



Réformes constitutionnelles en France et leurs implications pour le constitutionnalisme en Afrique francophone

Par Charles Manga Fombad*
Avril 2008

Introduction

La « troisième vague » de démocratisation qui a traversé le continent africain à la fin des années 1980 et au début des années 1990 s'est notamment traduite par un engouement pour l'élaboration ou la révision des constitutions. Soumis à des pressions à la fois intérieures et extérieures, les gouvernements africains ont cherché à rétablir leur crédibilité auprès des donateurs étrangers et à calmer les pressions populaires internes par des remaniements mineurs ou un changement radical de leurs constitutions. Aucun pays africain n'est resté à l'écart de cette fièvre de réformes constitutionnelles, même si le rythme et l'intensité du processus ont été très variables d'un pays à l'autre. Ces constitutions, nouvelles ou révisées, ont gravité autour des deux principaux modèles occidentaux hérités de la période coloniale et post-coloniale : le modèle parlementaire de Westminster, largement adopté dans l'Afrique anglophone, et le modèle gaulliste de la Cinquième République française, largement adopté dans l'Afrique francophone.

Une étude récente, qui analyse les perspectives du constitutionnalisme dans les constitutions ultérieures à 1990¹ en Afrique, et la mesure dans laquelle les constitutions reconnaissent et protègent les droits fondamentaux, assurent la séparation des pouvoirs, garantissent l'indépendance de la justice, limitent la possibilité de modification de la constitution et contrôlent la constitutionnalité des lois, a fait apparaître que les progrès réalisés ont été plus importants en Afrique anglophone qu'en Afrique francophone. Il y a une raison fondamentale au fait que les perspectives du constitutionnalisme ont été bien meilleures dans les pays de l'Afrique anglophone que dans les pays de l'Afrique francophone : même si les réformes dans tous ces pays ont largement puisé dans l'héritage juridique colonial, les pays d'Afrique anglophone ont fait preuve d'une plus grande ouverture en abordant ces réformes et ont cherché inspiration et conseil bien au-delà de l'Angleterre. Des membres des commissions de réforme constitutionnelle se sont rendus en Europe, en Amérique du Nord, en Asie, notamment en Inde, pour en savoir plus sur les développements constitutionnels récents. De nombreux rédacteurs des constitutions de l'Afrique francophone ont, au contraire, continué à s'inspirer et à s'en remettre presque aveuglément à ce qu'ils considèrent comme le modèle de constitution le plus fiable et inattaquable : la constitution gaulliste de la Cinquième République et les amendements timides qui y ont été apportés au cours des cinquante dernières années.

Les constitutions, tout comme les lois, doivent refléter l'histoire et la culture d'un groupe de personnes donné à un moment donné, et c'est généralement ce qui se passe. La constitution de la Cinquième République française de 1958 a été rédigée à une période mouvementée de l'histoire française. Le pays était confronté à un risque de coup d'État du fait de la crise algérienne, à une crise économique, et à un lourd héritage de blocages parlementaires, d'impasses et de coalitions stériles qui avaient conduit à une succession de vingt-trois gouvernements en l'espace de douze ans. En désespoir de cause, le parlement français a fait appel au Général De Gaulle, qui a

* Professeur de Droit, Department of Law, University of Botswana, Private Bag UB 00705 Gaborone, Botswana. Fombadc@mopipi.ub.bw

¹ Voir Charles Manga Fombad, "Post-1990 constitutional reforms in Africa : A preliminary assessment of the prospects for constitutional governance and constitutionalism," dans Alfred Nhema & Paul Zeleza (eds.), *The Resolution of African Conflicts*, OSSREA, Addis Ababa & James Currey, Oxford (2008), pp.179-199.

quasiment élaboré une constitution comme il l'entendait. Ce texte exaltait l'importance du pouvoir exécutif et limitait fortement le pouvoir législatif, tout en subordonnant le pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif.² Cette constitution très controversée a été largement copiée en Afrique francophone, et n'a fait l'objet que de légères modifications à l'occasion des processus de réforme constitutionnelle post-1990, dans la mesure seulement où des réformes avaient été réalisées en France.

La décision prise en juillet 2007 par le président Sarkozy de créer le « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République », autrement connu sous le nom de Comité Balladur, a constitué la première tentative sérieuse de révision de la Constitution française en l'espace de cinquante ans. Le 29 octobre, le comité a remis au président son rapport intitulé « Une V^e République plus démocratique » après trois mois de débats et d'auditions. Dans un contexte marqué par la crainte que les institutions françaises deviennent de plus en plus obsolètes et inefficaces et favorisent une société stagnante et non démocratique, le comité a recommandé la mise en œuvre de 77 réformes clés susceptibles d'entraîner la révision ou l'ajout de 41 articles à la Constitution existante.

Comme nous l'avons noté précédemment, les experts constitutionnels des pays d'Afrique francophone ont pour l'essentiel aligné leurs priorités et leur perspectives de changement constitutionnel sur la Constitution de la 5^e République. Les propositions du Comité Balladur revêtent donc une importance cruciale pour l'Afrique.³ Dans ce texte, nous soutenons la thèse que les perspectives d'approfondissement du constitutionnalisme en Afrique francophone aujourd'hui dépendront en grande partie de la façon dont ces réformes constitutionnelles françaises ouvriront des perspectives au constitutionnalisme. Ce dernier pourrait être brièvement décrit comme l'idée selon laquelle la constitution prévoit un exercice du pouvoir limité de façon à protéger les citoyens contre des décisions arbitraires, tout en lui permettant de fonctionner efficacement et en lui fournissant les outils nécessaires pour le contraindre à fonctionner dans le cadre des limites prévues.⁴ Étant donné l'ampleur du thème du constitutionnalisme, notre analyse se limitera à trois problèmes qui peuvent être considérés comme les péchés cardinaux du modèle constitutionnel gaulliste, à savoir la présidence « impériale », l'étouffement du pouvoir judiciaire et l'impossibilité pour les citoyens d'accéder à une protection de leurs droits constitutionnels.

La « présidence impériale »

L'importance excessive du pouvoir exécutif par rapport aux deux autres pouvoirs constitue malheureusement une caractéristique commune de la plupart des modèles constitutionnels modernes. Ceci est toutefois particulièrement marqué et profondément enraciné dans la Constitution de la Cinquième République française, et ce poids de l'exécutif a d'ailleurs été renforcé dans les constitutions africaines. Dans le cadre d'une constitution classique dans les pays

² Voir plus en détail, S. E. Finer, Vernon Bogdanor & Bernard Rudden, *Comparing Constitutions*, Clarendon Press, Oxford (1995), pp.8-9.

³ Certains des changements assez significatifs qui ont été apportés au contenu des constitutions de pays d'Afrique francophone ne doivent toutefois pas être ignorés. L'un des changements les plus importants est peut-être l'inclusion dans la plupart de ces constitutions d'une Déclaration des droits, alors que la Constitution de la Cinquième République française ne dispose pas expressément d'une Déclaration des droits, mais traite de cette question en intégrant les droits de l'homme proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, avec les ajouts figurant dans le préambule à la Constitution de la Quatrième République de 1946. Le Cameroun offre l'exemple notable d'un pays qui prend ses distances par rapport à ce nouveau mode de reconnaissance constitutionnelle expresse et de protection des droits de l'homme dans les constitutions de l'Afrique francophone. En effet, dans ce pays les droits de l'homme ne sont traités que de façon assez obscure et rhétorique dans le préambule à l'amendement de la constitution de 1996.

⁴ Voir Charles Manga Fombad, "Post-1990 constitutional reforms in Africa," *op. cit.*

francophones, le président, en tant que chef de l'exécutif, exerce une position dominante par rapport aux deux autres pouvoirs. Il dispose de pouvoirs étendus pour nommer et renvoyer à loisir le premier ministre, les membres du gouvernement, les juges, les généraux et d'autres responsables de haut niveau. Il peut aussi apposer son veto aux lois nouvellement promulguées ou déclarer l'état d'urgence.

Les propositions Balladur ont notamment suscité l'espoir que les pouvoirs considérables exercés par le président français seraient radicalement réduits. L'une des propositions recommande une révision de l'article 5 afin de stipuler que le président « définit » la politique de la nation, au lieu de l'expression actuelle, selon laquelle il la « détermine ». La différence entre ces deux termes, au-delà de la sémantique, n'est pas immédiatement perceptible. En dehors de ce changement symbolique, l'article 5, qui souligne la nature toute-puissante de la présidence, reste intact. Il dispose que le président « veille au respect de la Constitution », et « assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics », et il est « le garant de l'indépendance nationale ». Ceci donne l'impression que le président est une personne au-dessus des politiques partisans, un pouvoir neutre qui règne mais ne gouverne pas et se préoccupe exclusivement des intérêts supérieurs de la nation. Comment un président qui a été élu sur la plate-forme d'un parti politique peut-il soudainement prendre de la distance par rapport à sa base politique et devenir apolitique ?

Les seuls empiètements possibles sur les pouvoirs présidentiels sont les propositions de modification de l'article 13 qui visent à introduire une procédure de contrôle parlementaire sur certaines nominations relevant du président de la République ; la révision de l'article 16 visant à vérifier les conditions de mise en œuvre par le président des pouvoirs exceptionnels ; et le changement de l'article 17 qui soumet le droit de grâce du président à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature. Une proposition de révision de l'article 18 permettrait au président de prendre la parole devant l'une ou l'autre des deux chambres du Parlement. Son allocution pourrait donner lieu à un débat mais qui ne serait suivi d'aucun vote.

Ces réformes ne vont pas assez loin pour supprimer les énormes pouvoirs du président, et elles ne l'obligent pas non plus à rendre des comptes aux représentants du peuple d'une façon comparable à celle des chefs de gouvernement dans le modèle constitutionnel de Westminster.

Des avancées un peu plus nettes ont été faites dans les propositions visant à accroître les pouvoirs et l'influence du Parlement sur l'exécutif, ce qui devrait à de nombreux égards renforcer sa capacité à gérer son propre calendrier et à surveiller l'action du pouvoir exécutif. Parmi les changements proposés figurent des mesures qui visent à garantir qu'un temps parlementaire suffisant est réservé au parlement pour lui permettre d'exercer ses fonctions législatives et de surveillance, et qu'il existe assez de commissions pour s'acquitter de ces fonctions. Quoiqu'il en soit, les fonctions législatives laissent encore une grande latitude au pouvoir exécutif pour adopter une législation qui a « un caractère réglementaire », selon l'article 37 ; alors que l'organe législatif est chargé de la législation primaire (les lois), d'après l'article 34. Ainsi, bien que les propositions montrent l'amorce d'une plus grande séparation entre pouvoirs exécutif et législatif et la création de certaines mesures allant dans le sens d'un rééquilibrage entre les deux, la balance penche tout de même encore en faveur de l'exécutif.

Le pouvoir judiciaire soumis à un carcan

Un pouvoir judiciaire indépendant, officiellement institué par la constitution, est absolument essentiel et constitue un préalable nécessaire à une indépendance judiciaire fonctionnelle réelle. Bien qu'il n'existe pas de consensus entre experts sur la définition précise de ce concept, un pouvoir judiciaire peut être défini comme indépendant lorsqu'il est libre de rendre la justice sur

toutes les questions juridiques et constitutionnelles importantes, de façon juste, impartiale, conformément à la loi et sans menace, peur des représailles, intimidation ou autre influence ou considération abusive.⁵ Un grand nombre des facteurs importants qui déterminent l'indépendance judiciaire, notamment le fait de confier les fonctions judiciaires au seul pouvoir judiciaire, les qualifications des futurs juges, l'indépendance du processus de nomination, l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature, la gestion de la carrière des magistrats, la rémunération du personnel judiciaire et leur autonomie financière, les processus disciplinaires et l'immunité judiciaire, figurent dans les constitutions, nouvelles ou révisées, des pays africains.

Toutefois, la méthode adoptée dans les constitutions de l'Afrique francophone a été fortement influencée par la hantise de la menace d'une dictature légale d'un « gouvernement de juges », une peur qui remonte à la France d'avant la Révolution. En raison de la mauvaise réputation des cours royales, ou *parlements*, datant d'avant la Révolution Française, l'une des premières mesures prises par les révolutionnaires a consisté à supprimer les pouvoirs de ces tribunaux en les subordonnant au contrôle total de l'exécutif.

Chose étrange, le Comité Balladur a recommandé de laisser intacte la première partie de l'article 64 de la Constitution de 1958, qui stipule que « le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire », et qui a été largement reprise dans les constitutions de l'Afrique francophone. En stipulant expressément que le Président de la République, le chef de l'un des trois pouvoirs, est le garant de l'un des autres, à savoir le pouvoir judiciaire, la constitution fait clairement comprendre que les deux organes ne sont pas considérés comme égaux et que le pouvoir judiciaire est inférieur au pouvoir exécutif. L'une des recommandations peut-être les plus significatives est toutefois la suppression de la phrase de l'article 64 qui prévoit que le président sera assisté par le Conseil supérieur de la magistrature pour garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le Comité formule aussi de nouvelles propositions dans l'article 65, qui institue le Conseil supérieur de la magistrature, suggérant que ce dernier ne soit plus présidé par le président de la République, assisté par le ministre de la Justice, mais plutôt par une personne indépendante n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire. Néanmoins, cette personne serait nommée par le Président.

Globalement, pour la première fois depuis la révolution de 1789, ces nouvelles propositions font des avancées importantes pour libérer le pouvoir judiciaire de l'état de l'exécutif, en garantissant que le Conseil supérieur de la magistrature (généralement chargé de la nomination, de la promotion, du transfert et de la révocation des juges et des autres responsables de l'organe judiciaire) soit raisonnablement indépendant de l'exécutif. Si elles sont reprises par les rédacteurs des constitutions de l'Afrique francophone, ces nouvelles propositions pourraient considérablement réduire le carcan actuellement imposé au pouvoir judiciaire par l'exécutif.

L'individualisation des droits constitutionnels

Une constitution ne vaut que par le mécanisme prévu pour assurer la bonne mise en œuvre de ses dispositions et l'application de sanctions rapides en cas d'infraction. L'existence d'un mécanisme efficace et crédible de contrôle et d'application de la lettre et de l'esprit de la constitution constituent donc un rempart important pour le constitutionnalisme. Reconnaisant l'importance du contrôle du respect de la constitution, les constitutions africaines post-1990 ont choisi de suivre soit le système de contrôle judiciaire américain (judicial review) qui remonte au célèbre jugement du Juge Marshall dans l'affaire *Marbury v Maddison*⁶, soit le système gaulliste de

⁵ Voir de manière générale, Charles Manga Fombad, "A preliminary assessment of the prospects for judicial independence in post-1990 African constitutions," 2 *Public Law* (2007), pp.233-157.

⁶ 1 Cranch 137.



contrôle quasi-administratif/quasi-judiciaire devant le Conseil Constitutionnel, ou encore un mélange des deux. Le modèle français, qui a été largement adopté avec de petites modifications dans de nombreuses constitutions de l'Afrique francophone après l'indépendance, semble avoir été abandonné dans la plupart des constitutions récentes. Des études ont montré que le Conseil constitutionnel français est aujourd'hui à même de juger certaines des violations de la Constitution française par défaut plutôt que par volonté délibérée, et que le Général de Gaulle, lorsqu'il a créé cet organisme en tant que serviteur d'un pouvoir exécutif fort et dominant, ne s'attendait pas vraiment à ce qu'il devienne un arbitre des droits fondamentaux.⁷

Un certain nombre de défauts fondamentaux dans la conception du Conseil Constitutionnel l'ont amené davantage à bloquer qu'à faciliter les recours en inconstitutionnalité contre des lois, en particulier au niveau individuel. Il constitue pour l'essentiel un organisme quasi-administratif/quasi-judiciaire (et non d'une entité purement judiciaire), qui est composé de personnes qui ne sont pas forcément des juges. Les membres du Conseil sont nommés presque exclusivement par des hommes politiques, qui sont aussi les seules personnes en mesure de faire appel à lui. Le mode de sélection des membres de cet organisme, souvent qualifié de « pêché originel » et de « défaut congénital » de ce modèle, compromet déjà les possibilités d'un examen efficace de la constitutionnalité des lois. La nature du contrôle et de la supervision que peut exercer le Conseil, principalement au travers d'un examen abstrait des lois avant leur promulgation, a ensuite rendu le système entièrement inadapté et dépourvu de sens.⁸

À l'exception du Cameroun, qui a gardé ce modèle sous sa forme originale dans sa Constitution de 1996, la plupart des Constitutions de l'Afrique francophone post-1990 ont plutôt adopté des cours constitutionnelles avec beaucoup plus d'éléments issus du système américain de contrôle judiciaire. Dans le même temps, elles ont conservé certains des avantages du modèle du Conseil constitutionnel, notamment l'examen de la constitutionnalité des lois avant promulgation. Parmi ces pays figurent le Bénin⁹, le Niger et le Gabon.

Le nouvel article 61-1 proposé par le Comité Balladur constitue une avancée majeure. Pour la première fois, cet article prévoit la possibilité pour un citoyen d'intenter un recours en inconstitutionnalité contre une loi contrevenant aux dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés fondamentales.¹⁰ Si ces propositions sont mises en œuvre, le système de contrôle de la constitutionnalité des lois ne devrait plus dépendre entièrement de la bonne volonté du législateur ou de l'exécutif.

Ce qui est surprenant, c'est qu'il a fallu tout ce temps aux experts constitutionnels français pour admettre et réagir aux lacunes du modèle du Conseil constitutionnel. Et même, ce faisant, ils n'ont

⁷ Voir une analyse de cette question dans Charles Manga Fombad, "The new Cameroonian Constitutional Council in a comparative perspective: Progress or retrogression?" 42 *Journal of African Law* (1998), pp. 172-186 et, du même auteur, dans "Protecting constitutional values in Africa: A comparison of Botswana and Cameroon," 36 *CILSA* (2003), pp.83-105.

⁸ Voir, Charles Manga Fombad, "Protecting constitutional values in Africa: A comparison of Botswana and Cameroon," *op. cit.* en p. 98 notes 58 et 59.

⁹ Gilles Badet a montré de quelle manière les pouvoirs étendus conférés à la Cour constitutionnelle du Bénin lui ont permis d'intervenir en très peu de temps dans plus de 33 affaires, alors qu'un grand nombre des Conseils constitutionnels mis en place après l'indépendance sont restés inactifs pendant des décennies et n'ont presque jamais résolu de litiges. "La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? Bilan et perspectives jurisprudentielles," intervention (non publiée) présentée lors d'une conférence intitulée "Fostering constitutionalism in Africa," qui s'est tenue à Nairobi du 18 au 20 avril 2007,

¹⁰ De nombreux pays d'Afrique francophone avaient introduit ce type de dispositions dans les années 1990, par exemple dans l'article 86 de la Constitution du Gabon du 26 mars 1991, et l'article 113-115 de la Constitution du Niger du 18 juillet 1999.



pas été jusqu'à reconnaître et protéger les droits constitutionnels de chaque citoyen, ce que font pourtant les constitutions de certains pays de l'Afrique francophone, notamment le Niger, le Bénin et le Gabon.

Conclusion

Les propositions Balladur peuvent difficilement être qualifiées de révolutionnaires ou de radicales. M. Balladur n'avait pas pour mission d'être révolutionnaire ou radical. En effet, le 12 juillet 2007, le Président Sarkozy s'était exprimé devant le comité en ces termes : « Je ne tournerai pas la page de la Ve République ». En dehors du chauvinisme et d'un attachement presque machiste au Gaullisme, il est difficile de comprendre pourquoi la Constitution de la 5^e République est si précieuse qu'il faut la garder à tout prix, même si ce n'est qu'en conservant son nom. Il est clair que M. Sarkozy, comme d'autres dirigeants français, est trop gaulliste pour souhaiter une forte diminution des pouvoirs présidentiels, même s'il tient beaucoup à mettre en œuvre les changements nécessaires pour mettre fin à l'inertie et à l'inefficacité gouvernementales.

En Afrique francophone, malgré un changement des attitudes ici et là, le charme du modèle gaulliste est si puissant que les réformes juridiques et leurs justifications ne sont pas jugées en fonction de ce qui est positif, juste ou adapté à une situation donnée, mais plutôt de leur respect de l'exemple français. Même si elles ne voient finalement jamais le jour, les propositions Balladur auront au moins rempli une mission importante, en indiquant enfin aux experts constitutionnels africains que le modèle gaulliste n'est ni irréprochable ni immuable.

Dans cette ère de la mondialisation, un échange fertile sur les différentes idées juridiques n'est pas seulement un impératif, il est aussi une nécessité. La Constitution de l'Afrique du Sud en apporte une preuve incontestable : elle associe par exemple le modèle gaulliste d'examen de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation au système américain de contrôle judiciaire des lois après promulgation, ce qui apporte des avantages considérables. Les réformes constitutionnelles françaises, en particulier si elles sont mises en œuvre, donneront sans aucun doute naissance à une nouvelle phase de révision constitutionnelle en Afrique francophone, d'une manière qui pourra ouvrir de nouvelles perspectives au constitutionnalisme.