



L'Etat de droit dans le renouveau démocratique en Afrique noire francophone

Modeste Yombi

► To cite this version:

Modeste Yombi. L'Etat de droit dans le renouveau démocratique en Afrique noire francophone. Revue
Réflexions constitutionnelles, 2019, 002, pp.1-34. hal-02388805

HAL Id: hal-02388805

<https://hal.science/hal-02388805>

Submitted on 2 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ETAT DE DROIT DANS LE RENOUVEAU DEMOCRATIQUE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Par

Stéven Modeste YOMBI*

Docteur en Droit Public et Chercheur en Philosophie (Logique et Epistémologie)

Université Marien Nguabi de Brazzaville (Congo)

INTRODUCTION

« Etat de droit »¹, voilà un impératif catégorique, le dénominateur commun de tous les Etats modernes qui se réclament de l'idéologie démocratique, l'idée « *qui domine le droit constitutionnel moderne* »², notamment avec l'apport de la jurisprudence constitutionnelle pour consolider les acquis démocratiques³. Cette même idée se développe parallèlement en droit administratif⁴ avec le principe de légalité qui implique la soumission de l'Administration à la règle de droit afin « *de protéger les individus contre l'arbitraire auquel ils seraient exposés si l'Administration n'était liée par aucune règle préalable* »⁵. Comme on le voit, l'Etat de droit est bien ce concept magique qui gouverne notre ère en ce qu'il est à l'interface des branches du droit. Ce qui fait qu'il se mondialise « *en gagnant progressivement les Etats et les systèmes politiques aux quatre vents de la terre* »⁶. Cette diffusion internationale de l'Etat de droit s'explique dans la mesure où ce concept se présente comme le lit sur lequel

*Mode de citation : Stéven Modeste YOMBI, « L'Etat de droit dans le renouveau démocratique en Afrique noire francophone », *Revue RRC*, n°002 / Octobre 2019, p. 1-34

¹ Selon le maître de l'école de Strasbourg Raymond CARRE DE MALBERG, cette expression a été inventée par les juristes allemands Mohl, Qual et Gneist. Sur ce sujet, lire Léo HAMON, « L'Etat de droit et son essence », *RFDC*, 1990/4, pp.699 et ss. Lire aussi, Léopold DONFACK SOKENG, « A la recherche de l'Etat de droit. Notion. Acceptions. Application. », *Communication au Colloque de la CIB*, Yaoundé, Palais des Congrès, 07-12-2016, p.1.

² Louis FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1, spéc., 1990, p.79 ; du même auteur, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p.26.

³ Sur ce sujet, lire Dodzi Komla KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n°18, 2007, pp.87-128.

⁴ Le droit administratif peut être défini de deux points de vue. Au sens large, il désigne « *l'ensemble des règles juridiques applicables à l'activité administrative, que celles-ci soient de règles de droit privé ou qu'elles soient différentes de celles-ci* ». Au sens restreint, on réserve cette expression pour désigner « *les seules règles originales, c'est-à-dire distinctes de celles du droit privé* », in Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, 24^e éd., Dalloz, 2012, p.21. Il en résulte que le droit administratif n'est pas le droit de l'Administration, car selon René CHAPUS, cette dernière appellation peu utilisée d'ailleurs, caractérise un « *droit mixte fait pour une part de règles de droit public et pour l'autre des règles mêmes du droit privé* » et selon l'éminent auteur « *ce sont les premières qui constituent...le droit administratif* », in *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p.1. Pour un développement approfondi sur cette question, lire Jean-François LACHAUME, « La définition du droit administratif », in Pascal GONOD, Fabrice MILLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, pp.101-143.

⁵ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit., p.271.

⁶ Léopold DONFACK SOKENG, « A la recherche de l'Etat de droit », op.cit., p.1.

repose les démocraties contemporaines ou mieux leur réceptacle. Il s'en suit de là que toute société dans laquelle l'Etat de droit n'est pas consacré ni juridiquement garanti n'a point de démocratie. Comme l'a justement souligné Jacques Chevallier, l'Etat de droit est aujourd'hui « *posé comme une valeur en soi, dont le bien-fondé ne saurait être mis en doute et sur laquelle aucun compromis n'est possible* »⁷. Sa mise en place par le constituant interne et sa récupération par l'ordre juridique international s'explique par une méfiance de principe vis-à-vis des Etats dont on cherche à encadrer la puissance pour qu'elle ne devienne oppressive. Il exprime l'idée selon laquelle la souveraineté serait arbitraire si elle n'était pas limitée⁸. C'est dans cette mouvance que la doctrine a mis en avant la thèse de l'autolimitation de l'Etat par le droit⁹. D'une manière plus précise, il est loisible de définir l'Etat de droit en s'attachant, soit au cadre formel, soit au cadre substantiel. La première acceptation est fondée sur le respect de la hiérarchie des normes peu importe leur contenu. Ce qui par voie de conséquence implique que l'Etat respecte la « *norme-mère* »¹⁰ qu'est la Constitution ; il en est de même pour le pouvoir exécutif qui doit en outre respecter la loi. La seconde acceptation en revanche met l'accent sur quelques principes et valeurs fondamentaux qui s'imposent aux pouvoirs publics et leur respect est garanti par un ensemble de mécanismes de surveillance dont le contrôle de la constitutionnalité des lois et le contrôle de légalité. Cette dernière définition met l'accent sur la substance, le contenu même de l'Etat de droit. Le professeur allemand Stern concilie bien ces deux approches en ces termes : « *l'Etat de droit signifie que l'exercice de la puissance publique n'est autorisé que sur la base de la Constitution et de lois formellement et matériellement compatibles avec la Constitution ayant pour but la protection de l'être humain, la liberté, l'équité et la sécurité juridique* »¹¹. De cette définition découlent deux critères cumulatifs de l'existence de l'Etat de droit à savoir la soumission de l'Etat à la règle de droit qui limite son pouvoir et la garantie des droits de l'homme par le biais de recours juridictionnels et parfois non-juridictionnels. Cette analyse est partagée par le professeur Bernard Stirn qui considère qu' : « *une société connaît un Etat de droit lorsque les rapports entre ses membres sont organisés selon des règles qui définissent les droits de chacun et assurent les garanties nécessaires au respect de ces droits* »¹². Cette garantie est fondamentalement assurée par des procédés juridictionnels. Ainsi, la création des juridictions constitutionnelles autonomes¹³ dans les Constitutions africaines¹⁴ contribue de façon décisive

⁷ Jacques CHEVALIER, *Les doctrines de l'Etat de droit*, La documentation française, 1998, pp.27 et ss.

⁸ Emmanuel MOUBITANG, « La CEEAC et la crise centrafricaine », *Revue africaine des sciences juridiques*, n°2/2017, p.162.

⁹ Lire Raymond CARRE DE MALBELG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, réed., CNRS, 1962, 2 vol., t.2.

¹⁰ Jean GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 18^e édition, Montchrestien, 2002, p.162.

¹¹ STERN, cité par Jean-Paul JACQUE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 11^e éd., Paris, Dalloz, Les mémentos, 2016, p.11.

¹² Bernard STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, 2^e édition, LGDJ, 1995, p.13.

¹³ A cet effet, le professeur Adama Kpodar note à juste titre que « *le système de justice constitutionnelle qui prévalait et qui a perduré jusque dans les années 1980 était rudimentaire* », in « *Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le renouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo* », RBSJA, 2006, p.106. Cette analyse était bien avant développée par le professeur Franck MODERNE qui estimait dès 1989 que « *si l'on considère avec L. Favoreu qu'une Cour constitutionnelle est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement, du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendant de celui-ci comme des pouvoirs publics, rares seraient les institutions qui, en Afrique, répondraient à cette définition* », in « *Les juridictions constitutionnelles en Afrique* », in Gérard CONAC, dir., *Les cours suprêmes en Afrique*, T.II, Paris, Economica,

au relèvement de ce défi. Ce processus s'est poursuivi avec la mise en place des juridictions supranationales, à l'instar de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁵. Cette protection qui est aussi assurée par le juge administratif est subsidiairement complétée par la régulation confiée aux nouvelles autorités indépendantes dans divers secteurs : Commission électorale indépendante, Haute autorité en matière de communication audiovisuelle, médiateur de la République¹⁶, etc.¹⁷.

Historiquement, l'introduction de l'Etat de droit dans les Etats d'Afrique noire francophone fait suite à l'échec des régimes autoritaires dans ces Etats¹⁸. Dans ces conditions, l'avènement de l'Etat de droit est donc étroitement lié au renouveau constitutionnalisme africain opéré dans les années 1990. L'histoire du constitutionnalisme moderne en Afrique comprend trois ères ou périodes. La première ère s'étend de 1960 à 1964. Elle est marquée par la profession de foi des Etats africains aux impératifs constitutionnels classiques occidentaux. Pendant cette période, la plupart des régimes politiques de ces Etats étaient fondés sur les principes traditionnels du constitutionnalisme libéral : l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Ce fut l'âge d'or du constitutionnalisme en Afrique. La deuxième ère commence aux alentours de 1964-1965 et s'achève en 1990. Elle est dominée par la forte influence du constitutionnalisme soviétique et la déconnexion à la dogmatique constitutionnelle occidentale. Comme l'explique

1989, p.3. Dans ces Etats, le contentieux constitutionnel était confié, soit à une chambre constitutionnelle (voir par exemple : article 58 de la Constitution du Dahomey du 26 novembre 1960 ; article 42 de la Constitution malienne du 22 septembre 1960 ; article 70 de la Constitution togolaise du 11 mai 1963), soit à la Cour suprême (au Sénégal, c'est la Cour suprême qui fut investie de la compétence en la matière ; voir article 62 de la Constitution du 26 août 1960), à l'exception du Djibouti (article 2 de la loi constitutionnelle n°LR/77-002 du 27 juin 1977), de Madagascar (articles 88 et 89 de la Constitution du 31 décembre 1975) et du Congo (Constitution du 8 juillet 1979, modifiée par l'ordonnance n°078/84 du 7 décembre 1984) qui optèrent pour l'autonomie. Voir à cet effet, Placide MOUDOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Sciences juridiques*, volume 9, n°3, 2008, p.4 et ss.

¹⁴ Lire Franck MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in Gérard CONAC, dir., *Les cours suprêmes en Afrique*, op.cit. ; du même auteur, « L'évolution des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache », in Gérard CONAC, dir., *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache*, Paris, Economica, 1979 ; « Les processus de démocratisation en Afrique », in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, Colloque de Paris 12-13 décembre 1990 ; Théodore HOLO, « Emergence de justice constitutionnelle », in *Revue Pouvoirs*, n°129 ; Placide MOUDOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Sciences juridiques*, Volume 9, n°3, 2008 ; Jean-Pierre MASSIAS, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du post-communiste », in Slobodan MILACIC (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale, bilan et perspectives*, p.139 ; Alouine Bouda FALL, « Le juge constitutionnel, artisan de la démocratie en Afrique ? », 2013, 20 p.

¹⁵ Voir Protocole du 9 juin 1998.

¹⁶ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », *Revue Juridique et politique des Etats francophones*, n°4, octobre-décembre 2003, p.447.

¹⁷ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique: réflexions sur les interactions normatives, institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Bordeaux, 2017, p.801. L'auteur présente l'Etat de droit comme un préalable à l'entrée ou à l'adhésion dans les organisations communautaires. A titre d'illustration, il cite l'importance activité de promotion de la Commission de Venise pour le respect et l'effectivité de l'Etat de droit non seulement dans l'espace européen (à l'endroit des pays d'Europe de l'Est et du Centre désireux de rejoindre l'Union européenne) mais aussi dans beaucoup de pays africains et américains.

¹⁸ Sur ce sujet, lire Alain MOYRAND, « Réflexions sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique noire francophone », *R.I.D.C.* 4-1991, pp.853-878.

Gérard Conac : « *Le constitutionnalisme soviétique, outre la force d'attraction que lui confère la puissance de l'URSS, fournit aux gouvernants africains certaines solutions qui paraissent plus adaptées à la spécificité de leurs problèmes que les modèles occidentaux* »¹⁹. Pendant cette période, non seulement le pouvoir est centralisé et personnalisé mais également l'autoritarisme est élevé au rang des préceptes de gouvernement. La troisième ère s'ouvre à partir de 1990. Elle marque la sortie des Etats africains de la caverne du modèle soviétique qui en réalité n'était qu'un "monstre juridique" et la réanimation des préceptes constitutionnels adoptés au lendemain des indépendances. C'est justement pendant cette période à en croire Adama Kpodar que « *les impératifs constitutionnels des années 1960, connurent la grâce de Lazare* »²⁰. On assiste alors à une anacyclose qui passe tour à tour par l'acceptation, la répudiation et la réhabilitation, puis le détournement encore. Tout se passe comme si le constitutionnalisme en Afrique est toujours à la recherche d'un modèle et que l'Afrique ne sait plus à quel pied danser.

Ainsi, la véritable question qui se pose est de savoir si près de trois décennies de renouveau démocratique en Afrique noire francophone, l'Etat de droit a-t-il atteint ce double objectif qu'est la soumission de l'Etat à la règle de droit et la garantie des droits de l'homme ? Peut-on encore parler de l'Etat de droit en Afrique noire francophone dans un contexte de crise de la normativité de la constitution²¹ ? Ce thème récurrent du discours politique et de la dogmatique juridique²² ne serait-il pas devenu simplement le droit de l'Etat ? Encore faut-il se demander de quel Etat s'agit-il et quel est ce droit ? Le but principal de cette étude est de vérifier le degré de la mise en application des principes de l'Etat de droit dans le renouveau démocratique africain afin de démontrer que ce concept est le socle même de la démocratie. Malgré cela, cette recette occidentale²³ est « *profondément liée à une certaine culture et idéologie qui ne font pas partie du vécu africain* »²⁴. D'où pour appréhender cette question dans toute sa complexité²⁵, il importe de confronter le rêve à la réalité, l'idéal d'un Etat de droit en Afrique noire francophone « *à la résistance, la résurgence des pratiques autoritaires qui vident les nouvelles Constitutions de leur substance* »²⁶. Cela passe avant tout par l'analyse des différents éléments, qui en théorie attestent que le renouveau démocratique en Afrique noire francophone vise la construction de l'Etat de droit. Ensuite, il sera question de rechercher si cette réelle volonté s'applique dans la réalité. Cette approche conduira à

¹⁹ Gérard CONAC, « L'évolution constitutionnelle des Etats francophones d'Afrique noire et de la République démocratique de malgache », in *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache*, Paris, Economica, 1979, p.13.

²⁰ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2013, p.3.

²¹ Lire Frédéric Joël AIVO, « La crise de normativité de la constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, pp.141-170.

²² Lire Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.446.

²³ Nous le qualifions ainsi parce que le concept d'Etat de droit est né en Europe. Il a été introduit dans le droit français par Raymond CARRE DE MALBERG dès 1920 à partir de la notion allemande de '*Rechtsstaat*'. Il a connu son expansion à partir des années soixante-dix.

²⁴ Alain MOYRAND, « Réflexions sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique noire francophone », op.cit., p.853.

²⁵ Adama KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le renouveau constitutionnalisme », op.cit., p.110.

²⁶ Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? », op.cit., p.19.

démasquer le visage caché de l'Etat de droit en Afrique noire francophone. Ce qui permettra de constater qu'en dépit de la consécration de l'Etat de droit, son effectivité reste menacée.

I-UN ETAT DE DROIT CONSACRE

Depuis la chute du mur de Berlin, les Etats d'Afrique noire francophone ont canonisé le concept d'Etat de droit. Cette canonisation résulte notamment de sa constitutionnalisation et surtout de sa protection par des mécanismes à la fois juridictionnels et non juridictionnels.

A-Un concept constitutionnalisé

La constitutionnalisation de l'Etat de droit dans les Etats d'Afrique noire francophone passe par l'affirmation libérale des droits et libertés et l'encadrement du pouvoir politique, notamment sa soumission à la règle de droit.

1-L'affirmation libérale des droits et libertés

« Pour qu'une Constitution soit bonne, déclarait Mounier, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme et qu'elle les protège évidemment »²⁷. Cette observation de Jean-Joseph Mounier au moment de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 est toujours à l'ordre du jour, car le renouveau démocratique africain opéré dans les années 1990 s'inscrit dans cette logique. En effet, en souscrivant au constitutionnalisme libéral, les Etats d'Afrique noire francophone ont aussi proclamé solennellement les droits et libertés à travers la Constitution. Les nouvelles Constitutions africaines adoptées après 1990 à la faveur du nouveau démocratique consacrent de nombreux articles à énoncer les droits fondamentaux de la personne. Cette réappropriation par ces Etats des valeurs et des mécanismes apparus au XVIII^{ème} siècle en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et en France « ouvre la voie à un véritable renouveau constitutionnel qui offre aux comparatistes constitutionnalistes un vaste et riche champ d'investigation »²⁸. Cette proclamation constitutionnelle s'est vue complétée par l'adhésion²⁹ aux conventions internationales qui viennent renforcer le bloc de constitutionnalité de ces Etats. La doctrine qualifie de « bloc de constitutionnalité » l'ensemble des normes de référence auxquelles doivent satisfaire les lois pour être conformes à la Constitution. Ces normes sont donc de rang constitutionnel³⁰. En France, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association³¹, tant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le Préambule de la Constitution de 1946 sont intégrés dans le bloc de constitutionnalité. Mais l'approche africaine du bloc de constitutionnalité qui est essentielle en matière des droits fondamentaux se distingue de

²⁷ Jean-Joseph MOUNIER cité par Philippe ARDANT, « Les Constitutions et libertés », in *Pouvoirs* n°84-1998, p.61-74.

²⁸ Ibid.

²⁹ L'adhésion désigne l'acte par lequel un Etat non partie à un traité se place sous l'empire de ses dispositions. On emploie aussi le nom accession. Elle s'oppose à la ratification qui elle désigne l'approbation d'un traité par les organes internes compétents pour engager internationalement l'Etat (le plus souvent le Chef de l'Etat, avec parfois l'autorisation du Parlement). Voir, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 13^e éd., Dalloz, p.21 et 459.

³⁰ Jean Paul JACQUE, *Droit constitutionnel*, op.cit., p.165.

³¹ Décision n°71-44 DC à laquelle le Conseil constitutionnel français consacre le caractère constitutionnel de la liberté d'association à travers une référence au Préambule de la Constitution de 1948.

l'approche française dans la mesure où elle est d'origine internationale³². Les Constitutions africaines post conférences nationales souveraines renvoient aux instruments juridiques internationaux relatifs aux droits fondamentaux de la personne humaine. Le constituant africain, non seulement, a incorporé ces instruments dans la Constitution, mais a même pris le soin de mentionner que ceux-ci font partie intégrante de la Constitution. Ainsi, le bloc de constitutionnalité en matière des droits fondamentaux dans le renouveau démocratique africain se compose pour l'essentiel de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. A cela, il convient d'ajouter les divers autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme régulièrement ratifiés³³ et la jurisprudence du juge constitutionnel. On voit que le bloc de constitutionnalité des Etats africains dans la perspective du contrôle de constitutionnalité de la loi est significativement élargit. Ce qui fait dire à Yves Madiot que « *le cheminement de certains Etats africains vers une prise en compte et une garantie des libertés, cheminement conduit par des « exécutifs puissants » face à des « législatifs prudents, et craintifs », nécessiterait une étude approfondie que les appréciations légèrement condescendantes apportées sur ces évolutions* »³⁴. L'affirmation libérale des droits et libertés fondamentaux n'est pas le pilier exclusif de l'Etat de droit. Celui-ci appelle en outre à l'encadrement juridique du pouvoir politique.

2-L'encadrement juridique du pouvoir politique

En Afrique comme partout d'ailleurs, l'encadrement juridique du pouvoir politique passe par la limitation du pouvoir et sa soumission à un contrôle.

a-Un pouvoir limité

L'Etat de droit est fondé sur l'idée que le pouvoir ne peut s'exercer que par le droit. Ainsi, l'encadrement juridique du pouvoir met en avant l'institutionnalisation du pouvoir. Voilà pourquoi depuis 1990, on est passé « *d'un pouvoir quasi monarchique à un pouvoir limité* »³⁵ avec notamment la limitation dans le temps du mandat présidentiel ou encore « *un*

³² Cette approche s'oppose à l'approche française qui ne connaît pas une valeur constitutionnelle aux normes internationales. En effet, comme l'affirme le doyen Louis FAVOREU, « *le juge constitutionnel n'assure pas le contrôle de la conformité des lois aux engagements internationaux* ». L'argument repose sur l'idée que les engagements internationaux dépendent étroitement du pouvoir exécutif. Voir à cet effet, Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et les partis politiques », Paris, Economica, 1982, p.74.

³³ Au Bénin par exemple, le préambule de la Constitution du 11 décembre 1990 proclame « *l'attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'Homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité africaine, ratifié par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution et du Droit béninois et ont une valeur supérieure à une loi interne* » ; Cameroun, le préambule de la Constitution indique que le peuple camerounais « *affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et toutes les conventions internationales y relatives et dûment ratifiées...* ». L'article 65 de ladite Constitution évite tout débat éventuel sur la nature juridique du préambule : « *Le préambule fait partie intégrante de la Constitution* ».

³⁴ Yves MADIOT, *Droits de l'homme*, 2^e éd., Paris-Barcelone-Bonn, 1991, p.25.

³⁵ Latré Nono Kafui LAWSON, *Processus de démocratisation des années 1990 à nos jours : le cas du Togo*, Mémoire de DEA, Université d'Abomey-Calavi, 2010, p.50.

encadrement du fait du mandat »³⁶. La disposition déterminant le nombre de mandats présidentiels dans presque toutes les Constitutions africaines adoptées ou amendées dans les années 90 a stipulé deux mandats. Il en est ainsi du Bénin³⁷, du Burundi³⁸, du Cameroun³⁹, du Congo⁴⁰, du Gabon⁴¹, de la Guinée Conakry⁴², du Mali⁴³, du Niger⁴⁴, de la Centrafrique⁴⁵, du Rwanda⁴⁶, du Sénégal⁴⁷, du Togo⁴⁸, du Tchad⁴⁹. Dans cette évolution, le mandat de cinq ans est le plus dominant⁵⁰, avec des rares exceptions de six⁵¹ et sept ans⁵². Certaines Constitutions issues de ces transitions démocratiques inscrivaient même le nombre de mandats dans la catégorie de normes intangibles, insusceptibles de faire l'objet d'une révision constitutionnelle⁵³.

La limitation du pouvoir politique s'est traduite aussi par l'institutionnalisation de la fonction de Premier ministre. Il s'agit comme on le voit d'une certaine volonté de lutter contre « *l'absolutisme des régimes présidentielistes voire l'autoritarisme et le prétorianisme des pouvoirs d'antan* »⁵⁴. Ce choix du bicéphalisme exécutif en Afrique n'est pas sans intérêt. Il s'agit de la volonté de rejeter le constitutionnalisme soviétique qui avait présenté ses limites et se conformer au nouvel ordre du constitutionnalisme libéral, car la défaite politique et économique de la puissance de l'U.R.S.S a secrété aussi la défaite de son modèle juridique. D'où la remise en cause du socialisme par les Etats africains à partir des années 90 s'est accompagnée peu à peu par l'abandon du constitutionnalisme d'inspiration soviétique. En cela, la limitation du présidentielisme est conforme aux standards démocratiques car il s'agit d'un « *processus de réhabilitation du constitutionnalisme occidental* »⁵⁵. A cela s'ajoute le contrôle du pouvoir.

b-Un pouvoir contrôlé

³⁶ Godefroy MOYEN, « L'exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain », op.cit., p.45.

³⁷ En vertu de l'article 42 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, « *Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de 5 ans, renouvelable une seule fois. En aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels* ».

³⁸ Cf. article 61 la Constitution du 13 mars 1992.

³⁹ Cf. article 6 de la Constitution du 18 janvier 1996.

⁴⁰ Cf. article 68 de la Constitution du 15 mars 1992.

⁴¹ Cf. article 9 de la Constitution du 26 mars 1991.

⁴² Cf. article 24 de la Constitution du 23 décembre 1990.

⁴³ Cf. article 30 de la Constitution.

⁴⁴ Cf. article 37 de la Constitution du 12 mai 1996.

⁴⁵ Cf. article 23 de la Constitution du 28 décembre 1994.

⁴⁶ Cf. article 40 de la Constitution du 10 décembre 1991.

⁴⁷ Cf. article 21 de la Constitution du 7 mars 1963 révisée le 2 mars 1998.

⁴⁸ Cf. article 59 de la Constitution du 14 octobre 1992.

⁴⁹ Cf. article 61 de la Constitution du 14 avril 1996.

⁵⁰ Cas du Bénin, du Congo, du Gabon, de la Guinée Conakry, du Mali, du Niger, du Rwanda, du Tchad.

⁵¹ Cas du Burundi et de la Centrafrique.

⁵² Cas du Cameroun et du Sénégal.

⁵³ C'est le cas au Congo avec l'article 178 alinéa 2 de l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 repris dans l'article 185 de la Constitution du 20 janvier 2002 ; en République démocratique du Congo avec l'article 220 de la Constitution du 18 février 2006.

⁵⁴ Ibid., p.226.

⁵⁵ Jean GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 20^e éd., Montchrestien, 2004, p.431.

Le pouvoir exécutif a souvent été présenté par la doctrine comme virtuellement porté à menacer les droits et libertés fondamentaux parce que détenteur de la force publique⁵⁶. Une telle affirmation tient notamment compte de l'observation de Saint-Just qui dès 1793 évoque que : « *le peuple n'a qu'un ennemi dangereux, c'est le gouvernement* »⁵⁷. Face à cette menace permanente, les Constitutions africaines adoptées après la Conférence franco-africaine tenue à la Baule en 1989 tentent d'encadrer l'exécutif en montrant que celui-ci n'est plus un pouvoir isolé placé au-dessus de la mêlée, sans aucun contrôle. Le professeur Godefroy Moyen parle du passage « *d'un exécutif exagérément fort placé au-dessus de la mêlée institutionnelle à un exécutif théoriquement encadré dont la sphère de compétence est constitutionnellement préconçue* »⁵⁸. Cette soumission de l'exécutif est rendue possible par le contrôle du parlement et celui du juge constitutionnel. Nous nous intéresserons au premier et le deuxième aspect du contrôle fera l'objet du paragraphe suivant. Le contrôle parlementaire de l'exécutif est l'une des composantes de la séparation des pouvoirs. Celle-ci « *est solennellement consacrée par toutes les Constitutions africaines comme pour conjurer les démons de la confusion des pouvoirs qui avaient caractérisé la période autoritaire des régimes africains* »⁵⁹. En effet, dans les régimes libéraux quel que soit leur nature (présidentielle ou parlementaire), le Parlement assume « *une double fonction inhérente au régime représentatif de contrôle du Gouvernement et de vote de la loi* »⁶⁰. Les Parlements africains n'échappent pas à cette logique. Ainsi, au Togo par exemple, il est prévu que « *l'Assemblée nationale vote en dernier ressort la loi. Elle contrôle l'action du Gouvernement* » et « *le Sénat reçoit pour délibération des projets et les dispositions de la loi* »⁶¹. Le constituant béninois indique de son côté que le Parlement « *exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action du gouvernement* »⁶². On retrouve de telles dispositions dans l'ensemble des Constitutions d'autres pays. Ce contrôle contribue à renforcer l'Etat de droit dans le sens où le Parlement veille sur la réalisation de la politique générale de l'Etat et surtout le respect des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. Ce terme de contrôle est multiforme. Il va de l'interpellation, les questions écrites et orales, l'audition en commission et l'enquête parlementaires. Les implications d'un tel contrôle ne sont pas les mêmes d'un pays à un autre. Dans les pays à régime parlementaire, un tel contrôle peut aboutir à la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement. Cependant, dans les pays à régime présidentiel, il est exclu toute possibilité de mise en difficulté du gouvernement. Ce régime évite les crises qui peuvent résulter de la dissolution du Parlement ou du renversement du gouvernement⁶³, offrant ainsi une plus grande efficacité de l'action gouvernementale grâce à la stabilité et à l'indépendance de l'action de l'exécutif⁶⁴. Aussi, le système de l'Etat de droit nécessite des instruments de sa mise en œuvre effective.

⁵⁶ Godefroy MOYEN, « L'exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain », op.cit., p.42.

⁵⁷ Cité par Jean GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 15^e éd., Précis, Dalloz, 1990, p.495.

⁵⁸ Godefroy MOYEN, « L'exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain », op.cit., p.44.

⁵⁹ Babacar GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n°129, 2009, p.16.

⁶⁰ Jean GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 18^e éd., Montchrestien, 2002 p.664.

⁶¹ Cf. article 81 de la Constitution.

⁶² Cf. article 79 de la Constitution.

⁶³ Mahoussi Gabriel ALLOGNON, « L'expérimentation des régimes politiques en Afrique », op.cit., p.119.

⁶⁴ Dmitri Georges LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones*, Paris, Pedone, 1976, 1976, p.21.

B-Un concept théoriquement protégé

L'existence d'un Etat de droit se manifeste avant tout par la soumission de toutes les autorités publiques au respect des droits fondamentaux⁶⁵. Cette soumission est rendue possible par l'existence d'un contrôle à la fois non-juridictionnel et juridictionnel.

1-La protection non-juridictionnelle

Dans les systèmes africains, l'Etat de droit est garantie subsidiairement par les autorités administratives indépendantes. Il en est ainsi du Médiateur de la République et plusieurs autres autorités régulatrices des secteurs sensibles.

a-Le Médiateur de la République

En Afrique plus que partout ailleurs, le déficit ou la crise des mécanismes régulateurs classiques justifie l'utilité, voire la nécessité, de besoins nouveaux en matière de contrôle. Le médiateur s'offre comme une louable et heureuse alternative⁶⁶. En effet, inspiré d'une tradition scandinave (*ombudsman*), implanté en France en 1973, le Médiateur de la République tient son existence⁶⁷ dans les Etats d'Afrique noire francophone selon les cas par la Constitution⁶⁸, la loi⁶⁹ et même par décret⁷⁰, à la faveur de l'émergence de la démocratie politique qu'il entend prolonger par la démocratie administrative⁷¹. Il est chargé notamment de « *simplifier et d'humaniser* »⁷² les rapports entre les administrés d'une part, et les administrations étatiques ou locales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public d'autre part. Il s'agit d'un intermédiaire entre les pouvoirs publics et les citoyens, saisi de toutes revendications des seconds relatives au fonctionnement ou plutôt au dysfonctionnement des premiers⁷³. Dans ce cas, il facilite, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur les droits que les citoyens tiennent des textes⁷⁴. Le médiateur de la République constitue ainsi un cadre propice aux institutions de médiations, car en Afrique, « *la pratique de la palabre y est une tradition* »⁷⁵. Déjà dans les années 1980, Pambou-Tchivounda plaidait pour l'institution d'un

⁶⁵ Jean Paul JACQUE, *Droit constitutionnel*, op.cit., p.112.

⁶⁶ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique : réflexions sur les interactions normatives, institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO*, Thèse de doctorat de droit public, Bordeaux, 2017, p.403.

⁶⁷ Placide MOUDOU DOU et Jean Paul MARKUS, *Droit des institutions administratives congolaises*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.134.

⁶⁸ En République du Congo, voir successivement l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 (titre IX, art.76 et 77), la Constitution du 20 janvier 2002 (titre XIII) et aussi la Constitution du 25 octobre 2015.

⁶⁹ Au Burkina Faso, voir la loi organique du 17 mai 1994 portant institution du médiateur du Faso ; au Sénégal, voir la loi n°91-14 du 11 février 1991 instituant un médiateur de la République.

⁷⁰ Au Gabon, voir le décret du 16 juillet 1992 portant création du médiateur.

⁷¹ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.462.

⁷² Voir la loi organique n°9-98 du 31 octobre 1998 portant institution, attributions et fonctionnement du Médiateur.

⁷³ Ibid., article 3.

⁷⁴ Placide MOUDOU DOU et Jean Paul MARKUS, op.cit., p.134. Toutefois, il faut remarquer que le recours au Médiateur de la République n'exclut en rien le recours aux tribunaux : s'il a vocation à éviter les procès, il ne se substitue pas au juge, dont d'ailleurs il ne peut remettre en cause les décisions. Voir à cet effet, la loi organique congolaise, op.cit., article 19.

⁷⁵ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.462.

« palabreur » afin de faciliter les rapports entre l'administration africaine et ses usagers, « *palabreur qui ferait figure de guide et d'éducateur sur le long et difficile chemin de l'accession à la conscience juridique* »⁷⁶. Cela peut se vérifier dans la mesure où la médiation est moins coûteuse et techniquement plus simple que les procédures juridictionnelles auxquelles les citoyens sont peu portés⁷⁷. Aussi, dans le cadre du droit africain, « *la conciliation joue un rôle de premier plan d'autant qu'elle permet, grâce à l'accord des parties, de préserver l'équilibre social auquel les africains sont attachés par-dessus tout* »⁷⁸.

Pour Gérard Conac, c'est l'inaccessibilité et la sous médiatisation du juge administratif africain qui est à l'origine de l'institutionnalisation de la médiation comme complément au rôle du juge dans la consécration de l'Etat de droit en Afrique⁷⁹. Ainsi, les administrés disposent désormais d'une possibilité de protéger leurs droits contre les actes illégaux de l'administration, à défaut de saisir le juge administratif. Dans cette perspective, « *l'institution d'une nouvelle autorité, plus accessible, qu'ils (administrés) peuvent saisir directement, sans lourdeur d'une procédure écrite peu ouverte aux populations analphabètes* »⁸⁰, est une avancée dans le cadre de la démocratie administrative et de la gouvernance démocratique⁸¹. Au début de la décennie 90, Kéba Mbaye soulignait avec pertinence que « *l'un des problèmes urgents auquel il importe d'apporter une solution dans de nombreux pays africains, ce n'est pas l'existence ou la reconnaissance formelle de tel ou tel droit ou liberté mais plutôt son exercice effectif ou sa jouissance réelle* »⁸². Dans ces conditions, l'institution du Médiateur de la République dans la quasi-totalité des Etats d'Afrique noire francophone dans la dynamique des transitions démocratiques engagées depuis 1990 vient garantir l'effectivité des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. D'ailleurs, plusieurs exemples le démontrent.

b-La régulation des secteurs sensibles

L'Etat africain contemporain reste essentiellement marqué par ce qu'on appelle généralement, « la crise de l'Etat providence »⁸³. Cette crise multidimensionnelle qui n'épargne aucune de ses composantes écrit Abraham Hervé Diompy, est pour l'essentiel une crise d'ordre institutionnel. Le bilan très critique de près de trente années de gestion

⁷⁶ Pambou-Tchivounda (G), *Essai sur l'Etat africain postcolonial*, Paris, LGDJ, 1982, p.139.

⁷⁷ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.462. Pour approfondir, lire Benjamin BOUMAKANI, « Les médiateurs de la République en Afrique noire francophone. Sénégal, Gabon, Burkina-Faso », *Revue internationale de Droit Comparé*, n°2, 1999, pp.307-329 ; du même auteur, « La médiation dans la vie administrative », *Revue du Droit public*, 2003.

⁷⁸ Benjamin BOUMAKANI, « Les médiateurs de la République en Afrique noire francophone. Sénégal, Gabon, Burkina-Faso », op.cit., p.3010.

⁷⁹ Lire Gérard CONAC, « Le juge de l'Etat de droit en Afrique subsaharienne », in *Afrique contemporaine*, n°156, 1990, p.19.

⁸⁰ Sory BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : étude des cas en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, p.314.

⁸¹ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique*, op.cit., p.405.

⁸² Kéba MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, p.7.

⁸³ Le concept d'Etat-providence est apparu à partir du XIXe siècle dans les Etats dits libéraux qui intervenaient activement dans la direction et l'orientation de l'économie et fournissaient des prestations économiques et sociales, soit, de leur propre initiative, soit, pour répondre à une autre demande des citoyens. Voir à cet effet, Charles DEBBASCH, Yves DAUDET, Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI, *Lexique de politique*, Paris, 6^e éd., Dalloz, 1992, p.170.

administrative exigeait une redéfinition de l'action administrative⁸⁴. C'est dans cette dynamique qu'à l'échelle africaine, les autorités administratives indépendantes ont pris un essor considérable et leur création serait liée à une volonté politique de consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit mais aussi dans le dessein de rendre plus efficace l'action publique⁸⁵. Il en va ainsi du domaine de la presse. En effet, dans les régimes démocratiques « *tout individu a droit à une information respectant les différents courants d'opinion, non falsifiée, émise librement, mais respectant certaines règles du jeu* »⁸⁶. Le respect de ces principes est depuis quelques années assuré par des institutions chargées de réguler le secteur de l'Audiovisuel et la presse écrite mais aussi de vérifier l'exactitude d'informations nécessaires au bon fonctionnement de la vie démocratique⁸⁷. Ainsi, au Togo⁸⁸ et au Bénin, il est mis en place la Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication qui a pour mission de garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse ainsi que de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi⁸⁹. Au Congo, il est institué le Conseil supérieur de la liberté de communication et au Gabon il s'agit du Haut conseil de la communication⁹⁰. Le Mali pour sa part a créé le Conseil supérieur de la Communication⁹¹ qui joue un rôle consultatif en matière de production, de programmation, de diffusion et de publication dans le domaine de la communication écrite et audiovisuelle. Le Niger prévoit la création d'un Conseil supérieur de la Communication chargé de veiller à la liberté de presse et à l'indépendance des moyens de communication audiovisuelle et de la presse écrite dans le respect de la loi⁹². Le Sénégal quant à lui institue un Haut Conseil de l'audiovisuel⁹³. D'appellations diverses et variées selon les pays, ces Conseils et/ou Hautes autorités de la communication et de l'audiovisuel poursuivent une finalité bien connue : « *la préservation du pluralisme, la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la transparence financière* »⁹⁴.

Par ailleurs, « *en Afrique, en raison de l'inféodation de l'administration au parti unique ou majoritaire et de l'Etat, la gestion de certaines libertés sensibles est désormais assurée par des autorités administratives indépendantes* »⁹⁵. D'où la création des Commissions nationales des droits de l'homme au Togo et au Congo avec pour objectif « *d'assurer la protection et la défense des droits de l'homme* »⁹⁶ sur le territoire national. Ainsi, en matière électorale, plusieurs organismes nouveaux, autonomes ou indépendants ont été créés afin de

⁸⁴ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique : réflexions sur les interactions normatives, institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO*, op.cit., p.382.

⁸⁵ Gérard CONAC, « Le développement administratif dans les Etats d'Afrique noire » op.cit., p.7.

⁸⁶ Michel GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, op.cit., p.117.

⁸⁷ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique*, op.cit., p.385.

⁸⁸ Voir le titre IX de la Constitution togolaise.

⁸⁹ Cf. article 142 de la Constitution béninoise.

⁹⁰ Voir le titre IX de la Constitution gabonaise.

⁹¹ Voir la loi 98-038 du 24 décembre 1992 portant création du Conseil supérieur de la Communication.

⁹² Voir les articles 124 à 126 al. 1^{er} de la Constitution nigérienne.

⁹³ Voir l'article 107 al. 3 de la Constitution sénégalaise et la loi n°98-09 sur le Conseil de l'audiovisuel.

⁹⁴ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.462.

⁹⁵ Placide MOUDODOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone », op.cit., p.7.

⁹⁶ Formule de l'article 2 de la loi organique togolaise du 11 décembre 1996 relative à la composition, à l'organisation et au fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme.

participer au rajeunissement du droit électoral africain dans un contexte de renouveau démocratique. Ceux-ci peuvent être regroupés en deux catégories à savoir des organismes qui prennent en charge l'organisation des élections⁹⁷ et ceux qui ne supervisent que les élections⁹⁸. La mise en place de ces organismes se justifie à la lumière de notre étude dans la mesure où l'organisation des élections est « *un des talons d'Achille de la démocratie en Afrique* »⁹⁹. Le domaine électoral étant le « *procédé par excellence de légitimation du pouvoir, il n'y a en démocratie d'autorité qu'issue de l'élection. Celle-ci fournit aux gouvernants un titre pour agir et commander* »¹⁰⁰. Ceci étant, les régimes politiques africains issus des transitions démocratiques du début des années quatre-vingt-dix avaient pour la plupart construit un système électoral qui reposait sur une sorte de corrélation quasi axiomatique entre légitimité électorale et la conduite du processus électoral par un organe indépendant de régulation des élections¹⁰¹. Ce faisant, ils remettaient en cause ce qui jusqu'alors était considéré comme une tradition électorale inspirée de l'ancienne métropole et qui faisait du ministre de l'Intérieur, le principal voire l'unique animateur d'un processus électoral qu'il organise et régule à lui tout seul sur la base de mécanismes et procédures souvent discrétionnairement imposés par des Assemblées législatives instrumentalisées¹⁰².

2-La protection juridictionnelle

La protection de l'Etat de droit est à la fois assurée par le juge constitutionnel gardien de la constitutionnalité et le juge administratif gardien de la légalité.

a-La protection du juge constitutionnel

Dans un Etat de droit, l'effectivité de la protection des droits de l'homme et des libertés constitutionnelles suppose que soit organisé un contrôle de la constitutionnalité de la loi¹⁰³ entendu comme la garantie juridictionnelle de la suprématie de la Constitution¹⁰⁴. Ainsi, conçu comme la condition nécessaire d'un véritable Etat de droit, ce contrôle, qui fait l'objet d'un large consensus, tant dans l'opinion publique que dans la doctrine¹⁰⁵, ne se limite pas au seul domaine de la loi *stricto sensu*. Si le domaine des lois ordinaires et organiques est acquis dans toutes les Constitutions africaines, il convient d'étendre ce contrôle à d'autres types d'actes selon les pays. Il en va ainsi des règlements intérieurs de l'Assemblée Nationale et du Sénat, de la Haute Autorité de l'audiovisuel et de la communication et du Conseil Economique et Social au Togo¹⁰⁶ ; des règlements Intérieurs de l'Assemblée Nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil Economique et Social

⁹⁷ Cas du Congo, de la RDC, du Bénin, du Mali.

⁹⁸ Cas du Cameroun, du Sénégal.

⁹⁹ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.463.

¹⁰⁰ Jean-Claude MASCLLET, *Le droit des élections politiques*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ? 1992, p.9.

¹⁰¹ Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique*, op.cit., p.391.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Adama KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi », op.cit., p.112.

¹⁰⁴ Lire Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp.198-257.

¹⁰⁵ Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. Clef, 1998.

¹⁰⁶ Cf. article 104 al.4. de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992.

au Bénin¹⁰⁷. Toujours dans ce pays et au Gabon, le contrôle s'étend aussi aux actes réglementaires¹⁰⁸ et actes administratifs¹⁰⁹. Ce qui fait qu'au Bénin et au Gabon, le juge constitutionnel est en quelque sorte un juge administratif¹¹⁰ puisque normalement le contentieux relatif à des actes administratifs devrait relever de la compétence des juridictions administratives¹¹¹.

Dès lors, pour vérifier cette conformité, le constituant africain prévoit le contrôle *a priori*, qui intervient avant la promulgation de la loi, et le contrôle *a posteriori*, mis en œuvre après la promulgation de la loi¹¹². Le contrôle est dans tous les cas facultatif en ce qui concerne les lois ordinaires, et obligatoires pour les lois organiques¹¹³. Dans certains pays¹¹⁴, à côté des lois organiques, le contrôle obligatoire s'étend également aux règlements intérieurs de l'Assemblée nationale et du Sénat¹¹⁵, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication, et du Conseil Economique et Social¹¹⁶. La saisine des Cours ou Conseils constitutionnels africains¹¹⁷ est fermée ou semi-ouverte, c'est-à-dire que la Cour ou le Conseil

¹⁰⁷ Cf. article 122 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

¹⁰⁸ En vertu de l'article 117 al.3 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur : « *La constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censées porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en générale, sur la violation des droits de la personne humaine* ».

¹⁰⁹ Selon les dispositions de l'article 3 al.1 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : « *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraire à ces dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* ».

¹¹⁰ Si du reste, au Bénin, le juge constitutionnel demeure le juge de la constitutionnalité et non de la légalité, au Gabon en revanche, le juge constitutionnel opère un amalgame entre constitutionnalité et légalité. La position qu'il a adoptée dans sa décision n°006/94/CC du 15 septembre 1994 laisse perplexe. Par cette décision, confirmée d'ailleurs le 17 avril 2001, il s'est reconnu compétent pour connaître du « *contentieux de la régularité juridique des actes réglementaires* ». Lire Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/3 (n°75), pp.551-583.

¹¹¹ Adama KPODAR « *Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi* », *op.cit.*, p.113.

¹¹² Théodore HOLO, « *Emergence de la justice constitutionnelle* », *op.cit.*, p.103.

¹¹³ Tel est le cas du Conseil constitutionnel français.

¹¹⁴ Comme le Togo et le Bénin.

¹¹⁵ Cas du Togo.

¹¹⁶ Adama KPODAR, « *Réflexion sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi* », *op.cit.*, p.113.

¹¹⁷ En Afrique, les Cours et Conseils qui sont chargés correspondent, dans leurs grandes lignes principalement au modèle dit européen et également appelé « *modèle kelsénin* ». Le contrôle de la constitutionnalité des lois, voire des actes administratifs est concentré au profit d'une juridiction unique, indépendante de l'appareil juridictionnel ordinaire. Voir à cet effet, Ould BOUBOUTT, « *Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolution et enjeux. Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 1997, p.31.

On relève néanmoins des exceptions comme ce fut le cas du Burkina Faso qui confiait le contrôle de la constitutionnalité des lois à la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême. Il y a l'Afrique du Sud qui présente une situation particulière. Elle a institué une Cour constitutionnelle qui est la juridiction suprême en matière constitutionnelle, mais les autres juridictions supérieures se sont vues également confier la capacité de traiter du contentieux constitutionnel ; lorsqu'une question de cette nature se pose lors d'un litige. Ce qui fait dire à un comparatiste très averti du droit sud-africain, que le modèle sud-africain se situe à mi-chemin entre le modèle américain et le modèle européen dans la mesure où il fait participer les juridictions ordinaires au contrôle de constitutionnalité tout en réservant le monopole final de la décision à la Cour constitutionnelle. Voir à cet effet, Xavier PHILIPPE, Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°9, p.41, cité par Benjamin BOUMAKANI, « *Etat de droit en Afrique* », *op.cit.*, p.455 et ss, note 30.

ne pourra être saisi que par les autorités expressément désignées¹¹⁸. Il s'agit principalement de l'organe législatif¹¹⁹ et de l'exécutif¹²⁰. A cela, il convient d'ajouter d'autres institutions de la République comme les Présidents des exécutifs régionaux, lorsque les intérêts de leurs régions sont en cause¹²¹, le Président du Haut Conseil des Collectivités ou un dixième des Conseillers Nationaux¹²², les Présidents des Cours judiciaire, administrative et des comptes¹²³, le Président de la Cour suprême¹²⁴. Le contrôle est aussi étendu aux individus soit directement soit indirectement par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité. Dans les deux cas, le contrôle est a posteriori, c'est-à-dire qu'il s'exerce après l'entrée en vigueur de la loi. Le premier cas permet à tout citoyen de saisir directement le juge constitutionnel sur la constitutionnalité des lois¹²⁵. Il repose sur le fait que la justice est un service public dont la raison d'être est l'usager¹²⁶. De ce point de vue, son accès est une condition essentielle d'une bonne justice¹²⁷. Au Bénin par exemple, l'article 3 alinéa 1 de la Constitution relatif à la souveraineté dispose que « ... *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* ». Le deuxième cas en revanche est une modalité d'accès indirect à la justice constitutionnelle. Il relève quant à lui d'un « *contrôle subjectif et concret de la constitutionnalité d'une loi dans la mesure où le justiciable qui le soulève entend écarter l'application à un litige pendant devant le juge ordinaire d'une loi supposée inconstitutionnelle. Il s'agit donc d'une question préjudicielle dont la solution ressort de la compétence exclusive du juge constitutionnel* »¹²⁸. Il convient de clarifier cette procédure, car le doyen Louis Favoreu fait observer que la tendance généralement est de qualifier « d'exception » ce qui est en réalité une question préjudicielle. Il y a exception d'inconstitutionnalité lorsque la question de constitutionnalité est soulevée devant le juge ordinaire à l'occasion d'un procès civil, administratif, commercial ou autre, et tranchée par lui-même ; tandis que si le juge ordinaire est obligé de renvoyer la question de constitutionnalité au juge constitutionnel, il s'agit d'une « question préjudicielle »¹²⁹. Cette dernière procédure considérée abusivement sous le vocable d'exception d'inconstitutionnalité

¹¹⁸ Benjamin BOUMAKANI, op.cit., p.455.

¹¹⁹ Au Mali par exemple, la Cour constitutionnelle est saisie « *soit par le président de l'Assemblée Nationale ou un dixième de députés...* » (article 88 al.1) ; au Togo, le droit de saisine appartient au « *Président de l'Assemblée nationale ou un cinquième des membres de l'Assemblée nationale* » (article 104 al.3.) ; au Sénégal, le droit de saisine n'appartient pas au Président de l'Assemblée nationale mais à « *un nombre de députés au moins égale au dixième des membres de l'Assemblée nationale...* » (article 74 al.1), au Bénin, la Cour constitutionnelle peut se prononcer à la demande de tout membre de l'Assemblée nationale sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation (article 121), au Cameroun le droit de saisine appartient aux Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, au tiers des députés ou au tiers de sénateurs (article 47).

¹²⁰ Le président de la République au Cameroun (article 47), au Bénin (article 121), au Sénégal (article 74 al.1), du Président de la République et du Premier ministre au Mali (article 88) et au Togo (article 104 al.2).

¹²¹ Au Cameroun (article 47).

¹²² Au Mali (article 88 al.1).

¹²³ Au Gabon (article 85).

¹²⁴ Au Mali notamment.

¹²⁵ Au Bénin notamment (articles 3 et 122)

¹²⁶ Jean RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p.457.

¹²⁷ René CASSIN, « Dualité de juridictions, la justice », PUF, p.72.

¹²⁸ Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », op.cit., p.107.

¹²⁹ Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, p.21.

est consacrée dans la quasi-totalité¹³⁰ des Etats d'Afrique noire francophone : Bénin¹³¹, Congo¹³², Gabon¹³³, Togo¹³⁴, Sénégal¹³⁵. Elle a le mérite à en croire le doyen Godefroy Moyen de permettre à chaque citoyen de se défendre contre une « *présomption d'inconstitutionnalité qui risquerait, si elle est avérée, de lui faire grief* »¹³⁶. Dans cette perspective, tout citoyen dans une affaire peut se défendre à titre personnel contre une inconstitutionnalité persistante qui a fini par suivre au « *circuit de purification de la loi* »¹³⁷. Cette procédure comporte un intérêt capital dans la garantie de l'Etat de droit, car un texte jugé constitutionnel avant son entrée en vigueur peut se révéler inconstitutionnel lors de ses multiples applications. Dans cette perspective, grâce à l'exception d'inconstitutionnalité on peut faire évacuer ce texte par la saisine indirecte du juge constitutionnel.

b-La protection du juge administratif

Le juge administratif est aussi un artisan important dans la garantie de l'Etat de droit en Afrique noire francophone. Il en est d'ailleurs une pièce maîtresse dès lors que l'on sait qu'en Afrique, « *en général, l'Administration fonctionne fréquemment en marge de la légalité* »¹³⁸ et selon la formule de Georges Burdeau : « *l'arbitraire administratif est souvent plus redoutable que l'arbitraire politique ; plus secret, plus quotidien, plus individualisé dans ses effets, il se prête moins à ces vastes mouvements de protestation qui parviennent parfois à arrêter le législateur* ». A ce titre, le juge administratif fait respecter le principe de légalité aux autorités administratives¹³⁹. En d'autres termes, le respect de l'Etat de droit nécessite qu'une ou plusieurs autorités soient à même de vérifier la légalité de l'action administrative, tout comme la Cour constitutionnelle a pour mission d'examiner la constitutionnalité des lois. Cette autorité est en principe le juge administratif¹⁴⁰. D'où le juge administratif apparaît

¹³⁰ A l'exception du Mali.

¹³¹ Cf. article 122 de la Constitution. L'exception d'inconstitutionnalité est invoquée devant toute juridiction. La décision de la Cour constitutionnelle intervient dans un délai de trente jours.

¹³² Cf. article 180 de la Constitution du 25 octobre 2015 : « *Tout particulier peut...par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoqué devant une juridiction dans une affaire qui le concerne, saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois* ».

¹³³ Cf. article 86 de la Constitution. Tout justiciable peut, à l'occasion d'un procès devant un tribunal ordinaire, soulever une exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi ou d'un acte qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux. Le juge du siège saisit la Cour constitutionnelle par voie d'exception préjudicielle. Cette dernière statue dans le délai d'un mois.

¹³⁴ Cf. article 104 al.5.

¹³⁵ Au Sénégal, le Conseil constitutionnel connaît des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation (article 92 alinéa 1).

¹³⁶ Godefroy MOYEN, « La Cour constitutionnelle congolaise est-elle une institution bien conçue ? », *Revue congolaise du droit et du notariat*, n°11 et 12 septembre-Décembre 2002 p.22.

¹³⁷ Cependant, le professeur Godefroy MOYEN dans sa critique observe que ce procédé comporte la lacune de n'être utile qu'à la seule personne qui invoque l'inconstitutionnalité de la loi susceptible de lui être appliquée, car le juge constitutionnel quel que soit sa volonté ne pourra sauf dans le cas du contrôle *a priori* rendre une décision de portée générale. Ibid., p.23.

¹³⁸ Placide MOYEN, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.12.

¹³⁹ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.457. La constitutionnalisation de l'ordre juridique aboutit à faire de la légalité une composante de la constitutionnalité. Voir à cet effet, Favoreu (L), « Légalité et constitutionnalité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°3, p.73.

¹⁴⁰ Placide MOUDOU DOU et Jean-Paul MARKUS, *Droit des institutions administratives congolaises*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.81.

comme un rempart contre l'arbitraire¹⁴¹ ou encore un rempart de protection des citoyens contre l'Administration¹⁴². Cela est d'autant plus vrai car la mission assignée au juge administratif est de contenir l'Administration dans les limites que lui assigne la règle de droit ou mieux à la soumettre au respect des règles qui régissent l'exercice de ses pouvoirs. Le contentieux administratif en tant que mécanisme de protection des administrés contre « *la latitude d'action de l'administration* »¹⁴³ vise à atteindre des finalités bien connues qui se résument à des termes « 'efficacité' » et « 'protection' ». Dans le premier cas, il s'agit de concilier l'efficacité de l'action administrative et les droits des administrés qui sont ses destinataires et bénéficiaires. Dans le second cas en revanche, il s'agit de soumettre l'activité administrative afin qu'elle ne déborde pas, au nom de l'efficacité, ses prérogatives et les limites qui lui ont été fixées. Jean Waline fait la synthèse en ces termes : « *toute la dialectique du droit administratif consiste à trouver un équilibre entre la nécessité de reconnaître à l'administration un certain nombre de prérogatives de puissance publique et celle de protéger le mieux possible les droits des administrés face à l'Administration* »¹⁴⁴. Cela correspond ainsi à l'impératif catégorique posé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen selon lequel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* »¹⁴⁵. Tel est l'un des axiomes de base du droit administratif¹⁴⁶ qui joue un certain rôle préventif en menaçant l'administration de nouvelles sanctions en cas de renouvellement de l'illégalité¹⁴⁷. Pour mettre en œuvre cette technique juridique, ont été créées, au lendemain des indépendances, en Afrique francophone, des Chambres administratives au sein des Cours Suprêmes¹⁴⁸ (système d'unité de juridictions)¹⁴⁹.

¹⁴¹ Lire Daniel LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Revue Pouvoir*, 1998, pp.43-55.

¹⁴² Lire Babakane COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'Administration en Afrique noire francophone ? », (document non daté), 35 p.

¹⁴³ Danièle LOCHAK, op.cit., p.43.

¹⁴⁴ Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, 24^e éd., Dalloz, 2012, p.271.

¹⁴⁵ Cf. article 15 de la DDHC du 26 août 1789.

¹⁴⁶ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit., p.549.

¹⁴⁷ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op.cit., p.16.

¹⁴⁸ Sur les décisions des chambres administratives des Cours suprêmes africaines, lire Guillaume PAMBOU TCHIVOUNDA, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, Paris, Pedone, 1994 ; Jacques Mariel NZOUANKEU, *Les grandes décisions de la chambre administrative sénégalaise*, Tome 1, Publications de la RIPAS, 2^e éd., 1984 ; Martin BLEOU et Francis WODIE, *La chambre administrative de la Cour suprême et sa jurisprudence*, Paris, Economica, 1981 ; Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè, droit administratif*, Coll. Précis de droit burkinabè, 2004 ; du même auteur, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabè de l'indépendance à nos jours*, Presses universitaires de Ouagadougou, 2008 ; Ahmed Tidjani BA, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Coll. Précis de droit burkinabè, 2007 ; Jean du Bois DE GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des Cours Suprêmes en Afrique », in Gérard CONAC et Jean du Bois DE GAUDUSSON (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, vol 3, Paris, Economica, 1988 ; Recueil (non annoté) des Arrêts de la Chambre administrative de la Cour Suprême de la République Centrafricaine (1982-1995), éd. Giraf et Agence intergouvernementale de la francophonie, 2000. A ces recueils, il convient d'ajouter les travaux récents de certains auteurs africains qui abordent aussi la question. Il convient de citer entre autres : Placide MOUDOU DOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats africains francophone », *Revue Juridique et Politique*, n°1, 2010, pp. 43-97 ; Yédoh Sébastien LATH, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, n°5, 2011, pp.1254-1288, cité par Babakane COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », op.cit., p.1, note 2.

¹⁴⁹ Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.457.

Contrairement au droit administratif français à base fondamentalement jurisprudentielle¹⁵⁰, le droit administratif des Etats africains francophones a un fondement principalement, sinon exclusivement législatif¹⁵¹. Ainsi, le juge administratif africain tout comme son homologue français garanti l'Etat de droit à travers deux grandes voies de droit qui sont le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction. Si le premier est la voie de droit par laquelle est demandée au juge l'annulation d'un acte administratif, en raison de l'illégalité dont il serait entaché¹⁵², le second comme sa dénomination l'exprime est un contentieux dans lequel le juge a le pouvoir, allant au-delà de l'annulation, de prononcer des condamnations pécuniaires et, plus généralement, de substituer sa propre décision à celle qui lui est déferée¹⁵³.

En tout, les Etats d'Afrique noire francophone ont adhéré à l'idée qui limite l'arbitraire de l'Administration et le bon plaisir des administrateurs par la consécration du principe de légalité qui n'est qu'une composante de l'Etat de droit. Ce principe a pour conséquence fondamentale¹⁵⁴ « *la liaison de l'administration par la règle de droit* »¹⁵⁵. Autrement dit, le principe de légalité traduit l'idée que l'Administration est soumise au droit, le terme de « légalité » étant pris dans son acception la plus large, c'est-à-dire non seulement ce qui est conforme à la loi, au sens strict du terme, mais bien à l'ensemble des règles de droit¹⁵⁶. Cela implique la soumission de l'Administration à tous les éléments du bloc de légalité ordonnés en une pyramide que le Maître de l'école de Vienne Hans Kelsen appelle « pyramide des normes ». Ainsi, l'arrêté ministériel sera conforme au décret qu'il applique, à la loi, à la Constitution et aux traités internationaux. Le décret sera conforme à la loi et aux autres normes au-dessus. Quant à la décision administrative individuelle, elle devra respecter les

¹⁵⁰ Lire à cet effet, René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001 ; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 2005 ; Pierre DEVOLVE, *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, Précis, 21^e éd., 2006 ; Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 6^e éd., Paris, Litec, 2009 ; Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2005 ; Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2010 ; Frier (P-L) et Petit (J), *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2010 ; Gilles LEBRETON, *Droit administratif général*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011 ; Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2011 ; Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, 2 vol., 3^e éd., Flammarion, 2010 ; Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, PUF, 2011 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2010 ; Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, 11^e éd., 8^e éd., 2009 ; Christophe GUETTIER, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1998.

¹⁵¹ Yédoh Sébastien LATH, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP*, n°5, 2011, p.1265, cité par Barbakane COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire ? », op.cit., p.5. Pour approfondir sur la question, lire Bipoum Woum (J-M), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du Droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC*, 1972, pp.359 et ss., Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », in *Les Institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Centre d'Etudes juridiques comparatives de l'Université de Paris I, Economica, 1979, pp.197 et ss., du même auteur, « Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone », *Revue Ethiopiques*, octobre 1978, n°16, pp.66 et ss.

¹⁵² René CHAPUS, *Droit administratif général*, op.cit., p.786.

¹⁵³ Ibid., p.790.

¹⁵⁴ Une autre conséquence implique la mise en veilleuse du respect des normes qui s'imposent en période ordinaire à l'Administration en des circonstances exceptionnelles ou de crises.

¹⁵⁵ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit., p.40.

¹⁵⁶ Ibid., p.271.

arrêtés ministériels, les décrets, les lois, etc.¹⁵⁷. En cas d'inobservation, le juge fera respecter le principe de légalité sur demande du requérant par le biais soit du recours pour excès de pouvoir soit du contentieux de pleine juridiction afin d'assurer le respect de l'Etat de droit. Cependant, cette embellie de l'Etat de droit « *ne doit pas cacher les menaces qui la guettent* »¹⁵⁸, car dans la pratique, ce concept est menacé.

II-UN ETAT DE DROIT MENACE

En Afrique noire francophone, l'Etat de droit est menacé à cause notamment de la fragilité du droit et l'absence de véritable protecteur. Ce qui fait notamment de ce concept une simple coquille vidée de toute substance.

A-La fragilité du droit

La fragilité du droit en Afrique est à l'origine du passage soit de l'Etat de droit au droit de l'Etat soit de l'Etat de droit à l'Etat de non-droit.

1-De l'Etat de droit au droit de l'Etat

Près de trois décennies après l'expérience du constitutionnalisme libéral, l'Afrique noire francophone éprouve encore de réelles difficultés à faire des Constitutions de véritables normes contraignantes¹⁵⁹. Cela peut se justifier sur le fait que la normativité de la Constitution est entrée dans un « *coma* » prolongé à cause de l'avènement d'un droit de l'Etat lui-même qui ne se repose que sur le compromis et le comportement des acteurs politiques. Frédéric Joël Aïvo parle à juste titre d'un « *printemps des arrangements a-constitutionnel* »¹⁶⁰. Cette situation affecte l'édifice de l'Etat de droit et partant de là du constitutionnalisme, car dans les deux cas, les principes directeurs véhiculés se résument par la consécration juridique de la supériorité de la Constitution et sa garantie effective. Cela est d'autant plus vrai car, selon l'approche normativiste la plus répandue, la validité d'une norme dépend d'une norme supérieure. Hans Kelsen observe lui-même qu'« *une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre* »¹⁶¹. Or, en Afrique les accords politiques se sont abreuvés dans l'ordonnancement juridique, entraînant par là un renversement la pyramide des normes. Ce qui fait que depuis quelques décennies en Afrique, la pyramide des normes ne tient plus debout car l'ordre constitutionnel est non seulement déstabilisé mais aussi et surtout « *on constate ainsi une déconstruction de la logique positivisme classique* »¹⁶². On assiste à un recul du constitutionnalisme provoqué par « *la suprématie des arrangements politiques, qui deviennent le véritable fondement de l'Etat, remplaçant ainsi la Constitution dans le rôle qu'on lui prête* ».

¹⁵⁷ Placide MOUDOU DOU et Jean-Paul MARKUS, *Droit des institutions administratives congolaises*, op.cit., p.80 et ss.

¹⁵⁸ Placide MOUDOU DOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles », op.cit., p.18.

¹⁵⁹ Charles TUEKAM TATCHUM, « Les Chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina Faso et de la République centrafricaine », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p.25.

¹⁶⁰ in, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », op.cit., p.150.

¹⁶¹ In, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruxelles-Paris, Bruylant, LGDJ, 1997, p.314.

¹⁶² Paterne MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise », 57 : 4 McGill LJ 921, 2012, p.928.

traditionnellement »¹⁶³. Ce renoncement à la Constitution ou cette mise en veilleuse des règles constitutionnelles¹⁶⁴ dénature l'ontologie même du concept d'Etat de droit en le vidant de son épaisseur juridique. Cette voie du contre-constitutionnalisme a déjà été pratiquée dans plusieurs Etats d'Afrique noire francophone dont le Rwanda¹⁶⁵ en 1993, la République démocratique du Congo¹⁶⁶ en 2002 et la période 2016-2018, le Burundi¹⁶⁷ en 2000, la Côte d'Ivoire¹⁶⁸ entre 2003 et 2007, le Togo¹⁶⁹ en 1999 et 2006, la République centrafricaine qui est le champion du monde des arrangements politiques¹⁷⁰, sans être exhaustif.

Quelques exemples emblématiques peuvent corroborer cette argumentation. Il en est ainsi de l'*Accord de Linas-Marcoussis*¹⁷¹ du 24 janvier 2003 conclu à la suite d'un coup d'Etat militaire perpétré le 19 septembre 2002 en Côte d'Ivoire ayant entraîné la coupure du territoire national en deux parties gouvernées au sud par le pouvoir légal et au nord par le bloc rebelle. L'analyse épistémologique de Jean du Bois de Gaudusson révèle que les conditions d'éligibilité à la présidence de la République contenues dans cet accord diffèrent de celles que prévoyaient la *Constitution de la République de Côte d'Ivoire*¹⁷². Cet accord inobservait notamment les dispositions de l'article 35 de la Constitution¹⁷³, et se présentait de ce fait « *comme un accord contra 'constitutionem' qui supprime ce dernier* »¹⁷⁴. L'*Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi* du 28 août 2000 s'inscrivait aussi dans cette même veine puisqu'il revendiquait une nouvelle Constitution, tout en imposant de

¹⁶³ Paterné MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », 2012, 54 : 4 McGill LJ 929, p.929.

¹⁶⁴ Adama KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005, p.2521 et ss.

¹⁶⁵ Cf. Les Accords de paix d'Arusha du 15 août 1993.

¹⁶⁶ Plusieurs accords ont été conclus pour résoudre la crise dans ce pays. On peut citer l'Accord de Lusaka du 19 septembre 1999, l'Accord global et inclusif de Sun City du 17 décembre 2002.

¹⁶⁷ Cf. Accord de paix et de réconciliation d'Arusha du 28 août 2000.

¹⁶⁸ On peut citer successivement, l'Accord de Linas Marcoussis du 23 janvier 2003, les Accords d'Accra du 7 mars 2003, l'Accord de Pretoria du 6 avril 2005, l'Accord de Ouagadougou du 4 mars 2007.

¹⁶⁹ Plusieurs accords ont été conclus dans ce pays. Il s'agit entre autres de l'Accord-cadre de Lomé du 29 juillet 1999 et l'Accord Politique Global de Ouagadougou du 20 août 2006.

¹⁷⁰ Plusieurs accords ont été conclus pour résoudre la crise dans ce pays. Il s'agit entre autre des Accords de Syrte du 2 février 2007, l'Accord global de paix du 21 juin 2008, les Accords de Libreville du 11 janvier 2013 conclus sous les auspices de la CEEAC. Pour approfondir sur cette question, lire Stéven Modeste YOMBI, *La régionalisation du maintien de la paix et de la sécurité collectives en Afrique : cas de la Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale (CEEAC)*, Thèse de Doctorat de droit public, Université Marien Ngouabi, 2019, 568 P.

¹⁷¹ Doc off CS NU 2003, annexe, Doc NU S/2003/99

¹⁷² Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003, p.43.

¹⁷³ Cette disposition exigeait du candidat à l'élection présidentielle qu'il fût né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine, son âge minimum étant fixé à quarante ans. Critiquée, jugée souvent injuste et discriminatoire, elle serait à l'origine de la crise ivoirienne qui a débuté le 19 septembre 2002.

¹⁷⁴ Paterné MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains », op.cit., p.929.

Dans l'accord évoqué, le candidat doit avoir exclusivement la nationalité ivoirienne. Il apporte un changement notable dans les conditions recevabilités d'une candidature, puisque l'obtention de la nationalité par l'un de ses deux parents suffit à la validation de sa candidature. Par ailleurs, l'âge minimum est passé de 40 à 35 ans. Cet accord aura permis à M. Alassane Ouattara, dont la nationalité n'était pas établie clairement selon une décision de la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême ivoirienne du 6 octobre 2000, de se présenter à la dernière élection présidentielle d'octobre et novembre 2011 et M. Konan Bédié, qui avait déjà atteint l'âge limite constitutionnel de 75 ans, a pu également se présenter sur la base des dispositions de cet accord.

nouvelles institutions qui contredisaient la Constitution alors en vigueur¹⁷⁵. On comprend dès lors que l'Etat de droit tend à devenir simplement le droit de l'Etat, car en Afrique noire francophone, « *l'exécutif est le pouvoir souverain. Il est l'Etat. Il peut tout faire ; il ne peut craindre que la force brutale des armes* »¹⁷⁶ et non pas la force de la Constitution. Aussi, la crise d'effectivité des décisions de justice fait basculer l'Etat de droit à un Etat de non-droit.

2-De l'Etat de droit à l'Etat de non-droit

Le passage de l'Etat de droit à l'Etat de non-droit est marqué par la crise d'effectivité des décisions du juge constitutionnel et du juge administratif.

a-La crise d'effectivité des décisions du juge constitutionnel

L'exécution des décisions du juge constitutionnel est l'un des tabous du constitutionnalisme en Afrique¹⁷⁷. Il s'agit là d'une question centrale, car elle participe encore à la ruine du constitutionnalisme¹⁷⁸ sur le continent. Elle renvoie aux propos du Président Andrew Johnson des Etats-Unis au sujet d'une décision rendue par le juge Marshall, Président de la Cour Suprême américaine : « *Marshall a rendu un jugement. Qu'il l'exécute s'il peut* »¹⁷⁹. L'intérêt de cette problématique est central qu'en France, Guillaume Drago y consacre un ouvrage majeur sur le thème intitulé « *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel : l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois* »¹⁸⁰. En effet, la Constitution entant que norme suprême selon le schéma pyramidal de Hans Kelsen ne peut cependant être réellement considérée comme telle que s'il est aménagé un mécanisme de sanction de sa violation¹⁸¹ car « *là où il y a une règle de droit, il doit y avoir un juge qui puisse sanctionner toute violation de celle-ci* »¹⁸². A l'inverse, la Constitution ne serait qu'un simple programme politique, à la rigueur, obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du citoyen, mais dont il est juridiquement libre de tenir ou pas compte¹⁸³. Par

¹⁷⁵ Jean-Pierre CHRETIEN, « Le Burundi après la signature de l'accord d'Arusha », *Politique africaine*, 2000, p.149. Voir aussi, Paterne MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains », op.cit., p.930.

Le texte de l'accord d'Arusha s'ordonne selon les travaux des cinq commissions : (...) 2) Démocratie et bonne gouvernance : principes d'une nouvelle Constitution reconnaissant les trois entités ethniques (Bahutu, Batutsi, Batwa), Parlement subdivisé en une Assemblée nationale et un Sénat de deux délégués par provinces issus chacun de l'une des deux principales ethnies, exécutif dirigé par un président flanqué de deux vice-présidents d'ethnies et de partis différents, réforme de la justice, corrélation des déséquilibres au sein de la fonction publique, création d'un *ombudsman*, (...) avec (...) un exécutif chapeauté par un président et un vice-président.

¹⁷⁶ Théodore HOLO cité par Mahoussi Gabriel ALLOGNON, « L'expérimentation des régimes politiques en Afrique », op.cit., p.135.

Pour approfondir sur la question, lire Holo (T), « Le Régime semi-présidentiel : la double illusion », *RBSJA*, n°14, juin, 1990.

¹⁷⁷ Lire Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n°242), pp.53-58.

¹⁷⁸ Lire Jean De Bois DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme : poursuite d'un dialogue sur quinze années de transition en Afrique et en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.333-348.

¹⁷⁹ Théodore HOLO, « Requiem pour la chambre administrative ? », *RBSJA*, n°10, juillet 1988, p.1.

¹⁸⁰ Ouvrage publié aux éditions Economica-PUAM, 1991, 403 P.

¹⁸¹ Aboudou Latif SIDI, « La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle », p. 4, in Séminaire sur « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », du 18 au 19 décembre 2017.

¹⁸² Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.1.

¹⁸³ Aboudou Latif SIDI, « La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle », op.cit., p.5.

conséquent, on en tirerait des mêmes conclusions déductives « *c'est-à-dire, la banalisation du texte constitutionnel, si l'exécution de la décision sanctionnant sa violation est laissée à la discrétion de ceux qui doivent la mettre en œuvre. Il ne suffit donc pas de constater la violation de la Constitution, il est nécessaire que la décision soit exécutée pour donner une effectivité à la sanction* »¹⁸⁴. Ce qui implique par voie de conséquence que « *ce qui a été jugé ne peut l'être de nouveau ; ce qui a été jugé ne peut être contredit ; ce qui a été jugé doit être exécuté* »¹⁸⁵ par les pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles¹⁸⁶. Il s'agit d' « *une véritable autorité de chose jugée* »¹⁸⁷ qui implique « *l'interdiction de renouveler le procès constitutionnel et induit l'immutabilité des décisions* »¹⁸⁸.

Toutefois, dans les faits, on constate une crise d'effectivité dans l'exécution des décisions du juge constitutionnel. En effet, les décisions des juridictions constitutionnelles sont parfois fantaisistes, car ayant une portée limitée. La mise en cause de leur autorité par le pouvoir politique est permanente. Celui-ci est souvent tenté de faire plier le juge constitutionnel à sa volonté. Il en a ainsi au Burkina Faso où le juge constitutionnel a dû rendre une seconde décision de conformité d'un accord de financement entre l'Etat et la Banque islamique de développement¹⁸⁹, tandis que dans sa première décision il avait condamné cet accord, car sa soumission au droit Charia était contraire au droit constitutionnel burkinabè qui consacre le principe de laïcité de l'Etat¹⁹⁰. Il en est aussi de la promulgation de la loi organique sur la Cour des Comptes, malgré la décision du Conseil constitutionnel burkinabè jugeant la loi inconstitutionnelle. Cela va de soit en Côte-d'Ivoire, lorsque le juge constitutionnel dans une deuxième décision valide le mandat présidentiel de Alassane Dramane Ouattara à l'issue des élections¹⁹¹ du 28 novembre 2010, contrairement à la première décision¹⁹², après la victoire militaire des forces pro-Ouattara sur celles de Laurent Gbagbo¹⁹³. Cette dernière décision qui se fonde sur la certification des résultats de l'élection présidentielle par l'ONU porte atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée, car « *le revirement de jurisprudence stricto sensu n'est constitué que si le juge décide de son propre chef de dégager une interprétation particulière* »¹⁹⁴. Cette posture du pouvoir politique de ne pas se soumettre aux décisions du juge constitutionnel « *équivalait à désobéir à la Constitution*

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ DEVOLVE (G), *Nouveau répertoire de Droit*, 2^e éd., vol., I, Chose jugée, p.684.

¹⁸⁶ Formule de l'article 124 de la Constitution béninoise en vertu de laquelle, les décisions de la Cour constitutionnelle, une fois rendues, « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles* » ; en conséquence, elles « *ne sont susceptibles d'aucun recours* ». Cette même formule est consacrée dans tous les Etats d'Afrique noire francophone.

¹⁸⁷ Georges VEDEL, cité par Claude FRANCK, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1974, p.133.

¹⁸⁸ Delphine EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », op.cit., p.621.

¹⁸⁹ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Avis du 20 avril 2007.

¹⁹⁰ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Avis du 20 juillet 2007.

¹⁹¹ Conseil constitutionnel ivoirien, Décision n°CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG portant proclamation de Monsieur Alassane Ouattara en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire, 4 mai 2011.

¹⁹² Conseil constitutionnel ivoirien, Décision n°CI-2011-EP-34/03-12/CC/SG portant proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010, 3 décembre 2010.

¹⁹³ Abraham Hervé DIOMPY, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle », op.cit., 20.

¹⁹⁴ Delphine EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions des décisions du juge constitutionnel en Afrique », op.cit., p.623.

*ainsi qu'au pouvoir constituant qui a confié à la Cour constitutionnelle le soin de garantir la primauté de la Constitution »*¹⁹⁵.

Cependant, cette désobéissance n'est pas seulement observée du côté du politique, elle est tout aussi fréquente du côté des juridictions ordinaires, qui parfois montrent un mauvais exemple aux autres institutions de la République en ignorant les décisions du juge constitutionnel. Il s'agit bien là d'un devoir d'ingratitude car le juge constitutionnel est le gardien de l'indépendance de l'autorité judiciaire contre les atteintes des pouvoirs exécutif et législatif. Il garantit les conditions d'exercice de cette indépendance et défend les attributions fondamentales de l'autorité judiciaire. En contrepartie, l'Etat de droit recommande à cette dernière d'exécuter les décisions du premier. En effet, il est droit qu'un jugement ou un arrêt non conforme à la Constitution est nul et ne peut être exécuté¹⁹⁶. Dans ces conditions, afin que le droit soit dit, la nécessité d'une décision nouvelle de la part du juge ordinaire s'impose. Cependant, Aboudou Latif Sidi, Directeur des études juridiques et de la gestion des recours à la Cour constitutionnelle du Bénin, après avoir effectué une étude sur "La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle" de son pays fait le constat que souvent les « *décisions déclarant un jugement contraire à la Constitution ...n'ont jamais été exécutées par la reprise du procès* »¹⁹⁷. Il en est ainsi de la décision du 13 août 2009 dans laquelle suite à sa première saisine, le juge constitutionnel béninois avait rendu la décision dont il avait clairement rappelé que « *le coutumier ne peut servir de base légale à une décision judiciaire ; qu'en tout état de cause, aucune juridiction ne saurait asseoir sa décision sur une loi, un texte réglementaire, un acte administratif censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques ; qu'il s'en suit que les décisions du Tribunal de première instance de Ouidah et la Cour d'Appel de Cotonou qui ont invoqué une disposition du coutumier qui fait état du statut d'esclavage d'une des parties au procès violent la Constitution* »¹⁹⁸. Nonobstant cette mise en garde et la notification faite à la Chambre judiciaire de la Cour suprême, celle-ci refuse de s'aligner à la décision. C'est ainsi que saisit pour violation de l'article 124 de la Constitution, le juge constitutionnel béninois rappelle « *qu'en matière des droits de l'Homme, les décisions de la Cour constitutionnelle priment sur celles de toutes les autres juridictions* » et juge que « *l'arrêt n°3 13/CJ-CT du 24 novembre 2006 de la Chambre judiciaire de la Cour suprême rendu dans l'affaire opposant les consorts ATOYO Alphonse aux consorts Sophie AIDASSO est contraire à la Constitution* »¹⁹⁹.

Cet exemple, qui n'est pas du tout un cas isolé²⁰⁰, mérite une attention particulière. L'Etat de droit implique la soumission de toutes les institutions de l'Etat et de tous les individus au droit. Certes, dans les Etats d'Afrique noire francophone ayant opté pour le système kelsénien de justice constitutionnelle qui est centralisée, le juge constitutionnel contrairement au juge ordinaire, n'appartient pas à l'ordre judiciaire. En conséquence, il est

¹⁹⁵ Cf. Commission de Venise, Lettre d'information 2017-2, p.4.

¹⁹⁶ Voir par exemple les articles 3 et 124 de la Constitution béninoise.

¹⁹⁷ Aboudou Latif SIDI, « La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle », op.cit., p.16.

¹⁹⁸ DCC 06-076 du 27 juillet 2006.

¹⁹⁹ DDC-09-087 du 13 août 2009.

²⁰⁰ Pour un développement complet sur le sujet, lire Aboudou Lati SIDI, « La mise à exécution des décisions de la Cour constitutionnelle », op.cit.

incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des décisions rendues par des cours et tribunaux car n'étant pas leur organe d'Appel ou de cassation. Toutefois, dans un Etat de droit dont la fin ultime est la protection des droits de la personne humaine, en cas de chevauchements des compétences entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux de la personne humaine, les décisions du second prévaudront. C'est justement à cet effet que Placide Moudoudou a émis le souhait qu'il faut que le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir d'injonction assorti « *par exemple de sanctions financières en cas d'inexécution des décisions. Indiquer simplement que les décisions du juge constitutionnel 'ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles'* » ne suffit pas »²⁰¹. Cette ouverture est louable car « *il n'existe pas de sanction du non-respect de l'autorité de décision du... (juge constitutionnel) par les autres juges* »²⁰² ou des autres pouvoirs publics. Ce qui est donc à l'opposé du domaine judiciaire dans lequel, lorsqu'une « *décision est passée 'en force de chose jugée'* »²⁰³, celle-ci est également « *tendue pour vérité* »²⁰⁴ et doit être exécutée, si besoin par la force. S'il s'agit d'une personne morale de droit public ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public contre lequel la force physique ne peut être exercée, il est prononcé à son encontre une astreinte²⁰⁵ entendue comme une mesure de contrainte consistant en la condamnation de la personne à qui incombe l'exécution de la décision de justice au versement d'une somme d'argent dont le montant augmente chaque jour jusqu'à la l'exécution de la décision ²⁰⁶. Ce n'est donc qu'à ce prix que les règles et principes constitutionnels pourront être de vrais remparts contre les dérives des pouvoirs publics²⁰⁷. Cette crise d'effectivité est aussi constatée dans les décisions du juge administratif.

b-La crise d'effectivité des décisions du juge administratif

Proclamer des normes et des principes n'a aucun effet pratique si les citoyens ne sentent pas, au quotidien, le bien-fondé de cette décision²⁰⁸. Une telle affirmation est soutenable car l'effectivité du principe de légalité évoqué plus haut dépend de l'exécution des décisions du juge administratif. Toutefois, il n'est pas rare en Afrique noire francophone notamment de voir une décision de justice au sens large, restée inexécutée²⁰⁹. Les décisions de justice

²⁰¹ Placide MOUDOUDOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », op.cit., op.cit., p.30.

²⁰² Bertrand MATHIEU, « Propos introductif », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010, p.123.

²⁰³ Aboudou Latif SIDI, « La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle », op.cit., p.8.

²⁰⁴ Ibrahim SALAMI, *Droit administratif*, éd. CeDAT, 2015, p.277.

²⁰⁵ Aboudou Latif SIDI, « La mise à exécution effective des décisions de la Cour constitutionnelle », op.cit., p.8.

²⁰⁶ Paul LEWALLE, « Les voies d'exécution à l'encontre de la personne publique », in *l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone* ; Colloque international, 29 et 30 septembre, 1^{er} octobre 1993 ; Port-Louis (Îles Maurice), p.608.

²⁰⁷ Placide MOUDOUDOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », op.cit., p.30.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Lire, Kéba MBAYE, « Quel avenir pour la justice en Afrique », in *La justice en Afrique, Afrique Contemporaine*, n°156 spécial, 1990, p.291 ; Jacques ALIBERT, « Justice et développement : le point de vue des entreprises », *Afrique Contemporaine*, n°156 spécial, 1990, p.72 ; Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Afrique Contemporaine*, n°156 spécial, 1990, p.6.

administrative n'échappent pas à ce constat. En effet, les décisions des juridictions administratives à l'instar de celles que nous venons de voir plus haut ou mieux comme toutes décisions juridictionnelles au sens large lorsqu'elles sont définitives, sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. Cela implique qu'elles sont réputées conformes au droit et les points qu'elles tranchent ne peuvent être remis en discussion²¹⁰. Ainsi, au Bénin, « *Les décisions de la Cour Suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les juridictions et à toutes les autorités administratives* »²¹¹; aussi, « *Le Président de la République assure l'exécution des lois et garantit celle des décisions de justice* »²¹². Au Togo, « *L'administration est tenue d'exécuter les arrêts de la Cour (Suprême)* »²¹³. Au Gabon, « *Les arrêts du Conseil d'Etat sont revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée. Ils ne sont susceptibles d'aucun recours* »²¹⁴. De l'autorité de la chose jugée consacrée dans ces Etats découle le caractère obligatoire de la décision du juge²¹⁵ qui se traduit par l'obligation juridique par l'Administration notamment « *de s'y conformer, en tirant toutes les conséquences qu'elle comporte, négatives ou positives...si l'Administration s'y dérobe, elle commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité ; son refus, explicite ou implicite, est entaché d'illégalité, pour violation de la chose jugée* »²¹⁶. Toutefois, cette obligation d'exécution de la chose jugée se heurte à une difficulté fondamentale, à savoir sa méconnaissance « *plus ou moins explicitement, plus ou moins délibérément et plus ou moins durablement par l'Administration* »²¹⁷. Si ce problème posé par l'exécution des décisions par l'Administration n'est pas spécifique aux pays d'Afrique noire francophone, il y prend une dimension particulière parce que dans ces pays l'Administration à un « *caractère intouchable* »²¹⁸ ; ce qui met en péril le principe de légalité. Cela se vérifie pleinement dans la mesure où en Afrique, ni le juge administratif ni les justiciables ne disposent des voies d'exécution forcées contre l'Administration en cas d'inexécution par elle d'une décision la condamnant. Encore moins, « *l'exécutif, qui, ...détient le monopole de la coercition, ne saurait la mettre en œuvre contre lui-même* »²¹⁹. Ainsi, au Congo par exemple, il est difficile d'obtenir non seulement une condamnation de l'Administration mais aussi et surtout

²¹⁰ Lire Fabrice MILLERAY, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs », *AJDA* 2004. 138 ; Jérôme CHARRET et Samuel DELIANCOURT, « L'autorité de chose jugée s'attachant aux décisions rendues par le CE en sa qualité de juge de cassation », *AJDA* 2008. 568.

²¹¹ Cf. article 131 alinéas 3 et 4 de la Constitution du 11 décembre 1990.

²¹² Ibid., article 59.

²¹³ Cf. article 41 alinéa 3 de la loi organique n°97-05 du 6 mai 1997 portant organisation et fonctionnement de la Cour Suprême au Togo.

²¹⁴ Cf. article 6 de la loi organique n°005/2002 du 27 novembre 2002 fixant l'organisation, la composition, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'Etat ».

²¹⁵ Lire Fayolle, *La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques*, Thèse, Nancy, 1936.

²¹⁶ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit., p.697. En France, le refus de l'Administration de prêter main-forte à l'exécution d'une décision de justice peut être injustifié. Il entraîne alors la responsabilité pour faute : CE, Sect., 3 nov. 1967, *Min. de l'Intérieur/Dame Fiat*, *AJDA* 1968. 257, concl. Galmot ; CE, 10 oct. 2005, *Sté Transimeubles*, *AJDA* 2005. 2311. Mais s'il est inspiré par l'intérêt général, parce que, par exemple, l'exécution risquerait d'entraîner de graves troubles, il y a responsabilité sans faute : CE, 30 nov. 1963, *Couitéas*, *GAJA* (expulsion de 8000 personnes armées !) ; CE, 3 juin 1938, *Sté Cartonneries Saint-Charles*, p.521, concl. Dayras (grévistes occupant une usine).

²¹⁷ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p.1157.

²¹⁸ Guy Jean Clément MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, op.cit., p.238.

²¹⁹ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit., p.697.

l'exécution par elle d'une décision la condamnant. Même dans les cas où cette Administration toute puissante exécute la chose jugée, elle le fait souvent tardivement et hors délai. Il ressort qu'à l'exception du législateur béninois qui a mis en place une astreinte devant s'exercer sur le patrimoine des personnes physiques qui entravent ou retardent l'exécution d'une décision de justice²²⁰, dans la majeure partie, le tout repose sur la bonne volonté de l'Administration. Cela pose dès lors la question de la garantie réelle des droits des justiciables. Le droit administratif des pays africains « *n'apporte donc qu'une protection imparfaite contre l'arbitraire. La responsabilité en incombe en partie au législateur, dans la mesure où les lois elles-mêmes ne confèrent pas toujours une protection suffisante aux administrés ; elle incombe surtout à l'administration, qui n'hésite pas à s'affranchir des contraintes du droit en contournant les textes ou en les retournant à son profit, voir même en les violant ouvertement lorsqu'elle sait pouvoir le faire en toute impunité* »²²¹. Aussi, il faut voir que l'Etat de droit en Afrique noire francophone manque de véritable protecteur.

B-Le manque de véritable protecteur

En Afrique, l'Etat de droit est en manque de véritable protecteur car juge constitutionnel est pudibond dans son rôle de veiller à la suprématie de la Constitution. De son côté, le juge administratif est assez timide dans la défense du principe de légalité.

1-Un juge constitutionnel pudibond

La justice constitutionnelle²²² est présentée comme un préalable à l'institutionnalisation de l'Etat de droit. En effet, « *l'adhésion à l'Etat de droit (...) passe (nécessairement) par une valorisation de la justice constitutionnelle* »²²³. Dans ces conditions, l'institutionnalisation de cette justice est présentée comme « *l'une des plus grandes innovations du constitutionnalisme africain des années 1990* »²²⁴. Toutefois, on peut se poser la question suivante : près de trois décennies de renouveau constitutionnalisme, le juge constitutionnel a-t-il assuré de manière parfaite sa mission essentielle, notamment celle de soumettre l'Etat au droit et d'assurer une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux ? L'analyse critique des pratiques constitutionnelles en Afrique noire francophone démontre que le juge constitutionnel est pris en otage entre le politique et la loi.

Le premier cas qui est d'ailleurs majoritaire consiste à montrer que l'autorité politique en Afrique n'attend surtout pas de la nomination d'un juge constitutionnel par elle ce « devoir d'ingratitude » qu'est l'« *effet Becket* »²²⁵. Elle nomme le juge constitutionnel et

²²⁰ Cf. La loi n°2004-20 du 17 août 2007.

²²¹ Danièle LOCHAK « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire », op.cit., p.54.

²²² L'expression désigne « l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restrictions, la suprématie de la Constitution », in Olivier DUHAMEL et Yve MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, op.cit., p.556.

²²³ Placide MOUDODOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », op.cit., p.2.

²²⁴ Pascal CHAIGNEAU, in Frédéric Joël AIVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Harmattan, 2006, p.4.

²²⁵ Jacques CHEVALLIER, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.83-94.

celui-ci est supposé ou réputé bien la lui rendre²²⁶. De ce point de vue, loin de garantir l'Etat de droit, le juge constitutionnel ne serait qu'un instrument du pouvoir, son « otage » de légitimation démocratique. Abdoulaye Soma n'hésite pas de souligner qu' « *en Afrique, le juge constitutionnel fait parfois figure de valet du pouvoir politique, de par son mode de désignation, il est aussi un valet technique, car étant une institution technique à la disposition du pouvoir politique* »²²⁷. Cette argumentation présentant le juge constitutionnel comme sous influence du pouvoir politique et non plus comme le dernier rempart de l'Etat de droit peut être justifiée sur deux points de vue. Premièrement, cette « *emprise politique* »²²⁸ repose sur les conditions de désignation des juges. Ceux-ci sont désignés soit par le chef de l'Etat²²⁹ soit par une conjonction d'autorités politiques du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif²³⁰. Ce « *modèle de désignation n'offre pas une garantie de représentation des différents courants juridiques et juridico-politiques* »²³¹. Deuxièmement, cette emprise se manifeste par l'instrumentalisation du juge constitutionnel par le politique. Celui-ci jette souvent son dévolu sur des personnalités proches de ses sensibilités à la fois politiques, ethniques que religieuses. Une fois désigné, le juge devient redevable envers l'autorité nommante, délibère à sa faveur. Le plus souvent le pouvoir politique utilise cette justice constitutionnelle pour écarter ses adversaires à la course à la magistrature suprême²³². D'où en matière électorale, le juge constitutionnel africain est présenté comme « *un juge au service du pouvoir en place* »²³³. Dans le contentieux constitutionnel²³⁴, on observe une attitude du juge électoral qui est devenue comme un dogme dans les Etats africains. Ce dogme se résume comme suit : « l'irrégularité commise n'est pas susceptible de modifier le sens du vote ou altérer ses résultats ». Par exemple, lorsque devant les allégations de corruption des électeurs par l'un des candidats, le juge (gabonais) estime que « *le requérant ne donne pas les noms et le nombre des électeurs qui ont reçu des sommes d'argent du candidat proclamé élu ; que le défaut de ces indications ne permet pas à la Cour d'apprécier le bien-fondé du grief et surtout l'incidence de la corruption sur les résultats dont l'annulation est demandée ; que ce moyen*

²²⁶ Abdoulaye SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », op.cit., p.10.

²²⁷ Selon le professeur Abdoulaye SOMA, « *le valet, c'est le serviteur d'une autorité, un subalterne agissant avec un dévouement servile* », ibid, p.7.

²²⁸ Delphine EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », op.cit., p.627.

²²⁹ Au Sénégal, en vertu des dispositions de l'article 89 de la Constitution, l'autorité exclusivement compétente pour nommer les membres de droit du Conseil constitutionnel est le Président de la République. Pour un développement complet de la question dans ce pays, lire Mouhamadou Mounirou Sy, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique*. L'exemple du Sénégal, Thèse, Paris, l'Harmattan, 2007, p.75.

²³⁰ Cas de la RDC (article 158 de la Constitution), Gabon (article 89), Bénin, Burkina Faso, Togo, Congo, Mali, Niger. Voir à ce propos, Abraham Hervé DIOMPY, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone », op.cit., p.16 et ss.

²³¹ Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, op.cit., p.49 et ss.

²³² Voir par exemple la décision n° E-022 de la Cour constitutionnelle du Togo invalidant la candidature de Gilchrist Olympio au motif qu'elle ne répond pas aux conditions relatives à la résidence et au quitus fiscal.

²³³ Fabrice HOURQUEBIE et Wanda MASTOR, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », NCCC, 2012, n°34, pp.143 et ss.

²³⁴ Le contentieux électoral comporte lui-même plusieurs types de contentieux : le contentieux électoral proprement dit et le contentieux répressif. Le premier a pour objet de vérifier la régularité des actes et la validité des résultats des élections. Alors que le second tend à la sanction des actes de fraudes commis à l'occasion des élections et à la condamnation de leurs auteurs. Lire respectivement les ouvrages de Jean-Claude MASCLÉ : *Droit électoral*, PUF, coll. « Droit politique et théorique », 1989, 309 ; *Le Droit des élections politiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1982, p.97 et ss.

n'est pas fondé »²³⁵. Même s'il arrive que, dans une certaine mesure, cette même justice constitutionnelle condamne le pouvoir qui l'a nommé, ce ne sont que des condamnations mineures qui n'enlèvent en rien sa tutelle vis-à-vis du pouvoir, le souci étant seulement de couvrir sa dépendance afin de donner une apparence effective de l'Etat de droit tant à l'opinion nationale qu'internationale. Au regard de ce constat, certains auteurs à l'instar de Frédéric Joël Aïvo ont estimé que la meilleure garantie d'indépendance du juge constitutionnel africain à l'égard du pouvoir politique résulterait d'une garantie d'irrévocabilité doublant la garantie d'inamovibilité. Ainsi, l'irrévocabilité de la juridiction constitutionnelle dans son ensemble comme dans ses composantes individuelles serait opposable aux pouvoirs publics, en l'occurrence aux autorités de nomination²³⁶. Cela constitue un gage d'indépendance dans la mesure où les autorités nommantes sont ainsi privées d'un moyen d'échanger une "bonne" décision contre une nomination, et où les juges eux-mêmes n'ont aucun intérêt à chercher les faveurs de ces autorités²³⁷. Dans tous les cas, ces différentes tentatives de contribution à l'indépendance du juge ne sont que d'ordre matériel, car même dans ces conditions le juge constitutionnel peut toujours être tenté de livrer les clés de la justice constitutionnelle au pouvoir politique en favorisant par exemple une personnalité pour des raisons ethniques, ethnologiques, voire religieuses comme telles. Ici, le juge ne subit plus de pressions mais se livre lui-même, en laissant agir ses instincts au détriment du droit. D'où il convient de voir que la question de la dépendance du juge constitutionnel est avant tout un problème d'ordre éthique et la réponse efficiente devrait être du même ordre, car il s'agit d'un problème qui naît dans l'esprit de l'homme et c'est d'abord dans cet esprit qu'il faut tenter de le résoudre. Cela passe impérativement par la mise en place du civisme constitutionnel qui consiste à inculquer à chaque citoyen l'idée du respect du droit, de ses principes, de ses décisions. Une telle démarche se justifie dans la mesure où la « *Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme* »²³⁸. C'est aussi parce qu'« *au-delà du juridique et du politique même, c'est la culture qui est la meilleure garantie de la bonne application des valeurs et principes* »²³⁹.

Dans le deuxième cas, il faut voir que l'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone²⁴⁰ dans la protection des droits et libertés est pauvre. Ainsi, au-delà du prisme politique tel que développé, le juge constitutionnel est aussi otage de la loi, car il ne fait pas preuve d'inventivité et se contente d'interpréter et d'appliquer aveuglement la loi. Les Cours constitutionnelles congolaise et togolaise et le Conseil constitutionnel sénégalais sont des prototypes entrant dans cette catégorie. En effet, dès sa toute première décision de l'histoire, celle n°1/DC/SVE/03 du 30 juin 2003, le juge

²³⁵ Cité par Djedjro Francisco MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs* n°129, 2009, p.148.

²³⁶ Frédéric Joël AIVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, l'Harmattan, 2006, p.143 et ss.

²³⁷ Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, op.cit., p.58.

²³⁸ Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme : poursuite d'un Dialogue sur une quinzaine d'années de transition en Afrique et en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Cité par Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », op.cit., 24.

²³⁹ Slobodan MILACIC, « La démocratie politique éclipse par l'Etat de droit », in Istvan ILLESSY (dir.), *Constitutional Consequences of the EU Membership*, Université de Pécs, Faculté de droit, 2005, p.241.

²⁴⁰ Lire Placide MOUDOU DOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », op.cit.

constitutionnel congolais est passé à côté du rendez-vous démocratique. Dans le cas d'espèce, les requérants avaient saisi la Cour constitutionnelle par un renvoi préjudiciel et font valoir que les dispositions des articles 336 et 337 du code pénal congolais incriminent l'adultère, l'abandon de domicile conjugal de la femme tout en épargnant le mari de poursuite de l'homme en la matière. Ils en concluent qu'il y a là une discrimination qui n'est fondée que sur le sexe et demandent à la Cour de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions susmentionnées. La haute juridiction constitutionnelle congolaise qui en fait une interprétation littérale des textes conclut qu'il est : « *normal que dans la matière pénale où la loi est d'interprétation restrictive, la femme seule soit soumise aux dispositions des articles 336 et 337 du code pénal, le choix souverain du législateur étant basé sur l'objectif général de recherche de la stabilité des ménages, que ce grief n'est pas fondé* » et déclare que « *les articles 336 et 337 du code pénal sont conformes à la Constitution* »²⁴¹. Il s'agit bien là d'une décision regrettable car elle déconsolide la protection des droits fondamentaux, notamment parce qu'elle est à l'origine de la rupture du principe d'égalité devant la loi. En adoptant une telle position, le juge constitutionnel congolais apparaît comme un simple interprète de la loi ou encore un juge sous tutelle du législateur, car une telle décision méconnaît non seulement les dispositions constitutionnelles, mais aussi le préambule de la Constitution en vigueur à cette époque. L'article 8 de la Constitution du 20 janvier 2002 était pourtant explicite à cet effet : « *Tous les citoyens sont égaux devant la loi. Est interdite toute discrimination fondée sur...le sexe...la femme a les mêmes droits que l'homme* ». Aussi, dans le préambule, le constituant congolais de 2002 avait adhéré aux valeurs universelles de paix, de liberté et d'égalité garanties dans la Charte des Nations Unies du 24 octobre 1945, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 26 juin 1981, etc. Tous ces instruments contiennent aussi des dispositions pertinentes interdisant le traitement discriminatoire entre l'homme et la femme. Même sans se référer à la Constitution ou à ces instruments internationaux, le juge constitutionnel congolais aurait dû, à l'image du juge constitutionnel français faire preuve de créativité, en évoquant simplement le principe d'égalité²⁴², plutôt que s'en remettre au législateur : « *il est, en effet, loisible au législateur, se fondant sur l'état des mœurs et l'intérêt général, de prévoir la prévention de l'adultère de la femme et l'abandon du domicile conjugal par la femme, sans référence à l'homme* »²⁴³. Il s'agit bien là du « *raisonnement du juge qui refuse d'exercer pleinement ses compétences d'attribution pour constater effectivement l'inconstitutionnalité des deux dispositions du code pénal congolais* »²⁴⁴. On comprend que le juge constitutionnel africain n'a pas véritablement dégagé de principes constitutionnels nouveaux pouvant servir de base à l'évolution de la justice constitutionnelle, surtout dans le domaine des droits et libertés. Cette œuvre créatrice jurisprudentielle

²⁴¹ Décision n°01/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003.

²⁴² A ce propos, lire MICOLO (F), « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, n°3, p.115 ; Michel De VILLIERS, « Principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RA*, 1983, n°276 et 1984, n°217 ; Louis FAVOREU, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France », Y. Blais, Montréal, 1986, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, Economica et PUAM, 1997.

²⁴³ Décision n°01/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003 précitée.

²⁴⁴ Placide MOUDODOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p.24 et ss.

suppose « *la découverte non seulement dans le texte de la Constitution mais aussi dans le bloc constitutionnel des principes nouveaux qui eux-mêmes feront partie du bloc de constitutionnalité* »²⁴⁵. Cette attitude du juge constitutionnel de s'en remettre au législateur concerne aussi le Togo, notamment avec l'avis de la Cour constitutionnelle n°001/97 du 11 juin 1997 sur les élections législatives, présidentielles, du scrutin référendaire et à la saisine du Président de la République. En l'espèce, saisie par le Chef de l'Etat, la Cour constitutionnelle devait se prononcer sur le point de savoir si les compétences autrefois dévolues à la Cour suprême en matière électorale²⁴⁶ sont transférées de plein droit à la Cour constitutionnelle après la mise en place effective de celle-ci²⁴⁷. La Cour émet l'avis suivant : « *les compétences autrefois dévolues à la Cour suprême ne sont pas transférables de plein droit à la Cour constitutionnelle ; qu'une modification conséquente du code électoral pourrait attribuer la compétence en matière électorale à la Cour constitutionnelle* »²⁴⁸.

Cette absence d'inventivité jurisprudentielle fait des juridictions constitutionnelles africaines des Cours des irrecevabilités. Comme on le constate, en Afrique noire francophone, « *les juridictions constitutionnelles elles-mêmes ont une conception minimaliste de leurs prérogatives et manquent de hardiesse dans leur interprétation du droit* »²⁴⁹. Au Sénégal encore, le Conseil constitutionnel rappelle systématiquement qu'il est « *une juridiction d'attribution dont la compétence est strictement limitée par les textes (...) et qu'il ne saurait se prononcer que sur des cas expressément prévus par ces textes* »²⁵⁰. En principe la justice constitutionnelle est une boussole de la démocratie en ce sens que par ses choix, le juge constitutionnel détermine l'orientation démocratique d'un Etat. Or, dans cet échantillon des pays africains, le juge constitutionnel est présent mais absent. Il est présent car la justice constitutionnelle est instituée dans toutes les Constitutions d'Afrique noire francophone et son existence n'est plus à démontrer. Cependant, il est absent car il n'a pas pu imposer ses empreintes jurisprudentielles au grand rendez-vous démocratique du renouveau du constitutionnalisme. Dès lors, « *si le développement de la justice constitutionnelle réhabilite le droit constitutionnel en lui restituant sa vraie dignité, sa vocation première* »²⁵¹, en Afrique, on observe encore une faiblesse qualitative et quantitative de la justice constitutionnelle. Le droit y éprouve de réelles difficultés pour saisir le politique et pour garantir les libertés fondamentales en dépit de leur proclamation en abondance par les

²⁴⁵ Kangnikoe BADO, *Justice constitutionnelle et processus de démocratisation en Afrique de l'Ouest francophone*, Rapport international de la justice constitutionnelle, Franz Von Liszt, Institute Working Paper, Togo, février 2014, p.11.

²⁴⁶ Les compétences de la Cour suprême en matière électorale ont été déterminées par la loi n°92-003 du 8 juillet 1992, modifiée par l'ordonnance n°93-02/PR du 16 août 1993 et ce, en vertu de l'article 58, alinéa 2 de l'Acte n°7 de la Conférence nationale souveraine en date du 23 août 1991 portant Loi constitutionnelle organisant les pouvoirs durant la transition.

²⁴⁷ Sur un développement complet sur cet avis, lire Adama KPODAR, *Commentaire des grands avis et décisions de la Cour constitutionnelle togolaise*, Presse universitaire de Lomé, 2007.

²⁴⁸ Cour constitutionnelle, avis n°001/97 du 11 juin 1997.

²⁴⁹ Babacar GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », op.cit., p.20.

²⁵⁰ Cité par Ismaïla Madior FALL (dir.), *Les Décisions et Avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, p.22.

²⁵¹ Gérard CONAC, « Quelques réflexions sur le renouveau constitutionnel africain », communication au symposium de Bamako, 2000.

Constitutions²⁵². Tel est aussi le cas du juge administratif africain qui est assez timide pour assurer une protection efficiente des justiciables.

2-Un juge administratif assez timide

Babakane D. Coulibale après avoir fait une sorte de bilan sur un demi-siècle sur l'œuvre du juge administratif africain constate que la teneur des décisions que celui-ci rend « *montre qu'il reste encore largement en deçà de sa fonction juridictionnelle faute d'avoir véritablement recouvré "l'impérium" inhérent à l'acte de juger* »²⁵³. Dans cette perspective, exercer le contrôle de l'action de l'Administration devient une entreprise délicate dans ces pays²⁵⁴, aussi bien dans le contentieux de l'annulation que celui de la pleine juridiction. Dans le premier cas en effet, « *le juge administratif africain... n'est au mieux qu'un censeur des irrégularités* » alors que dans le second cas « *si le juge fait l'effort de prononcer des condamnations pécuniaires au principal, il se montre en revanche très parcimonieux dans l'octroi des indemnités liées aux autres chefs de préjudice, allant même jusqu'à refuser l'allocation d'intérêts moratoires normalement dus* »²⁵⁵. Il en est ainsi du Conseil d'Etat gabonais. Dans l'affaire **Gabonaise de Menuiserie et Bâtiment c/ Etat gabonais** du 25 juin 2010, la Haute juridiction accorde en dehors de la réparation due au titre principal, 5 000 000 de franc de dommages-intérêts sur les 300 000 000 de francs demandés. Dans une autre affaire rendue la même date, **Limza Construction c/ Etat gabonais**, le même juge gabonais accorde 5 000 000 de francs de dommages-intérêts sur les 35 000 000 de francs demandés. La Cour suprême du Bénin va plus loin, notamment en rejetant une demande de capitalisation des intérêts en raison des arriérés de loyers impayés par l'Etat²⁵⁶. Dans d'autres pays comme le Congo, le contentieux administratif apparaît clairement comme « *un contentieux des "puissants"* »²⁵⁷. La justice administrative dans ce pays se présente comme « *une justice à double vitesse : celle des puissances d'argent et des nantis (...) et celle des humbles citoyens empreinte de sévérité dans l'application de la loi, avec parfois des juges contraints de sanctionner la victime au profit de l'agresseur* »²⁵⁸. Une telle analyse se justifie dans la

²⁵² Babacar GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », op.cit., p.26. Pour le professeur Babacar Guèye, « *Cette faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle est d'abord due au fait que les pays en cause en délibéré ont choisi de confier la justice constitutionnelle dans un champ de compétence restreint (contrôle de constitutionnalité des lois, contentieux électoral : Sénégal, Burkina Faso, Cameroun...)* ». L'auteur y ajoute aussi le caractère restreint du régime de leur saisine qui est selon lui une cause de la faiblesse quantitative de leurs décisions. Il prend pour exemple le Sénégal où le Conseil constitutionnel n'en a rendu qu'une centaine en quinze ans d'existence. Il arrive à la conclusion selon laquelle la « *faiblesse de la jurisprudence constitutionnelle en Afrique est à la mesure de la modestie de la mission confiée par les régimes politiques aux juridictions constitutionnelles. Elle révèle en même temps un déficit de culture démocratique des dirigeants africains à un moment où l'accent est mis, à l'échelle universelle, sur la valorisation du rôle et de la responsabilité du juge dans les démocraties contemporaines* ».

²⁵³ in, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'Administration en Afrique noire francophone ? », op.cit., p.28.

²⁵⁴ Guy Jean Clément MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », op.cit., p.254.

²⁵⁵ Babakane COULIBALEY, « Le juge administratif... », op.cit., p.28.

²⁵⁶ Voir Arrêt n°15/AC, CS Bénin, *Toko Bamenou Michel c/ Ministre des Finances* du 27 juillet 1994, Rec., 1995, p.111.

²⁵⁷ Placide MOUDODOU, *Droit administratif congolais*, op.cit., p.47.

²⁵⁸ Robert MOUTEKE et LOCKO (I), « Protection des droits et des magistrats au Congo : Pathologie d'une justice exsangue », in *Colloque de Yaoundé sur les droits de l'homme en Afrique Centrale*, POUGOUE (P-G) (sous la dir.), éd. Karthala UCAC, 1994, p.166.

mesure où le juge administratif congolais donne rarement satisfaction au requérant²⁵⁹. Plusieurs statistiques attestent une telle affirmation. Ainsi, de 1962 à 1988, sur 17 affaires connues par la Cour suprême, 4 seulement avaient donné satisfaction au requérant, 5 avaient été jugées irrecevables et le reste avait fait l'objet, au fond, d'une décision de rejet²⁶⁰. Au cours des années 2000 et 2001, 48 requêtes ont été introduites avec un taux d'irrecevabilité élevé (30 sur 48, soit 62,5%) et sur les 18 qui ont été jugées recevables, 13 ont prononcé l'annulation des décisions administratives attaquées (soit 72,22%)²⁶¹. Certains magistrats congolais, vont même jusqu'à confesser en ces termes : « *il faut (...) dire que nos décisions sont certes des décisions de justice, mais elles sont souvent injustes. Faisant fi de toutes règles juridiques, nous avons jugé quelquefois selon nos sentiments. Cette façon de faire est (...) dangereuse* »²⁶² pour l'Etat de droit. Car dans ces conditions, la justice cesse d'être un rempart contre l'arbitraire.

Ce qui conduit M. Placide Moudoudou à l'analyse suivante : « *le sentiment d'injustice dans le contentieux congolais de la responsabilité administrative s'accroît lorsqu'on constate que d'un côté le juge accorde parfois complaisamment des dommages et intérêts à certains justiciables et de l'autre il use, contra legem, d'un raisonnement curieux pour en refuser à d'autres* »²⁶³. L'un des cas les plus emblématiques dans ce contentieux des puissants résulte de l'affaire Elingabato dans laquelle le juge administratif congolais a jugé ainsi qu'il suit : « *Attendu que tout un chacun sait que cette affaire d'enlèvements d'enfants avait traumatisé les Congolais à un point tel que le peuple exigeait que les auteurs de ces crimes soient exécutés ; que Elingabato ne pouvait être gardé longtemps que pour assurer sa protection à un moment où tout le peuple congolais cherchait les auteurs de ces enlèvements ; que si 72 heures après (la garde à vue) celui-ci était déféré à la maison d'arrêt pour y être détenu, il était à craindre qu'avec le système de sortie existant à ce niveau, celui-ci ne soit agressé par la suite ; que Elingabato ne peut dans ces conditions reprocher aux agents de la sécurité publique d'avoir commis une faute qui mérite réparation ; qu'il y a donc lieu de le débouter de sa demande* »²⁶⁴. Cette décision refusant d'accorder réparation à la victime tient seulement compte du fait que le sieur Elingabato est faible, car « *pour les requêtes fallacieuses* »²⁶⁵, le Tribunal de grande instance de Brazzaville a jugé que : « *la réalité du sinistre dont a été victime sieur X (est) de notoriété publique et que le tribunal peut condamner l'Etat congolais et la ville de Brazzaville en se fondant sur les seules affirmations du requérant* »²⁶⁶. Bien évidemment, dans ce dernier cas, le juge administratif congolais accorde réparation car le requérant est un magistrat, donc un "puissant". La justice administrative congolaise est donc véritablement une justice à deux poids et deux mesures, une justice qui offre une protection inégalitaire aux justiciables. Ce qui est un véritable danger

²⁵⁹ Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, op.cit., p.48.

²⁶⁰ Jean Marie BRETON, « La jurisprudence administrative de la Cour suprême du Congo », in *Rev. Con. Droit*, janvier-juin 1988, n°3, p.13.

²⁶¹ Guy Jean Clément MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », op.cit., p.254.

²⁶² Robert MOUTEKE et LOCKO (I), « Protection des droits des magistrats au Congo », op.cit., p.171.

²⁶³ Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, op.cit., p.50.

²⁶⁴ Tribunal populaire d'arrondissement de Poto-Poto, 26 septembre 1987, *Elingabato c/ Etat*.

²⁶⁵ Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, op.cit., p.49.

²⁶⁶ Cité par Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, op.cit., p.49.

permanent sur le principe d'égalité du service qui lui-même est le corollaire de l'égalité devant la loi.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, un constat s'impose : après plusieurs années d'humiliations et de frustrations²⁶⁷, l'Etat de droit est désormais consacré dans les Etats d'Afrique noire francophone. Une telle consécration tient notamment compte des préoccupations de garantie des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. Ce qui justifie la création au niveau constitutionnel et législatif, voire communautaire, d'organes chargés de rendre la jouissance de ces droits et libertés effectives : juridictions constitutionnelles, juridictions administratives, autorités administratives indépendantes²⁶⁸. Il est donc question de la prise en compte du rôle du citoyen en tant qu'acteur direct et concret de la garantie des droits fondamentaux²⁶⁹. Si celui-ci estime que des atteintes ont été faites à ses droits et libertés, il peut entamer une procédure contentieuse devant le juge constitutionnel et/ou administratif, utiliser des moyens non juridictionnels pour faire entendre ses plaintes ou ses revendications²⁷⁰. Ce qui fait qu'en Afrique noire francophone, on est passé d'un Etat autoritaire « à l'Etat de droit moderne, républicain et démocratique »²⁷¹. Tel est donc l'héritage formaliste du renouveau démocratique africain opéré dans les années 1990. Depuis lors, l'Etat de droit est devenue « rituelle »²⁷² voire machinale²⁷³. Au Gabon par exemple, si dans le préambule, le constituant semble privilégier l'idée de « légalité républicaine », il renvoie formellement à l'Etat de droit en tant que principe de la République dans le texte de la Constitution²⁷⁴. Il s'y réfère à nouveau, dans le serment prêté par le Président de la République²⁷⁵. Tout aussi explicitement, il en est fait mention au Sénégal dont le préambule proclame « le respect et la consolidation d'un Etat de droit dans lequel l'Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale »²⁷⁶. La mise en place de l'Etat de droit en Afrique noire francophone s'est traduite par l'émergence d'une justice constitutionnelle²⁷⁷, l'érection de l'autorité judiciaire en Pouvoir²⁷⁸ et la consécration de la séparation des pouvoirs²⁷⁹.

²⁶⁷ Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée », op.cit., p.19.

²⁶⁸ Placide MOUDODOU, « L'œuvre jurisprudentielle des juridictions constitutionnelles », op.cit., p.37.

²⁶⁹ Patrice ROLLAND, « La garantie des droits », *Droits fondamentaux*, n°3, janvier-décembre 2003, p.189.

²⁷⁰ Lire à cet effet, OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 2008.

²⁷¹ Maurice KAMTO *Pouvoir et droit en Afrique*, op.cit., p.499 et ss.

²⁷² Gérard CONAC, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique noire francophone », op.cit., p.106.

²⁷³ Adama KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme », op.cit., p.109.

²⁷⁴ Voir l'article 5 de la Constitution du 26 mars 1991.

²⁷⁵ Voir l'article 12 de la Constitution du 26 mars 1991.

²⁷⁶ Préambule de la Constitution du 22 janvier 2001.

²⁷⁷ Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp.101-114.

²⁷⁸ Ce fut notamment le cas au Bénin, au Burkina Faso, au Cameroun, en Guinée où la justice est élevée au rang d'un pouvoir constitutionnel aux côtés du législatif et de l'exécutif. Voir Maurice KAMTO, « Les mutations de la justice camerounaise à la lumière des développements constitutionnels de 1996 », *RASJ*, n°1, 2000, pp.10-11.

²⁷⁹ John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU, « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », op.cit., p.102.

Comme l'Etat de droit est le paradis des libertés, le juge constitutionnel africain a quand-même eu le courage et le mérite de dégager certains principes qui garantissent les droits et libertés fondamentaux. C'est le cas du juge béninois qui consacre le principe d'égalité des citoyens devant la loi en vertu duquel « *la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application et ne doit contenir aucune discrimination injustifiée* »²⁸⁰. Il s'agit là d'un "principe général" dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise²⁸¹ et d'un "principe de valeur constitutionnelle" dans la jurisprudence constitutionnelle sénégalaise²⁸². Le juge administratif africain de son côté a aussi dégagé quelques principes qui garantissent les droits des justiciables. Il en est ainsi du juge administratif sénégalais qui est devenu un acteur majeur dans la construction de l'Etat de droit en ce qu'il veille au respect du principe d'égalité dans ses différentes versions : égalité des citoyens²⁸³, égalité devant l'accès à l'emploi public²⁸⁴, égalité d'accès à la fonction publique²⁸⁵, égal accès à l'enseignement public et aux études supérieures²⁸⁶, égalité devant les sanctions²⁸⁷, etc.²⁸⁸.

Cependant, « *l'analyse du droit en Afrique ne saurait se limiter au premier, à l'énoncé du droit* »²⁸⁹. Ainsi, au regard cette réflexion critique, il apparaît clairement que bien que consacré dans tous ces Etats, cet édifice est menacé. La première menace résulte de la crise d'effectivité du droit. La notion d'effectivité, entendue comme le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »²⁹⁰. Dans la pratique, on dénombre plusieurs maux qui altèrent la justice en général aussi bien dans son organisation que dans son fonctionnement. La deuxième menace tient compte du fait que l'Etat de droit semble être abandonné à son triste sort, car privé de véritable protecteur efficace. C'est ainsi qu'« *au sortir de cette réflexion, il semble s'établir que la politique reprend progressivement le dessus sur le droit* »²⁹¹. Si celle-ci parvient à réaliser ses fins, l'Etat de droit renierait sa nature naturante pour devenir l'Etat du politique ou encore l'Etat de la politique, c'est-à-dire un Etat

A propos de la séparation des pouvoirs, les constituants africains ont repris expressément ou tacitement les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». C'est le cas de la Constitution du Gabon du 26 avril 1991 (article 5), de la Constitution du Niger du 9 août 1999 (article 4), de la loi constitutionnelle du Cameroun du 18 janvier 1996, de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, du Bénin du 10 décembre 1990, du Congo du 25 octobre 2015, de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, du Togo du 14 octobre 1992 qui consacrent des titres distincts aux pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaire.

²⁸⁰ Décision DCC-96-067 du 21 octobre 1996.

²⁸¹ Décision DCC-96-067 du 21 octobre 1996 précitée.

²⁸² Décision n°11-93 du 23 juin 1996.

²⁸³ Voir la décision de la Cour suprême (CS) sénégalaise du 23 mars 1966, *Samba Ndocoumane Guèye* et la décision du Conseil d'Etat sénégalais (CE) du 27 juillet 2000, *Momar Diop et autres c/ Etat du Sénégal*.

²⁸⁴ CE 29 juin 2000, *Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal c/ Etat du Sénégal*.

²⁸⁵ CE 26 avril 1995, *Alla Ngom et Boubacar Ndiaye c/ Etat du Sénégal*.

²⁸⁶ CE 31 août 1994, *Prosper Guéna Nitchen et autres c/ Université Cheik Anta Diop*.

²⁸⁷ CE 29 novembre 1995, *Melle Fatimata Bintou Diallo*.

²⁸⁸ Pour approfondir sur cette question, lire Omar DIA, « Le juge administratif sénégalais et la construction de l'Etat de droit », in Konrad Adenauer Stiftung, *Librairie d'études juridiques africaines*, volume 12, septembre 2012, pp.71-86.

²⁸⁹ John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU, « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », op.cit., p.100.

²⁹⁰ André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p.217.

²⁹¹ Frédéric Joël AIVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », op.cit., p.16.

qui se place à l'opposé des valeurs démocratiques consacrées depuis 1990. On sait que l'Etat de droit signifie simplement que l'Etat est gouverné par le droit rien que par le droit. Par conséquent, la crise d'effectivité du droit entraîne nécessairement le passage graduel de l'Etat de droit vers soit un droit de l'Etat soit un Etat de non-droit comme venons de le voir. Si cela se concrétise, l'Etat Léviathan refait surface et on assisterait au règne sans partage de la politique sur le droit. Ainsi donc, « *faute d'une intériorisation dans la société des valeurs qui sous-tendent l'Etat de droit, celui-ci reste plaqué sur le corps social sans emprise réelle* »²⁹². Cette argumentation est défendable dans la mesure où malgré sa soumission à la règle de droit, l'exécutif et surtout le Chef de l'Etat dans l'espace africain reste « *rebelle* » selon la formule de Godefroy Moyen²⁹³. Ce qui fait ressentir le goût d'un retour à l'autoritarisme, donc un danger pour la survie des droits et libertés fondamentaux des citoyens déjà acquis.

Mais, certains progrès sont nécessaires pour que l'édifice de l'Etat de droit ne s'écroule pas ou ne devienne pas obsolète. Il s'agit entre autre du renforcement des pouvoirs du juge, gardien de l'Etat de droit notamment par la combinaison de l'injonction et de l'astreinte afin de rendre performative les décisions de justice. Cela n'est possible que si celui-ci se rend finalement compte de la place réelle qu'il occupe dans la société. En outre, la deuxième entreprise passe par la moralisation de l'ensemble de la vie publique à une culture constitutionnelle. Il s'agit donc de mettre en place non seulement le droit de l'éthique mais également l'éthique du droit afin que les valeurs du constitutionnalisme, de la démocratie et de l'Etat de droit soient inscrites dans les cœurs de chaque citoyen du corps social, car c'est de l'éthique constitutionnelle que dérive la pratique constitutionnelle. Si l'incivisme du constitutionnalisme prend naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans ce même esprit que doivent être élevées les défenses du constitutionnalisme, notamment par l'institutionnalisation de l'éthique du constitutionnalisme. Tel est le défi qu'il faut relever. Ce n'est qu'ainsi que l'Etat de droit pourrait concourir à la « *renaissance africaine* » en « *combinant mémoire du passé, dignité dans le présent, espoir pour demain* »²⁹⁴.

²⁹² Benjamin BOUMAKANI, « L'Etat de droit en Afrique », op.cit., p.472.

²⁹³ Godefroy MOYEN, « L'exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain », op.cit., p.53.

²⁹⁴ Jacques CHIRAC, Discours au 21^e Sommet des Chefs d'Etat de France et d'Afrique, Yaoundé, 18 janvier 2001, *Documents d'Actualité internationale*, 1^{er} mars 2001, n°5, p.167.