

LENGUA FRANCESA Y DERECHO

En esta ocasión publicamos un interesante artículo del profesor Jean DU BOIS DE GAUDUSSON sobre el constitucionalismo en África subsahariana. Sorprendentemente se puede afirmar que los fenómenos descritos en dicho texto no son tan lejanos a nuestra propia realidad. Ciertas afirmaciones de este artículo bien podrían predicarse del papel de los tribunales constitucionales en América Latina, que para algunos se han convertido en verdaderos actores políticos, y tampoco somos ajenos –como no lo es África- a una « política aprehendida por el derecho » en palabras de Favoreu que retoma el profesor DU BOIS DE GAUDUSSON. En efecto, todos nuestros debates políticos pasan por el derecho, incluso antes de que puedan llegar a los tribunales; los mismos políticos se esfuerzan por usar argumentos contenidos en la jurisprudencia constitucional para impulsar, defender o atacar todo tipo de propuestas y proyectos. Existe entre nosotros –y al parecer también en África- aquello que se ha llamado un « constitucionalismo aspiracional », y que implica la creencia en que « el destino de nuestras sociedades depende de que tengamos buenas constituciones » ; así, existe un fuerte vínculo entre constitución y progreso social, que va más allá de la clásica concepción de constitución como límite al poder, forma efectiva para garantizar los derechos*.

Toda encrucijada política pretende una solución jurídica; única salida que entre nosotros parece dar legitimidad o seguridad. En África se ve un exceso de dinámica constitucional –y aquí resaltamos que nuestra Constitución ya ha pasado por treinta reformas, y que por ello da la idea de ser una constitución « inacabada »-, lo que podría dar lugar a considerar que en estos virages, y contrario a lo que hemos dicho, la política podría estar en una superposición frente al derecho; pero por otra parte, también se ve cómo a cada paso se redescubre -o se cambia- la llamada « esencia de la Constitución » cuando se trata del análisis que hace la Corte Constitucional sobre las reformas constitucionales, y que quizás implica el retorno al estado inverso: la política aprehendida por el derecho, por el derecho constitucional.

Por estas razones el presente artículo goza de especial interés para nuestra comunidad jurídica. Mil gracias al profesor Jean DU BOIS DE GAUDUSSON por su generosa colaboración.

Laura Ospina Mejía

* Ver García Villegas, Mauricio. Democracia y Estado Social de Derecho. Aspiraciones y derechos en el constitucionalismo latinoamericano. Conferencia presentada en el Foro temática (abierto). FESCOL- Alternativa Democrática Independiente. Cali, 27 de nov. 2004. Página web: <http://www.fescol.org.co/DocPdf/Pub-ReformaPolitica-10-villegas-2.pdf>

DÉFENSE ET ILLUSTRATION DU CONSTITUTIONNALISME EN AFRIQUE APRÈS QUINZE ANS DE PRATIQUE DU POUVOIR*

Jean du Bois de Gaudusson*

On s'accorde à reconnaître que le constitutionnalisme a connu un incontestable essor depuis les années 1990 et qu'il a contribué au progrès du droit, des libertés et de la démocratie en Afrique; 1990, date symbolique, qui est non seulement la date de la libéralisation politique de certains États et de leur entrée « en transition démocratique », mais aussi le point d'accélération de la diffusion mondiale du constitutionnalisme pluraliste et démocratique, *véhiculé par une idéologie transnationale et par nombre de relais* doctrinaux et institutionnels, étatiques et internationaux. Pourtant, il est aussi la cible de critiques qui nous paraissent plus nombreuses aujourd'hui: des courants d'opinion expriment un scepticisme accru et de sérieux doutes à la fois sur l'effectivité de ce constitutionnalisme et sur son adaptation aux sociétés qu'il est censé régir. Pire, pour d'autres, le constitutionnalisme et ses institutions sont considérés dans la pratique comme une cause nouvelle, supplémentaire de tensions et de crises, celles-ci étant interprétées comme la preuve de l'inadéquation des textes fondamentaux au contexte dans lequel ils s'inscrivent.

Nombre de critiques sont fondées, on y reviendra; elles traduisent à la fois une déception constitutionnelle et une désillusion démocratique, jusqu'à faire resurgir des discours que l'on croyait enfouis dans les oubliettes du passé, dénonçant le faible impact d'un droit constitutionnel qui ne serait en vigueur en Afrique qu'au nom d'un ordre politique et d'une idéologie juridique largement imposés par la communauté internationale. Certains prennent argument des difficultés rencontrées dans la pratique du fonctionnement des institutions pour décréter une incompatibilité de principe du constitutionnalisme et de l'Afrique... et justifier par avance les atteintes portées par les gouvernements à un droit qui serait finalement et en réalité... inexistant. Plus grave et... plus *sérieux*, la période contemporaine se caractériserait par la progressive déconnexion du constitutionnalisme et de

* In *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Dalloz, 2007.

* Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, directeur du Centre d'études et de recherches sur les droits africains et sur le développement institutionnel des pays en développement (CERDRADI), Coordinateur du Groupements de Recherches Comparatives en Droit Constitutionnel, Administratif et Politique de Bordeaux (GRECCAP).

l'objectif que celui-ci se voit officiellement assigné et qui lui donnerait sens, la démocratie et l'ordre libéral.

L'observation de la vie politique, de ses aléas et mutations, même limitée comme nous le ferons aux États d'Afrique subsaharienne unis par l'utilisation d'une même langue officielle, le français et par l'appartenance à une tradition *juridique et constitutionnelle commune*¹ montre une réalité plus complexe. D'abord, la proclamation de l'État de droit et du constitutionnalisme n'est plus simplement incantatoire depuis les années 1990. Ainsi que le soulignent les nombreuses études auxquelles le constitutionnalisme donne lieu² l'un des faits majeurs de la période actuelle est la place qu'occupe celui-ci dans la réalité politique de l'Afrique. Ensuite, sous l'effet de quinze ans de pratiques et d'expériences politiques, de nouvelles problématiques apparaissent et sont sources de questionnements auxquels n'échappent ni les politiques et législateurs, ni les chercheurs; deux sont particulièrement actuels et sensibles, les uns portent sur le *corpus* constitutionnel lui-même qui apparaît, à la lumière de la pratique politique, facteur de crise; les autres concernent les usages d'un constitutionnalisme sollicité, pour remplir dans des conditions inédites des fonctions souvent vitales, dans un sens comme dans l'autre, pour une vie politique apaisée. Ces évolutions et les analyses critiques qui les accompagnent, conduisent, tout en étant conscient des limites et des dangers

¹ On n'insistera pas sur les risques des études, consacrées au « constitutionnalisme en Afrique » tant le sujet est traversé de multiples incertitudes, préjugés, erreurs d'appréciation et présupposés idéologiques qui l'emportent sur l'analyse, risques auxquels nous n'avons pas la prétention d'échapper totalement. Déjà, le titre est source d'ambiguïté laissant accroire qu'il y aurait une spécificité de la question du constitutionnalisme et de son rôle en Afrique, avec un commencement de réponse laissant transparaître une vision péjorative de la relation du droit et de l'Afrique. En outre, on n'ignore pas que l'Afrique ne constitue pas un ensemble homogène même s'il est marqué par des caractères communs ou proches; et s'il y a des rapprochements à faire, ils ne se font pas nécessairement sur une axiomatique: « Afrique » mais sur d'autres tel sous-développement, pauvreté, dépendance, extraversion, crises violentes... Bien des éléments du diagnostic concernent d'autres régions du monde mais on conviendra qu'ils revêtent une ampleur considérable en Afrique tant par le nombre des États concernés que par leur accumulation. On ne saurait, non plus, postuler une quelconque unité des États d'Afrique subsaharienne de langue officielle française. Ces derniers suivent des trajectoires constitutionnelles différentes. On concèdera cependant que ce sous-ensemble est marqué par l'utilisation d'une langue, dont on connaît les liens avec le droit, l'appartenance à une même école de droit et l'adhésion à une même organisation, la Francophonie, dont la principale caractéristique et l'originalité est de défendre et promouvoir une idéologie juridique et un corpus de valeurs politiques en faveur de la démocratie, de l'État de droit et des libertés; ces éléments sont certainement, en droit, un facteur d'identification d'autant plus fort que les puissances coloniales, et notamment la France, ont un discours constitutionnel structuré, doté de la vérité conférée par l'histoire et bénéficiant encore d'une réelle attractivité.

² V. not. parmi les études les plus récentes: outre notre étude « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », in *Afrique contemporaine*, n° spécial dirigé par M. Gaud et J. du Bois de Gaudusson, 4^e trimestre 1996, p. 250-256; A. Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique: du formalisme à l'effectivité », RFDC 2002. 52. 721-748; G. Conac, « 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. Bruylant et Pédone, 1^{er}-3 nov. 2000; C. Keutch Tchapnga, « Droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique noire francophone ». RFDC 2005. 63. 451-492.

d'une analyse englobant des États aux histoires et expériences différentes, à s'interroger de nouveau sur la signification et les conséquences de ce qui est à la fois un retour du droit et un recours au droit constitutionnel en Afrique.

I. L'AFRIQUE TOUJOURS SAISIE PAR LE DROIT CONSTITUTIONNEL...

Il n'est plus concevable d'étudier la vie politique africaine contemporaine en ignorant cette dimension juridique du pouvoir qui a contribué au progrès du droit, des libertés et de la démocratie. Contrairement à des idées reçues, le droit constitutionnel ne joue plus le « rôle de figuration » (G. Conac) qu'on lui a longtemps reconnu. Il fait l'objet d'une appropriation par les acteurs politiques et les populations; celle-ci s'effectue selon des modalités et avec des significations qui ne correspondent pas nécessairement à celles initialement prévues lors de l'édition des normes³, mais elle n'en existe pas moins.

A.- Après avoir été discrètement posée au moment de l'accession à l'indépendance, la question constitutionnelle s'est ainsi retrouvée propulsée sur le devant de la scène politique. Elle a été l'un des objets de cristallisation et l'un des enjeux majeurs des crises politiques et sociales qui ont secoué de nombreux États dans les années 1990. Durant cette période que l'on qualifie globalement « de transition », la définition d'un nouveau régime constitutionnel est devenue une priorité. Dès leurs premières sessions, les conférences nationales ont installé, pour gérer la période provisoire, des institutions plus conformes aux principes démocratiques et pluralistes. Et l'adoption d'une constitution définitive est l'issue recherchée et attendue qui doit sceller la victoire sur un ordre autoritaire contesté.

En quinze ans, le constitutionnalisme s'est répandu et il fait preuve d'une activité soutenue dont témoignent le nombre des réformes et révisions ainsi que l'abondance et l'intensité des débats dont la lecture de la presse africaine donne une idée. Quelles que soient ses traductions concrètes, il impose un certain cadre aux acteurs tout en ouvrant une multitude de possibilités. L'écart entre le contenu formel des normes et leur application peut être posé, il est plus ou moins grand, mais ceci n'enlève rien au fait que celles-ci possèdent d'une part, une signification politique et sociale et d'autre part qu'elles sont moins ineffectives qu'une partie de la doctrine le laisse entendre. À cet égard, l'ineffectivité qui a longtemps été considérée comme la caractéristique du droit constitutionnel en Afrique est

³ Dans le même sens, on observe que populations et élites se sont appropriées selon des voies qui leur sont propres les processus électoraux, donnant naissance comme cela a été démontré pour le Bénin 'à la transformation des représentations du pouvoir et des conceptions de la légitimité (R. Banégas, *La démocratie 'à pas de caméléon: transition et imaginaires politiques au Bénin*, CERI-KARTHALA, 2003).

postulée plus qu'elle n'est démontrée. Lorsqu'elle est repérée, elle est très variable selon les secteurs du droit et, en définitive, elle dépend pour une large part des critères utilisés pour la mesurer ou tout simplement pour la définir.

Le discours politique actuel en Afrique accorde une place, variable mais de moins en moins secondaire, aux considérations juridiques et aux échanges d'arguments de droit tirés de la Constitution et des interprétations dont elle fait l'objet. Les débats politiques sont portés sur le terrain du droit et privilégient « l'argument constitutionnel ». Signe d'un changement des esprits de la classe politique et des médias, la référence aux normes et à la légalité est devenue un passage obligé de la légitimité, tant vis-à-vis de l'opinion interne nationale que de la communauté internationale. Un exemple récent et particulièrement topique de cette évolution est donnée par la crise togolaise de février 2005 où les auteurs de ce qu'il faut bien appeler un coup d'État ont dû se placer sur le terrain du droit constitutionnel sans pour autant que les scénarios imaginés avec l'aide de conseillers aient convaincu... Dans ce sens, il n'est pas déplacé d'y voir une victoire du constitutionnalisme et, à tout le moins, la rançon de la volonté de mettre en œuvre effectivement un cadre juridique puisque chacun lui rend les armes. Cette soumission paraîtra formelle, mais elle n'est pas sans conséquences : elle impose, on serait tenté d'écrire « malgré tout », des limites aux protagonistes politiques y compris à ceux qui sont tentés par les dérives autoritaires.

B. Plusieurs autres indices vont dans ce sens. Comme l'illustrent nombre d'épisodes récents, les conflits peuvent être résolus par le recours au droit constitutionnel et les mécanismes prévus par la Constitution trouvent à s'appliquer. *La régulation des rapports politiques* n'est pas uniquement brutale ou armée, elle est aussi pacifique; elle n'est pas non plus seulement politique, elle est aussi juridique. Les ressources de l'ingénierie constitutionnelle sont mises à contribution pour dénouer les crises (v. *infra*). Degré supplémentaire dans la juridicisation du politique, les procédures juridictionnelles et le recours aux juges servent, aux lieux et place d'armes pour vider les conflits politiques et d'instruments stratégiques de l'action politique.

Le bilan que F. Moderne dressait, il y a vingt ans, de cours constitutionnelles inactives et parfois inexistantes hors sur le papier qui consignait leurs statuts, est dépassé⁴. Désormais, les cours et tribunaux se voient attribués par les textes des compétences étendues que dans certains cas ils peuvent exercer d'eux-mêmes en usant du pouvoir d'auto-saisine qui leur est reconnu (Bénin). Ils sont de plus en plus sollicités et s'attachent à remplir pleinement l'office qui leur a été confié⁵. Ils

⁴ « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in G. Conac (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, trois volumes, Economica, 1988.

⁵ V. Issa Abdourhamane Boubacar, *Les cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique: analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger*, thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, oct. 2002.

rendent des arbitrages parfois audacieux et leurs décisions sont respectées par les autorités politiques. Ainsi, les hautes juridictions n'hésitent elles pas à réformer des opérations électorales (au Mali en 1997 où la Cour suprême a annulé l'ensemble du premier tour des élections législatives), à remettre en cause le mandat d'un chef de l'État convaincu de violation de la Constitution (à Madagascar où le chef de l'État a dû démissionner en 1996 à la suite d'une procédure d'empêchement), à censurer les lois du Parlement ou les actes de l'exécutif pour inconstitutionnalité et, plus significatif encore, leurs jugements sont suivis d'effets. On observe en réel développement de leur activité, y compris en période de crise grave où il leur arrive de jouer en rôle déterminant⁶. Certaines cours développent une jurisprudence démontrant à la fois leur capacité d'imagination et leur indépendance d'esprit. La Cour la plus connue à cet égard est celle du Bénin qui a su imposer à plusieurs reprises sa censure pour inconstitutionnalité non seulement de lois mais aussi de décisions du président de la République ou encore refuser de procéder à l'annulation d'une loi demandée par le chef de l'État⁷. Sa décision récente en date du 13 juillet 2006 (*v. infra*) par laquelle elle a prononcé l'annulation d'une modification de la Constitution, régulièrement adoptée par l'Assemblée nationale apporte de manière remarquable une preuve supplémentaire de la capacité à élaborer les solutions nécessitées par la survenance de situations inédites et menaçantes pour le constitutionnalisme et la démocratie.

L'exercice des missions de la Cour du Bénin comme des autres juridictions constitutionnelles en Afrique n'est pas sans provoquer des réactions : on s'inquiète de les voir devenir un acteur du processus législatif et, dans leur interprétation du bloc de constitutionnalité, se saisir de notions à caractère politique⁸. On trouve démesuré un certain nombre de leurs pouvoirs, qui leur confèrent un rôle déterminant, par exemple lorsqu'elles sont juges d'élections, présidentielles ou même législatives, constituant un enjeu majeur dans les processus de transition démocratique. L'office des cours constitutionnelles parce qu'il concerne « le » et « la » politique n'est jamais chose aisée. Celles-ci rencontrent des difficultés dont les responsabilités ont des sources multiples. Certaines incombent aux comportements des juges, à la Constitution ou aux insuffisances de leurs textes

⁶ V. par ex. le rôle joué par la Haute cour constitutionnelle de Madagascar lors de la crise déclenchée par le déroulement des élections présidentielles du 16 décembre 2001: sous la contrainte de l'Organisation de l'unité africaine et l'intervention de la chambre administrative de la Cour suprême (arrêts nos 3 et 4 des 10 et 16 avr. 2002) ayant annulé le décret composant la Haute cour constitutionnelle, celle-ci, recomposée dans sa configuration antérieure au décret annulé, a accepté de procéder au recomptage des bulletins jusque là refusé et à la proclamation de l'adversaire du président sortant (arrêt du 29 avr. 2002)

⁷ Cour constitutionnelle du Bénin 23 déc. 1994, n° 34-94 (*Rec. Cons. Const.*, p. 159) déclarant non contraire à la Constitution la loi créant, contre l'avis du président de la République une Commission électorale nationale autonome, distincte de l'administration, chargée d'assurer l'organisation et la supervision des élections.

⁸ Comme elle l'a fait à propos de la composition de la Commission électorale nationale autonome (CÉNA) en examinant ce qu'il fallait entendre par « configuration politique » de l'Assemblée, expression utilisée par la loi pour déterminer la répartition des membres désignés par l'Assemblée.

fondateurs. Un colloque organisé par l'Association ouest africaine des hautes juridictions francophones⁹ a ainsi mis en évidence les possibilités de tensions, de contrariétés de jurisprudence et de chevauchement de compétence entre les hautes juridictions constitutionnelles, judiciaires et administratives; mais celles-ci tiennent moins à des abus de la part de la cour constitutionnelle qu' à son existence même et à l'absence de mécanismes de résolution des confits; ceux-ci devront être imaginés et mis en place, peu à peu, par la jurisprudence ou par la loi. D'autres difficultés ont aussi pour origine le jeu des politiques qui n'hésitent pas à instrumentaliser le droit constitutionnel et à se défaire sur les juges qui se trouvent investis de missions hautement sensibles et politiquement exposées. Ces critiques ne sont pas propres aux cours d'Afrique, mais elles visent des cours fragiles opérant dans un contexte peu favorable; témoignent de leur vulnérabilité les propositions de révision constitutionnelle destinées à encadrer ou à réduire leurs pouvoirs¹⁰ et les stratégies de contournement lancées par des gouvernements¹¹.

C.- L'exemple des cours constitutionnelles, mais il y a d'autres preuves de ces mutations, démontre que la célèbre formule du doyen Louis Favoreu, qui a fait justement fortune, selon laquelle « la politique est saisie par le droit » s'applique aussi en Afrique.

On ne saurait certes en négliger les limites réelles, ni se fonder sur quelques expériences pour préjuger de la nature démocratique et libérale ou non des solutions constitutionnelles en vigueur. Les critiques et les doutes émis sur la portée de l'encadrement juridique du pouvoir en Afrique sont fondés sur l'évidence d'une réalité qui s'impose : le retour à l'ordre constitutionnel et à sa légalité n'a pas suffi à régler sur le long terme les crises et les conflits. Le constitutionnalisme ne constitue pas toujours un facteur de pacification et de démocratisation du jeu politique; les constituants et les « pèlerins constitutionnels » souvent tributaires d'une approche essentiellement positiviste et universaliste ne prennent pas toujours en compte le fait qu'en fonction des moments, du degré de culture démocratique des acteurs et de la population, le droit constitutionnel est à l'origine

⁹ « Contrariété des décisions des hautes juridictions administratives, judiciaires et constitutionnelles dans l'espace francophone », Bamako, actes publiés dans la revue de l'AA-HJF, 14-17 juill. 2004.

¹⁰ Sur une présentation récente de ces critiques, F. J. Aivo, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois*, L'Harmattan, 2006, où, sous couvert d'une appréciation sur sa position et sa rationalisation l'auteur se demande si la Cour constitutionnelle du Bénin « n'en fait pas trop », si elle est mesurée dans l'usage qu'elle fait de ses compétences ou encore si elle n'abuse pas de sa position.

¹¹ En Centrafrique, à la suite de la conférence de Libreville organisée sous les auspices du présidente O Bongo, la Cour constitutionnelle de Transition a perdu une partie de ses pouvoirs électoraux au profit de la Commission électorale mixte indépendante composée de membres représentant les partis politiques, les organisations de la société civile et de l'administration; elle a notamment perdu la prérogative de se prononcer sur la validité des candidatures aux élections présidentielles et législatives, la publication de la liste des candidats et le contrôle de la régularité des opérations électorales (Ord. 15 nov. 2004).

de crises et devient l'auxiliaire de l'autoritarisme en lui fournissant de surcroît les arguments de sa légitimité. En ce domaine, en Afrique comme ailleurs, on ne saurait tout attendre du constitutionnalisme démocratique; en outre, rien n'est irréversible; l'histoire récente est faite de retours en arrière et d'exceptions souvent dramatiques.

Il convient cependant de remarquer que le constitutionnalisme africain est dans une certaine mesure plus victime que d'autres des présentations que l'on en fait et que les critiques qui lui sont adressées ne s'expliquent pas seulement par les insuffisances d'une réalité que tous s'accordent à reconnaître. Elles sont aussi alimentées et aggravées par une inclination de la doctrine, des chercheurs mais aussi des politiques et des acteurs internationaux à adopter des postures qui ont pour conséquence d'en donner une physionomie dévalorisante et d'en minimiser le rôle; de plusieurs manières qui peuvent être contradictoires : en véhiculant des modèles faits de présupposés sur la configuration que devraient adopter en quelque sorte « naturellement » les constitutions africaines (exemple du modèle, indéfini, souvent proposé de la démocratie directe et communautaire); ou en se bornant à une analyse de la réalité constitutionnelle en termes de mimétisme, particulièrement réductrice et au demeurant dépassée au fur et à mesure des années qui passent¹²; ou en projetant sous couvert de grilles d'analyse des approches normatives ou dogmatiques, privilégiant des thématiques et des approches qui ne correspondent ni nécessairement ni entièrement aux situations et priorités de l'Afrique. Pour ne prendre qu'un exemple, et sans méconnaître l'importance capitale de ce thème auquel le doyen Louis Favoreu a attaché son nom, la question est posée de savoir si tout le droit constitutionnel a pour problématique essentielle, sinon exclusive, la protection contentieuse des droits fondamentaux comme on le considère aujourd'hui dans les démocraties avancées et si c'est en fonction de ce seul critère que doit être appréciée la pertinence d'un régime constitutionnel ? N'y a-t-il pas d'autres défis, eux aussi prioritaires, qui ont existé dans les pays du Nord d'où ils n'ont pas totalement disparu d'ailleurs, tels que celui qu'a chaque État de trouver les règles capables de régir une situation, de la pacifier et de la démocratiser ? Ainsi qu'on le verra, d'autres priorités sont inscrites dans l'agenda actuel des constituants en Afrique comme dans celui des organisations internationales et régionales (Union africaine, Organisation

¹² Sans revenir sur une thématique abordée dans l'ouvrage collectif consacré à « la création du droit » (dir. D. Darbon, J. du Bois de Gaudusson, Karthala, 1996), on fera trois observations: l'histoire et le droit comparé enseignent que l'existence d'influences et de modèles constitutionnels n'est ni nouvelle, ni propre à l'Afrique; la situation constitutionnelle africaine est marquée par une donnée: celle de la dépendance et de la vulnérabilité aux influences extérieures (colonisation, sous-développement dans un contexte mondialisé) mais qui tendent à s'enchevêtrer (v. les phénomènes de diffusionnisme constitutionnel) et qui n'excluent ni adaptations ni amendements; la ressemblance de textes constitutionnels provient aussi de convergences, sans qu'il y ait eu conscience du caractère exogène des solutions retenues dans la mesure où ces dernières apparaissent relever de la technique constitutionnaliste elle-même et d'un patrimoine juridique commun.

Internationale de la Francophonie -OIF-, Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest -CEDEAO- notamment) et méritent une attention particulière.

II. LES TEXTES CONSTITUTIONNELS À L'ÉPREUVE DE LEUR MISE EN APPLICATION

Le constitutionnalisme en Afrique est l'objet d'une série d'interrogations relatives à la pertinence des choix opérés par les textes fondamentaux, aux dysfonctionnements du système constitutionnel ou encore à l'adaptation des mécanismes juridiques et dispositifs institutionnels mis en place. Et il n'est pas rare que l'on impute aux textes constitutionnels la responsabilité des crises qui secouent l'Afrique.

Les raisons en sont diverses. Certaines tiennent à une culture démocratique insuffisamment développée; d'autres sont liées aux constitutions elles-mêmes et aux conditions d'élaboration des textes fondamentaux. Écrits il y a quinze ans, ceux-ci sont des « constitutions de l'urgence », influencés par des modèles à la pertinence insuffisamment expertisés et rédigés sous l'empire de la nécessité pour tenter de relever sur-le-champ une série de défis exceptionnels : reconnaître le multipartisme et libérer le pluralisme politique qui ont profondément modifié la vie politique en Afrique, proclamer et garantir les droits et libertés fondamentaux contre des régimes autoritaires qu'il s'est agi de faire disparaître, redéfinir les statuts et compétences des pouvoirs publics dans le sens de la démocratie libérale... Bref, l'objectif de l'époque est d'engager ou réengager les États dans la voie du constitutionalisme démocratique et effectif. À cet égard, et malgré les limites de l'exercice, il a été atteint. Simplement beaucoup de dispositions et de choix ont subi avec difficultés l'épreuve de leur application.

A.- L'observation de quinze années de mise en œuvre montre une première série d'insuffisances -c'est-à-dire d'occasions de crise- qui tient à *l'écriture des constitutions*. Lors de l'application des textes, apparaissent des lacunes et des imprécisions rendant sans solution tel ou tel blocage ou difficulté. Ainsi, en est-il de textes mettant à la charge des autorités une obligation sans préciser la marche à suivre en cas d'inexécution, par exemple en cas de non promulgation d'une loi adoptée par le Parlement ou du refus de signer une ordonnance (ex. du Niger en 1996 ou des Comores en 2005-2006). Les protagonistes sont alors placés devant ce que l'on peut appeler, même si l'expression est contestée en doctrine, un « vide constitutionnel » ouvrant les voies aux interprétations les plus contradictoires et aux aventures politiques. Il est certes possible de se référer aux solutions utilisées

dans d'autres systèmes juridiques, par exemple dans la jurisprudence ou la tradition républicaine françaises, mais elles ne s'imposent ni avec force obligatoire ni avec celle de l'évidence aux acteurs, pas même au juge. En d'autres termes, le droit constitutionnel ne saurait échapper à une relecture de textes qui sont trop souvent, sur des points essentiels, de véritables nids à contentieux, des sujets de disputes juridiques et exégétiques et des occasions de crises politiques.

L'exercice est délicat dans la mesure où un surcroît de précisions procédurales n'est pas sans comporter le danger de conduire à un blocage ou à une impasse lorsque celles-ci ne sont pas respectées, parfois par simple manque de vigilance ou par impossibilité due aux circonstances. Plusieurs épisodes illustrent les difficultés provoquées par le dépassement des délais impartis par les textes fondamentaux pour tenir les élections tant présidentielles que législatives plaçant les gouvernants dans une situation non prévue par la Constitution et de ce fait nécessitant des transactions politiques engendrant à défaut de consensus, toujours difficile à obtenir, tensions et crises. On songe au Mali à propos des élections de 1997 et plus récemment à la Côte-d'Ivoire et aux Comores où l'expiration des délais constitutionnels pour procéder aux élections a nécessité, dans un contexte tendu, l'intervention de médiateurs internationaux et l'utilisation de méthodes d'interprétation des textes peu orthodoxes et sujettes à controverses.

B.- Une deuxième série de questionnements est relative *au contenu* même des dispositions constitutionnelles c'est-à-dire aux règles et mécanismes à propos desquels, fort de l'expérience acquise, on constate qu'ils sont difficiles à mettre en œuvre jusqu'à les rendre ineffectifs et inefficaces ou susceptibles d'entraîner des dérives non démocratiques ou encore qu'ils contiennent des germes conflictogènes.

Les thèmes d'évaluation et de discussion ne manquent pas. On retiendra l'un parmi les plus sensibles, sur lequel on a eu l'occasion de se pencher¹³, celui qui concerne le statut du chef de l'État, ses pouvoirs et son mode d'élection. Dans la quasi-totalité des États, l'institution présidentielle reste prépondérante. Il a été admis dans la classe politique et chez les constituants une sorte de consensus présidentiel, l'essentiel n'étant pas de savoir s'il était –et s'il est– nécessaire d'assurer l'autorité de l'exécutif et de son chef, mais de déterminer dans un contexte renouvelé la meilleure architecture pour y parvenir. Ainsi formulée, la problématique du chef de l'État en Afrique conduit à s'interroger sur le paradoxe d'une restauration démocratique animée et dominée par celle-là même des institutions qui a donné lieu aux excès qui sont à l'origine de son déclenchement. On attend du chef de l'État qu'il assure autorité et stabilité dans un contexte

¹³ V. « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'état en Afrique ? », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001.

politique peu propice, en raison d'un multipartisme débridé qui en même temps qu'il permet de borner les pouvoirs présidentiels favorise par son caractère inorganisé les glissements autoritaires et populistes. Les récentes modifications apportées, malgré les critiques et notamment celles du Secrétaire général de l'O.N.U., aux dispositions constitutionnelles limitant le nombre de mandats présidentiels au Sénégal, au Burkina Faso, au Tchad, etc., ainsi que celles relatives au mode de scrutin, (telles que le passage du scrutin majoritaire à deux tours au scrutin majoritaire à un tour auquel a procédé le Gabon en 2005), montrent que ces risques ne sont pas illusoires et qu'ils menacent les États les mieux engagés dans le processus démocratique.

D'autres sujets de réflexion sollicitent l'attention des constituants et des chercheurs par exemple, que penser des mécanismes constitutionnels conduisant à la suite de changements politiques à une situation de cohabitation dont le Niger a montré les dangers ? Selon quels mécanismes structurer certaines composantes de ce que l'on appelle la « société civile » et leur ouvrir la possibilité de participer au jeu politique ? Quel parti adopter face aux solidarités ethno-régionales en forte montée en puissance dont on voit dans certains États, comme le Cameroun ou le Burundi, qu'elles ne sauraient être plus longtemps ignorées par le constitutionnalisme ? Souvent présentées comme un régulateur privilégié des sociétés plures à fort centrage identitaire, les formules fédérales ou fortement décentralisatrices ne risquent-elles cependant pas de durcir et de rendre antagoniques les identités communautaires et culturelles jusqu' à rendre impossible le compromis démocratique, par essence politique ? De manière plus générale, quels arrangements institutionnels apporter au modèle de la démocratie pluraliste ? Comment reconnaître et mieux institutionnaliser le pluralisme juridique qui caractérise le quotidien des populations africaines et en qui l'on voit le moyen d'arrêter la dégradation d'un ordre étatique inopérant concurrencé qu'il est par des ordres juridiques informels et de restaurer la légitimité de l'État ? Ou encore comment traduire dans les institutions organisées autour du principe de la démocratie pluraliste majoritaire la recherche du consensualisme dont certains, à la suite d'A. Lijphart pensent qu'il serait moins conflictuel que le modèle libéral majoritaire et plus réceptif à la complexité des sociétés africaines et de leurs régimes politiques¹⁴ ?

¹⁴ V par ex. P. Moukoko Nbonjo, « Pluralisme socio-politique et démocratie en Afrique; l'approche consociationnelle ou de « Power sharing », Lomé, actes du 4^e colloque international de l'Association pour la promotion de l'État de droit, 21-23 avril 1994. *Contra*: J. M. Nzouankeu « À la recherche de nouvelles institutions efficaces et adaptées et de l'intériorisation de la culture institutionnelle », rencontres sur les pratiques constitutionnelles et politiques en Afrique: les dynamiques récentes, Cotonou 28 sept.- 1^{er} oct. 2005, OIF et Union africaine, qui s'interroge sur cette double revendication aux institutions de la démocratie pluraliste majoritaire et aux principes de la démocratie consensuelle, illustrée par le paradoxe d'investissements massifs pour organiser des élections dont on ne tire pas les conséquences, la préférence étant accordée à leur issue à un mode de gouvernement par consensus; il y voit un malentendu, un aveu d'impuissance et l'une des causes principales de l'inadaptation des institutions en Afrique.

Autant de questions fondamentales pour le développement démocratique. Elles ne sont pas toujours nouvelles, mais la pratique et les expériences vécues en renouvellent les termes comme peuvent l'être les réponses dont il est illusoire de penser qu'elles puissent être élaborées de manière générale et préétablies. De nombreux pays se livrent à cet exercice de réflexion critique et d'évaluation ainsi qu'à la remise en cause des textes fondamentaux comme en témoignent l'expérience de nombreux pays tels le Mali ou le Niger qui les soumettent au banc d'essai de forums nationaux et déclenchent les mécanismes de révision. Mieux, des instruments juridiques internationaux ont été adoptés qui font de leur adaptation régulière une des conditions d'une vie politique apaisée et un des critères du caractère démocratique du régime. Ainsi, par la Déclaration de Bamako adoptée le 3 novembre 2000, les ministres et chefs de délégation des États et gouvernements membres de l'Organisation internationale de la francophonie se sont-ils notamment engagés « à faire en sorte que les textes fondamentaux régissant la vie démocratique résultent d'un large consensus national, tout en étant conforme aux normes internationales, et soient l'objet d'une adaptation et d'une évaluation régulières ».

C.- Un des reproches fait aux réformes entreprises en Afrique serait de manquer d'imagination juridique¹⁵ et de réalisme. Bien des œuvres constitutives se bornent à reprendre des dispositions et modèles élaborés en d'autres lieux et en d'autre temps, prévus par un « droit constitutionnel mondial » diffusé par les organisations internationales ou régionales africaines et par les États du Nord et repris par les gouvernants des États du Sud sans toujours tenir compte de la situation sociale et politique et plus prosaïquement mais non moins réellement de leurs ressources.

Le propos doit cependant être nuancé. L'examen des textes montre, en effet, les efforts pour élaborer de nouveaux dispositifs et règles, inédits, dans la perspective de gérer effectivement les relations politiques et d'assurer le développement démocratique. On citera la création des commissions électorales nationales, les nouvelles institutions chargées de la protection des droits de l'homme et libertés (commissions nationales des droits de l'homme), les mécanismes garantissant aux minorités ethniques une place dans le partage du pouvoir suivant des systèmes inclusifs de gouvernement¹⁶ ou encore les modes d'élaboration constitutionnelle recherchant systématiquement le consensus.

¹⁵ Comme le regrettait J.-P. Elong Mbassi, avant-propos à C. Nach Mback, *Démocratisation et décentralisation: genèse et dynamiques comparés des processus de décentralisation en Afrique subsaharienne*, Karthala, 2003.

¹⁶ Ainsi la Constitution du Burundi adoptée le 28 février 2005 prévoit-elle en application du principe d'inclusion des groupes ethniques et des partis politiques minoritaires, consacré par l'accord sur le partage du pouvoir d'août 2004 que les deux vice-présidents doivent appartenir à des groupes ethniques et des partis politiques différents, que le ministre chargé de la force de défense nationale ne doit pas être de la même ethnie

Il faut reconnaître que la recherche de solutions appropriées par les États et leurs constituants et législateurs, est une tâche particulièrement complexe il est parfois reproché à ces derniers de ne s'être pas référé pour en tirer les conséquences lors de l'élaboration des nouveaux instruments constitutionnels à ce que l'on appelle les « valeurs et traditions africaines », sans trop savoir, au demeurant, ce qu'elles désignent, et en oubliant que leur invocation a servi dans le passé à justifier un certain nombre d'aventures autoritaires... Dans le même temps, les États sont tenus, parfois sous peine de sanctions des juges internationaux ou nationaux, de se conformer aux standards constitutionnels internationaux ou nationaux, de se conformer aux standards constitutionnels internationaux, aux normes internationales imposées par les conventions internationales qu'ils ont signées et aux conditionnalités des bailleurs de fonds auxquelles ils ont souscrit *volens volens*. La contradiction s'aggrave lorsque que les États se sont engagés alors qu'ils ne sont pas en mesure de mettre réellement en œuvre les obligations qu'ils ont contractées et qu'ils n'ont pas les moyens humains, matériels et financiers de faire fonctionner des appareils politiques, administratifs ou judiciaires supposant une capacité d'expertise inexistante ou insuffisante dans le pays et des budgets dépassant les ressources financières de l'État. En d'autres termes, on est aujourd'hui en présence d'un surinvestissement institutionnel et juridique, prolongeant et aggravant une tendance récurrente en Afrique. Un exemple en est donné par *la difficulté des États à mettre en pratique des systèmes juridictionnels* de plus en plus perfectionnés et étoffés; ainsi, en va-t-il de l'éclatement des cours suprêmes en trois ou quatre hautes juridictions (cour ou conseil constitutionnel, cour de cassations, conseil d'État, cour des comptes) encore encouragé récemment par une directive de l'Union monétaire et économique de l'Afrique de l'Ouest (UMEOA). Les nouveaux tribunaux ne sont-ils pas menacés dès leur création par l'insuffisance manifeste de magistrats nationaux et de crédits¹⁷ ? On peut, en outre, légitimement s'interroger sur les effets d'une telle réforme sur l'autorité et l'indépendance d'un pouvoir judiciaire ainsi divisé. Dans un autre sens, et sans se dissimuler les dangers du propos, l'on connaît l'absence d'indulgence de l'opinion internationale ou de la communauté des juristes y compris nationaux à l'égard de jurisprudences ne sanctionnant pas systématiquement les atteintes aux règles toujours plus exigeantes et plus sophistiquées du procès équitable telles qu'elles existent aujourd'hui en Europe et... qu'elles n'existaient pas il y a vingt ans!

que le ministre responsable de la police nationale, que des quotas ethniques doivent être respectés, selon des mécanismes complexes, dans la composition de l'exécutif et du gouvernement.

¹⁷ V. colloque de l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AA-HJF) consacré à « l'opportunité de l'éclatement ou non des Cours suprêmes africaines en plusieurs juridictions distinctes », Cotonou, 13-16 mai 2002, actes publiés dans la revue de l'association.

III.- LE CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN VICTIME DE SES NOUVEAUX USAGES?

La question pourra surprendre... Et pourtant, en même temps qu'il s'est répandu et qu'on place en lui de nouveaux espoirs, le constitutionnalisme soulève de nouvelles interrogations sur sa nature. À cet égard deux évolutions méritent attention.

A.- Un des phénomènes les plus marquants des dernières années est *l'utilisation du droit constitutionnel dans le cadre des nombreuses sorties de crises* qui affectent le continent africain. Un tel recours au constitutionnalisme n'est pas propre à l'Afrique et se retrouve par exemple en Europe centrale et orientale. Il n'est pas inédit non plus, on connaît les liens étroits et dialectiques qui unissent le droit constitutionnel et les crises. Historiquement et ontologiquement, le droit constitutionnel a pour vocation de prévenir les crises et, si celles-ci surviennent, de les soumettre à un traitement pacifique par le déclenchement de mécanismes connus des constitutionnalistes qui ont pour nom motion de censure, *impeachment*, dissolution, référendum... Ce qui est nouveau est la place systématiquement attribuée au droit constitutionnel et aux institutions dans le cadre des processus engagés généralement avec la communauté internationale pour résoudre ou tenter d'y parvenir les conflits non seulement politiques mais aussi armés.

Jadis, vilipendé pour son absence d'impact sur la société et le jeu politique, le constitutionnalisme est considéré comme offrant des ressources aptes à faciliter la conclusion de compromis politiques structurant la crise des États. Cette fonction s'est développée avec l'extension de ce que les géopolitiques appellent les « nouveaux conflits » qui échappent aux catégories traditionnelles¹⁸. Ils n'opposent plus seulement des États et leurs armées régulières mais des milices, des demi-soldes, des populations à la fois victimes, acteurs et objectifs, manipulés par de nouveaux seigneurs de la guerre se jouant des frontières et des règles les plus élémentaires posées par les conventions internationales. Ces conflits appellent de nouvelles approches et de nouvelles méthodes dosant avec subtilité et selon des proportions variables la légalité, le recours au droit et la négociation politique avec toutes les forces politiques, armées et civiles, en présence le plus souvent des tiers (personnalités, organisations internationales, régionales ou spécialisées) jouant le rôle de médiateur, de facilitateur ou de force pression. L'histoire récente des conflits offre plusieurs exemples de ces mécanismes alternatifs de règlement des conflits aux Comores, en République du Congo, au Rwanda, au Burundi ou en République Centrafricaine; ils sont le plus souvent les seuls à pouvoir être utilisés

¹⁸ V. le numéro de *Questions internationales sur « les conflits en Afrique »*, La Documentation française, janv.-févr. 2004, n°5.

sans toujours réussir. Ces procédures aboutissent à des accords consensuels qui donnent lieu et naissance à des montages surprenants comme en témoignent par exemple les cas de la République du Congo, de Madagascar avec les accords de Dakar, des Comores avec ceux d'Antananarivo et Fomboni ou encore de la Côte-d'Ivoire avec la conclusion en janvier 2003 des accords de Linas Marcoussis et les nombreux autres signés par la suite, à Accra, Abuja, Libreville ou Pretoria au gré des aléas de la vie politique ivoirienne. Avec ces accords politiques à contenu juridique, le juriste se trouve en présence de documents prévoyant des modifications de l'ordre constitutionnel mais n'ayant pas force de loi, qui sont modifiés au fur et à mesure que se poursuivent les négociations que ces accords n'arrêtent pas et dont on se demande comment leurs dispositions seront intégrées dans l'ordre juridique initial du pays¹⁹.

Cette utilisation politique du droit constitutionnel et le contexte de crise de son élaboration ne sont pas sans entraîner des conséquences d'abord sur le contenu des constitutions en harmonie avec les accords politiques qui en sont à l'origine, les textes prévoient des règles et mécanismes de partage du pouvoir, des procédés inclusifs et d'autonomie destinés à assurer la représentation et l'association des forces politique en jeu; le Burundi, la République démocratique du Congo, l'Union des Comores en offrent de bons exemples.

Ces nouvelles utilisations modifient ensuite les caractéristiques du droit constitutionnel. Elles illustrent, en premier lieu, l'internationalisation que connaît comme d'autres le constitutionnalisme africain²⁰. Tant sur le plan mondial que régional avec la Communauté économique des États avec l'Afrique de l'Ouest, l'Union africaine ou l'Organisation internationale de la francophonie, on assiste à l'émergence d'une prise en charge de la question constitutionnelle par les organismes internationaux et à l'émergence d'une « doctrine constitutionnelle » dont l'influence sur les États est loin d'être négligeable, on y reviendra; il en est notamment ainsi dans les processus de sortie de crise dont l'issue est assurée par la communauté internationale. Désormais, les États ne sont plus les seuls propriétaires de leur pouvoir constituant. En second, la question est posée de déterminer si l'instrumentalisation en quelque sorte maximale du droit constitutionnel telle que la Côte-d'Ivoire la connaît ne contribue pas à la dévalorisation du rôle du droit, à la déformation de sa nature et à la création d'un

¹⁹ Sur les problèmes en Côte-d'Ivoire, v. notre analyse, *L'accord de Linas Marcoussis, entre droit et politique*, Afrique contemporaine, 2003, n° 206.

²⁰ V., D. Maus, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges Gérard Conac*, Economica, 2001; E. Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 294, 2002; J.-F. Flauss, « L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme ? », in *Essays in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Athènes, éd. Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2004.

précèdent pour des causes futures moins honorables. Pour éviter que ce supplément de constitutionalisme n'entraîne sa perte, me convient-il pas de souligner que le rôle du droit constitutionnel, désormais systématiquement sollicité, ne s'apprécie pas identiquement selon les contextes et les « moments constitutionnels » dans lesquels il est utilisé ? Il apparaît que de ce point de vue, le recours au droit constitutionnel n'a pas la même signification et ne revêt pas les mêmes formes selon que l'on est en présence de régimes stabilisés ou de transitions de sortie de crise et à l'intérieur de celles-ci des distinctions sont à opérer selon notamment le type de crise (armée, non armée...) et le degré de fragilité de l'État²¹. En toute hypothèse il revient aux juristes et au droit, quand ils ont épuisé leur capacité de réflexion, d'interprétation et d'imagination, de reconnaître leurs limites; il est des épisodes de la vie politique, souvent les plus tragiques, qui échappent au droit et ne sauraient se régler en pure logique du droit et sur le seul terrain des arguments juridiques et des lectures de la Constitution. On n'ignore pas que la force du droit constitutionnel réside d'abord dans la volonté politique et le consensus des acteurs.

B.- Une autre source de danger, jusqu'ici presque ignorée, menace le constitutionnalisme : plusieurs épisodes illustrent les méfaits, plus actuels après quinze années de transition dans de nombreux pays de *l'utilisation non démocratique du constitutionnalisme*.

L'inflation démocratique et l'euphorie constitutionnelle qui ont caractérisé les années 1990 ont souvent occulté une évidence familière aux observateurs et aux politistes : l'absence de corrélation absolue entre constitutionnalisme et développement démocratique. Quinze années de pratiques illustrent l'épuisement des vertus démocratiques survalorisées d'un constitutionnalisme appelé à la rescousse de la lutte contre l'autoritarisme. Plusieurs épisodes récents à Madagascar, au Togo, dans les pays ayant modifié leurs modes de scrutins tant présidentiels que législatifs illustrent le danger de « manipulations constitutionnelles » faisant prévaloir la procédure sur le fond, la lettre du droit sur son esprit. Le risque est d'autant plus grand que le juridisme se transforme en juridicisme et que les textes juridiques tendent à être systématiquement interprétés et utilisés à des fins conflictuelles; les procédures et les règles deviennent des armes privilégiées pour provoquer et durcir les conflits et non plus des moyens de les résoudre. Les instrumentalisation politiques et partisans des règles constitutionnelles en arrivent à opposer les exigences de la légalité formelle à celles de la légitimité démocratique jusqu' à les voir s'affronter comme ce fût le

²¹ M. Gazibo, *Les paradoxes de la démocratisation en Afrique: analyse institutionnelle et stratégique*, Presses de l'université de Montréal, 2005; *Les trajectoires comparées des transitions africaines de sortie de crise: essai de typologie*, colloque préc., note 14, Délégation à la paix, aux droits de l'homme et à la démocratie, OIF-UA.

cas à Madagascar et en Côte-d'Ivoire. Plus grave, elles faussent le jeu démocratique et notamment celui de l'alternance, des gouvernements régulièrement élus se servant des pouvoirs et procédures constitutionnelles, respectées dans leur apparence, pour perdurer au pouvoir. Une des conséquences est la légitimation des changements non constitutionnels de gouvernements, considérés comme seule issue à l'impasse ainsi créée mais qui sont inutilisables parce que interdits au nom de la condamnation faite de recourir à de tels moyens...

Ces situations mettent à l'épreuve tant les théories classiques, telles celles du droit à l'insurrection ou de la désobéissance civile, élaborées pour lutter contre des régimes autoritaires *ab initio*, installés à la suite de coups de force que la doctrine des organisations internationales et régionales qui condamne par principe les coups d'État et toute prise du pouvoir par des voies anticonstitutionnelles. L'attitude de la communauté internationale face aux coups d'État en République Centrafricaine et en Mauritanie perpétrés contre des régimes devenus autoritaires est révélatrice de son embarras à mettre en œuvre les résolutions et les mécanismes de sanction qu'elle définit depuis quelques années²²... Il reste qu'aujourd'hui un des facteurs d'implantation et d'ancrage du constitutionnalisme tient aux acteurs internationaux qui en ont fait une de leurs priorités. Manifestation supplémentaire de l'internationalisation du droit constitutionnel qui au demeurant n'est pas sans précédents historiques,²³ la restauration, la promotion et la protection de l'ordre constitutionnel et de la démocratie sont devenus un objectif essentiel et stratégique pour la paix et la prévention des conflits ainsi qu'en définitive pour le développement économique. À cette fin, les organismes internationaux imaginent des mécanismes de prévention et d'alerte comme l'illustrent l'Organisation des Nations unies depuis ses trois agendas pour la paix, le développement et la démocratie, l'Union européenne dans la foulée de la mise en place de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), l'Union Africaine avec la création du Conseil de paix et de sécurité, la CEDEAO et son conseil de sécurité et de médiation ou encore l'OIF avec son système d'alerte précoce géré par la Délégation à la paix, aux droits de l'homme et à la démocratie... Elles

²² Les organisations continentales et régionales africaines ont récemment adopté des résolutions et décisions condamnant « les changements anticonstitutionnels de gouvernement » parmi lesquelles la déclaration dite du Caire sur la création au sein de l'OUA d'un mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits (28-30 juin 1993); la déclaration dite « de Lomé » (10-12 juill. 2000) sur le cadre d'une réaction de l'OUA face aux changements inconstitutionnels de gouvernement (AHG/decl. 5-XXXVI); la déclaration du 8 juill. 2002, sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique; le protocole en date du 9 juill. 2002 relatif au mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits de l'Union africaine; le protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et la sécurité en Afrique de l'Ouest (ACEDEAO) signé en décembre 1999 à Lomé.

²³ Le Japon et l'Allemagne de l'immédiate après-guerre sont des exemples de la réussite d'une adoption sous contrainte de la démocratie constitutionnelle et de « l'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix » pour reprendre le titre d'une étude de G. Conac, *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2004.

n'hésitent plus à intervenir en cas d'atteintes aux « valeurs et principes communs pour la démocratisation » en lesquelles elles voient une des sources principales des changements anticonstitutionnels de gouvernement.

Le constitutionnalisme n'est pas totalement démuni pour surmonter ces contradictions qui pourraient lui être fatales²⁴. De nouvelles voies sont explorées. Il en est qui concerne l'élaboration et la révision des textes fondamentaux dont on estime que le mode consensuel est de nature à limiter les risques de fraude à la Constitution²⁵. D'autres sont relatives au contenu des constitutions qui formulent expressément la condamnation des coups d'État et écartent formellement toute impunité de leurs auteurs²⁶. D'autres encore sont ouvertes par les juges qui s'attachent à conférer une valeur supérieure à la Constitution à un certain nombre de principes et dispositions donnant son caractère démocratique au régime et dont la violation même réalisée conformément aux procédures constitutionnelles entraîne la censure du juge.

Cette perspective ne relève plus du domaine de la prospective ni de la pure théorie en Afrique francophone comme en témoigne une récente jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin. Saisie d'une loi régulièrement adoptée par l'Assemblée nationale, prorogeant d'un an le mandat des députés, la Haute juridiction a déclaré inconstitutionnel le texte dans les termes suivants :

« Considérant que ce mandat de quatre 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 État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et

²⁴ Des arguments furent ainsi employés lors des récentes crises malgache, ivoirienne, mauritanienne et togolaise pour demander au droit, quitte à en modifier la nature et les principes fondamentaux, les moyens de surmonter cette contradiction nouvelle consistant à accepter la remise en cause, en dehors des procédures légales et constitutionnelles d'origine démocratique des gouvernants désignés conformément à la lettre de textes dont l'État de droit impose le respect quitte à conforter les régimes éloignés et s'éloignant des valeurs démocratiques. Le risque est grand de voir se développer pour résoudre cette difficulté des théories consacrant des conceptions floues et subjectives de la légalité et amoindrissant la valeur du droit constitutionnel en tant que norme fondamentale et obligatoire, dans la réalité comme dans l'imaginaire des populations et des élus vulnérables aux attraits d'une... légalité de l'insoumission.

²⁵ V. la déclaration de Bamako, précitée qui consacre le principe d'élaboration consensuelle des textes fondamentaux régissant le pouvoir politique.

²⁶ Ainsi, l'art. 121 de la Constitution du Mali dispose-t-il que « Le fondement de tout pouvoir en République du Mali réside dans la Constitution. La forme républicaine de l'État ne peut être remise en cause. Le peuple a le droit à la désobéissance civile pour la préservation de la forme républicaine de l'État. Tout coup d'État ou putsch est un crime imprescriptible contre le Peuple Malien ». L'article 29 de la Constitution de Mauritanie, adoptée par référendum du 25 juin 2006 soumet le président de la République, à travers le serment constitutionnel de ne pas modifier les dispositions relatives à la durée et à la limitation du nombre de mandats.

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; qu'en conséquence, (...) la loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006 sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé (...) contraire à la Constitution (...) »²⁷.

Malgré les risques d'une telle jurisprudence, on devine les possibilités qu'elle ouvre pour d'autres révisions et les perspectives favorables qu'elle offre à une perception du constitutionnalisme autre que purement technique et formelle. L'implantation d'un constitutionnalisme dans sa version démocratique dépend de bien d'autres facteurs : la diffusion de la culture démocratique, l'atténuation de la très grande pauvreté qui caractérise encore nombre d'Etats, une réelle détermination dans la lutte contre la corruption et la domination de l'argent dans les relations politiques, une réduction de l'intensité des conflits. Autant de conditions qui échappent aux juristes et constitutionnalistes, mais que ceux-ci ne sauraient négliger dans leurs analyses, leurs expertises, leurs prospectives et l'exercice de leur propre office. L'Afrique rappelle que la politique ne peut être saisie par le droit qu'à la condition qu'à son tour le constitutionnalisme soit saisi par la politique...

²⁷ Cour constitutionnelle du Bénin 13 juill. 2006, n° 06-074.