'identification de la première juridiction constitutionnelle autonome en Afrique subsaharienne francophone dans un contexte de démocratisation n'est pas une tâche aisée, même si le champ d'étude, clairement délimité, paraît *a priori* plus abordable.

En effet, les expériences de justice constitutionnelle spécialisée, tentées dans la région bien avant les années 1990, ne seront pas prises en compte. On ne se basera que sur deux critères pour dégager la première expérience de juridiction constitutionnelle autonome en Afrique subsaharienne, à savoir la période (période post transition constitutionnelle et de consolidation du nouvel ordre juridique) et l'effectivité de l'institution (ce qui permettra de ne pas évoquer des expériences mortes-nées comme la Cour constitutionnelle de 1995 de la République Centrafricaine ou la Cour constitutionnelle du Burundi prévue par la Constitution du 13 mars 1992 mais jamais créée). Dès lors, force est de constater que la première institution autonome de justice constitutionnelle à commencer ses travaux, à partir des périodes de transition constitutionnelle (début des années 1990) est la Cour constitutionnelle de la République du Gabon.

Dès son accession à l'indépendance, la République du Gabon s'était dotée d'une chambre constitutionnelle au sein de sa Cour suprême, dans le cadre de l'unité de juridiction. Suite à la Conférence nationale de mars-avril 1990 qui dans son acte n° 1 proposait déjà la suppression de cette chambre constitutionnelle accusée d'être cantonnée dans un rôle « consultatif », le constituant gabonais va mettre en place une véritable juridiction constitutionnelle appelée « Cour constitutionnelle ».

Consacrée par la Constitution du 26 mars 1991, la Cour constitutionnelle du Gabon est juge de la constitutionnalité des lois et garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Un deuxième juge constitutionnel est le Conseil constitutionnel de la République islamique de Mauritanie. La République islamique de Mauritanie s'est dotée d'un Conseil constitutionnel dans sa Constitution du 20 juillet 1991.

¹⁸ *Ibid.*

Dans ce texte fondamental, il est expressément dit que « les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée ».

Au Rwanda, la Cour suprême, instituée par la Constitution du 24 novembre 1962, comprenait non pas une formation constitutionnelle à l'instar des autres pays de l'Afrique noire francophone, mais carrément une Cour constitutionnelle, à côté de la Cour de cassation, du département des Cours et Tribunaux, du Conseil d'État et de la Cour des comptes. Suite au coup d'Etat militaire du 5 juillet 1973, la Cour constitutionnelle va être suspendue puis supprimée avant d'être réactivée sous une forme originale par la Constitution du 20 décembre 1978. La Cour constitutionnelle, comme organe autonome et spécialisée dans le contentieux constitutionnel ne reverra le jour qu'après l'adoption de la Constitution du 10 juin 1991, plus précisément dans son article 75 alinéa 1^{er} mais surtout après la signature des accords de paix d'Arusha du 4 août 1993.

La même logique d'analyse prévaut pour le juge constitutionnel de la République de Djibouti. Dans ce petit pays de la corne de l'Afrique, la loi n° LR/77-002 du 27 juin 1977 dite loi constitutionnelle n° 2 avait prévu dans son article 3 la création d'un Comité constitutionnel. Créé et organisé par l'ordonnance n° 77-060 du 23 novembre 1977, le Comité va être remplacé par un Conseil constitutionnel, consacré par les articles 75 à 82 de la Constitution du 4 septembre 1992.

A ces cinq premières expériences, on peut rajouter celle de la Cour constitutionnelle du Mali. Remplaçant l'ancienne Section constitutionnelle de la Cour suprême, la Cour constitutionnelle de la République du Mali a été consacrée dans la Constitution du 12 janvier 1992 promulguée le 25 février 1992. Elle est juge de la constitutionnalité des lois, garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques et est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.

Au Sénégal, le Conseil constitutionnel a été consacré par la loi constitutionnelle du 30 mai 1992. Selon les dispositions de la nouvelle Constitution, le Conseil connaît de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, des conflits de compétence entre l'exécutif et le législatif, des conflits de compétence entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, ainsi que des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation.

La Constitution du 14 octobre 1992 de la République du Togo a créé la Cour constitutionnelle togolaise, dont les modalités d'organisation et de fonctionnement ont été fixées dans un premier temps par la loi organique n° 97-01 du 8 janvier 1997.

Mais mieux que les exemples donnés, l'institution de justice constitutionnelle qui nous semble la plus intéressante à étudier est celle du Bénin. Ayant pour objectif déclaré l'instauration d'une « ère de renouveau démocratique », la Conférence nationale des forces vives tenue à Cotonou du 19 au 28 février 1990 entendait clairement mettre sur pied des institutions mieux à même de consacrer l'Etat de droit. Il était question de « développer par la démocratie »¹⁹, après la longue parenthèse du marxisme-léninisme du régime KEREKOU. Qui dit Etat de droit et démocratie dit droits fondamentaux, contrôle de constitutionnalité et protection juridictionnelle des citoyens d'où l'idée d'instaurer un tribunal constitutionnel déjà pendant les travaux de la Conférence.

La Cour constitutionnelle du Bénin sera finalement consacrée par l'article 114 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin. Plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle, la Cour est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.

Cependant, la Cour constitutionnelle du Bénin ne sera vraiment mise en place qu'en juin 1993, date de la prise de fonctions de ses premiers membres. Entretemps, ses missions ont été assurées par, non pas une Cour suprême, mais par le Haut Conseil de la République, institution elle aussi issue de la Conférence nationale des forces vives.

La Cour constitutionnelle du Bénin n'est pas la seule institution de ce type dont la création effective a été réalisée bien après sa consécration dans la loi fondamentale. Au-delà même du cas de la Cour constitutionnelle du Burundi, il avait été prévu un Conseil constitutionnel dans la Constitution du 15 mars 1992 du Congo – Brazzaville. Celui-ci ne sera cependant jamais mis en place, sa mission de contrôle de constitutionnalité étant exercée par

¹⁹ Cette problématique a notamment été évoquée par MAPPA Sophia dans son ouvrage collectif intitulé *Développer par la démocratie ?*, Paris, Karthala, 1995.

la Cour suprême à titre...transitoire ! Jamais mis en place sauf du 23 juin 1997 au 25 octobre 1997, lorsque le Conseil sera convoqué pour mener des travaux concernant la prorogation du mandat du Président de la République.

Quoiqu'il en soit et malgré le retard de l'entrée en fonction de la Cour constitutionnelle de la République du Bénin, qui aurait pu faire qu'on lui préfère la Cour gabonaise par exemple, ce sera elle qui sera retenue comme première expérience de justice constitutionnelle autonome en Afrique subsaharienne francophone.

Ce choix s'explique par le fait qu'elle a été la première consacrée par une loi fondamentale dans un contexte de consolidation du nouvel ordre constitutionnel, ce qui n'était pas exactement le cas au Gabon. Ce choix s'explique également par le fait que la Cour béninoise va très vite démontrer qu'elle est réellement autonome voire indépendante du pouvoir en place grâce à une jurisprudence très riche mais également grâce à ses modalités d'organisation et de fonctionnement. Mais peut-on dire qu'elle a accéléré le processus de transition démocratique en se posant comme un acteur incontournable du jeu politique ?

II. Le juge constitutionnel africain comme acteur de la transition démocratique

Né dans le cadre de la transition démocratique, le nouveau juge constitutionnel africain va essayer de participer à la construction démocratique (A). Mais, à force de vouloir se poser comme un véritable acteur de l'Etat de droit, ne court-il pas le risque d'être finalement un obstacle de la transition démocratique (B) ?

A. Le juge constitutionnel et la construction démocratique

Consacrée dans les démocraties occidentales, la justice constitutionnelle est désormais considérée comme l'un des éléments essentiels à l'avènement de l'Etat de droit. Cette réalité a déjà été constatée concernant le Conseil constitutionnel français, de qui « le père spirituel de la Constitution de 1958 (...) n'avait sans doute pas pressenti qu'en plaçant certains des votes du Parlement sous [son contrôle] (...), il allait parachever la construction, en France, de l'Etat de droit »²⁰.

²⁰ Voir RIVERO Jean, « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, Le Conseil constitutionnel, p. 5.

Mais peut-on dire que le juge constitutionnel est un véritable acteur de la transition démocratique en Afrique subsaharienne francophone ?²¹

Il faut reconnaître que le développement de la justice constitutionnelle s'est toujours ancré dans le cadre de la démocratie²² et de l'Etat de droit, cette justice étant la garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux accordés aux citoyens et inscrits dans la Constitution. L'Etat de droit succédant dans ce cas à un ordre juridique autoritaire ou totalitaire, dans lequel les droits des minorités n'étaient pas respectés. Si, comme on l'a déjà vu, la présence d'une véritable justice constitutionnelle n'est pas la seule garantie d'un Etat de droit, le juge constitutionnel peut être réellement qualifié d'acteur de la transition démocratique, car « contribuant à lui donner réalité et contenu »²³.

Tout d'abord, la justice constitutionnelle effective permet une séparation réelle des pouvoirs. Ainsi, « l'apparition puis l'accentuation des interventions d'une Cour ou d'un Conseil constitutionnel relèvent en principe d'une logique de limitation des pouvoirs exécutif et surtout législatif »²⁴. La contribution de la justice constitutionnelle s'effectue dans un deuxième temps par l'énonciation de principes participant ainsi à la construction d'un nouvel ordre juridique. Comme elle l'a démontré dans le monde occidental, la justice constitutionnelle participe à la hiérarchisation des normes juridiques et à l'édification du principe de constitutionnalité. Elle veille également au respect du principe de séparation des

²¹ Cette thèse a déjà été avancé par certains auteurs comme Jean-Pierre MASSIAS. L'auteur esquissait cette théorie plutôt à l'égard des transitions démocratiques en Europe centrale et orientale. On va essayer de l'adapter ici au contexte africain, car semblant là également valable, dans le cadre de ce que Samuel HUNTINGTON appelait « les vagues de démocratisation ». Voir MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives, op. cit.*, pp. 117-176 (147).

²² La justice constitutionnelle participe ainsi à la préservation des minorités culturelles ou ethniques. De même, « la démocratie véritable repose sur deux éléments culturels de base : le respect de la diversité et de l'antagonisme des intérêts, l'acceptation de la relativité du pouvoir ». Voir 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 Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005, p. 543.

²³ *Ibid.*

²⁴ Voir CABANIS André, MARTIN Michel Louis, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF, op. cit.*, pp. 343-358 (348).

pouvoirs, ainsi qu'à leur division tant horizontale (répartition des compétences entre le législatif et l'exécutif) que verticale (répartition des compétences entre l'administration centrale et l'administration locale).

De fait, les régimes autoritaires se caractérisant par la toute puissance de l'exécutif, celui-ci s'est vu « défier » par les Cours constitutionnelles, devenues de « véritables contre-pouvoirs institutionnels »²⁵. Le pouvoir exécutif a été ramené à un rôle « d'exécution » et ses empiètements antérieurs sur le domaine de la loi ont été sanctionnés.

Ainsi, les Cours constitutionnelles ont développé « une jurisprudence basée sur la notion de suprématie de la loi [sur le règlement] qui est venue limiter la liberté normative du Gouvernement »²⁶. La justice constitutionnelle participe largement au phénomène de constitutionnalisation du droit et d'ailleurs sans elle, il n'y aurait pas ce processus, « ce qui infirme la thèse bien connue selon laquelle l'état du droit serait le même avec ou sans justice constitutionnelle »²⁷.

La protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux est devenue une réalité avec la consécration de la justice constitutionnelle, du moins « autonome ». Si l'introduction de droits fondamentaux dans les Constitutions des Etats d'Afrique subsaharienne était déjà un fait avant les transitions démocratiques, notamment par l'adoption de la Charte africaine des droits de l'Homme de 1981, si l'existence d'une justice constitutionnelle dans le cadre de la juridiction unifiée était déjà consacrée, c'est l'autonomisation des juridictions constitutionnelles qui va relancer le concept de protection juridictionnelle des droits des citoyens. « Les Cours jouent ainsi, dans des proportions variables selon les pays, un rôle non négligeable dans la régulation du jeu politique et le

²⁵ Voir MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, op. cit., p. 139.

²⁶ *Ibid*, pp. 154-155.

²⁷ Voir FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.

règlement des crises, leur intervention tend à pacifier les conflits politiques et à les transformer en différends juridiques »²⁸.

Marie-Elisabeth BAUDOIN estime pour sa part que dans les nouveaux Etats indépendants post soviétiques, elles « ont été et restent encore aujourd'hui des acteurs fondamentaux de la construction démocratique » grâce à « leur jurisprudence [qui] atteste qu'elles participent -à des degrés, il est vrai, variables- à la consolidation du système politique et à la stabilisation du système social »²⁹.

A partir de ces exemples, on pourrait convenir que le juge constitutionnel africain pourrait être considéré comme un acteur de la transition en Afrique subsaharienne francophone. Cependant, il pourrait être objecté qu'il serait plus prudent de ne pas parler de transition...démocratique, mais de transition constitutionnelle, le juge lui-même ayant été créé tout simplement dans un contexte post transition constitutionnelle, c'est-à-dire bien souvent de consolidation du nouvel ordre juridique issu du nouveau constitutionnalisme. En effet, tenter de valider la thèse de l'avènement de la démocratie par le juge constitutionnel africain serait *in fine* tenter de valider l'existence de la démocratie, au sens occidental du terme, en Afrique subsaharienne. Or, même dans les Etats africains les plus respectueux des droits de l'Homme et de la volonté du peuple, ce concept semble encore poser problème.

On posera l'hypothèse plus sage que le juge constitutionnel en Afrique subsaharienne peut être considéré comme un acteur de transition. Mais ne peut-il pas être également...un « obstacle à la transition »³⁰ ?

²⁸ Voir du Bois de GAUDUSSON Jean, « Préface », in AIVO Frédéric Joël, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 14-15.

²⁹ Voir BAUDOIN Marie-Elisabeth, *Justice constitutionnelle et Etat post-soviétique*, Clermont-Ferrand, PU Clermont-Ferrand, 2005, 556 pages.

³⁰ Voir du Bois de GAUDUSSON Jean, « Préface », in AIVO Frédéric Joël, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, op. cit., p. 168. Voir également « Constitutional Courts as obstacles to Welfare Reform », in *East European Constitutional Review*, Volume 5, Number 1 (1996).

B. Le juge constitutionnel africain comme obstacle à la transition démocratique

Il y a une polémique sur le rôle des juges constitutionnels dans les processus de transition et celle-ci peut même être considérée comme finalement assez positive dans la mesure où elle renseigne sur les problèmes rencontrés par elles. A priori, cette position, visant à considérer les juges constitutionnels comme finalement des obstacles à la démocratisation, se base sur certaines attitudes du juge constitutionnel qui, à travers certaines décisions, semble réfractaire au libéralisme économique ou politique³¹. Elle révèle dans tous les cas « des relations parfois conflictuelles qui peuvent exister entre les Cours constitutionnelles et la notion même de transition »³².

Dans un premier temps, des auteurs comme MASSIAS estiment que les Cours constitutionnelles doivent être ouvertes aux gouvernés, avec une possibilité de saisine ouverte aux citoyens, combinée avec le plus grand nombre de procédures de contrôle. Or, ces techniques risquent à terme d'engorger et de paralyser la justice constitutionnelle, d'où une réticence, qui est contraire à l'idée de transition et de démocratie.

Arbitre juridictionnel et contre-pouvoir institutionnel, la Cour suprême ne doit pas quitter ce rôle et devenir finalement ce que KELSEN qualifiait de « législateur négatif »³³. Confrontée à des « affaires très politiques », elle peut malheureusement avoir tendance à jouer un rôle politique « dans le contexte très spécifique d'une démocratie en construction avec tout ce que cette construction peut révéler de fragile »³⁴.

³¹ Ainsi en Pologne, le Tribunal constitutionnel a été accusé de « vouloir ruiner l'Etat » et la Cour constitutionnelle de Hongrie de « tuer les réformes économiques », ces deux instances ayant sanctionnés dans les années 1990 des lois économiques permettant de passer à l'économie de marché. Voir PACZOLAY Peter, « Hongrie (Chronique pour l'Annuaire international de Justice Constitutionnelle) », *A.I.J.C.*, 1995, XI, pp. 794 à 815. Ainsi, MASSIAS rapporte les propos de la revue américaine *East European Constitutional Review* selon qui « la Cour constitutionnelle de Hongrie, dans ces dernières décisions, a déclaré que sa mission était de restaurer l'Etat de droit. Ironiquement, elle vient de mettre en avant un concept de 'justice matérielle', le pire ennemi de la rationalité formelle de l'Etat de droit. La justice matérielle va miner l'économie de marché et limiter la liberté des contrats ». Voir MASSIAS J-P., *op. cit.*, pp. 168-172.

³² Voir MASSIAS J-P., *op. cit.*, p. 172.

³³ Voir KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.

³⁴ Voir MASSIAS J-P., *op. cit.*, p. 174.

En fin d'analyse, se pose une question cruciale : celle de la compatibilité, dans l'Europe centrale et orientale des années 1990, entre le concept même de transition et celui de justice constitutionnelle. Cette problématique peut être reprise en ce qui concerne la justice constitutionnelle dans les Etats d'Afrique subsaharienne au moment des transitions constitutionnelles. En effet, « les notions de 'sécurité juridique' et de 'droits acquis' qui reviennent très régulièrement dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles sont-elles des concepts invocables en période de transition et de transition aussi radicale ? (...) L'antériorité de la norme de référence peut-elle exister avant l'adoption de toutes les mesures de transition ? »³⁵

Alors, la justice constitutionnelle, une institution « prise dans la tourmente de la transition »³⁶ ? Elle est dans tous les cas « un élément nécessaire, indispensable de la transition démocratique »³⁷, même si la transition politique a été considérée elle-même comme nécessaire pour son émergence. En effet, se basant sur l'exemple des pays d'Europe centrale et orientale à la fin de la guerre froide, il a été dit que « la volonté affirmée par l'ensemble des nouveaux gouvernants d'établir un Etat de droit [a permis] dès lors d'envisager un tout autre développement du contrôle de constitutionnalité ».

Transition constitutionnelle, justice constitutionnelle (donc consolidation du nouvel ordre juridique) et demain transition démocratique ? C'est en tout cas le processus linéaire que conçoit Jean-Pierre MASSIAS, pour qui « le passage d'un régime politique à un autre n'est pas suffisant pour garantir le développement démocratique, bien au contraire, de nombreuses menaces pèsent sur les nouveaux Etats [...] Face aux difficultés rencontrées, la juridiction constitutionnelle peut se révéler être un puissant instrument pour assurer l'accomplissement d'une transition réellement démocratique »³⁸. Plus « les conditions de la

³⁵ *Op. cit.*, p. 175.

³⁶ Voir MILACIC Slobodan, cité par MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilan et perspectives*, *op. cit.*, pp. 117-176 (117).

³⁷ Voir MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilan et perspectives*, *op. cit.*, pp. 117-176 (118).

³⁸ Voir MASSIAS Jean-Pierre, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998, p. 17.

mise en place [du contrôle de constitutionnalité et donc de la justice constitutionnelle effective] apparaissent défavorables, plus son existence s'affirme comme nécessaire »³⁹.

Conclusion

Pour le Professeur MEDE Nicaise⁴⁰, « L'histoire des juridictions constitutionnelles en Afrique est un drame en deux actes : le premier fut celui d'une opération cosmétique dont la finalité était de conférer aux Etats 'un signe extérieur de modernité'⁴¹ (...). Guillaume Tchivounda PAMBOU, se fondant sur le cas du Gabon, conclut à un bilan 'pas significatif d'un apport substantiel, ni du point de vue théorique, ni du point de vue pratique'⁴². Le second est celui qui dérive de l'ère du renouveau démocratique, cette quête fondamentale de liberté qui impose au cœur des dispositifs du pouvoir, les acquis du 'patrimoine juridique constitutionnel transnational'⁴³. Les juridictions constitutionnelles, créées et mises en place, deviennent progressivement 'un élément fondamental du régime constitutionnel et de la réalité politique'⁴⁴ ».

Au fil du temps, la justice constitutionnelle en Afrique subsaharienne francophone s'est autonomisée et spécialisée, notamment à partir de la période des transitions démocratiques au début des années 1990 C'est bien une nouvelle juridiction, constitutionnalisée et ayant de nouvelles prérogatives, conçue comme permettant la réalisation de l'Etat de droit en combinaison avec d'autres modèles, et disposant de moyens de protection des principes à valeur constitutionnelle, qui est apparue.

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ Voir MEDE Nicaise, « Note sur la Décision DCC 02-058 du 04 juin 2002, FAVI Adèle », in *Afrilex*, n° 4, Bordeaux, CERDRADI, p. 357-358.

⁴¹ Voir CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Tome II, *La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p.VI.

⁴² PAMBOU-TCHIVOUNDA Guillaume, cité par CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, T. II, *op. cit.*, p. VI.

⁴³ Voir RENOUX Thierry, « La justice dans la Constitution », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, octobre 2002-février 2003, p.1.

⁴⁴ Voir du Bois de GAUDUSSON Jean, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 345.

On rappellera la thèse de Louis FAVOREU selon qui il y a trois justifications essentielles de l'existence d'une justice constitutionnelle : « apaisement des conflits politiques, facilitation et authentification des alternances et des changements de majorité, protection des minorités contre les abus des majorités, adaptation progressive de la Constitution aux changements sociaux. Ces justifications ou raisons d'être sont-elles transposables dans tous les pays ? (...) En définitive, (...) quel que soit le système constitutionnel et politique dans lequel elle s'insère, la justice constitutionnelle est utile sinon nécessaire : elle donne la possibilité d'instituer progressivement, par la voie juridique, un contre-pouvoir de nature à contrebalancer une majorité trop forte et elle peut faire apparaître une séparation des pouvoirs »⁴⁵.

⁴⁵ Voir FAVOREU Louis, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique, T. II, op. cit.*, p. 43.

BIBLIOGRAPHIE

1. « Constitutional Courts as obstacles to Welfare Reform », in *East European Constitutional Review*, Volume 5, Number 1 (1996).
2. AKINDES Francis, « Les transitions démocratiques à l'épreuve des faits. Réflexion à partir des expériences des pays d'Afrique noire francophone », in *Bilan des conférences nationales et autres processus de transition démocratique*, éd. Pedone et E. Bruylant, Bruxelles, 2000.
BAUDOIN Marie-Elisabeth, *Justice constitutionnelle et Etat post-soviétique*, Clermont-Ferrand, PU Clermont-Ferrand, 2005, 556 pages.
3. CABANIS André, MARTIN Michel Louis, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005.
4. CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique, Tome II, La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989.
5. DALOZ Jean-Pierre, QUANTIN Patrick, *Transitions démocratiques africaines*, Paris, Karthala, 1997.
6. De VERGOTTINI Giuseppe, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », in Du Bois de GAUDUSSON Jean, CLARET Philippe, SADLAN Pierre, VINCENT Brigitte (dirs.), *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
7. DIOUF Mamadou, *Libéralisation politiques ou transitions démocratiques. Perspectives africaines*, Dakar, CODESRIA, 1998.
8. Du Bois de GAUDUSSON Jean, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », in *Mélanges Patrice GELARD*, Paris, Montchrestien, 1999.
9. Du Bois de GAUDUSSON Jean, « Préface », in AIVO Frédéric Joël, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006.
10. EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.

11. FAVOREU Louis, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Tome II, La jurisprudence, Paris, Economica, 1989.
12. FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996.
13. KANTE Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *Actes de la Table ronde sur l'interprétation de la Constitution en hommage au doyen Louis FAVOREU*, Bordeaux, 15 et 16 octobre 2004.
14. KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », Paris, RDP, 1928.
15. KELSEN Hans, *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988 (1929).
16. KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.
17. MAPPA Sophia, *Développer par la démocratie ?*, Paris, Karthala, 1995.
18. MASSIAS Jean-Pierre, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
19. MASSIAS Jean-Pierre, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998.
20. MBORANTSUO Marie-Madeleine, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007.
21. MEDE Nicaise, « Note sur la Décision DCC 02-058 du 04 juin 2002, FAVI Adèle », in *Afrilex*, n° 4, Bordeaux, CERDRADI, p. 357-358.
22. MILACIC Slobodan, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in MILACIC Slobodan (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
23. O'DONNELL Guillermo, SCHMITTER Philippe (dirs.), *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986.
24. PACZOLAY Peter, « Hongrie (Chronique pour l'Annuaire international de Justice Constitutionnelle) », *A.I.J.C.*, 1995, XI, pp. 794 à 815.
25. PAMBOU-TCHIVOUNDA Guillaume, cité par CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? », in CONAC Gérard (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Tome II, La jurisprudence, Paris, Economica, 1989.
26. PENOUIL Marc, « La démocratie. Le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, La Constitution et les valeurs, Paris, Dalloz, 2005

27. POKAM Hilaire, « Les Commissions électorales en Afrique subsaharienne. Analyse de leurs enjeux et de leurs usages par les acteurs politiques au cours du processus d'invention de la neutralité électorale », communication lors du séminaire Gouverner les sociétés projetées, CEAN, janvier 2005.
28. RENOUX Thierry, « La justice dans la Constitution », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, octobre 2002-février 2003.
29. RIVERO Jean, « La fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, Le Conseil constitutionnel, p. 5.
30. SY Mouhamadou Mounirou, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007.
31. THIRIOT Céline, « La consolidation des régimes post-transition en Afrique. Le rôle des commissions électorales nationales », in QUANTIN Patrick (dir.), *Voter en Afrique. Comparaison et différenciations*, Paris, L'Harmattan, 2004.

TABLE DES MATIERES

Introduction	p.	1
I. La transition démocratique comme cadre de l'avènement d'une nouvelle justice constitutionnelle		
p.		2
A. L'influence de la transition sur l'émergence d'une nouvelle justice constitutionnelle	p.	2
B. La consécration de la première justice constitutionnelle autonome en Afrique subsaharienne francophone	p.	5
II. Le juge constitutionnel africain comme acteur de la transition démocratique	p.	9
A. Le juge constitutionnel et la construction démocratique	p.	10
B. Le juge constitutionnel africain comme obstacle à la transition démocratique	p.	13
Conclusion	p.	15
Bibliographie	p.	17
Table des matières	p.	20