



REPUBLIQUE DU BENIN

\*\*\*\*\*

MINISTRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE  
SCIENTIFIQUE

\*\*\*\*\*

UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI

\*\*\*\*\*

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES (FADESP)

MEMOIRE POUR L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES APPROFONDIES

(D.E.A)

OPTION: DROIT PUBLIC FONDAMENTAL

**THEME**

**LES NOUVELLES TECHNIQUES  
D'ELABORATION DE LA NORME  
CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE.**

Réalisé par :

Constant Olougbadé AYIGBEDE

Sous la direction de :

Adama KPODAR  
Agrégé des Facultés de Droit Public  
et de Science Politique. Professeur  
Titulaire de Droit Public  
Vice-Président de l'Université de  
Kara (Togo).

**Mai 2017**

# **AVERTISSEMENT**

**La faculté n'entend donner aucune approbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**

## **DEDICACE**

A Emeline

A mon jeune frère Théophile à Paris

A mon cher ami Narcisse Djagoun.

Très Affectueusement.

# Remerciements

Nous témoignons notre profonde gratitude à notre Directeur de mémoire, Adama KPODAR, agrégé des facultés de Droit Public et de Science Politique, Professeur Titulaire de Droit Public, pour sa spontanéité et sa disponibilité, malgré ses nombreuses responsabilités.

Nous remercions Monsieur Arsène Joël Adéloui, Agrégé des facultés de Droit public pour son soutien et son encouragement.

Nous remercions Monsieur Patrick OKIOH, Docteur en Droit public, enseignant de Droit à l'UAC, pour ses nombreux conseils.

Nos remerciements vont à l'endroit de Monsieur Barnabé Georges Gbago, Agrégé des facultés de Droit, ancien Doyen de la FADESP pour son éclairage.

# Sigles et Abréviations

- Op.cit : Ouvrage cité précédemment
- LGDJ : Librairie Générale de Droit et de la jurisprudence
- Suiv : Suivant
- Art : Article
- Ed : Editions
- P : page
- PP : pages
- RDP : Revue de Droit Public
- RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel
- RRJ : Revue de la Recherche Juridique
- RBSJA : Revue Béninoise des Sciences Juridiques et  
Administratives
- PUAM : Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
- PUF : Presses Universitaires de France

# SOMMAIRE

AVERTISSEMENT .....	ii
DEDICACE.....	iii
Sigles et Abréviations.....	v
Introduction .....	1
PREMIERE PARTIE : .....	7
LES TECHNIQUES POLITIQUES D'ELABORATION DE LA NORME	
CONSTITUTIONNELLE.....	7
CHAPITRE I : L'intervention des assises politiques .....	9
SECTION I : Les accords politiques .....	9
SECTION II : L'importance des conférences Nationales .....	17
Chapitre II : L'intervention des commissions de réflexion .....	26
Section I : Installation de la commission de réflexion .....	26
Section II : La relation entre constitution et commission de réflexion.....	32
DEUXIEME PARTIE : .....	36
LES TECHNIQUES JURIDIQUES D'ELABORATION DE LA NORME	
CONSTITUTIONNELLE.....	36
Chapitre I : Les techniques explicites .....	38
Section I : L'assemblée constituante.....	38
Section II : Le référendum constituant .....	44
Chapitre II : Les techniques implicites.....	51
Section I : La fonction constituante du juge constitutionnel.....	51
Section II : Le « pouvoir constituant » des acteurs politiques .....	60
Conclusion.....	69
BIBLIOGRAPHIE .....	72



# Introduction

«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution », article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789. Les premières constitutions écrites viennent de la Grèce antique, plus précisément à Athènes. A cette époque, ce sont des textes politiques dans la cité grecque. Avant de définir le mot constitution qui continue de diviser les auteurs sur le sens véritable qui doit lui être donné, compte tenu de la multiplicité de ses sens voyons d'abord la signification des mots : Nouvelles, technique, élaboration et norme qui composent le sujet faisant l'objet de notre étude. Le mot nouvelle s'utilise pas opposition à ancienne et constitue objectivement une innovation, un événement récent ou qui est original. Technique signifie ce qui a trait à la pratique, au savoir faire dans une activité, une discipline ; c'est-à-dire qui concerne les applications de la connaissance scientifique, moyen ou ensemble de moyens adaptés à une fin. Elaboration veut dire action d'élaborer quelque chose par un travail de réflexion, de production, de la création, ou encore son résultat. Elaborer c'est préparer, produire par un long travail intellectuel. Quant à la norme, elle fixe une obligation de comportement. C'est une « prescription qui formule le comportement qui doit être observé »<sup>1</sup>. Venons à présent au mot constitution. Dans son sens ordinaire, le mot constitution est employé au XVIIIème siècle, avec plusieurs significations qu'avait déjà le terme latin *constitutio* dont il dérive, et qui persistent encore de nos jours. Constitution exprime d'abord le fait d'établir, de former. Aujourd'hui encore, on parle dans ce sens de la constitution d'un nouveau gouvernement à la suite de l'élection des députés<sup>2</sup>. Nous employons aussi le mot constitution pour désigner la manière dont un être est composé, manière dont dérive sa vitalité, sa force : telle personne a « une constitution robuste » ou est « faible de constitution ». Une norme constitutionnelle est une norme juridique, c'est-à-dire qu'elle appartient au système normatif qui s'articule autour du droit. Ni le lexique du droit constitutionnel, ni le dictionnaire constitutionnel ne s'intéresse à la notion de manière explicite. Nous nous en tiendrons alors à une approche stipulative qui, sans être vraie ou fausse, a le mérite d'être utile à notre étude. La norme constitutionnelle est la règle de « la

---

<sup>1</sup> Pierre Avril, Jean Gicquel, *Lexique de Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France Paris, 2013, 4ème édition, p. 69.

<sup>2</sup> Favoreu (L.), *Droit constitutionnel*, 18è édition, Paris, Dalloz, 2016, P.3

législation constitutionnelle »<sup>3</sup>. Il s'agit du texte appelé : constitution. La norme constitutionnelle n'est pas uniquement la règle contenue dans la constitution, mais elle est également la règle contenue dans les textes auxquels la constitution renvoie expressément ou implicitement. La technique d'élaboration de la norme constitutionnelle renvoie donc à la création d'une nouvelle constitution ou à la modification de la constitution existante.

En effet, depuis quelques années, et particulièrement depuis 1989 avec le démarrage de la « transition » béninoise, les Etats du continent africain sont de nouveau saisis par la « fièvre constitutionnelle ». Le rythme de parution des lois fondamentales nouvelles ou révisées, se précipite<sup>4</sup>. Définir la constitution au sens juridique suppose d'en préciser le sens et la portée. Il existe deux formes de constitution : La constitution matérielle et la constitution formelle. La notion de constitution est souvent appréhendée sous diverses facettes qui globalement, correspondent à des moments précis de son histoire. La constitution se définit comme une Charte des pouvoirs publics, qui détermine les modes de désignation et les compétences respectives des institutions de l'Etat ainsi que leurs rapports juridiques<sup>5</sup>. La constitution est désignée aussi comme l'acte qui « définit les principes et les règles selon lesquelles seront résolues les questions communes et générales<sup>6</sup>d'un Etat. La Constitution est « la norme fondamentale qui se tient effectivement au sommet de toutes les normes de l'Etat<sup>7</sup> ». Ainsi a-t-on opposé la constitution matérielle à la constitution formelle, la constitution souple à la constitution rigide, la constitution formelle à la constitution réelle ou encore la constitution descriptive à la constitution normative<sup>8</sup>. En réalité, ces diverses oppositions sont purement théoriques et la notion de constitution ne peut être envisagée que de manière globale, et il semble même que de toutes ces définitions, seule celle qui voit dans la constitution une norme juridique est la plus générale et la plus pertinente. Suivant celle-ci, la constitution est alors considérée comme un « texte que la volonté dominante au sein de l'Etat a posé comme loi fondamentale – en la dotant d'une force matérielle supérieure à celle des autres règles juridiques – et dans lequel ont été inscrites les règles fondamentales qui

---

<sup>3</sup> Charles Eiseimann, *la Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Marseille, PUAM, 1972, P.4

<sup>4</sup>Quelques exemples : 11 Décembre 1990 (Bénin), 23 Décembre 1990(Guinée), 26 Mars 1991(Gabon), 10 Juin 1991(Rwanda), 12 Juin 1991(Mauritanie), 15 Octobre 1991 (Mali), 13 Mars 1992 (Burundi) etc...

<sup>5</sup>Maurice-Pierre Roy, *Les régimes politiques du tiers monde*, L.G.D.J. Paris, 1997, P.13

<sup>6</sup>Zoller(E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, P.31-32

<sup>7</sup>Constantinesco(V.), Perre-CAPS(S.), *Droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, collection Thémis-Droit, 7<sup>e</sup> édition, P.210.

<sup>8</sup>Manessis(A.), «La constitution au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle », *in Droit et Justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Paris, Pedone, P.674

règlementent avant tout, (...) la structure, l'organisation et l'exercice du pouvoir étatique, et par là même (...) l'ensemble de la vie politique sociale et économique dans le cadre de l'Etat considéré » : La conception normative de la constitution, qui est celle que nous allons retenir dans le cadre de notre travail.

La définition matérielle de la constitution prend en compte son contenu, c'est-à-dire toutes les règles, écrites ou non, qui touchent à l'acquisition et à l'exercice du pouvoir. Ce sont les règles fondamentales de l'Etat. Elles concernent : la définition de la nature de l'Etat, l'aménagement des rapports entre les institutions... Dans la mesure où il existe un minimum de règles ou d'interdictions (y compris coutumières) relative à la dévolution et à l'exercice du pouvoir, on peut avancer que l'Etat possède nécessairement une constitution.

La définition formelle ou organique prend en compte la procédure juridique de la constitution. Ce n'est plus le contenu qui détermine le caractère constitutionnel des dispositions, mais leur mode d'adoption. La constitution est formée de l'ensemble des règles juridiques adoptées par un organe spécifique (par exemple, une assemblée constituante) ou selon une procédure spécifique. Cette procédure marque ainsi sa supériorité sur la procédure législative ordinaire et, par là même, la supériorité de la constitution sur la loi. Cependant, seule l'existence d'un contrôle de constitutionnalité de la loi permet de vérifier la réalité de cette supériorité.

La Constitution écrite permet « d'inscrire dans la pierre » le contrat social (qui n'est après tout qu'une manifestation de volonté). Mise en œuvre en 1787 par les pères de la constitution américaine (mais déjà sous l'antiquité grecque), le système de la constitution écrite est aujourd'hui généralisé. Entre autres, elle offre aux libertés et aux règles constitutionnelles en général, une cohérence et une sûreté inégalées. La déclaration des droits ou le préambule qui, fréquemment précède la constitution, bénéficie du procédé. Pourtant malgré les avantages que présentent l'écrit, ce caractère est ici secondaire. Encore faut-il pour que les avantages de l'écrit soient réels, que la constitution prévoit l'existence d'un organe et d'une procédure de révisions spécifiques.

La constitution coutumière quant à elle est formée de l'ensemble des règles non écrites relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions, ayant acquies une valeur coutumière. La valeur coutumière d'une règle non écrite est le produit de son application continue qui lui confère une force obligatoire. Les pays dotés d'une telle constitution sont très rares. Parmi les grands pays démocratiques on ne relève que Royaume-Uni.

Par ailleurs, le rôle de la coutume dans les Etats à constitution écrite n'est pas négligeable. Les règles coutumières nées de la pratique du régime, viennent, en général, combler les lacunes dues à l'ambiguïté ou à l'imprécision du texte constitutionnel sur tel ou tel point. La coutume peut donc venir compléter ou interpréter le texte constitutionnel, sans pour autant le modifier. Cela reviendrait à réviser la constitution sans passer par la procédure instituée à cet effet.

Produites formellement ou conventionnellement, les constitutions africaines « sont matière vivante : elles naissent, vivent, subissent les déformations de la vie politique, sont l'objet de révisions plus ou moins importantes, et peuvent disparaître<sup>9</sup> ». Une constitution est l'œuvre du pouvoir constituant (que l'on peut définir comme l'ensemble des organes chargés d'élaborer ou de réviser la constitution). S'agissant de la naissance d'une constitution, le pouvoir constituant est dit originaire, et si c'est une révision de constitution, le pouvoir constituant est dit dérivé.

L'établissement d'une nouvelle constitution répond à la nécessité de remplir un vide juridique, celui laissé par la défunte constitution ou résultant de l'absence de constitution. Cette situation peut se produire au moment de la création d'un Etat nouveau, soit, plus généralement en cas de changement de régime politique et en particulier dans le cas d'une révolution. Les dirigeants provisoires forts de la légitimité politique acquise grâce au succès de la révolution ou à l'occasion de certaines circonstances historiques, vont avoir comme objectif de procéder à la rédaction d'une nouvelle constitution. Il n'existe aucun texte indiquant à qui appartient la compétence pour élaborer une constitution. En réalité, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de fait, inconditionné, c'est-à-dire qu'il n'a pas de texte à respecter ou de limites qui lui soient imposées. Autrement dit, il peut « inventer » un nouvel ordre juridique, même si l'histoire nous démontre que les nouvelles constitutions sont souvent prises en réaction aux précédentes, comme ce fut le cas pour la constitution française de 1958 par rapport à celle de 1946, et des constitutions africaines des années 90 en réaction aux constitutions des années 1960 et suivantes.

Il faut souligner que les premières constitutions écrites sur le continent africain proviennent des pays d'Afrique du Nord, elles sont même précoloniales. La Tunisie a ouvert le cycle en 1857 par l'adoption d'un pacte fondamental, qui sera suivi d'une constitution rédigée en 1861. En 1882, l'Egypte va emboîter le pas à la Tunisie par la rédaction d'une

---

<sup>9</sup>P. Pactet, F. Melin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 2004, P. 65

charte fondamentale qui sera proclamée<sup>10</sup>. Le mouvement s'est poursuivi et amplifié pendant la période coloniale et à partir de la décolonisation. Le constitutionnalisme s'est forgé en Afrique de manière progressive<sup>11</sup>. Il faut retenir que les constitutions des Etats africains, fabriquées entre 1960 et 1990, sont vues et présentées comme des constitutions « clés en mains », rédigées par les Européens, en dehors du continent<sup>12</sup>. Elles sont considérées comme peu démocratiques, naturellement autoritaires, du fait de la voie bureaucratique suivie pour les élaborer. A partir de 1990 et de la démocratisation des régimes politiques africains, les Etats semblent reprendre la main pour écrire leurs constitutions, bien entendu en associant et accessoirement à l'opération des experts étrangers qui ne sont pas tous des occidentaux.

Les constitutions des Etats africains offrent ainsi au comparatiste un vaste et riche champ d'investigation. On ne saurait rendre compte en quelques lignes de la diversité des **principes d'organisation**, des **techniques** et des **mécanismes**, qui interdit de soutenir l'hypothèse qu'il existerait un modèle africain. Pour s'en convaincre, il n'est que de relever la variété des formes de gouvernement, allant du régime présidentiel du Bénin au parlementarisme le plus respectueux des pouvoirs du parlement comme c'est le cas à Madagascar<sup>13</sup>, ou encore le statut réservé aux religions, et plus spécialement à l'Islam (par exemple au Maroc, en Mauritanie, en Algérie, en Egypte), ou enfin le rôle conféré aux communautés et solidarités régionales (généralement absente des constitutions). Cette diversité interdit aussi de voir dans les constitutions des Etats africains le simple écho de modèles extérieurs.

Ce qu'il faut entendre par constitution dans le cadre de cette étude, c'est à la fois le texte même de la constitution en tant qu'elle est un acte formel doté d'un contenu spécifique, mais également l'ensemble du processus de son élaboration, c'est-à-dire en tant qu'elle est

---

<sup>10</sup>Cf. AbderrachidAbdessemed, « La constitution et son instrumentalisation par les pays arabes « républicain » :Le cas de la Tunisie, de l'Egypte et de l'Algérie », *in juspoliticum* 2013, N°9

<sup>11</sup>Koffi Ahadzi, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : Le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique* : La revue du CERDIP, juillet-décembre 2002, Vol. n°1, n°2, P.35-38 ; André CABANIS et Michel-Louis Martin, *le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la neuve, Academia-Bruylant, coll. Publications de l'institut universitaire André Ryckmans, 2012, 228 P.

<sup>12</sup>Cf. Maurice Ahanhazo Glèlè, « La constitution ou loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome 1 : L'Etat et les droit, Abidjan, Dakar, Lomé, les nouvelles éditions africaines, 1982, P.35 et S ; Jean du Bois de Gaudusson(sous la direction de), *la création du droit en Afrique*, éd. Kartala, 1997, P.315

<sup>13</sup>Rappelons que le Président de la République a été destitué à Madagascar le 16 Mai 2015 par le parlement pour non respect de la constitution ; mais la haute cour constitutionnelle a rejeté comme non fondé la demande de destitution du Président HeryRajaonarimampianina le 13 Juin 2015

l'acte émanant d'une autorité qui l'a établi. Autrement dit, la constitution est envisagée ici surtout comme un acte juridique constituant regroupant ainsi et le contenu de l'action encore appelé par les juristes le **negotium** c'est-à-dire la procédure constituante, et le résultat formel auquel peut donner lieu cette procédure c'est-à-dire l'**instrumentum** ou la constitution au sens strict<sup>14</sup>.

Les nouvelles techniques d'élaboration de constitution en Afrique peuvent être appelées la notion moderne de constitution. De ce fait, deux concepts de « constitution » sont à retenir. Il convient de distinguer le concept politique du concept juridique de « constitution ». Le premier désigne le résultat de la transcription progressive en termes de droit d'un ensemble de revendications politiques ou encore l'état d'une société à un moment donné, le second a pour référent un sous ensemble précisément déterminé du système juridique<sup>15</sup>. La constitution est alors un document politique et juridique. Les processus d'élaboration des constitutions ont évolué au fil du temps. Il fut une époque où le monarque avait la prérogative de décider de la constitution qu'il remettait ensuite au peuple.

L'avènement de nouvelles techniques d'élaboration de la norme constitutionnelle nous permet d'avoir une constitution consensuelle, équilibrée et qui fait l'unanimité.

Autrement dit, nous pouvons affirmer que les nouvelles techniques d'élaboration de la norme constitutionnelle en Afrique nous permettent d'avoir comme socle la souveraineté du peuple constituant.

Depuis les années 1990, les processus démocratiques d'élaboration de constitutions deviennent la norme avec un parlement ou une assemblée constituante qui en assumait la principale responsabilité. La priorité a été donc donnée à une participation active du peuple à travers des individus, des organisations sociales ou syndicales, des communautés, etc....

Nous analyserons tout au long de notre étude, les techniques politiques d'élaboration de la norme constitutionnelle (première partie) et les techniques juridiques d'élaboration de la norme constitutionnelle (deuxième partie).

---

<sup>14</sup>Alland (D), Rials (S.) (dir), *dictionnaire de la culture juridique*, « Quadrige-Lamy », Paris, Presses Universitaires de France, 203, PP 7-10

<sup>15</sup>Favoreu (L.), *Droit Constitutionnel*, 18<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2016, P.61

**PREMIERE PARTIE :**  
**LES TECHNIQUES POLITIQUES D'ELABORATION**  
**DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE**

Dans un Etat démocratique, la constitution est toujours le résultat d'un rapport de force et d'un compromis des partis politiques, des groupes parlementaires, des différentes forces organisées et naturellement des citoyens. Mais ce compromis est aussi admis comme la marque d'une volonté de vivre ensemble.

Il est indubitable que les élites politiques jouent un rôle majeur dans la prise de décision sur la façon de structurer une nouvelle République, c'est-à-dire dans l'élaboration d'une nouvelle constitution, ceci à travers l'intervention des assises politiques(chapitre I) et l'intervention des commissions de réflexion (chapitre II).

# **CHAPITRE I : L'intervention des assises politiques**

Il existe désormais une tendance bien établie consistant à intégrer au processus d'élaboration de la constitution, des mécanismes de participation à large assise afin d'éviter que la constitution ne se borne, qu'à répartir le butin entre actions concurrentes, et afin que cette nouvelle constitution ait davantage de chance de jouir d'une grande légitimité populaire ; car les assises politiques permettent la participation de la quasi-totalité des acteurs politiques, sociaux et d'une large variété d'organisations à l'élaboration de la constitution. D'où, la nécessité des accords politiques (section I) ainsi que l'importance des conférences Nationales (section II).

## **SECTION I : Les accords politiques**

Il sera impossible de rétablir la paix, l'ordre, et envisager la transition sans avoir le consensus des différents partis, ou du moins la plupart d'entre eux. Ce sont des accords dont l'objet est de créer les conditions d'un règlement définitif de la crise, notamment par une modification substantielle des règles constitutionnelles de l'Etat. Ceci nous amène à déterminer la nature juridique des accords politiques (paragraphe I), puis, la compétence des accords politiques (paragraphe II).

### **Paragraphe I : La nature juridique des accords politiques**

Les acteurs politiques africains recourent assez fréquemment à des accords et autres compromis pour sortir des crises nées de leurs désaccords. Ces compromis politiques, à contenu juridique et constitutionnel, ont pour objet de réadapter le fonctionnement des institutions aux intérêts des forces en présence. Cette nature juridique est controversée (A), car, elle constitue une déstabilisation de l'ordre institutionnel incontestable (B).

#### **A- Une nature juridique controversée**

Même si la notion d'accord politique est des plus incertaines, il est néanmoins possible et impératif de la définir. Le professeur Atangana Amougou en a esquissé une définition essentielle : parlant plutôt d'accord de paix, et situant ainsi les accords politiques dans un

contexte de protection ou de retour à la stabilité sociale suite à des secousses observées, l'auteur s'attache en effet à les présenter comme des conventions conclues entre les protagonistes d'une crise interne dans le but de la résorber. Leur élaboration résulte généralement d'un différend entre le pouvoir et l'opposition qui ne trouve pas de solution, générant un conflit interne propice à un blocage institutionnel. Ceci conduit l'auteur à observer que ces accords apparaissent presque toujours dans un contexte exceptionnel<sup>16</sup>.

L'analyse envisagée dans la présente étude expose la conclusion des accords politiques en insistant distinctement sur l'environnement politique de leur formation ainsi que le cadre juridique qui les caractérise, d'une part. D'autre part, l'examen de l'application de ces accords dévoile une feuille de route et un bilan scientifiquement objectif qui aident à mesurer l'effectivité de mise en œuvre ainsi que leur efficacité en matière de protection des droits de l'homme. La relation entre la constitution et les conventions politiques en période de crise pose problème. Elle se révèle être une relation à la fois conflictuelle et pacifique, dont les manifestations dépendent des règles en présence. La grille de lecture de l'analyse constitutionnelle classique se trouve affectée par le caractère atypique de cette normativité constitutionnelle pénétrée par la politique. La pyramide des normes, en particulier, est bouleversée par ces accords politiques qui, dans certains cas, sont prioritaires par rapport à la constitution.

Les acteurs politiques trouvent dans les accords politiques une norme supra-constitutionnelle. Ce qui n'est pas, à juste titre, l'avis de nombreux juristes africains. Ils ont été dénoncés par la doctrine comme facteur favorisant la déchéance fonctionnelle de la constitution. Cette méthode de règlement des crises politiques traduit la perte de la majesté de la constitution républicaine qui organise en principe une juridicisation des débats politiques<sup>17</sup>. En effet, la conception normative de la constitution interdit l'existence dans l'Etat, en dehors de la norme fondamentale, de toute autre règle juridique concurrente qui n'appartienne pas au même système de norme. Et pourtant, la convocation récente de cette technique des accords politiques dans la résolution des conflits politiques emprunte aux mécanismes traditionnels typiquement africains, notamment celui de l'arbre à palabre, bien que la constitution prévoie d'autres mécanismes de résolution de ces conflits, tels que les juridictions constitutionnelles africaines, les médiateurs de la République et autres organes assimilés.

---

<sup>16</sup> Jean-Louis Atangana Amougou, « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *Revue de la Recherche juridique*, Droit Prospectif, 2008, pp. 1723-1743.

<sup>17</sup> Jean Du Bois de Gaudusson, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, 4<sup>ème</sup> trimestre, 1996, pp. 252 et ss.

Force est de constater que la valeur contraignante des accords politiques est discutable. Ainsi, si l'on s'en tient aux dispositions pertinentes de l'accord d'Arusha, « les parties acceptent que la constitution du 10 juin 1991 et l'accord de paix constituent indissolublement la loi fondamentale qui régit le pays durant la période de transition..... »<sup>18</sup>. Par contre, le principe du caractère obligatoire bien que présent dans l'accord de Marcoussis a été explicitement rejeté par les parties aussitôt après sa signature. En effet, le gouvernement ivoirien a considéré n'être pas lié par cet accord qui, par conséquent ne lui est pas opposable. En attestent les déclarations du ministre de l'intérieur<sup>19</sup> et du Président de la République<sup>20</sup>. Ce qui autorise à émettre des réserves sur l'appartenance de cet accord à la catégorie des conventions de la constitution. Deux séries de critiques furent adressées à l'accord : d'une part, il ne saurait engager l'Etat ivoirien et son gouvernement faute pour ces derniers d'en avoir été signataires (seuls les partis politiques l'ont été) ; d'autre part il souffre d'une faiblesse rédhibitoire, celle d'être incompatible avec la constitution et, s'il était appliqué, d'entraîner des difficultés insurmontables dans un Etat de droit. En première analyse, il apparaît en effet que plusieurs dispositions ne sont pas conformes à la constitution. En réduisant les prérogatives présidentielles, elles vident de sa signification la formule de l'article 41 de la constitution selon laquelle le Président de la République est « le détenteur exclusif du pouvoir exécutif » ; quant au parlement, destinataire d'une véritable « feuille de route », il se trouve en quelques sortes investi d'un mandat impératif condamné par la constitution. Tout ceci amène donc le **Professeur Adama KPODAR**, à affirmer que les dispositions de l'accord Marcoussis entraînent une « incontestable déstabilisation de l'ordre institutionnel établi dans la constitution »<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> ATANGANA AMOUGOU (J.L), « Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique », *R.R.J.*, 2008-3, n°123 PUAM, p. 1724.

<sup>19</sup> Dans une entrevue à la 1<sup>ère</sup> chaîne de télévision ivoirienne, le professeur Yao N'DRE, alors ministre de l'intérieur, déclarait que le compromis de Marcoussis était « nul et non avenue ». Entrevue publiée dans le journal *La Voie* du 30 janvier 2003.

<sup>20</sup> Le Président Laurent Gbagbo dans une entrevue publiée dans *Afrique Education* 1<sup>er</sup> au 14 février 2003, considère les termes de l'accord comme étant de simples propositions.

<sup>21</sup> KPODAR (A.) « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par Linas-Marcoussis », *R.R.J.* 2005-4, PUAM, 2005, p.2503.

## **B- Une déstabilisation de l'ordre institutionnel incontestable**

En période de crise, les accords politiques sont considérés comme la panacée. Seulement, derrière cette idée de bon sens encore à vérifier<sup>22</sup>, se cache une véritable volonté de redistribuer le pouvoir aux forces en place<sup>23</sup>. Dès lors, on se demande comment deux textes contradictoires ayant une finalité commune peuvent être compatibles. Par ailleurs, si une telle compatibilité est prouvée, on se demande comment serait son effectivité. En effet, on peut s'interroger sur l'attitude du juge constitutionnel. Comment gérerait-il la contradiction entre les deux énoncés? Il semble donc acquis que les accords politiques sont difficilement compatibles avec la constitution. Comme telle, leur positivité est difficilement démontrable sur le plan interne. Le droit international semble, lui aussi, leur dénier toute juridicité. Par conséquent, nous pouvons affirmer que les accords de paix contiennent des dispositions qui bouleversent le fonctionnement normal des institutions. En effet, ils attribuent à certains pouvoirs plus de compétence qu'ils n'en ont dans la constitution et réduisent les compétences constitutionnelles d'autres organes. D'où le caractère anticonstitutionnel de certains accords ou de certaines de leurs dispositions.

Si les accords politiques présentent essentiellement la vertu de résoudre les crises, leur application conduit généralement à une remise en cause de la structure institutionnelle de certains Etats d'Afrique. La déstabilisation de l'ordre institutionnel se remarque ainsi dans la reconfiguration du système politique et dans les incidences que les compromis font peser sur le pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire. Si le système politique reste généralement inchangé, si la nature du régime présidentiel classique, transfiguré en régime présidentieliste sur le continent africain, demeure en place par endroits, il semble néanmoins que les accords politiques permettent de parvenir à des modifications ou à des amendements.

Le pouvoir exécutif d'abord, dans sa nature, passe réellement du monocéphalisme en période normale au bicéphalisme en période de crise. Dans certains régimes présidentielistes, caractérisés ordinairement par la personnalisation du pouvoir d'Etat, on remarque même une

---

<sup>22</sup> Encore faut-il se rassurer que les accords mettent fin à la crise. Cette inquiétude est légitime puisque le professeur Adama KPODAR constate avec regret que l'accord Marcoussis n'est parvenu à pacifier le pays et qu'il a fallu l'intervention des forces licornes qui ont créé une zone tampon entre les rebelles et les forces officielles pour arrêter les affrontements.

<sup>23</sup> Certains auteurs désignent les accords politiques par un nom évocateur : « Accord de partage de pouvoir et de gestion consensuelle ». Voir Moyen (G.), « Les accords de sortie de crises politiques et constitutionnelles en Afrique : les cas de la République Démocratique du Congo et de la Côte d'Ivoire », inédit, p. 2.

désacralisation de la fonction présidentielle, marquée par un réexamen du statut du président de la République. Dans certains pays, la violence politique pousse à l'institutionnalisation d'une primature ou, à un degré plus élevé, d'une vice-présidence, par la conclusion d'un accord entre l'opposition et le parti au pouvoir. Morgan Tsvangirai au Zimbabwe et Raila Odinga au Kenya ont pu ainsi devenir premier ministre dans leur pays respectif. D'autres Etats optent quant à eux pour l'instauration d'une vice-présidence de la République, pour solder la crise politique. Quoiqu'il en soit, toutes ces formules de partage du pouvoir exécutif entre les protagonistes cassent ou déconstruisent la logique du présidentielisme négro-africain, de manière à relativiser sa portée. Mais cette instrumentalisation politique des règles constitutionnelles semble créer un conflit permanent entre légalité et légitimité, comme on a pu le constater dans la crise ivoirienne ou malgache.

Ensuite, le parlement dans les Etats africains en crise, sans qu'il soit besoin de s'étendre, est parfois, voire souvent, soumis aux accords politiques, beaucoup plus qu'aux dispositions constitutionnelles. Il est même arrivé que le pouvoir législatif fasse l'objet d'une confiscation ou subisse des atteintes sous la forme d'injonctions, contenues dans les clauses conventionnelles, alors même que la règle du mandat impératif est anticonstitutionnelle. Quant au juge constitutionnel, qu'une partie de la doctrine incluant Dominique Rousseau juge responsable de tous les maux<sup>24</sup>, il est quelques fois ignoré ou écarté du jeu politique et de la vie juridique.

D'autres institutions, au sens de principes établis constitutionnellement, sont également évacuées ou renversées par certains accords politiques. On a pu ainsi observer, au Burundi, une rotation du pouvoir d'Etat sans élections, entre Pierre Buyoya et Domitien Ndayizeye, suite à l'accord d'Arusha pour le Burundi obtenu difficilement par le médiateur Nelson Mandela. En effet, après avoir exercé la fonction présidentielle pendant dix-huit mois, M. Buyoya a cédé pacifiquement le pouvoir en avril 2003 à M. Ndayizeye, et ce en dehors de tout scrutin. Autorisé à occuper la fonction jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2004, date prévue pour la tenue d'élections générales, M. Ndayizeye a vu son mandat se prolonger jusqu'en août 2005, au moment où le nouveau président, Pierre Nkurunziza, fût élu au Burundi. On peut donc remarquer une remise en cause générale de l'ordre constitutionnel par les compromis politiques. Les effets des accords politiques se trouvent ainsi définies.

---

<sup>24</sup> Dominique Rousseau, « Question de Constitution » dans Jean-Claude COLLIARD et Yves Jegouzo, dir, *le Nouveau constitutionnalisme* : Mélange en l'honneur de Gérard Conac, Paris, economica, 2001, pp. 17 -21.

## **Paragraphe II : Les effets des accords politiques**

Dans les Etats en crise, on assiste à un véritable phénomène de modification constitutionnelle opéré dans le cadre d'accord de paix. Ces accords demeurent strictement des actes internes qui sont imputables uniquement aux acteurs étatiques<sup>25</sup>. De ces accords, naissent, un pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel (A), de même qu'un gouvernement de transition (B).

### **A- Le pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel**

Le pouvoir constituant originaire à caractère normal est celui consacré par le droit constitutionnel classique comme étant le pouvoir d'édicter la constitution, reconnue comme appartenant au détenteur de la souveraineté qu'est le peuple ou à l'assemblée constituante élue par lui; il s'exprime généralement en période « normale », c'est-à-dire en période de paix; or, le pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel, dont il est question dans cette étude, est certes le pouvoir d'édicter la constitution, mais en période de crise lorsque les circonstances politiques ne permettent pas l'expression du peuple. Ce pouvoir constituant originaire est aussi dit exceptionnel parce qu'il édicte une constitution de transition (du conflit à la paix) et détenu par les acteurs dépourvus de souveraineté. Les accords de paix sont donc des constitutions dont l'écriture est dictée par la nécessité de la codification de la transition; ils naissent de la rupture avec l'ordre constitutionnel routinier et visent à normaliser les rapports politiques et sociaux pendant la transition. Ils sont issus de la dynamique d'un pouvoir constituant originaire usurpé de type mixte intégrant la société internationale et les parties au conflit ; d'où la signature des accords de paix par, d'une part les représentants des acteurs de la société internationale (Etats et organisations intergouvernementales), d'autre part, les partis au conflit. Le pouvoir constituant à l'œuvre est imposée par la force des faits : d'abord, le fait du conflit entraîne la crise de l'autorité de la constitution existante, l'impuissance des personnes qui s'en prévalent à assurer son respect et la domination du champ politique par des acteurs collectifs ou individuels dont les ressources sont constituées, soit par la capacité de nuisance ou encore la puissance dans le maniement des armes, soit par la revendication réussie de la représentativité ou de la popularité, soit par le charisme

---

<sup>25</sup> Prunier (C.) « Typologie des accords de paix contemporains en Afrique », in Techniques et instruments de la paix dans l'Afrique actuelle : comment promouvoir la paix à l'aube du XXème siècle, actes de la journée d'étude organisée par le CERDIE de l'université Nancy 2, 31 mai 1999, les cahiers de la paix, n°7, 2000, pp. 265-273.

individuel, etc. ;ensuite, la situation de conflit amène de plus en plus les Etats et les organisations internationales à s'intégrer dans « les affaires intérieures » de l'Etat en crise ou effondré. Les accords de paix, de manière générale symbolisent un ordre juridique qui régule les rapports sociaux et politiques. La survie de l'Etat s'analyse ici en termes de création du droit ; car, les accords de paix sont des normes et contraintes des comportements des acteurs politiques, des indicateurs de la permanence du commandement, de l'organisation politique et de la normalisation de la société en crise. Bien plus, dans certains cas, notamment au Soudan, au Libéria, au Burundi, en République Démocratique du Congo, au Rwanda et autres, ils sont des constitutions ou des « para constitutions »c'est-à-dire des règles et des normes qui, par scrupules démocratiques, ne sont pas présentées comme étant des constitutions mais qui sont instituées telles quelles dans les faits et par les pratiques politiques parce qu'elles affectent de manière substantielle l'organisation et la répartition des pouvoirs publics. En réalité, le conventionnalisme des accords de paix est aussi dans certains cas un constitutionnalisme. Car, les accords de paix relatifs au Burundi, au Libéria, à la Sierra Leone, au Soudan, et autres Rwanda, ou République Démocratique du Congo sont des constitutions parce qu'ils constituent le statut de l'Etat en crise ou en reconstruction : ils sont une forme de « fétichisme constitutionnel ». L'exemple du Soudan est emblématique en ce sens qu'au détour de la conclusion d'un accord de paix est créé un accord fédéral. De manière générale, il s'agit des constituions matérielles en ce sens que les accords de paix établissent les normes et règles d'institutionnalisation, d'organisation et de fonctionnement du pouvoir ; souvent, ils sélectionnent les formations politiques et autres acteurs devant occuper les positions de pouvoir et arrêtent la clef de répartition des charges publiques au sein de l'exécutif, du législatif, de l'armée ou encore des sociétés para publiques. Dans le cas de la Sierra Leone par exemple, au-delà de la désignation du mouvement « Revolutionary United Front » comme formation devant être impliquée dans la gestion du pouvoir d'Etat, l'accord de paix du 16 juillet 1999 nomme le caporal Foday Sankoh au poste de Vice-président de la République. La dynamique du pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel est à l'origine, d'abord de la continuité de l'Etat en période de crise, ensuite de la légalité et de la légitimité du gouvernement de transition. Elle est nourrice d'un ordre juridique et politique de l'entre-deux dont le gouvernement de transition est le symbole

## **B- Le gouvernement de transition**

Le gouvernement de transition est une institution *ad hoc* dont la durée de vie est limitée à l'accomplissement des missions assignées officiellement dans le cadre de l'accord de paix et dont l'exécution est temporellement encadrée ; c'est une institution dont la fin est programmée dès son entrée en fonction. Certes, il arrive qu'il y ait de multiples ajournements de l'échéance du gouvernement de transition comme en Côte d'Ivoire, en République Démocratique du Congo pour des raisons notamment d'absence de réalisation de sa mission. Qu'importe le temps de la transition, il est constant que le gouvernement en question ne survit pas à la normalisation de la situation politique. Le gouvernement de la transition est alors la traduction institutionnelle de l'inégalité entre mouvements armés, et formations politiques bénéficiant du partage du pouvoir. Sa composition plurielle est à l'image de celle du parlement de transition, de l'administration locale et de la direction des entreprises publiques dans les pays tels que le Burundi, le Libéria, la Sierra Leone et la République Démocratique du Congo. En tant qu'institution de passage et de démarcation, le gouvernement de transition est lié à la reconstruction de l'Etat. Sa mission, c'est de permettre un retour à une situation jugée normale en termes de fonctionnement des institutions publiques. Dans les sociétés en crise étudiées, la reconstruction de l'Etat peut être valablement analysé sous l'angle de la dynamique et de la signification du gouvernement de transition par rapport à la fin relative des violences et à la formation des repères collectifs. L'exemple rwandais constitue une limite à la pertinence de ce qui précède : le gouvernement de transition issu de l'accord d'Arusha n'ayant pas pu empêcher l'intensification des combats, encore moins arrêter le génocide. Le gouvernement de transition est une structure de rétrécissement de l'arène de confrontation et de reconversion des moyens de lutte. Ce gouvernement est aussi un cadre d'apprentissage de la tolérance de l'autre ; il eut être aussi présenté comme une structure de création de la confiance entre acteurs naguère engagé dans des dynamiques de destruction mutuelle. Car, l'autre était perçu sous la figure de l'ennemi à combattre, voir à détruire, à exterminer. Le gouvernement de transition, constitué par la communauté du conflit politique, est un cadre d'expression de rattachement au pays. C'est un vecteur de construction de l'unité à partir de la reconnaissance de la pluralité politique, ethnique ou régionale représenté à des degrés divers par les mouvements armés. A cet égard, les accords de paix sont riches d'enseignements : l'accord Linas-Marcoussis relatif à la Côte d'Ivoire institue un gouvernement de réconciliation nationale sur la base de l'affirmation de l'attachement de tous ces signataires à l'intégrité territoriale et à l'indépendance nationale ; par rapport au Burundi, l'accord

d'Arusha de 2000 est une conjuration du génocide, de la violence politico-ethnique notamment parce qu'il est traversé par la consécration de l'unité nationale.

Au total, le gouvernement de transition est une catégorie politique hybride qui enrichit la théorie politico-constitutionnelle de l'Etat. En même temps que son avènement indique la faillite de l'Etat, il est une forme particulière de gouvernement civil préparant la normalisation de la vie politique. Ceci nous témoigne la pertinence et l'importance des conférences nationales.

## **SECTION II : L'importance des conférences Nationales**

Venue du Congo –Brazzaville où Marien N'gouabi l'employa pour la première fois en 1972<sup>26</sup>, la conférence nationale est « un mécanisme politique »<sup>27</sup> qui marque une étape décisive dans l'évolution des systèmes juridiques de ces Etats<sup>28</sup>. Il s'agit d'une révolution pacifique et consensuelle »<sup>29</sup>. Elle est apparue comme une « alternance à la guerre civile »<sup>30</sup> Pour s'en convaincre, nous analyserons l'univers de la conférence nationale (paragraphe I) ainsi que la compétence de la conférence nationale (paragraphe II).

### **Paragraphe I: L'univers de la conférence nationale**

A l'issue de la conférence nationale, les premiers ministres « technocrates » mis en place dans beaucoup de pays étaient nécessaires pour réparer les économies défectueuses. C'est la raison de l'objet de la conférence nationale(A) et la mission de la conférence nationale(B).

---

<sup>24</sup> Daniel Bourmaud et Patrick Quantin, « Le modèle et ses doubles : Les conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », in Yves Mény (sous la Direction de), *les politiques du mimétisme institutionnel* : La greffe et le rejet, KARTHALA, 2008, P.168.

<sup>27</sup> Maurice-Pierre ROY, « Le Bénin : un modèle de sortie de dictature et de transition démocratique en Afrique noire »,RRJ ,1992/3,p.587.

<sup>28</sup> Abdoulaye DIARRA , « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990 : les cas du Mali et du Bénin »,septembre 2001, p.1, disponible sur le site Internet : <http://www.afrilex.u-bordeauxu.fr/pdf>,

<sup>29</sup> Babacar GUEYE, «Crise de légitimité du pouvoir politique en Afrique subsaharienne francophone. Quel remède ? », *Civitas Europa*, n°6, mars 2001, p. 87.

<sup>30</sup> Déclaration du premier ministre du Bénin M. Dieu donné Nicéphore SOGLO à l'hebdomadaire Jeune Afrique le 18 décembre 1992.

## A- L'objet de la conférence nationale

L'expérience des conférences nationales est inédite. Le professeur Maurice Kamto a pu parler « d'invention proprement africaine », considérant ce modèle comme étant l'une des plus grandes trouvailles de l'Afrique post coloniale<sup>31</sup>, apparue dans la mouvance des transitions démocratiques inaugurées à partir de 1990. La conférence nationale reflète la volonté populaire et constitue une action fondatrice pour construire un Etat de droit. Dans ce forum, des forces et des composants politiques et sociaux, se lancent dans la négociation de la transition démocratique. Les représentants dans la conférence nationale assument le rôle leader pour décider de l'avenir du pays. La conférence nationale a donc pour objet d'instaurer des individus et des groupements hétérogènes, atomisés, conglomérés par un système chimère, en une communauté de défense, de protection et de promotion des droits inaliénables à l'humanité, contre le retour de l'irréparable. Le modèle de la conférence nationale est celui d'une fondation. Ce qu'elle fonde, c'est le crédit mutuel, la réciprocité et la mutualité des droits et des devoirs, qui est l'âme de toutes les institutions humaines. La conférence nationale est un grand moment de dialogue, mais aussi un cadre de forte conflictualité dont l'issue n'est jamais certaine. Lorsqu'un minimum de consensus n'est pas acquis par les forces nouvelles réclamant de nouveaux espaces de droits et de libertés, et le pouvoir arc-bouté sur ses prérogatives qu'il n'est pas prêt à mettre en jeu, il s'en suit un dialogue de sourds qui loin de servir la cause visée, contribue au contraire à exacerber les tensions en multipliant les contentieux. La conférence nationale contribue ainsi à envenimer les relations entre les différents protagonistes de la scène politique et débouche sur des impasses d'autant plus durables qu'elle n'aura été en mesure de réduire les antagonismes. On s'installe alors dans une logique de légitimités multiples et concurrentes abusant les unes et les autres de la manipulation des énergies identitaires. L'un des problèmes les plus délicats à gérer à l'occasion des conférences nationales, c'est cette peur qui a changé de camp, les pouvoirs ayant besoin d'être rassurés sur leur sort et cela est très important. C'est pourquoi en règle générale, un trait a été tiré sur le passé de façon à passer par pertes et profits tous les actes de nature à exposer leurs auteurs à des poursuites surtout en matière de crime de sang. Lorsque des commissions appelées selon les pays, « commission des crimes et abus » ou « commission des biens mal acquis » sont instituées, elles visent surtout à réprimer la délinquance

---

<sup>31</sup> Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *La création du droit en Afrique*, Paris Karthala, 1997, p. 117 et s.

économique dans le cadre des règles de protection juridique des citoyens propre à l'Etat de droit nouvellement inauguré. Ainsi, le recours à l'amnistie a été une pratique faisant quasi-substantiellement partie du cérémonial consacré. C'est vrai que la morale est au passage écornée, c'est vrai qu'il y a ainsi le risque de banaliser en ne sanctionnant pas des actes appelant des punitions, mais c'était là le prix d'un consensus qui vaut son pesant d'or pour l'avenir. Il faut cependant noter que certaines conférences nationales ont pu bien se conclure en débouchant sur la rupture constitutionnelle radicale de type révolutionnaire, en installant des autorités nouvelles chargées de mettre en œuvre les mesures retenues, que des élections libres et transparentes ont été organisées, mais où compte tenu des difficultés économiques et de l'inefficacité des institutions telles qu'elles étaient ordonnancées, des reculs graves ont été notés sous formes de coup d'Etat militaires ou de guerres civiles. Il ressort que la notion de conférence nationale réussie est très relative dans la mesure où la transition est par essence une situation de précarité permanente. Jamais aucun chef d'Etat en poste, hormis le cas très singulier du Mali en 1992, n'a accepté à l'avance toutes les implications éventuelles des décisions susceptibles d'être retenues par un forum comme celui d'une conférence nationale. Il ne se résout à y consentir qu'après un cheminement laborieux fondé essentiellement sur le dialogue et la confiance.

## **B- La mission de la conférence nationale**

Plus qu'un grand déballage, la conférence nationale exprime la soif du renouveau du continent. Il s'agissait de se doter de nouvelles structures démocratiques, après un diagnostic sans complaisance de la crise qui a détruit les Etats. La faillite est sentie comme celle des structures étatiques et des hommes d'Etat. La vie politique est un contrat entre le peuple et ceux qu'il se choisit pour promouvoir le bien commun. Les responsables sont censés être au service de la cité. Or, depuis des décennies, ce contrat a été unilatéralement rompu par les dirigeants qui s'imposent au peuple, et n'étaient plus à son service. Par la conférence nationale le peuple dénonce ce déni de respect. Il veut reprendre l'initiative historique et assurer en toute souveraineté la responsabilité de son destin. Le but de la conférence nationale est de sortir le pays du chaos et de fonder des gouvernements représentant la population entière afin de faire confiance aux nouvelles institutions. De plus, l'idée d'une conférence nationale souveraine comme instrument pour le changement de régimes existe dans les théories de Jean Jacques Rousseau du contrat social. Les Etats généraux de 1789 ont mis en pratique cette théorie et il est remarquable de noter que la conférence nationale était un

élément central de la transition à la démocratie seulement dans les pays africains francophones, ce qui souligne l'influence persistante de l'héritage colonial. Fondamentalement, la conférence nationale avait pour mission: l'abrogation du système constitutionnel antérieur dictatorial ou totalitaire, l'adoption d'un nouveau système constitutionnel, les fondements de la future constitution, à savoir, la laïcité, l'unicité de l'Etat, la démocratie multipartite, les régimes politiques et autres. Mais la mission première de la conférence nationale était de créer les conditions essentielles d'un consensus national en vue de l'installation d'un Etat de droit et du pluralisme démocratique, conditions nécessaires à un développement démocratique du pays. Pour la première fois, les constitutions ont été le fruit de larges concertations nationales tenues dans le cadre des conférences nationales. Le procédé d'élaboration et d'adoption a légitimement fait croire que la constitution était véritablement une œuvre collective impliquant tous les segments de la nation et que, partant, les compromis qu'elle formalisait jouissaient d'une certaine intangibilité qui devrait assurer la durabilité et la préservation contre les volontés individuelles.

En Afrique francophone où elle a fait fortune, la conférence nationale a débuté au Bénin en février 1990, lequel est imité par le Gabon (mars-avril 1990), le Congo (février-juin 1991), le Niger (juillet- novembre 1991), le Mali (juillet-août 1991), le Togo (juillet-août 1991), la République Démocratique du Congo (décembre 1991-décembre 1992), le Tchad (janvier-avril 1993). Le phénomène de contagion est si persistant qu'il a fini par atteindre quelques pays non francophones comme la Guinée-Bissau et l'Ethiopie<sup>32</sup>. Elle conduit partout à un phénomène de déconstitutionnalisation et de constitutionnalisation, c'est-à-dire que la constitution en vigueur a été abrogée et remplacée par une nouvelle constitution inspirée ou proposée par la conférence nationale. La contribution de la conférence nationale à la production constitutionnelle n'est pas homogène. Chaque Etat a vécu une expérience spécifique selon la nature des forces en présence et selon le bilan qu'il est possible de faire à partir de cette expérience inédite. Il faut donc distinguer entre les Etats où l'organisation de la conférence nationale a favorisé une expérimentation constitutionnelle par des mécanismes innovateurs. Le Bénin apparaît à cet égard comme un exemple caractéristique de la contribution de la conférence nationale au renversement de la constitution autoritaire et à l'avènement de textes constitutionnels nouveaux, fondés sur des principes démocratiques. La conclusion que tire Jean Jacques Raynal à propos du Bénin est édifiante. Il écrit que « la

---

<sup>32</sup> Jean Jacques Raynal, « Les Conférences Nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie? », Penant, octobre-décembre 1994, n° 816, p. 311-312

conférence nationale a été une réussite au Bénin parce qu'elle a été brève (10 jours) et bien préparée, que les délégués étaient relativement peu nombreux (520 personnes) et soucieux de sauver un pays en agonie. Ils ont mis l'accent sur ce qui les rassemble plutôt que sur ce qui les divise, aidés en cela par le sens du compromis du président de la conférence, Monseigneur de Souza »<sup>33</sup>. En Afrique du sud par exemple, le but de la conférence nationale était de mettre fin au système d'apartheid et de construire un Etat basé sur des valeurs de la démocratie, des droits et libertés fondamentaux, une mission limitée dans le temps<sup>34</sup>.

## **Paragraphe II : La compétence des conférences nationales**

Force est de constater qu'il existe deux sortes de conférences nationales. D'un côté, nous avons les conférences nationales souveraines dans lesquelles le droit a été secrété en dehors des formes classiques ; de l'autre, les conférences nationales non souveraines dans lesquelles la fabrication du droit n'était pas à l'ordre du jour<sup>35</sup>. Si les premières sont regardées comme dotées du pouvoir constituant originaire auquel elles s'identifient, les secondes apparaissent au mieux comme des conseillers du législateur, au pire comme des scènes où les demandes de droit de la société sont exprimées<sup>36</sup>. Pour certains Etats, les conférences nationales sont souveraines (A), et d'autres, non souveraines (B).

### **A- Les conférences nationales souveraines**

Lorsque la conférence nationale se déclare souveraine, elle se considère comme une source d'autorité et de légitimité<sup>37</sup>. Ce mécanisme pacifique a été l'un des moyens courants utilisés en Afrique afin d'établir le consensus national pour engager le processus transitoire. La plupart des pays en Afrique francophone y ont recours. La conférence nationale a

---

<sup>33</sup> Jean Jacques Raynal, « les conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie ? », Penant, octobre-décembre 1994, n° 816, p. 319.

<sup>34</sup> Sonia Roselène Fontaine, *Les régimes politiques des transitions : les exemples chilien et sud-africain*, Thèse, Université Paris I, 2003, p. 132.

<sup>35</sup> Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *la création du droit en Afrique*, Paris Karthala, 1997, p. 180 et s.

<sup>36</sup> Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *la création du droit en Afrique*, Paris Karthala, 1997, p. 180 et s.

<sup>37</sup> Abdel Fattah Amor, « L'émergence de la démocratie dans les pays du tiers-monde ? Le cas des Etats africains », in Henry Roussillon (s. d.), *Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, précité, p 17

approuvé son adoption au contexte politique et culturel de ces pays et a réussi à établir un cadre préparatoire à la transition. Son efficacité a été prouvée dans cette région du monde. Les conférences nationales réussies sont celles qui se sont érigées en pouvoir constituant originaire et dont la souveraineté autoproclamée a été acceptée par le pouvoir en place. Cela a généralement été possible parce qu'il y a eu un usage judicieux du verbe fraîchement libéré, parce que, dans les différents camps en présence, a prévalu avant et après tout, l'intérêt de la collectivité. Il a fallu dans cette trame faite d'aléas les plus périlleux, que des hommes et des femmes se fassent violence pour accepter des solutions qui, à défaut agréables, étaient pragmatiques. A cet égard, la conférence nationale du Bénin fait figure de paradigme d'un débat dédramatisé où les choses ont été négociées à « leur juste prix », où la « libération brutale de la parole » a été essentiellement utilisée pour exorciser les démons. Pourtant, même ici, le scénario était loin de ce que cette légende en a conservé et qu'exprime si pertinemment le professeur Conac : « si toutefois il est facile après coup de présenter les étapes pacifiques de la transition démocratique béninoise en une bande dessinée édifiante, bien d'autres scénarios moins tranquilles étaient possible. Ce fut en fait, une invention au coup par coup, qui à toutes les étapes n'a jamais exclu des possibilités de blocage ou les risques de dérapage et de débordement ». La conférence nationale béninoise qui s'est proclamée souveraine a commencé ses travaux en abrogeant la constitution alors en vigueur. Sa composition hétérogène, marquée par la présence remarquable des forces vives de la nation (partis politiques, société civile, syndicats, chefs traditionnels, organisations féminines, groupements religieux, experts nationaux et internationaux...), était dès le départ inscrite dans une dynamique révolutionnaire au sens où il s'agissait de bâtir avec des hommes nouveaux sur de nouveaux fondements. Mais les conférenciers béninois n'ont pas rédigé eux-mêmes le texte de la constitution du 11 décembre 1990, ils se sont contenté de faire des propositions dans ce sens<sup>38</sup>. La conférence nationale va inspirer par conséquent les rédacteurs de la future constitution nationale, en donnant les orientations pour sa rédaction qui doit être pénétrée par une vision démocratique de la société. Cette mission d'écriture d'une nouvelle constitution est confiée à une commission constitutionnelle que présidera le professeur Maurice Ahanhanzo Glèlè<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Jean Jacques Raynal « Les conférences nationales en Afrique : Au-delà du mythe, la démocratie? », Penant, octobre-décembre 1994, n° 816, pp. 313 et 317.

<sup>39</sup> Fabien EboussiBoulaga, *Les conférences nationales en Afrique noire. Une affaire à suivre*, Katala, 1993, p.76 et s.

Au Mali par contre, la conférence nationale n'a été que partiellement souveraine, étant limitée à un ordre du jour défini, mais elle est considérée comme la seule à avoir rédigé un projet de texte constitutionnel<sup>40</sup>, duquel procède la constitution du 25 février 1992 toujours en vigueur. La constitution malienne a été préparée dans un contexte de transition militaire et avec l'aide d'experts nationaux et internationaux. La constitution issue de la conférence nationale est appréhendée et vue comme le produit des revendications sociales, un agrégat d'éléments diversifiés qui ont émergé progressivement<sup>41</sup>.

Ce scénario de la conférence nationale qui réussit à imposer sa souveraineté n'est cependant pas valable dans toutes les transitions par voie de conférence nationale.

## **B- Les conférences nationales non souveraines**

De toute évidence, les conférences nationales ont très peu débouché sur une fabrication démocratique de la constitution. A partir des expériences vécues, quelques symptômes de la fabrication autoritaire sont apparus. Au demeurant, on a parfois le sentiment qu'avec les conférences nationales, le visage du constitutionnalisme africain n'a pas été significativement transfiguré. Il existe en effet « un fort contraste entre la véhémence des propos tenus dans le cadre de ces conférences nationales, le caractère très ouvert des débats, l'audace des propositions... et le caractère finalement fort classique des lois fondamentales qui en résultent. On renoue souvent avec les textes adoptés aux lendemains des indépendances<sup>42</sup>. Ainsi, dans certains cas, la question de la souveraineté, et donc des décisions de la conférence nationale a nourri de fortes animosités entre un pouvoir décidé à se pérenniser et une opposition résolue à le renverser. Ceci amène parfois la conférence nationale à s'éterniser et à s'enliser dans d'irréductibles contradictions pour se terminer dans la confusion. Au Gabon par exemple, la conférence nationale était non souveraine ; le processus constituant a été par conséquent placé sous le contrôle du président de la République gabonaise d'alors, le président Omar Bongo. Par contre, au Togo, la souveraineté de la conférence nationale est sujette à caution ; un décret du 26 août 1991 pris par le

---

<sup>40</sup> Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions » in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *la création du droit en Afrique*, Paris Karthala, 1997, p. 185.

<sup>41</sup> Eloi Diarra, « L'histoire constitutionnelle du Mali », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, 2010, n°2, pp.229 à 260.

<sup>42</sup> André Cabanis et Babacar Gueye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Revue Droit sénégalais*, 2013, n°11, p. 113

président Gnassingbé Eyadema, va même suspendre provisoirement la conférence nationale<sup>43</sup>. La commission chargée de rédiger le projet de constitution a même été mise en place par le gouvernement de la transition<sup>44</sup>. Au Tchad, on a visiblement assisté à un « *hold up* » constitutionnel. L'influence présidentielle était telle que le projet de constitution préparé a été remis au président de la République qui en modifia le contenu. Les récriminations des partis d'opposition, scandalisées parce que le procédé est peu démocratique, n'ont pas changé fondamentalement la donne<sup>45</sup>. Par ailleurs, en République démocratique du Congo ( ex Zaïre), la souveraineté a été reconnue à la conférence nationale, dont les vagues révolutionnaires n'ont pas épargné la constitution du 10 juillet 1990 qui consacrait pourtant le multipartisme, suite au « discours historique du président Mobutu le 24 avril 1990 »<sup>46</sup>. La tâche technique de la rédaction de la nouvelle constitution a été confiée à une commission constitutionnelle créée et mise en place par la conférence nationale. On relève cependant, dans le contexte congolais, que la souveraineté de la conférence nationale a été fortement contrariée par les tentatives de récupération entreprises par les tenants du statu quo qui se recrutaient principalement dans le camp présidentiel. C'est en ce sens que l'on doit comprendre la dualité institutionnelle et constitutionnelle qui s'en était suivie. Un ordre constitutionnel et institutionnel avait été établi par la conférence nationale souveraine en 1992 avec un gouvernement et un parlement ; un autre par les partisans du président Mobutu qui s'en tenaient à la loi constitutionnelle de 1990. Cet imbroglio institutionnel avait conduit à deux textes constitutionnels distincts : l'acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition du 02 Avril 1993 et l'acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de la transition adopté le 02 Août 1992 par la conférence nationale souveraine. Le premier texte institue un régime parlementaire, le second un régime semi-présidentiel

---

<sup>43</sup> Maurice Kamto «Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions»in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), la création du droit en Afrique, Paris Karthala, 1997, p. 185

<sup>44</sup> Maurice Kamto «Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions»in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), la création du droit en Afrique, Paris Karthala, 1997, p. 187

<sup>45</sup> Magalie Besse, « La conférence nationale souveraine, un pouvoir constituant original», in [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BesseTXT.pdf>], p. 11

<sup>46</sup> Grégoire Bakandeja Wa Mpungu, « La nouvelle constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », in annales de la faculté de droit, Edition spéciale Droits de l'Homme commémoration du 59<sup>ème</sup> anniversaire de la déclaration universelle, Kinshasa, Presses de l'université de Kinshasa, Bibliothèque de la faculté de Droit. 3 Décembre 2007, p.95 à 132.

(parlementarisme rationalisé).<sup>47</sup> Un texte de compromis sera finalement adopté pour résorber la crise et débloquer la situation ; il en résultera un acte constitutionnel de transition du 09 Avril 1994 qui instaure un régime hybride, semi-parlementaire, semi-présidentiel. Plus tard, la conférence nationale souveraine de la République Démocratique du Congo va élaborer une constitution adoptée le 27 décembre 1996, qui ne sera jamais promulguée. La rébellion armée conduite par Laurent Désiré Kabila va procéder à l'inhumation de cette constitution mort-née.

Aussi efficace soit-elle, l'intervention des assises politiques ne pourrait à elle seule intervenir efficacement dans les techniques politiques d'élaboration, l'intervention des commissions de réflexion y serait d'une bonne contribution.

---

<sup>47</sup> Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions » in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *la création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 352 et s.

## **Chapitre II : L'intervention des commissions de réflexion**

Le modèle du constitutionalisme de 1990 est quelque peu en crise. Crise de confiance du citoyen en l'Etat, crise de confiance du citoyen en les partis politiques, crise de confiance de la République en ses citoyens. Il s'agit d'une crise de la démocratie qui manifeste de plus en plus des signes de relâchement dans ses usages les plus cruciaux. Afin de remédier à ces difficultés, des commissions de réflexion sont installées (section I) pour permettre l'étude de la relation entre constitution et commission de réflexion (section II).

### **Section I : Installation de la commission de réflexion**

A un moment donné de l'histoire des sociétés africaines au lendemain de la période démocratique des années 90, la situation sociopolitique des Etats africains montre que les peuples se sont dotés d'institutions qui ne leur ressemblent pas et dont ils n'ont pas les moyens d'en assurer le fonctionnement. Pour ce faire, la création des commissions de réflexion (paragraphe I) est dotée d'un certain pouvoir (paragraphe II).

#### **Paragraphe I : Création des commissions de réflexion**

La mise en place de l'organe de réflexion relève de la compétence des gouvernants, généralement de l'exécutif, qui a la charge de la composition de la commission (A), et, ses attributions dépendent de la volonté de ce dernier (B).

#### **A- La composition de la commission de réflexion**

Plusieurs Etats africains ont en effet connu la création de la commission de réflexion. Certains Etats, à l'instar du Bénin et du Togo en ont connu plusieurs en un temps record. La composition varie donc d'un pays à un autre, et même d'une commission à une autre à l'intérieur d'un même pays.

Dans le cas du Bénin, trois différentes commissions de réflexion se sont succédé : d'abord, la commission Ahanhanzo Glèlè<sup>48</sup> composée de neuf membres, cette commission chargée de la relecture de la constitution du 11 décembre 1990 a été installée par le Président Boni Yayi le 20 février 2008 et a visiblement fini son travail ; mais cette commission n'ira pas jusqu'au bout parce que n'étant pas en phase avec le gouvernement ; ensuite, vient la

---

<sup>48</sup> Créée par décret n°2008-052 du 18 février 2008. Ce décret a été modifié et complété par le décret n°2008-597 du 22 octobre 2008.

commission Gnonlonfoun<sup>49</sup>, chargée de l'élaboration des avant-projets de loi dans le cadre des réformes politiques et institutionnelles ; créée par décret n° 2011-502 du 25 juillet 2011, elle démarre ses activités le 5 septembre 2011, et maintient les « options fondamentales de la conférence nationale de février 1990 et qui sont reprises par les articles 42,44 et 54 de la constitution »<sup>50</sup> ; enfin, la commission Djogbénu<sup>51</sup> composée de trente membres, elle est chargée de proposer les pistes de réformes susceptibles de consolider le régime en place et de redonner au pays sa fierté de laboratoire démocratique et de pionnier en ingénierie constitutionnelle. Installée le 06 mai 2016 par le Président de la République Patrice Talon, elle ne remettra son rapport que le mardi 28 juin 2016

Deux commissions de réflexion se sont succédées au Togo. La première composée d'historiens, de personnalités politiques, de juristes, de sociologues et de représentants de la société civile, est dirigée par madame Amadou Abdou- Nana Awa- Dabaya, médiateur de la République pour approfondir l'adaptation du modèle en vigueur au Togo à ses réalités sociologiques conformément à la huitième recommandation du rapport de la commission Vérité Justice et Réconciliation qui souligne la nécessité de régler la question des réformes institutionnelles dans le cas d'une réflexion ; la seconde commission de réflexion organisée du 11 au 15 juillet 2016 à Lomé, est un atelier national de réflexion et d'échange sur les réformes politiques et institutionnelles mises en œuvre par le Haut Commissariat à la Réconciliation et au Renforcement de l'Unité Nationale (HCRRUN).

Au Burkina-Faso, au lendemain de l'insurrection populaire qui a connu le départ du Président Blaise Compaoré, le peuple burkinabé a fait montre d'un sens élevé d'initiative et de responsabilité. Après s'être hâté de balayer les rues jonchées des traces de l'insurrection, il a entrepris de se doter d'une charte de transition, cimentée dans un large consensus national, en vue de mettre le pays en marche vers un renouveau démocratique et le progrès économique et social. C'est en effet que la Commission de la Réconciliation Nationale et des Réformes (CRNR) a été instituée avec la mission « d'établir les fondements d'une société véritablement démocratique, juste, libre et inclusive au Burkina-Faso »<sup>52</sup>.

Aussi, au Maroc, au lendemain du discours du 9 mars 2011, le Roi a-t-il pris soins d'installer une nouvelle Commission Consultative de Révision de la Constitution (CCRC)

---

<sup>49</sup> Créée par décret n°2011-502 du 25 juillet 2011.

<sup>50</sup> Décision DCC11-067 du 20 octobre 2011

<sup>51</sup> Créée par décret n°2016-272 du 03 mai 2016.

<sup>52</sup> La CRNR créée par la loi organique n° 003-2015/ CNT du 23 janvier 2015

sous la présidence du constitutionnaliste, ancien membre du conseil constitutionnel, le professeur Abdeltif Menouni et composée de quelques dix-huit juristes et politistes, souvent démocrates et même engagés comme défenseurs des droits de l'homme<sup>53</sup>. Le choix de ces différentes personnalités qui composent les commissions faciliterait l'atteinte des missions ainsi attribuées

## **B- Les attributions de la commission de réflexion**

En effet, une nouvelle vague de réformes politiques et institutionnelles est apparue ces dernières années dans les pays africains. Leurs missions diffèrent les unes des autres. Ainsi, certaines commissions sont chargées de produire l'avant-projet de constitution et d'autres, les réformes politiques et le fonctionnement de la démocratie, dans le but de formuler des solutions pour son perfectionnement ou des conseils sur ces réformes. De façon générale, pour une bonne constitution, les commissions de réflexion sont là pour fournir les matériaux intellectuels nécessaires. On peut dire que le constituant originaire lui-même n'a d'ailleurs pas été insensible au fait que les savoirs sont un appui indispensable à l'action publique ; on constate à la lecture de la constitution qu'il consacre un appel à l'expertise et l'institutionnalise à travers la constitutionnalisation de structures dont la mission est de promouvoir à ce besoin nécessaire d'éclairage. Le constituant originaire attribuait donc à ces structures la mission non seulement de donner des « avis techniques » et des « recommandations » dans leur domaine de compétence, mais aussi de faire des « investigations » et de produire des « rapports » à la demande ou à l'attention des gouvernants.

Au Burkina-Faso par exemple, la Commission de la Réconciliation Nationale et des Réformes (CRNR) de part l'étendue de sa mission et l'envergure de ses attributions, elle se distingue de plusieurs organismes similaires ayant existé au Burkina-Faso et dans la plupart des pays africains. En effet, c'est une première dans l'histoire du pays qu'un organe de réflexion sur les problèmes majeurs de la Nation soit en charge à la fois des questions constitutionnelles, institutionnelles, électorales et politiques, des défis de la justice et de réconciliation nationale, mais également de la réforme des finances publiques, de la

---

<sup>53</sup> Parmi les dix-huit membres, relevons ainsi les patronymes de Driss El Yazami, Président du Conseil National des Droits de l'Homme (CNDH) ainsi que d'Amina Bouayach, Présidente de l'Organisation Marocaine des Droits de l'Homme (OMDH).

gouvernance économique, sociale, environnementale et foncière ainsi que de la réforme du secteur des médias et de l'information. Cette perspective large de réformes constitue une option stratégique qui envisage la réconciliation comme un tout et l'aboutissement d'un renouveau du pays dans les principaux secteurs de la société. C'est dans cette optique que les rédacteurs de la charte de la transition, suivis en cela par les parlementaires du Conseil National de la Transition (CNT) ont pensé la commission. La commission dispose de larges attributions sur cinq chantiers majeurs, constituant ses sous-commissions à savoir : la vérité, justice et réconciliation nationale ; les réformes constitutionnelles, politiques et institutionnelles ; la réforme électorale ; les finances publiques et le respect du bien public ; la gestion des médias et de l'information.

Au Bénin par contre, la commission Gnonlonfoun chargée d'élaboration des avant-projets de loi dans le cadre des réformes politiques et institutionnelles avait pour but de consolider les acquis démocratiques et de renforcer l'édifice constitutionnel. La commission Djogbénou, elle a reçu mandat « d'étudier et de proposer [...], les réformes politiques et institutionnelles visant à améliorer le modèle politique béninois conformément aux opinions fondamentales de la conférence nationale de février 1990 ». La mission de la commission est donc claire. Elle consiste suivant la lettre de mission du Président de la République Patrice Talon à « recenser et évaluer les mesures politiques, institutionnelles et juridiques nécessitées par la réforme ainsi que les modalités de leur mise en œuvre en vue de renforcement du régime démocratique ».

Dans les Etats comme le Togo et le Maroc, les missions sont aussi divergentes. Pour le premier, dans la commission dirigée par Mme Amadou Abdou-Nana Awa-Dabaya, médiateur de la République, sa mission consistera à proposer dans les meilleurs délais et conformément à l'approche préconisée par la commission vérité, justice et réconciliation (CVJR), un texte de Réforme politique institutionnelle et constitutionnelle, qui tient compte de l'histoire du Togo, reflète les réalités et répond aux aspirations les plus profondes de togolaises et des togolais. Pour le second, la Commission Consultative de Révision de la Constitution (CCRC) sous la présidence du professeur Abdeltif Menouni, la commission eut pour mission de « faire preuve d'écoute, de concertation, d'ingéniosité et de créativité pour proposer une architecture institutionnelle rigoureuse » permettant de « faire accéder le Maroc à une nouvelle ère constitutionnelle démocratique ».

## **Paragraphe II : Pouvoir des commissions de réflexion**

Aujourd'hui, les travaux des commissions de réflexion constituent un apport majeur à l'élaboration ou la révision de la constitution. Ces commissions ont une force juridique mitigée, car, elles sont consultatives (A), et, leur rapport final est discutable (B).

### **A- Une commission consultative**

L'exercice des compétences des commissions de réflexion se fait en fonction du pouvoir que lui confère le pouvoir en place. Le cadre est fixé par le gouvernement soit pour apporter des amendements au texte initialement élaboré par le gouvernement lui-même soit pour réfléchir, analyser et faire des propositions concrètes sur le texte constitutionnel en vigueur dans le pays, ou pour élaborer une nouvelle loi fondamentale à soumettre au peuple souverain par le biais d'un référendum constitutionnel. Nous pouvons donc dire que c'est une mission d'expertise qui est confiée à ces commissions, au regard des compétences qui leur reviennent. S'ouvre en principe une discussion avec les différentes couches sociopolitiques et institutionnelles de la société. La commission procède ensuite à l'examen point par point des diverses préoccupations de ces auditions. Il faut reconnaître que les modalités de la participation du peuple au débat sont assez variables. Certains n'hésitent pas à intervenir fréquemment, d'autres se contentant de donner leur avis lorsque la commission le sollicite. Les auditions en commission, en particulier, les auditions de certaines catégories socioprofessionnelles et autres personnes ressources ou associations, organisation non-gouvernementale, syndicats etc... sont devenues une méthode de travail traditionnelle et privilégiée des commissions de réflexion. Les commissions se sont d'ailleurs vues reconnaître le droit de convoquer toute personne de leur choix pouvant aider à faire avancer leur travail. Elles peuvent se voir attribuer les pouvoirs d'investigation des commissions d'enquête pour une mission déterminée et une durée déterminée. De plus en plus et de façon générale, elles sont appelées à y associer l'opposition afin de donner plus de crédibilité aux résultats de leurs travaux.

Le pouvoir des commissions est alors d'informer et de prévenir les gouvernants sur les dispositions constitutionnelles utiles au bon fonctionnement des institutions de la République et à leur rééquilibrage. Mais force est de constater que ces commissions disposent d'un pouvoir relatif et conditionné. En présence des autres membres de la commission, le rapport est remis par le Président de la commission au Président de la République. Le travail de la

commission pourrait être assimilé à des vœux ou des souhaits, car, il ne lie pas le gouvernement qui l'a demandé. Le rapport final peut donc être rejeté totalement ou partiellement par le gouvernement, il peut être remodelé ou transformé avant adoption, comme il peut être purement et simplement mis de côté par le gouvernement.

## **B- Un rapport final discutable**

Une fois élaboré par la commission consultative, le texte est transmis au chef de l'Etat qui a toute latitude de le modifier, de l'accepter ou non. Ces dernières années, le nombre de processus d'élaboration ou de révision de la constitution qui a connu la mise en œuvre des commissions de réflexion n'est pas négligeable. Il s'est amplifié de manière encourageante que ce soit au regard du pouvoir constituant originaire ou du pouvoir constituant dérivé. Le rapport final de la commission de réflexion comprend non seulement un ensemble de recommandations, mais également un certain nombre de propositions de modifications constitutionnelles.

Si nous nous référons par exemple à la commission Djogbénu, elle a déposé les fruits de ses réflexions au Président Patrice Talon qui les reçoit au cours d'une cérémonie sobre au palais de la marina. Certaines sources ont affirmé que le rapport général avait fait l'objet de vives discussions et que les commissaires n'auraient pas accordé leur violon à propos des conclusions. Notamment, au sujet de la réduction du nombre de mandats présidentiels. Seulement, une source proche de la commission a minimisé ces dissensions révélées et longtemps commentées dans les médias. A l'entendre, les réflexions ont été menées dans une atmosphère sereine.

Outre la proposition d'un mandat unique pour le prochain Président de la république au Bénin, Patrice Talon caresse entre autres, le rêve de diminuer les pouvoirs exorbitants du chef de l'Etat, redéfinir les critères de désignation des membres de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC) ainsi que ceux de la Cour constitutionnelle, de faire élire le Président de la Cour Suprême par ses pairs, de revoir le fonctionnement de la Haute Cour de Justice et notamment du système partisan etc... Ainsi, au début de la remise du rapport final au Président de la République du Bénin monsieur Patrice Talon, il est dit « la commission n'a fait qu'un travail technique. Nous avons pour mission de donner nos avis techniques sur les propositions faites par le chef de l'Etat. Le Président de la République en

fait ce qu'il veut ». <sup>54</sup> Le travail de la commission pourrait être assimilé à des souhaits ou des vœux, car il ne lie pas le gouvernement qui l'a demandé. Le rapport peut être rejeté totalement ou partiellement par le gouvernement comme il peut être remodelé ou transformé avant adoption

Au regard de tout ceci, il est à reconnaître qu'il existe une corrélation entre Constitution et Commission de réflexion.

## **Section II : La relation entre constitution et commission de réflexion**

Elle se révèle être une relation pacifique. On relève dans ces situations, selon la configuration des commissions de réflexion, une cohabitation marquée par la résurgence de l'hégémonie constitutionnelle (paragraphe I) ainsi que celle débouchant sur l'enrichissement de la constitution par les commissions de réflexion (paragraphe II).

### **Paragraphe I : La résurgence de l'hégémonie constitutionnelle**

Il faut noter que souvent, la suprématie que détient la constitution dans l'ordonnement juridique des Etats africains semble être préservée, notamment en raison de l'impuissance des commissions de réflexion (A) et de l'application conditionnée des décisions de ces commissions (B).

#### **A- L'impuissance des commissions de réflexion**

Dans les Etats africains on note une succession des commissions de réflexion, ce qui souligne leur caractère épisodique, provisoire et éphémère. Un auteur rappelle utilement que les résultats de ces commissions de réflexion sont transitoires, voire passagers ou aléatoires, dont la vie et la survie dépendent de la volonté du pouvoir exécutif, plus précisément du chef de l'Etat qui a ordonné ce travail. Si les textes constitutionnels ne sont pas des « tentes dressées pour le sommeil » <sup>55</sup>, comme l'a dit Royer-Collard, ils peuvent être destinés à disparaître ou à subir des mutations. Les conclusions des commissions de réflexion ne sauraient prétendre à la pérennité ou à l'éternité. Leur existence est passagère et on comprend que la fin des réformes annonce généralement leur inapplicabilité pour l'avenir. Ainsi,

---

<sup>54</sup> Propos du Professeur Joël AIVO lors de la remise du rapport de la commission DJOGBENOU au président de la République Patrice TALON

<sup>55</sup> Selon une formule restée célèbre depuis 1820, telle que citée dans F. Guizot, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration*, Paris, Ladvocat, 1821, p. 77.

lorsque le transitoire fait place à la norme, la légalité constitutionnelle reprend le dessus. Sa suprématie redevient un principe et non une exception. On pourrait expliquer ce phénomène par le besoin, exprimé en Afrique, de faire reposer nécessairement la légitimité politique sur la légalité constitutionnelle.

Cette survivance de la supériorité des textes constitutionnels entre dans l'ordre normal des choses ; d'autant plus que les conclusions des commissions de réflexion ressemblent beaucoup à des actes de consécration ou de légitimation des auteurs de pratiques anticonstitutionnelles ; ce qui conditionne l'application des décisions.

### **B- L'application conditionnée des décisions**

En effet, les gouvernants africains recourent assez fréquemment à des commissions de réflexion. Mais dans certains Etats la suprématie de la norme constitutionnelle est révélée et exposée par une exigence tendant, pour les parties ou les membres des commissions, à revendiquer l'amendement de la constitution préalablement à l'application des décisions de la commission. Ainsi, les difficultés d'application des conclusions ou décisions méconnaissant manifestement la constitution obligent à la modifier, pour intégrer les nouvelles dispositions au texte constitutionnel. Il en résulte que les arrangements politiques, à contenu juridique, n'ont de valeur en fin de compte que si des dispositions constitutionnelles sont prises pour qu'il en soit ainsi. On a pu observer, dans ce contexte, la permanence des principes constitutionnels et considérer dans le même temps la constitution comme un point de repère pour les décisions des commissions de réflexion.

Par ailleurs, on peut remarquer que les conclusions des commissions de réflexion ne sont pas faites *ex nihilo* ; leur élaboration se réfère à des dispositions constitutionnelles particulières qui se trouvent contestées<sup>56</sup> ou difficilement applicables dans le contexte de la crise<sup>57</sup>. Les commissions de réflexions viennent ainsi enrichir les textes constitutionnels.

---

<sup>56</sup> Voir par exemple les conditions d'éligibilité à la présidence de la république ivoirienne que renferme l'article 35 de la constitution ivoirienne de 2000.

<sup>57</sup> Voir par exemple la question des élections au suffrage universel au Burundi avant la conclusion de l'accord d'Arusha pour le Burundi.

## **Paragraphe II : L'enrichissement de la constitution**

Cet enrichissement de la norme constitutionnelle par les commissions de réflexion exprime finalement le rôle positif que peuvent jouer les commissions de réflexion lorsqu'elles sont placées dans le marbre du droit constitutionnel (A), c'est-à-dire lorsqu'elles sont intégrées dans le dispositif constitutionnel de l'Etat. Par ailleurs, le recours alterné à la constitution et aux commissions de réflexion dénote, s'il était encore besoin de le souligner, une certaine souplesse du constitutionnalisme africain (B).

### **A- Le rôle positif des commissions de réflexion**

Force est de constater que le texte constitutionnel retrouve fréquemment sa position dominante dans les Etats africains ; d'autant plus qu'il se trouve enrichi aussi par les commissions de réflexion mises à son service, qui lui sont assujetties dans la pyramide des normes.

Certes, la doctrine souligne remarquablement le caractère lacunaire des constitutions africaines. Les lacunes des textes et le vide constitutionnel engendrés pourraient d'ailleurs expliquer largement ce que certains auteurs qualifient de crise du constitutionnalisme africain. On découvre ainsi matière à conflits potentiels, derrière l'imprécision de certaines normes constitutionnelles. D'autant plus qu'on observe, en Afrique comme ailleurs, que la vie politique se détache ou diffère bien souvent des principes posés dans la constitution. Cet écart entre les règles constitutionnelles et la vie politique reposerait sur une raison simple : « La constitution[...] ne tranche véritablement que des principes et du problème, assez théorique et abstrait, de la source du pouvoir mais se borne en ce qui concerne son exercice à tracer des perspectives d'avenir et à indiquer ce qui doit être. La pratique politique, au contraire, est décisive en ce qui concerne l'exercice du pouvoir et l'observation montre que la réalité ne correspond pas toujours, ni même souvent, à l'optimisme des schémas constitutionnels<sup>58</sup>. Partant de ces considérations, on peut remarquer que les commissions de réflexion apparaissent comme des correctifs aux défaillances des textes constitutionnels. Elles permettent ainsi de gommer ou de revenir sur certaines aberrations constitutionnelles. Dans ce sens la constitution paraît avantageusement améliorée. En éclairant la constitution les commissions de réflexion comblent par la même occasion tout ce qui s'apparente à un vide

---

<sup>58</sup> Pierre Pactet, *Institutions politiques : Droit constitutionnel*, 20<sup>e</sup> édition, Paris, Armand Collin, 2001, p. 66.

constitutionnel et permettent de résoudre les imbroglios juridiques que le constituant ou le juge n'est pas parvenu à dissiper. Cela dénote d'une certaine souplesse du constitutionalisme africain.

## **B- La souplesse du constitutionnalisme africain**

Le constitutionnalisme désigne, selon le professeur Maurice Kamto, « Le phénomène constitutionnel en mouvement dans un environnement sociopolitique donné »<sup>59</sup>. Sa caractérisation par la doctrine permet de souligner, lato sensu, qu'il transcende le texte de la constitution pour englober la pratique et la jurisprudence constitutionnelles, de même que les pratiques politiques. De ce point de vue, la loi fondamentale et les commissions de réflexion, si on reste dans le contexte africain, semblent refléter le contenu ou la signification donné au concept. Le constitutionnalisme africain, selon la vision juridique ou politique qui le féconde théoriquement, a le don de faire à la fois la pluie et le beau temps : autant il est célébré, autant il est critiqué à l'aide de formules diverses, quand il ne pousse pas simplement à s'interroger.

Certains auteurs ont pu parler de regain ou de renouveau du constitutionnalisme africain<sup>60</sup>, dans une conception restrictive du terme. D'autres, au contraire, n'ont pas caché leur déception face à un constitutionnalisme en net déclin, qui recule devant la recrudescence de la violence politique dans les Etats africains laissant alors émerger un conventionnalisme en plein essor. On a même dénoncé les faiblesses congénitales de ce constitutionnalisme. Ainsi, convient-il d'exposer et d'analyser à présent, les techniques juridiques d'élaboration.

---

<sup>59</sup> Maurice Kamto, *Pouvoir et Droit en Afrique noire* : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 43.

<sup>60</sup> Dominique Rousseau, « Question de constitution » dans Jean Claude Colliard et Yves Jegouzo, dir, *le Nouveau constitutionnalisme* : Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, 2001, p. 3.

**DEUXIEME PARTIE :**  
**LES TECHNIQUES JURIDIQUES D'ELABORATION**  
**DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE**

Plusieurs avancées ont été réalisées pour renforcer la structure du processus juridique d'élaboration de la constitution. Lors de cette élaboration, un certain nombre de mécanismes juridiques, au contenu incontournable est à respecter. Ainsi, nous avons l'itinéraire qu'empruntent les techniques explicites (chapitre I), par ailleurs, les techniques implicites (chapitre II).

# Chapitre I : Les techniques explicites

Nous qualifions cette technique d'explicite parce qu'elle est circonscrite autour des limites imparties à l'action du pouvoir constituant, c'est-à-dire qui se conforme à la procédure conçue et prescrite. De ce fait, nous avons l'assemblée constituante (section I) et le référendum constituant (section II).

## Section I : L'assemblée constituante

Une assemblée est ainsi l'organe destiné à représenter la nation, et à qui a été octroyée, au minimum, la tâche de débattre en détail le projet de constitution d'un Etat, et d'approuver ce projet. Par conséquent, elle impose l'institution démocratique de la constitution (paragraphe I) et revêt une forme particulière de la rédaction du texte constitutionnel (paragraphe II).

### Paragraphe I : L'institution démocratique de la constitution

Il s'agit ici du pouvoir constituant originaire<sup>61</sup>. L'établissement d'une nouvelle constitution répond à la nécessité de remplir un vide juridique, celui laissé par la défunte constitution ou résultant de l'absence de constitution<sup>62</sup>. Pour ce faire, il faut la désignation de l'organe constituant (A) et la phase préparatoire du texte (B).

#### A- La désignation de l'organe constituant

Les constituantes au sein desquelles la norme constituante est fabriquée n'ont pas partout, en Afrique la même composition ; elles sont organiquement hétérogènes du fait de la diversité des membres qui les animent. Tout dépend du mode de désignation de ces membres, parfois élus par le peuple<sup>63</sup>, parfois nommés par le pouvoir exécutif<sup>64</sup>. On peut néanmoins relever des

---

<sup>61</sup> Désigne ceux qui établissent une constitution là où il n'y en avait pas auparavant ou en rupture par rapport à une constitution précédente. Favoreu (L.), *Droit constitutionnel*, 18<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 113.

<sup>62</sup> Foillard (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Larcier, 2012, p. 24.

<sup>63</sup> C'est le cas de la constituante tunisienne issue du printemps arabe. Confère : Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité? », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, juin 2014, p. 534

<sup>64</sup> A titre d'illustration, il faut noter que les membres de l'assemblée constituante marocaine composée principalement de juristes, d'économistes et de sociologues, ont été nommés le 10 mars 2011 par le roi Mohamed VI (Cf. Omar Bendourou, « La nouvelle constitution marocaine du 29 juillet 2011 : le changement entre mythe et réalité », *Revue du droit public*, 2012, n°3, p. 641 ; Nadia Bernoussi, « La constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », *Revue du droit public*, 2012, n°3, p. 667). De même, les

points communs à ces assemblées constituintes, s'agissant de leur composition. Et à ce propos, la tendance est à la représentativité des différentes couches sociales (société civile, partis politiques, organisations non gouvernementales, groupes religieux, intellectuels, professionnels...). Ce sont des assemblées dans lesquelles les juristes jouent un rôle de premier plan généralement. Les professeurs de droit, dont certaines constitutions portent le nom<sup>65</sup>, sont indiscutablement des acteurs majeurs dans ces constituintes. Ces assemblées ont la particularité d'être constituées à la fois par des nationaux et des étrangers<sup>66</sup>. Les nationaux ne sont pas tous des juristes ou des constitutionnalistes chevronnés. Parmi les étrangers, figurent les Africains et les Européens, cooptés pour leur expertise. La doctrine considère ces experts étrangers comme étant des pèlerins constitutionnels<sup>67</sup>, des personnes qui voyagent pour fabriquer ou aider à la fabrication des textes constitutionnels. Il faut ajouter que, même si le phénomène est persistant, la présence et l'influence des pèlerins occidentaux dans les assemblées constituintes africaines tendent à s'amoinrir<sup>68</sup>, dans la mesure où progressivement les constitutions africaines devinrent véritablement des constitutions écrites par les Africains eux-mêmes<sup>69</sup>. Elles sont de plus en plus produites principalement par des nationaux<sup>70</sup>, avec l'aide d'experts africains ou occidentaux éventuellement.

---

membres de la commission constitutionnelle burundaise créée par décret présidentiel le 21 mars 1991 pour élaborer un projet de constitution et en assurer l'explication avant son adoption, ont été nommés par le président Pierre Buyoya. (Cf. République du Burundi, commission constitutionnelle, Rapport sur la démocratisation des institutions et de la vie politique au Burundi, Bujumbura, août 1991, p. 8).

<sup>65</sup> Au Bénin par exemple la constitution du 11 décembre 1990 est considérée comme la constitution Glèlè, éminent juriste béninois, constitutionnaliste de renom.

<sup>66</sup> André Cabanis et BabacarGuèye « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone » *Revue de droit sénégalais*, 2013, n°11, p.117et121.

<sup>67</sup> Renaud Dorandeu, « Les pèlerins constitutionnels. Eléments pour une sociologie des influences juridiques », in Yves Mény (sous la direction de), *Les politiques du mimétisme institutionnel : La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p.83 et s.

<sup>68</sup> André Cabanis et Michel Louis Martin, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : L'Afrique francophone », In *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, P.345.

<sup>69</sup> André Cabanis et BabacarGuèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Revue de droit sénégalais*, 2013, n°11, p. 104.

<sup>70</sup> Ouraga Obou, « Transition et renouveau constitutionnel : les dérives de la fièvre nationaliste », *Sentiers : Mensuel d'informations et d'analyses*, septembre 2000, n°3, P.23 et s.

## **B- Une phase préparatoire déterminante**

La constitution originelle exprime « la philosophie du plus jamais ça »<sup>71</sup>. Le constituant africain des années 1990 a tiré les leçons d'expériences passées malheureuses. Chaque constituante détermine sa méthode de travail, définit une méthodologie pour organiser le déroulement des travaux. Avant la rédaction de l'avant – projet ou de projet de constitution, les assemblées constituantes bien souvent se décomposent en sous – commissions pour répartir la charge de travail en fonction de ce qu'il y a lieu d'inscrire dans la constitution. Les rubriques, thèmes et principes majeurs qui apparaissent comme la pierre angulaire du texte constitutionnel sont d'abord définis. Puis, des sous – commissions sont créées pour rédiger un projet de dispositions constitutionnelles en rapport avec la matière ou le chapitre qui incombe à chacune d'elles. Xavier Philippe, en décrivant le processus constitutionnel tunisien issu du printemps arabe, indique l'assemblée nationale constituante, élue le 23 octobre 2011, a confié l'écriture de la constitution tunisienne du 27 janvier 2014 à des commissions techniques<sup>72</sup>, dont la composition a été très disputée au regard des enjeux politiques du moment, surtout pour occuper les postes clefs. Il en va de même au Maroc, où Nadia Bernoussi remarque la mise en place de sous - commissions techniques au sein de la commission consultative de révision de la constitution (Chargée curieusement de rédiger une nouvelle constitution), pour écrire la constitution marocaine du 29 juillet 2011<sup>73</sup>. L'exemple ivoirien est également caractéristique ; les travaux préparatoires de la constitution du 01 août 2000 le démontrent pertinemment. La lecture de ces travaux révèle en effet que la mise en place de sous-commissions au sein de la commission consultative constitutionnelle et électorale s'est fondée sur un débat introductif entre les membres de la constituante pour définir les éléments constitutifs de la future constitution en fonction desquels, pour traiter les différents chapitres retenus, des sous-commissions ont été désignées<sup>74</sup>. Pour faciliter le travail de rédaction des sous-commissions constitutionnelles, parfois une série de documents leur est communiquée ; ils ont vocation à servir de base à la réflexion. Dans la constituante ivoirienne de 2000 par exemple, les membres des différentes sous-commissions ont reçu une documentation sur les anciens textes constitutionnels ivoiriens, afin de les aider à situer la nouvelle constitution par

---

<sup>71</sup>Dossoumon( S.), Forum de la semaine, n°216, 29 juin – 5 juillet 1994

<sup>72</sup> Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : Rupture ou continuité ? »,....p.537et s.

<sup>73</sup> Nadia Bernoussi, « La constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à L'Étranger N° 128, 2012, p.667.

<sup>74</sup> Travaux de la constitution ivoirienne du 01 août 2000, inédit, pp.129-130.

rapport à la précédente. Bien évidemment, ces sous-commissions, soutenues par des cellules techniques de juristes dont le rôle était d'aider à la rédaction concrète, ont reçu également les constitutions d'autres Etats, notamment les constitutions françaises, américaines, béninoises, tchadienne, burundaise, camerounaise, nigérienne, malgache, algérienne, malienne, burkinabé, zimbabwéenne, togolaise, libérienne, djiboutienne, centrafricaine, équato-guinéenne, ainsi que les projets de constitutions rédigés par certains partis politiques. Cette diversité de références textuelles offre aux constituants la possibilité de s'inspirer des expériences locales et étrangères pour rédiger la meilleure constitution possible. Elle n'ouvre pas la voie au mimétisme mais à ce que Stéphane Bolle appelle un constitutionnalisme de précaution qui se nourrit des leçons tirées d'expériences passées<sup>75</sup>. L'acte de se donner une constitution prend donc selon les différentes conceptions de légitimité démocratique ou d'opportunité politique des formes très différentes. Tout dépend de l'organe qui assume la transition et qui prépare la mise en place de l'organe chargé de la rédaction proprement dite.

## **Paragraphe II : La spécificité de la rédaction du texte constitutionnel**

La phase d'élaboration proprement dite commence généralement avec la réunion de l'organe qui s'arroge la compétence constituante ou auquel l'organe de transition la remet. Une constitution se rédige avec méthode, c'est en cela qu'elle exige une rédaction débattue (A), puis, l'adoption définitive du texte (B).

### **A- Une rédaction débattue**

Les avant-projets de constitution sont généralement débattus lorsque le processus de fabrication de la norme constitutionnelle se veut démocratique. Plusieurs raisons plaident en faveur de ce débat; on peut en citer au moins deux. La première raison souvent avancée est que la constitution doit être le résultat d'un consensus ou d'un compromis<sup>76</sup> et à ce titre elle est censée être le produit d'une négociation. La constitution est vue et appréhendée comme un

---

<sup>75</sup> Stéphane Bolle, « Des constitutions « made in » Afrique », communication au 6<sup>ème</sup> congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 9,10,11 Juin 2005.

<sup>76</sup> Marie-Claire Ponthoreau-Landi, « La constitution comme structure identitaire », in Dominique Chagnollaud (textes réunis par), *1958-2008 : Les 50 ans de la constitution*, Litec, Paris, 2008, pp.31-42.

pacte social. Les Etats africains se sont d'ailleurs, à travers la déclaration de Bamako adoptées le 3 novembre 2000, engagés à ce que la constitution élaborée ou révisée soit le fruit d'un consensus national présenté comme étant une limite au risque de fraude à la constitution<sup>77</sup>. La seconde raison qui semble justifier la nécessité du débat dans le processus de conception et confection des textes constitutionnels est qu'au final, pour durer, une constitution doit être simple et claire. Cette simplicité et cette clarté, indispensables à la longévité du texte constitutionnel, résulteraient par conséquent des échanges au cours des opérations constitutives. Il faut reconnaître que le jeu de la délibération constitutionnelle, qui donne lieu à des débats souvent « électriques », est devenu un symbole des constitutions démocratiquement fabriquées. André Cabanis et Babacar Guèye considèrent que le débat lors des opérations constitutives, devenu aujourd'hui banal en Europe, surtout pendant les révisions constitutionnelles, captive l'attention et suscite plutôt l'intérêt en Afrique. Il n'est pas toujours passionnant, en revanche il est généralement passionné. Le débat a lieu non seulement au sein de la constituante, mais également en dehors du cadre où se tiennent les travaux de la constituante ; il faut dire que la rédaction de la constitution, dans ses différentes étapes intéresse tous les citoyens. D'abord au sein de la constituante, l'écriture des avant-projets ou des projets de texte constitutionnel est discuté par les membres élus ou désignés pour conduire cette opération. Ces discussions peuvent déboucher sur un accord rapide (ce qui est plutôt rare sur des questions sensibles), ou sur un désaccord persistant (ce qui arrive fréquemment quand les assemblées sont minées par des intérêts partisans). On a pu le voir lors des travaux de l'assemblée constituante tunisienne élue en octobre 2011. La commission chargée de l'élaboration du régime politique s'est retrouvée confrontée à un conflit ouvert entre les partisans du régime parlementaire et les partisans du régime présidentiel, mettant cette commission devant l'impossibilité de choisir. Ceci s'est traduit par l'adoption de textes à options, c'est-à-dire de rédactions différentes pour un même article soumis à un comité de coordination chargé d'harmoniser les points de vue litigieux<sup>78</sup>. En Egypte également, on a pu constater que les travaux préparatoires de la constitution, adoptée par référendum le 22 décembre 2012, et déjà abrogée, se sont déroulés dans une atmosphère pesante. La rédaction du texte constitutionnel, manifestement rythmée par des moments de tensions, donnant lieu à des débats très houleux au point où l'opposition et les représentants de l'église chrétienne

---

<sup>77</sup> Georges Liet-Veaux, « La fraude à la constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *Revue du droit public*, 1943, p. 116 et s.

<sup>78</sup> Xavier Philippe, « Les processus constitutifs après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité? » in *Espaces du service public*, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, Tome I, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, pp 531-547.

s'étaient retirés de la commission chargée de préparer le projet, en excipant la domination des délégués islamistes. Par ailleurs, en consultant les travaux préparatoires de la constitution ivoirienne du 1<sup>er</sup> août 2000 il apparaît que l'avant-projet de constitution que la commission consultative constitutionnelle et électorale devait présenter au général Robert Guei, chef de la transition militaire à l'époque, même s'il renferme des dispositions sur lesquelles il y a eu rapidement consensus, a été écrit péniblement et dans une ambiance souvent délétère. Le rôle joué par les citoyens est sans doute déterminant avant l'adoption définitive du texte.

## **B- Une adoption définitive du texte incontestable**

La dernière phase du processus d'élaboration de la constitution est bien, l'adoption définitive du texte. Il convient toutefois de distinguer deux étapes; le texte constitutionnel est d'abord voté par l'organe d'élaboration (assemblée ou comité) lui-même, et, par le peuple. Il faut remarquer que le vote de l'assemblée ou du comité vaut déjà adoption définitive. Mais la tradition démocratique exige toutefois qu'un document normatif d'une telle importance soit soumis à la ratification des citoyens<sup>79</sup>, il s'agit là du référendum constituant. Ceci apparaît comme un moment sensible au cours duquel certaines passions se déchaînent, favorisant de profonds désaccords entre les partisans du « oui ». En Afrique, le débat référendaire sur le contenu du projet de texte constitutionnel est si vif que même à la veille d'un référendum constituant le projet peut être modifié. Ce fut le cas au Maroc pour la constitution du 29 juillet 2011, ainsi que pour la constitution ivoirienne du 1<sup>er</sup> août 2000 sur la question des conditions d'éligibilité suite au débat mémorable sur le « et » et le « ou ». Même si le référendum n'est pas nécessairement un gage de démocratie, on peut estimer que le recours fréquent au référendum observé sur le continent africain, à l'occasion des opérations constitutives, symbolise un retour du constitutionnalisme démocratique. En effet, un peu partout en Afrique, le référendum devient un mode de ratification constitutionnelle, voire une mode, une tendance. Au Sénégal (le 7 janvier 2001) en Côte d'Ivoire (les 23 et 24 juillet 2000), au Maroc (le 1<sup>er</sup> juillet 2011), en République Démocratique du Congo (les 18 et 19 décembre 2005), en Egypte (les 14 et 15 janvier 2014), au Burkina Faso (le 2 juin 1991), au Burundi (le 13 mars 1992), au Ghana (le 28 avril 1992) etc...; ces référendums ont été organisés pour donner aux dernières constitutions en date une certaine légitimité. En ce qui concerne le Bénin. Aujourd'hui, beaucoup de projets sont préparés par un organe chargé de débattre de la

---

<sup>79</sup>Fouillard (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Larcier, 2012, p. 117.

constitution et de l'adopter. Il s'agit généralement d'une commission chargée d'experts ( en droit surtout, mais aussi en économie, sciences politiques, administration publique et autres...). Si c'est la commission qui prépare le projet, elle s'en tient normalement à certains objectifs préalablement définis et aux éléments clés de sa procédure ( y compris souvent des consultations publiques). Le parlement un organe représentatif, et à ce titre, a une grande latitude pour décider des valeurs et des procédures qui s'appliquent. Le processus reposant sur une commission donne une plus grande place aux experts, et l'autre, aux politiciens. L'avantage des commissions est que cette partie du processus ( les décisions vitales sur le projet de constitution) peut dans une certaine mesure être dissociée des partis politiques, tirer profit des connaissances des experts, promouvoir la participation citoyenne, et formuler des propositions orientées vers les intérêts nationaux et non sectaire, et par conséquent, offrir une base équitable de négociation et faciliter le compromis. En effet, la plupart des pays doivent faire un choix entre le parlement ordinaire et un organe spécialement constitué pour créer la constitution. La rédaction du texte devrait, et est généralement, laissée au soin des juristes qui décident de la structure (architecture) de la constitution et du langage du texte. Il est important que la rédaction soit menée par les juristes et non pas par les membres du parlement. En effet, les termes juridiques ont une signification immuable et cruciale aux besoins de précision et de cohérence que requiert un texte constitutionnel. Il est important de choisir des rédacteurs qui ont l'expérience des instruments constitutionnels, qui à bien des égards, sont différents de la législation habituelle. Un langage simple doit être utilisé autant que possible. Les rédacteurs doivent avoir la latitude d'utiliser leur jugement professionnel sur l'architecture et le texte de la constitution, mais ils doivent en même temps respecter les décisions politiques prises par le parlement. Toutefois, il est tout à fait normal d'attirer l'attention du parlement sur une décision du parlement qui semble impossible à appliquer ou qui va à l'encontre des valeurs constitutionnelles fondamentales, puis de demander de nouvelles instructions. Afin d'avoir une légitimité, le texte constitutionnel une fois adoptée, devrait faire l'objet d'un référendum.

## **Section II : Le référendum constituant**

Le référendum pour une nouvelle constitution fait du peuple une institution clé dont l'approbation est nécessaire pour mettre en vigueur le projet. Ce rôle dévolu au peuple, émane de la souveraineté dont il est investi. D'où, la consécration de la légitimité du

référendum (paragraphe I) et l'analyse des thèses des pourfendeurs du référendum (paragraphe II).

## **Paragraphe I : La consécration de la légitimité du référendum**

Il est important que la légitimité du référendum soit encadré afin d'éviter sa manipulation par le pouvoir et rendre plus crédible les décisions politiques. Cette disposition permet une légitimité accrue (A), puis, un accroissement de la participation des citoyens (B).

### **A- Une légitimité accrue**

La plupart des théoriciens de la démocratie pensent que contrairement aux régimes autoritaires, les régimes démocratiques reposent bien plus sur le consentement de leurs citoyens que sur le pouvoir de coercition de leur gouvernement pour faire appliquer les lois. En conséquence, ils s'attachent à prendre des décisions politiques de la façon qui paraîtra la plus légitime au plus grand nombre de citoyens. Les partisans du référendum estiment que l'une de ses principales vertus réside dans le fait que les gens ordinaires pensent que les décisions les plus légitimes sont celles qu'ils prennent directement plutôt que celles qui sont prises par les représentants élus, les dirigeants de partis et autres élites. Comme l'écrit Geoffrey Walker : « dans une démocratie, la seule source possible de légitimité est la volonté du peuple souverain. De ce point de vue, le référendum et l'initiative ont un grand avantage car ils sont le moyen le plus directe de s'assurer de la volonté populaire. Le citoyen sera plus facilement prêt à contourner une loi défendue par les élites, ou introduite grâce au chantage ou à la corruption, qu'une loi qui reflète le consentement libre et conscient de la majorité des citoyens ». <sup>80</sup>

L'expérience récente semble confirmer la position de Walker, sans pour autant l'étayer de façon irréfutable. Un élément qui va dans le sens de sa position réside dans le fait que depuis 1978, comme auparavant dans les années trente (30), un certain nombre de régimes autoritaires ont organisés des référendums visant à soutenir les décisions prises par les dictateurs ou les oligarchies au pouvoir, sans doute parce que ces derniers pensaient qu'une majorité de quatre vingt dix neuf pour cent (99%) des voix de quatre vingt dix neuf pour cent (99%) des électeurs inscrits donnait à leur régime et à leur politique ce vernis de participation

---

<sup>80</sup>Geoffrey de Q. Walker, *the people's Law*, Collingwood, Victoria, Centre for independant sturdies, 1987, p.50.

et de soutien populaire qui leur permettait de gouverner plus facilement. Entre 1987 et 1990, de tels référendums ont été organisés en Algérie, en République de Centre-Afrique, au Tchad, aux Comores, en Egypte, en Ethiopie, au Maroc, au Niger.

Il semble donc raisonnable de conclure que l'expérience et les recherches les plus récentes tendent à confirmer l'idée que l'argument le plus fort en faveur du référendum comme instrument supplémentaire de la démocratie représentative réside dans le fait que la plus part de gens le considèrent comme la plus fiable parce que la plus directe de toutes les expressions de la volonté populaire. En conséquence, dans un système fondé sur les principes de souveraineté populaire, d'égalité politique, de consultation populaire et de gouvernement de la majorité, les décisions populaires directes prises par référendum ont une légitimité que les décisions indirectes prises par les représentants élus ne peuvent égaler. Cela ne signifie pas que toutes les décisions doivent être prises par un vote direct de la population. Cela ne signifie même pas que les décisions prises par référendum soient plus sages ou plus prudentes que celles qui sont prises par des représentants élus. Cela signifie seulement que, lorsqu'une démocratie représentative souhaite donner la plus grande légitimité possible à une décision particulière, elle ferait mieux de faire adopter cette décision par référendum, afin d'accroître la participation des citoyens.

## **B- Accroissement de la participation des citoyens**

De nombreux commentateurs politiques estiment que la participation politique populaire est un élément centrale des régimes démocratiques. Comme nous l'avons vu, ils affirment ou supposent que l'un des objectifs premiers de la démocratie est de maximiser le potentiel civique de ses citoyens, et ils pensent que la participation directe de décision politique est le meilleur moyen de le faire. Comme l'écrit Benjamin Barber : « seule la participation directe (une activité explicitement publique) est la forme la plus efficace d'éducation civique à la démocratie. L'influence politique édifiante de la participation a été soulignée des milliers de fois depuis que Rousseau puis Millet Tocqueville ont suggéré pour la première fois que le meilleur moyen d'enseigner la démocratie était de la pratiquer... Bien sur tant que la participation est neutralisée par sa séparation de l'exercice du pouvoir,

l'activité civique ne sera qu'un jeu et ses fruits apparaîtront dérisoires aux hommes et femmes de ce monde ; ils préféreront passer leur temps à la défense réelle de leurs intérêts privés. »<sup>81</sup>

Ils concluent que l'indicateur le plus important de la santé civique d'une Nation est peut-être le degré de participation de ses citoyens à la vie politique : une participation élevée est un signe certain de bonne santé politique, tandis qu'une faible participation est sans aucun doute un symptôme de malaise politique. En conséquence, même s'il est souhaitable que les gens discutent politique, participent à des campagnes, envoient de l'argent, assistent à des réunions publiques et écrivent à leur représentant élus, la participation électorale est l'indicateur le plus important de la bonne santé d'un système politique.

La plupart des partisans du référendum affirment que les électeurs votent plus facilement lorsqu'ils peuvent s'exprimer directement sur les mesures politiques que lorsqu'ils sont limités à un choix entre des candidats aux fonctions publiques. Thomas Cronin par exemple, cite des études de participations électorales aux élections au niveau des Etats américains pour démontrer que la participation est en général supérieure lorsque des initiatives populaires et des référendums sont soumis aux votes que lorsque les élections n'offrent qu'un choix entre des candidats, bien qu'il n'affirme pas que la présence d'initiative soit la cause de la plus forte participation.

Lors du référendum du 02 décembre 1991 au Bénin, le choix des votants a été entre trois bulletins de vote : un bulletin blanc signifiant « oui » à la constitution dans son ensemble ; un bulletin vert signifiant aussi « oui » mais sans limitation de l'âge présidentiel ; un bulletin rouge signifiant « non » et donc en faveur du système semi-présidentiel. Le référendum se solda par une grande adhésion au projet de constitution prévoyant des limites d'âge pour la fonction présidentielle, à savoir : blanc 73,3% ; vert 19,9% ; rouge 6,8%. La constitution fut donc adoptée.

Dans le cas du référendum du 30 octobre 2016 en Côte d'Ivoire, la constitution fut adoptée avec 93% de « oui ». Malgré ces nombreux avantages énumérés, le mode référendaire ne saurait faire l'unanimité, car, il en ressort de nombreux problèmes.

---

<sup>81</sup> Benjamin Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a new age*, Berkely, University of Colombia, Press, 1984, p.235-236.

## **Paragraphe II : Les problèmes relatifs au référendum**

Certains auteurs prônent les méfaits du référendum. Tout en avançant plusieurs arguments, ils soulignent notamment l'impact négatif des électeurs non-qualifiés (A) et la tyrannie de la majorité (B).

### **A- L'impact négatif des électeurs non-qualifiés.**

Depuis 1978, plusieurs études ont été publiées à propos du degré d'information et de compréhension des électeurs dans des scrutins référendaires de plusieurs Etats américains. Elles montrent qu'il n'est pas rare qu'une question soumise au vote soit formulée de telle sorte qu'un «Oui» signifie, en fait, un vote contre la mesure proposée. Par exemple, la proposition quatorze(14) (un référendum sur une politique de logement équitable en Californie en 1964) visait à abroger la loi qui interdisait la discrimination raciale dans l'achat et la location de maisons ou d'appartements. Les électeurs en faveur de la loi existante devaient donc voter « Non » au référendum, tandis que ceux qui y étaient opposés devaient voter « Oui ». D'autres études montrent que dans les scrutins où les électeurs devaient voter «Oui » pour s'opposer à une loi et « Non » pour la soutenir, dix à vingt pour cent (10 à 20%) d'entre eux se sont trompés. Un exemple particulièrement célèbre est celui du référendum de 1980 en Californie sur le contrôle des loyers proposition dix (10), à l'occasion duquel vingt trois pour cent (23%) des électeurs souhaitent conserver la loi de contrôle des loyers mais ont approuvé par erreur la proposition d'abrogation tandis que cinquante quatre pour cent (54%) des électeurs qui étaient opposés au contrôle des loyers ont voté « non » par erreur sur la proposition visant à abroger la loi. Cependant, sur les mesures à propos desquelles les électeurs avaient des préférences marquées, presque tous ont compris correctement les implications politiques d'un vote positif ou négatif et ont voté en conséquence. Nous avons déjà souligné que la participation aux scrutins référendaires est, en moyenne, inférieure de quinze(15) points à la participation aux scrutins législatifs. Des études récentes portant sur les deux électors aux Etats Unis indiquent que les électeurs des scrutins référendaires sont plus âgés, ont un niveau d'éducation supérieure, appartiennent à un groupe socioéconomique supérieur et participent plus activement à la vie politique que les électeurs participant aux élections législatives.

Dans la mesure où les études portant sur le comportement électoral lors de scrutins législatifs montrent que ces caractéristiques correspondent aux principales mesures du savoir et de la compréhension politiques, il semble probable que les participants aux scrutins référendaires, quelque soit leur degré d'ignorance comparé au citoyen idéal des théoriciens, soient mieux informés et plus sophistiqués que les participants aux scrutins législatifs.

D'un autre côté, les participants aux scrutins référendaires ont un déficit de connaissance que n'ont pas les électeurs dans la plupart des scrutins législatifs. Dans ces derniers, en effet, le sigle du parti des candidats est imprimé sur le bulletin de vote et fournit une information importante aux électeurs à propos des candidats. En outre, ces symboles persistent d'une élection à l'autre et deviennent toujours plus utiles. Les bulletins des scrutins référendaires ne présentent pas de tels symboles et il est donc beaucoup plus difficile pour les électeurs de traduire l'information qui leur est fournie en un vote pour ou contre la mesure proposée. On pourrait alors douter de l'efficacité et de l'opportunité du référendum, puisqu'il permet l'arbitraire de la majorité sur la minorité.

## **B- La tyrannie de la majorité**

Afin d'évaluer l'argument qui affirme que les majorités populaires exprimées par un référendum sont plus susceptibles de violer les droits des minorités que ne le sont les décisions des représentants élus, on peut commencer par rappeler que, dans le monde entier la plupart des référendums sont des scrutins portant sur des mesures soumises aux électeurs par des législatures, des conventions constitutionnelles ou d'autres assemblées de représentants élus. La formulation de ces mesures est soumise au même processus suivi par les assemblées élus pour prendre en compte, évaluer et satisfaire les exigences des différents groupes d'intérêts et des différents courants idéologiques dans la formulation des lois ordinaires. En conséquence, les craintes d'une tyrannie de la majorité qui sont parfois exprimées à propos des décisions référendaires ne sont valables que pour les votes sur des initiatives populaires pour lesquelles des groupes de citoyens, et non des représentants élus décident de la formulation de la mesure soumise au vote.

Seule la Suisse et vingt six Etats américains ont des lois autorisant les initiatives populaires sans action préalable des représentants élus. Par conséquent, si l'on considère les initiatives populaires soumises au scrutin en Suisse et dans les Etats américains depuis 1978, on en trouve relativement peu qui proposent des restrictions significatives des droits

minorités, et celles qui le font ont eu très peu de succès. En Suisse, seules quelques-unes des initiatives populaires présentées depuis 1978 ont cherché des changements vraiment radicaux. Ce fut le cas, notamment, d'une proposition visant à abolir l'armée(1987) et d'une proposition visant à demander l'approbation populaire de toute dépense militaire(1987). Mais les deux ont échoué avec, respectivement, trente six et quarante pour cent (36 et 40%) des voix.

Récemment, dans plusieurs Etats américains, plusieurs initiatives populaires ont été soumises au vote qui, selon les défenseurs des libertés civiles, représenteraient des limitations graves des droits de minorités, et elles ont remporté un certain succès, mais pas victoire totale. Celles qui ont eu le plus de succès sont des mesures proposant de rééquilibrer les droits au cours des procès criminels en faveur des victimes et de l'accusation. Par exemple, en 1988 et 1990, six Etats se sont prononcés sur des initiatives visant à accroître le pouvoir des juges de refuser la libération sous caution à des personnes accusées d'action criminelle lorsqu'ils estiment que remettre ces personnes en liberté dans l'attente de leur procès constituerait un danger pour la sécurité publique. Les six mesures sont passées. D'un autre côté, des initiatives visant à limiter l'utilisation de fonds publics pour financer des avortements pour les femmes pauvres sont passées facilement dans l'Arkansas, mais pas au Colorado et dans le Michigan. En outre, les électeurs du Maine ont approuvé une mesure visant à financer la réécriture de la constitution de l'Etat dans un langage ne faisant pas de distinction entre les sexes.

Ainsi, alors que, dans certain cas, les électeurs des Etats américains ont utilisé les initiatives populaires pour limiter les droits des minorités d'une façon que la législative avait évitée, il est difficile de trouver un référendum victorieux qui représente un acte flagrant de tyrannie de la majorité contre les droits des minorités si les représentants tendent plus à protéger les droits des minorités que les majorités populaires qui s'exprime dans des scrutins référendaires, la différence est, au plus, très marginale.

En somme, de nombreux opposants au référendum expliquent que, même s'il a été conçu pour renforcer les institutions de la démocratie représentative, en fait, il les mine de plusieurs façons : c'est donc un affaiblissement du gouvernement représentatif. Par ailleurs, il arrive de noter un écart entre les données de départ, c'est-à-dire le cadre formel de modification normative de la constitution, prévu généralement dans la constitution originale, et les données d'arrivée, c'est-à-dire les procédés non établis de transformation de la norme constitutionnelle, que sont, les techniques implicites d'élaboration.

## **Chapitre II : Les techniques implicites**

René Capitant observait que le droit du constituant ou du législateur n'est pas la seule forme du droit positif et qu'il y a une « constitution vivante<sup>82</sup> ». Ainsi les interprétations constitutionnelles et les pratiques politiques sont susceptibles d'engendrer les normes constitutionnelles qui complètent ou parfois abrogent les constitutions écrites, ceci, à travers la fonction constituante du juge constitutionnel (section I), aussi, le pouvoir constituant des acteurs politiques (section II).

### **Section I : La fonction constituante du juge constitutionnel**

Force est de constater que le juge constitutionnel détient de nos jours une fonction constituante de substitution (paragraphe I), ce, avec ses conséquences (paragraphe II).

#### **Paragraphe I : Un constituant de substitution**

Notons que « la constitution est ce que les juges disent qu'elle est »<sup>83</sup>. Ainsi, le juge constitutionnel africain, comme tout juge constitutionnel, devient lui aussi producteur d'une « constitution bis »<sup>84</sup>, parfois plus riche, plus complète et plus dense que la constitution formelle<sup>85</sup>; soit, en la complétant (A), ou, en la révisant implicitement (B).

##### **A- La constitution complétée par le juge constitutionnel**

Dans le nouveau constitutionnalisme africain, on peut dire du juge constitutionnel qu'il participe et contribue à la fabrication de la constitution, en devenant un pouvoir constituant secondaire. On assiste de plus en plus à l'émergence et à la consolidation d'un

---

<sup>82</sup>René Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit » Recueil d'étude en l'honneur de François Gény, Paris, Sirey, 1934, P.2.

<sup>83</sup>Cité par Pierre PACTET, « Brèves remarques sur le pouvoir du dernier mot en droit constitutionnel » ; in de la constitution, Etude en l'honneur de Jean François Aubert, Bâle-Francfort-Sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 77-86.

<sup>84</sup>Stéphane BOLLE, « Des constitutions made in Afrique », Communication au Vie Congrès Français de Droit Constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, P.8.

<sup>85</sup>Thierry Renoux et Michel VILLIERS, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2005, P.505.

mode d'écriture juridictionnelle de la constitution. LA constitution devient un acte vivant<sup>86</sup>, un espace ouvert<sup>87</sup> à l'intervention du juge et à son pouvoir créateur qui résulte d'une interprétation authentique du texte constitutionnel<sup>88</sup>; cela dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité effectué par voie d'action ou par voie d'exception suscite de nouvelles vacations chez les gardiens juridictionnels de la constitution.

Le juge crée la norme et ajoute à la Constitution des règles jurisprudentielles destinées à résoudre potentiellement le problème de son incomplétude et de son inintelligibilité. En clair lorsque la constitution n'est pas claire ou paraît lacunaire, il arrive que le juge intervienne pour régler la difficulté. On peut considérer qu'il s'agit là d'une manifestation du gouvernement des juges, tant redouté, ou même de la reconnaissance au juge constitutionnel d'un pouvoir dangereux<sup>89</sup>. Il n'empêche qu'en matière de fabrication de la Constitution, la donne a véritablement changé, qu'elle s'est imposée et que l'activisme du juge est plutôt une bonne chose.

Quoi qu'il en soit, les exemples semblent se multiplier en Afrique, d'un juge constitutionnel qui produit la norme constitutionnelle et qui n'entend pas rester en marge de la marche ou de l'évolution du constitutionnalisme. Dans un arrêt rendu par la cour suprême du Nigéria, le 20 avril 2007, le juge a ainsi créé une norme constitutionnelle des incompatibilités, non prévue par la constitution, qui interdit au Vice-président de la République Fédérale du Nigéria, en conflit avec le Président Obasanjo, de critiquer ouvertement ce dernier, d'intégrer les rangs d'un parti politique d'opposition et de s'engager dans une campagne pour l'élection présidentielle, alors qu'il est en poste<sup>90</sup>.

Dans une autre décision dite du consensus national, rendu le 8 juillet 2006 par la cour constitutionnelle du Bénin<sup>91</sup>, le juge a également créé une norme constitutionnelle pour régir

---

<sup>86</sup> Armel Le Divillec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscipline et incertitude de la constitution française », précité, P.124.

<sup>87</sup> Dominique Rousseau, « Une résurrection : la nation de constitution », *Revue du Droit public*, janvier-février 1990, P.15 et s.

<sup>88</sup> Sindjoun (L.), *Revue Juridique Africaine*, Sous la Direction de Maurice Kamto et de Paul Gérard Pougoue, Presses Universitaires du Cameroun, 1992-1993.

<sup>89</sup> Dmitri Georges Lavroff, « Le conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in mélange en l'honneur du professeur Gustave Peiser, Grenoble, presses Universitaire de Grenoble, 1995, pp. 347-362

<sup>90</sup> Voir Cour suprême du Nigéria, arrêt S. C. 31/2007, présenté et commenté par Luc Sindjoun, op. cit., p. 88 à 122.

<sup>91</sup> Voir Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 06-74 du 8 juillet 2006, publiée et commentée dans Luc Sindjoun, op. cit., p.371

la révision de la constitution béninoise du 11 décembre 1990. En l'espèce, le juge béninois a censuré une loi constitutionnelle qui visait à proroger la durée du mandat des députés, au motif qu'elle ne respecte les idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution. Précisément, le juge forge un principe à valeur constitutionnelle, à savoir le consensus national, qui n'est pas consacré par la constitution béninoise et qui est destiné à la compléter. Il reconfigure le texte de la constitution en ajoutant aux modalités expresses de sa révision.

Dans le mouvement de la fabrication juridictionnelle, le juge nigérien n'est en reste. En effet dans un arrêt du 5 septembre 1995, la Chambre constitutionnelle de la cour suprême du Niger<sup>92</sup> définit la notion de régime semi-parlementaire et celle de régime semi-présidentielle, interprète les dispositions constitutionnelles et se réfère à l'esprit du constituant. Mieux, il donne une définition de la notion de cohabitation qui ne repose sur aucune disposition de la constitution ; en l'espèce, la cohabitation est vue et appréhendée comme « l'existence de deux légitimités non convergentes sur leurs programmes politiques : Le Président de la République, élu au suffrage universel et le premier Ministre, issu d'une majorité parlementaire ; [...] cela résulte de l'esprit même de la constitution du 26 décembre 1992 qui a institué un régime politique de type semi-présidentielle avec un exécutif bicéphale. »<sup>93</sup>.

Par ailleurs, le juge sénégalais participe à l'écriture juridictionnelle de la constitution, en plaçant sa contribution sur le terrain de la régulation des pouvoirs publics. A l'image de ses homologues, il consacre quelques principes constitutionnels qui enrichissent et éclaire le texte de la Constitution. Dans une décision du 9 mars 1998, le conseil constitutionnel sénégalais va consacrer trois principes liés à l'élection des sénateurs : Il s'agit de la non déléguabilité de la qualité du mandat d'élu, de l'égalité du suffrage et de la non-discrimination entre les électeurs sénatoriaux<sup>94</sup>. Dans une autre décision rendue le 23 juin 1996, le juge sénégalais va consacrer le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire en se référant au principe de l'autorité de la chose jugée. Il relève que « le principe de la séparation des pouvoirs interdit au pouvoir législatif et exécutif d'empiéter sur le pouvoir judiciaire en censurant ou en anéantissant les

---

<sup>92</sup>Voir Chambre Constitutionnelle de la cour suprême du Niger, arrêt n° 95-05/CH.CONC du 5 septembre 1995, publié et commenté dans Luc Sindjoun, op. cit., p. 569-578.

<sup>93</sup>Voir Chambre Constitutionnelle de la cour suprême du Niger, arrêt n° 95-05/CH.CONC du 5 septembre 1995, in Luc Sindjoun, op. cit., p. 571

<sup>94</sup>Voir Conseil constitutionnel du Sénégal, affaire n° 3/C/98 du 9 mars 1998.

décisions de justice passées en force de chose jugée, et en privant les citoyens des droits garantis par la Constitution »<sup>95</sup>.

Le juge Gabonais met également son talent au service de l'ingénierie constitutionnelle, par « quelques décisions dignes d'intérêt ». En 1999 par exemple, saisie par le Premier Ministre d'une demande d'interprétation, la cour constitutionnelle du Gabon a relevé que la réglementation constitutionnelle de la procédure budgétaire comportait une lacune qu'il fallait impérativement combler : Aucune disposition « ne traite du cas de défaillance imputable au Gouvernement lorsque celui-ci ne serait pas arrivé à déposer le projet de loi de finances dans les délais requis ». Décidée à assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, la cour constitutionnelle va proposer une réglementation détaillée qui confère un rôle décisive au parlement dans un contexte politique dominé par le pouvoir exécutif<sup>96</sup>. Le juge constitutionnel africain, dans son office, procède à une révision implicite de la constitution.

## **B- La constitution révisée par le juge constitutionnel**

La logique du travail juridictionnel confère au juge constitutionnel la faculté de réécrire la constitution et même d'abroger certaines dispositions constitutionnelles, lorsqu'il procède à son interprétation. Et c'est précisément ce travail juridictionnel qui fait de la constitution un acte vivant, en création et en formation continue, car le choix d'un sens n'est jamais définitif, l'interprétation d'un texte retenue à un moment donné peut toujours changer. La constitution est devenue en effet un acte vivant depuis que le juge constitutionnel n'est plus seulement la bouche de la constitution. C'est un acte que le juge fait vivre en donnant aux conseils juridiques un sens dynamique, qui va au-delà de la lettre du texte constitutionnel. Le juge détermine le sens et le contenu de la règle applicable ; ceci peut le conduire, autant que le constituant, à modifier la constitution. Dmitri George Lavroff explique que le juge constitutionnel fait des interprétation-révision de la constitution et que, dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité, le juge écarte certaines normes constitutionnelles et les adapte aux nécessités du temps<sup>97</sup>. La jurisprudence, guidée par le souci de réguler la vie sociale, essaie d'adapter la constitution à une société mouvante et complexe, confrontée à des défis nouveaux. Généralement, l'exercice par le juge constitutionnel de son pouvoir d'interprétation

---

<sup>95</sup> Voir Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 11-93 du 23 juin 1996.

<sup>96</sup> Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 006/CC/99 du 12 novembre 1999.

<sup>97</sup> Dmitri George Lavroff, « La constitution et le temps », in Mélanges Philippe Ardant, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, P. 207-227.

conduit, dans les Etats africains, à deux situations essentiellement. L'intervention du juge donne en effet naissance quelque fois à des constitutions contrefaites, d'autres fois à des constitutions bonifiées. Stéphane Bolle décrit bien le phénomène en situant la fabrication de la constitution réelle, produit d'une jurisprudence constitutionnelle en éveil, dans le champ des révisions informelles de la constitution formelle. Dans sa décision DCC 06-074 du 08 juillet 2006 dite « Consensus National » où elle décida que : « considérant que ce mandat de quatre (4) ans, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la conférence des forces vives de la Nation de février 1990 et consacré par la constitution en son préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à... la confiscation du pouvoir ; que même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'assemblée le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé sont contraires à la constitution ». On retrouve le mandat de quatre (4) ans ainsi propulsé du rang de « situation constitutionnelle établie » au tabernacle de principe d'éternité constitutionnelle, insusceptible d'être modifié par une loi constitutionnelle parlementaire. Une telle pratique n'est pas sans conséquences.

## **Paragraphe II : Les conséquences de la substitution du juge**

La constitution réelle est de plus en plus celle que produit au fil de sa jurisprudence chaque cour constitutionnelle africaine. L'interprétation du juge peut cimenter le constitutionnalisme africain par la bonification des énoncés constitutionnels (B), ou, au contraire, le défaire à force de contrefaçons (B).

### **A- La constitution contrefaite**

« Faire souffrir le droit pour servir le pouvoir <sup>98</sup> ». Au nom de la constitution, les choix des détenteurs du pouvoir échappent de fait à tout contrôle et les droits de l'homme et du citoyen sont bafoués ou « insuffisamment protégés » <sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup>Pierre Marcilhacy, *Le Figaro* 12 février 1960, décrivait de la sorte le rôle du conseil constitutionnel français à ses débuts.

La constitution est contrefaite lorsque le juge use de sa liberté d'interprétation pour escamoter les équilibres institutionnels. A titre d'illustration, la cour constitutionnelle du Gabon a pratiquement sabordé sa fonction de donneur d'avis sur le projet ou propositions de révision<sup>100</sup>. Consultée, la cour a, en général, certifié laconiquement que la révision envisagée était régulière et avait subi avec succès le test de compatibilité avec le reste des propositions constitutionnelles<sup>101</sup>. Elle n'a jamais émis la moindre réserve désobligeante sur le fond de textes successifs défaisant l'œuvre du Constituant 1991 ; elle n'a pas davantage expertisé les conséquences, par exemple, de l'instauration du bicaméralisme et de l'éclatement de la cour suprême en trois hautes juridictions en 1994, ou du passage du quinquennat au septennat présidentiel en 1997.

Une régulation partielle de la vie politique peut se loger dans l'activisme, comme celui déployé par la cour constitutionnelle centrafricain pour trancher le contentieux consécutif aux élections législatives de novembre-décembre 1998. Dans l'affaire Koudoufoura, la cour a d'abord délivré un brevet de constitutionnalité au basculement postélectoral de la majorité parlementaire. En l'espèce, un député, en violation d'un engagement pris devant le notaire, avait rallié, semble-t-il contre rémunération, la mouvance présidentielle et frustré l'opposition au président Patassé de sa victoire électorale. La prohibition de tout mandat impératif commandait de juger anticonstitutionnel une transaction privée signée dans le but « d'inhiber la liberté de conscience et de pensée du parlementaire librement élu par le peuple à l'Assemblée Nationale »<sup>102</sup>. Seulement, après avoir avalisé le brusque renversement de la volonté issue des urnes, la cour constitutionnelle a couvert les agissements de la nouvelle majorité. Lors d'une suspension de séance décidée par le doyen d'âge de la législature, 55 des 109 députés avaient élu le bureau de l'Assemblée Nationale. L'opposition, qui, avec le soutien de la communauté internationale, avait vainement préconisé un partage des postes de direction, se trouvait totalement exclu du bureau et en son absence. Saisie d'une demande d'annulation de l'élection, la cour constitutionnelle a retenu sa compétence, estimant qu'aucune autre juridiction n'était compétente pour statuer sur ce cas précis. Mais elle a déclaré irrecevable la requête des partis d'opposition en jugeant que « de jurisprudence bien

---

<sup>99</sup>DEGNI-SEGUI (R.), *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone*, Abidjan, CEDA, 2001, p. 125 et s..

<sup>100</sup>Aux termes de l'article 116 alinéa 3 de la constitution révisée de 1991 : « Tout projet ou toute proposition de révision est soumis ; pour avis, à la cour constitutionnelle »

<sup>101</sup>La cour constitutionnelle du Gabon, dans son Avis n°001/94/CC du 04 février 1994, Rec. P. 231 s'et seulement opposée à l'attribution à la Cour Suprême du pouvoir du pouvoir d'émettre un avis préalable sur la légalité du recours à la procédure de référendum

<sup>102</sup>Cour constitutionnelle de Centrafrique, Décision n°2 CC.P. Du 24 février 1999

établie et de l'état de droit positif non discuté » un parti qui n'a pas présenté de candidat à une élection n'a pas qualité pour la protester<sup>103</sup>. Le gardien de la constitution s'est donc dispensé de dire le droit et a rendu l'opposition seul responsable de la désignation, dans les conditions douteuses, d'un bureau monocolore de l'Assemblée. L'enchaînement des faits porte à croire que les décisions de la cour reposaient « davantage sur des considérations politiques que sur des fondements strictement juridiques » ; il n'est pas rare en Afrique que la politisation de la justice soit « dissimulée dans des notions juridiques »<sup>104</sup>.

La protection délibérément minimaliste des droits de l'homme et du citoyen constitue un autre type de contrefaçon jurisprudentielle de la constitution. Le juge peut entraver la concrétisation de ces droits en s'abstenant d'apurer l'ordonnement juridique. C'est ainsi qu'en 2003, des particuliers ont vainement soutenu devant la cour constitutionnelle du Congo que les articles 336 et 337 du code pénal français de 1810 toujours en vigueur étaient discriminatoires : Seule une femme peut être condamnée pour avoir commis le délit d'adultère et celui d'abandon de domicile conjugal. La cour<sup>105</sup> a repoussé ces allégations en validant « le choix souverain du législateur [colonial] basé sur l'objectif général de stabilité des ménages », objectif défini « en se fondant sur l'état des mœurs et l'intérêt général ». L'adultère de l'homme et l'abandon du domicile conjugal par l'homme n'existant pas en droit pénal, les dispositions critiquées n'auraient « ni pour objet, ni pour effet de nuire au principe d'égalité de l'homme et de la femme consacrée par la constitution et les textes internationaux pertinents dûment ratifiés ». La solution retenue était d'autant plus indéfendable qu'elle vidait de sa substance un principe positif cardinal : « L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme »<sup>106</sup> ; et « l'égalité en droit et en devoir de tous les citoyens congolais est garantie par la constitution qui supprime les obstacles entravant l'épanouissement de la personne humaine ». Par ailleurs la cour a ignoré les préoccupations exprimées en 2000 par le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies sur la discrimination dont sont victimes les femmes au Congo. La constitution contrefaite légalise mécaniquement les agissements des gouvernants, légitime l'abus du

---

<sup>103</sup>Cour constitutionnelle de Centrafrique, Décision n°004/CC.P. Du 09 mars 1999

<sup>104</sup>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 », Afrilex n°03-2003, p.20.

<sup>105</sup>Cour constitutionnelle du Congo, Décision n°1/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003

<sup>106</sup>Ce devoir est consacré par l'article 18.3 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981. Le préambule du 20 janvier 2002 déclare la charte partie intégrante de la constitution.

pouvoir. Mais la constitution revue par les juges africains peut à l'inverse, fertiliser ou engendrer des mécanismes de contrôle du pouvoir.

## **B- La constitution bonifiée**

Certaines cours constitutionnelles préfèrent enrichir les énoncés constitutionnels plutôt que de se cantonner à une application littérale du texte suprême.

La constitution est bonifiée lorsqu'une cour dégage l'esprit antiautoritaire des énoncés pour lui « donner une extension que n'impliquait pas nécessairement la seule lecture »<sup>107</sup>. C'est souvent la volonté de concrétiser un ordre fondamental en totale rupture avec l'ancien régime et de prévenir tout contournement de cet ordre qui transparait d'un ajout jurisprudentiel. Le juge peut opportunément pallier l'incomplétude du texte suprême à l'instar de la cour constitutionnelle du Gabon en 1999. Saisi par le Premier Ministre d'une demande d'interprétation, elle a relevé que la réglementation constitutionnelle de la procédure budgétaire comportait une lacune qu'il était impérieux de combler : aucune disposition « ne traite du cas de défaillance imputable au gouvernement, lorsque celui-ci ne serait pas arrivé à déposer le projet de loi de finances dans les délais requis ». La cour, en s'inspirant du souci du constituant d'assurer en toutes circonstances le fonctionnement régulier des institutions, a édicté une réglementation additionnelle détaillée<sup>108</sup> attribuant un rôle décisif au parlement dans un système dominé par l'exécutif. En bonifiant la constitution par un redoublement des contraintes qui pèsent sur le pouvoir, certaines cours africaines s'aventurent hardiment sur le terrain politique. Au Sénégal, la décision récente<sup>109</sup> de censure partielle de la « loi Ezzan », une loi d'amnistie fort controversée, illustre cette tendance. L'opposition stigmatisait un texte voté pour « assurer l'impunité et l'injustice et non le pardon » aux auteurs d'infractions liées aux élections ou ayant une motivation politique commises entre le 1<sup>er</sup> janvier 1983 et le 31 décembre 2004. Le conseil constitutionnel a fait œuvre pédagogique, d'abord en clarifiant la notion d'amnistie dans des termes classiques, ensuite en indiquant que la constitution reconnaissait bien à une majorité parlementaire la prérogative exceptionnelle d'effacer le

---

<sup>107</sup>. PACTET(P.) « A propos de la marge de liberté du conseil constitutionnel », *in liberté*, Mélanges Jacques Robert, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 279-295.

<sup>108</sup> Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°006/CC/99 du 12 novembre 1999, Rec, p81. L'exécutif ayant respecté la dite réglementation, la cour, par Décision n°001/00/CC/CC du 14 janvier 2000, Rec. p. 105, a rejeté un recours ultérieur de l'opposition parlement dirigé contre la loi de finances pour 2000.

<sup>109</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision du 12 février 2005, le quotidien 15 février 2005. Voir le commentaire d'I.M. FALL, le soleil 02 mars 2005.

caractère délictueux de faits déterminés mais exclusivement « dans un but d'apaisement politique ou social » sur ces bases, le conseil a opéré un contrôle du détournement de pouvoir, pour vérifier la constitutionnalité de l'amnistie particulière des infractions liées au décès en 1993 de Babacar Sèye, vice-président du conseil constitutionnel. Puisqu'il ressortait des travaux préparatoires, notamment de l'exposé des motifs de la proposition de loi d'amnistie, que le législateur avait poursuivi « un objectif de protection des intérêts d'une famille et des proches du défunt », le conseil a prononcé la censure. C'est là un curieux blâme adressé à la majorité présidentielle car l'article 2 censuré faisait double emploi avec l'article 1<sup>er</sup> validé ; par conséquent, la loi d'amnistie promulguée interdit en tout état de cause de faire la lumière sur l'affaire Sèye... Aussi en 1995 la cour constitutionnelle du Bénin a ainsi enjoint au législateur organique de favoriser la dépolitisation de la magistrature : « l'article 125 de la constitution affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire ;...pour garantir cette indépendance, le conseil supérieur de la magistrature doit jouer un rôle prééminent ;...les avis qu'il est appelé à donner dans ce cadre *lient le Chef de l'Etat* ;... dès lors, l'avis mentionné à l'article 129 (préalable à la nomination des magistrats) doit s'entendre « avis conforme » »<sup>110</sup>. L'Assemblée Nationale a d'abord refusé de se plier à cette interprétation constructive audacieuse, ce qui a entraîné une nouvelle censure en 1996 ; elle a fini par s'incliner deux ans plus tard<sup>111</sup>.

Lorsqu'une cour constitutionnelle, sur le fondement de compétences déduites, censure un acte majeur, le sort de la constitution bonifiée (voire celui de la cour) dépend de toute une série de facteurs : de la réaction du pouvoir politique désavoué, du moment où est intervenue la censure et de la facture de la décision. En 2001, la cour constitutionnelle malienne, sur saisine parlementaire, s'est reconnue compétente pour contrôler, avant sa soumission à référendum, une loi de révision de la constitution votée par l'Assemblée Nationale. Elle a évoqué à la fois l'article 88 de la constitution qui prévoit le contrôle facultatif des lois « autres » que les lois organiques et l'article 85 qui la désigne comme l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Invitée par les requérants à exercer un plein contrôle, la cour a refusé d'apprécier le contenu de la loi de révision au regard des réserves émises par elle dans l'exercice de sa fonction consultative<sup>112</sup> ; elle a limité ses investigations au respect des règles régissant la procédure de révision et à celui des limites

---

<sup>110</sup>Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 95-027 du 02 aout 1995, Rec. P.139.

<sup>111</sup>Cour constitutionnelle du Bénin, Décisions DCC 96-048 du 06 aout 1996, Rec. P217, et DCC 98-075 du 30 septembre 1998, Rec. P.363.

<sup>112</sup>Cour constitutionnelle du Mali, Avis n°01-001 du 04 octobre 2001.

matérielles à la révision. La loi de révision telle que publiée au journal officiel a été déclarée inconstitutionnelle pour cause de discordance avec le texte adopté par l'Assemblée Nationale.

Le juge constitutionnel n'est donc pas seul à participer au pouvoir constituant, les acteurs politiques aussi y concourent.

## **Session II : Le « pouvoir constituant » des acteurs politiques**

Selon le professeur Olivier Beaud, « on reconnaît l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules où l'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'importance des pratiques constitutionnelles, à côté, et souvent à l'encontre des constitutions écrites »<sup>113</sup>. Ainsi, selon les moments de la vie publique et politique, on assiste à l'exercice du pouvoir constituant des acteurs politiques (paragraphe I) ou à la mise en œuvre des coutumes constitutionnelles (paragraphe II).

### **Paragraphe I : Le pouvoir de circonstance des acteurs politiques**

Force est de constater que la constitution est ce que les détenteurs du pouvoir font ou conviennent d'en faire. Les acteurs politiques reformulent la constitution aussi par les conventions constitutionnelles (A), mais, il existe des limites aux conventions constitutionnelles (B).

#### **A- Les conventions constitutionnelles**

Pierre Avril définit les conventions comme « des règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la constitution doivent être exercés,

---

<sup>113</sup>Olivier Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. A propos d'un ouvrage récent », *les cahiers du conseil constitutionnel*, n°6, janvier 1999, p.78.

conformément aux principes et convictions politiques actuellement reconnus »<sup>114</sup>. En effet, la constitution autorise tout ce qu'elle ne défend pas<sup>115</sup>. Les institutions sont donc fondées à pallier l'incomplétude du texte suprême par les règles de conduites qui leur paraîtront convenables. Les insuffisances et les vicissitudes qui affectent la constitution dans les Etats africains en crise justifient alors le recours aux conventions politiques, dont il faut néanmoins se garder d'exagérer la portée. Malgré tout et à y regarder de plus près, la contribution des accords et des compromis politiques à la construction d'un droit constitutionnel consensuel tourné vers des considérations démocratiques et pluralistes ne semble pas indéniable. Un auteur rapporte à cet égard qu'en Afrique du Sud, une convention politique renfermant trente-quatre principes constitutionnels fonda la base d'une constitution intérimaire et d'une constitution finale. L'exemple a été suivi par la République démocratique du Congo, dans le prolongement du dialogue inter-congolais, dont l'aboutissement donna lieu à la conclusion d'un accord global et inclusif sur la transition en république démocratique du Congo, signé à Pretoria, aux fins de juguler le conflit armé et accessoirement politique qui minait ce pays. Partant de ces considérations, on peut remarquer que les accords politiques apparaissent comme des correctifs aux défaillances des textes constitutionnels. Ils permettent ainsi de gommer ou de revenir sur certaines aberrations constitutionnelles. Dans ce sens, la constitution paraît avantageusement améliorée. En éclairant la constitution, les conventions de sortie de crise comblent par la même occasion tout ce qui s'apparente à un vide constitutionnel et permettent de résoudre les imbroglios juridiques que le constituant ou le juge n'est pas parvenu à dissiper. Certains auteurs considèrent même, dans certains cas, les accords politiques comme la manifestation d'exercice, certes imparfait, mais tout de même indéniable du pouvoir constituant dérivé. Au total les conventions de sortie de crise renforcent le droit constitutionnel, dans les Etats où il est question de situer le rôle qu'elles jouent. La juxtaposition des accords politiques et de la constitution permet en définitive de remarquer la souplesse du constitutionnalisme africain, imputable à l'utilisation sélective des normes. La cohabitation entre les règles constitutionnelles et les conventions politiques a une influence incontestable sur l'ordonnancement juridique en modifiant la structuration de celui-ci. L'originalité du constitutionnalisme africain, parfois abusivement considéré comme un simple décalque du constitutionnalisme européen ou occidental réside dans sa capacité à faire prévaloir les règles politiques sur les règles constitutionnelles lorsqu'il s'agit de résoudre une

---

<sup>114</sup>Pierre Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll « Léviathan 1997. », p.112

<sup>115</sup>Stéphane Bolle, « Des constitutions made in Afrique » art, préc, p.7.

crise ou un conflit. La logique de l'orthodoxie juridique aurait consisté plutôt à régler la crise dans le cadre de normativité constitutionnelle. Certes des solutions aux crises politiques africaines existent. Mais lorsque la constitution manipulée ou instrumentalisée est indigne de la confiance de certains acteurs politiques et qu'elle est contestée par l'opposition, que faire face à la crise persistante ? Si certaines constitutions africaines résolvent les conflits politiques, d'autres ne manquent pas assurément d'en créer. L'Afrique a su innover même si cela peut choquer, en cherchant dans les compromis politiques (à contenu juridique) des réponses aux problèmes contemporains qui lui sont posées.

Cependant, la prudence exige que l'on prenne néanmoins au sérieux le danger que représentent ces accords politiques qui déconstruisent l'ordre juridique existant et qui imposent un droit public de circonstances ou un nouveau droit constitutionnel, en marge de la norme officielle. Il est donc évident que les conventions de sorties de crise traduisent un malaise constitutionnel, car les arrangements politiques modifient la lecture de la constitution et compliquent la définition de cette notion, puisque en période de crise, le concept de constitution condamne et conduit à une « définition introuvable ». La reconnaissance des limites aux conventions constitutionnelles devient donc indéniable.

## **B- Les limites des conventions constitutionnelles**

On retiendra ici le caractère ambivalent des relations entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains en crise. On observe ainsi un paradoxe permanent entre les conflits de normes et la complémentarité normative occasionnée par la coexistence des règles en présence. Dans ces circonstances la suprématie de la normativité politique ou des textes constitutionnels dépend du jeu des acteurs du moment et surtout de leurs intérêts. Dans la crise ivoirienne par exemple le président Laurent GBAGBO s'adossait sur la constitution pour légitimer ses décisions et ses prises de position dissidentes tandis que son opposition politique et armée lui opposait la supériorité des normes internationales ou conventionnelles, à savoir les résolutions onusiennes et les accords conclus par les parties belligérantes. Les vertus de la normativité politique se trouvent par ailleurs dans la faculté qu'elle a de reconsidérer la rigidité affectant les constitutions écrites et de moduler l'application de leurs règles en fonction des circonstances du moment. Il est dit que la reconnaissance des conventions à la constitution pouvait être interprétée comme une violation

de la constitution<sup>116</sup>. La notion de violation distingue un « sens fort » et un « sens neutre plus atténué ». Dans le premier cas, il s'agit d'une « atteinte caractérisé à une règle fondamentale », d'une « transgression », d'un « acte illicite dont la gravité tient en générale à la valeur primordiale de ce qui est violé... »<sup>117</sup>. Dans le second, il s'agit de « l'inobservation d'une règle », de la « méconnaissance d'une obligation légale ou conventionnelle », la violation étant alors assimilée au « manquement ». La notion de violation de la constitution est donc « le point d'arrivée d'une construction intellectuelle »<sup>118</sup>. En effet une constitution est faite pour être respectée, c'est en cela que Thomas PAINE affirme que la constitution est considérée comme la « Bible politique »<sup>119</sup>. Dans leur manuel classique, Francis HAMON, Michel TROPER et Georges BURDEAU définissent le droit constitutionnel de façon rigoureusement formelle, comme « l'ensemble des normes qui ont une valeur supérieure à celle d'autres normes, qui peuvent légitimer d'autres normes et qui ne se confondent avec aucune autre norme juridique »<sup>120</sup>. Le principe de la suprématie de la constitution est donc fondamental. Un certain nombre d'auteurs ont ensuite proclamé ce principe primordial : c'est le cas de Luis Roberto BARROSSO, qui affirme que « Toute interprétation constitutionnelle se base sur le présupposé de la supériorité juridique de la constitution sur les autres actes normatifs au sein de l'Etat. En raison de la suprématie de la constitution, aucun n'acte, aucune manifestation de volonté ne peut subsister et rester valide si elle est incompatible avec la loi fondamentale<sup>121</sup>. Porté donc par la pensée politique libérale du siècle des lumières, le constitutionnalisme repose sur l'idée qu'une constitution placée au-dessus des lois ordinaires apparaît, par sa stabilité et son caractère solennel, comme la meilleure protection contre les décisions arbitraires et excessives des gouvernants, en même temps qu'il promet un ordre légitime universel. Il est alors logique que l'idée de constitution incorporée dans les constitutions africaines subisse évidemment une résistance. Ces concepts fondamentaux essentiels, tels que la notion moderne de l'Etat, la souveraineté, la séparation des pouvoirs, la limitation de l'absolutisme, le respect des libertés individuelles, la suprématie normative de la constitution, qui sont le produit des révolutions anglaises du XVIIe siècle, puis des révolutions américaines et françaises au siècle suivant, sont présents dans le droit positif

---

<sup>116</sup>Pierre Avril, « conventions et violations de la constitution », France-Forum, 1998, n°322 p.2.

<sup>117</sup>Gérard CORNU (dir.), *vocabulaire juridique*, deuxième édition, Paris, PUF, 2001, p.905.

<sup>118</sup>Caroline LALY-CHEVALIER, *La violation de traité*, Bruxelles, Bruyant, p.16.

<sup>119</sup>Thomas PAINE, Cité par Luc HEUSCHLING, « La constitution formelle », in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité de droit constitutionnel tome 1 : Théorie de la constitution*, Dalloz, 2012, p.270.

<sup>120</sup>Francis HAMON, Michel TROPER et Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel*, Paris LGDJ, 2005, p.32.

<sup>121</sup>Luis Roberto BARROSSO, cité par Cunha Paulo FERREIRA DA, *Traité de droit constitutionnel : constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales*, BOUENOS BOOKS, 2010, p.93.

africain et font partie de la panoplie des acquis inébranlables de l'édifice constitutionnel des Etats africains modernes<sup>122</sup>, au sein duquel se situe, les coutumes constitutionnelles.

## **Paragraphe II : Les coutumes constitutionnelles**

La coutume constitutionnelle est à la fois une force d'élaboration de la constitution écrite et une force de révision constitutionnelle. De ce fait, la coutume joue donc un rôle important dans la constitution, à travers son contenu (A), et, son apport (B).

### **A- Contenu de la coutume constitutionnelle**

Ordinairement, la coutume est définie comme un ensemble des conduites habituelles d'un groupe humain. Elle est aussi définie comme un comportement fréquent, répétitif et attendu d'une personne qui le considère comme une quasi-obligation. La coutume vient du latin *Consuetudinem* qui signifie façon d'agir établit par usage, perpétuant la tradition. Pour les juristes, la coutume est un ensemble de règles à l'origine non-écrites qui grâce à l'usage constant et répété acquiert force obligatoire donnant le sentiment que l'usage correspond à une norme juridique : elle s'oppose donc au droit écrit. Selon Gérard Cornu, la coutume constitutionnelle, est une « règle non-écrite concernant la constitution ou le fonctionnement des organes supérieurs de l'Etat »<sup>123</sup>. Quasiment tous les auteurs de la doctrine se sont prononcés sur la question depuis plus d'un siècle, sans pour autant arriver à un consensus. Pour le professeur Jean Gicquel « le problème de la coutume constitutionnelle est parmi les plus ardues et les plus confuses du droit constitutionnel.<sup>124</sup> En effet, la doctrine ne reconnaît l'existence d'une coutume constitutionnelle qu'à la présence simultanée de quatre caractères : la répétition, la constance, la clarté et la valeur morale. De façon classique, cette coutume constitutionnelle est composée de deux éléments à savoir l'élément matériel et l'élément psychologique. Mais le premier (l'élément matériel) consiste en un comportement suivi de manière habituelle c'est-à-dire un usage. Mais il ne faut pas confondre usage et coutume, car si c'est à partir d'un usage que se forme la coutume, tous les usages ne deviennent pas

---

<sup>122</sup>Christian TRIMUA, « L'idée républicaine de la constitution en Afrique », Afrilex, Disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/l-idee-republicaine-de-la.html>.

<sup>123</sup>Cornu (G.), *vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, Quadrige, PUF, 2014.

<sup>124</sup>Jean Gicquel, «Essaie sur la pratique de la V<sup>e</sup> République. Bilan d'un septennat », Paris, LGDJ, 1968, p.30.

coutumes, alors que le simple usage n'a que la valeur juridique que la loi lui accorde. Pour qu'un usage puisse devenir coutume, il faut différentes conditions : tout d'abord qu'il soit ancien, qu'il ait une certaine durée comme dit l'adage « une fois n'est pas coutume » ; ensuite qu'il soit constant, c'est-à-dire qu'il soit régulièrement et généralement suivi durant la période considérée ; aussi qu'il soit notoire, c'est-à-dire très largement connu de ceux qu'il concerne et enfin, que l'usage soit général c'est-à-dire qu'il soit appliqué largement de manière générale sur un territoire ou dans une profession. Une coutume peut être locale, mais il faut que sur tout le territoire, les populations appliquent cette coutume. Si ces conditions sont remplies, l'élément matériel de la coutume existe, il faut à présent que l'usage présente également l'élément psychologique de la coutume.

L'élément psychologique consiste à suivre la règle coutumière avec la conviction d'agir par rapport à une règle obligatoire. Toutes règles de droit ont un caractère obligatoire certes, mais le sentiment du caractère obligatoire de la règle coutumière apparaît comme son élément matériel, c'est-à-dire de manière spontanée. Un jour les individus ont la conviction que suivre la coutume est obligatoire : C'est cela l'élément psychologique de la coutume. Les personnes qui suivent cet usage doivent avoir le sentiment qu'il s'impose à elles avec force d'une règle de droit. L'usage est alors devenu coutume, et une véritable règle de droit est apparue.

En effet, il existe trois sortes de coutumes : d'abord, *secundum legem*, là, la loi renvoie directement à la coutume qui dans ce cas s'applique en vertu d'une prescription du législateur. En matière de propriété foncière, elle renvoie aux usages en vigueur pour les hauteurs de clôtures entre deux maisons et les murs de séparations... Ensuite la coutume *praeter legem*, c'est une coutume qui se développe dans un domaine non régi par la loi. La coutume supplée à la loi. Elle s'applique car elle règle une situation que la loi n'a pas prévu. Par exemple le fait pour une femme de porter le nom de son mari. Enfin, la coutume *contra legem*, cela dépend de la force obligatoire de la loi. Applique-t-on la loi ou la coutume ? La loi supplétive s'applique en cas de manifestation contraire : dans ce cas, on peut comprendre qu'une coutume contraire à la loi soit valable puisque le caractère de cette loi n'est pas absolu. Si la loi est impérative, il y a conflit entre deux pratiques de loi qui peuvent s'appliquer. Par exemple l'usage bancaire veut que le solde débiteur du compte courant produise de plein droit des intérêts, ce qui déroge à la règle selon laquelle les intérêts doivent avoir été stipulés à l'avance.

En droit constitutionnel, la possibilité même de concevoir des coutumes est très discutée et plusieurs écoles s'affrontent.

Les normativistes refusent classiquement toute place à la coutume en droit constitutionnel. En effet, la spécificité de la constitution tient à son caractère de norme suprême dû à sa rigidité, c'est-à-dire que sa modification (et sa création) est soumise à des exigences organiques et procédurales plus contraignantes que celles des autres normes. En conséquence, il est difficile d'admettre au niveau constitutionnel, de règles non-écrites formées en dehors de ces exigences sauf à remettre en cause la rigidité et partant, la suprématie de la norme constitutionnelle. Une pratique s'écartant du texte constitutionnel ne peut donc s'analyser que comme une violation de ce texte et non comme une coutume.

L'école réaliste menée par Capitant constate l'existence effective de telles coutumes en droit français. Ces auteurs se basent notamment sur une approche historique pour constater les différences profondes entre le texte (les lois constitutionnelles de 1875) et son application sous la troisième république. Plus précisément, la doctrine réserve parfois un sort différent aux coutumes selon qu'elles sont *contra constitutionem* (contre la constitution), *Praeter constitutionem* (en marge de la constitution) ou *secundum constitutionem* (interprétation de la constitution). Au fait, la contradiction avec la doctrine normativiste généralement admise, est évidemment beaucoup plus forte pour les coutumes contre la constitution qu'interprétation de la constitution.

Il existe une troisième approche à cette question fondée sur la transposition par Pierre Avril du concept anglais des conventions de constitution. L'idée majeure de cette théorie complexe est que la première interprétation d'une règle constitutionnelle lie les institutions jusqu'à accord unanime de tous les acteurs politiques pour le changement. Cette « convention de constitution » serait une forme de coutume particulière, la seule admise d'ailleurs en droit français. Ceci nous amène à affirmer l'apport de la coutume à la constitution.

## **B- L'apport de la coutume à la constitution**

En effet, les auteurs admettent désormais que « la coutume peut se frayer une place à travers les interstices de la constitution écrite »<sup>125</sup>. Toutefois parler de coutume constitutionnelle suppose de ne considérer la constitution que dans son sens matériel. Ainsi,

---

<sup>125</sup>Chevalier (J.), « la coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, n°6, 1969, p.291.

sera considéré comme coutume constitutionnelle, la coutume qui est relative à une question réglementée par la constitution ou concernant le statut du pouvoir. La coutume est un complément indispensable à la constitution écrite, qui peut être brève ou détaillée ; elle peut être souple ou rigide. Mais, une constitution brève et de ce fait lacunaire par rapport aux nécessités normatives de fonctionnement des pouvoirs publics ne peut manquer de voir développer des pratiques complétant ses dispositions sur des points essentiels. Ces pratiques pouvant remplir des fonctions essentielles, sont nécessaires à la naissance de coutumes véritables. La coutume a alors l'avantage de compléter les lacunes du texte constitutionnel. On dit alors que la constitution remplit une fonction supplétive : par exemple en France, aucune règle constitutionnelle ne contraint le Président de la République à nommer le leader de la majorité parlementaire comme le chef de Gouvernement ; pourtant tel est le cas en pratique. La constitution permettra aussi d'interpréter les dispositions écrites ; on dit alors que la coutume remplit une fonction interprétative. A cela, s'ajoute le fait que les circonstances politiques évoluent bien plus rapidement que le texte de la constitution ; il est donc alors nécessaire d'adapter les règles constitutionnelles aux circonstances du moment. Mieux qu'un complément indispensable à la constitution écrite, la coutume est par ailleurs un substitut nécessaire. L'impossibilité du constituant de faire preuve d'une prévoyance absolue, l'impossibilité des textes constitutionnels de pourvoir à tout pour le bon fonctionnement de l'entreprise de l'Etat, justifie bien la place de la coutume en droit constitutionnel.

Cependant malgré son omniprésence, la coutume a tendance à s'effacer au profit de l'écrit. Alors qu'elle apparaît importante dans le fonctionnement des institutions, la coutume divise la doctrine sur deux points : dans un premier temps, du fait que l'identification de la coutume constitutionnelle est difficile et sa valeur juridique apparaît incertaine ; dans un second temps, c'est que la coutume constitutionnelle est une réalité politique. Il ne suffit donc pas de lire le texte de la constitution écrite pour connaître la constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le fonctionnement d'un Etat. Par conséquent, il faut remarquer que le consentement des acteurs politiques est un élément déterminant de l'existence de règles coutumières et donc de l'insertion des coutumes constitutionnelles dans la société. C'est en cela que nous devons rejoindre André Hauriou qui affirmait qu'on ne saurait parler de coutume constitutionnelle, c'est-à-dire une pratique modifiant valablement

les règles écrites de la constitution que lorsque « la motivation est acceptée par les divers pouvoirs publics qui sont intéressés »<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup>Hauriou (A.), *Doit constitutionnel et institutions politiques*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Montchretien, 1972, p.287.

## Conclusion

La constitution est l'expression de la souveraineté nationale et constitue un acte fondateur de l'Etat. Chaque nouvelle constitution porte la marque de fabrique d'un constituant qui a œuvré selon des modalités particulières. Elle n'est pas, comme par le passé, le seul fait du prince. Le choix de ses lignes-force donne toujours lieu à des échanges publics<sup>127</sup> d'arguments, dans et hors des enceintes spécialement prévues à cet effet et au cours de la campagne précédant le référendum de ratification. Il est impossible d'inventorier et d'analyser ici les différents types d'exercice constituant passé ou en cours. On se bornera à quelques exemples parlants. Une mention spéciale doit être décernée aux conférences nationales, « l'une des plus grandes trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale », qui via la « révolution consensuelle » de personnalités non élues, ont accouché, au début de la décennie 1990, d'un schéma original de production<sup>128</sup>. Chacune des constitutions « made in Afrique » n'est pas un texte fermé, clos, fini au moment où il est produit, mais un acte ouvert, et en formation continue<sup>129</sup>. Le sens de la norme constitutionnelle évolue, s'inscrivant dans une certaine dynamique inspirée par les problématiques nouvelles auxquelles la société et ses gouvernants sont confrontés. La constitution est devenue en effet un acte vivant depuis que le juge constitutionnel n'est plus seulement la bouche de la constitution. C'est un acte que le juge fait vivre en donnant aux concepts juridiques un sens dynamique qui va au-delà de la lettre du texte constitutionnel. Dès lors, l'Afrique partage la doctrine libérale selon laquelle le constitutionnalisme repose sur l'idée de l'existence d'une constitution qui reste la norme fondamentale sacrée et adhère à ses fonctions politiques, puisqu'elle les a exploités tant dans la fondation des nouveaux Etats indépendants, que dans leur consolidation dans la période du renouveau démocratique des années 90. Stéphane Pierre-Caps rappelle à propos que « C'est d'abord par son objet que la condition acquiert la validité d'une règle supérieure puisqu'elle apparaît comme l'acte de légitimation d'une société politique nouvelle<sup>130</sup>. Le

---

<sup>127</sup> Pour reprendre l'expression de R. DORANDEU, « les pèlerins constitutionnels. Elément pour une sociologie des influences juridiques », in *Les politiques du mimétisme institutionnel*. La greffe et le rejet, Paris, l'harmattan, 1993, p.83.

<sup>128</sup> KAMTO(M.) « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in *la création du droit en Afrique*, op.cit., p. 177 et s.

<sup>129</sup> ROUSSEAU (D.), VIALA (A.), *droit constitutionnel*, op.cit., p.44.

<sup>130</sup> Stéphane Pierre-Caps, « Les mutations de la notion de constitution et le droit constitutionnel » op.cit., p. 171.

constitutionnalisme africain est, ainsi, indissolublement lié à l'idée de liberté<sup>131</sup>. Il a une fonction de proclamation des droits et des libertés des individus<sup>132</sup>, et par conséquent, d'établissement de la démocratie et de l'Etat de droit, comme le souligne unanimement la doctrine constitutionnelle africaniste<sup>133</sup>.

La fabrication de la constitution se fait donc selon un processus qui s'inspire à la fois des standards constitutionnels internationaux et des mécanismes spécifiquement africains ; elle se situe à la croisée des chemins entre rupture et continuité. Mais la vie et la survie d'une constitution ne saurait dépendre uniquement des techniques éprouvées qui conduisent à sa fabrication. D'ailleurs, la rédaction d'une constitution est un travail de longue haleine, perfectible et permanent. C'est dans le temps et dans la pratique que s'affirment la solidité et l'efficacité d'une constitution. Le temps, en effet, construit ou déconstruit l'autorité de la constitution. Il permet de faire la démarcation entre l'édifice constitutionnel longuement mûri, patiemment construit et celui qui a été réalisé dans l'urgence<sup>134</sup>.

Globalement, le juge constitutionnel est devenu presque partout un acteur majeur du nouveau constitutionnalisme. Célébré ou contesté, la lecture qu'il a de la constitution écrite n'est pas toujours en phase avec la lettre et l'esprit de celle-ci. Il faut redouter et souhaiter à la fois la mise en œuvre d'un tel pouvoir. Le redouter parce que le juge constitutionnel, en modifiant le sens de la norme constitutionnelle interprétée, peut impunément violer la constitution : il faut sans doute garder le gardien de la constitution pour éviter les abus et les excès du pouvoir. Le souhaiter également dans la mesure où la constitution n'est pas un texte attrape-tout et les constituants ne peuvent avoir tout prévu au moment où ils rédigeaient la constitution. La contribution du juge pour l'actualiser et l'adapter aux situations nouvelles engendrées par les transformations du temps devient par conséquent réellement nécessaire.

Pour ce qui est des modes démocratiques d'élaboration de la constitution, il faudra marteler ici que c'est le peuple qui rédige seul sa constitution.

---

<sup>131</sup> Celle dont s'est initialement inspirée la démocratie c'est la liberté considérée comme une prérogative inhérente à tout être humain et grâce à laquelle il doit être en mesure d'assumer son destin. Elle se traduit par l'absence de contrainte.

<sup>132</sup> G. JELLINEK, La déclaration des droits de l'homme, trad. Fardis, 1901

<sup>133</sup> Entre autres, M. AHANHANZO GLELE, « Pour un Etat de droit en Afrique », Mélanges offerts à Pierre-François GONIDEC, l'Etat moderne, horizon 2000, aspect interne et externe, pp. 185 et ss. ; G. CONAC, « La modernisation des droits en Afrique, du droit de l'Etat à l'Etat de droit », un passeur entre les mondes, Mélanges en l'honneur de Michel ALLIOT, Paris, publications de la Sorbonne, 2000, pp. 281-306.

<sup>134</sup> Meledje Djedjro, « Constitution et urgence ou le lien entre les contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régulation constitutionnelle des crises », *Revue ivoirienne de droit*, 2011, n°42, pp. 11-33.

Il élabore et adopte cette dernière directement en assemblée constituante ou indirectement par l'intermédiaire des représentants élus, et parmi ces modes, nous avons l'élection d'une assemblée constituante ainsi que le référendum. Dans le premier cas, l'élaboration de la constitution est confiée à une assemblée désignée à cet effet. En dehors de la rédaction de la constitution, l'assemblée constituante ou la convention a aussi le pouvoir de l'approuver sans que le peuple y intervienne. Dans le référendum constituant par contre, ici, le peuple participe en amont et en aval dans l'élaboration de la constitution. Bien que mise au point par l'assemblée constituante élue, ledit projet n'entrera en vigueur qu'après la ratification populaire.

Force est de constater que les nouvelles techniques d'élaboration de la norme constitutionnelle, exigent la mise en place des procédures de la révision constitutionnelle.

Contrairement au pouvoir constituant originaire qui lui, a un pouvoir illimité et qui s'exerce en dehors du cadre constitutionnel, le pouvoir constituant dérivé ou pouvoir de révision constitutionnelle lui en revanche, s'exerce dans le cadre limité par la constitution, et ce cadre est appelé procédure de révision constitutionnelle.

Il importe également de souligner que les procédures de révision constitutionnelle dépendent selon que l'on est en face d'une constitution souple ou d'une constitution rigide. Une constitution est rigide lorsque sa révision s'opère selon une procédure particulière et spéciale différente de celle utilisée pour les lois ordinaires.

La constitution est dite souple en revanche lorsque sa révision n'est soumise à aucune procédure particulière et s'opère selon les modalités prévues pour l'adoption des lois ordinaires.

Il sied de noter qu'actuellement, bon nombre d'Etats sont régis par des constitutions rigides<sup>135</sup>. Il est donc rare de rencontrer des constitutions souples. L'exemple le plus caractéristique d'une constitution souple est celui de la grande Bretagne. En dehors de cette dernière, la nouvelle Zélande 1947, la chine depuis 1975 et L'Israël depuis sa création, possèdent aussi des constitutions souples.

---

<sup>135</sup> Article 154 ; 155 et 156 de la constitution Béninoise. Article 103 de la constitution Sénégalaise. Article 63 de la constitution Camerounaise. Article 163 ; 174 et 175 de la constitution de la 7<sup>ème</sup> République du Niger.

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux

- ❖ AIVO (F.J.), *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique*, l'exemple du model béninois, l'Harmattan, Paris, 2006.
- ❖ CABANIS (A.), Martin (M.L.), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve, Académia, Bruylant, P.U.R., 2010.
- ❖ CONAC (G.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica Paris.
- ❖ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> édition (mise à jour), QUADRIGE, PUF, Paris, 2013.
- ❖ DOMINIQUE (T.) *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édition, PUF, 1997.
- ❖ DUVERGER (M.), *Le système politique français : Droit constitutionnel et Science Politique*, 21<sup>e</sup> édition, Paris, Presses Universitaire de France, 1998.
- ❖ EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, nouvelle édition, Marseille, PUAM, Paris, Economica, 1986.
- ❖ FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, 18<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016,
- ❖ FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1996.
- ❖ FOILLARD (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18<sup>e</sup> édition, Larcier, Paris, 2012.
- ❖ GICQUEL (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 16<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1999.
- ❖ HAURIOU (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1968.

- ❖ PACTET (P.), *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*, 21<sup>e</sup> édition, Paris, Armand Colin, 2002.
- ❖ PACTET (P.), *Institution Politique et Droit Constitutionnel*, Masson, Paris, 1983.
- ❖ QUILLIEN (P.-J.), TCHEN (V.), *Le droit public en 20 leçons*, 6<sup>e</sup> édition, ellipses, Paris, 2015.
- ❖ SALAMI (I.D.), GANDONOU (D.O.M.), *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Editions CeDAT 2014.
- ❖ SINDJOUN (L.), *les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruyant, 2009.
- ❖ TAMA (J-N.), *Droit international et africain des droits de l'Homme*, Harmattan, 2012

## **Ouvrages spécifiques**

- ❖ AVRIL (P.), *Les conventions de la constitution*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- ❖ BURDEAU (G.), *La coutume constitutionnelle, Traité de Sciences Politiques, Tome4*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 1969.
- ❖ CABANIS (A.), Martin (M.L.), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve, Académia, Bruylant, P.U.R., 2010.
- ❖ FAVOREU (L.) ; *la politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988
- ❖ TAMA (J-N.), *L'Odyssée du Constitutionnalisme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2015.

**Articles de revues, communications, notes et contributions aux ouvrages collectifs.**

- ❖ AHADZI (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain. Le cas des Etats d’Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, vol.1, n°2, 2002, p.38.
- ❖ AHANHANZO-GLELE (A.), La société civile au Bénin, in Journée de réflexion sur la constitution du 11 décembre 1990 (Les ACTES), Cotonou, les 7,8 août 2006, p.155.
- ❖ AIVO (F.J.), « Réflexions sur la crise de normativité de la constitution en Afrique », *Revue Béninoise de science Juridique et Administratives (R.B.S.J.A)*, 2011, p.177.
- ❖ BADINTER (R.), « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in : *Libertés, Mélanges*, Jacques Robert, Paris, Montchrestien, 1998, pp.217-225.
- ❖ BOLLE (S.), « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2006, pp.3-45.
- ❖ BOLLE (S.), La constitution Glèlè en Afrique : Modèle ou contre Modèle ? Colloque international de Cotonou, le 8,9 et 10 août 2012.
- ❖ BOLLE (S.), « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », communication donnée lors du cinquième congrès de l’association des cours constitutionnelles ayant en partage, l’usage du français, tenu à Cotonou du 22 au 28 juin 2009.
- ❖ CONAC (G.), « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain » in francophonie et démocratie, symposium international sur le bilan des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l’espace francophone, Bamako, éd, Brulant et Pedone, 1<sup>er</sup> – 3 Novembre, 2000.
- ❖ DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Le constitutionnalisme en Afrique », *les constitutions africaines publiées en langues française*, Tome II, Bruxelles, Bruyant, 1998, pp.9-12.
- ❖ DU BOIS DE GAUDUSSON (J. de), « Constitutions sans culture constitutionnelle n’est que ruine du constitutionnalisme », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue et confrontation, Mélanges Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruyant, 2008, pp.333-348.

- ❖ HOLO (Th.), « Les droits et devoirs de la personne dans le constitutionnalisme africain », *in Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, pp.7-24.
- ❖ HOLO (Th.), La constitution, garante de l'alternance démocratique, Actes de la Conférence internationale, « *Les défis de l'alternance démocratique en Afrique* », tenue à Cotonou du 23 au 25 février 2009, p.29.
- ❖ HOLO (Th.), Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : « régime juridiques et systèmes politiques », *in R.B.S.J.A*, n°16 , 2006, pp.17-41
- ❖ HOLO (Th.), « Constitution et nouvel ordre politique au Bénin », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, décembre 1989, n°13, pp.1-10.
- ❖ KAMTO (M.), « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », *in Darbon (D.) et De Gaudisson (J.) (dir.), la création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp.167-179
- ❖ KPODAR (A.), « Réflexion sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin ; du Mali, du Sénégal et du Togo », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n°16, 2006, pp.104-146.
- ❖ KPODAR (A.), « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis », *Revue de la recherche juridique : Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix Marseille, pp.2502-2526.
- ❖ KPODAR (A.), « Prolégomènes à une virée constitutionnelle en Afrique noire francophone : une approche de théorie juridique », *Mélanges en l'honneur de Dominique BREILLAT*, Paris, LGDJ, 2010 pp.331-340.

- ❖ KOKOROKO (K.D.), « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle à la consolidation des acquis démocratiques », *revue béninoise des sciences juridiques et administratives* N°18, juin 2007, pp.87-108.
- ❖ PACTET (P.), « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », R.D.P., 2010, n°1, p.163.
- ❖ SALAMI (D.I.), « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle béninoise », *Revue togolaise de sciences juridiques*, n°0, janvier-juin 2010, p.44.

## **THESES ET MEMOIRES**

- ❖ ABDOURHAMANE (B.), Les cours constitutionnelle dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Cote d'Ivoire et du Niger, Thèse Universitaire Montesquieu-Bordeaux IV, octobre 2002
- ❖ ADELOUI (A-J.), Transitions démocratiques et coopération au développement. Approche comparative Bénin, Mali, Niger et Togo, Thèse pour l'obtention du Doctorat unique en droit, chaire UNESCO des Droit de la personne et de la Démocratie, FADESP/UAC, 2006.
- ❖ KOSSIVI (H.), « Les juridictions constitutionnelles dans les démocraties émergentes de l'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Gabon, du Niger, du Sénégal et du Togo », Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2012.
- ❖ TOGBE (E-P), les accords politiques en Afrique : Une méthode de règlement entre le droit et la politique, Mémoire en vue de l'obtention du Diplôme d' Etudes Approfondies Chaire UNESCO des Droits de la personne et de la Démocratie, FADESP/UAC, 2008-2009

## WEBOGRAPHIE

- ❖ <http://www.democratie.francophonie.org>, article consulté : Guèye (B.) – 2009, communication au symposium international de Bamako, 2000. Consulté le 14 Avril 2017 à 19h30mn.
- ❖ <http://www.gouv.fr>, accord de Marcoussis, consulté le 14Avril2017 à 20h15 mn.
- ❖ <http://www.Legifrance.gouv.fr>, article consulté Commission balladur, consulté le 17 Avril 2017 à 20h15mn.

# Table des matières

AVERTISSEMENT .....	ii
DEDICACE.....	iii
Sigles et Abréviations.....	v
Introduction .....	1
PREMIERE PARTIE : .....	7
LES TECHNIQUES POLITIQUES D'ELABORATION DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE.....	7
CHAPITRE I : L'intervention des assises politiques .....	9
SECTION I : Les accords politiques .....	9
Paragraphe I : La nature juridique des accords politiques.....	9
A- Une nature juridique controversée .....	9
B- Une déstabilisation de l'ordre institutionnel incontestable .....	12
Paragraphe II : Les effets des accords politiques.....	14
A- Le pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel .....	14
B- Le gouvernement de transition.....	16
SECTION II : L'importance des conférences Nationales .....	17
Paragraphe I: L'univers de la conférence nationale .....	17
A- L'objet de la conférence nationale .....	18
B- La mission de la conférence nationale .....	19
Paragraphe II : La compétence des conférences nationales.....	21
A- Les conférences nationales souveraines .....	21

B-	Les conférences nationales non souveraines.....	23
	Chapitre II : L'intervention des commissions de réflexion .....	26
	Section I : Installation de la commission de réflexion .....	26
	Paragraphe I : Création des commissions de réflexion .....	26
A-	La composition de la commission de réflexion.....	26
B-	Les attributions de la commission de réflexion.....	28
	Paragraphe II : Pouvoir des commissions de réflexion .....	30
A-	Une commission consultative.....	30
B-	Un rapport final discutable.....	31
	Section II : La relation entre constitution et commission de réflexion.....	32
	Paragraphe I : La résurgence de l'hégémonie constitutionnelle.....	32
A-	L'impuissance des commissions de réflexion.....	32
B-	L'application conditionnée des décisions .....	33
	Paragraphe II : L'enrichissement de la constitution .....	34
A-	Le rôle positif des commissions de réflexion.....	34
B-	La souplesse du constitutionnalisme africain.....	35
	DEUXIEME PARTIE : .....	36
	LES TECHNIQUES JURIDIQUES D'ELABORATION DE LA NORME	
	CONSTITUTIONNELLE.....	36
	Chapitre I : Les techniques explicites .....	38
	Section I : L'assemblée constituante.....	38
	Paragraphe I : L'institution démocratique de la constitution .....	38

A-	La désignation de l'organe constituant.....	38
B-	Une phase préparatoire déterminante.....	40
	Paragraphe II : La spécificité de la rédaction du texte constitutionnel.....	41
A-	Une rédaction débattue.....	41
B-	Une adoption définitive du texte incontestable.....	43
	Section II : Le référendum constituant.....	44
	Paragraphe I : La consécration de la légitimité du référendum.....	45
A-	Une légitimité accrue.....	45
B-	Accroissement de la participation des citoyens.....	46
	Paragraphe II : Les problèmes relatifs au référendum.....	48
A-	L'impact négatif des électeurs non-qualifiés.....	48
B-	La tyrannie de la majorité.....	49
	Chapitre II : Les techniques implicites.....	51
	Section I : La fonction constituante du juge constitutionnel.....	51
	Paragraphe I : Un constituant de substitution.....	51
A-	La constitution complétée par le juge constitutionnel.....	51
B-	La constitution révisée par le juge constitutionnel.....	54
	Paragraphe II : Les conséquences de la substitution du juge.....	55
A-	La constitution contrefaite.....	55
B-	La constitution bonifiée.....	58
	Session II : Le « pouvoir constituant » des acteurs politiques.....	60
	Paragraphe I : Le pouvoir de circonstance des acteurs politiques.....	60

A-	Les conventions constitutionnelles.....	60
B-	Les limites des conventions constitutionnelles .....	62
	Paragraphe II : Les coutumes constitutionnelles.....	64
A-	Contenu de la coutume constitutionnelle .....	64
B-	L'apport de la coutume à la constitution.....	66
	Conclusion.....	69
	BIBLIOGRAPHIE .....	72