

# **UNIVERSITE MONTESQUIEU - BORDEAUX IV**

**ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)**

**DOCTORAT EN DROIT**

**Séni Mahamadou OUEDRAOGO**

## **La lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone**

Thèse dirigée par

M. Jean du BOIS de GAUDUSSON, professeur de droit public  
président honoraire de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Présentée et soutenue publiquement le 16 mai 2011

Jury:

**M. Jean du BOIS de GAUDUSSON**

Professeur, Université Montesquieu - Bordeaux IV, **directeur de thèse**

**M. Augustin Marie-Gervais LOADA**

Professeur, Université de Ouaga II (Burkina Faso), **co-directeur de thèse**

**M. Alioune Badara FALL**

Professeur, Université Montesquieu - Bordeaux IV

**M. Christian BIDÉGARAY Professeur,**

Université de Nice Sophia Antipolis, **rapporteur**

**M. Sébastien PLATON**

Professeur, Université de La Rochelle, **rapporteur**

*L'université Montesquieu - Bordeaux IV n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

# *D*édicaces

*À mes parents KABORE AWA et OUEDRAOGO Sibnoaga ;*

*À mon épouse Sanata ;*

*À mes enfants Mohammed et Zahra ;*

*À mes frères et sœurs Sali, Karim, Omar, Amy, Moussa, Djibrihina,  
Boukaré, Oumarou, Dao ;*

*À mon frère, feu Youssouf OUEDRAOGO, arraché très tôt à la vie, pour  
avoir été notre premier soutien dès le début de nos études universitaires.*

# ***R**emerciements*

*Je voudrais tout particulièrement remercier le professeur Jean du Bois de GAUDUSSON, professeur de droit public, président honoraire de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Codirecteur du GRECCAP (Groupement de Recherche Comparative en Droit Constitutionnel, Administratif et Politique ) et Directeur du CERDRADI (Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des pays en développement ) pour tout le soutien qu'il m'a accordé et pour les heures de débats scientifiques partagés ensemble et pour l'encadrement de notre thèse;*

*Je voudrais également adresser mes sincères remerciements au professeur Augustin Marie-Gervais LOADA, professeur de droit public et science politique, ancien directeur de l'Unité de Formation et de Recherche en sciences juridiques et politique de l'Université de Ouagadougou, Directeur exécutif du Centre pour la Gouvernance démocratique (CGD), pour le soutien, les conseils avisés et pour l'encadrement de notre thèse;*

*Je voudrais remercier madame DUBOS, secrétaire du CERDRADI pour tout le soutien qu'elle nous a apporté pour la finition de cette œuvre et surtout pour l'organisation de la soutenance.*

*À ma famille, à mes cousins et neveux, à mes proches ainsi qu'à la famille alliée OUEDRAOGO, en particulier à Idrissa et Ibrahim ;*

*Je voudrais aussi adresser mes remerciements à monsieur IBRIGA Luc Marius, au Projet Réseau et à mes collègues de l'Université de Ouaga II ;*

*Aux zawiyas des Cheikhs Diarrassouba et Mahmoud OUEDRAOGO et à mes frères en foi;*

*À tous mes amis ainsi qu'aux amis doctorants de Ouaga, de Bordeaux pour le soutien moral et les bons moments de courtoisie.*



---

## RESUME ET MOTS-CLES – SUMMARY AND KEYWORDS

---

### Résumé en français

L'objectif de la présente étude est de faire l'état de la lutte contre la fraude à la constitution qui entrave le processus de démocratisation en Afrique noire francophone. Il s'agit de montrer que le renforcement de la démocratie et de l'État de droit a favorisé l'émergence de nouveaux usages de la constitution dans la plupart des États africains. Les gouvernants qui ont intériorisé les contraintes du constitutionnalisme le rejettent de plus en plus par le recours à des artifices juridiques qui se révèlent très difficiles à combattre sur le terrain du droit. Il en est ainsi parce que le fraudeur à la constitution prend toujours le soin de se conformer à la lettre de la constitution pour en combattre son fond.

Toutefois, on voit émerger au niveau national, régional et international une synergie d'actions de quelques institutions juridictionnelles, politiques et sociales tendant à combattre les actes des pouvoirs publics qui, revêtant l'apparence de la légalité constitutionnelle, la contrevient. Pour ce faire, les acteurs impliqués dans la lutte contre la fraude n'hésitent pas à tirer du dispositif normatif qui se révèle dans sa mise en œuvre inadaptée, les moyens pour identifier la fraude à la constitution et la sanctionner. Le bilan des actions menées contre la fraude révèle des rares succès. Les échecs enregistrés induisent que pour la consolidation de la démocratie en Afrique, la lutte contre la fraude à la constitution doit être placée au centre du contrôle du juge constitutionnel.

Titre en anglais : *The fight against fraud in Francophone African constitution*

### Abstract

The objective of this study is to review the state of the fight against fraud in the constitution that hinders the process of democratization in francophone Africa. These show that the strengthening of democracy and the rule of law has encouraged the emergence of new uses of the constitution in most African states. The leaders who have internalized the constraints of constitutionalism reject more and more by the use of legal devices that are very

difficult to fight on the field of law. This is so because the fraudster to the formation always takes care to comply with the letter of the constitution to fight his background.

However, are emerging at national, regional and international synergy of actions of some judicial institutions, and social policies aimed at combating acts of public authorities, taking on the appearance of constitutional legality, the upsets. To do this, those involved in the fight against fraud do not hesitate to draw the normative system which is revealed in its inadequate implementation, the means to identify constitution fraud and punish it. Review the actions conducted against fraud reveals rare success. The failures that lead to the consolidation of democracy in Africa, the fight against fraud in the constitution must be central control of the constitutional court.

#### MOTS-CLES

Abus de droit, Constitutionnalisme, Contrôle de constitutionnalité, Contrôle de légalité; Démocratie, Détournement de pouvoir, Fraude à la constitution, Fraude à la loi, Institutions, Justice constitutionnelle, Organisations internationales, Révision,

#### KEY WORDS

Abuse one's power, Constitutional law, Constitutionalism, Constitutional justice; Constitution fraud, Constitutional review, Democracy, Fraud Law, Diversion of procedure, Institutions, International organizations, Judicial review, Revision, Rulers, Take-over of power.

*CERDRADI (Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des pays en développement) Équipe de recherche, membre du Groupement de Recherches Comparatives en droit Administratif, Constitutionnel et Politique (GRECCAP)-Bureau D 216, UNIVERSITÉ Monstesquieu - Bordeaux IV- Avenue Léon Duguit-33608 Pessac Cedex-France.*

---

# SOMMAIRE

---

|                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| RESUME ET MOTS-CLES – SUMMARY AND KEYWORDS .....                                                                      | 5          |
| SOMMAIRE.....                                                                                                         | 7          |
| LISTE DES ABREVIATIONS.....                                                                                           | 8          |
| INTRODUCTION .....                                                                                                    | 10         |
| <b>PARTIE I LES MODALITES DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA<br/>CONSTITUTION EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE .....</b>   | <b>36</b>  |
| <b>TITRE I. L’IDENTIFICATION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION .....</b>                                                 | <b>38</b>  |
| Chapitre I. Essai d’une approche conceptuelle de la fraude à la constitution .....                                    | 39         |
| Chapitre II. Les manifestations de la fraude à la constitution.....                                                   | 111        |
| CONCLUSION TITRE I .....                                                                                              | 190        |
| <b>TITRE II. L’ANALYSE DU DISPOSITIF DE PREVENTION ET DE LUTTE CONTRE LA<br/>FRAUDE A LA CONSTITUTION .....</b>       | <b>192</b> |
| Chapitre I. Le dispositif institutionnel de protection de la constitution contre la fraude                            | 193        |
| Chapitre II Les éléments substantiels du dispositif de protection de la constitution contre les<br>fraudes .....      | 234        |
| CONCLUSION TITRE II.....                                                                                              | 268        |
| CONCLUSION PARTIE I .....                                                                                             | 270        |
| <b>PARTIE II. LA DIFFICILE GARANTIE DE L’INTANGIBILITE DES LIMITES DE<br/>LA CONSTITUTION .....</b>                   | <b>272</b> |
| <b>TITRE I. LA MATERIALISATION DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE A LA<br/>CONSTITUTION.....</b>                            | <b>273</b> |
| Chapitre I. Le contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution en Afrique francophone<br>.....                 | 274        |
| Chapitre II. Le traitement politique de la fraude a la constitution .....                                             | 321        |
| CONCLUSION TITRE I .....                                                                                              | 348        |
| <b>TITRE II. LES LIMITES À LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION</b>                                            | <b>350</b> |
| Chapitre I Les insuffisances inherentes au contrôle juridictionnel de la fraude à la<br>constitution .....            | 351        |
| Chapitre II Les limites politiques à l’effectivité du contrôle juridictionnel de la fraude a la<br>constitution ..... | 377        |
| CONCLUSION TITRE II.....                                                                                              | 411        |
| CONCLUSION PARTIE II.....                                                                                             | 413        |
| CONCLUSION GENERALE .....                                                                                             | 414        |
| BIBLIOGRAPHIE.....                                                                                                    | 422        |
| TABLE DES MATIERES .....                                                                                              | 446        |

---

## LISTE DES ABREVIATIONS

---

|                    |                                                                                                                        |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACCPUF .....       | Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français                                          |
| ACP .....          | Communauté Afrique-Caraïbe-Pacifique                                                                                   |
| ADI .....          | Académie de droit international                                                                                        |
| ADP .....          | Assemblée des députés du peuple                                                                                        |
| AFAAIDC .....      | Association française des auditeurs de l'académie internationale de droit constitutionnel                              |
| AIDC .....         | Académie internationale de droit constitutionnel                                                                       |
| AIF .....          | Agence intergouvernementale de la francophonie                                                                         |
| AIJC .....         | Annuaire international de justice constitutionnelle                                                                    |
| Al. ....           | Autres                                                                                                                 |
| Art.....           | Article                                                                                                                |
| BIT .....          | Bureau international du travail                                                                                        |
| CDP .....          | Chronique de droit public                                                                                              |
| CEAN .....         | Centre d'Études d'Afrique noire                                                                                        |
| CEDEAO .....       | Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest                                                                |
| CGD .....          | Centre pour la Gouvernance Démocratique                                                                                |
| CERCCLE .....      | Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les constitutions, les Libertés et l'État                            |
| CERDRADI .....     | Centre d'études et de recherches sur les droits africains et le développement institutionnel des pays en développement |
| Const.....         | Constitution                                                                                                           |
| CURAPP .....       | Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie                                           |
| GERJC.....         | Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle                                                      |
| GRECCAP .....      | Groupe de recherches comparatives en droit constitutionnel, administratif et politique                                 |
| LGDJ .....         | Librairie générale de droit et de jurisprudence                                                                        |
| NEA.....           | Nouvelles éditions africaines                                                                                          |
| OIF : .....        | Organisation internationale de la francophonie                                                                         |
| ONU .....          | Organisation des Nations unies                                                                                         |
| Op. cit. ....      | Opere citato                                                                                                           |
| OUA .....          | Organisation de l'unité africaine                                                                                      |
| Penant/ RDPA ..... | Penant/Revue de droit des pays d'Afrique                                                                               |
| PUAM .....         | Presses universitaires d'Aix-Marseille                                                                                 |
| PUF .....          | Presses Universitaires de France                                                                                       |
| RBD.....           | Revue burkinabé de droit                                                                                               |
| RBSJA .....        | Revue béninoise des sciences juridiques et administratives                                                             |
| RCADI .....        | Revue ds cours de l'académie de droit international                                                                    |

|             |                                                                            |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------|
| RDP .....   | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| RFAP .....  | Revue française d'administration publique                                  |
| RFDA .....  | Revue française de droit administratif                                     |
| RFDC .....  | Revue française de droit constitutionnel                                   |
| RFECP.....  | Revue française d'études constitutionnelles et politiques                  |
| RFSP.....   | Revue française de science politique                                       |
| RIDC .....  | Revue française de droit comparé                                           |
| RIPAS.....  | Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal            |
| RJPIC ..... | Revue juridique et politique, indépendance et coopération                  |
| RND .....   | Revue nigérienne de droit                                                  |
| P .....     | Page                                                                       |
| T .....     | Tome                                                                       |
| UA .....    | Union Africaine                                                            |
| UE.....     | Union Européenne                                                           |
| UEMOA ..... | Union Économique et Monétaire Ouest Africaine                              |
| V .....     | Volume                                                                     |

---

# INTRODUCTION

---

## **I. Contexte de l'étude : les tribulations du renouveau du constitutionnalisme en Afrique**

Deux décennies après le début des années 1990 qui a vu le continent africain s'engager sur la voie de la démocratie, la plupart des États africains doivent toujours faire face sur le plan politique aux défis liés à la consolidation de la démocratie. À l'évidence, il est incontestable que les transitions démocratiques africaines au sud du Sahara sont travaillées par de nombreuses défiances qui ont un impact négatif sur la qualité de la plupart des processus démocratiques en cours. L'instrumentalisation des règles reste la plus importante de ces défiances parce qu'elle est un invariant constant depuis l'accession des États africains à l'indépendance. À ce titre, elle se présente comme un défi constant dans la promotion de l'État de droit et de la démocratie dans la mesure où le non respect des règles du jeu démocratique constitue la marque commune de la plupart des régimes politiques africains. En Afrique noire francophone notamment, le dysfonctionnement des institutions, l'inconstance des acteurs politiques entre autres, entrent dans l'explication de la qualité défectueuse des processus démocratiques entamés. En effet, en Afrique francophone subsaharienne, c'est presque un truisme que d'affirmer que les régimes politiques autoritaires ont une très grande emprise sur les institutions étatiques en dépit des pressions externes et des mouvements de contestations populaires. La grande tendance des pratiques politiques montrent que l'impact des dynamiques internes et externes des années quatre vingt dix sur les acteurs politiques africains à l'effet de les inciter à démocratiser les régimes politiques fut limité. On constate que si les ouvertures politiques ont permis d'amorcer la marche vers la démocratie, elles ont permis de légitimer de nombreux gouvernants dont l'image était fortement écornée de sorte que les processus démocratiques sont encore dans certains États sous le contrôle des maîtres d'hier.

De fait, dans de nombreux États, le renouveau du constitutionnalisme a favorisé l'instrumentalisation du droit par les gouvernants qui ont compris que leur longévité politique dépendait de leur maîtrise des règles du jeu démocratique. Pour ces derniers, il s'agit, dans la

mesure où les valeurs véhiculées par le constitutionalisme sont obligatoires, de jouer avec les nouvelles règles, soit pour les accompagner, soit pour les manipuler, soit pour les refuser. La constitution malgré son statut de source première du droit n'échappe pas à cette logique d'instrumentalisation des règles. La ruse politique des gouvernants touche ces nouvelles constitutions plus ou moins consensuelles et dont une bonne part fut issue de Conférences nationales souveraines<sup>1</sup>.

À l'épreuve de la réalité, les nouvelles constitutions africaines ne vont pas résister aux vieilles pratiques politiques qui se sont sécularisées sur toute la quasi-totalité du continent africain. Les constitutions vont se révéler flexibles tant dans leur application que dans leur révision. À vrai dire, elle devient un instrument aisément manipulable aux mains de ceux qui exercent le pouvoir politique. On assiste un peu partout à une frénésie révisionniste marquée par une accélération des révisions dont l'examen de chacune nous éclaire sur les vicissitudes du constitutionnalisme africain. Les constitutions sont instrumentalisées à dessein par le biais de révision dont le seul but est de servir des intérêts partisans ou claniques, dans nombre de cas, des causes subjectives. Ainsi, l'environnement politique africain est dominé par la méprise des règles à tel point que la consolidation de la démocratie appelée à succéder à la phase des transitions démocratiques est devenue un horizon lointain. L'effervescence du constitutionnalisme, loin de marquer la rupture avec les pratiques autoritaires du passé, favorisa la logique de l'autolégitimation dont l'échec dans certains pays occasionna des atteintes aux idéaux du constitutionnalisme. Par endroits, les nouvelles constitutions n'ont pas mis fin aux dérives politiques et aux atteintes aux droits des citoyens. Ce fut le cas en 1993 au Togo avec la répression violente des manifestations populaires contre le régime du défunt président Gnassingbé EYADEMA. Dans les faits, les libertés et les droits politiques sont exercés sous le contrôle de l'État, illustrant la déviation des processus de démocratisation vers des « *démocraties illibérales* »<sup>2</sup>. Autrement dit, en dépit de leur consécration et de leur

---

<sup>1</sup> BALDÉ Sory, *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat : Droit : Bordeaux 4 : 2009, p. 626. Le Bénin, le Tchad, le Mali, le Congo, la République démocratique du Congo ont organisé des conférences nationales souveraines. Sur les Conférences nationales voir Gouvernement du Bénin et Agence intergouvernementale de la francophonie Conférence régionale africaine préparatoire à la IV<sup>e</sup> conférence mondiale sur les démocraties nouvelles et rétablies. Cotonou (Bénin), 4-6 décembre 2000 : bilan des conférences nationales et autres processus de transition démocratique. Cotonou (Bénin), 19-23 février 2000, Agence intergouvernementale de la Francophonie, Paris, 2000, 445 p. EBOUSSI-BOULAGA, Fabien, *Les conférences nationales en Afrique noire : une affaire à suivre*, Paris, Éd. Karthala, 2009.

<sup>2</sup> FAREED Zakaria, *L'avenir de la liberté : la démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, précité.

garantie dans des instruments juridiques, la libre expression des droits et des libertés fondamentaux reste encore illusoire.

Le pire de cette situation est que le *continuisme* au sommet de l'État, sauf dans quelques rares cas, reste une donnée politique constante en dépit des conditions juridiques favorables à la circulation des élites. À cet effet, les développements politiques ultérieurs et l'épreuve de la réalité, comme le fait remarquer Babacar GUÈYE, une décennie après leur avènement, sont venus rappeler aux plus enthousiastes que ces transitions démocratiques sont encore « *fondationnelles* »<sup>3</sup> et donc susceptibles d'évolutions réversibles, voire régressives<sup>4</sup>. La manifestation d'intérêt des États africains en faveur de la légalité constitutionnelle ne fut pas suivie d'une réelle volonté des gouvernants à se conformer aux restrictions inhérentes au constitutionnalisme. C'est le cas notamment des règles d'encadrement de la dévolution et de l'exercice du pouvoir dont la constitutionnalisation ne constitue pas en réalité un gage suffisant de leur respect. Au vrai, dans de nombreux pays, le processus de démocratisation vire progressivement vers l'autoritarisme.

On assiste à un syncrétisme réussi entre la formalisation de la démocratie et sa confiscation illégitime. Dans ce décorum, la consécration constitutionnelle ne relève que du symbolique puisque les gouvernants sont passés maîtres des tours de passe qui consistent à adopter des constitutions, mais à les instrumentaliser de façon maximale de sorte à se soustraire des griefs de la violation de la légalité. Dans ce dessein, les réformes sont entreprises pour permettre aux dirigeants de garder le contrôle du pouvoir. À cet effet, dans pratiquement tous les pays, on assiste à une profusion de réformes politiques pour reprendre les concessions qui avaient été faites<sup>5</sup>. Ces abus de réformes au lieu d'apporter des améliorations renvoient aux situations antérieures d'avant la démocratisation marquée par le règne de la volonté d'un groupe d'hommes. Les réformes constitutionnelles opérées au Burkina Faso depuis 1997 illustrent remarquablement cette tendance. Plutôt que de consolider le processus de démocratisation, les

---

<sup>3</sup> Selon l'expression de Guillermo O'DONNELL et Philippe SCHMITTER, *Transitions from Authoritarian Rule. Tentative Conclusion about Uncertain Democracies*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1986.

<sup>4</sup> GUÈYE Babacar, « La démocratie en Afrique ... », op. cit., p. 6.

<sup>5</sup> En Afrique noire francophone, les Réformes politiques visent un champ important de matières et elles sont opérées pour lever les clauses limitatives du nombre de mandats présidentiels (Burkina Faso, Cameroun, Niger, Tchad, Guinée), pour changer le mode de scrutin (Burkina Faso, Gabon, République Démocratique du Congo), pour maîtriser le calendrier électoral (Centrafrique, Burkina Faso), etc.



réformes constitutionnelles sont devenues un excellent instrument de manipulation de la constitution de 1991. On observe en effet que la loi constitutionnelle de révision de 1997 eut pour but principal de lever la limitation des mandats. Dans la même logique, les lois électorales sont taillées sur mesure pour assurer la victoire du parti au pouvoir lors des joutes électorales. À ce jour, une nouvelle réforme est ourdie par la majorité au pouvoir dont le point d'orgue est la volonté de lever la clause limitative des mandats jugée anti-démocratique.

Même s'ils ont été les premiers à sauter le verrou constitutionnel de l'intangibilité de la limitation du nombre de mandats présidentiels, les gouvernants burkinabés sont loin d'avoir le monopole de ces pratiques. Quelques États africains francophones s'adonnent à ces réformes de la constitution avec plus ou moins des succès. Ainsi, au Mali, la réforme politique entrevue en 2001 par le président KONARE pour réformer les institutions ne fut pas conduite à son terme parce que la classe politique dans son ensemble qui reçut plus tard le soutien majeur de la Cour constitutionnelle s'y était opposée<sup>6</sup>.

Cette réaction de la Cour constitutionnelle du Mali rappelle que le sombre tableau qui a été dépeint ne doit pas être généralisé à volonté, car il existe des États où passée la phase de la transition démocratique réussie, le processus démocratique entre dans sa phase de consolidation. Il ne sera pas mentionné ces cas parce que la fraude à la constitution, objet de la présente étude, étant un phénomène négatif, il convient de s'attarder sur les invariants de son émergence.

## ***II. Objet de l'étude: La lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone.***

Dans les pays africains où les réformes sont parvenues à terme, elles ont été engagées dans le respect d'un minimum de formalisme. Dans la plupart des cas, les gouvernants prennent le soin de se conformer aux règles et procédures prévues par les constitutions. Ces précautions ne prémunissent pas pour autant ces réformes du grief de l'illégalité. En réalité, les effets néfastes qu'elles entraînent obligent à s'interroger sur la portée de ces réformes, mieux sur le sens de ces constitutions africaines qui sont l'objet d'usages politiques anormaux. Les

---

<sup>6</sup> Cour Constitutionnelle du Mali, Décision n°01- 2001.

interrogations sur le constitutionnalisme africain ne sont pas nouvelles, même s'il faut admettre que le contexte ayant changé, celles-ci se posent dans des termes différents aujourd'hui. Dans les années quatre-vingt, le professeur LAVROFF analysait la signification et la portée du mouvement constitutionnaliste observable dans les pays africains au début des années quatre-vingt<sup>7</sup>. Il relevait que les constitutions africaines n'étaient rien d'autre qu'un droit d'entrée sur la scène internationale, une sorte de brevet de bonne conduite à usage externe pour des pays qui se donnent par ailleurs des pouvoirs autoritaires. Quelques facettes de la situation décrite par le professeur LAVROFF sont encore observables, notamment celles relatives à la pratique des dirigeants africains se dotant de constitutions spectacles pour obtenir la reconnaissance à laquelle ils aspirent dans le concert des nations modernes et recevoir, en contrepartie, légitimité et respectabilité de ce système<sup>8</sup>. S'inscrivant dans l'analyse du professeur LAVROFF, le professeur FAURE considérait que les constitutions en Afrique de la décennie quatre-vingt, bien loin d'être cet instrument de limitation du pouvoir qu'était la charte suprême à ses origines en Europe est davantage un instrument de domination<sup>9</sup>. Pour lui, la constitution à cette époque était pour le plus grand bénéfice de certains, un ordre social qui signifie très souvent assujettissement et misère pour le plus grand nombre<sup>10</sup>.

Les données ont bien changé parce que les États africains ont presque tous adhéré à l'apprentissage de la démocratie avec l'intériorisation plus moins réussie de certaines de ces exigences. Cela dit, de nombreuses insuffisances sont prégnantes. C'est au nombre de celles-ci qu'il faut inscrire les abus de réformes politiques qui confirment la fonction symbolique de certaines constitutions africaines, dont la mise en œuvre révèle la distance qui sépare le droit du fait. De ce point de vue, les expressions d'« *isomorphisme constitutionnel* »<sup>11</sup>, de

---

<sup>7</sup> LAVROFF Dmitri Georges, *Les Systèmes constitutionnels en Afrique noire : Les États francophones*, Paris, A. Pedone, 1976 ; LAVROFF Dmitri Georges, *La Constitutionnalisation des régimes militaires en Afrique noire*, Paris, Economica, 1984, p. 200-213.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> FAURE Yves-André, *Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire : pour une lecture différente des textes*, Paris, Economica, 1984, p. 214-230

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> CABANIS André et MARTIN Michel Louis, *Un Espace d'isomorphisme constitutionnel: l'Afrique francophone*, Paris, Dalloz, 2005.

« *braconnage constitutionnel* »<sup>12</sup> qui sont désignées pour caractériser les pratiques constitutionnelles africaines n'ont pas uniquement qu'une charge péjorative parce que les pratiques qu'elles fustigent confirment le non-respect des limites constitutionnelles.

Il convient de préciser que, de plus en plus, les travers du constitutionnalisme africain se nourrissent du droit. En effet, certains gouvernants africains parviennent à accommoder leurs pratiques politiques aux exigences de la démocratie, particulièrement aux règles prohibitives qu'elle impose. De ce fait, leurs actes sont difficiles à dénoncer, voire à sanctionner dans la mesure où ils sont conformes aux règles et aux procédures, échappant ainsi aux griefs de l'illégalité. La conséquence de ces pratiques est que le déficit de constitutionnalité des actes posés peut être moins recherché sur le terrain de la légalité que celui de la légitimité. En effet, la règle de droit étant porteuse de valeur, l'irrégularité d'un acte qui s'y réfère doit en tenir compte. C'est dire qu'en raison des exigences de la démocratie, les critères de validité des actes ne devraient pas se limiter à la validité matérielle (prise sous l'angle de la lettre uniquement) et formelle, mais doivent tenir compte également des critères axiologiques.

La considération de ces critères dans l'appréciation de la régularité des actes politiques renouvelle une vieille question. En effet, comme le souligne le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON, la sauvegarde des apparences, *ouvre aujourd'hui un débat, ancien, qui oppose légalité et légitimité et qui surgit parce que l'on dissocie ou que se dissocient l'une et l'autre*<sup>13</sup>. Selon ce prisme, il paraît judicieux d'apprécier la constitutionnalité de nombreux actes juridiques sous l'angle de la fraude qui permet de prendre en considération certaines valeurs dans l'appréciation de la validité des actes en sanctionnant ceux des actes qui les méconnaissent. C'est cette occurrence qui milite pour l'identification et la délimitation de la fraude à la constitution.

---

<sup>12</sup> Le mot est utilisé par le professeur Mamadou GAZIBO dans une tribune dans la presse nigérienne pour qualifier le referendum du président TANJA.

<sup>13</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003, p. 47.

### III. Délimitation du champ de l'étude

La profusion de la fraude à la constitution est la preuve qu'en Afrique, les gouvernants africains ont intériorisé la contrainte qui découle du constitutionnalisme incarné par la constitution. Conçue pour limiter le pouvoir et mettre fin à l'arbitraire de ses détenteurs, la constitution n'est plus qu'une norme de faible autorité sur les gouvernants qui peuvent la manipuler à volonté. Les manipulations de la constitution illustrent leur parfaite maîtrise de l'ordre politique, mettant en balance la volonté du peuple. Toutefois, il convient de nuancer le propos en mentionnant que les gouvernants africains n'ont pas le monopole de la manipulation des constitutions.

Un regard sur la doctrine française renseigne que ce sont les usages pervers du droit dans certains États européens qui ont inspiré l'étude de Georges LIET-VEAUX sur la fraude à la constitution<sup>14</sup>. La définition de la fraude à la constitution qu'il propose procède de celle de la fraude à la loi qui est définie comme un acte régulier en soi accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou presque prohibitive et, qui pour cette raison est frappée d'inefficacité par la loi<sup>15</sup>. Sur cette base, la fraude est l'acte formellement régulière, accompli en vue d'éluder une disposition de la constitution. L'acte, en apparence légale, est en soi conforme à la lettre de la constitution, mais en contrarie son fond. Ce sont ces caractéristiques que présentent les révisions constitutionnelles analysées par LIET-VEAUX. C'est pourquoi il les qualifiait de fraude à la constitution. Contrairement à ce que le titre de l'étude de LIET-VEAUX laisse entrevoir, elle aboutit dans ses conclusions à la justification des pratiques anticonstitutionnelles du régime de Vichy. LIET-VEAUX renforça le régime de Vichy en rejetant les limitations de la loi du 10 juillet 1940 qui le fondait<sup>16</sup>. Malgré sa démonstration qui permet de montrer que le respect de la forme de la constitution pour en combattre son esprit, est la fraude à la constitution, il affirma concernant la situation du régime de Vichy que, « le terme fraude ne doit éveiller l'écho péjoratif, car il désigne un procédé heureux de

---

<sup>14</sup>LIET-VEAUX G., « La fraude à la constitution: essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *RDP*, 1943, p. 116-150.

<sup>15</sup> GÉRARD Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008, p. 430.

<sup>16</sup> KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, *P.U.F.*, 1996. p. 161.

*révision révolutionnaire, grâce à la forme régulière qu'il revêt, il évite les troubles et les émeutes. L'Assemblée nationale a en fait l'expérience en juillet 1940 et elle a réussi »<sup>17</sup>.*

Cette conclusion provoqua de nombreuses critiques dont celle de Michel TROPER qui, à propos de la théorie de la fraude à la constitution de LIET-VEAUX, affirme: « *qu'il ne faut évidemment pas s'arrêter au titre de cet article qui pourrait laisser croire que cette publication est une manifestation d'héroïsme destinée à démontrer le caractère illégitime du régime, alors que c'est précisément le contraire »*<sup>18</sup>. La formule du professeur TROPER comme le relève le professeur Claude KLEIN est un peu forte, car l'on peut séparer les deux pans de la démonstration de LIET-VEAUX dont la première a le mérite de poser les éléments de la théorie de la fraude à la constitution<sup>19</sup>.

Le mérite de la démonstration de LIET-VEAUX fut notamment de mettre en évidence les bases d'une infraction condamnant l'utilisation régulière des règles et des procédures afin de parvenir à des résultats contestables du point de vue de l'esprit de l'acte constitutionnel. La substance de sa démonstration consista à dire que l'organe constituant dérivé « *désireux de procéder à un changement dans la façon de réviser la constitution en vigueur, a la compétence pour procéder à quelques retouches dans les conditions de formes ou modifier légèrement les conditions de fond »*, mais en ce qui concerne « *l'abandon total et définitif de la procédure de révision, il n'a plus compétence pour instaurer une nouvelle procédure : les nouvelles règles qu'il pose sont sans fondement, nulles. Les révisions ultérieures devraient continuer à se conformer aux règles primitives qui n'ont pas cessé d'être obligatoires. Si elles ne le font pas, elles violent les règles de révision, et il y a révision »*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Pour LIET-VEAUX si l'on analyse la révolution de juillet 1940 en un cas de fraude à la constitution, la situation est nette. Toutefois, la limite imposée en 1940 par l'Assemblée nationale à l'exercice futur de la compétence constituante est nulle. LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution... », op. cit., p. 150.

<sup>18</sup> TROPER Michel, « La notion de principes supraconstitutionnels », in *la théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 1<sup>er</sup> éd., 1994, p. 211.

<sup>19</sup> KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, op. cit., p. 158.

<sup>20</sup> LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution... », op. cit., p. 150.

La similitude la situation française, du moins, européenne de l'entre-deux-guerres mondiales avec les pratiques africaines en cours nous oblige à recourir à l'étude de LIET-VEAUX comme matrice de réflexion pour l'analyse des situations africaines. C'est cette posture qui a guidé notre choix pour l'analyse de la fraude à la constitution, notamment celle de la lutte qui en est menée dans le contexte africain francophone. À cet effet, la théorie de LIET-VEAUX devrait permettre de cerner les contours de la notion de fraude à la constitution qui est d'un usage très récurrent.

À l'évidence, la fraude à la constitution est aujourd'hui le nouveau défi des transitions démocratiques africaines parce qu'elle persiste et ne cesse de s'amplifier en dépit du dispositif institué pour protéger la constitution. Elle ne cesse de se développer dans le contexte africain francophone parce qu'elle y trouve un terreau favorable nourri de plusieurs facteurs dont les principaux sont entre autres, l'exigence de la légalité constitutionnelle, le désir de perpétuation de la patrimonialisation de l'État, la mise en jeu de la responsabilité des gouvernants, l'absence de culture constitutionnelle des dirigeants. En un mot, la fraude se nourrit de plusieurs facteurs.

### ***Les causes du développement de la fraude à la constitution en Afrique noire francophone***

De fait, le contexte international n'est pas étranger à la profusion de la fraude à la constitution, même si *a contrario*, on aurait pu croire qu'avec «*la constitution d'un droit constitutionnel international matériel et de l'internationalisation des structures, des formes et des procédures*»<sup>21</sup>, l'attitude des gouvernants africains se rapprocherait de la légalité. Il n'en est pas ainsi parce que les dirigeants des États, bien que, se sentant surveillés par un réseau infiniment complexe d'institutions qui les invitent aux respects des standards internationaux, trouvent le moyen de prendre assez de liberté avec les contraintes du constitutionnalisme. À

---

<sup>21</sup>BEN ACHOUR Yadh, « L'internationalisation du droit constitutionnel, Cours général », , *L'internationalisation du droit constitutionnel, R.C.A.I.D.C.*, Vol. XVI, 2000, p. 68. Pour l'auteur, le droit constitutionnel s'internationalise par ses mécanismes, ses modes de fonctionnement, ses procédures : procédure de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale, procédure du vote de la loi, procédure de révision de la constitution, procédure de dissolution du Parlement, etc. Le droit constitutionnel international matériel est essentiellement constitué des règles des droits de l'homme.

vrai dire, l'impact de «*la mondialisation du droit constitutionnel* »<sup>22</sup> apparaît limité, car le contrôle international et les sanctions qui en découlent pour le non-respect des obligations internationales ne sont pas toujours efficaces. Cette insuffisance justifie parfois l'idée que l'exigence de la légalité n'entraîne pas toujours un respect religieux des règles, mais elle apporte dans bien de cas un souffle nouveau aux régularités apparentes. En effet, pour les dirigeants qui veulent se délier des contraintes imposées par le respect des règles, l'utilisation régulière des formes et des procédures devient une alternative efficace. Le droit étant devenu la référence, de nombreux dirigeants prennent le soin de déceler les failles que celui-ci présente afin de mieux se conformer à ses exigences sans le risque d'un quelconque grief de sa violation.

Pour les nombreux dirigeants africains, il s'agit alors de s'accommoder du formalisme du constitutionnalisme au détriment des valeurs qu'il véhicule. C'est pourquoi l'ingénierie constitutionnelle est mise à contribution pour éviter les sanctions<sup>23</sup>. La fraude, en vertu des avantages qu'elle peut procurer, est préférée par les spécialistes sollicités comme le moyen indiqué pour surmonter les obstacles de la constitution. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'expression d'ingénierie constitutionnelle ou la démocratie bricolée<sup>24</sup>. C'est dire qu'au fur et à mesure que la référence à la constitution va grandissante, les fraudes à la constitution s'accroîtront et se perfectionneront.

La seconde cause d'épanouissement de la fraude à la constitution en Afrique francophone est la mise en jeu de la responsabilité des gouvernants. Le malaise que de nombreux gouvernants africains ont avec la constitution trouve un début d'explication dans les poursuites engagées contre eux pour des faits accomplis dans ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. L'aménagement dans certaines constitutions africaines de la responsabilité pénale du chef de l'État, renforcée par la création de juridictions internationales, sont autant

---

<sup>22</sup> VEDEL G., « Dans quelle mesure peut-on parler de la mondialisation des institutions politiques ? », in *Mondialisation et identité*, Publications de l'Académie du royaume du Maroc, coll. Session, Rabat, 5-7 mai 1997.

<sup>23</sup> C'est le cas lorsqu'il est fait appel à des éminents juristes pour se servir du droit pour réaliser la fraude à la constitution. Sur l'apport de l'ingénierie à l'élaboration du droit constitutionnel, Voir ROBERT Jacques, *L'Ingénierie constitutionnelle et l'Europe de l'Est : le rôle de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

<sup>24</sup> TORCOL Sylvie, *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne [Texte imprimé] : Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Université de Toulon et du Var, 2002, p. 19.

de motifs sérieux d'incitation à la commission de la fraude à la constitution. En effet, le passif des dirigeants africains est si important que l'on ne saurait négliger cet invariant dans la recherche des causes de la recrudescence de la fraude à la constitution. La gestion hégémonique du pouvoir monolithique dans de nombreux pays a entraîné une cohorte de victimes civiles et politiques aussi bien en période d'exception que de légalité. De nombreux dirigeants, particulièrement le général EYADEMA, doivent en partie leur longévité au pouvoir aux exactions perpétrées par des forces de défense et de sécurité aux ordres et à la faiblesse de l'opposition politique.

En réaction à ces atteintes aux droits humains, les ordres juridiques nationaux et internationaux ont mis en place des régimes de responsabilité pour les auteurs de crimes, y compris les responsables politiques. Cela s'est traduit au niveau international par la création des juridictions pénales internationales et l'adoption des instruments internationaux d'incrimination et de sanction des crimes les plus graves. Dans les ordres juridiques internes, les constituants africains francophones ont adopté une responsabilité pénale des gouvernants fortement inspirée de la responsabilité pénale du chef de l'État inscrite dans la constitution de la V<sup>e</sup> République française<sup>25</sup>. Cette constitutionnalisation de la responsabilité pénale des gouvernants s'inscrit dans une logique universelle de lutte contre l'impunité longtemps admise des gouvernants. Cependant, concernant l'Afrique francophone, faut-il le faire remarquer, cette réglementation de la responsabilité est timide et parfois régressive<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Dans les constitutions inspirées de la constitution française de 1958, la responsabilité pénale des gouvernants est prévue dans le titre consacré à la haute cour de justice. Cette responsabilité dans la quasi-totalité des Etats francophones est mise en jeu pour les faits qualifiés de haute trahison. Selon les pays, elle s'étend aux infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des gouvernants notamment aux détournements de deniers publics, attentat à la constitution, violations graves et caractérisées des droits de l'homme, de cession frauduleuse d'une partie du territoire national, d'introduction de déchets toxiques. Burkina Faso, article 138 constitution du 2 juin 1991, Niger, article 118 de la constitution du 18 juillet 1999, Bénin article 135 de la constitution du 11 décembre 1990). Au Bénin, elle s'étend aux infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des gouvernants.

<sup>26</sup> L'article 53 de la constitution du Cameroun introduite par la révision constitutionnelle du 14 avril 2008, notamment en son alinéa 3 ainsi libellé « *Les actes accomplis par le président de la République en application des articles 5, 8,9 et 10 ci-dessus, sont couverts par l'immunité et ne sauraient engager sa responsabilité à l'issue de son mandat* ». Cette pose un véritable problème sur la portée exacte de cette disposition comme le relève le Pr Alain Didier OLINGA. Seulement nous restons circonspects sur l'interprétation qui en est faite. Selon son entendement « , « *ce qu'il faut apparemment comprendre est que , pendant l'exercice de ses fonctions, le président de la République peut être poursuivi pour haute trahison, mais qu'après cessation de ses fonctions, il ne s'agit pas de dire que l'ancien chef d'Etat est plus à l'abri des poursuites du fait de fonctions qu'il n'exerce plus et qui ne devraient plus en principe le protéger, que le chef de l'Etat en fonction ; il s'agit apparemment de dire que si le chef d'Etat n'a pas été poursuivi pendant qu'il exerçait ses fonctions de président de la République, il faut présumer qu'il n'a rien commis de grave, qui puisse être assimilé à la haute trahison, et qui pourrait être poursuivi après ses fonctions...* ».



De façon générale, la mise en jeu de la responsabilité tend à remettre en cause, sur les territoires étrangers, l'immunité de juridiction et d'exécution dont bénéficient les dirigeants pour les actes accomplis dans l'exercice de leur fonction. Cette nouvelle articulation de la responsabilité des dirigeants ne se réduit plus aux actes accomplis avant et après la fonction. Elles concernent aussi ceux accomplis pendant la fonction. Cette solution est le fruit du développement de la théorie et de la jurisprudence relative aux crimes internationaux et surtout à la création des juridictions pénales internationales. Sur cette base, nombre de juridictions constitutionnelles ne se privent pas de faire la distinction entre les actes de la fonction de ceux qui sont détachés de la fonction en vue de mettre en jeu la responsabilité du dirigeant politique en exercice<sup>27</sup>. Dans ces circonstances, pour des dirigeants parvenus ou maintenus au pouvoir par le glaive ou qui se sont rendus coupables de crimes graves, l'éventualité de la mise en cause de leur responsabilité les incite à trouver les moyens de s'accrocher au pouvoir. Aussi, ces derniers, obligés de tenir compte de la contrainte inhérente à la réglementation interne et internationale, trouvent dans l'accomplissement d'actes en apparence légaux, le seul moyen d'éviter les sanctions encourues pour le non-respect des règles. C'est le spectre de la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants qui entrave l'obligation de se plier à l'alternance au sommet de l'exécutif, car pour les dirigeants fautifs, tout départ du pouvoir ouvrirait la boîte de Pandore. Cette éventualité créée entre les dirigeants logés à la même enseigne une solidarité agissante en faveur de l'impunité. La solidarité manifestée par les chefs d'État africains à l'endroit du président soudanais Omar El Béchir<sup>28</sup> ou à l'endroit de tout autre chef d'État auteur de fraude à la constitution s'inscrirait dans cette logique<sup>29</sup>.

---

Cette lecture ne semble pas rencontrer notre adhésion parce qu'avec la configuration du Parlement, il y a peu de chances que la responsabilité du président soit engagée par les parlementaires. Ce qui reviendrait à dire si la responsabilité n'est pas engagée pendant la période d'exercice de la fonction, il faut conclure en disant que le chef d'État qui n'est plus en fonction et dont la responsabilité n'a pas été engagée est plus protégé que celui en exercice qui hypothétiquement peut voir sa responsabilité engagée durant l'exercice de son mandat. C'est donc la preuve que la constitutionnalisation de la responsabilité du président de la République n'a consacré qu'une sorte d'impunité au président.

<sup>27</sup> Voir La première décision de la chambre des lords du 25 novembre 1998 relative à l'affaire Pinochet. Dans cette décision, elle a décidé que l'acte de torture reproché à Pinochet n'entrait pas dans la fonction d'un chef d'État et que, par voie de conséquence, était compétents les tribunaux britanniques pour juger ce type de crime. Dans la deuxième décision rendue le 24 mars 1999, la chambre des Lords a considéré que les crimes reprochés à Pinochet constituent des actes de fonction, mais que le crime de torture met obstacle à l'immunité *ratione materiae* du chef d'État. Voir Yadh Ben Achour, « L'internationalisation du droit constitutionnel », op. cit., 2000, p. 91.

<sup>28</sup> Il faut faire observer relativement à cette affaire que la décision de l'Union Africaine à ne pas exécuter le mandat d'arrêt de la CPI concernant le président El Béchir si elle peut se justifier par le désir de donner la chance à la paix au Darfour ou à la partialité de la CPI qui semble être une juridiction instituée pour les

Une autre cause de la fraude à la constitution est le désir de patrimonialisation de l'État. Si l'extra-patrimonialisation est connue pour être un des attributs de l'État moderne, cet attribut est loin d'être une caractéristique de l'État africain. Dans la quasi-totalité des États, la gestion du pouvoir rime avec la prédation des ressources de l'État. Rares sont aujourd'hui les États africains à l'abri des scandales financiers. Les rapports d'Amnesty internationale se font l'écho chaque année de l'ampleur de la corruption dans les États et quelques fois des détournements de fonds des autorités politiques administratives<sup>30</sup>. La redistribution illicite des ressources participe de la stratégie de conservation du pouvoir. Ainsi, les courtisans des gouvernants qui désirent toujours conserver les avantages tirés du système sont obligés de s'investir dans l'instrumentalisation des règles afin de conserver le pouvoir. Et comme le respect des règles s'impose, la fraude devient un moyen pour créer une situation juridique à l'effet de servir une fin collective. De nombreux exemples peuvent illustrer une telle situation. Les réformes impulsées par le Congrès pour la démocratie et le progrès au Burkina Faso dans le sens de garantir le pouvoir à vie au président COMPAORE ne sont pas étrangères au dessein de conserver leurs avantages<sup>31</sup>. Il en fut de même au Niger où après sa chute le président TANJA quelques-uns de ses proches ont été accusés de détournements de deniers publics<sup>32</sup>. Dans ce cas, il apparaît nettement que la constitution n'est qu'un instrument au service de la classe dirigeante. Ce sont ces usages sociaux négatifs de la constitution qui font dire à Bernard LACROIX qu'« *une constitution n'est, en aucun cas, le fait de tous, mais*

---

Africains, ces raisons à elles seules ne sauraient occulter la responsabilité du président soudanais et, partant, de tous ceux qui sur le continent bâillonnent leur peuple et violent les droits humains.

<sup>29</sup> Certains ministres et hauts responsables politiques africains avaient estimé que rien n'empêchait l'adoption d'une nouvelle constitution par le président TANJA. Certains États s'opposent aux sanctions de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) contre son gouvernement (*voir infra*).

<sup>30</sup> Les ministères de la santé de la Côte-d'Ivoire et du Mali ont été éclaboussés par les détournements de fonds du Programme Sida. Au Mali, deux ministres maliens ont dû rendre leur démission pour être entendu avec certains de leurs collaborateurs en garde à vue par la justice. Bien plus, en Côte-d'Ivoire, les fonds de la filière cacao café ont été détournés par des dignitaires du parti au pouvoir (Front populaire ivoirien) qui croupissent depuis deux années en prison en attendant leur procès.

<sup>31</sup> Dans une interview donnée au quotidien l'observateur, l'ambassadeur Salif Diallo, qui lui a valu son poste de vice-président du Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP), parti majoritaire du Burkina Faso, n'a pas hésité à fustiger la patrimonialisation de l'Etat au Burkina Faso et appeler par conséquent la refondation de l'Etat. Voir, « Il faut dissoudre l'Assemblée et instaurer un régime parlementaire » in L'Observateur Paalga, N° 7419 du mercredi 08 juillet 2009. Disponible sur <http://www.lobservateur.bf>.

<sup>32</sup> Le 18 juin 2010 le fils du président TANJA, son ministre des mines Mohamed Abdoulahi des mines et trois autres personnalités ont été écroués par la junte militaire pour « *trafic d'influence, pots-de-vin et blanchiment de capitaux* » dans l'affaire dite « *de permis de prospection minière* ». En août 2010, la presse nigérienne a publié des documents confirmant le versement de 5 millions de dollars à des proches du président Tanja pour l'attribution d'un permis de recherche d'uranium. Voir [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr): L'opération d'« assainissement » a débuté au Niger, Article publié le vendredi 18 juin 2010.

*toujours le fait de groupes isolables qui trouvent l'instrument de réalisation de leurs desseins dans le travail spécifique de légistes»<sup>33</sup>.*

L'absence de culture constitutionnelle est une autre cause non négligeable de l'inflation de la fraude à la constitution. Le titre sous forme d'épigraphe de l'article du doyen Jean du Bois de GAUDUSSON: *Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme*<sup>34</sup> confirme cette idée. Ce titre qui interpelle sur les effets néfastes de l'absence de culture constitutionnelle met par ailleurs en évidence une des principales causes du dysfonctionnement du constitutionnalisme africain et partant de l'épanouissement de la fraude à la constitution. Or, le constitutionnalisme tout comme la démocratie nécessite l'appropriation des valeurs qu'elle véhicule aussi bien par les acteurs politiques que les citoyens. En vérité, aucune démocratie ne peut se construire sans que les citoyens dans leur ensemble ne soient imprégnés des valeurs démocratiques. Celles-ci impliquent que la classe politique dans son ensemble accepte sans contrainte les sacro-saints principes de tolérance dans l'exercice du pouvoir et de l'alternance démocratique dans sa transmission, car comme l'enseigne Georges VEDEL, « *la démocratie, dans le contexte des systèmes politiques majoritaires, renvoie à l'exercice du pouvoir d'État par la majorité sous le contrôle de l'opposition et l'arbitrage du peuple*»<sup>35</sup>.

Force est cependant de constater qu'en Afrique de façon générale le pouvoir ne se transmet pas du tout, du moins, difficilement. Certains dirigeants reproduisent la conception du pouvoir des sociétés traditionnelles africaines. Dans nombre de celles-ci, le pouvoir ne se transmet pas encore moins se partager. Son détenteur en a la propriété exclusive jusqu'à sa mort. La gestion du pouvoir par certains dirigeants révèle ce rapport au pouvoir qui est ancré dans les inconscients des populations. C'est pourquoi l'apologie des bienfaits de l'alternance, sève nourricière de la démocratie, n'a pas émoussé le désir de conservation du pouvoir des dirigeants. À l'évidence, la conception du pouvoir chez bon nombre de ses détenteurs s'accommode mal d'un partage contrairement à l'enseignement de la théorie kelsénienne de la

---

<sup>33</sup> LACROIX Bernard, « Les fonctions symboliques des constitutions, op. cit., p. 198.

<sup>34</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme: Poursuite d'un dialogue sur quinze années de "transition" en Afrique et en Europe, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation », in Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>35</sup> *Les garanties et éventuels statuts de l'opposition en Afrique*, Actes de la quatrième réunion préparatoire au symposium international de Bamako, in *La vie politique*, mai 2000, p. 1, non publié.

négociation du compromis entre les gouvernements de l'État démocratique et leur opposition politique<sup>36</sup>. En conséquence, pour ceux-ci, la reconnaissance du pluralisme politique n'a qu'une fonction de légitimation et à vrai dire une vertu décorative. On constate bien plus d'ailleurs que c'est la concentration des pouvoirs exécutif et législatif entre les mains du président qui caractérise les régimes politiques africains parce qu'un peu partout, il est le chef de file d'une large coalition de courtisans.

Par ailleurs, il importe de souligner que la réalisation de la fraude est facilitée par la caution des peuples abusés et désabusés. En effet, la majorité des fraudes pratiquées n'est possible qu'avec la caution des peuples qui ne perçoivent ni les enjeux des débats politiques, ni la portée des actes qu'ils sont appelés à accomplir de sorte que les gouvernants profitent de leur ignorance pour parvenir à leurs fins. D'ailleurs, c'est la méconnaissance par le peuple des enjeux de la démocratie qui expliquent la tendance des gouvernants à les mettre de plus en plus à contribution, à travers des référendums de révision savamment contrôlés et organisés, pour certifier leurs forfaitures. Il apparaît clairement qu'une culture démocratique insuffisamment développée<sup>37</sup> au niveau des dirigeants, des acteurs politiques que de la société civile peut être la source de tous les abus dans l'exercice des prérogatives reconnues par la constitution.

Au surplus, l'accent doit être mis sur la responsabilité des opposants politiques dont les mauvais choix politiques constituent des bénédictions pour les partis politiques majoritaires dans la réalisation de leurs forfaits. Le radicalisme irresponsable de certaines oppositions politiques qui boycottent systématiquement les joutes électorales sans prendre le soin de mesurer les conséquences de leurs actes est très souvent préjudiciable à la consolidation de la démocratie. L'absence de consensus sur les règles de la compétition électorale entraîne des réactions pour le moins inconsidérées. La décision de se mettre en marge du processus démocratique à travers le boycott des consultations électorales fait le lit de la fraude à la constitution. Incontestablement, le refus des oppositions politiques de se faire représenter aux assemblées délibératives produit des effets *boomerang*. L'absence de l'opposition dans les assemblées parlementaires leur ôte la minorité de blocage qui aurait pu être utile à empêcher

---

<sup>36</sup> KELSEN Hans, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur* (trad. de Charles Eisenmann), Economica, 1988, p. 157.

<sup>37</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir, in Renouveau du droit constitutionnel » in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris, Dalloz, 2007, p. 616.

certaines révisions frauduleuses opérées par voie parlementaire. Or, les actes qui sont adoptés par instances de décisions finissent par s'imposer. C'est ainsi que les boycotts par les oppositions politiques des élections législatives de 1995 et 2000 en Côte-d'Ivoire, en 2001 au Sénégal, au Burkina Faso en 1997 ou à Djibouti ont facilité l'adoption de règles constitutionnelles qualifiables de frauduleuses. À Djibouti, l'absence de l'opposition au Parlement en raison du boycott des élections législatives de 2008 a permis au camp présidentiel de choisir la voie parlementaire afin de procéder à la levée de la clause limitative des mandats. C'est dire qu'une décision inconsiderée de l'opposition politique peut être une opportunité offerte au segment présidentiel pour gouverner sans contre pouvoir institutionnel.

Enfin, il ne peut être exclu les effets néfastes du « *droit public de circonstances* »<sup>38</sup> sur le développement de la fraude en Afrique. De plus en plus, le droit est utilisé à des fins de résolution des conflits. Dans ce dessein, il est instrumentalisé pour servir des fins qui ne relèvent pas de sa finalité première. Or, le droit dans sa volonté de saisir toutes les questions finit par se pervertir et consacrer des irrégularités. Dans ce cas, il fait le lit des utilisations régulières des formes et des procédures, contrariant la finalité ou l'esprit de la constitution. En dépit de la surabondance des causes d'émergence de la fraude, force est de reconnaître cependant que les systèmes juridiques réagissent en tentant de la limiter par la prévention et la sanction. Dès lors, il nous a semblé opportun de porter un regard sur les moyens de défense des systèmes juridiques étatiques et de procéder à une appréciation des résultats qui sont produits. Ce sont toutes ces raisons qui ont motivé le choix du sujet de *la lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone*. La conduite de cette étude exige qu'il soit avant tout justifié l'intérêt de la fraude à la constitution dans le contexte africain.

### **III. L'intérêt de l'étude.**

L'Afrique n'a pas le monopole de la fraude à la constitution; loin s'en faut. L'étude de LIET-VEAUX sus évoquée concerne la fraude à la constitution dans le contexte européen plus précisément dans trois démocraties majeures européennes à savoir la France, l'Allemagne et l'Italie de la période de l'entre deux guerres. C'est dire que la pratique a connu des jours meilleurs sur le vieux continent. En France, le cas le plus topique de la fraude à la

---

<sup>38</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003, p. 47.

constitution est la loi de révision constitutionnelle de 1962 à travers laquelle le général de GAULLE a instauré une seconde voie, aujourd'hui abandonnée, de révision de la constitution de 1958. Le recours à l'article 11 quoique n'étant pas utilisable pour réviser la constitution permit au général de contourner l'obstacle du Parlement et de changer le mode de désignation du président de la République. Cette loi constitutionnelle, malgré les critiques dont elle fut l'objet, consacra selon le mot du président Mitterrand une seconde voie de révision de la constitution française<sup>39</sup>.

De ce qui précède, il apparaît clairement que la fraude à la constitution est liée à l'exercice du pouvoir et à l'exigence de la légalité constitutionnelle qui est devenue un standard international. De ce point de vue, le phénomène de la fraude à la constitution est plus un phénomène planétaire plutôt qu'une spécificité propre à un continent donné, même, si du reste, cette pratique est plus visible et récurrente dans les transitions démocratiques notamment africaines.

En Afrique, l'intérêt de la lutte contre la fraude tient non seulement à la fréquence, mais encore à l'incidence de celle-ci sur le droit constitutionnel et partant de l'utilité de la constitution comme moyen de limitation du pouvoir. L'analyse de la fraude est d'autant plus nécessaire que les effets négatifs des manœuvres frauduleuses ne se limitent pas à la constitution, mais portent sur l'ensemble du dispositif normatif des États africains. Les constitutions africaines doivent être protégées de la fraude parce que les processus démocratiques sont encore fragiles. En effet, les États africains sont soit en conflit, soit dans des processus de sortie de crise, soit dans la phase de consolidation de la démocratie. Pour ces raisons, on peut en effet partager avec le doyen de GAUDUSSON que laisser prospérer la fraude à la constitution, c'est cautionner une *théorie consacrant des conceptions floues et subjectives de la légalité et amoindrissant le rôle du droit constitutionnel en tant que norme fondamentale et obligatoire, dans la réalité comme dans l'imaginaire des populations, des élus et des autres acteurs du jeu politique*<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Selon le président MITTERAND « l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89... ». Voir DUHAMEL Olivier, « Sur les Institutions, entretien avec François MITTERAND », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 131 et s.

<sup>40</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », op. cit., p. 49.

D'ailleurs, les effets de la fraude ne se limitent pas à la constitution, mais à la philosophie du constitutionnalisme dont elle est la matrice. C'est pourquoi il est quelquefois préféré au concept de la fraude à la constitution, la catégorie plus adaptée de la fraude au constitutionnalisme plus englobante et conçue comme le degré supérieur de l'atteinte aux idéaux du constitutionnalisme. Cette approche met en évidence le lien que la fraude a dans ses manifestations avec le constitutionnalisme et la démocratie. À l'évidence, l'analyse de la fraude doit s'insérer dans une démarche systémique alliant constitutionnalisme et démocratie. Les trois termes de l'analyse sont dans la pratique dans une relation réflexive. D'abord, la fraude à la constitution résulte de l'application formaliste de la constitution à l'effet de porter atteinte à son essence. Ensuite, elle peut procéder d'un contournement des règles de la constitution, notamment par l'utilisation du droit pour parvenir à un objectif recherché. Dans ces deux cas, la fraude est une ressource contre le droit. Dans le dernier cas, c'est la fraude qui se met au service du droit. Elle est sollicitée pour créer le droit, ou le rétablir. C'est pourquoi l'analyse macro-juridique de la fraude à la constitution s'impose pour tenter de cerner sa complexité.

L'Union Africaine, à travers sa Charte de la démocratie et des élections, s'est inscrite dans cette appréhension macro-juridique des atteintes à la démocratie et au constitutionnalisme en créant la catégorie de changement anticonstitutionnel de gouvernement. La doctrine quant à elle recourt à l'expression des usages non démocratiques de la constitution pour désigner le polymorphisme de la fraude à la constitution. De ces différentes acceptions, transparaît une conception macro-juridique de la fraude à la constitution dont le but est de traduire toutes les facettes de la fraude à la constitution dans un seul vocable. Dans cette perspective, il est plus judicieux qu'elle s'analyse comme une modification, une déformation du sens originel des règles constitutionnelles, contrairement au sens initial prévu par le pouvoir constituant originaire. Cette idée appelle la précision de la notion de constitution.

La notion de constitution est très largement appréhendée sous l'angle matériel et formel<sup>41</sup>. Matériellement, la constitution est définie en considération du contenu de la norme concernée.

---

<sup>41</sup> Pour les définitions sur la constitution, le lecteur pourra voir : Maurice DUVERGER, *Échec au Roi*, Albin Michel, 1978, p. 298 et s. ; Stéphane RIALS, « *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme* » in *Le Débat*, N°6 Gallimard, 1991, p. 163 ; Olivier CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, LGDJ, 1998, p. 106 ; Paul BASTID, *L'idée de Constitution*, Economica, 1985, Maurice HAURIOU, *Droit constitutionnel*, Montchrestien,

La constitution matérielle est donc l'ensemble des dispositions qui organisent les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions, des libertés publiques et l'organisation du territoire et qui définit les limites de l'État. Au sens formel, la constitution est conçue comme l'ensemble des normes dont la production est organisée d'une manière spécifique, c'est-à-dire qui fait intervenir des procédures plus renforcées et plus complexes que celles qui sont exigées pour la production des autres normes. Ces définitions dites traditionnelles malgré leurs mérites font l'objet de vives critiques parce qu'elles ne rendent pas suffisamment compte de la philosophie véhiculée par la constitution<sup>42</sup>. L'idée de fraude à la constitution évoquant la remise en cause des valeurs portées par la constitution, les définitions matérielles et formelles sus déclinées ne sont pas suffisamment complètes pour appréhender certaines réalités constitutionnelles. De plus en plus, est admise la définition qui s'appuyant sur le critère matériel, met en lumière le critère téléologique qui rend mieux compte de la portée de la constitution. La conception téléologique de la constitution découle de l'idée que toute constitution offre une objectivation des questions politiques, des valeurs sociales qui sont nécessaires pour atteindre un ordre social désirable. Ce sont les buts, les fins poursuivis par la constitution qui devraient permettre de la définir.

Ainsi, du point de vue téléologique, la constitution peut être conçue comme l'ensemble des règles qui définissent le pacte social entre les acteurs politiques et la société visant à limiter le pouvoir conformément à l'intérêt général. Selon cette approche, la constitution est un acte fondateur, mais aussi un acte contractuel. Contractuellement, la constitution est un acte émanant de la société, un reflet de son expérience collective. Elle est appelée à évoluer avec le temps, mais conformément à la volonté générale. Les constitutions africaines intervenues des années 1990 dans des circonstances politiques assez troubles s'inscrivent dans ce pacte nouveau que les gouvernants ont été contraint de prendre avec leur peuple. La fraude à la constitution remet en cause ce pacte contractuel

---

pp. 611-617 ; Georges BURDEAU, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public*, Études en l'honneur de A. Mestre, Sirey, 1956, p. 53.

<sup>42</sup> FAVOREU L., (dir.) P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 92. Selon Otto PFERSMANN, les définitions traditionnelles de la constitution présenteraient un triple inconvénient : elles sont subjectives, circulaires et insaisissables. Subjectives parce que chaque lecteur peut interpréter à sa convenance ce qu'il juge important ou, plus généralement, inclus dans la liste des objets proposés. Elles sont circulaires parce qu'elles renvoient à des concepts qui sont à leur tour définis grâce à la notion de constitution. Elles sont juridiquement insaisissables parce que les notions telles que « pouvoirs publics », « institutions » et mêmes « libertés des citoyens » sont vagues et subjectives parce qu'elles n'ont pas fait l'objet de définitions précises.



En tant qu'acte fondateur, elle définit le statut du pouvoir, les rapports entre les gouvernés et les gouvernants et les conditions d'exercice de l'autorité publique. Mais elle est surtout le fondement du système constitutionnel parce qu'elle véhicule les exigences de l'État de droit démocratique. La conception substantielle de l'État de droit peut être déduite de l'idée contenue dans la déclaration de 1789 selon laquelle l'énoncé des droits fondamentaux doit permettre « *que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif puissent être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique* ». Le droit n'est plus seulement légitime parce qu'il exprime la volonté du peuple qui s'est majoritairement exprimé, mais aussi parce qu'il est conforme aux buts et aux principes de la constitution, voire du constitutionnalisme. Ce principe est repris par le Conseil constitutionnel français qui affirme que la loi n'est conforme à la volonté générale que conforme à la constitution<sup>43</sup>.

a

Au total, l'examen du droit constitutionnel comparé africain montre que la fraude à la constitution est une pratique généralisée portant sur la violation de l'esprit, et, à tout le moins, des finalités poursuivies par la constitution qu'il convient de préciser. La question de savoir si la constitution a un esprit a toujours été au cœur des débats doctrinaux<sup>44</sup>. Elle a cependant perdu aujourd'hui de sa vigueur, non seulement parce que quelques constitutions la reconnaissent expressément<sup>45</sup>, mais aussi parce que dans le souci d'une meilleure protection

---

<sup>43</sup> Cette formule qui marque la dissociation de la volonté du législateur de la volonté générale a été officiellement proclamée par le Conseil constitutionnel français dans une décision rendue le 23 août 1985 sur la Nouvelle-Calédonie ( CC 85-197 DC, 23 août 1985, Recueil, p. 70). Cette formule fera l'objet de plusieurs applications. Voir à ce sujet la thèse de Philippe BLANCHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : la loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2001. La formule avait été déjà avancée par Raymond Carré de Malberg. Voir Raymond CARRE de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la constitution de 1875*, Librairie du Recueil Sirey, 1931, rééd. Economica, coll. « Classiques », série « Politique et constitutionnelle », 1994, préface de Georges BURDEAU, p. 221.

<sup>44</sup> L'esprit de la constitution est utilisé, dans le débat sur les limites à la révision constitutionnelle, pour désigner les limites non expressément déterminées, mais qui s'imposent au pouvoir constituant dérivé. GÖZLER Kémal utilise l'expression « *esprit de la constitution* », « *essence* » ou « *substance* » pour désigner la même chose. D'autres auteurs désignent ces limites qui sont le substrat de la constitution par les expressions : « *limites implicites* », « *limites tacites* », « *limites immanentes* », « *essentialia* », « *limites déduites de l'esprit de la constitution* ». Voir WIGNY Pierre, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, T.i, ii, Bruxelles, éd. E. Bruylant, 1952 ; RIGAUX Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Thèse de doctorat, Bruxelles, Larcier, 1985 ; BRIDEL Marcel et MOOR Pierre, « *Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles* », *Revue du droit suisse*, vol. 87, 1968, I, p. 406. GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Bordeaux I, Presse Universitaire du Septentrion, Paris, France, 1997.

<sup>45</sup> La constitution norvégienne du 17 mai 1814 interdit expressément en son article 110 la modification de l'esprit de la constitution. Elle affirme que « *la révision de la constitution ne doit toutefois jamais contrevenir aux principes de la présente Constitution, mais seulement apporter à certaines dispositions des modifications qui ne changent pas l'esprit de ladite Constitution* ».

de la constitution, de nombreuses juridictions constitutionnelles l'admettent<sup>46</sup>. De ce fait, un argument principal est avancé par la doctrine pour lui servir de fondement<sup>47</sup>. L'idée défendue est que l'objet de la constitution étant de réaliser une certaine philosophie politique, elle ne doit pas être conçue comme une simple technique. De ce fait, les principes politico-philosophiques qui se trouvent à la base de la constitution forme son essence.

Les partisans de cette thèse affirment à cet effet que les dispositions de la constitution rendues intangibles ont pour objet de protéger cette essence de la constitution<sup>48</sup>. Par conséquent, même si la constitution ne prévoit pas expressément l'intangibilité de cette essence, cette dernière ne peut être remise en cause par le constituant dérivé, car sa modification effondrerait le système constitutionnel<sup>49</sup>. Cette argumentation a fait l'objet de nombreuses critiques qui lui reprochent son fondement jus-naturalisme ou encore le relativisme de l'esprit ou de l'essence de la constitution<sup>50</sup>. On lui reproche d'être dénué de toute positivité constitutionnelle.

En revanche, on peut opposer à ces critiques le fait que le positivisme n'est pas la seule condition de validité de la règle de droit<sup>51</sup>. L'appréciation de la validité de la norme juridique

---

<sup>46</sup> François LUCHAIRE a montré qu'en France: « *Le Conseil constitutionnel a... dans sa décision du 6 novembre 1962 fait appel à l'esprit de la Constitution pour ajouter à ses dispositions : L'article 61 ne lui paraissait pas préciser si la compétence du Conseil pour contrôler la loi se limitait aux lois votées par le Parlement ou s'étendait aux lois votées par référendum ; il a donc estimé qu'il résulte de l'esprit de la Constitution qui fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur des pouvoirs publics que les lois que la constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celle qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression de la souveraineté nationale* ». François Luchaire, « *De la méthode en droit constitutionnel* », RDP, 1981, p.315.

<sup>47</sup> Voir GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 353-364.

<sup>48</sup> GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 354.

<sup>49</sup> BURDEAU Georges, *Traité de science politique*. Tome IV. le statut du pouvoir dans l'État, Paris, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 1983. Il affirme notamment que « *l'organe révisionniste ne saurait, sans commettre un détournement de pouvoir, ruiner les bases fondamentales du système politique auquel est liée son existence* ».

<sup>50</sup> GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 359-364 ; HERAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Sirey, 1946, p. 256.

<sup>51</sup> La validité juridique d'une norme s'apprécie en théorie du droit en référence trois critères : le *critère éthique* (finaliste, déontique), le *critère sociologique* comme l'efficacité, le *critère formaliste* qui postule l'existence matérielle de la norme, Voir GÖZLER Kémal, *Ibid.*, p. 242 et s.; OST François, Van De KERCHOVE, Michel, *La pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; TROPE Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.

procède plus d'une approche systémique et complémentaire des différents critères plutôt que de l'exclusivité d'un seul<sup>52</sup>.

La reconnaissance d'un esprit à la constitution soulève toutefois la question du moment de sa détermination et de celui qui en a la compétence. Concernant le moment, il s'agit de savoir si cet esprit est fixé définitivement au moment de l'écriture de la constitution ou si il doit être dégagé au moment de la lecture (application) de la constitution. La deuxième controverse n'est en réalité que le prolongement de la première. Si l'unanimité se dégage pour admettre que le pouvoir constituant originaire est l'auteur de l'esprit de la constitution, celle-ci est rompue en ce qui concerne la possibilité pour le juge constitutionnel de le déterminer. Au versant de ces questions, se pose celle de savoir si la signification de la constitution et, donc, l'esprit qui s'y attache est vivant ou non. Autrement dit, l'esprit de la constitution est-il une fois pour tout fixé ou peut-il être sans cesse redéfini ?

La fraude est en réalité le résultat d'une mauvaise interprétation ou application de la règle constitutionnelle volontairement recherchée à l'effet de désactiver une règle obligatoire. Il faut toutefois se garder de confondre la lecture frauduleuse de la constitution avec d'autres interprétations considérées comme des "*conventions de la constitution*"<sup>53</sup>. Elle est particulièrement le fait des gouvernants (pouvoirs exécutif et législatif) et, dans une moindre mesure, celle des juges. Ces derniers peuvent être des auteurs, ou à tout le moins, des complices de la fraude à la constitution. Cette présomption qui plane sur le juge s'expliquerait par ses lectures complaisantes, voire partisans des dispositions querellées qui valident les instrumentalisation politiques de la constitution. Si le rôle des juges n'est point négligeable dans l'excroissance de la fraude à la constitution, ce rôle reste tout de même marginal au regard de celui des acteurs politiques qui sont de loin, les premiers auteurs de la fraude à la constitution.

---

<sup>52</sup> KERCHOVE, Michel, *La pyramide au réseau? : pour une théorie dialectique du droit*, précité.

<sup>53</sup> Dans la convention de la constitution, les acteurs politiques utilisent les principes d'interprétation (le principe de l'effet utile notamment) pour donner leur sens aux textes, les rendre compatibles et assurer la cohérence dans leur application. Voir Pierre AVRIL, *Application de la notion de convention de la constitution à quelques problèmes constitutionnels français*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 283-295; du même auteur, *Les conventions de la Constitution: normes non écrites du droit politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

La fraude suppose des actes matériels délictueux. En matière constitutionnelle, ces actes pourraient résulter de la déformation d'une série d'opérations prévues par la constitution. Dans le cadre de cette étude, il nous a semblé indiqué d'envisager ces actes à partir de quelques hypothèses formulées par Carl SCHMITT dans sa *théorie de la constitution* sur les atteintes qui peuvent être portées à la constitution<sup>54</sup>. Pour lui, plusieurs atteintes peuvent être portées à la constitution notamment en cas *de dérogation, de modification, de révision et de suspension des règles constitutionnelles*. À ces éléments, il faut adjoindre les hypothèses d'exercices frauduleux des prérogatives conférées aux pouvoirs constitués par la constitution.

Mais c'est surtout la théorie de la supra-constitutionnalité qui trouve son origine chez Carl SCHMITT qui est d'une grande utilité dans la construction de la fraude à la constitution dans la mesure où elle permet de distinguer deux niveaux de règles constitutionnelles: celui des lois constitutionnelles et celui de la constitution proprement dite. Selon cette théorie telle que conçue par Carl SCHMITT, les lois constitutionnelles qui regroupent les règles relatives à l'organisation des pouvoirs publics, à leurs compétences et à leurs relations mutuelles ne peuvent être modifiées que par la procédure de révision de la constitution. En revanche, la constitution proprement dite qui comprend les principes fondamentaux de l'État ne peut être modifiée par le pouvoir constituant dérivé<sup>55</sup>. Cette idée est reprise par Olivier BEAUD pour qui le pouvoir constituant dérivé peut modifier les « lois constitutionnelles » mais non la constitution elle-même<sup>56</sup>. Cette théorie permet en conséquence au juge constitutionnel d'annuler les lois constitutionnelles qui ne sont pas conformes aux principes essentiels de la constitution.

C'est donc à partir des conceptions modernes de la théorie de la supra-constitutionnalité que nous forgerons notre conception de la fraude à la constitution qui, dans nos pays, n'a pas encore une véritable consécration juridique. La conceptualisation de la notion de fraude à la constitution passera par la précision des termes de l'expression. Le mot constitution dans cette étude ira au-delà du texte de la constitution pour embrasser les lois constitutionnelles, prolongements indispensables du texte constitutionnel, ainsi que les lois électorales qui, dans

---

<sup>54</sup> SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Trad. par Lilyane Déroche, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1993, p. 237-260.

<sup>55</sup> Voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 31e éd. 2009, p. 36.

<sup>56</sup> BEAUD O., « La souveraineté et de l'Etat et le pouvoir constituant, le traité de Maastricht », *RFDA*, p. 1045 et s.

certaines constitutions, sont admises comme des règles constitutionnelles<sup>57</sup>. Il faut cependant relever que la nature constitutionnelle des lois électorales non insérées dans la constitution ne fait pas l'unanimité. Toutefois, leur valeur constitutionnelle peut être défendue sur la base de leur finalité qui est d'organiser la dévolution et la transmission du pouvoir, élément de la définition matérielle de la constitution. Il s'agira de partir de cette conception pour dégager la problématique de la présente étude.

#### **IV. Problématique**

Cette étude se propose un double objectif: d'une part, tenter d'appréhender le phénomène à travers la proposition d'une acception actualisée de la fraude à la constitution, et, d'autre part, d'examiner et évaluer les moyens mis en place pour le combattre. Il s'agira de mesurer et d'évaluer l'efficacité du dispositif de protection de la constitution en Afrique noire francophone. Cette perspective exige qu'il soit préalablement résolu une série d'interrogations dont les principales sont résumées dans les lignes qui suivent. Qu'est ce que la fraude à la constitution et quel sens prend-t-elle dans le contexte africain? Comment se manifeste-t-elle dans le contexte des États d'Afrique noire francophone? Et quelles sont ses incidences sur les processus démocratiques en cours? Quelles sont les différentes articulations du dispositif de protection de la constitution? Quelle est la part de contribution des acteurs institutionnels et particulièrement la justice constitutionnelle africaine dans cette lutte et quels sont les pouvoirs de contrôle dont elle dispose pour faire face à la recrudescence de la fraude à la constitution? Quelle est l'efficacité de la lutte menée contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone?

La résolution des nombreuses interrogations sus visées passe par la formulation de quelques hypothèses. L'hypothèse de base s'articulera autour de l'idée que les succès et les échecs de la lutte contre la fraude à la constitution sont tributaires du dispositif de protection de la constitution et de la détermination de ceux qui sont chargés d'assurer la protection de la constitution. Dès lors, on peut avancer, eu égard à la standardisation des constitutions et des instruments internationaux, que le dispositif de protection de la constitution présente bien des

---

<sup>57</sup> C'est l'acception retenue par les participants au Colloque sur le constitutionnalisme en Afrique. Voir les actes de l'Étude sur le constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest francophone (Benin, Burkina Faso, Sénégal), Ouagadougou, 10 novembre 2008, inédits.

assurances même s'il reste inadapté à l'évolution des nouvelles formes d'atteintes à la constitution. La faible protection de la constitution qui est constatée dans la pratique dépendrait moins du dispositif que de la faible volonté des acteurs institutionnels à combattre la fraude à la constitution. Il faut toutefois relever que celle-ci serait accentuée par l'existence de contraintes parfois insurmontables, à la fois internes et externes, juridiques et extra-juridiques qui influent négativement sur les actions des différents acteurs contre la fraude à la constitution.

## **V. Adoption de la démarche de l'étude.**

La démarche qui sera développée dans cette étude privilégiera la description et l'analyse des actes et faits des pouvoirs publics. Selon cette perspective, il s'agira de procéder, avec la plus grande neutralité possible, à la qualification des faits étudiés à l'aune de la catégorie juridique de la fraude à la constitution. Toutefois, le lecteur ne devra pas voir dans le choix arbitraire de nos exemples un manque de neutralité, car toutes les situations juridiques ne peuvent être examinées. Cependant, comme tout discours scientifique, notre étude ne peut être dépourvue d'« *effets sociaux*», car en nombre de ses aspects, elle tentera de faire apparaître illégitime aux yeux du lecteur certaines actions des pouvoirs publics que leurs auteurs considèrent comme régulières. Du reste, l'étude évitera, autant que faire se peut, d'être prescriptive et tentera surtout de se départir des jugements de valeur dans une analyse où les règles de référence du juge sont à construire. Au demeurant, la présente analyse se propose de montrer que malgré les handicaps du positivisme juridique qui tend à objectiviser les situations juridiques, les éléments de la fraude à la constitution peuvent être trouvés dans les systèmes juridiques africains. De fait, avec l'internationalisation du droit constitutionnel, les différents systèmes juridiques en Afrique ont trouvé une nouvelle jouvence dans la consécration de certaines valeurs et des règles consensuelles susceptibles de faire barrière aux instrumentalisation des dispositifs constitutionnels.

L'analyse des faits accordera par ailleurs une place de choix à l'approche pluridisciplinaire nécessitant des incursions dans certaines matières fondamentales du droit public, c'est-à-dire le droit constitutionnel, le droit administratif ou les finances publiques. Cette occurrence est justifiée par le fait que la constitution qui est au centre de notre analyse est le premier fondement de toutes les disciplines du droit, mais encore parce que la fraude à la constitution

emprunte beaucoup à ces disciplines. Bien plus, la fraude ayant une dimension morale, le recours à certaines disciplines des sciences sociales telles que la philosophie politique et la morale politique sera utile dans la construction de la catégorie du droit constitutionnel qui est nécessairement le fruit d'une construction juridico-politique. Cette construction s'abreuvra des solutions dégagées en droit comparé. C'est dire que l'approche comparatiste des différents systèmes juridiques sera au cœur de notre analyse. Il s'agira de mettre en évidence les différentes trajectoires des systèmes juridiques en question afin de voir comment chaque système réagit devant la profusion de la fraude à la constitution. La collecte des données se fera à partir des sources documentaires et jurisprudentielles des différents États francophones. Ces différentes sources devront permettre de retrouver les mécanismes internes mis en place pour assurer le respect des règles constitutionnelles.

Pour ce faire, il nous reviendra d'une part, de tenter de cerner la catégorie de la fraude, ses manifestations ainsi que le dispositif interne en place à l'effet de sa sanction. Dans cette logique, s'imposera la mise en évidence du rôle des pouvoirs publics dans les manifestations de la fraude à la constitution. Ces points seront abordés dans la partie relative aux modalités de lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone (Partie I).

D'autre part, seront analysées les réactions des organes institutionnels internes et externes, juridictionnels et politiques contre la fraude qui concerne la constitution. Il ne pourra être occulté, dans cette perspective, l'explication des contraintes qui pèsent sur ces organes, notamment sur les actions de la justice constitutionnelle. En somme, il sera apprécié l'efficacité des mécanismes mis en place afin d'assurer l'inviolabilité des règles constitutionnelles dans la seconde partie qui sera consacrée à l'effectivité de la lutte contre la fraude à la constitution dans le contexte africain francophone (Partie II).

---

## PARTIE I

### LES MODALITES DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

---

À l'heure où l'exigence de l'appropriation de la constitution est devenue pour les États modernes une contrainte quasi incontournable, le fonctionnement des institutions dans la plupart des États en Afrique noire francophone ne se fait pas toujours conformément aux règles constitutionnelles. De façon générale, la constitution reste, dans bien des cas, une référence théorique, car elle est victime d'usages comme la fraude à la constitution. Cette dernière en l'occurrence est devenue aujourd'hui, pour des raisons susvisées, une pratique constante et courante dans ces États. Ce stratagème est devenu une arme efficace aussi bien pour les partis au pouvoir que pour ceux l'opposition si bien qu'ils rivalisent d'ingéniosité dans la mobilisation des ressources de la constitution en leur faveur.

À l'opposé, le retour à la démocratie et les exigences de l'État de droit ont marqué le point de départ de la lutte contre les atteintes à la constitution contre lesquelles les ordres juridiques tentent de réagir de façon efficace. Ainsi, les constituants africains ont mis en place des dispositifs, fortement marqués par l'objectivisation, de protection de la constitution contre les violations dont elles pourraient faire l'objet. En appui, l'internationalisation du droit constitutionnel aidant, les ordres juridiques internationaux mettent à la disposition des ordres juridiques internes des suppléments de moyens en vue de la protection de la constitution. Ce faisant, ces dispositifs internes et internationaux constituent la poutre maîtresse de la protection de la constitution. En dépit de cette double cuirasse de protection, les constitutions africaines sont fortement et constamment éprouvées par la recrudescence des violations subtiles et pernicieuses de la constitution génériquement désignées par la catégorie de la fraude à la constitution.

Aussi, l'analyse de la lutte contre cette infraction impose la mise en perspective des modalités de la lutte telles qu'elles existent, et ce, à travers une approche duale qui se propose de mettre en évidence, d'une part, l'identification dans le contexte des États africains



francophones de la fraude à la constitution(Titre I) et, de l'autre, les moyens de cette lutte (Titre II).

---

## TITRE I.

# L'IDENTIFICATION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

---

La propension de la fraude à la constitution ces dernières années sur le continent africain est inquiétante. De fait, elle reste difficile à cerner en raison de son polymorphisme, mais aussi parce qu'elle n'apparaît pas véritablement en droit comparé, et en droit africain particulièrement, comme un moyen de contrôle consacré et éprouvé par les juridictions internes.

Cependant, l'analyse des modalités de la lutte engagée contre elle implique son appréhension en tant qu'elle désigne une forme de violation de la constitution. En effet, les modalités de la lutte sont tributaires de l'identification, du moins de la construction de la catégorie de la fraude à la constitution qui implique la mise en évidence de ces principaux éléments constitutifs. Aussi, il apparaît important de mettre en relief le contenu de la fraude à la constitution afin de mieux voir selon quels moyens il est procédé à son éradication.

Outre la précision de son contenu, l'identification de la fraude implique la présentation de certaines de ses manifestations qui sont sans nul doute les mobiles de justification des tentatives d'élaboration des moyens en vue de la combattre.

Ainsi, dans un premier chapitre, il sera procédé à un essai de conceptualisation de la fraude à la constitution. Le second chapitre lui se propose d'illustrer certaines manifestations de la fraude à la constitution sur la base des éléments constitutifs de la fraude qui seront mis en évidence. Dans cette seconde sous partie, il s'agira de montrer que d'autres manifestations de la fraude à la constitution n'obéissent pas nécessairement aux éléments constitutifs de la fraude, mais résultent d'artifices, de montages juridiques destinés à créer des situations juridiques contestables.

---

## CHAPITRE I.

### ESSAI D'UNE APPROCHE CONCEPTUELLE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

---

De façon récurrente et quelques fois abusives, les acteurs politiques et ceux de la société civile utilisent le concept de fraude à la constitution pour désigner les dysfonctionnements du constitutionalisme africain. À l'évidence, le recours inconsidéré à ce paradigme est porteur d'une confusion, car l'usage excessif du concept de fraude à la constitution ne renvoie pas toujours à la même réalité. Tantôt, la fraude à la constitution est utilisée pour désigner les actes inconstitutionnels, tantôt pour qualifier les entorses au processus constitutionnel. Parfois même, elle désigne la réalité singulière de la modification de la constitution *stricto sensu* pour conserver le pouvoir. Cette flexibilité de la notion de fraude qui fait sa richesse doit être circonscrite sans toutefois la dépouiller de sa réalité polymorphe qui doit être nécessairement considérée dans sa conceptualisation.

De manière générale, les tentatives d'appréhension de la fraude à la constitution se sont fortement inspirées de la conceptualisation de la fraude à la loi telle qu'elle existe en droit privé pour inférer un contenu de la fraude à la constitution. Suivant cette même démarche, il nous reviendra de partir de différentes approches subjectives et objectives usitées en droit privé à propos de la fraude à la loi pour proposer un contenu à la fraude à la constitution (Section I).

La conceptualisation de la fraude permettra de réfléchir sur la pertinence de son insertion dans les moyens de protection de la constitution. Dans cette perspective, il est nécessaire de montrer les intérêts qui pourraient être liés, au mieux, à l'analyse de la fraude à la constitution, et au moins, à l'admission de l'infraction de la fraude à la constitution comme moyen de protection de la constitution (section II).

## SECTION I.

### LE CONTENU DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

La fraude à la constitution étant une espèce de fraude à la loi, il convient de partir des significations qui sont en proposées pour en inférer les éléments constitutifs de la fraude à la constitution. L'analyse qui suivra portera successivement sur la notion de fraude à la constitution en tant qu'espèce de la fraude à la loi (§I) et les éléments constitutifs de la fraude à la constitution (§II).

#### § 1. LA FRAUDE A LA CONSTITUTION, UNE CATEGORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

Selon le dictionnaire Larousse, la fraude « *est un acte de mauvaise foi accompli en contrevenant à la loi et aux règlements et nuisant aux droits d'autrui*<sup>58</sup> ». Dans le sens commun, la fraude apparaît comme la qualification d'un acte contraire à la morale. Cette notion a été fortement sollicitée dans de nombreuses études juridiques de droit privé<sup>59</sup>. Dans une moindre mesure, elle le sera en droit public. La fréquente utilisation de cette notion ne lève pas pour autant la difficulté à arrêter son contenu en droit public de façon générale, mais en droit constitutionnel principalement. Cependant, même si les contours de la fraude à la constitution ne sont pas parfaitement définis, les transpositions de la conception classique de la fraude à la loi en droit constitutionnel permettent d'esquisser un contenu plus lisible de la fraude à la constitution. C'est dire que la constitution étant une loi au sens matériel, la définition de la fraude à la constitution doit être envisagée en référence à celle de la fraude à la loi, mais peut et doit aller au-delà. De fait, s'il est incontestable que la fraude à la constitution est une espèce de la fraude à la loi, eu égard aux fonctions de la constitution, celle-ci peut être un phénomène plus expansif que celle-là.

---

<sup>58</sup> Dictionnaire Larousse, 2008.

<sup>59</sup> La fraude, notamment la fraude à la loi, fait l'objet de nombreuses études, plus spécifiquement en droit privé interne et en droit international privé. Ainsi, on peut citer les nombreuses thèses sur ce sujet dont les plus récentes sont celles de DOURNAUX F., *La notion de fraude en droit privé français*, Thèse Paris-I, 2008, sous la direction de L. Aynes ; ROMAIN Jean. François., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude en particulier, fraus omnia corrumpit*, Bruylant, Bruxelles, 2000 ; CORNUT Etienne, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Thèse de doctorat : Droit privé, Paris 10, 2004.

Ainsi, dans un premier temps, il s'agira non seulement de tenter de cerner la fraude à la constitution en mettant en évidence les caractères qu'elle emprunte à la fraude à la loi, mais aussi de montrer les spécificités qu'elle présente éventuellement. Dans un second temps, il s'agira de montrer qu'en dépit des tentatives de conceptualisation de la fraude en droit public, cette dernière présente quelques confusions avec d'autres catégories juridiques voisines.

#### A. LES TENTATIVES DE CONCEPTUALISATION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION PAR LE TRUCHEMENT DE LA FRAUDE EN DROIT PUBLIC

Il ne peut être objectivement envisagé une conceptualisation de la fraude à la constitution sans rappeler l'évolution de la théorie générale de la fraude à la loi en droit privé et sa réception en droit public. Les premiers éléments de la construction de ce concept ont été développés en droit romain avant d'être repris en droit français. Ce n'est qu'au XIX<sup>e</sup> siècle que les juges judiciaires consacrèrent les premiers, la théorie de la fraude à la loi, émanation de la maxime « *fraus omnia corrumpit* » en la hissant au rang de principe général du droit<sup>60</sup>.

Longtemps éprouvée en droit civil, la fraude à la loi est depuis lors devenue un concept autonome. Mais avant d'y parvenir, la jurisprudence et la doctrine judiciaires ont été confrontées à l'obstacle majeur de conceptualisation de la notion de fraude à la loi. La difficulté tenait à embrasser, dans une définition synthétique, la diversité des cas de fraude à la loi. Mais, si en pratique, il reste toujours périlleux, comme le relève Etienne CORNUT, d'élaborer une définition objective de la fraude à la loi, parce que « *le principe *fraus omnia corrumpit* est trop universel, [...] comporte trop de ramifications pour que la loi, la jurisprudence et la doctrine puissent l'appréhender dans une définition objective* »<sup>61</sup>, la

<sup>60</sup> CORNUT E., *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Op. cit., p. 30, n°2. L'auteur repère les premières références de la fraude à la loi dans un arrêt des requêtes de la Cour de cassation en date du 3 juillet 1817, faisant application du principe selon lequel la fraude « *fait exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires* ». C'est un jugement du tribunal de Lille du 21 mai 1908 qui vise directement l'adage *fraus omnia corrumpit*. Mais ce n'est qu'en 1954 que la Cour de cassation mentionne l'adage, Civ. 2<sup>e</sup>, 7 janv. 1954.

<sup>61</sup> CORNUT Etienne, *ibid.*, p. 44, §633. Pour lui, la définition de la fraude est périlleuse car « *À la supposer possible, elle se révélerait rapidement dépassée en raison de sa rigidité et l'œuvre de la rédaction « se muerait à cet égard en une traque titanesque des conséquences infinies qu'une jurisprudence séculaire a déduites de ces quelques mots *fraus omnia corrumpit* »*, citant P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Panthéon Assas, 1999, n°275. Il mentionne que, lorsque la Cour de cassation cherche à définir la fraude à la loi, elle l'habilite de l'adverbe « *notamment* », Civ. 1<sup>er</sup> mai 1983, Lafarge.

jurisprudence et la doctrine sont parvenues à proposer de nombreuses définitions de la fraude à la loi. Bien que ces dernières se caractérisent par non-exhaustivité, elles ont le mérite d'avoir permis de dégager les éléments constitutifs de la fraude à la loi. La fraude à la fois fait intervenir un élément légal, un élément matériel et un élément intentionnel. Ces critères ont permis de proposer une kyrielle de définition de la fraude à la loi. Ainsi, selon le doyen VIDAL, il y a fraude à la loi « *chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi, à dessein, d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »<sup>62</sup>. Cette définition, qui demeure aujourd'hui majoritairement admise, constitue, écrit Mélanie DUBUY, une matrice pour la réflexion dans bon nombre d'ouvrages<sup>63</sup>. En plus de celle-ci, d'autres définitions tout aussi intéressantes ont été proposées par d'autres auteurs. Aussi, pour G. CORNU, la fraude à la loi est « *un acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et, qui pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou la loi* »<sup>64</sup>.

Le fraudeur cherche à profiter de l'inadéquation de la règle de droit à sanctionner des situations juridiques à la frontière de la légalité. Ainsi, l'acte qu'il pose est toujours conforme à un minimum de légalité. De fait, l'auteur de la fraude se plie toujours aux exigences de forme et de procédure qui conditionnent l'acte qu'il doit réaliser sans toutefois se soucier des principes que la règle de référence véhicule. Ce faisant, l'acte irréprochable du point de vue de la forme heurte le fondement de la règle de référence. C'est dire que ce n'est pas tant la violation des critères formels qui est recherchée dans cette hypothèse, mais plutôt ceux touchant au fond de la règle sans que ce dernier argument, en ce qu'il n'a pas été expressément remis en cause, ne peut être évoqué. En conséquence, la neutralisation de la règle obligatoire ne donne pas lieu, sinon difficilement, à une sanction parce que l'acte accompli est régulier en droit. En raison de l'impunité dont bénéficie son auteur, les sujets de droit y compris les autorités chargées de l'exécution des actes n'hésitent plus à utiliser des manœuvres frauduleuses pour soustraire leurs actes de l'empire des règles dont il relève. En somme, la fraude en droit civil porte sur la neutralisation d'une règle de droit donnée. Une des définitions de la fraude à la loi largement usitée en droit civil est celle proposée par Bernard

---

<sup>62</sup> VIDAL José, « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "*fraus omnia corrumpit*" », Thèse, 1956, p. 208.

<sup>63</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », *RFDA*, 2009, p. 244.

<sup>64</sup> G. CORNUT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 423.

AUDIT. Il définit la fraude à la loi en se référant à l'auteur de l'acte frauduleux. Il y a pour lui fraude lorsqu' : « *un individu commet une fraude à la loi lorsque par la création ou l'exploitation d'un faux conflit, il provoque l'application d'une loi étrangère par une autorité publique et qu'il exerce les droits ainsi acquis ou reconnus dans le ressort de la loi évincée* »<sup>65</sup>. Cette définition a été reprise dans d'autres branches du droit privé.

La fraude à la loi du droit international privé reprend les principaux éléments de la fraude à la loi proposés par la doctrine civiliste que sont « *la réalisation de la manœuvre licite et réelle et l'intention de provoquer la mise en œuvre d'une loi qui n'aurait pas été applicable à défaut d'une opération de contournement* »<sup>66</sup>. Dans le domaine du droit international privé, de nombreuses études ont porté sur la fraude à la loi qui, en cette matière, est d'une ampleur considérable. En droit international privé tout comme en droit communautaire, la fraude concerne un conflit de lois relatif à une situation juridique précise. Plus exactement, deux ou plusieurs lois qui trouvent à s'appliquer à une même situation juridique donnée sont mises en concurrence. Pour le fraudeur, il s'agit dans ce cas de désactiver une règle au profit d'une autre. C'est justement cette malice que de nombreuses législations répriment en raison de leur caractère illicite. Ainsi, les effets d'une situation juridique mise frauduleusement sous l'empire d'une loi dont elle ne relève pas sont rendus inopérants. En dépit de la coexistence de plusieurs lois qui constituent la spécificité de la fraude à la loi en droit international privé, elle reste, de par son contenu, très proche de la notion telle qu'usitée en droit privé. Aussi, les définitions de la fraude en droit international privé ne sont pas très différentes de celles proposées par la doctrine civiliste.

Les nombreuses définitions qui ont été ainsi élaborées permettront d'appréhender aisément ce concept et de la dissocier d'autres mécanismes de régulation de l'ordre juridique. À ce propos, Mélanie DUBUY écrit qu'elles auront permis *d'offrir une image lisible, accessible de la fraude à la loi, ce qui est indispensable dans une optique de fiabilité, de respect des théories juridiques et plus encore de sécurité juridique permettant de distinguer la fraude à la loi d'autres mécanismes régulateurs du droit*<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> AUDIT B., *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n°144.

<sup>66</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 244.

<sup>67</sup> Ibid.

De tous ce qui précède, il ressort que la jurisprudence et la doctrine en droit privé et droit international privé ont réussi à forger un concept de la fraude assez lisible. Cette conceptualisation de la fraude à la loi nous renseigne Etienne CORNUT, a même fait l'objet d'une consécration sous la forme d'un principe général du droit<sup>68</sup>. Il s'en suit alors la question de la force juridique de ce principe. Si le concept de la fraude n'a pas été intégré dans le Code civil<sup>69</sup>, la doctrine privatiste dans son ensemble estime qu'elle a une valeur coutumière<sup>70</sup>. De ce fait, elle apparaît comme une notion dont l'obligatorité n'est pas sujette à caution. De nombreuses jurisprudences en droit privé donneront un écho favorable à la construction de la doctrine puisqu'elles reprendront à leur compte la notion de fraude à la loi.

La consécration de la fraude à la loi par la jurisprudence permet aux auteurs qui étudient la fraude à la loi de dégager trois critères permettant de l'identifier<sup>71</sup>. Ce sont l'existence d'une règle obligatoire, l'intention d'éluder la règle obligatoire et l'efficacité du moyen employé pour contourner la règle<sup>72</sup>. Concernant, l'intention frauduleuse, la doctrine civiliste insiste sur l'aspect subjectif de la fraude et l'idée de « *culpabilité civile* », correspondant à un manquement à la morale juridique<sup>73</sup>. La doctrine fait observer que le fait que le résultat voulu par le législateur ne soit pas atteint n'est pas suffisant pour constituer une fraude. Elle estime que ce qui est condamné dans la fraude à la loi<sup>74</sup>, c'est « *la ruse, le mépris pour la règle* »<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> CORNUT E., *Théorie critique...*, op. cit., §52. Il dresse une longue liste des principes généraux élaborés à partir de la fraude à la loi. En illustration, on peut citer quelques formules usitées par des arrêts en droit international privé : « le principe général de notre droit public » (Paris, 1<sup>er</sup> juillet, 1999), « les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale », (Civ., 1<sup>er</sup>, 6 février 1985).

<sup>69</sup> Si la fraude à la loi n'est pas directement visée par le Code civil, la doctrine relève qu'elle a imprégné le discours préliminaire sur le Projet de Code civil de Portalis. Selon J. Boulanger, « l'adage *fraus omnia corrumpit*, dont la théorie n'est qu'une émanation, fait partie de ces principes de notre ancien droit qui ont passé dans le Code civil ». E. CORNUT, Ibid., § 42.

<sup>70</sup> CORNUT G., *Introduction au droit civil*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 421.

<sup>71</sup> En droit international privé, certains auteurs ne retiennent que deux critères : l'élément subjectif, intentionnel. L'acte étant licite mais vicié par sa fin, ce qui entraîne son inefficacité. L'élément objectif de la fraude est classiquement la réalisation d'une manœuvre extérieure conduisant à la modification de l'élément de rattachement. Dans ce cas, l'élément légal est absorbé et présenté comme l'objet de la fraude, on verra pour plus de détails, MEYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2007, p. 189. Cet auteur ne retient que les éléments intentionnel et matériel, VIGNAL T., *Droit international privé*, Armand Colin, 2005, p. 116-117. Cet auteur retient les trois critères, matériel, légal et moral, BURDEAU D., WATT H. Muir, *Droit international privé*, PUF, t. I, 2007.

<sup>72</sup> GHESTIN J., GOUBEUX G., FABRE-MAGNAN M., Ibid., pour la fraude à la loi, §810-837. Pour une variante, voir PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi*, op. cit., p. 154 s., retient trois éléments constitutifs, un texte de la législation positive ayant le caractère d'ordre public (texte impératif) ; la mise en œuvre d'un procédé licite en soi ; l'atteinte certaine à l'ordre public, à l'harmonie sociale.

<sup>73</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 246.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> MAZEAUD H. L., *Leçons de droit civil*, T. 1, Vol, 8<sup>e</sup> éd.



Partant de ce constat, la doctrine privatiste distingue généralement deux sens de la fraude à la loi. Un sens commun qui considère la fraude comme tout moyen, tout procédé destiné à éluder l'application de la loi ou à tromper les tiers: fausses déclarations, réticences, corruptions et subordinations<sup>76</sup>. Dit autrement, c'est lorsqu'une règle, un acte juridique ou un droit subjectif est utilisé à une fin autre que celle pour laquelle le moyen a été originellement prévu. Cette définition met l'accent sur les manœuvres déloyales, la ruse et la tromperie<sup>77</sup>.

Au sens strict, la fraude est tout procédé qui a pour but d'éluder l'application d'une règle juridique impérative ou prohibitive par l'emploi de moyens intrinsèquement licites<sup>78</sup>; dans ce cas, on joue très souvent une autre règle contre une règle qui ne pouvait dans la situation concernée être éludée. La conceptualisation de la fraude à la loi du droit privé sera transposée en droit public. En effet, la fraude à la loi a depuis trouvé un écho auprès du juge administratif français qui l'a traquée dans l'entre-deux-guerres sur le fondement des principes généraux<sup>79</sup>. Aussi, elle fait, de plus en plus, l'objet de quelques développements en droit public<sup>80</sup>.

Au début des années 60, dans une thèse qu'il avait consacré à l'abus de droit, terme connexe à la fraude à la loi, Louis DUBOUIS était parvenu à la conclusion que la fraude à la loi en droit public est ravalée au rang de modalité du détournement de pouvoir. Selon lui, elle serait même l'un des « chefs » de l'abus de pouvoir ou du détournement de pouvoir<sup>81</sup>. Autrement dit, dans son application en droit public, la fraude à la loi souffrirait d'une forte dépendance par rapport au détournement de pouvoir. Par conséquent, elle était plus une

---

<sup>76</sup> LIGEROPOULO A., *Le problème de la fraude à la loi*, Th. Aix, 1928, p. 30.

<sup>77</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 247.

<sup>78</sup> VIDAL José, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 161 et s.

<sup>79</sup> Ibid., p. 243.

<sup>80</sup> C'est le recours au droit comparé, notamment au droit français qui permet de soutenir l'affirmation de l'abondance des études sur la fraude à la loi. Autrement dit, en dépit des énormes besoins d'études sur cette question en Afrique, les études sont quasi inexistantes. En droit français, de nombreuses études portent sur la fraude à la loi en matière administrative et fiscale. Même si comme le relève Mélanie DUBUY, il n'existe pas encore en droit administratif français de thèse sur le concept de fraude à la loi, il existe quelques articles dont les plus récents sont l'article de Fabrice MELLERAY, « Le retrait d'un acte administratif obtenu par fraude, le cas d'un plagiat », note sous Conseil d'Etat, 23 février 2009, Mme B.-R, req. n°310277, *RFDA*, 2009. LIBCHABER Rémy, *Les incertitudes de la conception juridique de la fraude en matière fiscale*, Répertoire Defrénois, doctorat et notariat, 30 octobre 2009, n°18, p. 1934.

<sup>81</sup> DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse, 1962, p. 319.

variante, une espèce de l'abus de droit ou de la violation de la loi, plus qu'une catégorie juridique autonome.

En droit administratif en l'occurrence, la doctrine administrative n'a accordé, jusqu'à présent, que peu d'intérêts à cette question. Cependant, quelques auteurs y ont proposé des définitions de la fraude<sup>82</sup>. Dans son cours de contentieux administratif, monsieur ODENT définit la fraude à la loi ainsi qu'il suit : « *les administrés peuvent violer l'esprit de la loi, si à seule fin d'obtenir les avantages attachés à une situation qui, en vertu d'un texte, y ouvre droit, ils se placent dans cette situation et revendiquent le bénéfice tout en refusant d'accepter la contrepartie que le législateur avait en vue lorsqu'il a prévu les avantages correspondant* »<sup>83</sup>. Selon lui, sont obtenues par fraudes, les décisions « *que les intéressés ont provoquées au moyen de manœuvres ou de procédés frauduleux* ». En somme, la fraude à la loi se résume à quelques « *éléments qui peuvent être glanés ici et là, car l'étude du fondement même n'étant pas évidente et étant caractérisée par une confusion certaine* »<sup>84</sup>.

Quant à la jurisprudence administrative, elle a pendant longtemps hésité à faire expressément référence à la fraude à la loi<sup>85</sup>. Ces dernières années en France, sous la poussée du droit fiscal et de l'influence grandissante du juge européen, le Conseil d'État a entrepris une démarche constructive de la fraude à la loi. Ses dernières évolutions jurisprudentielles font quelquefois expressément référence au terme de fraude à la loi<sup>86</sup>. En dépit de cette

---

<sup>82</sup> Le dictionnaire de droit administratif définit la fraude à la loi comme : « a) une illégalité consistant à prendre un acte (privé ou administratif) intrinsèquement régulier mais qui devient irrégulier en raison de son but de contournement de la loi », comme le fractionnement d'un marché public pour éviter des règles de mise en concurrence, le refus de viser un certificat d'hébergement d'un étranger pour lui opposer le défaut de certificat. b) le fait pour une personne de tromper l'administration lors d'une demande d'autorisation, de subvention et généralement de tout acte favorable pour éviter un acte défavorable légal de l'administration « comme la cession simultanée d'un usufruit et d'une propriété suivie d'une réunion de droits pour éluder la préemption [...] », R. ROUQUETTE, *Dictionnaire de droit administratif*, de A. Van LONG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, A. Collin, 2005.

<sup>83</sup> ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Dalloz, t. I, 2007, p. 504.

<sup>84</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 250.

<sup>85</sup> DUBOIS Louis, *La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 318. La haute juridiction ne se réfère à la notion de fraude que pour désigner la fraude au sens commun du terme, c'est-à-dire les manœuvres frauduleuses dans le seul but d'éluder la loi, telle qu'une dissimulation d'identité afin d'obtenir la naturalisation.

<sup>86</sup> CE 29 déc. 2000, M.C, req. N° 210428. Un colonel de l'armée de l'air admis à la retraite et ayant été recruté par une association sportive pour être détachée au Comité d'organisation des jeux méditerranéens dans le but de faire échec à l'application de la législation interdisant les cumuls de rémunérations d'activités avec une pension de retraite, fraude les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite. CE 23 fév. Mme B.R., req. n°310277.

avancée, la fraude à la loi recherche toujours en droit administratif son autonomie. Cependant, des signaux positifs existent, car certaines décisions de la jurisprudence administrative française permettent de dessiner les contours de la fraude à la loi. En effet, le juge administratif a censuré pour fraude à la loi, la manœuvre entreprise par l'administré en vue de contourner la loi et la vider de son objet<sup>87</sup>; il sanctionne également pour fraude à la loi, le respect de la lettre, mais en méconnaissance de l'esprit de la loi<sup>88</sup>. Ce faisant, le juge opte pour la condamnation du détournement des intentions du législateur. Par ailleurs, pour le juge administratif, outre l'intention d'échapper à la loi, la fraude peut être recherchée lorsque l'opération entreprise vise à obtenir un avantage ou à satisfaire un intérêt particulier<sup>89</sup>.

Si ces constructions du juge administratif permettent, par analogie, de construire une théorie de la fraude à la constitution, c'est surtout les deux arrêts récents du Conseil d'État, qui, redonnant vigueur au principe général de répression de la fraude à la loi<sup>90</sup>, permettent d'élaborer les contours de la fraude à la constitution. En effet, saisie pour donner son avis sur la possibilité de sanctionner la fraude à la loi sans recourir à un texte particulier, la haute juridiction administrative française a, sur la base du principe *fraus omnia corrumpit*, admis l'existence d'un principe général de répression de la fraude à la loi. Dans l'avis rendu en 1992 relatif à l'affaire *Abihilal*, le Conseil d'État estime que « *si un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application des dispositions de droit public, il appartient à l'administration d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé. Ce principe peut conduire l'administration qui doit exercer ses compétences sans pouvoir renvoyer une question préjudicielle à l'autorité judiciaire, à ne pas tenir compte, dans l'exercice des dites compétences, d'actes de droit privé opposables aux tiers* »<sup>91</sup>. L'administration fiscale française se voit reconnaître la possibilité de sanctionner

---

<sup>87</sup> Le juge utilise les formules « détournement des dispositions », « échappe aux conséquences de l'application d'un POS », « faire échapper la construction aux règles d'urbanismes applicables ».

<sup>88</sup> CE 20 janv. 1989, CNCL/TFI, req. n° 103063, Lebon 9, conclusion Y. Moreau.

<sup>89</sup> CE, Sect., 11 janv. 1952, *Laquette et Association des parents d'élèves de l'enseignement libre du département de la Maine et Loire*. La fraude à la loi sera le fait qu'une autorité administrative comme, lorsqu'en application de la loi du 30 octobre 1886 qui interdit aux communes d'accorder des subventions aux écoles privées, un Conseil municipal décide de la participation de la commune aux frais de service d'études surveillées dans les écoles privées. C'est la violation de l'esprit de la loi qui requiert dans le cas d'espèce la qualification de fraude à la loi.

<sup>90</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 250.

<sup>91</sup> CE, avis, 9 octobre 1992, *Abihilali*, req. n°137742, Lebon 363.

une fraude fiscale manifeste même en l'absence de texte de référence, sur le seul fondement des principes généraux de droit.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Sté Janfin*, le Conseil d'État précise la notion de fraude à la loi ainsi qu'il suit: « *actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales de l'intéressé, s'il n'avait passé ces actes, et avait normalement supporté eu égard à sa situation et ses activités réelles* ». Le Conseil d'État ajoute un autre critère à l'élément intentionnel qui figurait dans sa jurisprudence antérieure. Ce critère est *téléologique*<sup>92</sup>. Il y aura fraude à la loi si un acte juridique recherche l'application littérale d'un texte en contrariété avec les objectifs poursuivis par le législateur. Avec ce nouveau critère, le juge administratif français se conforme à l'arrêt *Halifax*<sup>93</sup> du juge de Luxembourg. Le critère téléologique devient un, sinon l'élément déterminant de la fraude à la loi. Dorénavant, la fraude à la loi sera appréciée à l'aune de l'objectif poursuivi par le législateur. Dès lors que cet objectif est contrarié par quelques moyens que ce soit, la fraude à la loi peut être invoquée.

L'admission de ce critère soulève deux difficultés. La première, de moindre importance, suppose que l'objectif poursuivi par le législateur est par avance connu, à défaut, on peut supposer que c'est par une lecture des travaux préparatoires que le juge la révèle. La difficulté majeure concerne l'acte qui, sans heurter l'objectif poursuivi par le législateur, ne le poursuit pas. Dans ce cas, la fraude ne peut être retenue. La difficulté relevée montre que la référence à l'objectif du législateur s'il apparaît intéressant contient des insuffisances. Ce constat est partagé par monsieur Frédérique PERROTIN. Commentant deux arrêts récents du Conseil d'État concernant la fraude à la loi<sup>94</sup>, il fait observer que, dorénavant, l'acte qui ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le législateur, mais ne contrarie pas ceux-ci, ne doit pas être considéré comme une fraude à la loi<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>93</sup> CJCE 21 févr. 2006, *Halifax*. La Cour pose qu'en matière de TVA, la constatation d'une pratique abusive exige la réunion de deux critères, « l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par la directive » et ce malgré l'application formelle des dispositions pertinentes de la 6<sup>e</sup> directive et de la législation nationale assurant sa transposition ; les opérations doivent avoir pour but essentiel « l'obtention d'un avantage fiscal ».

<sup>94</sup> CE, septembre 2009, *Axa*, req. N°305586, septembre 2009, *Société Henri Goldfarb*, req. 305596.

<sup>95</sup> PERROTIN Frédérique, « Fraude à la loi l'interprétation du Conseil d'Etat », LPA, déc. 2009.

De ces constructions doctrinales et jurisprudentielles, il se dégage une forte similitude entre les éléments constitutifs de la fraude à la loi du droit privé et du droit public. Ils peuvent être résumés ainsi qu'il suit: l'intention frauduleuse, l'élément légal et l'élément matériel. Le constat est qu'il y a un rapprochement entre les critères classiques de la fraude à la loi en droit privé et ceux qui se construisent en droit public. Cette situation s'expliquerait par le fait que la fraude ayant été utilisée avec succès dans le contentieux civile et judiciaire, elle est devenue un élément du patrimoine juridique français qui ne restait qu'à être utilisé par le juge administratif. De ce fait, il était logique que la théorie générale de la fraude à la loi importée du droit privé influence la conceptualisation de la fraude à la constitution qui apparaît comme un degré supérieur de la fraude à la loi. Ce faisant, la fraude à la constitution reproduit les mêmes trajectoires de la théorie de la fraude à la loi. C'est cette perspective qui a inspiré la démarche de LIET-VEAUX concernant la théorie de la fraude à la constitution.

La fraude à la constitution, écrivait G. LIET-VEAUX, ne pouvait être admise qu'à la condition que « *le Conseil d'État contrôle le fonctionnement de la constitution* »<sup>96</sup>. Le sort de la constitution a bien changé après la seconde guerre mondiale. Dès la fin des années cinquante, le contrôle de la constitution a été confié à un juge spécialisé dans la quasi-totalité des États, mieux les succès nés de son instauration font de ce juge, l'« *aiguilleur* » des institutions. Cependant, en dépit de l'avènement de cette nouvelle donne, on n'a pas assisté à une profusion de décisions jurisprudentielles ou d'études de la doctrine sur la fraude à la constitution. L'étude comparée des juridictions constitutionnelles montre bien que le juge se refuse à opérer le contrôle d'un tel grief comme la plupart de ceux qui sont de nature subjective. Quant à la doctrine constitutionnelle qui s'intéresse à cette question, elle ne se contente que de l'effleurer sans l'aborder au fond. De façon générale, le peu d'intérêt porté à cette notion est la résultante de la conjonction de plusieurs facteurs. Il s'agit entre autres des limites inhérentes au respect de la séparation des pouvoirs, au caractère fuyant du concept de la fraude à la constitution.

La séparation des pouvoirs implique un cloisonnement entre les différents organes de l'État, chacun devant rester dans les limites de sa sphère de compétence. Or, tant que le législateur ne peut se voir imposer un contenu des actes qu'il doit élaborer, il ne peut lui être reproché le grief de fraude à la constitution, sauf quand des barrières expresses et

---

<sup>96</sup> LIET-VEAUX, « La fraude à la constitution... », op. cit., p. 140.

infranchissables existent. Cette entrave majeure à la définition d'une infraction de fraude à la loi est relevée par monsieur MARIDAKIS qui mentionne comme obstacle de la constitution de la fraude en droit international privé, les refus de l'immixtion de chacun des pouvoirs dans la sphère de compétence de l'autre<sup>97</sup>. Or, la fraude ne peut être établie que si certains organes imposent à d'autres des limites ou des directives de conduite.

De même, la pluralité des situations juridiques quelques fois marquées de subjectivisme n'est pas pour faciliter la construction d'un concept de la fraude à la constitution. En effet, les situations de fraude sont à la fois diverses et évolutives. Pis, le caractère hybride de certaines d'entre elles, c'est-à-dire l'imbrication d'éléments légaux et illicites dans leurs manifestations ne permet pas de proposer une définition nette, du moins flexible, de la fraude à la constitution qui permette de saisir les formes diverses de situations juridiques à classer dans la catégorie de la fraude à la constitution.

Malgré ces conditions *a priori* défavorables, des tentatives d'appréhension de la fraude à la constitution existent sur la base de la notion de fraude à la loi. Ainsi, la fraude à la constitution est définie par rapport à la fraude à la loi dont elle partage un point commun. La constitution répondant au critère de la définition matérielle de la loi, c'est à ce titre que l'acceptation de la fraude à la constitution est inspirée de celle de la fraude à la loi. C'est bien d'ailleurs pourquoi, dans son article sur la fraude à la constitution, G. LIET-VEAUX procède par la définition de la fraude à la loi pour aboutir à celle de la fraude à la constitution. Pour lui, il y a fraude à la loi « *lorsqu'une autorité administrative use des pouvoirs qui lui sont confiés en vue de satisfaire d'autres intérêts que généraux; on dit que leur esprit a été tourné ; peu importe que la lettre des dispositions qui l'investissent de ces pouvoirs aient été respectés. La voie du recours pour excès de pouvoir permet d'annuler cette décision* »<sup>98</sup>. Par analogie ensuite, il déduit qu'il y a fraude à la constitution « *lorsque la disposition légale qui détermine les pouvoirs de l'autorité administrative dont la décision est attaquée est de nature constitutionnelle, c'est la constitution elle-même qui aura été tournée* »<sup>99</sup>. Il se dégage de cette construction que c'est la nature de l'acte qui a été contrarié qui permet de distinguer la

---

<sup>97</sup> MARIDAKIS S.G., « Réflexion sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », Mélanges offerts à Jacques MAURY, Dalloz et Sirey, Paris, 252. L'auteur fait remarquer que si les juristes romains n'avaient pas élaboré une théorie de la fraude à la loi, la raison principale à cet état de fait était qu'admettre la fraude comme moyen reviendrait à contrôler le législateur.

<sup>98</sup> LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution: essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *RDP*, 1943, p.141.

<sup>99</sup> LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution... », *op. cit.*, p.141.

fraude à la loi de la fraude à la constitution: dans un cas, c'est la constitution et dans l'autre, c'est la loi. Toutefois, la constitution étant une loi au sens large, on pourrait déduire de la définition susvisée qu'il n'y a pas une véritable différence de nature entre fraude à la loi et fraude à la constitution. La différence s'il en existe tiendrait plutôt à la place occupée par chacune de ces lois dans l'ordonnement juridique interne. Autrement dit, dans la fraude à la constitution, il est porté atteinte à la norme fondamentale de l'édifice étatique.

D'autres définitions de la fraude à la loi comme celle qui a été proposée par le Conseil d'État français dans l'arrêt *Société Janfin* peuvent servir de matrice de construction de la fraude à la constitution. Le Conseil d'État français admet dans cet arrêt que l'auteur de la fraude recherche le bénéfice de l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs dans l'intention d'éluder l'application de la loi. Outre, l'intention frauduleuse du fraudeur qu'il prenait en considération dans la définition de la fraude à la loi dans les décisions antérieures, il en rajoute l'objectif poursuivi par le législateur. Autrement dit, le Conseil d'État français recherche l'intention exprimée par le législateur lors de l'élaboration de la règle de référence pour voir si elle n'a pas été contrariée par l'acte contrôlé.

Cet élément apparaît très important pour le Conseil d'État qui considère que la fraude à la loi résulte désormais de la combinaison de deux éléments: l'intention de celui qui accomplit l'acte et celle du législateur. En conséquence, à elle seule, l'intention frauduleuse de l'auteur de l'acte n'est plus suffisante pour caractériser la fraude à la loi<sup>100</sup>. La démarche du juge administratif français apparaît fort intéressante pour construire la fraude à la constitution. La théorie de la fraude à la constitution pourrait donc être construite à partir des éléments qu'il propose: la recherche du dessein personnel ou collectif et la remise en cause de l'intention du constituant.

La détermination de l'intention du constituant pouvant se révéler restrictive dans l'appréciation d'une théorie de la fraude, il paraît plus convenable de prendre en compte la cohérence du système, l'efficacité de l'édifice constitutionnel comme critère de construction de la catégorie juridique de la fraude à la constitution. Dans ces conditions, *la fraude à la constitution serait le procédé par lequel un acte recherchant le bénéfice d'une application*

---

<sup>100</sup> Dans deux arrêts du 7 septembre 2009, le conseil admet que l'intention frauduleuse qui ne va pas à l'encontre de la volonté du législateur n'est pas une fraude à la loi.

*littérale des textes n'a pu être inspiré que par le motif d'éluder les fins poursuivies par la constitution. De même, il y a fraude à la constitution chaque fois qu'une autorité investie d'un pouvoir constitutionnel l'utilise en contrariété avec les finalités de la constitution afin de servir un intérêt subjectif.*

La fraude à la constitution ainsi conçue présente des similitudes avec d'autres notions voisines du droit constitutionnel. Du reste, les points communs qu'elle partage avec ces notions n'apparaissent pas illogiques puisque sa construction s'est faite dans la moule de la fraude à la loi. Or, cette dernière a dû elle même mettre du temps pour se distinguer de l'abus de droit avec lequel elle a été très souvent confondue. En droit constitutionnel, la difficulté à bâtir un concept autonome de la fraude à la constitution distincte de certaines notions voisines est encore plus grande à cause de la forte gémellité que la fraude entretient avec elles et dont elle a du mal à se déprendre.

#### B. LA DIFFICILE DISTINCTION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION AVEC D'AUTRES CATEGORIES JURIDIQUES EXISTANTES

Le terme de fraude à la constitution est quasi absent aussi bien des textes constitutionnels que dans les ouvrages de droit constitutionnel. Dans son ouvrage sur le contentieux constitutionnel, le professeur Dominique ROUSSEAU ne fait pas référence à la fraude à la constitution dans les techniques de contrôle retenues par le juge constitutionnel français<sup>101</sup>. Cette démarche est partagée par le professeur Guillaume DRAGO. L'absence de référence à cette notion ne signifie pas pour autant que la fraude soit absente de l'application de la constitution. Si l'on admet que la fraude est un « *très ancien concept de morale juridique* »<sup>102</sup>, il est logique que le droit constitutionnel, discipline juridique, connaisse des cas de manœuvres frauduleuses. Si le juge de la constitution ne se réfère pas à la fraude, c'est tout simplement parce qu'il aurait fait sien les techniques de contrôle de la loi du juge

---

<sup>101</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du Contentieux constitutionnel*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2008, p. 137.

<sup>102</sup> MESTRE Achille, note sous CE, sect., 16 juin 1944, Compagnie d'Assurances Le Lloyd Continental français, S. 1945. III. 37.



administratif<sup>103</sup>. Or, ce dernier n'admet que très difficilement la fraude à la loi, et lorsqu'il vient à l'admettre, ce n'est qu'en tant que variante du détournement de pouvoir ou, à tout le moins, de l'abus de droit. En droit administratif, la fraude apparaît comme un concept interchangeable avec ces notions en raison de la forte imbrication entre elles.

En droit constitutionnel, la conceptualisation de la fraude est encore plus difficile à faire pour deux raisons principales. La première réside dans le fait que l'abus de droit qui englobe parfois la fraude à la constitution ne bénéficie pas en cette matière de l'autonomie. La seconde vient du fait que la fraude à la constitution est largement confondue avec les notions de violation de la loi, de détournement de pouvoir et de fraude électorale qui sont des formes de transgressions insidieuses dont les consécutions sont moins controversées. Toutefois, il faut préciser que la fraude à la constitution semble faire le point de jonction entre ces formes indirectes de violation de la constitution. De fait, l'étude comparée du contentieux constitutionnel nous renseigne que la fraude et l'abus de droit en droit constitutionnel sont contrôlés comme des espèces du détournement de pouvoir. Avant de procéder à l'examen de l'utilisation de ce moyen de contrôle de constitutionnalité, il convient de rappeler les usages dont il fut l'objet en droit administratif où il a acquis une maturité avant son introduction en droit constitutionnel.

En droit administratif, le grief de détournement de pouvoir est apparu comme un excellent moyen de contrôle des recours en annulation des actes administratifs unilatéraux et en excès de pouvoir. Cela dit, il est à préciser que le juge administratif a mis du temps à recourir à cette technique comme moyen du contrôle de la légalité des actes administratifs. En effet, le juge administratif parvenait et parvient encore à la sanction des actes entachés de détournement de pouvoir sans évoquer l'argument de la fraude. Le juge administratif recourt avec parcimonie au détournement de pouvoir comme moyen de contrôle de la légalité interne d'un acte. À propos, le doyen VEDEL fait observer qu'en raison de la conquête tardive par le juge

---

<sup>103</sup> VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 1 / 1996, p. 85. Il montre que face à l'impératif de la technique du contrôle, le Conseil constitutionnel français a suivi naturellement le modèle très élaboré et prestigieux que lui offrait la jurisprudence du Conseil d'État. À cet effet, les concepts techniques forgés par le juge administratif pour contrôler la compatibilité ou la conformité des décisions exécutoires par rapport à la loi sont employés également par le Conseil constitutionnel pour contrôler la compatibilité ou la conformité de la loi à la Constitution (par exemple l'erreur manifeste, la proportionnalité, etc...). Le juge constitutionnel français aurait retrouvé ces techniques dans une démarche largement indépendante. Aussi, celui-ci aux prises avec une opération de logique juridique analogue à celle déjà conduite par le juge administratif retrouve nécessairement pour l'essentiel la démarche de celui-ci pour poser et résoudre le problème.

administratif du contrôle de l'exactitude matérielle des motifs et plus encore de l'appréciation des faits, ce dernier, à l'appui du grief de détournement de pouvoir, a de bonne heure retenu l'indice tiré de la méconnaissance ou du travestissement comme un critère de contrôle de la légalité interne<sup>104</sup>. Pour le doyen VEDEL, il en est ainsi parce que, dans un contentieux comportant un contrôle étendu du juge sur les motifs de fait et de droit, l'acte entaché de détournement de pouvoir peut être censuré sans recourir au détournement de pouvoir. En conséquence, soutient le doyen VEDEL, *« il est normal que le juge annule par erreur sur les motifs une mesure disciplinaire reposant sur des faits matériellement inexacts, sur une qualification erronée de la faute disciplinaire ou sur une disproportion manifeste entre celle-ci et la sanction prononcée »*<sup>105</sup>. Dès lors, le détournement de pouvoir apparaissait superfétatoire. Mais avec l'évolution de la jurisprudence administrative, l'extrême réserve à l'égard de l'argument du détournement de pouvoir va s'atténuer pour faire place à sa prise en compte dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

En droit constitutionnel français, le détournement de pouvoir est aujourd'hui admis comme un moyen d'ouverture relevant de la constitutionnalité "interne"<sup>106</sup>. Or, admettre cette éventualité, c'est admettre que ce moyen constitue un moyen autonome de contrôle de constitutionnalité. Or, il existe une tout autre conception, partagée notamment par LIET-VEAUX, qui postule que le détournement de pouvoir est un cas de fraude à la constitution. Celui-ci soutient en effet que *« le détournement de pouvoir n'est qu'un cas de fraude à la loi, parfois de fraude à la constitution. Lorsqu'une autorité reçoit certains pouvoirs en vue de réaliser certains buts d'intérêt général, elle commet une irrégularité si elle use de ces pouvoirs en vue de satisfaire d'autres intérêts. Peu importe que la lettre des dispositions qui l'investissent ait été respectée »*<sup>107</sup>. Reconnaître cette thèse, c'est admettre que le détournement de pouvoir n'est pas un moyen autonome distinct de la fraude à la constitution. Pour parvenir à démêler la confusion entretenue entre détournement de pouvoir et fraude, il convient de clarifier les concepts en présence.

---

<sup>104</sup> VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », op. cit. p. 86. Il montre que c'est notamment par ce biais qu'un contrôle des mesures disciplinaires injustifiées fut quelquefois exercé.

<sup>105</sup> Ibid., p. 86.

<sup>106</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 137.

<sup>107</sup> LIET-VEAUX G., « La fraude à la constitution... », op. cit., p. 143.

Selon le professeur Guillaume DRAGO, le détournement de pouvoir peut être défini comme « *le contrôle du but poursuivi par le législateur lorsqu'il vote une loi* »<sup>108</sup>. Il s'agit pour le juge de rechercher si le but poursuivi par le législateur n'est pas détourné lorsqu'il confectionne la loi. Dit autrement, le législateur ne doit pas abuser du pouvoir qui lui est reconnu pour parvenir à des fins autres que ce qu'il aurait dû rechercher. L'intention frauduleuse est dans cette acception, le principal critère d'identification du détournement de pouvoir. Lorsque le détournement de pouvoir est appréhendé sur cette base, il est établi une jonction entre lui et la fraude à la constitution prise dans sa dimension subjective. En effet, contrôler le but n'est rien d'autre que la mise en évidence de la conception subjective de la fraude dont l'appréciation est axée sur le but poursuivi par l'auteur de l'acte contrôlé.

Le contrôle du détournement de pouvoir serait alors le contrôle de la fraude à la constitution. Dans cette logique, les opérations de contrôle de légalité ou de constitutionnalité réalisées par les juges à l'aune du chef du détournement de pouvoir seraient une consécration jurisprudentielle de la fraude à la constitution. Mieux, on pourrait inférer des décisions relatives au détournement de pouvoir une consécration en droit positif de la fraude à la constitution comme moyen de contrôle de la constitution. Une telle idée ne peut cependant prospérer que si des décisions viennent confirmer le contrôle du détournement de pouvoir par les juridictions constitutionnelles. Sur cette question, deux points de vue qui n'ont plus qu'un intérêt heuristique se sont opposés en France sur le contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir en droit administratif. Pour les uns, le détournement de pouvoir est très rarement admis comme moyen de contrôle des actes, car il connaissait, dans la plupart des contentieux en droit public, un déclin<sup>109</sup>. Pour les autres, il existait une tendance affirmée de l'inclination du juge administratif pour ce moyen de contrôle.

Dans la première catégorie, on retrouve des auteurs aussi célèbres que le doyen VEDEL pour qui, l'allégation d'un détournement de pouvoir à l'encontre d'une loi implique que le Parlement aurait usé du pouvoir législatif en vue d'un but qui n'était pas celui qu'il aurait dû poursuivre. Cette formulation souligne selon lui la difficulté pour le Conseil constitutionnel à

---

<sup>108</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> édition refondue, Thémis droit, PUF, 2006, février, p. 393.

<sup>109</sup> De LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1970, § 907. À propos du déclin du détournement de pouvoir, l'auteur explique que les juges et les justiciables préfèrent les notions d'erreur de droit, de fait, l'illégalité relative aux motifs au détournement de pouvoir.

admettre "l'ouverture" du "détournement de pouvoir", difficulté encore plus forte que celle qui a incité le Conseil d'État à écarter cette ouverture en matière de contrôle des décisions juridictionnelles. Du reste, le Conseil d'État français l'utilise, semble-t-il, de façon précautionneuse<sup>110</sup>. Dans cette logique, le professeur de LAUBADÈRE affirme que le juge administratif rechignait à utiliser le chef du détournement de pouvoir parce qu'il lui préfère la rigueur et la précision d'un contrôle de la légalité objective<sup>111</sup>. Pour le doyen VEDEL c'est aussi cette réserve à l'égard du détournement de pouvoir qui explique que le Conseil constitutionnel répugne à élever contre le législateur, détenteur d'une légitimité politique et juridique de premier plan, le reproche d'avoir usé son pouvoir, peut-être malicieusement, à des fins qui lui étaient interdites par la constitution<sup>112</sup>. En conséquence de cette restriction de vocabulaire, le Conseil constitutionnel français a pu, dans certaines hypothèses, censurer sans recours au détournement de pouvoir des lois qui pouvaient mériter ce reproche<sup>113</sup>.

D'autres auteurs, au nombre desquels le professeur Dominique ROUSSEAU ne partagent pas entièrement cette opinion du doyen VEDEL sur « l'inutilité » du recours au détournement de pouvoir pour la sanction d'un acte inconstitutionnel. Il estime que le détournement de pouvoir est un cas d'ouverture dont le maniement jurisprudentiel a été quelquefois éprouvé<sup>114</sup>. Il arrivait souvent, selon lui, que le Conseil constitutionnel admette en termes non exprès le détournement de pouvoir. Il en donne comme exemple la décision des 10-11

---

<sup>110</sup>GROS Manuel, « Le détournement de pouvoir », *RDP*, T. CXIII, N°5.

<sup>111</sup> De LAUBADÈRE A, *Traité élémentaire de droit administratif*, ibid. À propos du déclin du détournement de pouvoir, l'auteur explique que les juges et justiciables préférèrent les notions d'erreur de droit, de fait, l'illégalité relative aux motifs du détournement de pouvoir.

<sup>112</sup> VEDEL G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », op. cit., N° 2 / 1996, p. 83. Pour lui « Si le pouvoir législatif s'exerce dans le domaine qui lui est réservé, il est réputé de le faire au nom de l'intérêt général tel qu'il le définit librement sans que le juge puisse contredire cette appréciation dans la très grande majorité des cas ».

<sup>113</sup> Conseil constitutionnel français, Déc. 85-204 DC du 16 janvier 1986, Ministres plénipotentiaires, Rec. 18. Ariane VIDAL-NAQUET relève qu'en matière constitutionnelle, le détournement de pouvoir ne passe donc pas par l'examen du but assigné en tant que tel au législateur, mais plutôt par le lien entre les motifs avancés et le contenu de la loi. Ariane Vidal-Naquet, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel Paris, édition Panthéon Assas, mai 2007. Toutefois, relativement à la décision sus évoquée, le professeur F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN fait observer que la formulation particulière retenue par le juge constitutionnel, censurant la disposition relative à la réintégration dans le corps d'origine après la nomination au tour extérieur en tant que ministre-plénipotentiaire, au motif qu'elle procure « un avantage de carrière constituant un privilège » (cons. 11), témoigne d'un véritable jugement moral sur l'action du législateur, caractéristique du détournement de pouvoir. MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, PUAM, 1997, p. 201.

<sup>114</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 2008, p. 137 et s.

octobre 1984 relative à la "loi Fillioud" sur les entreprises de presse<sup>115</sup>. Cette solution était ainsi motivée: « *s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses: celle où ces situations auraient été illégalement acquises; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi* »<sup>116</sup>. Il était déduit de ce motif que le législateur n'avait élaboré la loi que dans le but de porter atteinte à la situation d'un individu.

Pour intéressant que le détournement de pouvoir puisse paraître dans la sanction des actes détournés de leur finalité, il reste que son existence est difficile à établir. En effet, il s'agit avec ce moyen de parvenir à la conclusion que l'intention qui a présidé à l'adoption de l'acte a été malsaine, c'est-à-dire que l'acte ait été élaboré en vue de satisfaire un dessein autre que celui qui se dégage de la règle de droit. Or, l'objectif recherché par l'auteur de l'acte quand il s'agit notamment du législateur ne pouvant être aisément distingué de celui de l'acte, il apparaît difficile de parvenir au résultat du détournement dans l'opération de qualification des actes contrôlés. Dans ces conditions, faire la preuve du détournement de pouvoir sera aussi complexe que la prise en compte de l'intention dans la qualification de l'acte. Cette difficulté à constater le détournement de pouvoir pour ce fait avait déjà été relevée par madame Ariane VIDAL-NAQUET lorsqu'elle affirme que la constitution du détournement de pouvoir qui suppose de faire la preuve qu'une autorité a agi dans un intérêt autre que celui en vertu duquel le pouvoir lui a été confié, est difficile<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Cons. const. français, 10-11 octobre 1984 relative à la "loi FILLIOUD" sur les entreprises de presse, in Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007. pp. 530-550.

<sup>116</sup> Pour le doyen VEDEL, « *trop fréquemment les commentateurs ont vu dans cette motivation une mise en œuvre du principe de non-rétroactivité. En réalité, elle reflète une toute autre idée qui n'était pas nouvelle et dont la législation, la pratique et la jurisprudence administrative avaient fait maintes applications : l'exigence de proportionnalité dans l'application d'une mesure contraignante nouvelle à des situations existantes et nées de l'usage d'une liberté. La position de Dominique Rousseau corroborerait l'idée selon laquelle la traduction du grief de détournement de pouvoir dans un langage ne mettant pas en cause l'intention subjective et la coloration péjorative que sa condamnation lui confère est finalement facile dans un système de contrôle qui accueille comme on va le voir, sans la construction contraignante des ouvertures, toutes les formes de contradiction objective entre les normes de référence et l'acte contrôlé* ». G. VEDEL, *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif*, op. cit., N° 2 / 1996, p. 87.

<sup>117</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2007, p. 375.

Par contre, la difficulté à admettre le détournement de pouvoir comme moyen de contrôle de constitutionnalité est moins accentuée avec le détournement de procédure qui présente avec lui bien de ressemblance. Dans la pratique, le détournement de "procédure" en tant qu'autre forme du détournement du pouvoir est plus facilement admis par les juridictions constitutionnelles. L'explication de cette situation tiendrait, à en croire le doyen VEDEL, au fait que « *cette incompatibilité peut toujours être formulée dans un langage ne faisant pas appel aux intentions du législateur. Il suffit d'écrire que la démarche suivie par le législateur, indépendamment du but subjectivement poursuivi, est objectivement incompatible avec ce que prescrit, autorise ou interdit la constitution* »<sup>118</sup>. Ce faisant, le détournement de procédure pourrait s'offrir au juge constitutionnel comme une solution alternative à l'examen de l'intention malveillante de l'auteur de l'acte, toute opération qui pourrait heurter sa sensibilité.

En Afrique, les chefs des détournements de pouvoir et de procédure tout comme la plupart des moyens de contrôle de constitutionnalité sont très rarement référencés dans l'opération de contrôle de constitutionnalité parce que le juge constitutionnel africain francophone reste confiné dans un contrôle *a minima*. Toutefois, et de façon isolée, il arrive que certains juges soient obligés de procéder au contrôle des actes selon le moyen du détournement de procédure en ce qu'il est plus aisé à établir que celui du détournement de pouvoir. Ce fut le cas du juge constitutionnel sénégalais. En effet, dans sa décision n°91/ 2005 relative à la loi EZZAN portant amnistie du 7 janvier 2005<sup>119</sup>, il procéda au contrôle de la loi contestée selon le chef du détournement de procédure. Il aboutit à la conclusion que le législateur est coupable d'un détournement de procédure au motif « *qu'en poursuivant un objectif de protection des intérêts d'une famille et les proches du défunt, l'article 2 de la loi vise un but différent de celui pour lequel compétence a été conférée au législateur ; qu'en conséquence, il est entaché de détournement de procédure* »<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> VEDEL G., Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif, op. cit., p. 86. Il montre que c'est notamment par ce biais qu'un contrôle des mesures disciplinaires injustifiées fut quelquefois exercé.

<sup>119</sup> Décision n°97/2005 Affaire n°1/C/2005, (Sous la dir.) Ismaïla Madior FALL, *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, p. 475.

<sup>120</sup> Décision n°97/2005 Affaire n°1/C/2005, Considérant N° 19, p. 473.

Au vrai, dans le contentieux de type objectif, le détournement de procédure offre bien plus de facilités que le détournement de pouvoir. Ainsi, avec le détournement de procédure peut être sanctionnée sans recourir au détournement de pouvoir, ni à la fraude à la loi, toute autorité utilisant une procédure pour un autre but que celui pour lequel elle aurait été établie en vue de satisfaire un dessein personnel. C'est dire que l'infraction du détournement de procédure peut être retenue, sans toutefois avec la même efficacité, en substitution de l'infraction de la fraude à la constitution qui paraît plus adaptée et qui donne plus de latitude à sanctionner les intentions frauduleuses et les buts dévoyés.

La deuxième source probable de confusion concerne le lien que la fraude à la constitution entretient avec la violation de la constitution. La violation de la constitution est à l'image de fraude à la loi, le moyen d'ouverture qui rassemble tous les cas d'illégalité qui ne sont pas catalogués comme moyens d'ouverture du contrôle de légalité. C'est donc un terme générique utilisé pour désigner toute atteinte à la constitution. Mais il doit s'agir d'une atteinte directe à la lettre de la règle contrôlée, car ce grief suppose que la constitution en une ou plusieurs de ses dispositions ait fait l'objet d'une violation expresse. L'usage de ce moyen en droit constitutionnel se rapproche fortement de celui de la violation de la loi devant les juges administratifs et judiciaires. En effet, dans le contentieux constitutif, la violation de la constitution est l'arme de prédilection du juge quand se présente à lui une situation inconstitutionnelle et cela quel que soit le motif. Le doyen VEDEL fait observer que dès lors que, pour une raison ou pour une autre, le Conseil constitutionnel renonce à l'une des ouvertures (comme c'est le cas pour le détournement de pouvoir) sans renoncer à censurer les lois qui en auraient été justiciables, c'est à l'ouverture « de la violation de la constitution » que profite cette renonciation<sup>121</sup>. C'est là une acception large de la violation de la constitution qui désigne toute atteinte à la constitution. Ce grief de la violation de la constitution est invoqué lorsqu'il y a incompatibilité entre les normes constitutionnelles de référence et les termes de l'acte à contrôler. En somme, toute transgression de la constitution constitue une violation de la constitution. De ce point de vue, ce cas d'ouverture est extensible. Il en résulte la conception *lato sensu* de la violation de la constitution dont la plasticité permet de lui raccrocher le chef de la fraude à la constitution.

---

<sup>121</sup> VEDEL G., « Excès de pouvoirs... », op. cit., p. 87.

Pour son appréciation, la technique de la violation de la constitution est subdivisée en deux sous ouvertures. Il y a, d'une part, la violation directe de la règle de droit et, l'erreur sur les motifs, d'autre part. L'erreur sur les motifs concerne l'erreur de fait ou de droit qui entache les motifs de l'acte contrôlé. Le caractère abstrait du contrôle du juge constitutionnel rend difficile l'éventuel contrôle de fait du législateur. La difficulté est renforcée parce que la plupart des constitutions n'impose que très rarement au législateur de statuer dans un sens déterminé au vu de telle ou telle situation de fait. Il apparaît difficile d'apprécier dans ces conditions la matérialité des faits après les avoir constatés.

Quant à l'erreur de droit, sa distinction par rapport à la violation directe de la loi repose sur l'idée que, dans certains cas, le législateur qui aurait pu prendre légalement une décision sur une base juridique déterminée s'est fondée sur un motif étranger à cette base et qui, lui, ne justifie pas la décision<sup>122</sup>.

Quels pourraient être les intérêts liés à la distinction de deux notions qui n'ont de finalité que la violation de la constitution? *A priori*, la distinction devait résider dans la méthode pour parvenir à la sanction. Il est évident que la violation de la constitution au sens strict en ce qu'elle porte sur la sanction d'une irrégularité expresse d'une règle écrite, se veut objective contrairement à la fraude à la constitution, qui, en plus d'être une irrégularité implicite, se caractérise par la licéité apparente de l'acte posé.

Une troisième confusion peut être faite entre la fraude à la constitution et l'abus de droit en droit constitutionnel. L'introduction de l'abus de droit dans la théorie du droit constitutionnel est assez récente. Le peu d'intérêt accordé à cette notion est sans nul doute dû au fait que rares sont les constitutions qui reconnaissent l'abus de droit en tant que principe général d'interdiction. Seuls l'abus des libertés figure dans quelques constitutions sous forme d'interdiction générale<sup>123</sup> ou spéciale comme dans l'article 11 de la Déclaration des droits de

---

<sup>122</sup> VEDEL G., « Excès de pouvoirs... », op. cit., p. 87.

<sup>123</sup> La constitution hellénique dont l'article 25 dispose que « *les droits de l'homme, en tant qu'individu et en tant que membre du corps social, sont placés sous la garantie de l'Etat, tous les organes de celui-ci étant obligés d'en assurer le libre exercice. La reconnaissance et la protection par la République des droits fondamentaux et imprescriptibles de l'homme visent à la réalisation du progrès social dans la liberté et la*



l'homme et du citoyen qui énonce que « *tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». L'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne intégrée dans le traité établissant une constitution européenne interdit aussi l'abus de droit<sup>124</sup>. Cependant, même si l'abus de droit ne bénéficie pas encore en droit constitutionnel d'une effectivité contentieuse, la doctrine admet qu'elle est une catégorie juridique qui pourrait permettre de qualifier certaines situations de pur droit constitutionnel<sup>125</sup>.

L'intrusion de cette notion en droit constitutionnel vient du droit administratif où cette notion a été largement éprouvée par le juge administratif. Cependant, dans cette dernière matière, l'abus de droit ne bénéficie pas d'une précision conceptuelle, ou du moins, reste confondu à d'autres notions telles que celle de la fraude à la loi dont elle a du mal à s'en défaire. En effet, la doctrine constate que la jurisprudence administrative considère la notion d'abus de droit comme un concept englobant la fraude à la loi et le détournement de pouvoir. Le professeur Maurice COZIAN affirmait à propos de la confusion entretenue entre abus de droit et fraude à la loi, que « *contrairement à ce que l'on aurait pu penser, dans la pratique administrative et dans la pratique judiciaire, les deux notions sont souvent confondues ; notamment il n'est pas rare que les juges sanctionnent comme fictifs des agissements, exempts de toute simulation, qui constituent en réalité une fraude à la loi* »<sup>126</sup>. C'est à cette conclusion qu'était parvenue Louis DUBOIS lorsqu'il affirme que « *la fraude à la loi serait l'abus de droit où le détournement de pouvoir considéré non dans le moyen employé mais dans son résultat* »<sup>127</sup>.

---

*justice. L'exercice abusif d'un droit n'est pas permis. L'Etat a le droit de la part de tous les citoyens de l'accomplissement de leur devoir de solidarité sociale et nationale ».*

<sup>124</sup> L'article 54 énonce : « *aucune des dispositions de la présente charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues dans la présente Charte* ». Avec le traité de Lisbonne, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est désormais détachée du traité pour constituer un instrument à part entière.

<sup>125</sup> ECK Laurent, « L'abus de droit en Droit constitutionnel », op. cit., p.

<sup>126</sup> COZIAN Maurice, « La notion d'abus de droit en matière fiscale », Gazette du Palais, 1993, doctr., p. 56.

<sup>127</sup> DUBUY Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 139. Voir également O. FOUQUET, « La fraude à la loi et abus de droit », *Dr.oit Fiscal*, 2006, p. 2003. Il écrit à propos de la décision Sté *Janfin*, que « le droit administratif connaît également la notion d'abus de droit qui recouvre deux notions : la fictivité (ou simulation) et la fraude à la loi » ; « l'abus de droit quand il ne consiste pas à écarter une fictivité prend la forme de la répression de la fraude à la loi ».

Suivant cette démarche qui consiste à intégrer la fraude à la loi à l'abus de droit, la fraude à la constitution peut être confondue à l'abus de droit en droit constitutionnel. Il n'est pas exclu que la fraude à la constitution soit intégrée dans les éléments de l'abus de droit. La doctrine est unanime à reconnaître que l'abus de droit se caractérise par l'usage excessif d'un droit. Partant de là, l'abus de droit en droit constitutionnel est défini par Laurent ECK comme le « *dépassement des limites d'une permission d'agir ou de s'abstenir entraînant un préjudice en raison d'une conduite anormale, disproportionnée ou contraire aux finalités de la constitution* »<sup>128</sup>. Les éléments constitutifs de l'abus de droit en droit constitutionnel qui en résultent sont au nombre de trois. L'élément matériel qui concerne l'utilisation d'un droit subjectif régulier. L'élément moral relatif au dommage qui doit résulter de l'exercice de l'abus de droit. L'élément légal qui implique que le droit conféré est assorti d'une limite qui permet de critiquer ou d'interdire la conduite envisagée sur le fondement de l'abus de droit. De la définition proposée par Laurent ECK, se dégage la structure triptyque commune à la construction de toutes les techniques de régulation du droit qui tient à l'existence d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément moral<sup>129</sup>.

Sur la base de ces éléments, Laurent ECK conclut que « l'abuseur » de droit en droit constitutionnel ne cherche pas à éviter les nuisances qui pourraient résulter de l'exercice d'un droit qui lui est reconnu par la constitution. Bien qu'il soit fondé à agir parce que la constitution lui en donne la possibilité, le titulaire du droit ne tient pas compte « *des intérêts en présence ou du caractère excessif de son acte* »<sup>130</sup>. Il lui importe peu de respecter les limites de la constitution. L'intérêt de la théorie de l'abus de droit est d'offrir une possibilité de sanctionner des actes frauduleux que les moyens de corrections de caractères objectifs ne permettent pas de sanctionner<sup>131</sup>. Il s'agit, avec l'abus de droit, de veiller à protéger efficacement les limites à l'abus découlant « *des finalités et des valeurs de la constitution* »<sup>132</sup>. L'efficacité contentieuse de ce moyen reste bien marginale. Pour cause, le détournement de procédure, absorbant l'abus de droit, reste pour les juridictions, l'arme de

---

<sup>128</sup> ECK Laurent, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », op. cit., p. 6.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> ECK Laurent, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », op. cit., p. 6.

<sup>132</sup> Ibid.

prédilection de contrôle des finalités empiétées de la constitution.<sup>133</sup> Du reste, c'est par le biais de la technique du détournement de procédure que la fraude et l'abus de droit en droit constitutionnel trouve dans le contentieux constitutionnel un début de mise en œuvre.

En effet, c'est la prise en compte dans la qualification de l'infraction des critères de finalités ou de valeurs de la constitution qui engendrent la confusion entre l'abus de droit et la fraude à la constitution. En effet, deux points de contacts semblent les unir. Ces techniques ont pour fonction principale de «*rechercher et de sanctionner les attitudes de malveillances* »<sup>134</sup> qui portent atteintes à «*l'esprit et/ou à la finalité de la constitution*». Elles consacrent la présence de la morale dans le contentieux constitutionnel dont elles entendent sanctionner les entorses y relatives. Elles apparaissent à cet effet comme des moyens de corrections des valeurs morales en droit. C'est ce que montre Bernard AUDIT lorsqu'il écrit que «*l'abus de droit serait ainsi aux droits subjectifs l'équivalent de ce qu'est la fraude à la loi pour le droit objectif : un correctif révélateur parmi d'autres de l'influence de la règle morale sur les règles juridiques* »<sup>135</sup>.

Bien qu'il paraisse plausible d'opérer une fusion entre ces deux notions, il semble qu'il en existe entre elles une ligne de démarcation qui paraît plus nette. D'ailleurs en droit public, la jurisprudence tend de plus en plus à affiner les éléments de la distinction entre l'abus de droit et la fraude à la loi<sup>136</sup>.

Au niveau du contentieux civil, judiciaire ou fiscal, la fraude apparaît comme une technique bien plus vaste que l'abus de droit, car sur la base de la maxime «*fraus omnia corrumpit* », le juge peut être amené à sanctionner un abus de droit<sup>137</sup>. Toutefois, Laurent ECK a pu affirmer que l'abus de droit serait plus vaste que la fraude à la constitution. Pour lui, la notion d'abus de droit en droit constitutionnel englobe dans la pratique, les hypothèses

---

<sup>133</sup> ECK Laurent, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », op. cit., p. 6.

<sup>134</sup> DERIAUX Alain, Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF, 2003, p. 3.

<sup>135</sup> Ibid. p. 3.

<sup>136</sup> Le Conseil d'État français conclut qu'en matière fiscale, la technique de la fraude est le moyen auquel peut recourir l'administration fiscale pour sanctionner une manœuvre fiscale qui ne tombe pas sous le coup de l'abus de droit prévu par l'article L. 164 du livre de procédure fiscale (LPF). CE, Sect., 27 sept. 2006 *Sté Janfin*

<sup>137</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 254.

qui auraient pu être rangées dans la catégorie de la fraude à la constitution<sup>138</sup>. Cette idée ne paraît pas acceptable puisqu'elle reste dans la logique de celle qui a longtemps prévalu et aujourd'hui caduque que la fraude en droit privé est un sous élément de l'abus de droit. En réalité, de par son champ d'application, la fraude est plus vaste que l'abus de droit. De fait, alors que ce dernier est réduit à la censure des droits subjectifs, la fraude à la constitution vise la censure des violations de droits objectifs et subjectifs. De plus, la fraude, contrairement à l'abus de droit, peut être retenue que l'auteur de l'acte ait ou non la possibilité d'agir, condition par contre nécessaire pour l'invocation de l'abus de droit.

Une dernière confusion peut être entretenue entre la fraude à la constitution et la fraude électorale. L'importance des élections n'est plus à démontrer dans le processus de démocratisation des États depuis le triomphe du monde capitaliste sur celui du socialisme. Elles constituent incontestablement de nos jours l'un, sinon l'élément clef des actuelles transitions démocratiques, à tel point que les élections sont devenues le baromètre d'évaluation des processus démocratiques. C'est ce qui fait dire au professeur Méléndje DJEDJRO que l'élection pluraliste est désormais indispensable pour mesurer la légitimité des gouvernants<sup>139</sup>. En dépit de sa fonction principale de désignation des représentants, les élections en Afrique francophone continuent de charrier les avaries développées par les régimes politiques mis en place au lendemain des indépendances. Elles restent fortement marquées par les irrégularités de toutes sortes. Comme le relève le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON, *frappées encore par les fraudes et les altérations à la sincérité, les élections remplissent encore en Afrique, comme par le passé, des fonctions principalement symboliques et de renforcement du pouvoir des régimes autoritaires*<sup>140</sup>. Ce constat n'est pas à généraliser parce que certains États africains francophones offrent de meilleures images, car ils parviennent à organiser les élections conformes aux standards internationaux. Ces élections provoquent, même si elles restent marginales, des alternances au sommet de l'exécutif. Cela dit, une confusion, entretenue par le rapprochement de leur acceptation, peut exister entre la fraude à la constitution et la fraude électorale. La précision de leur confusion permet de clarifier la zone d'ombre entre ces notions.

---

<sup>138</sup> ECK Laurent, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », op. cit., p. 6.

<sup>139</sup> DJEDJRO Méléndje F., « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs* 2009/2, N° 129, p. 139.

<sup>140</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, « Études et doctrine. La sincérité du scrutin », Dalloz, 2002, p. 100 sq.

La fraude électorale peut faire l'objet d'une double définition juridique et politique. Selon la première, elle est « *une violation de la législation électorale* »<sup>141</sup>. De ce point de vue, la fraude électorale renvoie à toutes les violations qui interviennent aux différents moments du processus de votation en vue de la désignation des représentants du peuple. Il s'agit en particulier de la fraude pendant l'établissement des listes électorales, lors de la votation, pendant les dépouillements et finalement lors de la proclamation des résultats électoraux. Cette définition peut être considérée comme restrictive par rapport à l'approche politiste parce qu'elle met l'accent sur la violation éventuelle d'actes matériels. Selon cette dernière, la fraude électorale peut être définie comme des manœuvres qui visent à altérer la liberté et la sincérité du scrutin. Autrement dit, il s'agit « *d'actes délibérément accomplis dans le but d'orienter ou d'altérer les résultats d'une opération électorale* »<sup>142</sup>. Les actes concernés peuvent englober les actes matériels comme immatériels.

La confusion entre fraude électorale et fraude à la constitution peut résulter de deux hypothèses. La première naît de la nature constitutionnelle de la loi électorale. En effet, dans certains systèmes juridiques, la loi électorale est partie intégrante de la constitution, ou dans d'autres, sans y être intégrée, elle a tout simplement valeur constitutionnelle. Dans ces cas, l'instrumentalisation de cette loi électorale conduisant à faire souffrir son esprit au profit de sa lecture littérale est assimilée à la fraude à la constitution.

Dans la seconde hypothèse, la confusion entre fraude électorale et fraude à la constitution résulte de la lecture d'un faisceau d'éléments. Dans ce cas en effet, la fraude électorale est employée comme ressource à la réalisation de la fraude à la constitution. C'est le cas de la fraude à la constitution concernant la révision de la constitution. Elle est obtenue grâce à la manipulation du scrutin électoral destiné à lever une limite infranchissable de la constitution. Ce faisant, par abus de langage, la fraude électorale qui a permis le changement frauduleux de la constitution est qualifiée de fraude à la constitution. Ces pratiques sont récurrentes en Afrique, où fraude électorale et fraude à la constitution sont très souvent associées.

---

<sup>141</sup> POIRMEUR Ives et MAZET Pierre, *Le métier politique en représentations*, Paris, Montréal (Québec) , l'Harmattan, 1999, p. 52.

<sup>142</sup> Ibid., p. 52.

La présentation comparée de la fraude à la constitution et des notions avec lesquelles elle présente des points communs permet de montrer que le risque de confusion de la fraude d'avec les autres techniques de contrôle de la constitution est grand. Cela dit, la tentative de mise en évidence des traits caractéristiques de chacune de ses notions permet de procéder à l'analyse plus affinée des éléments constitutifs de la fraude à la constitution.

## § 2. LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

L'analyse des éléments constitutifs de la fraude à la constitution sera faite par allusion à celle de la fraude à la loi. Il en sera ainsi parce que la constitution, règle de portée générale, est avant tout une loi dans son acception matérielle, c'est-à-dire vue comme règle de droit de portée générale et impersonnelle. La structure conceptuelle de la fraude à la constitution ne se distinguera pas fondamentalement de celle de la fraude à la loi qui s'est elle-même inspirée de l'analyse de l'infraction pénale. Trois éléments sont généralement retenus pour identifier la fraude à la loi : ce sont la règle fraudée, le moyen frauduleux et l'intention frauduleuse<sup>143</sup>.

Suivant cette démarche, nous tenterons de présenter la fraude à la constitution en mettant en relief dans un premier temps, l'élément légal et dans un second temps, l'élément matériel et l'élément moral.

### A. L'ELEMENT LEGAL DANS LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

L'élément légal dans une infraction est la règle de droit qui prohibe ou qui ne contient pas de justification ou de fondement à un acte ou un fait qu'elle considère comme anti- juridique. L'élément légal se confond avec la loi qui a été violée, c'est-à-dire celle qui aurait dû, à défaut de manœuvre, s'appliquer normalement<sup>144</sup>. L'élément légal est la « *règle prohibitive ou impérative* » qui sert de référence à l'appréciation de la juridicité des actes. Il s'agit ici de la constitution appréhendée aussi bien dans sa lettre que dans son esprit. La particularité de la

---

<sup>143</sup> AUDIT Bernard, *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 758.

<sup>144</sup> DUBUY Mélanie, « La fraude à la loi », op. cit., p. 245. Elle précise que cet élément légal doit se comprendre au sens large et qu'il englobe la loi formelle comme matérielle, un jugement.

fraude à la constitution réside dans ce second critère dans la mesure où dans cette catégorie, est particulièrement en cause le détournement des finalités de la constitution qui constitue l'indice le plus révélateur de l'existence de la fraude à la constitution. C'est pourquoi il faut définir avec exactitude la constitution et ses finalités en tant qu'élément légal de la fraude à la constitution.

La constitution dont il s'agit ici est la règle de droit objectif. Les règles constitutionnelles comprennent aussi bien la constitution formelle, matérielle que la jurisprudence constitutionnelle. L'acception matérielle permet d'ajouter dans nos règles de références les lois électorales qui, eu égard à leur importance, peuvent être élevées au rang de normes constitutionnelles. C'est cette démarche qui a été adoptée par les participants au colloque sur le constitutionnalisme en Afrique<sup>145</sup>. Ils ont admis qu'il était souhaitable, dans les analyses, de s'inspirer de la pratique des États anglophones dont les constitutions formelles fixent aussi les règles du jeu électoral. Cette position nous paraît tout à fait logique. Ce faisant, bien que rarissime dans les États africains de tradition juridique francophone, cette méthode connaît un début de concrétisation dans certains d'entre eux. C'est notamment le cas du Niger dont la constitution contient les fondements de la Commission électorale chargée d'organiser la compétition électorale. Au demeurant, la pratique tendant à maintenir les règles électorales au niveau législatif n'exclut pas que de dites règles soient considérées comme des règles de valeur constitutionnelle parce qu'elles concernent la dévolution du pouvoir qui a une essence constitutionnelle. C'est une telle considération qui a conduit les participants au colloque sus évoqué à retenir une définition large de la constitution « *qui inclut, outre la constitution formelle et la jurisprudence constitutionnelle, les principales règles électorales* »<sup>146</sup>.

Du reste, cette conception large de la constitution transparaît du contentieux constitutionnel en Afrique francophone. L'idée de constitution y procède d'une certaine réappropriation de la conception doctrinale du bloc de constitutionnalité développée en France pour identifier l'ensemble des textes de référence du juge constitutionnel. Les blocs de constitutionnalité en Afrique sont fortement dilatés, car les textes de référence du juge constitutionnel contiennent

---

<sup>145</sup> CGD-OSIWA, « Recherche sur le constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest francophone: cas du Bénin, Burkina Faso, Sénégal », 2008, rapport non publié.

<sup>146</sup> CGD-OSIWA, « Recherche sur le constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest francophone: cas du Bénin, Burkina Faso, Sénégal », 2008, rapport non publié.

des textes d'application de la constitution qui sont ailleurs considérées comme des normes de référence « dérivées »<sup>147</sup>. Les textes de référence du juge constitutionnel africain francophone comprennent en plus des textes susvisés, les lois référendaires, les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires. C'est sur ces deux dernières règles de référence que l'extension du bloc telle qu'opérée par le juge constitutionnel africain soulève quelques appréhensions. En effet, l'intégration des lois organiques et règlements intérieurs par de nombreuses juridictions constitutions africaines telles que celles du Mali, du Bénin ou encore du Tchad s'inscrive dans la logique aujourd'hui abandonnée du juge constitutionnel français consistant « *à mettre sur un pied d'égalité constitution et lois organiques, et intégrer ces derniers dans le bloc de constitutionnalité comme instrument supplémentaire de son contrôle* »<sup>148</sup>. En France, certains auteurs estiment que l'intégration des lois organiques et des règlements des assemblées dans le bloc de constitutionnalité n'est pas pertinente<sup>149</sup>. La raison évoquée est que les lois organiques en particulier bénéficient d'un statut particulier justifié par l'importance des matières qu'elles régissent, mais aussi parce qu'elles sont destinées à leur assurer par rapport aux lois ordinaires « *une plus grande stabilité et un plus grand respect* »<sup>150</sup>, ce statut seul, n'était pas suffisant pour que l'on leur attribue valeur constitutionnelle. Au demeurant, si ces lois s'imposent au législateur ordinaire, elles sont en revanche subordonnées à la constitution. C'est pourquoi, eu égard à leur valeur infra-constitutionnelle et supra-législative, le professeur ROUSSEAU considère que les lois organiques ne doivent pas être insérées dans le bloc de constitutionnalité<sup>151</sup>. Pour lui, tout comme pour le doyen VEDEL, le texte de référence du juge constitutionnel français reste la constitution, car c'est parce que celle-ci a prévu une loi organique, qu'une loi ordinaire qui méconnaît cette dernière est invalidée; c'est donc moins la méconnaissance de la loi

---

<sup>147</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 270 et s.

<sup>148</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 113. En France de nombreuses décisions illustrent la référence à la loi organique dans le contrôle de validité des lois ordinaires. C.C. 66-28 D.C., 8 juillet 1966, R. p. 15. C.C. 60-8 D.C., 11 août 1960, R. p. 25. La jurisprudence constitutionnelle française a longtemps hésité sur la qualité des lois organiques. À propos des règlements des assemblées, elle a cependant considéré que « *les dispositions des règlements des Assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle* ». C.C. 80-117 D.C., 22 juillet 1980.

<sup>149</sup> Ibid. p. 113.

<sup>150</sup> Le mot est de Michel DEBRÉ, « Discours de présentation de la constitution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État », le 27 août 1958, in *Doc pour servir*, Documentation française 1987, vol. 2, p. 340.

<sup>151</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 113-114.



organique qui est censurée que celle de la constitution qui renvoie expressément, pour des matières déterminées, à une loi organique<sup>152</sup>.

Quant aux règlements des assemblées, la question de leur admission dans le bloc de constitutionnalité soulève moins de controverse. La quasi-totalité des systèmes juridiques reconnaissent que les dispositions du règlement des assemblées parlementaires n'ont pas valeur constitutionnelle. C'est ce qui ressort de quelques décisions du juge constitutionnel français<sup>153</sup>. Mais il est à relever que la position du juge constitutionnel français contrairement à ce qu'il paraît n'est pas ferme, car le Conseil Constitutionnel français, comme le relève Dominique ROUSSEAU, distingue dans ces règlements, les dispositions qui mettent en œuvre une règle ou un principe constitutionnel et celles qui concernent la vie parlementaire interne : seules les premières peuvent être utilisées comme texte de référence pour apprécier si la loi a été élaborée selon une procédure régulière<sup>154</sup>. C'est du reste cette logique que suivent nombre de juridictions constitutionnelles africaines qui considèrent que les assemblées parlementaires ne devraient pas s'affranchir des règles qui organisent l'élaboration parlementaire des lois de révision de la constitution<sup>155</sup>. Cela peut se justifier par le fait que le juge constitutionnel n'étant pas régulièrement saisi même pour les lois constitutionnelles, lorsqu'il a la possibilité, il doit faire respecter les règlements des assemblées et surtout les lois organiques qui complètent la constitution sans la modifier. Si l'intégration dans le bloc de constitutionnalité des lois organiques et des règlements des assemblées est admise, cela ne saurait être le cas des principes généraux du droit qui n'ont aucune connexion avec la constitution.

---

<sup>152</sup> Ibid. ; Voir Georges VEDEL, « La place de la déclaration dans le bloc de constitutionnalité », in la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque du Conseil constitutionnel, 25-26 mai 1989.

<sup>153</sup> Cons. const. 80-117 D.C., 22 juillet 1980 ; C.C. 84-181 D.C., 10 et 11 oct. 1984, R. p. 78.

<sup>154</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 114.

<sup>155</sup> Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n° 01-128 du 1<sup>er</sup> décembre 2001. « *Considérant que ce contrôle participe aussi de la mission de régulation des activités des pouvoirs publics qui est dévolue à la Cour Constitutionnelle aux termes de l'article 85 de la Constitution, que cette mission, en matière d'adoption de la loi portant révision de la constitution par l'Assemblée nationale, consiste à examiner la régularité du processus de ladite adoption par rapport et à la constitution et aux dispositions du règlement intérieur de l'Assemblée nationale ; que l'activité des pouvoirs publics permet de faire respecter par les pouvoirs publics leurs prérogatives et les procédures de leur mise en œuvre* ». Voir aussi la Cour constitutionnelle du Tchad, Décision n°001/CC/SG/04 du 11 juin 2004 sur la proposition, portant révision de la constitution du 31 mars 1996.

Par ailleurs, dans les pays africains, le bloc de constitutionnalité va s'étendre à certains instruments internationaux qui, grâce à leur insertion dans le préambule des constitutions, ont acquis valeur constitutionnelle. Cet attachement à ces instruments s'explique par la revitalisation de la construction des ensembles unifiés de type régionaux et sous régionaux dans le paysage africain, et surtout, par les nombreux espoirs qui y sont placés. Aussi, la plupart des constitutions francophones ont-elles constitutionnalisé les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (la Déclaration universelle de 1948, les Pactes des Nations Unies de 1966) et la Charte africaine des droits de l'homme de 1981.

C'est dire que le juge constitutionnel des pays qui adoptent une telle démarche ne devrait avoir, en principe, aucune difficulté à apprécier la conformité de la loi à ce bloc de constitutionnalité plus extensif. C'est tout le contraire que l'on va constater dans une jurisprudence alambiquée du Conseil constitutionnel sénégalais. Le juge constitutionnel sénégalais, reprenant le principe annoncé par le juge constitutionnel français dans sa décision du 15 janvier 1975, a estimé qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité de la loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international<sup>156</sup>. La décision du juge constitutionnel peut être acceptée s'il s'agit d'un accord international qui n'a pas fait l'objet d'intégration dans le bloc de constitutionnalité par son énonciation dans le préambule de la constitution. Dans le cas où l'accord international est expressément référencé dans le préambule de la constitution, la décision du juge de ne pas apprécier la conformité d'une loi à l'aune des dispositions de cet accord qui aurait un lien avec cette loi est critiquable. Le juge constitutionnel sénégalais tombe sous cette critique lorsqu'il choisit de ne pas examiner la conformité de la loi sur la parité à l'aune des dispositions de l'accord international énoncé dans le préambule dans la constitution du Sénégal. En effet, dans sa décision relative à la loi n°23/2007 du 27 mars 2007 instituant la parité dans la liste des candidats aux élections législatives, il n'a pas tiré les conséquences de l'intégration de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme du 18 décembre 1979 qui lui aurait permis de valider la loi sur la parité des femmes et des hommes aux élections. Le refus du juge constitutionnel sénégalais à ne pas assurer la conformité de la loi sur la parité à la norme internationale sus évoquée, comme le relève le professeur Madior FALL, n'est pas

---

<sup>156</sup> Décision N°97/2007 Affaire n°1/C/2007, Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal, sous la dir. Ismaïla Madior FALL, CREDILA, 2008, p. 476.

pertinent pour le droit constitutionnel<sup>157</sup>, car ce texte est constitutionnalisé par le préambule de la constitution sénégalaise du 7 janvier 2001<sup>158</sup>.

Au-delà des difficultés à faire respecter certains textes de référence, les contenus des textes à valeur constitutionnelle qui servent de référence au juge constitutionnel dans l'espace francophone africain sont identiques. Sont alors les textes de référence du juge constitutionnel africains les constitutions formelles, les lois référendaires, les instruments internationaux constitutionnalisés, les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires.

Toutefois, il faut faire remarquer que les textes écrits ne sont pas les seuls à faire partir des textes de référence du juge constitutionnel. Le droit positif des démocraties en construction consacre de plus en plus des règles implicites et des règles morales. L'étude de la fraude à la constitution commande qu'il soit tenu compte, en tant que critères d'appréciation de l'infraction de fraude la constitution, des valeurs et les principes qui sont attachés à la constitution et qui forment avec elle un tout indissociable. Aussi, il convient au préalable de lever tout doute sur leur contenu.

Selon le dictionnaire grand Robert, le mot valeur renvoie à « *ce qui est vrai, beau, bien, selon un jugement personnel, plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque* ». Les valeurs selon Grégorio PECES BARBA sont « *les idéaux dont une communauté décide de faire ses objectifs les plus élevés en vue de leur développement par l'ordonnancement juridique. En ce sens, elles sont l'expression de la moralité majoritairement acceptée dans le cadre culturel et au moment historique dans lequel se situe la constitution* »<sup>159</sup>. La prise en compte des valeurs dans la constitution est une équation qui se situe aux confluent du droit, de la politique et de la morale. Cette question qui est au cœur de la création du droit a fait et

---

<sup>157</sup> FALL Ismaïla Madior, Obs. sous DECISION N°97/2005 AFFAIRE N°1/C/2007 du 27 avril 2007, (Sous la direction de Ismaïla Madior FALL), *Les décisions et avis du conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, p. 476.

<sup>158</sup> Les textes prévus dans le préambule de la constitution du Sénégal sont la déclaration universelle des droits de l'homme et des peuples du 10 décembre 1948, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme du 18 décembre 1979, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

<sup>159</sup> BARBA Grégorio Peces, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 42.

continue de faire l'objet de nombreux développements doctrinaux<sup>160</sup>. Les récentes interventions à ce propos visent à discuter la légitimité de l'insertion de règles issues du *jus naturalisme* dans le droit en vigueur<sup>161</sup>. C'est pourquoi, l'appréhension des valeurs posent de nombreuses équations. Celles-ci concernent notamment leur identification, la désignation de l'autorité en charge de leur détermination, les procédés de leur détermination et surtout la question de leurs effets *materiae temporis*, c'est-à-dire à quel moment peut-on situer leur existence?

La première consécration normative de la notion des valeurs de la constitution est une construction du tribunal constitutionnel allemand à travers la considération de la constitution comme « *ordre de valeurs* »<sup>162</sup>. Cette construction jurisprudentielle se fonde sur l'article premier de la Loi fondamentale allemande proclamant l'intangibilité de la dignité de l'être humain et de laquelle découle l'ensemble des droits fondamentaux énoncés par la constitution. Elisabeth ZOLLER fait remarquer qu'en qualifiant d'« *objectives* » ces valeurs incorporées dans la constitution, le Tribunal constitutionnel « *souligne qu'elles avaient une réalité indépendante de la constitution elle-même* »<sup>163</sup>. Mais cette création prétorienne du juge constitutionnel bien qu'elle soit contestée permet de donner une « *base matérielle de la constitution* »<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> C'est le cas notamment des théories théologiques ou métaphysiques qui défendent l'idée de valeurs transcendantes dans la conceptualisation de la règle de droit. Des auteurs positivistes comme Léon Duguit bien que critiquant cette approche du droit en sont venus à admettre que le droit est l'expression des valeurs sociales ou à tout le moins des valeurs morales. Pour Duguit, il existe un droit supérieur et antérieur à l'Etat s'imposant au législateur, mais il ne s'agit pas d'un droit naturel. Vr. DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, De Boccard, 1927. p. 97 ; Arnaud MARTIN, Le droit et les valeurs dans la pensée de Léon DUGUIT, in *La constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF, Paris, Dalloz, 2005, p. 454-469.

<sup>161</sup> Voir les thèses développées par des auteurs comme HABERMAS, RAWLS. HABERMAS Jürgen et autres, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 2006, pp. 551. Rawls John et Audard Catherine, *Justice et démocratie*, Paris, Éd. du Seuil, DL 2000.

<sup>162</sup> ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1999, p. 175. Cette création du tribunal allemand est critiqué par Habermas pour qui le juge allemand aurait dépassé les limites de ses attributions devenant un co-législateur.

<sup>163</sup> ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 176.

<sup>164</sup> PIERRE-CAPS Stéphane, « La constitution comme ordre de valeurs », in *La constitution et les valeurs, Mélanges offerts à Dmitri Georges LAVROFF*, Dalloz, 2005, p. 282-296. L'auteur fait observer que la construction jurisprudentielle d'une axiologie constitutionnelle ne fait pas seulement du juge le maître d'œuvre de l'herméneutique constitutionnelle mais aussi l'auteur de la constitution matérielle et, en tant que tel un constituant. J. HABERMAS critique l'approche des valeurs adoptées par le Tribunal constitutionnel allemand parce qu'elle transforme le juge en législateur effaçant la frontière entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Voir HABERMAS J., *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 28.

Les premières insertions des valeurs dans une constitution sont l'œuvre du pouvoir constituant espagnole dans la constitution de 1978<sup>165</sup>. La constitutionnalisation des valeurs par le constituant originaire est le procédé le plus souhaitable parce que les valeurs qui en sont issues s'imposent à l'ensemble des pouvoirs constitués, y compris le juge constitutionnel qui y trouve les limites de son pouvoir d'interprétation<sup>166</sup>.

Ce procédé offre de nombreux avantages puisqu'il élargit les normes de référence, permettant au juge de mieux assurer la protection de la constitution. Eu égard à cette qualité qu'elle présente, la constitutionnalisation des valeurs est devenue un procédé attractif pour nombre d'États en construction démocratique ainsi que le relève le professeur Stéphane PIERRE-CAPS. Ce dernier fait en effet observer que la tendance récente des constitutions issues des États en transitions démocratiques est à l'inscription des valeurs dans les articles liminaires<sup>167</sup>. C'est notamment l'option qui sera faite par certains États africains dès le début de la décennie quatre-vingt-dix qui marqua pour eux le départ d'un renouveau démocratique. Aussi ces derniers vont proclamer dans le préambule de leur constitution « *leur ferme volonté de combattre tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice* » et leur attachement à bâtir « *un État de Droit dans lequel les droits fondamentaux de l'Homme, les libertés publiques et la dignité de la personne humaine doivent être garantis et protégés* »<sup>168</sup>.

Deux conséquences majeures, comme le relève Stéphane PIERRE-CAPS, découlent du système de valeurs constitutionnalisées. Ce système détermine non seulement, le processus de création du droit, y compris les critères d'interprétation<sup>169</sup>, mais aussi, tend, parce qu'il est

---

<sup>165</sup>Article 1.1 de la constitution espagnole selon lequel « *L'Espagne se constitue en un Etat de droit social et démocratique qui défend comme des valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique* ». Texte in H. Oberdorff, *Les constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La documentation française, coll. « Retour aux textes », 1994, p. 369.

<sup>166</sup> PIERRE-CAPS Stéphane, « La constitution comme ordre de valeurs », op. cit., p. 285.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> La constitution du Bénin sera la première en Afrique noire à faire ce choix avant d'être suivie par de nombreuses autres constitutions telles que celles du Togo, du Burkina Faso, du Mali, etc.

<sup>169</sup> Le juge trouve dans les valeurs les limites de son interprétation ne pouvant lui-même créer des valeurs. Mais certains auteurs tels que LOUIS FAVOREU et LOÏC PHILIP pense que le juge peut être associé à la création des valeurs notamment en ce qui concerne les limites matérielles à l'exercice du pouvoir de révision de la constitution sur le fondement de l'article 89, alinéa 5. L. FAVOREU et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11 éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 823.

l'expression d'un consensus social, à rehausser le rôle du législateur ordinaire auquel revient la tâche de mettre en œuvre la constitution.

Le consensus a joué un rôle dans le renouveau démocratique en Afrique francophone si bien qu'il en constitue, pourrait-on dire, la substance. Il en est ainsi parce que le consensus à l'image «*du compromis ou du marchandage peut permettre de résoudre les débats juridiques*»<sup>170</sup>. Le consensus qui a été constitutionnalisé dans la plupart des États à l'issue des conférences nationales souveraines est désormais la clef de voûte du dispositif constitutionnel de ces démocraties transitionnelles<sup>171</sup>. La nécessité de la prise en compte du consensus national comme une valeur de la constitution relève de cette raison. C'est ce statut conféré au consensus qui apparaît d'un intérêt certain dans la qualification de la fraude à la constitution. Aussi, en tant que valeur, mieux, en tant que socle de la constitution, la prévarication du consensus ne peut qu'être constitutive de fraude à la constitution. Il doit en être ainsi parce que les intérêts subjectifs que HABERMAS appelle «*préférences subjectives d'un groupe d'hommes*»<sup>172</sup> ne sauraient mettre en échec, même par votation populaire, les valeurs consensuelles, car cela ruinerait la constitution<sup>173</sup>. Si la constitution en tant qu'acte fondateur d'un peuple peut être constamment remis en cause par un groupe d'individus pour des raisons subjectives, elle perdrait de son importance et n'arriverait pas à remplir de façon efficace la mission qui lui est assignée. Une des finalités de la constitution est justement de la soustraire de la volonté d'un groupe d'individu et des usages abusifs qu'il pourrait en faire. De ce fait, des individus ne peuvent soumettre à la votation populaire leur dessein tendant à remettre en cause les principes fondamentaux de la constitution. Dans son essence toute

---

<sup>170</sup> HABERMAS J., *Droit et Démocratie*, op. cit. p. 15-19.

<sup>171</sup> La première Conférence nationale tenue à Cotonou, du 19 au 28 février 1990, a, selon le préambule de la constitution du Bénin, redonné confiance au peuple par le biais de la réconciliation nationale et l'avènement d'une ère de Renouveau Démocratique. La conférence va par la suite essaimer les autres pays tel que le Mali, la République du Congo, le Togo. Les autres pays où la tenue de la conférence a avorté où n'a pas eu lieu, ont néanmoins trouvé d'autres mécanismes pour assurer un minimum de consensus national lors de la mise en place des textes constitutionnels. Sur les principes consensuels dégagés voir : le Bilan des conférences nationales et autres processus de transition démocratique Cotonou (Bénin) 19-23 février 2000. Les actes de la conférence régionale africaine préparatoire, IV<sup>e</sup> conférence internationale sur les démocraties nouvelles ou rétablies, Cotonou 4-6 décembre 2000.

<sup>172</sup> HABERMAS J., *Droit et Démocratie*, précité.

<sup>173</sup> Dans la *Somme Scipionis*, Cicéron définit ainsi qu'il suit : «La République dit -l'Africain- est-ce qui appartient au peuple. Mais n'importe quelle multitude d'hommes réunis d'une manière quelconque n'est pas un peuple, mais plutôt un peuple est une société organisée fondée sur la base du consentement légitime et sur l'utilité commune. M. T. Cicéronne, De Republica, I. XXV. Cité par Gustavo ZAGREBELSKY, « Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne », *RDP*, N° 1-2007, p. 141.

constitution prohibe toute velléité de consécration de l'arbitraire comme il ressort de l'arrêt *compulsory flag salute* de 1943 opposant la *West Virginia Board of Education* contre *Barnette* dans lequel le juge Robert JACKSON affirma que « *le projet authentique d'une constitution[...] est de soustraire certaines matières aux vicissitudes des controverses politiques, de les placer hors de portée de majorités et de fonctionnaires, de les sanctionner comme des principes légaux qui doivent être appliqués par les Cours. Le droit de chacun à la vie, à la liberté de culte et de réunion et les autres droits fondamentaux ne peuvent être soumis au vote; ils ne dépendent du résultat d'aucun vote* »<sup>174</sup>.

L'insertion des valeurs dans la constitution avec tous les avantages que ce procédé présente ne permet pas pourtant de fixer comme dans le marbre le sens de la constitution. À vrai dire, la constitution au-delà de la lettre de ses dispositions, véhicule une idée directrice, une philosophie. C'est pourquoi, avec ou sans des valeurs et des principes fondamentaux, la constitution dispose d'un sens profond qui n'est rien d'autre que son esprit. C'est ce que tente de montrer monsieur Gregorio PECES BARBA lorsqu'il affirme que : « *l'unité de l'ordonnement ne se réalise pas seulement dans la perspective formelle, par la construction hiérarchique des normes, en un ordre normatif qui crée les pouvoirs et un ordre de pouvoir qui crée les normes, mais aussi dans la perspective matérielle de normes conformes aux valeurs supérieures. Cette norme fondamentale avec ses composantes matérielles et formelles n'est pas, d'un autre côté, hétérogène, mais elle traduit un mode d'être de la culture politique et juridique sous ces deux aspects* »<sup>175</sup>. C'est dire que c'est l'adjonction de l'« *esprit de la constitution* »<sup>176</sup> à sa lettre qui lui permet de présenter une cohérence.

Si la considération des valeurs, des principes et de l'esprit sont des éléments nécessaires pour une appréhension efficace de la constitution, il reste que leur détermination n'est pas un exercice assez aisé. L'admission d'une infraction de la fraude à la constitution reste en grande partie tributaire de la résolution de cette équation. Cette tâche incombe au premier chef aux

---

<sup>174</sup> ZAGREBELSKY Gustavo, « Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne », op. cit., p. 141.

<sup>175</sup> Grégorio Peces Barba, op. cit., 1986, p. 94.

<sup>176</sup> Voir PIERRE-CAPS Stéphane, « L'esprit des constitutions », Mélanges PACTET, Dalloz, 2003, p. 375. KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. « les voies du droit », 1996. Selon le dictionnaire Larousse (2008) Le mot esprit est le sens, le caractère essentiel, l'idée directrice d'un concept

<sup>176</sup> Sa conception procède toujours par opposition à la lettre. L'esprit de la constitution renverrait dans l'hypothèse de la fraude à la constitution aux finalités de la constitution.

---

organes juridictionnels et spécifiquement aux juges constitutionnels. Lorsque les éléments de référence figurent expressément dans la constitution, la tâche est moins ardue. Mais lorsqu'ils sont implicites comme c'est le cas très souvent, la tâche du juge est plus complexe puisqu'il doit se substituer au constituant pour mettre en évidence des limites constitutionnelles qui ne sont pas expresse. Il doit pour se faire procéder à l'interprétation du texte de la constitution pour en inférer les limites infranchissables. Le recours aux techniques d'interprétation à ce stade devient incontournable. Le juge fait alors usage de la technique qui permet de faire jouer à la constitution son rôle de limitation de l'arbitraire et du pouvoir personnel. L'interprétation du juge vise à mettre en évidence les finalités de la constitution. La méthode qui lui semble indiquée à cet effet est l'interprétation téléologique qui permet de rechercher et révéler l'esprit de l'acte de référence. Le juge administratif a fait le choix de cette démarche dans l'affaire *Janfin* relative à une fraude à la loi. Pour parvenir au caractère frauduleux de l'acte contrôlé, il a d'abord recherché l'esprit de l'acte fraudé et l'intention de l'auteur de l'acte présumé frauduleux.

L'interprétation téléologique, parce qu'elle permet de rechercher le sens profond du texte de référence en tenant compte de son contexte d'émergence et de son environnement social et juridique, offre de meilleures garanties à la préservation de la légalité constitutionnelle. C'est dire que l'interprétation téléologique ne procure des avantages que si sa mise en œuvre tient compte des contraintes de l'environnement d'élaboration de la règle protégée. En cela, le recours aux travaux préparatoires et à l'exposé des motifs est la voie idéale à cette fin. La détermination de l'esprit de la constitution procède donc d'une lecture finaliste de ses sources potentielles pour en inférer le sens à retenir du texte constitutionnel. Cependant, lorsque les outils que sont les travaux préparatoires et l'exposé ne permettent pas au juge de dégager un sens assez net de la disposition querellée, alors revient au juge de lui attribuer un sens qui permette de préserver la cohésion d'ensemble du dispositif constitutionnel. Le juge à qui, accessoirement, revient la détermination de l'esprit de la constitution a l'obligation de rechercher la solution la plus partagée à défaut de l'unanimité, car une bonne décision de justice est celle qui est rendue par le juge en tenant compte de l'impact éventuel de celle-ci en matière de recevabilité ou non par le corps social<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Il doit pouvoir concilier les deux directives en apparence contradictoire que son l'interprétation en tant qu'acte de volonté ou de connaissance. Voir Michel TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Paris, Editions Cujas, 1975. La méthode de la libre recherche



Tous ces développements ont permis de montrer que la notion de constitution dans la fraude à la constitution ne doit pas être exclusivement ramenée à une acception restrictive faisant la part belle aux dispositions expressément exprimées dans le texte de la constitution. Elle n'est pas constituée que des règles, de principes et de valeurs expressément consacrés; elle est aussi constituée de principes et de valeurs implicites qu'elle véhicule. Au vrai, au-delà de sa lettre, toute constitution a un esprit.

Cela dit, l'existence de la fraude à la constitution suppose qu'un acte a été adopté pour mettre en cause la lettre ou l'esprit de la constitution telle que supposée. Il convient dès lors de savoir les facettes sous lesquelles peuvent se présenter ces actes frauduleux.

## B. : L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DANS LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Dans une infraction, l'élément matériel est l'acte qui, parce qu'il est dépourvu de fondement légal, est considéré comme irrégulier en droit. L'élément matériel réside dans l'accomplissement d'un acte prohibé par la loi ou le refus d'accomplir l'acte que la loi commande de faire dans l'intérêt général. Dans la première hypothèse l'acte est dit positif et négatif dans la seconde. Dans l'infraction de fraude à la constitution, l'acte positif consiste à

---

scientifique pourrait s'avérer en la matière utile. Cette méthode a été proposée par le Pr. GENY en réaction à la méthode exégétique appliquée aux textes du Code civil, déjà anciens. Cette méthode part du constat que les autres méthodes rationnelles ont leurs limites : à partir d'un certain point, il faut reconnaître qu'il n'y a plus de loi, le législateur n'ayant manifestement pas résolu le problème. Rien ne sert alors de solliciter les textes. On passe alors de l'interprétation à la libre recherche scientifique. L'interprète, c'est-à-dire le juge, doit élaborer une solution, comme s'il avait à faire œuvre de législateur, en s'aidant de toutes les données historiques, utilitaires, rationnelles, sentimentales et sociales. Pour GENY, l'interprétation du droit est fonction des besoins de la société et non attachée trop rigoureusement à la lettre de la loi. Dans son ouvrage « Méthode d'interprétation du droit » publié en 1919, il écrivait « *le droit doit rester chose vivante* », c'est-à-dire « *lutter en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale* ». Dans la préface de cet ouvrage, SALEILLES allait dans ce sens : « *le droit est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; c'est-à-dire qui doit d'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les desiderata qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques* ». p. XVIII. GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*. Tome 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919.

utiliser un moyen *frauduleux* pour parvenir à un objectif subjectif. L'acte accompli a pour effet de détourner les finalités voulues par le constituant. En somme, il s'agit de l'utilisation d'un procédé qui permet à son auteur de donner une apparence de légalité à l'acte qu'il pose.

L'acte matériel est négatif lorsqu'il résulte d'une inaction ou d'une omission à accomplir un acte commandé par la constitution. Sur ce dernier point, il convient de préciser que l'analyse admise en droit pénal de l'inaction ou de l'omission comme élément de l'infraction pénale doit être distinguée de celle qui doit être admise relativement à l'infraction de fraude à la constitution. En droit pénal, les juridictions refusent en l'absence d'une disposition expresse du Code pénal d'assimiler l'abstention à une action et d'admettre qu'un délit de commission puisse résulter d'une simple omission<sup>178</sup>. En conséquence, l'auteur d'une omission ne peut être puni comme s'il eût accompli le fait de commission. Ce ne sont que dans les hypothèses où la loi l'a expressément prévu que l'omission peut avoir la valeur d'une commission et exposer son auteur aux peines édictées pour délit de commission<sup>179</sup>.

Cette analyse de l'acte matériel négatif en droit pénal ne peut être automatiquement transposée à l'infraction de fraude à la constitution. En effet, en droit constitutionnel les buts impartis aux pouvoirs exécutif et législatif ne sont pas clairement définis de sorte qu'il soit difficile pour le juge ordinaire ou constitutionnel d'apprécier leurs actions. Cependant, lorsque le juge constitutionnel doit apprécier un acte sous l'angle du chef du détournement, il doit soit apprécier l'adéquation des motifs de l'acte contrôlé par rapport au contenu et à la finalité de la constitution, soit évaluer les conséquences de l'acte sur la cohérence du dispositif constitutionnel. Dans ces conditions, il paraît logique d'admettre que même lorsque la constitution n'a pas expressément prévu que l'omission d'accomplir un acte est illégal, lorsque l'omission est motivée par le détournement de la constitution eu de sa finalité, elle doit être admise comme élément matériel de l'infraction de fraude à la constitution.

---

<sup>178</sup> Dans l'affaire de la « *séquestrée de Poitiers* », la Cour de Poitiers a décidé que le délit de coups et blessures volontaires ne pouvait pas être retenu à l'encontre des parents qui avait laissé sans soins, dans une chambre sans air et sans lumière, une personne âgée et infirme atteinte d'aliénation mentale au point que son existence soit compromise. Voir la André GIDE, *La séquestrée de Poitiers*, 1930; Poitiers, 20 novembre 1901, D.P. 1902.2.81, note Le Poittevin ; S.1902.2.305, note Hémard. Vr également Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Boulod, *Droit pénal général*, 16 éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 187.

<sup>179</sup> Le droit pénal français distingue aujourd'hui le délit de commission du délit d'omission dont la conséquence est que celui qui s'abstient de porter secours n'est pas puni comme l'auteur d'un acte commis volontairement.

Dans tous les cas, en posant ou en s'abstenant de poser un acte, l'auteur de la fraude veut donner une apparence de légalité à sa situation juridique. Pour réaliser une fraude à la constitution, il est le plus souvent fait usage des actes positifs qui revêtent plusieurs formes.

L'acte matériel de l'infraction dans ce cas peut être une action réelle, c'est-à-dire qu'un acte est accompli en conformité avec la lettre de la constitution en vue d'atteindre un résultat bien déterminé. Ce faisant, l'acte taillé sur mesure respecte la lettre de la constitution, mais en contrarie l'esprit. Dans une autre hypothèse, un montage juridique artificiel est opéré pour instrumentaliser la constitution. À cet effet, certaines dispositions constitutionnelles sont modifiées pour les mettre en conformité avec une situation juridique subjective. Dans ce cas, le montage juridique est destiné à éluder l'application d'une règle sous l'empire de laquelle la situation juridique concernée aurait dû se situer par la création d'une nouvelle règle en adéquation avec elle. Ce montage peut être licite ou non. Très souvent, la révision de la constitution apparaît comme un acte préparatoire de ce montage juridique artificiel, s'il ne l'est pas lui-même. Ce montage se matérialise par la modification ou la suppression d'une loi ancienne ou la création d'une loi nouvelle en lieu et place de l'ancienne.

Le moyen frauduleux peut résulter de l'invocation d'un fondement légal à une situation juridique alors qu'un autre fondement existe. Il s'agit très souvent là de l'évocation abusive d'un conflit de loi injustifié parce que la loi concurrente invoquée n'est pas de nature à régir la situation en cause. C'est donc à tort, mais surtout avec une intention frauduleuse que l'auteur de l'acte invoque la règle en question. Il s'agit là d'une argumentation juridique qui est utilisée dans le seul but de faire accepter une règle dérogeant à celle qu'il cherche à enfreindre. C'est le cas lorsqu'une autorité adopte un acte sur le fondement d'une disposition de la constitution qui ne lui donne pas une telle possibilité. Dans la même perspective l'argumentation juridique peut être aussi développée pour justifier l'utilisation d'une institution détournée de son objet<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> AUDIT Bernard, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, 1<sup>er</sup> éd. Paris, PUF, 2003, p. 756.

L'abstention quant à elle se traduit par le refus d'accomplir un acte juridique. Une illustration peut être donnée avec le refus pour le président de la République de signer un décret dans une situation qui l'exigeait.

En somme, il est difficile d'identifier les moyens frauduleux, non seulement parce qu'ils sont nombreux, mais aussi parce que ce qui préoccupe celui qui recourt à ces artifices, c'est le souci de contourner la règle applicable à sa situation juridique. C'est ce qu'à juste titre confirme Bernard AUDIT lorsqu'il affirme que les moyens frauduleux varient quant à leur nature et leur degré d'élaboration<sup>181</sup>. Il serait alors vain de prétendre les recenser vu que les pratiques sont loin d'être homogènes.

Ils ont cependant une même finalité qui est celle de désactiver la règle obligatoire. Par le recours aux moyens frauduleux, son auteur cherche à rendre inopérantes les autres dispositions légales qui pourraient être opposées à sa situation juridique et, par conséquent neutraliser les sanctions applicables en cas d'atteinte à la légalité constitutionnelle. Outre l'éludation de la règle qui s'imposait, les techniques de fraude visent à neutraliser la critique qui pourrait résulter de la violation de la constitution ou d'une norme ayant cette valeur. À ce propos, le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON fait remarquer que les utilisations non démocratiques de la constitution *rendent inopérantes les théories classiques du droit à l'insurrection et à la désobéissance civile élaborée pour lutter contre les régimes autoritaires installés à la suite de coups de force* <sup>182</sup>. Elles neutralisent les règles parce qu'elles sont considérées comme conformes aux règles en vigueur. De là, naît la controverse constitutionnelle portant sur la régularité des techniques juridiques utilisées. Dans tous les cas, leur apparence de légalité ne prime pas sur leur nature frauduleuse.

Ainsi pour les sanctionner, on apprécie le caractère régulier des opérations sur le résultat obtenu, conformément au principe suivant lequel, l'accessoire suit le principal. Si l'opération aboutit à un résultat considéré comme frauduleux, l'opération doit, elle-même, être considérée comme frauduleuse en dépit de son apparence. En tous les cas, les résultats obtenus sont considérés comme incompatibles à la finalité ou l'esprit de la constitution. À cet égard, pour

---

<sup>181</sup> AUDIT Bernard, *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 756.

<sup>182</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratiques du pouvoir », op. cit., p. 624.

être qualifiés de frauduleux, les moyens pratiqués doivent produire des effets tendant soit à éluder la règle à appliquer, soit à déborder les limites de l'exercice proportionnel du droit.

Faisant abstraction de la subtilité du moyen, on doit pouvoir écarter les arguments tendant à dire qu'il n'y a pas violation de la constitution en l'absence de l'interdiction expresse de l'opération juridique qui a été réalisée. Cet argument doit être récusé dans la mesure où la norme constitutionnelle de référence est porteuse d'une finalité protégée aussi bien par des limites formelles que matérielles explicites ou implicites. Tout compte fait, le procédé utilisé doit parvenir à un résultat de déconsolidation de l'ensemble constitutionnel. C'est cette funeste finalité des procédés que relève bien le doyen de GAUDUSSON lorsqu'il affirme que les instrumentalisation politiques et partisans des règles constitutionnelles qui en arrivent à opposer les exigences de la légalité démocratique, sont toutes autant des facteurs de dévalorisation et de dé-légitimation du droit constitutionnel<sup>183</sup>.

Bien que ne perdant pas de sa force obligatoire après les opérations de dévalorisation, la constitution devient une règle contingente et circonstancielle de sorte que son opposabilité aux autres acteurs politiques devient sujette à caution. Elle devient contingente puisqu'elle n'est que le reflet des intérêts d'un groupe d'individus au lieu d'être le reflet de la volonté commune. En effet, les manipulations de la constitution sont loin de poursuivre un intérêt supérieur de la collectivité nationale, car bien souvent, en tant que fraude, elles naissent « *d'un conflit entre un intérêt particulier et l'intérêt général, représenté par la loi que l'on cherche à tourner pour obtenir de ce conflit un dénouement conforme à l'intérêt individuel* »<sup>184</sup>. Il est manifeste qu'en procédant ainsi, la constitution est instrumentalisée pour servir les intérêts individuels d'un camp sans se soucier de l'impact que de tels agissements auraient sur le devenir du constitutionnalisme.

Dans une très grande majorité des cas, la fraude émane du destinataire de l'acte. Mais il existe des hypothèses envisageables telles celles de « *fraude de tiers pour l'adoption d'actes dont ils ne tireront pas eux-mêmes avantage au moins directement* »<sup>185</sup>. Une telle hypothèse

---

<sup>183</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme... », op. cit., p. 624.

<sup>184</sup> AUDIT Bernard, *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 756.

<sup>185</sup> DELVOLLE Pierre, note sous CE, sect., 29 nov. 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, RFDA*, 2003. 239 s., spéc. p. 245.

apparaît lorsqu'une assemblée procède à une révision de la constitution pour permettre la réélection indéfinie du président de la République<sup>186</sup>.

La jurisprudence française admet que la fraude peut émaner de l'auteur de l'acte lui-même dans l'hypothèse où il en est également le destinataire<sup>187</sup>. C'est le cas, lorsqu'un organe comme le Parlement adopte une loi au mépris des règles de la constitution pour s'octroyer des avantages financiers<sup>188</sup>.

Très souvent, les auteurs d'une première manipulation de la constitution sont ceux-là mêmes qui ne se privent pas de lui porter des atteintes ultérieures chaque fois que leurs intérêts individuels l'exigent.

### C. L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION

Parler d'élément psychologique de la fraude à la constitution, c'est nécessairement revisiter les développements relatifs, non seulement à l'élément psychologique de la coutume en tant que source du droit, mais aussi et surtout ceux qui sont relatifs à l'élément psychologique de l'infraction pénale. Ces derniers développements sont d'autant plus incontournables qu'il s'est agi, comme avec la fraude à la constitution, de la précision des contours d'un élément constitutif d'une infraction. Mieux, en raison de son importance dans l'admission de l'infraction pénale, l'élément psychologique a été longuement éprouvé en droit pénal. Eu égard à ces considérations, l'appréhension de l'élément psychologique de la fraude à la constitution sera très proche de celle de l'élément psychologique dans l'infraction pénale. Ce

---

<sup>186</sup> Toutes les initiatives de révision de la clause limitative des mandats de la constitution au Burkina Faso sont d'origine parlementaire.

<sup>187</sup> CE 3 avril 2006, *Syndicat intercommunal à vocation unique de l'Amana*, Lebon T. 717, BJCL, 2006. 354, concl. M.-H. Mitjaville, JCP Adm. 2006. 1168, note D. Jean-Pierre. Un exemple de fraude émanant du destinataire peut être illustré avec le cas suivant. Un agent chargé de l'établissement public de coopération intercommunale a pu, sans le moindre accord de l'organe délibérant, s'accorder un régime indemnitaire particulièrement avantageux dans des conditions constituant selon le Conseil d'Etat, non une simple illégalité, mais une véritable fraude.

<sup>188</sup> Les députés nigériens ont inséré dans la loi de finances gestion 2009, une revalorisation de leurs indemnités. Il en est de même au Burundi où avant la fin de leur mandat, les parlementaires ont adopté une loi accordant aux députés, ministres et sénateurs, présidents d'institutions des indemnités et des avantages d'un montant de 7 millions de dollars, soit environ 8 milliards de francs CFA. Disponible sur [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), consulté le 27 décembre 2009.

faisant, comme en matière pénale, l'élément psychologique va renvoyer à l'intention frauduleuse de son auteur.

L'évocation de l'élément psychologique revient à sonder la conscience ou la moralité de l'auteur de l'acte. La présence de cet élément est assez déterminante dans la qualification juridique d'un acte en fraude dans la mesure où il vise à montrer l'immoralité » d'un acte ou à la limite de son auteur dont le but principal est de soustraire une situation juridique qui lui est défavorable du régime juridique auquel elle relèverait. Pour ne pas contrevenir à la légalité établie, l'auteur de la fraude recouvre sa situation juridique d'une forme qui a une apparence de légalité. La conformité de la situation à la lettre de la règle est parfaite, mais l'esprit du texte est compromis. La finalité recherchée est de recourir à toutes sortes d'artifices pour légaliser, sinon de légitimer des pratiques aux antipodes de l'essence du droit. De là, on tente d'inférer le principe selon lequel l'accomplissement de la fraude implique une intention malveillante, une intention de nuire, une absence de mobile légitime ou d'intérêt objectif dans l'exercice du droit conféré par la constitution.

Ce point de vue n'est pas toujours admis, car il n'est pas aisé de faire la preuve de l'intention frauduleuse de son auteur. Dans la pratique, les juridictions évoquent précautionneusement la moralité de l'acte<sup>189</sup>, car elles ont du mal à faire la preuve de l'intention frauduleuse. C'est pourquoi, abandonnent-elles la prise en compte de cet élément dans la qualification de la fraude à la constitution. Se pose dès lors la question de savoir quelle est la place réelle accordée à l'intention dans la qualification de la fraude à la constitution?

La position longtemps admise par la doctrine moderne et que de nombreuses jurisprudences ont confirmée montre bien que le titulaire d'un droit peut donner toutes sortes de contenus aux actes qu'il pose sans pour autant contrevenir aux règles impératives. Dans la mesure où l'auteur cherche à neutraliser une loi en empêchant la survenance de ses effets, point n'est besoin de chercher inutilement l'intention qui a précédé l'accomplissement de l'acte *ad fraudem legis*. Le résultat dans tous les cas reste le même. C'est pourquoi, Georges MARIDAKIS admettait que dans les hypothèses de fraude, l'on ne se préoccupe pas de savoir « *si les parties avaient eu l'intention de violer la loi ou même si elles avaient conscience de la*

---

<sup>189</sup> Il s'agit entre autres de la mauvaise foi ou les manœuvres frauduleuses qui entacheraient l'acte.

violer »<sup>190</sup>. En réalité, ce qui est substantiel dans la fraude à la constitution, c'est l'intérêt subjectif. L'acte est posé dans un dessein individuel. Cette idée est confirmée par M. Louis-A PRAT-ROUSSEAU qui affirmait que la fraude (à la loi) « *naît d'un conflit entre un intérêt particulier et l'intérêt général, représenté par la loi que l'on cherche précisément à tourner pour obtenir de ce conflit un dénouement conforme à l'intérêt individuel* »<sup>191</sup>. Dans ces conditions, l'intention est inopérante. Cette dernière approche rencontre l'adhésion de M. DOURNAUX qui refuse de recourir, dans sa définition de la fraude à la loi, à l'intention pour définir la fraude à la loi. Il propose une conception de la fraude au carrefour du but poursuivi, illégitime, et des moyens employés pour l'atteindre anormaux<sup>192</sup>.

Le refus de recourir à l'intention comme critère de la fraude présente aussi des inconvénients, car « *sans passer par l'intention, la fraude devient introuvable* »<sup>193</sup>. La détermination du but peut être difficile à déceler, d'autant plus que la constitution ne détermine pas toujours le sens dans lequel doit agir le législateur ou l'exécutif. Il nous semble que l'élément psychologique doit être pris en compte dans la qualification d'une situation en fraude à la constitution dans la mesure où dans l'infraction de fraude à la constitution un intérêt subjectif est toujours en cause. Cette intention devient frauduleuse parce que l'élaboration de l'acte est plus motivée par des intérêts privés que généraux. La motivation subjective dont il s'agit est présente lorsque l'acte est destiné à procurer des avantages particuliers à des situations juridiques subjectives. Tout comme le juge administratif français utilise le contrôle de proportionnalité, le juge africain notamment, dans la fraude à la constitution, doit déterminer la nature des intérêts mis en balance et surtout confronter dans son analyse la situation des destinataires directs et indirects avec la mesure envisagée. En somme, c'est la détermination de l'intention qui va conduire à l'existence ou non de la fraude à la constitution.

---

<sup>190</sup>MARIDAKIS S. Georges, « Réflexion sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 253.

<sup>191</sup> PRAT-ROUSSEAU Louis-A., *La notion de fraude à la loi, son domaine d'application actuel en droit civil français*, Thèses pour le Doctorat, Bordeaux Imprimerie-Librairie Delmas, 1937, p. 151.

<sup>192</sup> DOURNAUX F., *La notion de fraude en droit privé français*, op. cit., p. 206.

<sup>193</sup> LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes de la conception juridique de la fraude », Défrenois, 2010, p. 1940.



Une dernière question est celle de savoir si l'on peut procéder à un contrôle de la moralité de l'acte. Autrement dit, est-il possible de sonder l'intention frauduleuse ? Le contrôle de la moralité peut-il être légitime pour le juge ?

Deux positions se sont opposées par le passé. La première postule que le juge peut normalement rechercher l'intention frauduleuse qui apparaît comme une forme du contrôle de moralité. Les positions doctrinales épousant la légitimité du contrôle de moralité se sont largement inspirées de celles qui ont été développées par le doyen HAURIOU. Celui-ci considérerait, en effet, que le contrôle du détournement de pouvoir soumet l'administration à un contrôle de moralité, car la prise en compte de la moralité peut être recherchée par le chef du détournement car l'obligation morale de peut-être considérée comme une variété de l'illégalité dans la mesure où il y a eu violation de la loi imposant un but déterminé à l'exclusion de tout autre. Aussi, le juge peut sous couvert de la protection de « *l'esprit* » de la loi, ou sous couvert des principes généraux de droit, le juge administratif peut intégrer des directives de moralité à la légalité. Dans ce second cas, le détournement du pouvoir intègre à la légalité certains principes de moralité dont le juge estime le respect nécessaire<sup>194</sup>.

Certains constitutionnalistes africains partagent l'idée du contrôle de moralité de l'intention de l'auteur. Abdoulaye DIEYE affirme dans son commentaire de la loi EZZAN que « *faire la preuve du détournement de pouvoir, c'est établir l'intention frauduleuse de son auteur* »<sup>195</sup>. Pour lui, le juge constitutionnel sénégalais, en estimant que l'article 2 de la loi portant amnistie est entaché de vice de procédure, semble s'être fait une conviction par rapport à l'intention du législateur<sup>196</sup>.

Selon la seconde position partagée par le doyen VEDEL, le juge serait disqualifié pour procéder à un contrôle de moralité. En effet, avec le contrôle de moralité, on pénètre dans « *la subjectivité du législateur dans la mesure où il implique la recherche des intentions véritables* »

---

<sup>194</sup> Le doyen Vedel partage avec nuance le contrôle de moralité, car le juge peut la rechercher sans l'évoquer. VEDEL Georges et DEVOLVE Pierre, *Droit administratif*, PUF, 1958, Paris, p. 814.

<sup>195</sup> DIEYE Abdoulaye, « Observations sous DECISION N°91/2005 AFFAIRE N°1/C/2005 », Sous la dir. Ismaïla Madior FALL, *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008, p. 478.

<sup>196</sup> Ibid.

de l'auteur de l'acte au-delà de celles explicitement affichées »<sup>197</sup>. Il serait alors difficile de rechercher la moralité pour deux raisons. Primo, la recherche de l'intention à travers l'exercice du contrôle de moralité peut « *apparaît re comme une condamnation morale du Parlement accusé de légiférer dans un but autre que l'intérêt du pays* »<sup>198</sup>. Secundo, le contrôle de moralité implique la définition du but clairement assigné au législateur. Alors que les buts qui sont le plus souvent désignés sous le vocable de l'intérêt général ne sont pas faciles à déterminer. Si la seule certitude à ce sujet est que l'intérêt général n'est pas la sommation des intérêts individuels, le contenu de l'intérêt général reste inaccessible de sorte que la notion apparaît comme une simple pétition de principe. Or, comme le montre le professeur Ariane VIDAL-NAQUET, l'absence de buts clairement impartis au législateur dans les textes constitutionnels<sup>199</sup> « *rend la comparaison entre ceux qu'il poursuit et ceux qu'il devrait poursuivre encore plus hasardeuse* »<sup>200</sup>. Elle estime que l'imprécision et l'hétérogénéité des buts poursuivis par le législateur rendent très aléatoire un moyen d'inconstitutionnalité fondé sur les buts de l'acte.

Les divergences sur le contrôle de moralité des actes des pouvoirs exécutif ou législatif n'ont plus grand intérêt, car l'admission du détournement de pouvoir comme chef de contrôle de la légalité administrative et constitutionnelle achève de convaincre que le juge administratif tout comme constitutionnel admette la possibilité de sonder les intentions des auteurs des actes. Les rapprochements de plus en plus dans le contentieux administratif d'une part, des motifs de la loi à son contenu et des effets de la loi à son contenu d'autre part, montrent que les juges procèdent à la matérialisation du contrôle de proportionnalité et de la « *théorie du bilan* » qui ne sont rien d'autre que la reconnaissance du contrôle de la moralité de l'auteur de la loi<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, p. 143.

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, « *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », op. cit., p. 364.

<sup>200</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, « *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », op. cit., p. 364.

<sup>201</sup> FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, 6, n° spéc., pp. 156-165; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitution et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., 1995. PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Paris, Economica, PUAM, 1990.

En guise de résumé, on peut retenir que la fraude à la constitution exige la réunion des trois critères sus évoqués. D'abord, l'acte de référence servant à l'appréciation de l'acte contrôlé doit être une constitution prise dans son acception la plus large. Ensuite, un acte régulier doit avoir été créé ou une procédure régulière utilisée dans le but de détourner les dispositions et/ou la finalité de cette constitution; le détournement des finalités de la constitution doit être manifeste. Enfin, il faut que soit en cause un intérêt subjectif direct ou indirect, c'est-à-dire que l'acte doit être intéressé, accompli dans un dessein précis. La constitution de la fraude est tributaire de ces critères qui sont cumulatifs. De ce qui précède, la fraude à la constitution peut conçue comme l'utilisation régulière des procédures ou des formes en contrariété avec la constitution en vue de satisfaire des intérêts particuliers.

La mise en évidence des éléments de la fraude à la constitution commande qu'il soit examiné, par la suite, les bénéfices qui pourraient résulter de l'admission dans le contentieux constitutionnel du chef de la fraude à la constitution comme moyen de contrôle de la constitution.

## SECTION II

### L'UTILITE DE L'INFRACTION DE FRAUDE A LA CONSTITUTION

L'admission de la fraude à la constitution dans les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité aurait pour effet principal de valoriser la subjectivation du contrôle de la constitution (§I). La prise en compte de la subjectivité dans le contrôle pourrait contribuer à assurer une meilleure protection de la constitution, car de plus en plus, les entorses à la constitution portent sur des éléments qui échappent au prétoire du juge parce qu'ils ne sont pas objectifs. Cela dit, la valorisation ne pourra être effective que si la construction de la catégorie de la fraude s'adapte aux réalités de l'Afrique francophone (§II).

#### § 1. LES INTERETS DE LA VALORISATION DU CONTROLE SUBJECTIF DE CONSTITUTIONNALITE

La séparation des pouvoirs qui postule une délimitation et un encadrement des compétences des juridictions explique en grande partie la méfiance des juridictions internes à contrôler les griefs d'ordre subjectif portant atteinte à la constitution. Cette méfiance est d'autant plus justifiée que si le juge doit sortir de ses limites de compétences, il se substituerait aux autres pouvoirs législatifs et exécutifs. Or ces pouvoirs constitués portent atteintes régulièrement à la constitution. C'est pourquoi il paraît impérieux de conférer au juge un pouvoir afin d'appréhender les violations qui lui échappent en raison de l'inadéquation des moyens de contrôle. La consécration de la fraude pourrait être de ce fait utile. L'inclusion de la fraude dans les moyens de contrôle en ce qu'elle permettra de valoriser la finalité de la constitution a un intérêt théorique certain (A). Aussi, parce qu'elle compense l'inefficacité des moyens traditionnels de contrôle de la constitution, elle a un intérêt pratique (B).

La consécration de la théorie de la fraude à la constitution a, sur le plan théorique, deux avantages majeurs: elle permet d'apporter un argument de poids aux réponses positivistes et jusnaturalistes relatives à la légitimité du pouvoir du juge constitutionnel<sup>202</sup>. La technique permet de proposer des justifications supplémentaires au rôle majeur reconnu au juge constitutionnel en vue de valoriser la constitution.

L'école positiviste défend l'idée que la justification de la légitimité du rôle du juge constitutionnel doit se fonder sur le droit positif et le droit voulu et édicté par le constituant<sup>203</sup>. Cette perspective implique que le contrôle de constitutionnalité doit se décline d'une part, en un contrôle de la procédure et, d'autre part, en un contrôle des pouvoirs constitués<sup>204</sup>. Autrement dit, l'utilisation des procédures par les pouvoirs constitués doit avoir pour seule fin le respect de la volonté du constituant. Par conséquent, l'inconstitutionnalité doit être la sanction de l'acte des pouvoirs constitués qui ne respecte pas ces exigences. Avec cette école, est condamnée la non-observation des règles de procédure parce que l'auteur de l'acte est intervenu dans un domaine de compétence qui n'est pas le sien, où si une autorité a tout simplement utilisé une procédure autre que celle qui est requise pour l'adoption de l'acte, et ce, en méconnaissance des prescriptions de la constitution. De ce fait, l'intégration de la charte des valeurs permet au juge de disposer d'un pouvoir subjectif qui lui permet d'apprécier la valeur intrinsèque de la loi. Ce faisant, il peut apprécier la moralité de l'acte à l'aune des principes et des valeurs tirés de la constitution ou de l'esprit de celle-ci. En aucun cas, il ne s'agit pour lui de faire prévaloir sa volonté subjective sur celle des représentants du peuple, mais il lui revient d'interdire seulement, comme l'a écrit Dominique ROUSSEAU, aux pouvoirs constitués d'exercer leurs compétences en dehors et au-delà des conditions et limites définies par le pouvoir constituant<sup>205</sup>. Aussi, comme il est connu que l'acte des pouvoirs constituants n'exprime la volonté générale que dans le respect de la

---

<sup>202</sup> Voir sur la légitimité du pouvoir du juge constitutionnel, les développements du professeur Dominique ROUSSEAU. Voir ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 508-523.

<sup>203</sup> TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

<sup>204</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 509.

<sup>205</sup> Ibid.

constitution, il faut admettre qu'en sanctionnant le détournement des formes et procédures destiné à contrarier l'esprit de la constitution, le juge constitutionnel tient à rappeler aux pouvoirs constitués sa subordination par rapport au pouvoir constituant de qui ils détiennent leurs compétences. En ce sens, écrit le professeur Dominique ROUSSEAU, « *le contrôle du juge loin de porter atteinte à la démocratie, en est le garant, puisqu'il permet d'imposer au Parlement et à tous les organes de l'État, le respect de la constitution, expression de la volonté générale et de la souveraineté populaire* »<sup>206</sup>. Ce qui permet de dire que comme les valeurs de référence existent, le juge ne participe pas, comme les organes politiques, à la création des normes, mais qu'il n'est que la bouche qui prononce les paroles de la constitution, et qu'en conséquence, sa puissance de juger dans ce cas est en quelque façon nulle<sup>207</sup>. C'est dire que le juge constitutionnel ne fait que s'appuyer sur la constitutionnalisation des valeurs pour être le porte-parole, voire le protecteur de la constitution.

Toujours dans la perspective de l'école positiviste, l'intérêt de la fraude à la constitution peut être mis en évidence à travers les éléments qu'elle apporte à la justification de la fonction constituant e du juge constitutionnel. Il faut avant tout noter que la reconnaissance au juge d'un large pouvoir pourrait alimenter les critiques du risque d'instauration du « *gouvernement des juges* »<sup>208</sup>. Toutefois, bien que contestée, la fonction constituant e ou ce qui y ressemble, trouve une justification aussi bien dans la production jurisprudentielle que dans la doctrine de l'interprétation dont l'une se veut réaliste. Dans l'accomplissement de la fonction juridictionnelle, les techniques de la réserve d'interprétation et de la garantie des exigences constitutionnelles<sup>209</sup> permettent au juge de donner une orientation à la production normative. La technique de la réserve d'interprétation permet notamment au juge de conditionner la conformité d'une norme à la constitution lorsqu'elle est entendue dans un sens précis déterminé par lui, faute de quoi la norme reste inconstitutionnelle. Ce faisant, la réserve

---

<sup>206</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 510.

<sup>207</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre, XI, chap. 6.

<sup>208</sup> Voir TROPER Michel, « Le bon usage du spectre. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, Paris, 2001. pp. 230-247.

<sup>209</sup> Sur les réserves d'interprétation, voir *L'interprétation constitutionnelle*, sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005. Sur les garanties des exigences constitutionnelles, Voir la thèse précitée de Ariane VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Panthéon-Assas, 2007.

d'interprétation est révélatrice d'une certaine volonté du juge de s'arroger le pouvoir constituant. Au total, ces deux techniques qui font du juge un « *aiguilleur des compétences* » lui donnent incontestablement des prérogatives au-dessus des limites de ses compétences d'attribution.

La théorie de l'interprétation réaliste défend, quant à elle, l'idée que le juge constitutionnel peut exercer une fonction constituant e, c'est-à-dire qu'il dispose d'un pouvoir concurrent de création des normes législatives ou constitutionnelles. Ce dernier serait la résultante du pouvoir d'interprétation qui lui permet de donner une signification à la règle de droit qui, avant l'interprétation, est dépourvue de toute signification préalable. Grâce à la liberté d'interprétation, le juge confère un contenu aux règles constitutionnelles qu'il oppose aux autres pouvoirs constitués. Il peut dans ce cas leur opposer des principes ou des valeurs de nature transcendante introduits dans la constitution. Ainsi, chaque fois qu'il sera confronté à des lectures dénaturantes tendant à saper la cohérence du dispositif constitutionnel, il peut évoquer l'existence de normes supérieures dont la justification ne découle pas de simples constructions, mais parce qu'elles sont dotées d'existence objective et simplement « *découvertes* » ou « *dégagées* » par le juge<sup>210</sup>. En dépit de certains de ses aspects positifs, la théorie de l'interprétation réaliste a fait l'objet de nombreux critiques tendant toutes à nier une éventuelle fonction constituante au juge constitutionnel. La principale objection à cette théorie est venue du doyen VEDEL qui a montré que le juge constitutionnel n'a point une fonction constituante parce qu'il n'est pas maître de la signification des normes, mieux sa légitimité tient au fait que dans une sorte de « *lit de justice* », le souverain peut briser ses arrêts. Dans cette logique, il paraît même illusoire de prétendre trouver une justification au pouvoir discrétionnaire, faute de légitimité le « *gouvernement des juges* »<sup>211</sup>.

Si théoriquement, il paraît difficile à justifier la fonction constituante du juge, les techniques de contrôle comme celle de la fraude pourraient justifier le large pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel. La technique de la fraude à la constitution en ce qu'elle permet de sanctionner des actes revêtus d'une apparence de légalité, et de ce seul fait

---

<sup>210</sup> TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, Paris, 2001, p. 212 et ss.

<sup>211</sup> Voir TROPER Michel, « Le bon usage du spectre. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges ». in *La théorie du droit, le droit, l'État*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, Paris, 2001. pp. 230-247. Voir aussi Centre de recherche de Droit constitutionnel Centre d'Analyse Comparative des Systèmes Politiques, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

inattaquable sur le terrain du droit positif pourrait servir de justification à la découverte des principes transcendants, car elle donne une marge de manœuvre importante au juge. Ce dernier pourrait, parce qu'il a la possibilité de sonder les mobiles des actes qui lui sont soumis, rechercher et sanctionner les intérêts subjectifs qui les auraient motivés parce que contraires aux principes et valeurs de la constitution. Dans ce sens, en face de dispositions contraires à la constitution que le constituant dérivé a mise en forme constitutionnelle à l'effet de les soustraire au contrôle du juge, le juge qui n'entend pas s'incliner n'a d'autres choix que de rappeler que les principes transcendants, proclamés à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, s'imposent absolument<sup>212</sup>. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il devient pouvoir originaire, mais simplement qu'il honore sa fonction qui lui enjoint de protéger l'ordre constitutionnel. Il ne nous semble pas que l'admission d'un moyen de contrôle de type subjectif vise nécessairement à transférer au juge l'essentiel des pouvoirs du constituant originaire qui ferait de lui le nouveau pouvoir constituant. Il s'agit d'en faire un gardien, car en tous les cas, le constituant reste souverain dans la mesure où il peut, à tout moment, mettre fin à tout excès du législateur ou de l'exécutif. En réalité, la reconnaissance de la fraude à la constitution participerait de la logique de mettre en place des outils qui permettent au juge de faire respecter par les pouvoirs constitués, les exigences de la constitution.

Dans la perspective du jus-naturalisme, la reconnaissance de la fraude à la constitution à travers l'incorporation d'une charte de valeurs dans le dispositif constitutionnel reviendrait à admettre que toute société est soumise à des règles extérieures et transcendantes qu'une reconnaissance solennelle ne viendrait pas renier. Ainsi, même s'ils ont une normativité constitutionnelle, les principes consacrés conservent leur essence transcendante. Ce faisant, seraient revalorisées les théories de l'État de droit et du constitutionnalisme qui impliquent d'une part, la soumission de l'État au respect du droit et, d'autre part, la réduction, dans des proportions considérables, des nuisances de l'absolutisme majoritaire.

Relativement à l'État de droit, il faut faire observer que si cette théorie implique que les organes de l'État se soumettent au droit qui a été secrété par le souverain ou ses représentants, il ne saurait s'agir de n'importe quel droit. Celui-ci doit, en effet, refléter les valeurs et autres principes de la société. Cela est d'autant plus nécessaire que la démocratie tire sa vitalité de

---

<sup>212</sup> TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit*, op. cit., p. 214.



ces valeurs et principes juridiques supérieurs qui constituent les boussoles de l'organisation sociale. C'est dire qu'avec l'admission de règles transcendantales, les organes de l'État ne sont pas libres de créer n'importe quel droit, mais doivent plutôt se conformer à ces règles transcendantales ayant valeur constitutionnelle. Dans cette vision typiquement jus-naturaliste, les actes des pouvoirs constitués qui agissent au nom du peuple doivent être, dans tous les cas, conformes à des règles qui sont situées au-dessus de l'État. Cela reviendrait à dire que les pouvoirs exécutifs et législatifs seraient tenus à l'observation de certaines règles dont ils ne sauraient s'affranchir. La technique de la fraude permettrait alors au juge dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de contraindre les organes de l'État à se soumettre aux droits et aux valeurs reconnus dans la constitution. L'idée qui est attachée à cette conception fonctionnelle de la fraude est que l'État de droit véhicule des limitations qu'aucun pouvoir constitué ne saurait enfreindre même avec l'onction du peuple qui reste une réalité virtuelle. En réalité, les titulaires de pouvoir ne détiennent que des parts de pouvoir qui ne sauraient être utilisées contre ses droits et libertés fondamentaux. Dans ce sens, ils ne peuvent remettre en cause les libertés et les droits fondamentaux de l'homme auxquels ils doivent scrupuleusement se soumettre. Cela est d'autant important que la conception contemporaine de la démocratie prend en compte cette exigence qui doit être garantie par le contrôle juridictionnel. Pour ce faire, la régulation de la démocratie pourra être efficace avec un moyen de contrôle qui accorde un rôle important au juge.

La reconnaissance de l'infraction de fraude à la constitution participe de la valorisation de fonction sociale du droit, partant de la constitution qui en tant que système organisé de règles, doit être régulée. En effet, la constitution comme toute règle de droit véhicule des valeurs à protéger des atteintes des pouvoirs constitués dans la mesure où ces derniers ne sont que des mandataires de pouvoirs. À cet effet, ils ne devraient pas utiliser leur mandat pour porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux des individus. Du reste, les prérogatives qui leur sont reconnues doivent être exercées conformément à des finalités conformes aux valeurs transcendantales de la société et non selon les objectifs marginaux de ceux qui disposent d'une majorité mécanique. Cela est d'autant très important que la conception contemporaine de la démocratie entend concilier le règne de la majorité avec les droits de la minorité, exigence qui doit être garantie par le contrôle juridictionnel. C'est dire que la régulation de la démocratie ne pourra être efficace qu'avec un moyen de contrôle qui accorde un rôle important au juge.

La technique de fraude à la constitution parce qu'elle permet de fixer une limite « *aux fonctions et aux droits* » devient de par ce fait, cet autre outil de régulation de l'ordre constitutionnel. En effet, cette technique a l'avantage de permettre au juge, selon les circonstances, de protéger les valeurs fondamentales de la société comme les droits de l'homme. À ce propos, il faut relever que même s'il ne partage pas une lecture jus-naturaliste du droit, le doyen VEDEL recourt à l'argument de la transcendance des principes pour justifier l'opposabilité des droits de l'homme à l'administration et au législateur. Il justifie, en effet, la force obligatoire des droits de l'homme par l'existence d'« *une nécessité quasi ontologique: c'est qu'il est impossible de les penser et donc de les proclamer et de les défendre sans leur accorder une âme de transcendance* »<sup>213</sup>. En raison de cette transcendance des droits de l'homme, il en découle tout naturellement, selon le professeur TROPER, qu'ils s'imposent aux lois constitutionnelles<sup>214</sup>. Il en est ainsi parce que « *l'intangibilité des droits de l'homme n'est pas relative ; elle est absolue et limiterait aussi bien le pouvoir constituant que les pouvoirs constitués* »<sup>215</sup>. À la vérité, la fraude à la constitution parce qu'elle est un outil fonctionnel qui permet de modeler le contrôle en fonction de la nécessité de la constitution, peut être sollicitée pour justifier théoriquement la découverte des principes fondamentaux de la constitution par le juge. À l'argument de l'État de droit, l'école du jus-naturalisme adjoint celui du constitutionnalisme comme moyen de protection de la constitution.

La défense du constitutionnalisme et des idéaux qu'il véhicule est dans la logique du jus-naturalisme tout aussi importante que l'idée de l'État de droit. L'objectif du constitutionnalisme qui est de limiter le pouvoir, et partant ses nuisances, implique que le fonctionnement normal de l'État n'est possible que si la constitution est comprise aussi bien dans la lettre de ses dispositions que dans l'esprit de ses principes et valeurs. C'est dire dans cette perspective que toute constitution véhicule une finalité qui doit être défendue. Or la révélation et la protection de la finalité de la constitution n'est possible sans des moyens de contrôle qui donnent un large pouvoir d'appréciation au juge constitutionnel. C'est à ce

---

<sup>213</sup> VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in T. Marshall (éd.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-colombes, Editions de l'espace européen, 1992, p. 311, et s., spécialement, p. 322.

<sup>214</sup> TROPER M., *La théorie du droit, le droit*, Op. cit., p. 213.

<sup>215</sup> VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », op. cit., p. 316.

niveau que l'infraction de fraude à la constitution peut se révéler être une solution alternative aux autres moyens de contrôle du juge. En effet, la théorie de la fraude à la constitution de par sa dimension morale permet de condamner les entorses à la constitution qui, autrement, n'auraient pu être condamnées en droit positif. C'est dire qu'admettre la fraude à la constitution, c'est souscrire à l'idée que le contrôle juridictionnel de la constitution portera dorénavant sur la correction des intentions, des mobiles de l'auteur qui ne sont pas en parfaite harmonie avec la lettre et l'essence de la constitution. Dès lors, on peut affirmer que l'intérêt du contrôle de la fraude à la constitution réside dans sa fonction régulatrice de l'édifice constitutionnel, c'est-à-dire celle de protéger l'ordre constitutionnel contre des atteintes pour lesquelles les moyens de contrôle actuellement admis présentent des lacunes. En effet, la fraude à la constitution pourrait venir en complément des autres moyens pour permettre à l'édifice constitutionnel de se dépouiller des actes qui pourraient l'empêcher d'atteindre les finalités qui lui sont assignées. Dans ce cas, la fonction régulatrice peut servir de justification à l'adoption de la technique de fraude à la constitution. Grâce à cette technique, le juge constitutionnel pourra limiter l'absolutisme des pouvoirs constitués en soumettant la validité de leurs actes non seulement aux valeurs et principes de la constitution, mais aussi à la finalité qu'il porte. Ce raisonnement permet de rappeler les exigences actuelles de la démocratie qui tente de concilier le règne de la majorité avec le respect des droits et des libertés des minorités. Dans un État démocratique, la majorité est tenue d'exercer son pouvoir avec un esprit de tolérance. Par conséquent, elle ne doit utiliser son avantage arithmétique pour restreindre ou porter atteinte aux droits et libertés des individus et de la minorité politique. De ce fait, le statut légal conféré aux règles transcendantales permet au juge de protéger la démocratie à travers le jugement des actes de l'État. Ce jugement a pour but principal de rappeler à la majorité que *« l'absolutisme et l'arbitraire sont empêchés par l'existence préalable d'un Droit qui vient limiter l'action normative de l'État et l'existence d'institutions juridictionnelles qui obligent les divers organes de l'État à respecter les principes juridiques supérieurs »*<sup>216</sup>.

Dans l'ensemble, les assises théoriques de la fraude à la constitution permettent au juge dans le contentieux de bénéficier d'un moyen supplémentaire pour remplir efficacement son rôle de protecteur de l'ordre constitutionnel.

---

<sup>216</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 512.

Que vaudrait une constitution dont les règles sont fréquemment changées par le biais de l'utilisation régulière des formes et des procédures? L'autorité de cette constitution serait certainement affaiblie et, en conséquence, elle deviendrait sans importance et finirait par être frappée par la désuétude. Or si la valeur fondamentale de la constitution dans l'ordonnement juridique interne est proclamée, c'est pour signifier qu'elle ne saurait être ravalée au rang d'une règle manipulable à souhait. C'est pourquoi sa reformation, quelle que soit sa pertinence, reste soumise à une procédure complexe afin de lui assurer une meilleure efficacité. Cependant, il est un constat qu'en dépit de la rigidification des règles procédurales et formelles d'adaptation de la constitution, celle-ci reste dans la quasi-totalité des systèmes juridiques une règle manipulable à tout vent. L'ultime rempart à la dérive du changement intempestif de la constitution semble être le contrôle juridictionnel.

Dans les États de tradition juridique francophone, l'organisation du contrôle juridictionnel fait la part belle à l'objectivisation des moyens. Ce qui oblige le juge à opérer un contrôle plus formel, plus procédurier que matériel. Dans ces conditions, les risques de dénaturation de l'œuvre constitutionnelle devant lesquels le juge constitutionnel reste impuissant sont grands. Les exemples les plus édifiants sont les lois constitutionnelles que de nombreuses juridictions se montrent impuissantes à contrôler, faute d'un titre qui les habiliterait expressément<sup>217</sup>.

En Afrique francophone particulièrement, la paralysie de la légalité reste largement possible parce que l'organisation du contentieux s'y prête. Non seulement, l'héritage jurisprudentiel reste peu fourni, mais, en plus, les dispositifs du contrôle de constitutionnalité institués par les constitutions et les lois organiques font la part belle aux méthodes de contrôle formel. En matière de révision par exemple, en vertu des attributions qui lui sont conférées, le

---

<sup>217</sup> La plupart des juridictions africaines s'inspirent du refus du juge constitutionnel français à censurer le recours à l'article 11 de la constitution de 1958 par le général De Gaulle pour instituer une autre voie de révision de la constitution. Bien que considérée contraire à l'esprit de la constitution, cette seconde procédure entra dans les usages constitutionnels français sans une véritable résistance du juge, même si avec la révision opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette procédure est devenue inopérante à réformer la constitution. Sur cette loi de révision voir *La constitution: un jubilé en demi-teinte (1958-2008)*, *Revue Politique et Parlementaire*, N° 1048 «Trimestriel juillet/septembre 2008 ». Voir dans cette revue, Olivier GOHIN, *La récente réforme de la Constitution*, p. 53-62. *Révision de la constitution: la V<sup>e</sup> République rénovée ?*, *À propos de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008*, *La semaine juridique*, N° 31-35, 30 juillet 2008.

juge constitutionnel doit se contenter de « *veiller au respect de la procédure de révision de la constitution* »<sup>218</sup>.

Face à des utilisations régulières des procédures et formes pour combattre le fond des constitutions, le juge constitutionnel n'a d'autres choix que de brandir son impuissance, ravalant le contrôle juridictionnel en une institution de façade. La teneur de nombreuses décisions mettant en cause les utilisations des règles contraires à l'esprit de la constitution en attestent. À titre illustratif, dans son arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001, la Cour constitutionnelle du Mali a enfermé son contrôle dans la stricte limite des énoncés à l'article 118 de la constitution de 1992. Pour la Cour, « *le contrôle de constitutionnalité de la loi portant révision de la constitution consiste à analyser pour déterminer si l'autorité qui en a pris l'initiative est habilitée à le faire de par la constitution, si le quorum indiqué par la constitution a été atteint lors de son vote par l'Assemblée nationale, si le vote n'a pas eu lieu alors qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire et enfin si elle n'a pas révisé les normes qui de par la constitution ne peuvent faire l'objet d'une révision* »<sup>219</sup>. Cette affirmation du juge constitutionnel malien explique le contrôle formaliste de la plupart des juridictions constitutionnelles africaines. Si l'environnement politique peut expliquer une telle attitude et leur faire bénéficier de circonstances atténuantes, les juges constitutionnels africains ne peuvent pas être totalement exonérés de leur responsabilité de protéger la constitution contre les fraudes. Ils ont au moins besoin de moyens prévus par la constitution pour accomplir une telle mission.

Au plan pratique, la fraude à la constitution apparaît comme un complément nécessaire des moyens traditionnels de contrôle de la constitution. La technique viendrait ainsi renforcer le contrôle juridictionnel qui reste en droit constitutionnel fortement marqué par l'objectivisation, car tant que le juge constitutionnel est enfermé dans les moyens objectifs, il reste limité dans sa marge d'appréciation. De ce fait, l'admission de la théorie de la fraude permettra sans nul doute l'extension du bloc de légalité constitutionnelle. Ce bloc se voit étendu parce que l'esprit de la constitution qui est protégé dans l'hypothèse de la fraude dépend des principes et valeurs découverts ou dégagés par le juge. Or, ce qui caractérise ces

---

<sup>218</sup> Voir par exemple au Burkina Faso, la Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et procédure applicable devant lui.

<sup>219</sup> Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n°01-128 du 12 Décembre 2001, Considérant N° 11.

références transcendantales, c'est leur plasticité. Cela revient à dire que le juge peut en forger selon les circonstances. À ce titre, la fraude à la constitution va offrir la possibilité de sanctionner les actes illégaux qui sont en apparence irréprochables. En effet, il est connu qu'avec le chef de la violation directe de la constitution, l'acte illicite peut s'insérer dans l'ordonnancement juridique pourvu qu'il se conforme aux procédures et formes prescrites. Or, en élevant la fraude en moyens de contrôle, on accepte de faire la distinction entre l'acte illicite et l'acte illégal. Le premier étant contraire à la légitimité morale alors que le second est contraire à la légalité juridique<sup>220</sup>. La fraude à la loi impliquant que l'acte obéit aux exigences de forme et de fond de la règle de droit sans pour autant se conformer à l'exigence axiologique qui y est attachée. De ce point de vue, il est en déphasage avec les valeurs de la société.

Exiger la licéité de l'acte participe à la protection efficace de la légalité constitutionnelle qui implique que la constitution soit protégée de toutes les entorses qui saperaient même indirectement son autorité. C'est bien ce en quoi consistent les moyens de contrôle de type subjectif telle la fraude à la constitution et l'abus de droit. En effet, la fraude à la constitution et l'abus de droit en droit constitutionnel sont des moyens de contrôle des diverses modalités de l'illégalité d'un acte ; illégalité prise dans son acception large. Ce faisant, l'admission de la subjectivisation du contrôle induit que l'opportunité devienne un critère de la légalité. De ce fait, la constitutionnalité d'un acte s'apprécie sous le double prisme de la légalité et la légitimité constitutionnelle. Le critère de la légitimité de l'acte impliquant son opportunité. C'est la prise en compte de ce critère qui donne à la technique de la fraude à la constitution toute son importance. Si on admet avec le professeur Marcel WALINE que dans certaines hypothèses, une mesure n'est légale qu'à la condition d'être opportune<sup>221</sup>, la fraude à la constitution devient un excellent moyen de contrôle de constitutionnalité dans la mesure où elle permet au juge d'élargir les limites de la légalité.

Cela dit, cette conception de la légalité étendue à l'opportunité ne fait pas l'unanimité, car des auteurs comme BONNARD n'avait pas admis que le contrôle d'opportunité puisse faire partie de la légalité parce que le contrôle juridictionnel s'entend d'un contrôle de légalité

---

<sup>220</sup> DABIN Jean, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 293. et s.

<sup>221</sup> WALINE Marcel, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 227.

stricto sensu, qui implique la conformité aux lois et règlements<sup>222</sup>. Dans tous les cas, l'élargissement du pouvoir de contrôle du juge constitutionnel lui donnerait plus de facilité à sanctionner des actes en apparence légaux.

En vérité, l'avantage pratique de la fraude à la constitution est qu'elle est, pour reprendre l'expression du doyen VEDEL, une « *technique de secours* »<sup>223</sup> dont la vertu principale est d'assurer le caractère obligatoire et fondamental de la constitution en sanctionnant les actes légaux par apparence. En cela, la théorie de la fraude constitue un principe général du droit qui a pour mission d'assurer l'efficacité des règles juridiques. En effet, « sa sanction se justifie par la nécessité de maintenir le caractère obligatoire de certaines règles juridiques, qui sans cela, risqueraient d'être trop souvent rendues inefficaces si les sujets de droits pouvaient facilement en éluder l'application. En participant au maintien du caractère impératif de la règle de droit, la théorie de la fraude se révèle indispensable au maintien de l'ordre établi »<sup>224</sup>. La technique de la fraude concourt donc à préserver la finalité de la constitution que la fraude qui corrompt tout tend à contrarier pourvu que celle-ci ait été déterminée ou découverte par le juge. Cela dit, pour éviter l'arbitraire dans l'action du juge, il conviendrait que des valeurs de références soient insérées dans la constitution de sorte à lui permettre d'objectiver son contrôle sans tomber dans le subjectivisme. En un mot, l'efficacité de cette technique dépend de la volonté du juge d'en faire un bon usage.

Avec l'érection de la fraude à la constitution en technique de contrôle de la constitutionnalité, le juge serait doté d'un atout considérable qui lui manquait dans l'exercice de sa mission de protection de la constitution. Celui-ci lui permettrait d'examiner les intentions et les motifs des actes législatifs et réglementaires qui ne sont pas toujours guidés par la recherche de l'intérêt collectif. Le juge se verrait alors reconnaître un rôle central dans la conduite du processus démocratique grâce à son large pouvoir d'appréciation. En conséquence, ce pourrait être le déclic permettant au juge africain d'abandonner sa frilosité à

---

<sup>222</sup> BONNARD R., Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir RDP, 1923, p. 363 et s. Sur le pouvoir discrétionnaire, voir également E. GIRAUD, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », Revue générale d'administration, 1924, p. 193 et s. et p. 298 et s.

<sup>223</sup> VEDEL G., J.C.P., 1948-1-682.

<sup>224</sup> CASTEL J.G., « Principes généraux de droit international privé québécois », in Mélanges BAUDOIN, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 302 ; dans le même sens, VIDAL José, op. cit., p. 213.

sanctionner les intentions malicieuses du législateur et de l'exécutif qu'il justifie par les limites de ses pouvoirs d'attribution.

L'admission d'un tel moyen de contrôle peut permettre au juge de censurer des formes de violations qui sont de plus en plus nombreuses. Ce faisant, les insuffisances du contrôle essentiellement axées sur les points de droit objectif pourront être corrigées devant le prétoire du juge constitutionnel. C'est ce qui fait dire à monsieur Jacques LARRIEU que « *la fraude est un correctif moral apporté au fonctionnement ordinaire des règles juridiques pour éviter le triomphe de la ruse* »<sup>225</sup>.

Si l'on en venait à admettre l'idée de valorisation de la constitution par le truchement de la consécration de la fraude à la constitution, nul doute que l'on admet que celle-ci constitue un complément aux moyens traditionnels dont elle compenserait l'inefficacité.

Le peu d'intérêt que présente la fraude à la constitution jusqu'à présent n'est-il pas lié aussi au fait que cette catégorie juridique n'est pas encore fixée parce qu'elle souffre d'un déficit de conceptualisation ?

## § 2. LA FRAUDE A LA CONSTITUTION, UNE CATEGORIE JURIDIQUE EN CONSTRUCTION

La fraude à la constitution fait l'objet d'une invocation fréquente aussi bien dans la doctrine que dans les discours politiques ou populaires. Mais l'usage de ce concept se heurte à quelques écueils. La difficulté majeure de l'étude sur la fraude à la constitution tient au défaut de sa consécration expresse par les jurisprudences des juridictions constitutionnelles de l'espace africain francophone qui ne l'aborde que très rarement, sinon qu'indirectement. Elle tient surtout à l'absence d'une véritable systématisation de la notion de fraude par la doctrine constitutionnelle. La doctrine dominante en africaine se contente de recenser des exemples de

---

<sup>225</sup> Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Introduction générale par J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. Fabre-Magnan, LGDJ, 1994, 4e éd., n°809, cité par LARRIEU Jacques, La fraude fait exception à toute règle, note sous Cass. com., 24 sept. 2002, n° 1462 F-D, SARL Novéra et autres c/ SA Novécom (cons. rapp. Garnier).



fraude à la constitution sans véritablement tenter une appréhension de la formulation et de l'identification d'un contenu qui rendrait compte de l'hétérogénéité de la catégorie.

Dans les lignes qui suivent, il s'agit, d'une part, de montrer le déficit de conceptualisation de la fraude en droit constitutionnel (A) et, d'autre part, l'existence des tentatives de caractérisation de la fraude à la constitution tendant à montrer les avantages de la catégorie juridique (B).

#### A. L'INSUFFISANCE DES CONSTRUCTIONS JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Le recours à l'argument de la fraude à la constitution est très récent dans la théorie constitutionnelle en Afrique noire francophone<sup>226</sup>. L'inutilisation de ce moyen d'appréciation de la légalité constitutionnelle s'explique par la conjonction de nombreux facteurs. Il s'agit, entre autres, de l'absence de sa consécration en droit positif, la rareté de la jurisprudence et de l'insuffisance, si ce n'est ces dernières années, avec juste raison, de la production doctrinale sur le système de protection de la constitution.

Le droit positif a été largement marqué par le sceau des régimes politiques autoritaires en place avant les transitions démocratiques si bien que le renouveau du constitutionnalisme dans un contexte international marqué par le triomphe de la démocratie libérale est sans conteste l'argument de poids qui explique cette occurrence de la fraude à la constitution en Afrique francophone subsaharienne. En rappel, au sortir de la dislocation du bloc de l'Est, la conditionnalité démocratique est devenue, surtout en Afrique, un élément important des relations Nord-Sud<sup>227</sup>. L'importance de cette condition dans les relations tient au fait que les

---

<sup>226</sup> Voir OKONDA KOSO W. M. S., « L'échec de l'initiative de révision constitutionnelle du 5 novembre 2007 », Disponible sur <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>; publié le jeudi 17 juillet 2008; KAMUKUNY MUKINA Yi A., Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais, Thèse de doctorat en droit, Université de Kinshasa, faculté de droit, 2007.

<sup>227</sup> Les membres du G7/G8 (composés des sept membres permanents du Comité exécutif de l'OCDE) adoptèrent au sommet de Houston la "déclaration de politique: consolider la démocratie". Ils affirment « qu'au moment où nous entrons dans la dernière décennie de ce siècle, nous nous engageons à nouveau à soutenir la consolidation de la démocratie, des droits de l'homme, la reconstruction économique et le développement grâce à des économies orientées vers le marché (...) Chacun de nous est prêt à aider concrètement les pays qui choisissent la liberté, en leur fournissant, en tant que besoin, une assistance

partenaires du Nord, qui détiennent le cordon de la bourse, ont conditionné le bénéfice de l'aide à la mise en place d'États de droit démocratiques. Ainsi, dans les conventions UE-ACP, dans les relations entre les institutions de Bretton Woods et les pays du Sud, le respect des droits de l'homme et de la démocratie fait l'objet d'une attention particulière, car leur inobservation pourrait faire désormais l'objet de sanctions politiques et économiques. Les régimes autoritaires en place sur le continent africain ont été contraints de s'accommoder à ce nouvel environnement juridique. Cependant, ils trouveront, dans le respect des apparences, une autre source de vitalité et de contournement de la conditionnalité démocratique. Si la légalité est en apparence respectée dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels, c'est bien souvent au détriment des fondements du renouveau de l'État qui ont été dégagés à l'occasion des conférences nationales arrachées dans certains pays de haute lutte<sup>228</sup>. De façon prémonitoire, le système de garanties normatives et institutionnelles de la constitution, à dessein, ne sera pas suffisamment étoffé afin de permettre au juge de sanctionner les violations les plus pernicieuses de la constitution. C'est pourquoi la fraude à la constitution trouve un terreau favorable dans l'insuffisance du dispositif interne de protection de la constitution.

La justice constitutionnelle, au départ timide et peu visible, ne concourt pas à la meilleure protection de la constitution. Elle a encore du mal à se défaire de l'amarre de l'exécutif. Cependant, avec la reformation de l'appareil judiciaire qui réserve le contentieux à un organe spécialisé, la protection juridictionnelle de la constitution devient plus visible, même si l'efficacité de la réforme est peu perceptible. En effet, les juridictions constitutionnelles qui se sont vues confier la protection de la constitution n'arrivent pas, sinon que très rarement, à développer un dispositif efficace contre les formes de violations indirectes de la constitution.

---

technique en matière constitutionnelle, juridique et économique, ainsi qu'une aide économique. Extrait de la Déclaration politique "consolider la démocratie", adoptée au sommet de Houston, 9-11 juillet 1990. À la déclaration politique du Sommet de Munich intitulée "vers un nouveau partenariat", ils affirment que "le partenariat se développera harmonieusement à mesure que s'imposeront des valeurs communes fondées sur les principes de la liberté politique et économique, des droits de l'homme, de la justice politique et économique, de la démocratie, de la justice et de la primauté du droit. Nous pensons que la liberté politique et la liberté économique sont étroitement liées et se renforcent mutuellement et qu'à cette fin, la bonne gestion des affaires politiques et le respect des droits de l'homme sont des critères importants pour l'octroi d'une aide économique. Extrait de la « déclaration politique » : Vers un nouveau partenariat adopté au sommet de Munich, 8-9 juillet 1992. Voir pour plus de développement, FAU-NOUGARET Matthieu, *La conditionnalité démocratique: étude de l'action des organisations internationales*, Thèse doctorat : Droit, Bordeaux IV, 2004.

<sup>228</sup> Cas du Togo avec le général Eyadema qui a dû recourir aux forces armées togolaises pour reconquérir les pouvoirs dont la Conférence Nationale souveraine l'avait dépouillé au profit du Premier ministre Joseph Kokou KOFFIGOH le 3 décembre 1991.

Celles qui y parviennent essaient de se défaire d'un contrôle exclusivement porté sur les violations dites objectives pour se préoccuper de plus en plus, quoique timidement, des violations dites subjectives<sup>229</sup>. Mais les plus nombreuses d'entre elles se gardent, lorsqu'elles sont sollicitées, de sanctionner des griefs qui, pour elles, ne transparaissent pas de leur titre de compétence.

Pour la doctrine, les premières critiques du système vont porter sur le respect ou non des critères de l'État de droit à travers les exigences du respect de la légalité formelle et matérielle de la loi. Cette condition de la nécessaire référence à la légalité et à la légitimité conduit la doctrine à privilégier des analyses faisant du respect de la loi de façon générale et de la constitution en particulier, une obligation irréductible. Avec le développement des atteintes à l'esprit de la constitution, la doctrine a parfois recours à la catégorie de la fraude à la constitution dans ses discours. Elle ne propose toutefois pas d'analyses sur ce sujet qui permettent de rendre compte du contenu, ni de son ampleur sur le continent, dans sa partie francophone en particulier. C'est dire que malgré cette nouvelle dynamique, les analyses doctrinales sont timides. Le manque d'effervescence de la doctrine peut s'expliquer par l'inclination, des spécialistes du droit constitutionnel pour l'étude des questions liées à l'ancrage de l'État en Afrique et aux régimes politiques. Ce choix était justifié par les défis qui se sont présentés au lendemain des indépendances. En effet, la construction de l'État était la priorité des premiers leaders dont le principal défi était d'assurer la viabilité des nouvelles institutions, mais aussi de construire l'unité nationale à travers la mise en cohérence des différentes communautés nationales. Dans cette logique, la doctrine était obligée de confiner les objets de sa recherche aux questions relatives au devenir du modèle étatique importé. Cette forte inclination de la doctrine africaine était renforcée par le peu d'intérêt accordé à la constitution comme instrument de limitation de pouvoir, mais surtout à la rareté des décisions constitutionnelles concernant la protection de la constitution.

Influencés par le retentissement, mais surtout par les succès des analyses comparatistes des systèmes de protection juridictionnelle de la constitution<sup>230</sup>, les analystes africains vont de

---

<sup>229</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, DECISION N°97/2005 AFFAIRE N°1/C/2005, op. cit., Le juge constitutionnel admet que la loi portant amnistie est un détournement de procédure.

<sup>230</sup> Les travaux de l'Association internationale de justice constitutionnelle (AIJC) et les travaux biennaux de l'OIF sont incontestablement des sources d'inspiration. En droit constitutionnel jurisprudentiel, le recours aux arguments de droit comparé devient une méthode des juges constitutionnels sud-africain et

plus en plus se tourner vers les études de la constitution, non sans être séduits et influencés par la doctrine française. La tendance de la doctrine va être d'autant plus renforcée que la garantie juridictionnelle de la constitution, sous les effets des pressions externe et interne, apparaît comme une nouvelle exigence du constitutionnalisme en Afrique. Les principaux objets d'étude porteront sur les garanties de la constitution. C'est dans cette logique que la doctrine africaniste s'intéresse alors à la fraude à la constitution qui en tant qu'objet d'étude est un vaste champ à exploiter tant il est parsemé de complexité<sup>231</sup>.

Si le vocable de la fraude à la constitution est utilisé dans de nombreux commentaires sur le constitutionnalisme en Afrique<sup>232</sup>, il est à observer que l'on ne lui donne jamais, sinon que très rarement, un contenu autre que celui largement répandu<sup>233</sup>. Le paradigme de l'analyse de la fraude ne fait pas l'objet de développement particulier. La fraude reste le procédé de violation de la règle de fond qui se plie toutefois au respect des règles de forme. Le terme, lui, reste très flou dans son utilisation. L'évocation de la notion est extensive et vague. La fraude apparaît dans les évocations comme le décalque de la violation de la constitution. L'argument de la fraude à la constitution est très souvent utilisé pour caractériser des formes de violations directes de la constitution pourvu que celles-ci aient tendance à remettre en cause l'intérêt collectif, l'objectif recherché étant de montrer qu'il y a une ambition d'instrumentalisation de la constitution. C'est pourquoi, pour une meilleure protection de la constitution, la catégorie de la fraude à la constitution mérite une spécification dans le contexte africain.

---

zimbabwéen qui ne se privent pas de se référer à des solutions développées par d'autres juridictions. Les juges constitutionnels de l'Afrique francophone n'échappent pas à cette tentation.

<sup>231</sup> En guise d'exemple, on peut faire observer que les auteurs comme le doyen de GAUDUSSON ou encore le professeur LOADA Augustin sont de ces auteurs qui s'intéressent à l'utilisation frauduleuse de la constitution en Afrique. Voir, du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris a, Dalloz, 2007. LOADA Augustin, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », Afrilex, n°03/2003,

<sup>232</sup> Voir OKONDA KOSO W. M., *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse de doctorat en droit, précitée. De même que OKONDA KOSO W. M. S., L'échec de l'initiative de révision constitutionnelle du 5 novembre 2007, précité.

<sup>233</sup> Les acteurs politiques surtout ceux de l'opposition utilisent fréquemment la notion de fraude pour qualifier les révisions tendant à remettre en cause certains principes comme la limitation des mandats présidentiels. Il est à déplorer dans ces utilisations, la confusion de la notion de fraude à la constitution, qui reste vague, à celle de la violation de la constitution.

## B. LA NECESSITE DE CONSACRER L'INFRACTION DE FRAUDE A LA CONSTITUTION EN DROITS CONSTITUTIONNELS AFRICAINS

Le besoin d'instituer une infraction de fraude à la constitution est justifié par l'ampleur du phénomène sur le continent, et particulièrement en Afrique francophone où elle se nourrit de longs règnes au sommet de l'exécutif. Incontestablement en Afrique, la fraude à la constitution est devenue une préoccupation majeure pour la construction de la démocratie et de l'État de droit. La fraude à la constitution dévoie les idéaux constitutionnalismes en remettant en cause les limites qui en sont issues. L'infraction de fraude à la constitution doit pour ces raisons être admise comme moyen de contrôle de constitutionnalité afin d'élargir le champ d'appréciation du juge de la constitutionnalité. Il faut ensuite que le juge constitutionnel puisse procéder au contrôle de cette infraction.

La consécration de la fraude à la constitution peut procéder deux manières : une normative et l'autre juridictionnelle. La démarche normative pourra être matérialisée par l'introduction dans les constitutions des États africains des règles qui permettent de protéger les constitutions contre la fraude. Il s'agirait dans cette perspective d'introduire des principes et des valeurs objectives dans les constitutions. Cela pourrait se traduire par l'extension du champ d'application des limites matérielles à la constitution.

Au plan juridictionnel, la consécration de la fraude à la constitution pourrait se traduire par l'élargissement du paramètre de constitutionnalité par le juge constitutionnel. En effet, même si les constitutions africaines n'ont pas prévu un champ important de limites explicites à la constitution, les juges constitutionnels africains pourraient s'appuyer sur l'argument de droit comparé pour protéger la constitution contre la fraude à la constitution. De ce point de vue, ils pourraient s'appuyer sur la nécessité de consolider la démocratie pour s'autoriser la protection de la constitution contre la fraude. En principe, les solutions adoptées par certaines juridictions constitutionnelles devraient servir d'exemples. En effet, plusieurs Cours constitutionnelles se sont déclarées compétentes pour connaître des révisions constitutionnelles alors même que leurs constitutions ne prévoyaient plus expressément leur compétence en la matière<sup>234</sup>. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande tire sa compétence

---

<sup>234</sup> BESSON Élise, « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique », *AJJC*, XXI-2005 », p.11-38.

de contrôler la loi de révision de la constitution de celle générale de contrôler la constitutionnalité des lois et de son rôle de gardien de la constitution<sup>235</sup>. La Cour suprême indienne contrôle les lois qui concernent le respect de la structure fondamentale de la constitution<sup>236</sup>. La Cour constitutionnelle d'Italie a, elle aussi accepté, à travers deux décisions dites « *paraconstitutionnelles* »<sup>237</sup>, de contrôler les lois de révision constitutionnelles au regard des principes suprêmes<sup>238</sup>. De même la Cour constitutionnelle d'Autriche a annulé une révision partielle comme étant l'aboutissement cumulé d'une révision totale qui aurait exigé une autre forme de révision<sup>239</sup>. Ces juridictions constitutionnelles se sont toutes fondées sur l'histoire de leur pays pour étendre leur compétence. Suivant, cette dynamique, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud recourt à l'argument de droit comparé pour mieux protéger la constitution contre les violations qui pourraient saper ses fondements de la constitution et, par conséquent fragiliser l'équilibre social<sup>240</sup>. Suivant ces exemples, le juge constitutionnel en Afrique francophone pourrait définir des principes constitutionnels inviolables.

En principe, si elles sont constitutionnalisées, les valeurs de référence devraient permettre au juge de lutter efficacement contre la fraude à la constitution qui, selon le qualificatif de LIET-VEAUX, est un « *procédé étrange* »<sup>241</sup>. S'il est une évidence qu'elle reste difficile à appréhender à travers la formulation d'une définition exhaustive, l'incorporation de certaines

---

<sup>235</sup> Cour constitutionnelle allemande, 15/12/1970, *BverfGE* 30,1. Voir Otto PFERSMANN, « L'Allemagne », in *La révision de la constitution*, journées d'études de l'AFDC des 20 mars et 16 décembre 1992, Economica, PUAM, 1993, p. 53. FAVOREU Louis, *Les Cours constitutionnelles*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1986, pp. 60-61.

<sup>236</sup> STEFANINI Fatin-Rouge, Commentaires sous décision 2003-469 DC du 26 mars 2003, RFDC, n° 54, avril-juin, 2003, p. 793.

<sup>237</sup> CALAMO Marina, « Compte rendu des cours et discussions », in *Révision de la constitution*, XVI<sup>e</sup> Cours International de Justice Constitutionnelle, AIJC, XX, 2004, p. 456.

<sup>238</sup> Cour constitutionnelle, Arrêt n°1146, du 15 décembre 1988, *Rac. Uff.*, vol. 89, p. 627.

<sup>239</sup> Voir PFERSMAN O., « Compte rendu des cours et discussions », op. cit., p. 438.

<sup>240</sup> ROSENFELD Michel et PHILIPPE Xavier, « *Contenus* », in *Interprétation de la constitution par le juge constitutionnel*, XIII<sup>e</sup> Cours International du 17 au 20 septembre, 2001, AIJC, XVII, 2001, p. 399-418. Le professeur Xavier PHILIPPE fait observer que « *les décisions de la Cour constitutionnelle sont intéressantes, non seulement pour la situation qui est propre à l'Afrique du Sud, mais également parce que l'Afrique du Sud a été et reste un laboratoire. Il s'agit d'une nouvelle constitution et d'un État qui a été pendant longtemps in État totalitaire, qui n'a pas connu de contrôle de constitutionnalité...et qui, du jour au lendemain, à partir de 1995 est passé d'un camp à l'autre* ». p. 400. Voir aussi PHILIPPE Xavier, « Afrique du Sud, Cour constitutionnelle », in *La motivation des décisions des Cours suprêmes : entre exigences processuelles et traditions juridiques*, Séminaire de travail du CERCLE, Université Montesquieu Bordeaux IV, à paraître.

<sup>241</sup> LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution... », op. cit., p. 143.

valeurs dans la constitution permettra d'apprécier aussi bien la forme et le fond des actes, mais surtout les motifs qui les ont motivés. Si les fraudes à la constitution contrarient l'esprit ou la finalité de la constitution, c'est parce que ceux-ci n'apparaissent pas clairement et non pas une valeur légale. Or en inscrivant les valeurs dans les constitutions, la lutte contre la fraude pourrait être plus facilement engagée. En effet, même si la fraude en droit se dérobe à une caractérisation exagérément technique<sup>242</sup>, la fraude à la constitution peut être combattue si les pouvoirs constituants originaux ou dérivés insèrent dans la constitution des valeurs et des principes intangibles.

L'insertion des valeurs de référence en droit positif africain n'est certes pas encore généralisée, mais il existe une timide opérationnalisation en droit continental. C'est le cas notamment avec l'Union Africaine dont la Conférence des chefs d'État et de gouvernement a élaboré, lors du sommet d'Alger de 1999, la théorie des *changements anticonstitutionnels de gouvernement* pour cerner les entorses les plus récurrentes à la démocratie en Afrique. La théorie va être reprise dans la Charte de la démocratie de l'Union africaine<sup>243</sup>. La plasticité de la formule utilisée permet à ses auteurs de condamner différentes formes d'atteintes à la constitution dont la fraude à la constitution. En effet, une des hypothèses prévues à l'article 23 de la Charte de la démocratie de l'UA entre dans la définition de la fraude qui a été sus-évoquée. Il s'agit de celle qui prohibe « *tout amendement ou toute révision des constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique* ».

Cet élément du changement anticonstitutionnel du gouvernement paraît être un début de consécration de la fraude à la constitution en droit africain. En effet, en interdisant « *les transgressions des normes démocratiques* »<sup>244</sup> dont la persistance et la répétition peuvent conduire à des crises constitutionnelles génératrices de tension et d'instabilité, l'Union Africaine rend opératoire la fraude à la constitution. L'organisation continentale matérialise ainsi l'idée selon laquelle le constitutionnalisme démocratique interdit le recours aux changements non constitutionnels de gouvernements élus par des processus concurrentiels et

---

<sup>242</sup> LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes de la conception juridique de la fraude en matière fiscale... », op. cit., p. 1940.

<sup>243</sup> Chapitre III : des principes : Articles 3 et Chapitre VI : des institutions démocratiques : article 14.

<sup>244</sup> UNION AFRICAINE, Communiqué de Presse, le président de la Commission condamne la prise du pouvoir par la force intervenue au Niger, 19 Février, Addis-Abeba, 2010, [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

prenant ensuite la précaution d'agir dans le strict respect des formes<sup>245</sup>. L'Union Africaine essaie de cerner ce stratagème qui pourrait permettre de donner une apparence de légalité à un acte frauduleux. Elle au-delà de la mécanique juridique pour s'attaquer à l'incidence de certains actes sur le système démocratique. Au formalisme des mécanismes, elle lui préfère les sacro-saints principes qui gouvernent la démocratie et qui sont insérés dans la quasi-totalité des constitutions africaines dont la remise en cause entraînerait des sanctions.

Cela dit, au niveau des États, la constitutionnalisation des principes et valeurs peut concerner des valeurs démocratiques (la conciliation des droits des minorités avec ceux de la majorité) comme des valeurs tirées des sociétés traditionnelles africaines (exemple, le caractère sacré du serment ou de la parole donnée). Du reste, dans certains États, la constitutionnalisation des valeurs n'est pas une pure vue d'esprit. C'est le cas notamment de l'introduction de principes démocratiques régissant la République dans l'article 64 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996. À en croire, l'organisation de la société civile camerounaise « Initiatives de Gouvernance Citoyenne (IGC) », il peut être rangé parmi ces principes « *la séparation des pouvoirs, le recours au suffrage populaire pour le choix des mandats électifs, la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine, la prééminence du droit, la garantie de la hiérarchie des normes, la responsabilité des autorités publiques, etc.* »<sup>246</sup>. Cette limitation matérielle de l'article 64 va au-delà de la constitution *stricto sensu* pour embrasser l'ordre constitutionnel dans son ensemble. L'exemple du Bénin peut être aussi évoqué avec la référence, dans le préambule de la constitution, au consensus issu de la Conférence nationale qui permet au juge béninois d'être le véritable « *aiguilleur de la démocratie béninoise* ».

En ce qui concerne le contrôle des principes et valeurs de la constitution, il peut faut espérer que les constituants africains prévoient le contrôle des lois de révisions constitutionnelles qui sont particulièrement concernées par la fraude à la constitution. Comme le fait remarquer le professeur MIRANDA, ce type de contrôle est nécessaire si l'on veut mieux protéger les constitutions<sup>247</sup>. Le contrôle de constitutionnalité des lois de révision peut

---

<sup>245</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique... », op. cit., p. 341.

<sup>246</sup> Initiatives de Gouvernance Citoyenne (IGC), La révision de la constitution au Cameroun, Yaoundé, mars 2008, p. 22.

<sup>247</sup> MIRANDA Jorge, « Le contrôle... », op. cit., p. 452.



être facilité dans la mesure où les constitutions africaines ne le prévoient, ni l'interdisent expressément. Les pouvoirs constituants africains pourraient le prévoir sans problème. Ils pourraient en effet suivre l'exemple des constituants de la Roumanie et du Costa Rica qui prévoient le contrôle de constitutionnalité des lois de révisions<sup>248</sup>. Dans le prolongement de la controverse sur l'étendue des pouvoirs constituant s originaires et dérivés, cette solution suscitera des critiques. Une partie de la doctrine admet que si le contrôle de la volonté du pouvoir constituant dérivé est une éventualité acceptable, celle-ci n'est pas souhaitable lorsque la loi constitutionnelle est l'œuvre du peuple. En conséquence, professeur MIRANDA pense qu'il n'est pas souhaitable de donner un pouvoir aux organes chargés du contrôle de constitutionnalité, créés par la constitution, le pouvoir d'établir l'inconstitutionnalité de règles créées directement par le pouvoir constituant originaire, sauf si l'on fait référence à des considérations extra-juridiques qui rendrait le juge indépendant de la constitution<sup>249</sup>. Cette critique a fait elle-même l'objet de critiques portant sur le caractère fictif de la notion de pouvoir constituant originaire sur lequel elle repose. Selon le professeur Otto PFERSMAN, le pouvoir souverain est une fiction qui n'a pas de matérialité juridique ce qui explique que le juge puisse protéger le dispositif constitutionnel contre toutes sortes de violations<sup>250</sup>.

Au fond, si la plupart des États africains n'ont pas encore souscrit à la démarche vertueuse du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, voire de l'esprit de la constitution, certaines constitutions post-confliktuelles ou de sortie de crise essaient d'élargir le champ des limites matérielles à la révision ou encadre l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des gouvernants. C'est dans cette logique qu'il faut inscrire l'article 135 de la constitution du Niger du 31 octobre 2010 qui prévoit que « *la Cour constitutionnelle ne peut être dissoute et aucune disposition de la présente constitution relative à la Cour ne peut être suspendue* ». il en est de même de l'article 47 selon lequel « *en aucun cas, nul ne peut exercer plus de deux (2) mandats présidentiels ou proroger le mandat pour quelque motif que ce soit* ». Ces dispositions qui visent à limiter les abus de pouvoir du président de la République du Niger ont été inspirées par la prolongation du mandat présidentiel par le président TANJA et la

---

<sup>248</sup> MIRANDA Jorge, « Le contrôle... », op. cit., p. 452.

<sup>249</sup> Ibid., p. 452.

<sup>250</sup> PFERSMAN O., « La révision de la constitution, Compte rendu des cours et discussions », réalisé par Virgine NATALE et William BENESEANO, AIJC, p. 438.

double dissolution de l'Assemblée nationale et de la Cour constitutionnelle qui s'étaient opposées à son projet.

Au total, en dépit de la reconnaissance çà et là de ces valeurs, les juges africains ne s'évertuent pas à les faire respecter par les pouvoirs constitués. Or, la protection de la constitution contre la fraude est tributaire de l'effectivité du contrôle. Il y a de toute évidence nécessité de donner, en droit interne comme en droit continental, force obligatoire à certaines valeurs de sorte à permettre à la constitution de devenir un moyen efficace de limitation du pouvoir.

---

## CHAPITRE II.

### LES MANIFESTATIONS DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

---

La fraude à la constitution ne peut être objectivement appréciée sans en dresser une typologie des différentes manifestations du phénomène. De fait, il paraît opportun de comprendre le phénomène de la fraude à travers les différentes facettes sous lesquelles elle se manifeste. L'examen des différentes facettes de la fraude à la constitution montre que les fraudes surviennent le plus souvent lors des révisions de la constitution ou à l'occasion de l'exercice des pouvoirs conférés par la constitution.

Dans le premier cas, les fraudes couvrent les révisions concernant la limitation temporelle des pouvoirs, l'étendue des pouvoirs de l'exécutif, les découpages électoraux, l'organisation de l'administration du territoire, etc. Dans le second, le champ des fraudes concerne l'exercice du pouvoir de délégation, la promulgation des actes, etc.

L'objectif des développements qui suivent est de faire un examen des différentes manifestations de la fraude à la constitution dont la connaissance est utile pour le traitement du phénomène. À cet effet, la présente portera sur les fraudes liées à la réformation de la constitution(Section I) et sur celles qui sont concernant l'exercice des pouvoirs constitutionnels (Section II).

## SECTION I.

### DES FRAUDES LIEES A LA REFORMATION DE LA CONSTITUTION

La réformation de la constitution est la technique qui permet d'adapter la constitution à l'évolution du temps. N'étant pas un acte immuable, la constitution prévoit elle-même les moyens et les voies de sa réformation afin d'éviter que des intérêts particuliers n'en viennent à la motiver. C'est pourquoi, exige-t-elle la réunion d'une majorité plus ou moins importante avant la mise en œuvre de cette technique. Aussi, lorsque la révision est motivée par des circonstances politiques mues par les intérêts particuliers d'un groupe, la fraude à la constitution peut être invoquée. Ce qui oblige à montrer que la fraude à la constitution peut résulter de la révision frauduleuse (§I), mais aussi de la suspension de la constitution (§II).

#### § 1. LES REVISIONS FRAUDULEUSES DE LA CONSTITUTION

Par révisions frauduleuses, il faut entendre toutes les formes de révisions qui sont contraires à l'esprit ou aux finalités de la constitution. Les révisions frauduleuses seront appréhendées selon l'approche duale des révisions que sont les révisions partielles et totales. La classification en révisions totale ou partielle résulte de la considération comme critère distinctif de l'étendue et des conséquences de la révision<sup>251</sup>. Le caractère frauduleux de ces révisions résulte de l'utilisation du droit d'amendement pour lever une limite imposée par la constitution à des fins subjectives. Les développements qui suivent tiendront compte de la spécificité de chaque type de révision frauduleuse.

##### A. LES REVISIONS PARTIELLES FRAUDULEUSES DE LA CONSTITUTION

Le propre de toute constitution est de prévoir sa propre révision. La révision de la constitution est justifiée par le fait que la constitution en tant qu'acte vivant doit s'accommoder à l'évolution du temps. Cette idée de mutabilité de la constitution a été

---

<sup>251</sup> AUBERT Jean-François, « La révision totale des constitutions: une invention française, des applications Suisse », in Mélanges Pierre PACTET, p. 457. Pour cet auteur, en vertu du critère de la délimitation, la révision totale remplace une constitution par une autre et elle la remplace « dans les règles » ; ce qui suppose que la nouvelle constitution remplace l'ancienne selon les règles de celle-ci.

formulée par les révolutionnaires français de 1793 dans la formule suivante: « *un peuple a toujours le droit de revoir, de reformer, de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* »<sup>252</sup>.

Si chaque constitution prévoit elle-même les conditions de sa propre révision, la tendance générale des constitutions modernes est de formuler celles-ci en des termes de validités complexes ou renforcées. Ainsi, les révisions sont-elles soumises à des conditions de délai et de quorum renforcés en vue de faire barrière aux vellétés partisans. C'est pourquoi la révision est confiée à un organe qui est le pouvoir constituant dérivé qui est soumis à des conditions de fond et de forme que chaque constitution prend le soin de préciser.

S'il y a violation au sens strict de la constitution lorsque la révision constitutionnelle ne respecte pas les conditions prévues à cet effet, cette violation de la constitution peut toutefois se transformer en fraude à la constitution. C'est le cas lorsque la révision s'opère en conformité avec les règles formelles, mais en contrariété avec les finalités de la constitution en vue de servir un intérêt personnel. Autrement dit, la révision revêt un caractère frauduleux parce que sa réalisation a été entachée des critères de la fraude que sont le détournement des finalités de la constitution et la recherche de l'intérêt subjectif. Ces deux critères serviront de guide de qualification de l'infraction de fraude à la constitution de nombreuses pratiques politiques. Les développements qui suivent concerneront les révisions partielles qui restent les plus importantes en Afrique francophone.

Les révisions partielles sont dites frauduleuses lorsque les révisions s'opèrent par petites touches, sur une à plusieurs dispositions, au mépris de la finalité de la constitution pour des considérations essentiellement subjectives. Ces révisions partielles frauduleuses relèvent d'une stratégie politique répondant à des besoins ponctuels, elles peuvent s'avérer néfastes pour la cohérence d'ensemble du dispositif constitutionnel. C'est dire dans ce sens que la révision n'est pas toujours destinée à assurer l'adaptation permanente de la constitution, mais que la révision tend à la dévoyer. Cette utilisation malveillante de la révision prospère malheureusement dans de nombreux pays africains à telle enseigne que chaque initiative de révision sous le continent suscite des inquiétudes sur sa finalité réelle. Dans bien des cas, le

---

<sup>252</sup> Article 28 de la déclaration française des droits de 1793.

recours à la révision constitutionnelle est destiné à servir la cause privée de ses initiateurs. Ainsi, les majorités politiques trouvent dans l'avantage de leur nombre le moyen favori pour assurer leur mainmise sur la conduite des institutions étatiques. En conséquence, l'unique dessein de la plupart des initiatives de révision, le plus souvent d'origine parlementaire<sup>253</sup>, est « *de faire souffrir le droit pour servir leur pouvoir* »<sup>254</sup>. Même si les considérations subjectives restent les principales motivations des révisions fraudeuses, elles ne justifient pas à elles seules toutes les révisions dont certaines trouvent dans des conjonctures juridiques, voire judiciaires leur justification<sup>255</sup>. Dans la plupart des cas, les révisions s'inscrivent dans un environnement marqué par des crises politiques. Cela dit, dans la quasi-totalité des États francophones, les révisions par petites touches ne sont opérées que pour permettre au chef de se représenter, de renforcer ses pouvoirs ou de régler certains comptes<sup>256</sup>. À titre illustratif, il est montré qu'au Sénégal, la constitution de 2001 est en moyenne révisée tous les sept mois<sup>257</sup>. Aussi, cette frénésie révisionniste suscite des interrogations. C'est ainsi que le professeur Didier MAUSS relève que les révisions récurrentes de la constitution « *obligent à s'interroger sur le contenu même du droit constitutionnel* »<sup>258</sup>. Cela est d'autant plus vrai que le droit constitutionnel africain, marqué du sceau de la jeunesse, souffre de ces modifications qui touchent aux pouvoirs du président et à la question de sa succession. Les modifications dont les effets négatifs sont perceptibles sur l'équilibre constitutionnel finissent par lui faire perdre sa valeur intrinsèque, car elles ont une incidence sur le contenu de droit constitutionnel. C'est pourquoi le professeur Augustin LOADA et monsieur Luc IBRIGA font remarquer que dans ces conditions, la constitution ne vise qu'à favoriser directement ou indirectement la réalisation d'objectifs de nature politique, aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international<sup>259</sup>. À propos de la nocivité de la récurrence des révisions, ils

---

253 Au Burkina, toutes les révisions de la constitution trouvent leur origine dans des initiatives parlementaires. Les parlementaires burkinabè à qui il est reproché de ne pas faire usage de leur pouvoir d'initier des propositions de loi, ont toujours porté sur eux les initiatives des révisions de la constitution, sans doute dans le but de contenter le chef.

254 MARCILLACY Pierre, *Le Figaro* 12 février 1960 décrivant le rôle du conseil constitutionnel français à ses débuts.

255 VERDUSSEN Marc, « Le pointillisme constitutionnel », in *La Constitution hier, aujourd'hui et demain*, journées d'études organisées au Sénat le 4 octobre 2005, Cahier du Sénat de Belgique, N° 2, Bruylant, 2006, p. 123.

256 FALL Ismaël Madior, « L'évolution constitutionnelle au Sénégal », op. cit., p. 91.

257 Ibid., p. 191.

258 MAUS Didier, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2004, p. 709.

259 LOADA Augustin et IBRIGA Luc, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, Presses africaines, mars, 2007, p. 109.

mentionnent qu'au Burkina Faso<sup>260</sup>, certaines d'entre elles touchent au cœur du dispositif<sup>261</sup>. D'autres n'ont toutefois touché qu'à la périphérie du système<sup>262</sup>. C'est ce qui fait dire au professeur Marc VERDUSSEN « *qu'en procédant par petites touches successives, on introduit inévitablement dans la constitution des illogismes et, partant, on y sème un certain désordre* »<sup>263</sup>. Il importe de faire remarquer sur ce dernier point que l'introduction d'incohérence par des révisions par touches successives n'est pas toujours frauduleuse. Le caractère frauduleux de la révision résulte de la violation de l'essence même de la constitution et partant de la remise en cause des idéaux de la démocratie et de l'État de droit. Or, s'il est incontestable que la constitution peut et doit être révisée pour l'adapter aux nécessités du temps, la révision partielle doit être soumise au respect des nombreux impératifs constitutionnels faute de saper les fondements de l'ordre constitutionnel. En la matière, la révision partielle doit obéir au principe de « *l'unité de la matière* »<sup>264</sup>, c'est-à-dire observer scrupuleusement les finalités de la constitution. La révision ne doit porter que sur un objet ou, s'il y en a plusieurs, sur des objets qui sont entre eux dans un rapport étroit<sup>265</sup>, car la révision partielle maintient la constitution tout en la modifiant toujours « *dans les règles* » sur un objet déterminé<sup>266</sup>. La difficulté de ces révisions partielles tient non seulement à la modification qu'elles appellent mais également à l'observation des procédures et règles encadrant les révisions constitutionnelles. Toutefois, dans quelques cas, c'est au mépris des règles constitutionnelles que ces révisions sont opérées. Les révisions frauduleuses dont il sera question sont les révisions inhérentes à l'utilisation régulière des procédures et des formes.

Le constat en Afrique noire francophone est que nombre de révisions aux constitutions ne font pas l'objet de consensus et provoquent des réactions sociales très marquées<sup>267</sup>. Le moins

---

260 LOADA Augustin et IBRIGA Luc, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 109.

261 Par exemple, la suppression de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels en 1997 et son rétablissement trois ans plus tard en 2000, l'éclatement de la cour constitutionnelle en trois juridictions supérieures ; la création du Conseil constitutionnel la même année ; la suppression du bicaméralisme (chambre des représentants) en 2002.

262 En exemple la révision de 1997 a ainsi permis de débarrasser le texte constitutionnel de ses scories héritées de la période révolutionnaire.

263 VERDUSSEN Marc, « Le pointillisme constitutionnel », op. cit., p. 123.

264 AUBERT Jean-François, « La révision totale des constitutions ... », op. cit., p. 457.

265 Ibid., p. 457.

266 Ibid., p. 457.

267 C'est le cas de la révision des clauses limitatives des mandats qui divise les sociétés africaines entre partisans et adversaires de la révision. Le dernier exemple est fourni par l'organisation du référendum du 4 août 2009 par le président TANJA afin d'obtenir une rallonge de trois ans. La controverse suscitée a donné lieu à des marches des partisans des deux camps.

qu'on puisse dire à leur sujet est qu'elles sont moins inspirées par des intérêts collectifs que des intérêts subjectifs. La preuve en est donnée par le fait que la quasi-totalité des révisions constitutionnelles opérées dans les États couverts par notre étude concerne la circulation des élites au sommet de l'exécutif, c'est-à-dire la question de la succession du président de la République et l'étendue des pouvoirs de la majorité au pouvoir<sup>268</sup>. Celle-ci a plus un intérêt pratique évident que celle-là parce qu'elle concerne la limitation du mandat considérée par de nombreux constitutionnalistes comme la clef de voûte du constitutionnalisme africain. En effet, le verrouillage dont bénéficient les clauses limitatives des mandats présidentiels apparaît dans bien des cas comme un gadget décoratif. Pourtant, lorsqu'elles sont verrouillées, les clauses limitatives entrent en principe dans la catégorie juridique des règles insusceptibles de modifications, et, par conséquent, ne peuvent faire l'objet de révision, ni par la voie parlementaire, ni par la voie référendaire. En revanche, en l'absence du verrouillage, il apparaît que si la clause limitative du mandat peut faire l'objet de révision, celle-ci doit se faire dans le respect des règles de modifications de la constitution, mieux dans le respect de la finalité de la constitution. Dans les deux cas, eu égard à la finalité de la clause limitative des mandats présidentiels qui est de garantir l'alternance et de faire de la constitution la principale règle de dévolution du pouvoir, le maniement de ce principe devait être plus contraignant, ou, à tout le moins, consensuel. En conséquence, toute révision de cette clause sans la prise en compte de cette exigence dévierait la finalité de la constitution qui demeure avant tout un instrument de limitation du pouvoir. À cet égard, admettre la possibilité de réviser la clause limitative des mandats présidentiels, c'est méconnaître que la constitution a un esprit et une finalité. La solution serait, outre la nécessaire intériorisation des bonnes pratiques constitutionnelles par les acteurs politiques, d'agir sur les conditions de sa révision. Les illustrations suivantes de révisions frauduleuses partielles sont malheureusement aux antipodes de ces principes.

Le premier exemple concerne les révisions de la limitation du mandat présidentiel et de sa durée. Les révisions de ces matières constituent dans le contexte africain, les prototypes de révisions partielles frauduleuses. Au Burkina Faso, la double relecture de l'article 37 de la constitution du 02 juin 1991 qui porte sur la durée et la limitation du nombre de mandats présidentiels mérite un examen particulier pour une raison particulière. Les allers-retours entre l'instauration et la levée de la clause limitative des mandats sont la parfaite illustration

---

<sup>268</sup> DJEDJRO F. Mèlèdje, «La révision des constitutions dans les États africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, 1992, p. 111-134.



du caractère autoritaire du processus démocratique en cours au Burkina Faso<sup>269</sup>. De plus, il a été le premier pays, depuis le retour de la démocratie, à lever la clause limitative des mandats. De ce fait, le Burkina Faso passe pour être l’oiseau de mauvais augure en ce qu’il a ouvert la boîte de Pandore du révisionnisme de la clause limitative des mandats présidentiels en Afrique en général, en Afrique francophone en particulier<sup>270</sup>. Un rappel des circonstances de la révision de l’article 37 portant sur la clause limitative des mandats présidentiels ainsi que les motivations de celle-ci sont nécessaires pour comprendre le caractère frauduleux des révisions concernant la suppression de cette clause. Quel sens exact pouvait-on donner à cette clause ? En effet, de sa qualification dépend la nature frauduleuse ou non de la première révision de l’article 37.

La constitution du 2 juin 1991 qui a instauré le retour à un régime constitutionnel après un long intermède de onze années de régime d’exception a consacré un consensus des différents acteurs politiques sur la durée et le nombre du mandat présidentiel. L’adoption de la clause limitative des mandats s’inscrivait, en effet, dans un contexte qui avait été marqué par la non tenue de la conférence nationale. Les participants de l’assemblée constituante ont dû, sur la base d’un compromis, déterminer les conditions d’éligibilité du président de la République. Le camp présidentiel avait arraché la durée du mandat à sept ans contre la concession de la limitation du nombre de mandats à deux. Aussi cette constitutionnalisation de la clause limitative des mandats mettait fin à la controverse entre le camp présidentiel et l’opposition et devint le socle de la transition démocratie entamée. Ce compromis permettait au président d’exercer le pouvoir pour 14 ans au plus, période suffisante pour finaliser son programme de gouvernement. Ajouté aux quatre années passées au pouvoir entre 1987, date du coup d’État, et 1991, début d’exercice du pouvoir légal, le président COMPAORE aurait à la fin de son mandat exercé 18 ans de règne. Une telle durée n’était pas négligeable pour cette jeune nation. La limitation du mandat était donc l’expression souveraine du constituant originaire burkinabè de 1991 qui s’inscrivait dans la tradition de ses prédécesseurs de la II<sup>e</sup> et III<sup>e</sup>

---

<sup>269</sup> La démocratie en cours au Burkina Faso est taxée d’autoritaire parce que si les ressorts de la démocratie libérale sont mis en place, le verrouillage du système ne laisse guère la possibilité à l’éclosion d’un jeu démocratique pluraliste où s’épanouiraient les libertés démocratiques. En réalité, le régime en place s’appuierait sur un nombre important de ressources qui assureraient mainmise sur le système politique. V. Thiriot Céline, *Démocratisation et dé militarisation du pouvoir : étude comparative à partir du Burkina Faso, Congo, Ghana, Mali et Togo*, Thèse de doctorat en science politique, Bordeaux IV, 2 vol., 1999, 1035 p.

<sup>270</sup> LOADA Augustin M-G., « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op. cit.*, p. 139 et s., Disponible sur [www.afrilex.ubordeaux4.fr/pdf/3doc8loada.pdf](http://www.afrilex.ubordeaux4.fr/pdf/3doc8loada.pdf).

Républiques. Sa réapparition après la rupture de l'autoritarisme qui a prévalu jusqu'au début des années 1990 ne vient que renforcer l'érection de ce principe en principe fondamental de la République.

La majorité présidentielle ne put préserver le compromis puisqu'elle usa de son nombre pour réviser, en 1997 la constitution à l'effet de lever la clause limitative des mandats non sans avoir pris le soin de raccourci la durée du mandat présidentiel qui passa de sept à cinq ans<sup>271</sup>. Le caractère frauduleux de cette révision peut être recherché dans la rupture de ce compromis qui a acquis une valeur constitutionnelle, mais aussi dans le but de cette révision. Il apparaît alors nécessaire d'apprécier l'opération de la révision à l'aune des critères de la fraude.

En ce qui concerne l'utilisation de la procédure, il faut rappeler que l'initiative de la révision fut d'origine parlementaire. En effet, la proposition de révision de la constitution portée par quelques parlementaires reçut l'onction de la majorité du Parlement agissant en pouvoir constituant dérivé conformément à l'alinéa 1 de l'article 164 de la constitution. Le Parlement n'eut pas recours au référendum parce que la majorité parlementaire réunissait la majorité qualifiée des trois quarts des membres exigée par la constitution en vue d'opérer une révision. De ces entrefaites, il apparaît que l'utilisation des procédures en vue de la révision fut régulière. Toutefois, l'utilisation régulière n'était pas sans incidence sur la constitution, car en supprimant la clause limitative des mandats, un coup était porté à la cohérence d'ensemble de la constitution originale du 2 juin 1991 et surtout à sa volonté de limiter le pouvoir du président. Cette dernière finalité étant liée au contexte du renouveau des processus constitutionnels africains.

Dans la quasi-totalité des États africains, la limitation des pouvoirs des gouvernants était devenue une nécessité pour mettre fin aux longs règnes sans partage et faciliter la circulation des élites au sommet de l'État. La remettre en cause revenait à renier un principe sacro-saint de l'histoire constitutionnelle burkinabé consacré par les constituants de la deuxième et

---

<sup>271</sup> Loi N°002/97/ADP du 27 janvier 1997. Article 37 nouveau : « Le président du Faso est élu pour cinq ans au suffrage universel direct, égal et secret. Il est rééligible ».

troisième République<sup>272</sup>. De fait, outre sa valeur constitutionnelle, la clause limitative du nombre des mandats présidentiels peut être considérée comme une règle coutumière de première importance, voire un principe fondamental de la République. De ce fait, elle constitue le socle de la cohésion sociale pacifique. En la supprimant, les auteurs de la révision émasculent le dispositif constitutionnel d'un de ses particularismes. Par conséquent, réviser la constitution à l'effet de la dépouiller de la clause limitative des mandats va à l'encontre de l'objectif de la pacification sociale qui fut assignée à la limitation du nombre de mandats présidentiels.

À l'examen des motivations, il apparaît clairement que l'intention des auteurs de la révision était de permettre la réélection de façon indéfinie du président COMPAORE à la fin de son second septennat de 2005. Pour eux, la limitation des mandats est manifestement antidémocratique parce qu'elle restreint le choix du peuple. De ce fait, elle ne contribue pas nécessairement à l'ancrage de la démocratie, mais en constitue un obstacle<sup>273</sup>. Le dessein partisan qui se profilait derrière cette révision levait tout doute sur le destinataire de la révision. La connaissance du destinataire réel de l'acte achève dès lors de convaincre du caractère frauduleux de la levée de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels. Sans vouloir le reconnaître, c'était un secret de polichinelle que la révision fut réalisée pour permettre au président COMPAORE de se représenter et c'est ce qui adviendra aux élections présidentielles de novembre 2005 et 2010.

L'examen des incidences de la révision a permis de montrer que l'utilisation régulière des procédures de révision prévues au titre XV de la constitution de 1991 en levant la clause limitative des mandats a contrarié une finalité essentielle de la constitution au profit d'un intérêt partisan. Le caractère antidémocratique de cette révision peut être inféré de la révision de 2000 qui apparaît comme un aveu de la majorité présidentielle. En effet, le quadruple meurtre de Sapouy qui constitue dans l'histoire politique du Burkina Faso un tournant du

---

272 Article 25 de la constitution du 14 juin 1970 (II<sup>e</sup> République) : « Le président sortant est rééligible ; toutefois, il ne peut exercer plus de deux mandats successifs sans discontinuité » ; Article 14 de la constitution de 1977 (III<sup>e</sup> République) : « *Le président sortant est rééligible. Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs. En tout état de cause, nul ne peut postuler à un troisième mandat qu'après une interruption effective de cinq ans* ».

273 Depuis les élections présidentielles de 2005, les partisans du camp présidentiel avancent que si le Burkina Faso n'a pas le pétrole, il a Blaise Compaoré qu'on ne peut prendre le risque de laisser quitter le pouvoir.

processus démocratique, a permis au Collège des Sages<sup>274</sup> de recommander la restauration de la clause limitative des mandats. La loi N°003-2000/AN du 11 avril 2000 remodifia l'article 37 dans le sens de la restauration de la limitation du nombre de mandat renforcée de la réduction de sept à cinq ans de la durée du mandat. De l'aveu des initiateurs de la révision de 2000 (députés de la majorité au pouvoir)<sup>275</sup>, cette dernière a été motivée par la volonté d'assurer l'alternance à l'issue des deux mandats présidentiels. Or, c'est bien le choix de l'alternance qui a été consacré par le constituant originaire en limitant le nombre de mandats présidentiels à deux qui avait été contestée par la révision de 1997. Il est de ce fait logique d'affirmer que les initiateurs de la révision de 1997 qui sont les mêmes que ceux de 2000, et qui ont soutenu pour celle-ci le motif de l'alternance, n'étaient mûs en 1997 que par un intérêt incontestablement partisan. Le revirement de motifs lors de la révision de 2000 est à rechercher dans le contexte sociopolitique du moment commandé par le Collège des Sages installé à la faveur de la détérioration du climat social et politique consécutive aux quadruples meurtres de Sapouy. Toutefois, si la première révision de l'article 37 était à l'évidence une fraude à la constitution, elle n'est pas aussi préoccupante que le projet de révision en cours à l'effet de supprimer la clause limitative des mandats. Le probable retour à la situation de

---

<sup>274</sup> Suite à ce quadruple meurtre, le Burkina Faso plongea dans une crise politique profonde. Le président Blaise COMPAORE va créer par décret n° 99-158/PRES du 1er juin 1999 un Collège de Sages avec pour mission d'œuvrer à la réconciliation des cœurs et à la consolidation de la paix sociale. À cette fin, il était chargé : de passer en revue tous les problèmes pendants qui sous-tendent la crise actuelle ;  
▶ de proposer le traitement à réserver à tous les crimes impunis ainsi qu'à toutes les affaires d'homicide résultant ou présumé lié à la violence en politique, pour la période allant de 1960 à nos jours ;  
▶ de faire des recommandations susceptibles de promouvoir la réconciliation nationale et la paix sociale."

Ce collège de Sages était constitué des anciens chefs d'Etat, des religieux (un représentant de l'Église catholique, un représentant de la communauté musulmane, un représentant des églises protestantes), et des représentants de la chefferie traditionnelle afin de lui faire des propositions de sortie de crise. S'appuyant sur le fait que la création dudit collège a été rendu nécessaire par le fait que « La crise que notre pays traverse depuis quelques mois est réelle et profonde. Elle n'est pas que conjoncturelle ; elle est structurelle. Elle s'étend à tous les secteurs de la vie nationale et touche toutes les couches de la population. Elle se manifeste dans les domaines social et culturel, politique et administratif, économique et enfin au niveau éthique. Les tragiques événements récents, notamment le drame intervenu le 13 décembre 1998 à Sapouy, n'en ont été que le détonateur. Les sages, dans leur Rapport du 30/07/99 ont fait des propositions dont les plus importantes concernent la réforme en profondeur des institutions politiques, l'indemnisation des victimes en politique.

<sup>274</sup> Le journal d'investigation Norbert Zongo, directeur de publication journal hebdomadaire l'*Indépendant* qui enquêtait sur la mort de David Ouédraogo chauffeur du frère cadet du président Compaoré avait trouvé la mort avec ses quatre compagnons d'infortune dans une ville située à une centaine de kilomètres au sud de Ouagadougou. Le collège des Sages installé pour proposer des solutions de sortie de crise avait fait des recommandations sur la réforme des institutions, laquelle a abouti entre autres à la relecture du code électoral à travers le changement de son mode de scrutin et au retour à la clause limitative des mandats présidentiels. Mais après les élections législatives de mai 2005 le parti au pouvoir qui en était sorti avec une courte majorité à l'Assemblée nationale est revenu sur les concessions faites. Ainsi, il se retrouvera avec une majorité à la soviétique aux élections présidentielles de 2005 et législatives de 2007 confirmant ainsi les résultats qu'il a toujours obtenus depuis les élections de 1991.

<sup>275</sup> Les députés du Congrès pour la Démocratie et le Progrès, parti majoritaire au Burkina Faso.

1997, outre son caractère frauduleux, va entraîner une dévalorisation de la constitution de 1991 et instaurer un régime à vie au mépris des limites internationales à la remise en cause des principes démocratiques.

La révision constitutionnelle de la clause limitative des mandats va se répéter à quelques différences au Tchad en 2001, au Sénégal, en Tunisie en 2002, au Cameroun en 2008, en Algérie en 2008 et au Niger en 2009<sup>276</sup>. Excepté le Niger, les initiateurs des révisions dans les pays énumérés ont pris le soin de respecter les procédures constitutionnelles. Il faut préciser que le respect du formalisme dans ces pays a été facilité par le non-verrouillage de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels. L'incongruité de la révision constitutionnelle du Niger tient au fait que le respect des normes n'était, ni un moyen, encore moins un objectif recherché par les auteurs de la révision. Aussi, la révision de la clause limitative des mandats, fût particularisée par le non respect des procédures constitutionnelles<sup>277</sup>, mais fut obtenue par le biais d'une révision totale, qui, aux termes de la constitution du 4 août 1999, était impossible<sup>278</sup>. La fraude dans cette situation résulte non pas de l'utilisation régulière, mais de l'instrumentalisation du droit à des fins subjectives dans la mesure où le président TANJA utilisa abusivement les pouvoirs de crise pour créer un droit nouveau.

Le Togo offre l'exemple de l'illustration parfaite de la manipulation frauduleuse de la constitution. En 2005, le général EYADEMA qui avait dirigé son pays d'une main de fer décède. Les autorités militaires du Togo, par la voix du chef d'état-major de l'armée togolaise, Zakari NANDJA, décident de confier la présidence vacante à Faure EYADEMA, fils du défunt président et précédemment ministre des mines et de l'équipement. La désapprobation nationale et internationale est prompt<sup>279</sup>. Son camp fait appel à un éminent juriste pour

---

<sup>276</sup> Au Tchad, au Sénégal et au Niger, la révision va se réaliser par le biais d'une loi référendaire alors qu'au Cameroun, en Algérie et en Tunisie, elle a été réalisée par voie parlementaire.

<sup>277</sup> Au Niger, l'article 49 de la constitution de 1999 précise que « *le président de la République peut, après avis de l'Assemblée nationale et du président de Cour Constitutionnelle, soumettre au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple à l'exception de toute révision de la présente constitution qui reste régie par la procédure prévue au titre XII* ».

<sup>278</sup> Avis de la Cour constitutionnelle du Niger de mai 2009.

<sup>279</sup> Alpha KONARÉ, alors président de la Commission de l'Union africaine, dira sur Radio France internationale que "Ce qui est en cours au Togo, appelons les choses par leur nom, c'est une prise de pouvoir par l'armée, c'est un coup d'Etat militaire". Le président en exercice de la CEDEAO et de l'UEMOA, le nigérien Mamadou TANJA, affirmera que la prise du pouvoir par l'armée au Togo samedi

trouver une solution à sa succession. La mission était des plus complexes puisqu'elle consistait, en un temps limité, à proposer le scénario parfait afin que Faure EYADEMA accède au trône. L'organisation de la succession devra tenir compte de l'article 60 de la constitution qui prévoit un intérim de 60 jours en cas de vacance du pouvoir<sup>280</sup>. Elle fut finalement organisée en quatre grandes phases :

- première opération : empêcher le président de l'Assemblée nationale, dauphin constitutionnel en mission à l'étranger, de regagner le pays.
- seconde opération consistait à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale afin de permettre au ministre FAURE de retrouver son poste de député perdu après les élections présidentielles de 2003.
- troisième opération, procéder à son élection comme nouveau président de l'Assemblée nationale.
- quatrième opération, la Cour constitutionnelle du Togo devait parachever l'œuvre entreprise en désignant et recevant le serment du député Faure EYADEMA comme chef de l'État par intérim.

Le déroulement des faits montre que la fraude ne résulte pas ici d'une utilisation régulière des procédures, mais d'un montage juridique, d'une véritable instrumentalisation du droit afin de contourner la constitution à des fins partisans. Dans cette hypothèse, il s'agira moins de vérifier l'existence de l'élément matériel de la fraude, que de relever l'artifice juridique qui a été réalisé. Au regard des faits, on peut affirmer que le moyen utilisé était frauduleux parce que l'opération de succession a été organisée de toutes pièces afin de porter Faure EYADEMA au pouvoir. Un montage juridique a été réalisé afin de conférer une apparence de juridicité à la succession organisée. L'examen des actes posés montrera qu'ils ne bénéficient pas du brevet de légalité.

L'examen chronologique des actes posés conduit premièrement à répondre à la question de savoir si l'absence du président de l'Assemblée pouvait-elle être qualifiée de cas de vacance

---

est une « violation constitutionnelle ». L'Union Africaine, l'Union européenne et les Nations unies vont s'inscrire dans cette vague de désapprobation et appeler au respect de la légalité constitutionnelle.

280 Art. 65 de la Constitution: « En cas de vacance de la présidence de la République par décès, démission ou empêchement définitif, la fonction présidentielle est exercée provisoirement par le président de l'Assemblée nationale. La vacance est constatée par la Cour Constitutionnelle saisie par le gouvernement ».

au sens de l'article 54 de la constitution du Togo<sup>281</sup>? Si, *a priori*, les termes de cet article se prêtaient à cette interprétation, il n'en était rien. En effet, cet article prévoit la vacance de la présidence de l'Assemblée nationale ou du Sénat dans trois hypothèses que sont « *le décès, la démission ou pour une toute autre cause* ». Puisque le président de l'Assemblée Fambaré OUATTARA NATCHABA était en vie, mais en mission à l'étranger et n'avait pas rendu sa démission<sup>282</sup>, la seule issue restait la brèche laissée par la dernière hypothèse qui prévoit la vacance pour « *toute autre cause* ». Pour les auteurs de ce montage, la mission officielle à l'étranger du président de l'Assemblée nationale rentrait dans cette hypothèse. Par conséquent, la constatation de la vacance du pouvoir s'imposait. Avant que la Cour constitutionnelle n'eût à se prononcer sur cette situation, l'armée constata la vacance du pouvoir. Cette lecture des faits n'était pas acceptable parce qu'en bien des points, le déroulement des opérations a été influencé par l'armée dont l'attitude rendait illégale la succession. En effet, l'opération était entachée d'illégalité parce que l'avion commercial emprunté par le président de l'Assemblée nationale a été empêché de rentrer au Togo pour cause de fermeture des frontières terrestres et aériennes. Or, en empêchant le président de l'Assemblée de regagner son pays, son absence se présentait moins comme une absence volontaire ou une force majeure insurmontable, que comme un exil forcé. En réalité, le montage était grossier. Pis, il n'était pas conforme à la constitution.

La violation de la constitution porte dans cette situation sur la méconnaissance de l'interdiction de révision en cas de vacance de la présidence de la République telle que prévue par le Titre XIII de la constitution<sup>283</sup>. L'article 144 *in fine* de celle-ci prévoit, en effet,

---

<sup>281</sup> Art. 54 de la constitution du Togo : L'Assemblée nationale et le Sénat sont dirigés chacun par un président assisté d'un bureau. Les présidents et les bureaux sont élus pour la durée de la législature dans les conditions fixées par le règlement intérieur de chaque Assemblée.

En cas de vacance de la présidence de l'Assemblée nationale ou du Sénat, par décès, démission ou toute autre cause, l'Assemblée nationale ou le Sénat élit un nouveau président dans les quinze (15) jours qui suivent la vacance, si elle/il est en session ; dans le cas contraire, elle/il se réunit de plein droit dans les conditions fixées par son règlement intérieur. Il est pourvu au remplacement des autres membres des bureaux, conformément aux dispositions du règlement intérieur de chaque Assemblée.

<sup>282</sup> À l'annonce donc de la mort du général Eyadéma, le président du Parlement togolais, Fambaré Ouattara Natchaba, était en mission en Europe. Il a aussitôt tenté de rejoindre son pays avant de voir son avion (une ligne commerciale) dérouté vers Cotonou, la capitale du Bénin voisin ; ceci en raison de la fermeture de toutes les frontières du pays.

<sup>283</sup> L'Assemblée nationale vota la révision à l'unanimité des membres présents de l'Assemblée. Après cette destitution, Faure Gnassingbé à nouveau député a pu être élu président de l'Assemblée, par la même unanimité de ses membres présents, 67 voix sur 815, a voté deux révisions constitutionnelles pour mieux asseoir le nouveau pouvoir. La première révision porte sur l'Article 144 qui empêchait toute révision en

« qu'aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie en période d'intérim ou de vacance ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». En dépit de cette interdiction, la constitution sera bel et bien révisée en deux points majeurs par une majorité de 67 voix sur 81<sup>284</sup>. Pour les députés togolais, il s'agissait de réaliser une « fraude pour tiers ».

La première révision concerna l'article 144 à l'effet de soustraire la période d'intérim des limites à la révision de la constitution de sorte que la seule cause d'interdiction de la révision soit désormais l'atteinte à l'intégrité du territoire. Ainsi, cette révision permettait la seconde révision relative à l'Article 65 fixant à soixante jours la durée de l'intérim présidentiel. L'article 65 nouveau étendait la période de l'intérim au reste du mandat de l'ancien président. Sur cette base Faure GNASSINGBÉ devient donc président jusqu'en 2008, terme du mandat de son défunt père. Les deux révisions réalisées étaient inconstitutionnelles en ce qu'elles ont été effectuées en violation de la constitution du Togo dans sa version antérieure. La première révision étant contraire à l'article 144 de la constitution originale, la deuxième qui en découlait était elle-même inconstitutionnelle. Ce faisant, dès lors qu'il était question d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire qu'il y eut atteinte à une disposition expresse de la constitution, l'argument de la fraude dans son entendement premier ne pouvait être retenu. Toutefois, la contestation de cette inconstitutionnalité par la communauté internationale donna lieu à un semblant de succession légitime frisant la fraude avec le remplacement du président Faure EYADEMA démissionnaire le 25 février 2005 par son vice-président Abbas BONFOH. En vérité, les péripéties de la succession présidentielle togolaise dénotaient une instrumentalisation du droit constitutionnel de succession dont les dénonciations ont contraint le bénéficiaire à la reddition. Ce faisant, si la démission de Faure a mis fin à l'inconstitutionnalité, la dévolution du pouvoir qui a suivi, a par contre privé le dauphin constitutionnel, contraint à l'exil, d'accéder au pouvoir dévoyant l'esprit de la

---

période d'intérim La première révision porte sur l'Article 144 qui empêchait toute révision en période d'intérim. Désormais, les révisions ne sont plus impossibles que s'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, ce qui autorise alors la seconde révision. Celle-ci est relative à l'Article 65, l'intérim présidentiel couvrant dès lors le reste du mandat de l'ancien président : Faure Gnassingbé devient donc président jusqu'en 2008, terme du mandat de son défunt père. Il n'y a pas de doute sur l'inconstitutionnalité de la première révision qui a été effectuée en violation de la constitution dans sa version antérieure, de sorte que les conséquences qui en découlent, soit la seconde révision, sont aussi inconstitutionnelles.

<sup>284</sup> [www.republicoftogo.com](http://www.republicoftogo.com).



constitution<sup>285</sup>. Cette issue des événements lève toute ambiguïté sur les intentions réelles des auteurs de la manipulation de la constitution, le Rassemblement du Peuple Togolais dont la volonté était de conserver le pouvoir et de le confier au clan Eyadema qui n'entendait pas le perdre. Malgré les nombreuses atteintes portées à la constitution, la Cour constitutionnelle du Togo valida la transmission du pouvoir de Faure EYADEMA. Cette certification de la fraude à la constitution pose avec acuité le problème du rôle des juridictions constitutionnelles en Afrique. Dans le cas d'espèce, hormis la Cour qui n'a pu la constater, la violation de la constitution togolaise était manifeste. Était-elle aux ordres sous l'effet de la pression du camp EYADEMA, ou avait-elle décidé de s'associer à une instrumentalisation pour servir une cause?

Les exemples évoqués montrent bien que certaines révisions partielles, quelle que soit par ailleurs la procédure utilisée, sont constitutives de fraude à la constitution. L'examen des révisions totales montrera qu'elles non plus n'échappent pas à la qualification de fraude à la constitution.

## B. DES REVISIONS TOTALES FRAUDULEUSES

La révision totale fait l'objet de plusieurs acceptions. Selon le professeur Otto PFERSMANN, le qualificatif « *total* » peut avoir dans le mot révision totale deux significations. Soit une signification très précise dans un texte constitutionnel, c'est-à-dire le remplacement d'un texte par un autre, même si le contenu est le même, soit, il ne s'agit pas du texte, mais de la norme; le mot « *total* » signifie donc « *très important* », « *fondamental* », « *touchant la structure essentielle* ». Cette distinction rencontre l'adhésion du professeur Jean-François AUBERT. Pour lui, il y a révision totale de la constitution lorsqu'une « *révision remplace une constitution par une autre et elle la remplace "dans les règles"* ». *Ce qui veut dire que la nouvelle constitution succède à l'ancienne selon les règles de celles-*

---

<sup>285</sup> Pour une autre analyse de la succession anticonstitutionnelle du Togo. Voir El Hadj Omar DIOP, Autopsie d'une crise de succession constitutionnelle du chef de l'État en Afrique. L'expérience togolaise (5-26 février 2005), *Politeia*, n°7, 2005, p. 115-173; Roland ADJOVI, Togo, « Un changement anticonstitutionnel savant et un nouveau test pour l'Union Africaine », *Actualité et Droit International Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi).

ci »<sup>286</sup>. Cette conception de la révision totale est qualifiée de juridique. Elle met, en effet, l'accent sur *la délimitation* de la révision totale<sup>287</sup>. Le critère de la révision totale tiendrait à l'existence d'une nouvelle constitution qui remplace une ancienne.

À côté de la définition juridique, il existe une autre définition dite politique qui permet de compenser les insuffisances de cette approche considérée comme trop formelle. Elle se distingue de l'approche juridique à laquelle il est reproché de ne pas suffisamment rendre compte du rapport entre le contenu de l'ancienne constitution et celui de la nouvelle. Cette seconde approche politique de la révision repose sur quatre finalités différentes<sup>288</sup>. Ce sont :

- changer le régime politique d'un État,
- remettre une constitution sur le métier pour en approfondir les principes et pour en ôter les défauts que son usage aura révélés,
- moderniser une constitution ancienne et vieillie et l'accommoder au goût du jour sans en modifier les fondements,
- les révisions partielles à répétition qui débouchent sur une nouvelle constitution.

Changer la constitution, c'est changer totalement l'ensemble des règles, y compris la règle permettant de modifier ces règles. Le problème de la révision totale ou changement de constitution n'est pas récent. Dans nombre de constitutions anciennes, elle était prévue. En France, le principe avait été posé dans les constitutions de 1793, de 1848 et de la II<sup>e</sup> république de 1875. Celle de 1793 prévoyait qu' « *un peuple a toujours le droit de revoir, reformer et de changer sa constitution* ». La constitution de 1848 disposait que « *l'Assemblée nationale pourra émettre le vœu que la constitution soit modifiée en tout ou partie* ». L'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait quant à lui que « *Les délibérations portant révision des lois constitutionnelles, en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale* ». Le professeur Franck MODERNE fait remarquer qu'en Amérique latine, même si la tendance est à l'abandon, certaines constitutions envisagent parfaitement la révision totale à côté de la révision partielle

---

<sup>286</sup> AUBERT Jean-François, « La révision totale des constitutions... », op. cit., p. 456.

<sup>287</sup> Ibid. p. 460-461.

<sup>288</sup> Ibid., 461.

selon des modalités parfois différentes<sup>289</sup>. C'est le cas notamment de l'Argentine, de Cuba ou encore du Brésil<sup>290</sup>.

La révision totale peut être frauduleuse parce qu'en dépit du formalisme qui a été observé à l'adoption de la nouvelle constitution, la volonté du pouvoir constituant originaire manifestée dans l'ancienne constitution n'a pas été respectée. C'est dire que, lorsque survient une révision totale de la constitution qu'elle même n'avait pas prévue, il y a trahison de la volonté du pouvoir constituant originaire. Aussi, dans cette hypothèse, même si la révision totale est réalisée avec l'onction du peuple, son caractère frauduleux reste entier. Le caractère frauduleux qui pourrait subsister dans certains cas de révision totale malgré l'intervention directe du peuple ne signifie pas pour autant qu'il lui est impossible d'intervenir directement dans la gestion de l'État. La réalité est que le peuple jouit d'une légitimité démocratique, mais celle-ci est soumise à des conditions. C'est ce que montre fort bien Henry ROUSSILLON qui estime que si le peuple peut intervenir à tout moment dans la vie étatique, son intervention est nécessairement encadrée dans un monde juridique. Dans un monde pré-étatique ou pré-juridique où il est la manifestation de la souveraineté à l'état 'pur', le peuple peut librement se prononcer notamment au moment de la création ou de la transformation fondamentale de l'État en vue d'adopter une nouvelle<sup>291</sup>. Cela conduit à distinguer le pouvoir constituant originaire du pouvoir constituant dérivé. L'argument qui vient d'être développé sur l'intervention du peuple dans la vie étatique est partagé dans une certaine mesure par le professeur MODERNE qui fait remarquer que l'intervention du peuple n'est pas suffisante pour transformer le pouvoir constituant dérivé en pouvoir constituant originaire<sup>292</sup>. Dans tous les cas et pour paraphraser le professeur MODERNE, on peut conclure que, lorsque la révision totale n'est pas organisée par la constitution, la révision totale reviendrait à reconnaître

---

<sup>289</sup> MODERNE Franck, « La notion de révision de la constitution », XVI<sup>e</sup> Cours international de justice constitutionnelle, la révision de la constitution, in *A.I.J.C.*, XX-2004, p. 437.

<sup>290</sup> La constitution de Cuba de 1976 prévoit que la « *constitution peut être reformée totalement ou partiellement* ». La constitution argentine de 1994 dispose que « *la constitution peut être révisée totalement ou dans l'une ou l'autre de ses parties* ». La constitution du Brésil de 1988 en fait de même. Voir MODERNE Franck, « La notion de révision de la constitution », XVI<sup>e</sup> Cours international de justice constitutionnelle, la révision de la constitution », précité.

<sup>291</sup> ROUSSILLON Henry, « Contre le référendum », *Pouvoirs*, 77, 1996, 189. Les moments de création ou de transformation de l'État à la suite d'indépendance, d'une révolution ou d'un changement plus ou moins violent de régime constitution.

<sup>292</sup> MODERNE Franck, « La notion de révision de la constitution », op. cit., p. 438.

que la constitution initiale n'était pas l'œuvre de la raison<sup>293</sup>. Quelques révisions totales permettront d'illustrer les fraudes à la constitution en Afrique.

Les processus de révision des constitutions du Sénégal de 2001 et du Niger de 2009 seront sollicités pour illustrer l'hypothèse de la révision totale frauduleuse. Dans ces deux pays, les procédures utilisées pour l'adoption des nouvelles constitutions sont loin d'être exemptes de toutes critiques. Du reste, l'adoption de la toute récente constitution de la VI<sup>e</sup> république du Niger illustre parfaitement la catégorie de la révision frauduleuse totale.

Le Sénégal est, en effet, le seul pays de la sous-région ouest-africaine à n'avoir pas encore connu de coups de forces militaires, malgré une histoire constitutionnelle fortement marquée ces deux dernières décennies par une frénésie révisionniste constitutionnelle à tout le moins inquiétante. Pour preuve, l'adoption de la constitution de 2001 qui s'inscrit dans « *une perspective de rupture* »<sup>294</sup> répond aux critères de la révision totale. Cette révision totale est pour le moins contestable, car son élaboration est entachée de fraude. Ce qui est au moins certain comme le font remarquer une partie de la doctrine sénégalaise, cette révision est entachée d'irrégularité. C'est l'anormalité associée à la procédure d'adoption de cette constitution qui fait dire au professeur Ismaël Madior FALL, « *le mode de rupture emprunté n'a pas été scrupuleusement respectueux des formes et procédures prescrites par l'ordonnancement constitutionnel* »<sup>295</sup>. Cette révision dans ces conditions échappe difficilement à la catégorie des révisions totales frauduleuses. Cela se comprend aisément si l'on se réfère au contexte politique qui a vu naître la constitution de 2001. S'il y a révision frauduleuse totale dans l'adoption de la constitution de 2001, c'est parce que la procédure utilisée a permis de changer, au forceps, la volonté du constituant originaire de 1963 à des fins purement partisans. L'appréciation des faits permettra de montrer que sont constitués les éléments de la fraude.

La fraude à la constitution, on l'a relevé, diffère de la violation au sens strict de la constitution par le fait que le moyen utilisé dans ce cas bénéficie d'une régularité formelle tant du point de vue de la procédure que de la lettre de la constitution. Dans le cas de l'adoption de

---

<sup>293</sup> MODERNE Franck, « La notion de révision de la constitution », op. cit., p. 438.

<sup>294</sup> FALL Ismaël Madior FALL, *L'évolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 91.

<sup>295</sup> Ibid., p. 92.

la constitution du 22 janvier 2001, l'unanimité ne se fait pas sur la régularité de la procédure utilisée. Si les auteurs de la révision affirment que la procédure fut régulière cette position n'est pas admise par une partie de la doctrine sénégalaise. Cette irrégularité trouverait son terreau dans l'accession du président WADE en 2000 à l'issue du deuxième tour des élections présidentielles l'ayant opposé au président Abdou Diouf<sup>296</sup> qui s'est soldée par une « *grande alternance incomplète*<sup>297</sup> ». L'incomplétude de cette alternance résulterait selon le professeur Madior Fall, du fait que le remplacement du président n'a pas été accompagné d'un changement d'une majorité parlementaire favorable au nouveau président<sup>298</sup>. L'opposition socialiste restait majoritaire au Parlement. Il fallait pour cela provoquer de nouvelles élections pour espérer qu'avec la dynamique du « *sopi* »<sup>299</sup>, le peuple donne une majorité parlementaire au président afin de lui permettre de réaliser son programme. Le président WADE procéda à une dissolution de l'Assemblée qui ne semblait pas plausible au regard de la configuration du Parlement dominé par le Parti Socialiste. En effet, le droit de dissolution au Sénégal était prévu par l'article 75 bis de la loi constitutionnelle de 1963 introduit par la réforme de 1970 qui prévoyait que « *le président de la République peut prononcer, par décret, la dissolution de l'Assemblée nationale, après avis de son président, lorsqu'elle a adopté une motion de censure du Gouvernement* ». Avec la configuration des forces politiques en présence, le président WADE n'avait aucune chance de parvenir à ses fins sur la base de cette disposition, car il était inconcevable que le parti socialiste, qui avait déjà été fragilisé par l'élection présidentielle et le ralliement d'une de ses franges au PDS, décide volontairement de se faire hara-kiri en abrégeant le mandat de ses élus. La révision par la voie parlementaire était alors illusoire, car elle menaçait les intérêts de ceux qui devaient l'approuver<sup>300</sup>. Le président WADE eut alors recours à l'article 46 de la constitution pour faire adopter le projet de constitution directement par le peuple sans passer par l'Assemblée nationale. Selon cet article 46 « *le président de la République peut, sur la proposition du Premier ministre et après avoir consulté les présidents des assemblées recueillir l'avis du Conseil constitutionnel, soumettre tout projet de loi au référendum* ». Se posait alors la

---

<sup>296</sup> Il a régné deux décennies sur le Sénégal, c'est-à-dire de 1980 à 2000.

<sup>297</sup> LEBRETON G., « Les alternances sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, n°4, 1998, p. 1073.

<sup>298</sup> FALL Ismaël Madior, *Evolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 92. Voir également Décision n°77-AFFAIRE N°6/C/2009, du 2 janvier 2001, Régularité du Référendum constitutionnel, obs. Abdoulaye DIEYE, p. 401, Les décisions et avis du conseil Constitutionnel du Sénégal, sous la dir. FALL Ismaël Madior FALL, CREDILA, 2008.

<sup>299</sup> Le mot signifie « Changement » en langue wolof, une des langues les plus parlées au Sénégal.

<sup>300</sup> FALL Ismaël Madior, *Evolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 93.

question de la régularité du recours à cette disposition. Autrement dit, le recours au peuple pour l'adoption d'une nouvelle était-il conforme à la constitution ou s'agissait-il d'une révision totale frauduleuse de la constitution? La réponse à cette interrogation ne paraissait pas si simple tant les dispositions constitutionnelles sur la révision de la constitution offraient une diversité d'interprétations. résulteraient, à en croire Abdoulaye DIEYE, de la lacune de la constitution<sup>301</sup>.

La réponse à la possibilité de recours au référendum pour modifier la constitution comme le relève fort à propos le professeur Ismaël Madior FALL passait par le dénouement de l'équation posée par l'expression « *tout projet de loi* ». Vraisemblablement, la réponse invitait les protagonistes et les observateurs à l'exégèse de la formule sus citée. Au demeurant, il fallait savoir si cette formule réalisait avec l'expression « *tout projet de constitution* » une parfaite synonymie. La loi était-elle prise dans son acception matérielle ou formelle ? En clair, il s'agissait de savoir si la constitution devait être considérée comme la loi entendue dans son acception extensive, c'est-à-dire dans sa formulation de règle de droit de portée générale et impersonnelle. Ce qui signifierait que dans la formulation « *tout projet de loi* », il fallait y inclure la constitution. Pour nombre d'observateurs, la réponse négative s'imposait. Se prononçant sur la question, le professeur Ismaël Madior FALL fait observer que la tradition constitutionnelle sénégalaise admet une pratique totalement différente, car la lecture des travaux préparatoires de la réforme constitutionnelle de 1963 montre bien la volonté des rédacteurs de l'acte constitutionnel de 1963 de ne recourir à l'article 46 que pour des « *questions particulièrement importantes* »<sup>302</sup>. Selon lui, on peut même conclure à l'existence dans la situation sénégalaise d'une convention de la constitution qui interdisait de ne pas utiliser cette disposition « *pour une révision de la constitution, a fortiori pour soumettre un projet de constitution au référendum* »<sup>303</sup>. Dans ces conditions, note le professeur Ismaël FALL, il en résulte une impossibilité de la révision totale de la constitution de 1963. L'argumentation ainsi énoncée repose sur deux éléments fondamentaux. Primo, la tradition constitutionnelle sénégalaise n'a jamais assimilé la formule « *tout projet de loi* » à

---

<sup>301</sup> DIEYE Abdoulaye, obs. sur la Régularité du Référendum constitutionnel, Décision n°77-AFFAIRE N°6/C/2009, du 2 janvier 2001 in Les décisions et avis du conseil constitutionnel du Sénégal, ss la dir. FALL Ismaël Madior FALL, CREDILA, 2008, p. 401.

<sup>302</sup> HESSELING G., *Histoire politique du Sénégal*, Paris, Karthala, 1985, p.43 cité par FALL Ismaël Madior FALL, *ibid.*, p. 96

<sup>303</sup> FALL Ismaël Madior, *Évolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 96.

« *tout projet de constitution* ». Si cette argumentation nous paraît historiquement acceptable au regard du droit constitutionnel sénégalais qui n'admet pas une diversité d'interprétations de cette formule, juridiquement, elle peut être contestée, car la constitution est au sens général une loi. Dans ce cas, le président sénégalais pouvait s'en référer d'autant plus que la constitution n'interdisait pas expressément une telle procédure.

Le deuxième argument défendu par le professeur Madior FALL est qu'il ne peut être utilisé une disposition d'une constitution pour mettre à mort la même constitution, car celle-ci ne peut contenir les germes de sa propre destruction ou fournir les armes qui causent sa propre mort<sup>304</sup>. Une telle position ne nous semble pas totalement acceptable, car l'étude comparative nous fournit les exemples de constitution qui organisent leur propre modification totale<sup>305</sup>. Mieux, l'abrogation de la loi reste un moyen pour mettre fin à l'existence d'une règle nouvelle inadaptée ou devenue désuète.

Pour les partisans de la régularité du recours à l'article 46, la constitution n'ayant pas prévu une procédure particulière pour sa révision totale, celle-ci restait possible par le truchement de cette disposition. En conséquence, le recours au peuple pour adopter la constitution sans le recours à l'avis du président de l'Assemblée n'était pas illégal. Cette controverse autour de l'utilisation de l'article 46 par le président WADE rappelle la révision de la constitution française de 1962.

En effet, le général de GAULLE voulu modifier l'article 7 de la constitution de 1958 pour instituer l'élection du président de la République au suffrage universel direct alors que le Sénat était hostile à cette réforme. Sachant qu'elle n'avait pas de chance d'aboutir dans le cadre de l'article 89, il soumit directement le projet de révision au référendum en invoquant non pas l'article 89, mais l'article 11, ce qui permettait de contourner le Parlement<sup>306</sup>. Cette initiative déclencha une controverse constitutionnelle dont les échos se font toujours entendre. Les principaux arguments peuvent être résumés comme suit.

---

<sup>304</sup> FALL Ismaël Madior, *Évolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 96.

<sup>305</sup> Voir infra, les constitutions de la France de 1793 et 1848 et 1875 ainsi que celles plus récentes de l'Argentine, de Cuba, du Brésil.

<sup>306</sup> HAMON Francis, TROPER Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> édition, L.G.D.J, 2009, pp. 508-511.

Pour le général de GAULLE et son Premier ministre de l'époque, G. POMPIDOU, l'article 11 de la constitution, qui autorise le président de la République sur proposition du gouvernement ou des assemblées, « à soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics », serait applicable à un projet de révision constitutionnelle <sup>307</sup>. Les partisans du référendum soutenaient encore que le peuple étant souverain, il ne peut être lié par aucune procédure préétablie.

Pour les opposants à cette thèse, ces arguments n'étaient pas acceptables. En réaction à la première argumentation, ils avançaient que l'admettre reviendrait à soutenir l'existence de deux procédures parallèles de révision: celle de l'article 89 et celle de l'article 11. Selon eux, s'il en était ainsi, les constituants auraient fait preuve d'un grand désordre, car l'article 89 est inclus dans un titre spécial intitulé « *De la révision* ». Or, ou bien ce titre n'a pas de sens, ou bien toutes les règles relatives à la révision s'y trouvent réunies.

Par ailleurs, en réponse à la seconde argumentation, les adversaires faisaient valoir à propos du peuple souverain que le peuple n'est pleinement souverain que, lorsqu'il exerce le pouvoir constituant originaire, mais que, ayant adopté la constitution de 1958, il acceptait d'exercer sa souveraineté seulement dans les formes prévues par le texte<sup>308</sup>.

En dépit de la controverse constitutionnelle qu'elle suscita, le projet de loi fut néanmoins soumis avec succès au référendum. Saisi par le président du Sénat pour apprécier sa conformité à la constitution, le Conseil constitutionnel français se déclara incompétent au motif que « *celle loi constituait l'expression directe de la souveraineté nationale* »<sup>309</sup>.

En 1969, en se fondant sur l'article 11, le général de GAULLE soumit au référendum un projet de révision constitutionnelle visant l'organisation régionale et la transformation du Sénat. Le peuple rejeta ce projet. En dépit de cet échec, il n'empêche que la révision de la constitution par la voie de l'article 11 fut utilisée avec succès par d'autres présidents de la

---

<sup>307</sup> HAMON Francis, TROPER Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, Ibid., p. 509.

<sup>308</sup> Ibid. pp. 508-511.

<sup>309</sup> Conseil Constitutionnel français déc. N°62-20 du 6 nov. 1962, Rec., p. 22.



France<sup>310</sup>. En définitive, on constate que l'adoption de certaines lois constitutionnelles par cette voie reste toujours possible, malgré la réforme constitutionnelle opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Au Sénégal, les critiques de la procédure ont été entendus par l'exécutif puisque la procédure sera réajustée par le biais d'une régularisation *ex-post* qui consacra dans la constitution la possibilité de la réviser par consultation directe du peuple. L'irrégularité de ce montage juridique transparaît à l'article 52 de la constitution qui prévoit désormais que « *le président de la République peut soumettre tout projet de loi constitutionnelle au peuple* ». C'est là l'aveu que la procédure de révision prévue par l'article 46 de l'ancienne constitution n'était pas celle qu'il convenait d'utiliser pour la fondation d'une nouvelle constitution, car elle était plutôt réservée à la révision de la loi ordinaire comme il a été soutenu.

Dans tous les cas, le caractère régulier ou non de la procédure n'enlève rien à son caractère frauduleux si l'on s'en tient au coup porté à la volonté du pouvoir constituant originaire de 1963 et à la destination réelle de l'acte. On peut constater avec le professeur Madior FALL que la nouvelle constitution « *procède à des règlements de comptes* », et que ses dispositions transitoires fournissent des armes juridiques redoutables au président pour abrégé des mandats qui ont la même légitimité que le sien<sup>311</sup>. En effet, aux termes de l'article 105 de la constitution, le président de la République pouvait « *soit prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale, soit organiser simplement des élections anticipées sans dissolution* ». L'article 107 quant à lui prévoit que « *pour le Haut Conseil de l'Audiovisuel, le président de la République est autorisé à mettre fin aux fonctions des membres actuels et à procéder, par consensus, à la nomination de nouveaux membres. Il peut, en tant que de besoin, prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet* ». Ces pouvoirs exorbitants du chef de l'exécutif achèvent de convaincre sur le caractère frauduleux de la révision totale de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

---

<sup>310</sup> Le président MITTERRAND considérait qu'il existe deux voies de révision de la constitution. Il déclara que, « *l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des deux voies de la révision, concurremment avec l'article 89. Mais l'article 11 doit être utilisé avec précaution, à propos de textes peu nombreux et simples dans leur rédaction. Sinon, il serait préférable que la consultation des Français fut éclairée par un large débat parlementaire* » déclaration à O. DUHAMEL, Pouvoirs, n° 45, 1988, p. 131 s.

<sup>311</sup> FALL Ismaël Madior, *Évolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., p. 146.

Le second exemple de révision frauduleuse totale de la constitution est offert par le Niger. Bien que partageant avec le cas du Sénégal, l'utilisation irrégulière du référendum constituant, celle du Niger se situe dans un tout autre registre et dans des termes on ne peut plus différents qui sont liés à la volonté du président de la République, dont le mandat était venu à terme, de dompter les institutions.

Dans un article publié en fin 2008, Stéphane BOLLE soulevait une interrogation qui taraudait déjà l'esprit des observateurs de la scène politique nigérienne tant les rumeurs sur la volonté du président TANJA et son camp d'instaurer le *continuisme* étaient devenus inquiétants. Il était devenu quasi certain que la démarche pour se maintenir au sommet de l'exécutif conduirait le président TANJA à revisiter les procédures de la constitution. C'est face à de telles velléités que Stéphane BOLLE se posait cette question prémonitoire qui allait devenir la question centrale d'une crise institutionnelle et sociale. Celui-ci faisait à ce titre observer qu'il s'agirait dans un premier temps, de supprimer l'article 136 ou certaines de ses dispositions, et, dans un second temps, d'adopter une révision désormais licite<sup>312</sup>. Dans le même sens, il soulevait cette série de questions puisque les partisans du président TANJA<sup>313</sup> prônent une VI<sup>e</sup> République, ne doit-on pas craindre qu'ils soient résolus à abattre la V<sup>e</sup> République et son ordre constitutionnel par un coup de force, quitte à le camoufler par des artifices juridiques? Le Niger ne risque-t-il pas d'être victime d'une « *fraude à la constitution* », c'est-à-dire d'une révision valable en la forme mais illicite au fond, du type de celle qui, en France, a emporté la III<sup>e</sup> République et consacré « *l'État français* », par la loi du 10 juillet 1940? C'est bel et bien ce qu'il est advenu, puisque le camp du *Tazartché* <sup>314</sup> va recourir au référendum populaire du 4 août 2009 pour passer à la constitution de la VI<sup>e</sup> République. Dans les lignes qui suivent, il sera montré le caractère frauduleux de ce référendum constituant de 2009 à la lumière de la constitution du Niger du 9 août 1999 et de la loi n°2004-46 du 16 juin 2004 déterminant les conditions du recours au référendum. Notre analyse consistera à montrer que des artifices juridiques ont été utilisés à l'effet de détourner la finalité de la constitution de 1999 au profit de la réélection *ad vitam aeternam* du président TANJA.

---

<sup>312</sup> BOLLE Stéphane, « 2009: année de toutes les révisions, année de tous les dangers? », [www.la-constitution-en-afrique.org](http://www.la-constitution-en-afrique.org).

<sup>313</sup> M. TANJA, 70 ans, a été élu en 1999 et réélu en 2004. Il a plusieurs fois promis de se retirer à la fin de son second et dernier quinquennat le 22 décembre 2009.

<sup>314</sup> Continuité au sommet de l'État en langue locale Haoussa.

Le référendum instituant de la VI<sup>e</sup> République du Niger devait être organisé conformément aux prescriptions de la constitution de la V<sup>e</sup> république du 9 août 1999. Or, cette constitution interdisait la révision totale de façon expresse. En effet, son article 136 disposait qu' : « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. La forme républicaine de l'État, le multipartisme, le principe de la séparation de l'État et de la religion et les dispositions des articles 36 et 141 de la présente constitution ne peuvent faire l'objet d'aucune révision<sup>315</sup> ». On pouvait comprendre qu'était impossible toute révision totale de la constitution parce que les articles 36 et 141 ne pouvaient en aucun cas être modifiés. En dépit de ces limites posées par la constitution, le président TANJA s'appuyant sur une lecture contestable de l'article 49 de la constitution convoquera le corps électoral dont l'onction était voulue en vue d'instituer une VI<sup>e</sup> République. Il déclarera à ce propos, dans un message radiotélévisé, que « j'ai décidé sur la base de l'article 49 de la constitution de soumettre à votre approbation une nouvelle constitution répondant à nos réalités et garantissant la stabilité ». Or, une telle possibilité paraissait impossible à la lecture littérale même des termes de cet article 49 ; celui-ci disposait, en effet, que « le président de la République peut, après avis de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, soumettre au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple à l'exception de toute révision de la présente constitution qui reste régie par la procédure prévue au titre XII. Lorsque le projet est adopté par référendum, le président le promulgue dans les délais prévus aux alinéas 1 et 2 de l'article 47 ». Il ressort de cette disposition que la voie référendaire ne pouvait en aucun cas être utilisée pour procéder à une révision de la constitution qu'elle fut partielle ou totale, comme il a été relevé ci-dessus. Les révisions constitutionnelles étaient en effet tributaires du titre XII de la constitution de la V<sup>e</sup> République qui, du reste, contenait des balises infranchissables. Le premier obstacle à la tentative du président fut la Cour constitutionnelle dont l'avis, quoique facultatif, releva le caractère inconstitutionnel d'une éventuelle révision de la clause limitative des mandats. De son côté, l'Assemblée nationale défavorable au projet du président TANJA n'aura pas eu le temps de se dresser comme un second obstacle qu'elle

---

<sup>315</sup> C'est nous qui soulignons. Les articles 136 et 141 portent respectivement sur la limitation du mandat présidentiel et l'amnistie est accordée aux auteurs des Coups d'État des 27 janvier 1996 et 9 avril 1999. Selon l'article 36 que les initiateurs de la révision totale voulaient supprimer « Le président de la République est élu pour cinq (5) ans au suffrage universel libre, direct, égal et secret. Il est rééligible une seule fois ».

sera dissoute<sup>316</sup>. La Cour constitutionnelle subira le même sort. La dissolution des institutions qui étaient hostiles au projet d'une constitution montre que le président attendait usé de tous les moyens juridiques peu importait leur légalité. L'institution de la Vie République par voie référendaire n'a pas conféré au président ni la légalité encore moins la légitimité souhaitée. Le référendum constituant qui a été organisé aurait dû s'organiser dans le cadre de la constitution précédente. Ce qui signifie que l'intervention du peuple agissant en tant que pouvoir constituant institué devait se faire conformément aux limites constitutionnelles à la révision. A contrario, en décidant de passer à une autre République, le Président ruinait la volonté du pouvoir constituant original dont l'un des objectifs était de proscrire le pouvoir personnel et absolu d'un individu sur la communauté. La fraude à la constitution était constituée par l'utilisation abusive des pouvoirs exceptionnels et de la procédure référendaire pour assouvir un destin personnel.

En somme, la pratique des révisions totales, qu'elles soient régulières ou non, entraîne la fragilisation du constitutionnalisme africain. Au Sénégal, tout comme au Niger, l'adoption de nouvelles constitutions a conduit à fragiliser les processus constitutionnels en chantier. En guise d'exemple, au Sénégal, les dispositions de la constitution de 2001 auront permis au président WADE d'avoir un quasi-monopole des institutions se traduisant par des dissolutions créations d'institutions<sup>317</sup>. Si le Sénégal s'en est tiré sans incidence majeure, il n'en a pas été de même du Niger qui a plongé dans une crise politique sociale après la non-reconnaissance de la « *constitution TANJA* » suivie du coup d'État militaire du 19 février 2010 qui, aux dires d'un de ses auteurs, est toujours un moment de recul de la démocratie<sup>318</sup>. Incontestablement, les coups d'État constituent des reculs parce qu'ils conduisent à la suspension des institutions. Ils ne sont cependant pas les seules causes de suspension des constitutions. Du reste, les constitutions en prévoient certaines suspensions pendant les moments de normalité. Il arrive quelques fois que celles-ci soient entachées de fraude. Ce sont ces derniers cas qui feront l'objet des développements qui suivent.

---

<sup>316</sup> « Présidentielle: création d'un mouvement pour barrer la route à Mamadou TANJA ». Disponible sur [www.jeune.afrique.com](http://www.jeune.afrique.com), consulté le 25/05/2009.

<sup>317</sup> Le président Wade a fait supprimer le Sénat et le Conseil économique et Social avec la constitution de 2001 mais il finira par les recréer.

<sup>318</sup> Extrait de l'interview accordée à Christophe Boisbouvier, [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr). « *Il n'y aura pas de capitaine Dadis Camara au Niger.* », lundi 22 février 2010.

## § 2. LES SUSPENSIONS FRAUDULEUSES DE LA CONSTITUTION

La suspension de la constitution peut être comprise comme l'arrêt momentané des effets de la constitution ou de certaines de ses dispositions. Comme il est juridiquement possible de suspendre les effets des actes juridiques, il s'agit ici de voir dans quelles conditions les effets de la constitution en tant qu'acte fondateur de l'État peuvent être temporairement neutralisés. Pour y arriver, il convient, dans un premier temps, de préciser les contours de la notion de licéité de la suspension de la constitution en droit public (A) et, dans un second temps, de relever certaines situations de suspensions frauduleuses de la constitution en Afrique noire francophone (B).

### A. LA LICÉITE DU CONCEPT DE SUSPENSION DE LA CONSTITUTION

La suspension de la constitution évoque l'idée d'exception, de limitation dans le temps des effets de certaines dispositions de la constitution alors que celles qui ne sont pas concernées par la suspension conservent leur pleine validité et leur pleine efficacité. Elle est une situation exceptionnelle. En dépit de cette caractéristique, l'analyse juridique de la pratique de la suspension des dispositions de la constitution reste complexe parce que la notion de suspension manque elle-même de clarté. C'est cette difficulté liée à son appréhension qui explique la similitude que certains auteurs font entre « *suspension* » et « *rupture* » de la constitution. La suspension de la constitution ou d'une de ses dispositions signifie que celle-ci est provisoirement inefficace, compte tenu de certaines circonstances<sup>319</sup>, contrairement à la rupture, qui reste une situation illégale. C'est dire que la suspension peut être licite. La particularité de la suspension licite est de ne pas toucher à la validité des normes, mais seulement à leur efficacité pendant le temps prévu. Une fois le temps déterminé échu, la période de suspension -toujours temporaire, jamais indéfinie- les dispositions constitutionnelles suspendues retrouvent leur pleine efficacité<sup>320</sup>. C'est ce qui fait dire à G. VERGOTTINI que la suspension n'affecte pas la norme en vigueur, mais elle suspend la

---

<sup>319</sup> MODERNE Franck, « Réviser la Constitution: analyse comparative d'un concept indéterminé », Dalloz, 2005, p. 74. L'auteur cite en exemple les circonstances prévues par les articles 136 et s. de la constitution brésilienne du 5 octobre 1988.

<sup>320</sup> Ibid., p. 76.

vigueur de la norme concernée<sup>321</sup>. En somme, la suspension de la constitution est la mise en veilleuse de la constitution matérielle ou de certaines de ses dispositions.

Par ailleurs, un autre des aspects les plus délicats de la technique de la suspension des constitutions, fait observer G. VERGOTTINI, concerne ses sources normatives<sup>322</sup>. Mais à en croire le professeur Franck MODERNE, la question des sources semble trouver une solution avec la tendance générale qui est à l'insertion expresse, sous diverses appellations, de la suspension dans les constitutions. Ainsi, d'une constitution à une autre, le concept varie. On le retrouve, de façon générale, sous les appellations suivantes: état de nécessité, état de siège, état d'urgence, état d'exception, théorie des circonstances exceptionnelles<sup>323</sup>. S'inspirant de la pratique du constituant français tout aussi proche de celles des grandes démocraties bourgeoises<sup>324</sup>, les États africains ont constitutionnalisé la technique de la suspension à travers la consécration des catégories juridiques d'état de siège, de guerre ou d'exception<sup>325</sup>. Dans ce cas, c'est la constitution qui détermine non seulement, les circonstances de la suspension, mais encore les autorités habilitées à décider d'une éventuelle suspension.

L'identification des autorités titulaires du pouvoir de suspension d'une disposition de la constitution est réglée de façon quasi similaire en Afrique francophone. Ce sont les pouvoirs législatifs et exécutifs qui en sont les titulaires constitutionnels. En principe, c'est le peuple souverain qui est détenteur de ce pouvoir qui est transféré, dans le cadre de la démocratie représentative, au Parlement en tant qu'organe délégataire. Cette solution n'est toutefois pas exclusive, car elle varie d'une constitution à une autre. Le professeur Franck MODERNE fait observer que quatre cas de figure peuvent être distingués en droit positif:

---

<sup>321</sup> De VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, 4<sup>e</sup> éd., Padoue, Cedam, 1993, p. 187 ; C. MORTATI, *Istituzione di diritto pubblico*, T. II, 9e éd., Padoue, Cedam, 1976, p. 123. Cité par Franck MODERNE, *idem*, p. 76. Les auteurs font observer que l'idée de suspension est liée à la capacité de l'Etat constitutionnel à faire face à des situations exceptionnelles.

<sup>322</sup> De VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>323</sup> MODERNE Franck, « Réviser la Constitution », *op. cit.*, p. 76.

<sup>324</sup> Le premier exemple de la suspension de la constitution se trouve dans la constitution française du 22 frimaire an VIII (constitution consulaire du 13 décembre 1999. Aux Etats Unis, l'habeas corpus de la constitution de 1787, art. I, sect. 9, al. 2 : « L'ordonnance d'habeas corpus ne sera pas suspendu sauf lorsqu'en cas de rébellion ou d'invasion, l'ordre public l'exigerait ». De même, en Grande -Bretagne, l'acte d'habeas corpus du 27 mai 1679 est suspendu en cas de « tumulte ».

<sup>325</sup> Benin, art. 59 de la constitution, Sénégal art. 52. L'utilisation des pouvoirs exceptionnels au Bénin telle que prévu par l'article 68 de la constitution implique que « les droits des citoyens garantis par la constitution ne soient suspendus ».

- déclaration exclusive par l'exécutif ;
- déclaration exclusive par le législatif ;
- déclaration alternative par le Parlement ;
- déclaration par l'exécutif, mais ratification ou contrôle postérieur par le Parlement<sup>326</sup>.

Le dernier mécanisme est le plus courant dans les États démocratiques puisqu'il combine l'efficacité et la rapidité et permet à la représentation élue de conserver le dernier mot<sup>327</sup>. De ce fait, le pouvoir de suspension ne peut être exercé *proprio motu* par aucun des pouvoirs institués ou constitués dans la mesure où ces pouvoirs institués ne détiennent des compétences qu'en vertu de la constitution et ne sauraient prétendre faire abstraction des normes qui fondent leurs propres compétences<sup>328</sup>. Il en résulte que la seule suspension admissible est celle considérée comme un acte de souveraineté et qui, de ce seul fait, doit être prévu par la constitution. De ce qui précède, on peut établir deux sortes de suspension. D'un côté, celles qui sont prévues par la constitution, et de l'autre, celles qui ne le sont pas<sup>329</sup>. Pour l'analyse de cette taxinomie à l'aune de la fraude, la présentation schmittienne servira de matrice.

Distinguant la modification de la suspension de la constitution, Carl SCHMITT affirme que cette dernière ne concerne pas la constitution au sens plein du terme, c'est-à-dire les décisions politiques fondamentales sur la forme d'existence d'un peuple, mais seulement les dispositions constitutionnelles édictées pour les exécuter<sup>330</sup>. Celui-ci fait observer que ce sont surtout les constitutions bourgeoises qui sont exposées aux suspensions temporaires. Il en est ainsi parce que les normes libérales destinées à protéger les libertés de la première génération peuvent apparaître, dans des situations exceptionnelles, comme une entrave à la défense de l'État. Suivant cette occurrence schmittienne, la suspension frauduleuse aura un lien avec la suspension formellement prévue par la constitution<sup>331</sup>. La suspension

---

<sup>326</sup> MODERNE Franck, « Réviser la Constitution: analyse comparative d'un concept indéterminé », op. cit., p. 76.

<sup>327</sup> Ibid. p. 76.

<sup>328</sup> MODERNE Franck, « Réviser la Constitution: analyse comparative d'un concept indéterminé », op. cit., 2005, p. 74.

<sup>329</sup> SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution* traduit de l'allemand par Lilyane DEROCHE, présentée par Olivier BEAUD, P.U.F, 1993, p. 239.

<sup>330</sup> Ibid., p. 248.

<sup>331</sup> Ibid., p. 239.

formellement conforme à la constitution est celle dont les dispositions légiconstitutionnelles sont provisoirement suspendues conformément aux dispositions constitutionnelles relatives à la suspension<sup>332</sup>. La fraude impliquant l'utilisation régulière des procédures et des formes en contrariété avec la finalité assignée à la règle, la suspension frauduleuse concernera la suspension prévue par la constitution. De ce fait, on peut considérer qu'une suspension est devenue frauduleuse lorsqu'elle est intervenue de manière abusive ou si elle a été détournée de sa finalité. Cela implique que la suspension de la constitution, au delà de la circonstance justifiée de son intervention, n'a été motivée que par des intérêts subjectifs. En conséquence, la suspension frauduleuse est la suspension de la constitution ou d'une de ses dispositions qui, bien qu'ayant été prise par l'autorité qui en est habilitée et s'inscrivant dans le champ des circonstances pouvant l'entraîner, n'est pas justifiée par une nécessité objective. Le caractère frauduleux résulte ici d'une utilisation abusive d'un droit ou d'une fonction reconnue par la constitution. Il faut rechercher sur cette base quelques illustrations de suspensions frauduleuses à la constitution en Afrique francophone.

## B. QUELQUES ILLUSTRATIONS DE LA SUSPENSION FRAUDULEUSE DE LA CONSTITUTION

La suspension frauduleuse doit être distinguée de nombreuses situations comme les coups de force militaire qui sont rependues et très récurrentes en Afrique noire. Il n'est pas besoin de rappeler que les périodes de coups d'État sont des moments propices pour les putschistes de suspendre les constitutions en vigueur avant leur prise illégale de pouvoir. La prise de pouvoir étant des circonstances étant illégales, les suspensions des constitutions qui en résultent ne peuvent être qualifiées de frauduleuses parce que la suspension frauduleuse de la constitution se distingue par son apparence de légalité. Il faut toutefois préciser que les suspensions frauduleuses peuvent être le fait de militaires qui entendent reprendre le pouvoir ou qui veulent se donner des apparences de légalistes si bien qu'ils ne privent pas des artifices juridiques. La suspension de la constitution de la II<sup>e</sup> République au Burkina Faso nous donne une illustration de cette hypothèse.

---

<sup>332</sup> Cette suspension s'oppose à la suspension prévue par la constitution formellement contraire à la constitution. Celle-ci suppose que les dispositions légiconstitutionnelles sont suspendues sans qu'une réglementation des lois constitutionnelles prévoie cette suspension, ou sans qu'ait été suivie une procédure prévue pour cette suspension.



L'économie des faits ne serait pas de trop pour la compréhension la suspension frauduleuse de la constitution II<sup>e</sup> République le 8 février 1974 par l'armée. La deuxième République burkinabé voit le jour avec l'adoption le 14 juin 1970 par référendum de la constitution qui sera promulguée le 29 juin 1970. Cette constitution qui est l'œuvre de la couche supérieure de l'armée instaurait un régime parlementaire classique dont la particularité est l'institutionnalisation de la présence de l'armée dans toutes les institutions de l'État<sup>333</sup>. L'importance accordée à l'armée est confortée par la détermination dans la constitution du nombre de ses membres devant être représenté au gouvernement de même que la durée de sa présence au sein des institutions<sup>334</sup>. Mieux les charges et prérogatives du président de la République seront assumées par la personnalité militaire la plus ancienne dans le grade le plus élevé<sup>335</sup>. Dans un tel environnement marqué par la présence des militaires, naîtront des dissensions en raison des luttes de leadership entre les deux fortes personnalités du RDA à savoir Gérard Kango OUEDRAOGO et Joseph OUEDRAOGO respectivement Premier ministre et président de l'Assemblée nationale. Ces rivalités vont rapidement déborder les limites du parti pour atteindre les principales institutions constitutionnelles (Parlement, gouvernement) dont les fonctionnements seront bloqués<sup>336</sup>. Prétextant le blocage des institutions, le responsable de l'armée intervint pour suspendre la constitution et les institutions républicaines qui avaient été créées. L'argumentaire qui suit montre qu'en dépit de l'apparence de juridicité dont elle était revêtue, elle était contestable en raison de sa contrariété avec la constitution, mais aussi de la subjectivité de ses motivations.

Il faut tout d'abord faire remarquer que la procédure utilisée n'est pas conforme à la constitution même si le président a joué sur la double qualité que lui conférait la constitution.

---

<sup>333</sup> Article 7 de la constitution de 1970, le rôle de l'armée dans la vie politique était reconnu en ces termes : « outre ses fonctions spécialisées : défense de l'intégrité du territoire, maintien de l'ordre, l'armée peut concourir au progrès économique, social, culturel et d'une manière générale à toute action d'édification nationale »

<sup>334</sup> Art. 108 de la constitution de 1970 : « Pendant une période de quatre ans, les dispositions suivantes seront appliquées. 2) Le Gouvernement comprendra des personnalités militaires dans la proportion d'un tiers (1/3) de ses membres. Les conditions de participation de ces personnalités seront déterminées par une loi organique ».

<sup>335</sup> Arti. 108 al. 1 de la constitution de 1970

<sup>336</sup> Au gouvernement, deux ministres vont démissionner. A l'Assemblée nationale, les députés partisans de Joseph OUÉDRAOGO font rejeter 2 des 17 projets de loi du gouvernement. De son côté, le président de l'Assemblée, grâce à la majorité de 20 députés contre 17 au Premier ministre au sein du RDA, décida de bloquer le vote du Budget tant que le Premier ministre sera maintenu au pouvoir. Voir. LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 332.

En effet, c'est en qualité de chef de l'armée et des forces de l'ordre et non de président de la République que lors de sa proclamation du 8 février, LAMIZANA a suspendu les institutions de la deuxième République<sup>337</sup>. Or, en cette qualité, il ne disposait pas des pouvoirs pour suspendre la constitution qui appartenait au président de la République. Les mesures exceptionnelles exigées par le blocage du fonctionnement des institutions devaient se faire conformément à la procédure prévue par article 35 de la constitution qui prévoyait pour le cas d'espèce la consultation des présidents de l'Assemblée nationale et de la Cour Suprême<sup>338</sup>.

La motivation de la suspension était par contre sans ambiguïté et informait du refus de l'armée de quitter le pouvoir à la fin de la période de quatre ans qui lui était impartie par la constitution. L'armée rechignait à accepter l'engagement qu'elle avait pris de quitter le pouvoir et de confier la gestion de l'État à un gouvernement civil élu. La vraie justification de la suspension pour le professeur LOADA et monsieur IBRIGA était la fin de la période transitoire définie à l'article 108 de la constitution qui devait voir le départ des militaires du pouvoir. Pour ces auteurs, l'éventualité de leur départ n'était pas étrangère à la reprise du pouvoir par l'armée, car l'année 1973 était la dernière année avant la fin de la période transitoire et les consultations électorales étaient de plus en plus proches<sup>339</sup>. Ces faits montrent que la volonté du président Sangoulé LAMIZANA était de porter un coup de boutoir à la constitution en surfant sur ses doubles prérogatives de chef de l'armée et de l'État. La conséquence est que la suspension de la constitution qui est intervenue est un détournement de la constitution. Cette pratique se répétera avec le temps dans d'autres États.

La crise mauritanienne de 2007 consécutive au coup d'État militaire du général Mohamed Ould Abdel Aziz est une autre illustration de la suspension frauduleuse de la constitution. Le médiateur désigné de cette crise, le président WADE, a par un montage juridique redonné vie

---

<sup>337</sup> IBRIGA Luc Marius et GARANE Amidou, *Constitutions Burkinabé, Textes et commentaires*, Bolland, Namur, 2001, p. 30.

<sup>338</sup> Art. 35 constitution article 1970 : « *Lorsque les Institutions de la République, l'Indépendance de la Nation, l'intégrité de son Territoire ou l'exécution de ses Engagements Internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics Constitutionnels est interrompu, le président de la République prend, après délibération du Conseil des ministres, et après consultation des présidents de l'Assemblée nationale et de la Cour Suprême, les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances. Il en informe la Nation par messages. En aucun cas, il ne peut être fait appel à des forces armées étrangères pour intervenir dans un conflit intérieur. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit, et ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels* ».

<sup>339</sup> LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 332.

à une constitution auparavant suspendue par le coup d'État. L'accord cadre de Dakar entre les trois grands pôles politiques mauritaniens est l'acte juridique fondateur de la transition consensuelle en Mauritanie. Si on peut reconnaître au président WADE le mérite d'avoir pu permettre aux putschistes de s'en remettre à la constitution du 25 juin 2006, il faut toutefois déplorer le fait que la constitution n'ait été ressuscitée que pour voir suspendre certaines de ces dispositions<sup>340</sup>. En effet, selon les termes de l'accord cadre de Dakar, la transition consensuelle tire son fondement de l'article 40 de la constitution de la Mauritanie. Il ressort de cet accord *«qu'en application de l'article 40 de la constitution, la période transitoire débutera par trois actes essentiels:*

- *la signature par le président Sidi Mohamed Ould Cheikh Abdullahi d'un décret portant formation du Gouvernement Transitoire d'Union Nationale pour donner effet au consensus obtenu par les consultations entre les forces politiques mauritaniennes, et ce, sans préjudice pour les actes de Gouvernement signés antérieurement,*
- *l'annonce et la formalisation de sa décision volontaire concernant son mandat de président de la République et,*
- *la prise en charge des effets de cette décision en termes d'intérim de la présidence de la République par le président »*<sup>341</sup>.

Le paradoxe réside dans la volonté de trouver le fondement de la transition dans la constitution en excluant cependant des certaines dispositions non moins pertinentes, en particulier à l'article 26 selon lequel *« le président de la République est élu pour cinq ans au*

---

<sup>340</sup> Les dispositions de la constitution qui sont pour nous suspendues sont notamment : l'article 2 : *« Le peuple est la source de tout pouvoir. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants élus et par la voie de référendum. Aucune fraction du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Aucun abandon partiel ou total de souveraineté ne peut être décidé sans le consentement du peuple »*. Il y a suspension parce qu'il y a reconnaissance implicite du coup d'État, car on admet que le président déchu ne peut retrouver son pouvoir sauf pour lui à démissionner. Pis, le putschiste participe à la désignation de certains membres du gouvernement. Article 30: *« Le président de la République détermine et conduit la politique extérieure de la Nation, ainsi que sa politique de défense et de sécurité. Il nomme le Premier ministre et met fin à ses fonctions. Sur proposition du Premier Ministre, il nomme les ministres auxquels il peut déléguer par décret certains de ses pouvoirs. Il met fin à leur fonction, le Premier ministre est consulté. Le Premier ministre et les ministres sont responsables devant le président de la République. Le président de la République communique avec le Parlement par des messages. Ces messages ne donnent lieu à aucun débat »*.

Article 31: Le président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des présidents des Assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée Nationale. Les élections générales, ont lieu trente (30) jours au moins et soixante (60) jours au plus après la dissolution. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit quinze (15) jours après son élection. Si cette réunion a lieu en dehors des périodes prévues pour les sessions ordinaires, une session est ouverte de droit pour une durée de quinze (15) jours. Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans les douze (12) mois qui suivent ces élections.

<sup>341</sup> Titre I : de la transition consensuelle

*suffrage universel direct* ». En dépit de cela, dans un communiqué de presse, le président de la Commission de l'UA se félicita non seulement du retour à l'ordre constitutionnel marqué par la signature, par le président Sidi Mohamed Ould Cheikh Abdallahi, du décret portant formation d'un gouvernement transitoire d'union nationale (GTUN), mais aussi de la transformation, conformément à l'article 34 de la constitution mauritanienne, du Haut Conseil d'État en un Conseil supérieur de défense nationale placé sous l'autorité du GTUN<sup>342</sup>. On constate tout simplement que le *powersharing*, mécanisme anticonstitutionnel, est devenu pour les négociateurs de l'Union Africaine, la voie idéale de sortie de crise en dépit de ses effets pervers sur le bloc de constitutionnalité.

La suspension de la constitution trouve également à s'appliquer en Côte-d'Ivoire avec la paralysie temporaire de l'article 35 de la constitution au profit des signataires de l'accord de Marcoussis le temps d'une élection présidentielle<sup>343</sup>. Les dispositions de la constitution et du code électoral qui concernent l'élection à la présidence de la République ne produiront pas les mêmes effets selon les candidats déclarés. Aussi, pour les signataires de l'accord de Linas-Marcoussis, les conditions exigées par l'article 35 étaient neutralisées au nom des impératifs de la réconciliation nationale. Quant aux non signataires de l'accord, les conditions de l'article 35 s'appliquaient dans toute leur rigueur. Il en découle une double conséquence pour le moins contestable qui résulte de cette neutralisation momentanée des conditions d'éligibilité édictées par la constitution. D'une part, le traitement discriminatoire des candidats à l'élection qui découle de l'application différenciée d'une disposition constitutionnelle et, de l'autre, la suspension des effets d'une disposition qui dans son essence est obligatoire pour tous ces destinataires.

---

<sup>342</sup> Communiqué de la 192<sup>e</sup> réunion du conseil de paix de sécurité.

<sup>343</sup> Constitution de Côte-d'Ivoire du 23 juillet 2000, Article 35 Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Il n'est rééligible qu'une fois. Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et soixante-quinze ans au plus. Il doit être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine. Il doit n'avoir jamais renoncé à la nationalité ivoirienne. Il ne doit s'être jamais prévalu d'une autre nationalité. Il doit avoir résidé en Côte d'Ivoire de façon continue pendant cinq années précédant la date des élections et avoir totalisé dix ans de présence effective. L'obligation de résidence indiquée au présent article ne s'applique pas aux membres des représentations diplomatiques et consulaires, aux personnes désignées par l'État pour occuper un poste ou accomplir une mission à l'étranger, aux fonctionnaires internationaux et aux exilés politiques. Le candidat à la Présidence de la République doit présenter un état complet de bien-être physique et mental dûment constaté par un collège de trois médecins désignés par le Conseil constitutionnel sur une liste proposée par le Conseil de l'Ordre des Médecins. Ces trois médecins doivent prêter serment devant le Conseil constitutionnel. Il doit être de bonne moralité et d'une grande probité. Il doit déclarer son patrimoine et en justifier l'origine.

Les fraudes ne concernent pas seulement la réformation de la constitution. Elles concernent aussi l'exercice des pouvoirs qui sont conférés par la constitution à certains pouvoirs constitués.

## SECTION II.

### LES FRAUDES LIEES A L'EXERCICE DES POUVOIRS CONFERES PAR LA CONSTITUTION

La mise en œuvre des pouvoirs conférés par la constitution ne se fait pas toujours dans le respect des prescriptions constitutionnelles. Il est reconnu que l'exercice de certaines prérogatives accordées par la constitution peut faire l'objet d'abus en ce qui concerne les droits subjectifs. L'abus de droit ne constitue pas l'infraction unique qui concerne l'exercice des droits conférés par la constitution. La fraude à la constitution constitue aussi une des formes malveillantes d'atteinte à la constitution. À ce propos, Stéphane BOLLE affirme que « *certaines applications de la constitution ne manquent pas de surprendre: parfaitement conformes à la lettre de la loi fondamentale, elles dénaturent subrepticement certains actes juridiques* »<sup>344</sup>. Dans les faits, la mise en œuvre des pouvoirs constitutionnels ne se fait pas toujours dans le respect de la constitution. Le plus souvent, l'exercice des pouvoirs exécutif et législatif est entaché de fraudes. Ce sont les fraudes qui entachent l'exercice des pouvoirs reconnus à l'exécutif (§II) et à l'organisation de la compétition électorale (§II) qui seront examinées dans les développements qui suivent.

#### § 1. LA FRAUDE DANS L'EXERCICE DES POUVOIRS RECONNUS A L'EXECUTIF

Les fraudes liées à l'exercice des pouvoirs attribués par la constitution apparaissent lorsque l'exécutif exerce ses pouvoirs pour briser les équilibres constitutionnels notamment ceux qui concernent la répartition des compétences. Dans tous les cas, il y a utilisation régulière, mais excessive des prérogatives accordées dans un objectif différent de ceux qui ont motivé leur institution. Ainsi, l'utilisation de ces prérogatives qui peuvent être motivées par l'intention de nuire entraîne dans la majeure partie des cas une modification de l'équilibre des pouvoirs. Les développements qui suivent visent à examiner ce type de fraude sous l'angle de la dissolution abusive des institutions (A) et du détournement de la législation déléguée (B).

---

<sup>344</sup> BOLLE Stéphane, « Constitution du Burkina Faso, Le Gouvernement autorisé à s'autoriser par ordonnances », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>.

L'emprise de l'exécutif sur le fonctionnement des États africains, notamment sur les autres institutions, est tellement importante qu'il serait utopique de croire que les actions de l'exécutif se font toujours dans le respect des prescriptions constitutionnelles. Plusieurs faits montrent que l'exercice des pouvoirs de l'exécutif est entaché, sinon d'abus, pour le moins de nombreuses fraudes. La diversité de celles-ci nous contraint à n'examiner que certaines d'entre elles. La présente analyse portera sur la dissolution des institutions parlementaires.

Le droit de dissolution du Parlement est une prérogative reconnue au président de la République dans un régime parlementaire ou semi-présidentiel pour lui permettre de mettre temporairement fin à l'existence du Parlement. Ce droit est une arme redoutable aux mains de son détenteur surtout pendant les crises politiques. Le détenteur de ce droit dispose d'un moyen pour reprendre la main sur la vie de la nation, lorsque le fonctionnement de certaines institutions semble lui échapper. L'examen du droit comparé nous permet de faire le constat que dans les États démocratiquement avancés, la pratique du droit de dissolution du Parlement n'est pas toujours un moyen d'action pacifique des rapports entre le Parlement et l'exécutif, car son usage ne se fait pas toujours dans le respect des règles constitutionnelles. C'est ce qui fait dire à monsieur Laurent ECK que l'abus de droit s'avère être une notion opératoire pour particulariser de telles pratiques dans les relations entre la majorité et l'opposition parlementaires<sup>345</sup>. L'usage du droit de dissolution en Allemagne en 1983 en est une illustration<sup>346</sup>. Cette dissolution était abusive dans la mesure où il a été employé afin de provoquer des élections anticipées de la Chambre des députés<sup>347</sup>.

Il convient de préciser que la dissolution du Parlement peut se faire dans le cadre de l'ordre constitutionnel ou elle peut être la conséquence de la rupture de cet ordre. Dans le premier cas, il s'agit pour le président en période de normalité constitutionnelle de dissoudre le Parlement. Le second cas qui ne nous intéresse pas ici a lieu lorsque survient une rupture de la

---

<sup>345</sup> ECK Laurent, *Controverses constitutionnelles et abus de droit*, p. 18.

<sup>346</sup> Ibid. p. 18. Voir aussi : R. ARNOLD, « L'élection et les compétences du président fédéral allemand », *R.D.P.*, 1995, p. 303.

<sup>347</sup> Pour une approche très complète de la question, Voir Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, « Trente-cinq ans de parlementarisme rationalisé en République fédérale allemande : un Bilan », *R.D.P.*, 1985, p. 1023.

normalité constitutionnelle. Dans cette situation toutes les institutions se trouvent dissoutes. La dissolution dont il sera question ici est celle qui relève de la première hypothèse. Les exemples d'usages abusifs du droit de dissolution s'y rattachant seront illustrés avec les cas du Sénégal, du Niger et dans une moindre mesure de la Côte-d'Ivoire. Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'exemple du Sénégal qui a fait l'objet d'un développement précédent.

Le Niger avec la double dissolution du Parlement en 1995 et en 2009 est un cas parfait pour l'analyse de la dissolution frauduleuse des institutions. Toutefois, la dissolution du Parlement en 1995 mis en place en 1993 ayant déjà fait l'objet de nombreuses analyses toutes pertinentes les unes que les autres<sup>348</sup>, nous nous en tiendrons à celle de 2009. Dans la constitution de 1999, le droit de dissolution était régi par l'article 48 de la constitution. Celui-ci disposait que « *le président de la République peut, après consultation du Premier ministre et du président de l'Assemblée nationale, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale. Une nouvelle Assemblée est élue quarante-cinq (45) jours au moins et quatre-vingt-dix (90) jours au plus après cette dissolution. Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans les vingt quatre (24) mois qui suivent les élections* ».

Le Parlement sera saisi pour donner son avis sur le projet de référendum de modification de l'article 36 afin de permettre au président de solliciter un troisième mandat. Le 26 mai 2010 alors que le Parlement devait se prononcer le lendemain sur le projet de référendum constituant, selon plusieurs sources<sup>349</sup>, le président TANJA l'a dissout. Sur le caractère régulier de cette dissolution, deux séries d'arguments opposés ont été avancées. Pour les partisans du camp présidentiel, la dissolution du Parlement était une prérogative présidentielle, en conséquence de quoi, l'avis exigé par la constitution n'était pas contraignant. En conséquence, le président TANJA pouvait à tout moment dissoudre l'institution.

Les adversaires à cette position faisaient observer que l'exercice de ce droit était soumis à des prescriptions constitutionnelles. En effet, on peut faire observer que si le droit de

---

<sup>348</sup> ABDOURHAMANE Issa Boubacar, *Crise institutionnelle et démocratisation au Niger*, Mémoire de DEA, Institut d'études politiques de Bordeaux, Centre d'étude d'Afrique noire, Bordeaux, 1996, p. 107-115.

<sup>349</sup> Issouffou SIDIBE, responsable du Front pour la défense de la démocratie (FDD) lors d'une conférence de presse a déclaré la volonté du Parlement a donné un avis défavorable au référendum, [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com) consulté le 28/05/2009.



dissolution est une permission constitutionnelle, il reste qu'une telle permission était soumise à l'avis du Premier ministre et du président de l'Assemblée nationale. Qu'elle soit conforme ou non, la formalité de la consultation était une prescription constitutionnelle dont ne pouvait se passer le président. Si la consultation du Premier ministre paraissait être une simple formalité, eu égard à la nomination irrégulière de ce dernier<sup>350</sup>, et également de sa prise de position en faveur du projet du président, il en allait autrement de celle du président de l'Assemblée nationale qui, auparavant, avait marqué sa désapprobation à la prolongation du mandat présidentiel.

Le président ne se donnera donc pas la peine de recueillir l'avis de ce dernier avant la prise du décret de dissolution en violation de l'alinéa 1 de l'article 48 sus visé. Du reste, le caractère irrégulier de cette dissolution va être confirmé avec le refus d'organiser les législatives anticipées dans un délai compris entre 45 et 90 jours à partir de la date de dissolution du Parlement. Le président TANJA n'organisa pas ces élections puisque selon lui, la nouvelle constitution une fois adoptée ne lui imposerait pas une telle obligation bien que la survenance de celle-ci devrait intervenir au-delà des 90 jours impartis pour la tenue des élections de renouvellement du Parlement<sup>351</sup>. Ses partisans ont pu évoquer les pouvoirs exceptionnels de l'article 53 de la constitution pour justifier la dissolution des institutions. Celui-ci dispose que « *lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend des mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances après consultation du Premier ministre, du président de l'Assemblée nationale, du président de la Cour constitutionnelle, du président de la Cour de cassation, du président du Conseil d'État et du président de la Cour des comptes. Il en informe la Nation par un message. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit si elle n'est pas en session. Elle ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. L'Assemblée*

---

<sup>350</sup> La désignation du Premier ministre que l'opposition a considéré comme irrégulière a été confirmée par le Conseil d'Etat nigérien saisi par ces derniers.

<sup>351</sup> Source [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com)

*nationale apprécie, à la majorité absolue de ses membres la durée de l'exercice des pouvoirs exceptionnels et y met fin en cas d'abus »*<sup>352</sup>.

La lecture de cette disposition ne permettait pas la dissolution des deux institutions sus rappelées, car, non seulement une initiative de dissolution requérait l'avis des autorités victimes de la furie du président TANJA, mais encore, les pouvoirs exceptionnels étaient conférés pour le rétablissement des institutions menacées dans leur fonctionnement et non pour mettre fin à leur fonctionnement. À la limite, on pourrait arguer que les pouvoirs exceptionnels auraient dû être pris pour rétablir le fonctionnement régulier des institutions victimes des ambitions d'un individu. Le caractère frauduleux était manifeste dans la dissolution du Parlement. Il en est de même pour la dissolution de la Cour constitutionnelle, dont la dissolution n'était prévue nulle part dans la constitution nigérienne.

La Cour constitutionnelle saisie par quelques députés de l'opposition à l'effet de se prononcer sur la constitutionnalité du projet de référendum destiné à rallonger le mandat du président TANJA a émis, le 25 mai 2009, un avis défavorable sur la tenue de ce référendum, jugé non conforme à la constitution. Non, content de dissoudre l'Assemblée nationale, le président TANJA s'attaquera à la Cour constitutionnelle qui était manifestement opposée à son projet. Celle-ci sera purement et simplement dissoute au profit d'une nouvelle Cour constitutionnelle dont il nomma entièrement les membres sur la base des pouvoirs exceptionnels qu'il s'était arrogés. Dans leur mise en oeuvre, les pouvoirs exceptionnels ont été exercés au mépris de l'article 49 de la constitution qui les régit et en contrariété avec l'article 104<sup>353</sup> qui règle la composition et la durée de la Cour et de l'article 105<sup>354</sup>. Cette

---

<sup>352</sup> Révisée par la loi n°2004-15 du 13 mai 2004, JORN, spécial n°7 du 14 Mai 2004.

<sup>353</sup> Article 104 La Cour Constitutionnelle comprend sept (07) membres âgés de quarante (40) ans au moins.

Elle est composée de : - deux (2) personnalités ayant une grande expérience professionnelle dont une (1) proposée par le Bureau de l'Assemblée nationale et une (1) proposée par le président de la République ; - deux (2) magistrats élus par leurs pairs ; - un (1) avocat élu par ses pairs ; un (1) enseignant de la Faculté de droit titulaire au moins d'un doctorat en droit public élu par ses pairs ; • un représentant des Associations de Défense des Droits de l'Homme reconnu pour sa compétence en droit public. Les membres de la Cour Constitutionnelle sont nommés pour six (6) ans par décret du président de la République. Leur mandat n'est pas renouvelable. Les membres de la Cour Constitutionnelle sont renouvelés par tiers tous les deux (2) ans.

<sup>354</sup> Article 105, « Les membres de la Cour Constitutionnelle sont inamovibles pendant la durée de leur mandat. Ils ne peuvent être poursuivis ou arrêtés sans l'autorisation de la Cour Constitutionnelle, sauf cas de flagrant délit. Dans ce cas, le président de la Cour Constitutionnelle est saisi, au plus tard dans les 48 heures ».

disposition garantit pourtant l'immovibilité des membres de la Cour. À la lumière de ce qui précède, il apparaît évident que la dissolution de la Cour était elle également frauduleuse.

Le deuxième exemple de dissolution frauduleuse des institutions est fourni par la double dissolution, le 12 février 2010, du gouvernement et de la CEI (Commission électorale indépendante) intervenue en Côte-d'Ivoire. Le caractère frauduleux de cette double dissolution est justifié par la volonté de la majorité présidentielle d'user de tous les légaux en vue de s'assurer la maîtrise des institutions électorales gage d'une réélection. Les éléments de cette fraude à la constitution seront mis en relief.

Le premier point de l'analyse concerne l'illicéité de la dissolution, c'est-à-dire le caractère artificiel des moyens juridiques utilisés à l'effet de donner une apparence de légalité à cette dissolution. La licéité de cet acte a soulevé d'énormes polémiques au sein de la classe politique ivoirienne. Tandis que la majorité présidentielle justifiait le bien fondé de cette décision, les partis d'opposition, eux, clamaient qu'elle était abusive. De cette double dissolution, c'est surtout celle de la CEI qui aura cristallisé le débat, car elle était déjà plongée dans une crise relative à « *l'affaire MAMBÉ* »<sup>355</sup> qui n'était en réalité qu'un prétexte pour dissoudre une institution dont il n'avait pas la maîtrise depuis les accords de Pretoria. Aussi, est-il pertinent de savoir si la dissolution de cette dernière institution entre dans le cadre de la catégorie juridique de la fraude à la constitution. Autrement dit, il s'agit de vérifier si ce cas entre dans la catégorie de la fraude à la constitution prise dans son acception d'utilisation régulière des procédures pour briser les équilibres institutionnels. La réponse à cette question passe par le rappel des faits de l'espèce.

Le président de la Commission électorale indépendante est sommé de démissionner parce qu'accusé par le camp présidentiel d'avoir cherché frauduleusement à inscrire sur la liste électorale définitive 429 000 électeurs dont la nationalité n'était pas établie<sup>356</sup>. Alors que le

---

<sup>355</sup> Robert Beugré MAMBÉ était le président de la Commission électorale indépendante, il était un des représentants du Rassemblement des houpouétistes pour la paix et la démocratie (RHDP) regroupant quatre partis de l'opposition parmi lesquels le PDCI et le RDR, le MFA et l'UDPCI.

<sup>356</sup> Le président de la CEI a fait établir des disquettes qui comportaient 429 000 personnes (parmi environ 2 millions de pétitionnaires dont la nationalité était contestée) qui devraient être inscrites sur les listes électorales dites blanches. Si monsieur MAMBÉ reconnaît l'existence des CD incriminés, il argue qu'ils étaient destinés à un usage interne et non à être intégrés à la liste de l'INS (Institut national de la statistique) et de SAGEM Sécurité comme l'a fait observer le camp présidentiel. Toutefois, il a admis que

Procureur de la République saisi sur injonction du ministre de l'intérieur n'a pas encore rendu sa décision, le président GBAGBO décide de dissoudre l'institution dont le fonctionnement était bloqué en raison de la démission des membres représentant le camp présidentiel, mais aussi de l'attitude de son président, monsieur Beugré MAMBÉ, qui avait opposé un refus catégorique aux demandes de sa démission<sup>357</sup>. Le décret de dissolution a été pris sur le fondement de l'article 48 de la constitution ivoirienne d'août 2000 qui définit les pouvoirs exceptionnels du président de la République. Au terme de celui-ci, « *lorsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances après consultation obligatoire du président de l'Assemblée nationale et de celui du Conseil constitutionnel. Il en informe la Nation par message. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit* ». Si le décret de dissolution de la CEI pouvait bénéficier du sceau de la régularité, il contrariait cependant l'accord politique qui était annexé à la constitution ivoirienne. Par conséquent, tout atteinte à cet accord devait être considéré comme une atteinte à la constitution. Il s'agira alors de montrer que la fraude attachée au décret de dissolution résulte en réalité de l'usage abusif des pouvoirs exceptionnels de l'article 48 de la constitution par le président GBAGBO. Une telle posture implique que l'utilisation des pouvoirs exceptionnels satisfait aux prescriptions de la constitution, même si cette conclusion ne paraît pas faire l'unanimité. En effet, certains éminents juristes, par ailleurs acteurs politiques, notamment les professeurs Francis WODIE et Jacqueline Lohoues

---

leur existence constituait un signe de dysfonctionnement de l'institution. Pour ce faire il n'a pas hésité à présenter ses excuses à la nation sans toutefois satisfaire à la demande de démission à laquelle l'invitait le camp présidentiel.

<sup>357</sup> Outre les échecs des pressions intempestives du camp présidentiel à l'effet d'obtenir sa démission, la demande du président COMPAORE, facilitateur de la crise ivoirienne, adressée au président de la CENI afin d'obtenir sa démission dans le but d'éviter les blocages du processus électoral n'a pas connu une suite favorable. À l'issue des audiences du 11 février 2010 successivement accordées aux acteurs de la crise, notamment le Front populaire ivoirien (FPI), le Rassemblement des houphouétistes pour la paix et la démocratie (RHDP) et la Commission électorale indépendante, le premier responsable de cette dernière institution, Robert Beugré MAMBÉ, à sa sortie d'audience, a réaffirmé sa ferme décision de ne pas démissionner. Voir Crise ivoirienne, Robert Beugré MAMBÉ : « Je ne démissionnerai pas ! », in l'Observateur Paalga, N° 7568 du vendredi 12 au dimanche 14 février 2010.

OBLE, n'ont pas hésité à dénoncer le caractère illégal de la dissolution de la CEI et du gouvernement<sup>358</sup>.

Pour le professeur e Jacqueline Lohoues OBLE, l'illégalité du recours à l'article 48 de la constitution ivoirienne tenait au fait que, si son utilisation a satisfait à la condition de fond en ce que le pays était en danger et qu'il y avait blocage des institutions<sup>359</sup>, il n'en était pas ainsi pour la condition de forme. Pour elle, la décision du président de la République eût été formellement valide qu'avec *«le consentement à la fois des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel »*<sup>360</sup>. Or, relève-t-elle, *« le président Laurent GBAGBO en déclarant à la télévision qu'il dissolvait ces deux institutions n'a pas dit que l'Assemblée nationale et le Conseil constitutionnel (leur président) avaient été consultés »*<sup>361</sup>. D'où pour elle l'illégalité. Cette conclusion peut paraître excessive à la lecture de la constitution qui n'exige pas que le président fasse mention des avis dans les actes qui ont été adoptés. Si l'exigence de la consultation ne peut être occultée pour quelques motifs que ce soit, les modalités de sa réalisation ne doivent pas nécessairement être annexées à la décision qui est prise. Au vrai, la légalité de l'acte de la dissolution de la CEI nous semble moins en cause que sa légitimité, toute raison qui plaide pour son caractère frauduleux. En effet, le recours à l'article 48 satisfait aux exigences de la constitution et de ce fait ne pouvait pas être attaqué sur le terrain de la normalité procédurale ou matérielle de la constitution. En l'espèce, comme sus évoqué, le fonctionnement régulier de la CEI était perturbé. Ce qui justifiait, le recours aux mesures exceptionnelles pour dissoudre cette institution avant d'envisager sa restauration. Cependant, il reste à savoir si l'exercice des pouvoirs exceptionnels conféré par l'article 48 de la constitution n'entraînait pas la désactivation d'autres règles obligatoires dont la conséquence était d'entacher l'acte du président de fraude. La controverse constitutionnelle était amplifiée par le fait que le président avait joué une règle constitutionnelle contre d'autres règles qui trouvaient à s'appliquer dans le contexte ivoirien comme l'a soutenu l'opposition

---

<sup>358</sup> Voir interviews de Francis WODIE, *Fraternité Matin* - N° 13634 du 20 avril 2010. Invité des rédactions de *Fraternité Matin*, il dira à propos des nombreuses crises en Côte-d'Ivoire dont notamment la dissolution de la commission électorale indépendante que les anomalies sont devenues des normalités dans ce pays.

<sup>359</sup> Elle affirme qu'en ce qui concerne la CEI, il y avait un problème et on ne savait pas comment le résoudre puisque, nous étions tous là en train d'attendre. Le président de la CEI ne voulait pas démissionner et son parti le soutenait, in Interview de Jacqueline Lohoues OBLE, *Le Pays* N°4601 du lundi 26 avril 2010.

<sup>360</sup> Interview de Jacqueline Lohoues OBLE, *Le Pays* N°4601 du lundi 26 avril 2010.

<sup>361</sup> Interview de Jacqueline Lohoues OBLE, *Le Pays* N°4601 du lundi 26 avril 2010.

---

politique<sup>362</sup>. Elle estime qu'outre l'article 48 de la constitution comme ressource constitutionnelle, le président avait à sa disposition deux autres règles tout autant obligatoires qui ne pouvaient être ignorées. Il s'agissait en l'occurrence de l'accord de Pretoria et la résolution 1893 du Conseil de sécurité des Nations unies. Si l'accord de Pretoria prévoit la configuration de la CEI<sup>363</sup>, la résolution 1893 du Conseil de sécurité des Nations Unies, quant à elle, « réaffirme que toute menace contre le processus électoral en Côte d'Ivoire, en particulier toute attaque contre ou toute atteinte portée à la Commission électorale indépendante chargée d'organiser les élections, ou à ses activités ou à celles des opérateurs visés aux paragraphes 1.3.3 et 2.1.1 de l'Accord politique de Ouagadougou, constitue une menace contre le processus de paix et de réconciliation nationale aux fins des paragraphes 9 et 11 de la résolution 1572 (2004) ». De la sorte le Conseil de sécurité serait « parfaitement prêt à frapper de sanctions ciblées les personnes que le Comité aura désignées et dont il serait établi notamment qu'elles ont: Menacé le processus de paix et de réconciliation nationale en Côte-d'Ivoire, notamment en entravant la mise en œuvre du processus de paix défini dans l'Accord politique de Ouagadougou... »<sup>364</sup>.

Il ressort de la lecture de ces dispositions qu'elles ne proscrivaient pas expressément la dissolution d'aucune institution, mais leur finalité était de créer les conditions idoines pour la tenue des élections. C'est la prise en compte de cette finalité et les circonstances

---

<sup>362</sup> Le RHDP soutenait que la dissolution de la CEI et du Gouvernement était abusive et donc « antidémocratique et anticonstitutionnelle », in Dissolution abusive de la CEI et du Gouvernement - Le RHDP catégorique : "Gbagbo n'est plus président de la République", Le Patriote - N° 3098 du lundi 15 février 2010.

<sup>363</sup> Les parties signataires du présent accord conviennent d'apporter les modifications quant à la composition, organisation et fonctionnement de l'actuelle Commission Electorale Indépendante (CEI):

a. Composition et fonctionnement de la Commission Centrale de la CEI.

- Deux (2) représentants nommément désignés par chaque partie signataire de l'Accord de Linas-Marcoussis dont six (6) pour les Forces Nouvelles ;
- Seuls ont voix délibérative : les représentants des parties signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis ainsi que le représentant du président de la République et celui du président de l'Assemblée Nationale.
- Un nouvel amendement sera proposé au Parlement pour permettre à toutes les parties de désigner leurs représentants à la CEI.

b. Composition et fonctionnement du Bureau de la Commission Centrale :

- Les membres du bureau de la Commission Centrale sont élus par la Commission Centrale ;
- Le bureau de la Commission Centrale comprend douze (12) membres et se décompose comme suit ;
- Un (1) représentant de chaque partie signataire de l'Accord de Linas-Marcoussis soit un total de dix (10) membres ;
- Un (1) représentant du président de la République ;
- Un (1) représentant du président de l'Assemblée nationale.
- c. Mandat des membres de la Commission centrale ;
- Le mandat des membres de la Commission centrale prend fin à l'issue des élections générales.

<sup>364</sup> Résolution 1893 du Conseil de sécurité des Nations unies.

d'intervention de la dissolution de ces institutions qui peut déboucher sur son caractère frauduleux. En effet, la dissolution-reconstitution n'a pas mis fin à la crise de fonctionnement du processus électoral qui s'en est trouvé paralysé plusieurs semaines même après la désignation des nouveaux membres de la CEI. La crise qui a justifié la dissolution des institutions au regard de la succession des événements semblait avoir été créée de toute pièce pour ralentir sinon entraver la reprise en main du processus électoral par le camp présidentiel<sup>365</sup>. À la suite de la restauration de la CEI, le camp présidentiel exigea la satisfaction d'autres conditions avant la reprise du processus électoral. Il exigeait, entre autres, l'audit des listes électorales afin d'extirper de la liste blanche, les pétitionnaires dont la nationalité ivoirienne n'était pas établie, le désarmement des Forces nouvelles, le rétablissement de l'administration dans la zone sous contrôle rebelle<sup>366</sup>. Or, il ressorti du mode opératoire de recensement électoral un consensus sur les personnes inscrites sur la liste blanche issue du croisement sous la supervision de la CEI des listes des opérateurs techniques que sont la SAGEM Security et l'Institut National de la Statistique. Les nouvelles exigences du camp présidentiel confirmaient ainsi l'idée que la dissolution régulièrement prononcée de la CEI n'était pas légitime, mais était un élément d'un montage juridico-politique destiné à bloquer le processus électoral en cours. De ce fait, la dissolution de la CEI était ni plus ni moins qu'une mesure frauduleuse en raison de son caractère abusif tant son intention de nuire était manifeste.

Si chacun des détenteurs de pouvoirs conférés par la constitution se livre à des fraudes, il en est de même dans la mise en œuvre des pouvoirs prévus dans le cadre de leurs rapports réciproques.

---

<sup>365</sup> L'argument de la création artificielle de la crise a été défendu par le RHDP pour qui la crise est un alibi qui dénote du manque de volonté politique du pouvoir à organiser les élections.

<sup>366</sup> Le désarmement des protagonistes à un conflit militaro-politique est une condition objective avant la tenue des élections dans un pays. Dans le cas ivoirien, l'opportunité de l'exigence de cette condition à la suite de la restauration de la CEI était sujette à caution, donnant la preuve de l'intention de ses auteurs de nuire que de favoriser la reprise du processus électoral.

La législation déléguée est, selon le professeur Yves GAUDEMET, la dévolution par le Parlement de sa compétence à une autre autorité<sup>367</sup>. Sous le régime parlementaire classique, le législateur connaissait la pratique du transfert de son pouvoir au gouvernement. Cet abandon de pouvoir va être matérialisé, sous la III<sup>e</sup> République française, par la pratique des décrets-lois. Malmenée par la doctrine, la pratique des décrets-lois est considérée comme une pathologie, une maladie sans remède<sup>368</sup>. Elle fut condamnée par la constitution française de 1946 en son article 13 qui disposait que « *l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ».

Avec le parlementarisme rationalisé, le législateur va progressivement abandonner, du moins, transférer son pouvoir de faire la loi à l'exécutif. Le professeur GAUDEMET releva, fort à propos, que la condamnation de la constitution française de 1946 ne fut que vaine, car avec la constitution française de 1958, la pratique de la délégation de pouvoir connaîtra un regain plus important<sup>369</sup>. Les ordonnances de l'article 38 de la constitution française de 1958 qui sont le décalque des décrets-lois sont appliquées avec beaucoup plus de ferveur, mais surtout avec des dérives. On assiste alors à une généralisation de l'abus de la législation déléguée sous la cinquième République française<sup>370</sup>. Les États africains n'en seront pas épargnés surtout en raison des déviations propres au fonctionnement des présidentialismes africains.

En France, la répartition des compétences entre le législateur, détenteur par excellence du pouvoir législatif et l'exécutif a trouvé dans la constitution française de 1958 une réponse plus nette. Les domaines respectifs des deux pouvoirs ont été identifiés avec précision, mais

---

<sup>367</sup> L'expression est employée par Y GAUDEMET, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005. P.157 ; GAUDEMET Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, *L'esprit des institutions*, l'équilibre des pouvoirs, Paris, Dalloz, 2003, p. 617.

<sup>368</sup> GAUDEMET Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit., p. 617.

<sup>369</sup> Ibid.

<sup>370</sup> Pour des développements substantiels sur ce sujet, voir en droit français: Yves GAUDEMET, *La loi administrative*, RDP, N°1-2006, p. 65-84. GAUDEMET Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit., p. 617-628. DRAGO Guillaume, *Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif*, RDP, N°1-2006, p. 45-64. BIDEGARAY Christian et EMERI Claude, « Du droit constitutionnel au gouvernement comparé », *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, p. 445-492.



toutefois avec des passerelles entre elles. L'objectif de ces passerelles, en plus d'assurer « *la souplesse de la constitution* »<sup>371</sup>, marque aussi la perméabilité des domaines de la loi et du règlement, laissant du même coup une marge de manœuvre assez importante aux deux autorités normatives<sup>372</sup>. La circulation des modèles aidant, cette technique sera reprise dans les constitutions francophones africaines qui entretiennent avec la constitution française de 1958 un lien de gémellité très fort. L'utilisation de ces passerelles constituées d'un ensemble de techniques législatives va d'ailleurs conduire à un émoussement du principe de la légalité, principe selon lequel le législateur est le principal auteur de la confection de la loi. Si des passerelles existent pour permettre un dialogue fructueux entre l'exécutif et le législatif, leurs utilisations malveillantes peut entraîner un désordre normatif. C'est ce que remarque Guillaume DRAGO, lorsqu'il écrit à propos de ces techniques législatives, que leur « *utilisation irraisonnée et abusive contribue au désordre normatif dans la hiérarchie des normes* »<sup>373</sup>. C'est ce qui adviendra en Afrique francophone. Les relations entre l'exécutif et le législatif charrieront les insuffisances relevées en France, pour offrir les pires illustrations de la pratique dévoyée de la délégation de pouvoir législatif. C'est ce que nous nous proposons de montrer en mettant en relief le peu d'intérêt porté aux règles d'encadrement du transfert de la législation et de son application. La pratique défailante de la législation déléguée est une illustration parfaite de l'usage pour le moins visible de la fraude à la constitution. En effet, de l'analyse du droit constitutionnel de la plupart des États africains francophones, il ressort que la délégation de législation conduit à de nombreuses atteintes aux règles de répartition du domaine de la loi-règlement de la constitution, conduisant à un désordre normatif<sup>374</sup>.

Dans la quasi-totalité des textes constitutionnels des États africains francophones, la délégation de la législation passe par l'accomplissement d'une trilogie d'actes obligatoires. Il

---

<sup>371</sup> DEBRÉ Michel, (alors garde des Sceaux, ministre de la Justice, allocution devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 27 août, Documents pour servir à l'élaboration de l'histoire de la constitution du 4 octobre 1958, vol. III, La documentation française, 1991, pp ; 257-258, N°33, §6.

<sup>372</sup> Guillaume DRAGO, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP, N°1-2006, p. 49.

<sup>373</sup> DRAGO Guillaume, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », op. cit., p. 49.

<sup>374</sup> Ibid.

s'agit de l'habilitation législative, de la signature de l'ordonnance et de la ratification parlementaire<sup>375</sup>.

L'habilitation est l'autorisation que le Parlement donne au gouvernement suite à la demande de celui-ci afin d'intervenir dans le domaine qui est le sien. En raison de son caractère exceptionnel, l'autorisation doit se conformer à certaines exigences. La demande d'habilitation doit être justifiée par le gouvernement et ce dernier doit veiller à la cohérence du champ d'autorisation avec les actes qui vont être réglementés. Par ailleurs, il doit expliciter « la finalité des mesures » envisagées et le « domaine d'intervention de celles-ci »<sup>376</sup>.

Viennent ensuite l'adoption et la signature de l'ordonnance. Une fois la loi d'habilitation adoptée, le gouvernement a la possibilité d'élaborer son ordonnance. Celle-ci doit être conçue dans les limites matérielles et de délais imposés par la loi d'habilitation. Le gouvernement ne doit en aucun cas étendre le champ des matières couvert par l'habilitation. De même, l'intervalle de temps imparti pour prendre des ordonnances doit être scrupuleusement observé<sup>377</sup>.

Puis intervient la signature de l'ordonnance par le président de la République. Cette seconde exigence voudrait qu'une fois l'ordonnance adoptée par le gouvernement en conseil des ministres, le président appose sa signature sur l'acte pour qu'elle entre en vigueur. Cette question est un sujet à controverse au sein de la doctrine constitutionnelle française. En elle a divisé une bonne partie de la doctrine constitutionnelle sur l'exacte qualification juridique du refus du président de signer les ordonnances. Cette controverse est loin d'être épuisée puisque les récurrentes questions à ce sujet sont de savoir si le président de la République peut en période de cohabitation faire obstacle à la législation déléguée ? il s'agit aussi de savoir est ce qu'il résulte de la législation déléguée, l'obligation ou non pour le président de signer les ordonnances<sup>378</sup>?

---

<sup>375</sup> Sénégal art. 77 de la constitution de 2001 ; Burkina Faso, art. 107 de la constitution de 1991.

<sup>376</sup> GAUDEMET Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *L'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, p. 620.

<sup>377</sup> Si presque toutes les constitutions africaines parlent de délai, l'article 74 de la constitution du Mali précise que la période d'habilitation peut être « un délai limité » ou peut se situer « entre les deux sessions de l'Assemblée nationale ».

<sup>378</sup> GAUDEMET Yves, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit., p. 621.

Dans la doctrine française, deux positions se sont longtemps opposées sur la légalité constitutionnelle du refus en 1986 du président MITTERRAND de signer les ordonnances relatives à des privatisations d'entreprises, à la délimitation des circonscriptions électorales et à l'aménagement du temps de travail. Le fondement de ce refus est le premier alinéa de l'article 13 de la constitution française de 1958 qui énonce que « *le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres* ».

On est tenté de dire que les arguments avancés par les uns et les autres pour résoudre ces questions relevaient, selon la formule du professeur Jean WALINE, « *de la conviction car la réponse donnée par le juriste à la question est dans une mesure non-négligeable, fonction de ses opinions politiques* »<sup>379</sup>. En effet, pour les partisans de la régularité d'un tel acte, le refus de signer les ordonnances par le président ne serait pas contraire à la constitution<sup>380</sup> parce que « *le président était libre de signer ou de ne pas signer* »<sup>381</sup>.

Quant aux adversaires de cette position, ils considèrent que le refus de signer les ordonnances serait contraire à la constitution<sup>382</sup>, le président de la République serait tenu parce que l'article 13 de la constitution est rédigé au présent de l'indicatif. Par conséquent, il ne peut se défausser de cette obligation qui relève d'une compétence liée<sup>383</sup>. Le président n'aurait d'autres compétences que celle de « *l'authentification notariale* »<sup>384</sup>.

Sur la question, l'argument de la compétence liée du président à signer les ordonnances emporte notre adhésion, car, admettre une position contraire, serait consacré « *un véritable veto législatif pour le président dans le cadre législatif* »<sup>385</sup>. Face à une ordonnance émanant d'un gouvernement qui ne lui serait pas favorable, le président pourra recourir à ce moyen invalidant pour paralyser le fonctionnement des institutions. Cette méfiance doit être nuancée

---

<sup>379</sup> WALINE Jean, « Les révisions de la constitution de 1958 », in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe ARDANT, p. 235- 250.

<sup>380</sup> ROBERT Jacques, « M. Mitterrand peut refuser de signer », le Monde 18 avril 1986.

<sup>381</sup> FAVOREU Louis et Autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2000, p.797.

<sup>382</sup> GAUDEMET Yves, Le président est tenu de signer, le Monde 18 avril 1986. J. LARCHE, Le président de la République est tenu de signer les ordonnances, le Monde 29 mars 1986. G. DRAGO considère que la conduite du président est un « abus de pouvoir », le Figaro, 16 juillet 1986.

<sup>383</sup> PACTET Pierre, *Institutions politiques, droit constitutionnel*, éd. 2001, p. 609.

<sup>384</sup> GAUDEMET Y., « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit, p. 621.

<sup>385</sup> Ibid. p. 623.

avec le cas du régime présidentiel sénégalais où l’habilitation est confiée au président, toute chose qui lève l’idée de veto législatif aux mains du président de la République<sup>386</sup>.

La ratification est le dernier acte de la législation déléguée. Elle est l’opération juridique qui parachève le processus de délégation du pouvoir du Parlement au gouvernement. Comme le fait observer le professeur GAUDEMET, la ratification referme la parenthèse de l’exercice normal de ses compétences par le législateur, rétablissant du même coup l’ordre des compétences<sup>387</sup>. La procédure de ratification est l’opération *sine qua non* dont l’économie ne peut être faite dans l’exercice de la législation déléguée, car elle permet au parlement de garder le contrôle sur la régulation d’une matière qui relève de sa compétence. Elle est si importante que lorsqu’elle n’intervient pas, se pose d’énormes incertitudes sur la validité et la nature juridique des règles adoptées. En ce qui concerne leur validité, la tendance en droit constitutionnel est que faute d’être ratifiées, les ordonnances deviennent caduques<sup>388</sup>.

Quant à la question de la nature des règles issues des matières législatives ayant fait l’objet de réglementation par la voie de la délégation de pouvoir législatif, ces règles peuvent avoir une nature hybride. Avant leur ratification, les ordonnances revêtent la nature d’acte réglementaire. Après leur ratification, les ordonnances deviennent des actes législatifs. Cette situation normale soulève des questions procédurales qui tiennent à la forme et à la procédure de ratification. En France, la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence, distingue deux types de ratification législative. La ratification expresse et implicite.

La ratification explicite est l’opération juridique qui consiste pour le Parlement à voter une loi qui accepte, sous bénéfice d’inventaire, la réglementation des ordonnances et la reprend à son compte<sup>389</sup>. La ratification implicite d’ordonnances est un mécanisme de validation qui

---

<sup>386</sup> Constitution du Sénégal de 2000, Article 77 « L’Assemblée nationale peut habiliter par une loi le président de la République à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Dans les limites de temps et de compétence fixées par la loi d’habilitation, le président de la République prend des ordonnances qui entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n’est pas déposé sur le bureau de l’Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d’habilitation. L’Assemblée nationale peut les amender à l’occasion du vote de la loi de ratification.

<sup>387</sup> GAUDEMET Y., « Sur l’abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit, p. 624.

<sup>388</sup> Constitution de 1990 du Bénin : art. 102 ; Constitution de 1991 du Burkina Faso, Constitution de 1992 du Mali : art. 74 ; Constitution du Niger : Art. 87 ; Constitution du Sénégal : art. 77.

<sup>389</sup> GAUDEMET Y., « Sur l’abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », op. cit, p. 624.

est une construction essentiellement jurisprudentielle. Elle implique que par des lois postérieures, le Parlement manifeste sa « volonté implicite » d'adopter le dispositif d'une ordonnance. Des jurisprudences françaises aussi nombreuses que variées confirment cette approche de la ratification implicite des ordonnances<sup>390</sup>. Ce procédé bien qu'il ait le mérite de sauver des ordonnances qui seraient frappés de caducité pose avec acuité la question des éléments caractéristiques de ce type de ratification. Selon le professeur GAUDEMET, le caractère distinctif par lequel est reconnue la ratification implicite, « *est toujours l'intention du législateur qui détermine la ratification, telle que présumée, révélée par le dispositif de textes ultérieurs ou les conditions de leur adoption* »<sup>391</sup>. C'est dire que le juge doit être guidé par une interprétation exégétique qui le conduise à rechercher l'intention du législateur. Pour salubre qu'il soit, ce procédé présente le risque d'engendrer des dérives liées à la substitution de l'intention du juge à celle du législateur si le juge est un complice de la fraude à la constitution.

Toutes ces étapes de la délégation du pouvoir législatif que nous venons de décrire peuvent donner lieu à des abus du gouvernement et parfois même du législateur. Parmi ceux-ci, on peut relever le déclasserement de la matière, qui de nature législative finit par devenir réglementaire parce que le législateur n'y est jamais intervenu pour apprécier la validité de la réglementation d'origine gouvernementale.

Pour limiter ces abus, nombre de juridictions constitutionnelles occidentales, en particulier celle de la France, en sont venues au contrôle juridictionnel de la législation déléguée en vue de faire respecter la compétence législative dans l'utilisation d'un procédé constitutionnel qui correspond à une volonté de bonne fin dans l'adoption de la législation<sup>392</sup>. En dépit de l'utilité incontestable du contrôle juridictionnel, il ressort du survol rapide de la jurisprudence française que le désordre normatif inhérent à l'utilisation des ordonnances persiste. En Afrique où le contrôle de ces actes ne se fait presque jamais, la fraude à la constitution trouve y un terrain favorable. En attestent, les quelques illustrations qui suivent.

---

<sup>390</sup> Cons. Const. 29 févr. 1972, Rec, p. 31.

<sup>391</sup> GAUDEMET Y., Ibid., p. 624.

<sup>392</sup> DRAGO Guillaume, « Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », RDP, N°1-2006, p. 51.

Au Burkina Faso, comme dans beaucoup d'États africains, la délégation du pouvoir législatif à l'exécutif est « *une politique législative qui se banalise* »<sup>393</sup>. Elle se banalise parce qu'au lieu d'être une parenthèse dans la politique législative, elle est devenue une pratique plus que normale des rapports entre l'exécutif et le législatif à tel point qu'elle inquiète doublement. La première inquiétude résulte du fait que les lois d'habilitation qui sont le support juridique de ces rapports se caractérisent par leur généralité. Généralité en raison de l'imprécision de l'objet de la loi d'habilitation, c'est-à-dire des matières déléguées. La seconde inquiétude tient à la quasi permanence de cette pratique. Procédé exceptionnel par essence, la délégation de pouvoir est devenue un acte permanent qui se traduit par des dessaisissements, pour de très longues périodes quelquefois toute une année civile, du pouvoir du Parlement au profit du gouvernement<sup>394</sup>. Dans la pratique, le Parlement, par voie d'habilitation, autorise le gouvernement à s'autoriser par voie d'ordonnance la ratification de certaines conventions internationales. Cette pratique est généralisée en Afrique noire francophone. Ainsi depuis 2006 au Burkina Faso, l'Assemblée nationale, au moyen d'une loi d'habilitation, autorise le Gouvernement à autoriser, en ses lieux et place, la ratification des accords de financement signés avec les partenaires techniques et financiers. Avant cette date, l'autorisation de ratification ne concernait que les conventions, accords ou traités signés avec les institutions internationales, régionales ou sous régionales. Aujourd'hui, elle concerne presque toutes les matières législatives.

De façon générale, l'abus de la délégation législative désarticule la répartition des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif avec des conséquences certaines sur l'équilibre de l'ordre constitutionnel. On peut voir dans cette pratique une fraude à la constitution dans la mesure où la validité du procédé n'empêche pas qu'une prérogative essentielle de l'Assemblée nationale soit vidée de sa substance. En effet, l'observation des procédures est exploitée pour renforcer l'hégémonie de l'exécutif sur un Parlement qui abandonne volontairement ses pouvoirs. C'est dire que dans sa matérialisation, la délégation abusive du pouvoir législatif n'est pas toujours heureuse. Cela est d'autant plus inquiétant que dans le dernier rapport parlementaire, il est mis en exergue l'anormalité de la récurrente intrusion par ordonnance de

---

<sup>393</sup> BOLLE Stéphane, « Constitution du Burkina Faso, Le Gouvernement autorisé à s'autoriser par ordonnances », <http://www.la-constitution-en-afrique.org>.

<sup>394</sup> Au Burkina Faso, l'habilitation annuelle du gouvernement à légiférer par ordonnance en lieu et place du parlement concerne les années 2007, 2008, 2009, 2010. Cette habilitation est libellée comme il suit: « l'habilitation donnée couvre la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre... ».

l'exécutif dans le domaine législatif. Aussi, l'incongruité de cette pratique aux conséquences fâcheuses sur l'équilibre constitutionnel inspire de nombreuses observations tendant à montrer que « *régulière, la captation par l'exécutif d'une part substantielle du pouvoir législatif d'autorisation pose problème. En premier lieu, l'adoption, chaque année, d'une loi d'habilitation, valable pour toute l'année suivante, met en cause le caractère temporaire du dépouillement de l'Assemblée nationale, par elle-même, du pouvoir de faire la loi, en certaines matières. Prise isolément, chaque loi annuelle d'habilitation paraît parfaitement conforme à la constitution; mais, appréciées par partie ou dans leur ensemble, les lois annuelles d'habilitation anéantissent de fait une parcelle du pouvoir législatif, que – sous réserve de certaines dérogations – la constitution attribue expressément à l'Assemblée nationale* »<sup>395</sup>.

La dérive de la profusion des lois d'habilitations trouvent quelques explications dans les injonctions de certains partenaires techniques et financiers qui exigent de fortes garanties normatives ou institutionnelles avant le déblocage des aides financières. À cet effet, le plus souvent, ils exigent des réformes institutionnelles. En conséquence, les États, parce que besogneux, sont obligés de parer à ces exigences en procédant à des réformes par le recours aux ordonnances dont la procédure est moins contraignante que celle des lois. Les relations avec les partenaires techniques n'expliquent pas tout. La fronde sociale peut être une raison. Pour faire face aux revendications sociales, la voie réglementaire paraît plus indiquée, car il y a urgence. Il en sera ainsi au Burkina Faso où le gouvernement a dû recourir à des ordonnances pour donner suite aux promesses concédées aux revendications salariales des organisations syndicales. L'ordonnance N°2008-22/PRES du 30 décembre 2009 portant modification du code des impôts sera prise pour modifier ledit code en son article 60 afin de revoir le taux de l'abattement forfaitaire du salaire de base pour frais et charges professionnelles. Cet exemple est une des nombreuses illustrations du dépouillement du pouvoir fiscal par l'exécutif. La critique enflant, l'adoption d'un nouveau code des impôts est venue rapporter « *la ratification parlementaire* » aux abus de pouvoirs délégués dans une matière où le Parlement s'était vu déposséder une bonne part de ses attributions. On voit là que les mécanismes de collaboration entre l'exécutif et le Parlement sont utilisés pour faire

---

<sup>395</sup> BOLLE Stéphane, « Constitution du Burkina Faso, « Le Gouvernement du président autorisé à s'autoriser par ordonnances », <http://www.la-constitution-en-afrique.org>.

bouger la ligne de partage des compétences au profit de l'exécutif, ce qui n'est rien d'autre que la fraude à la constitution.

L'exercice des pouvoirs reconnus aux autorités en matière électorale heurte plus la constitution, car ces pouvoirs sont utilisés pour maîtriser et tirer le meilleur parti des compétitions électorales.

## **§ 2. LES FRAUDES A LA CONSTITUTION LIEES A L'ORGANISATION DE LA COMPETITION ELECTORALE**

Les élections étant le principal moyen de désignation des représentants du peuple dans les régimes démocratiques, la transparence des règles électorales reste dans les systèmes politiques en transition un défi majeur. Très souvent, de leur maîtrise dépend l'issue des élections. À cet effet, on peut constater avec le doyen de GAUDUSSON que les acteurs politiques n'hésitent pas à s'emparer des règles et procédures électorales pour mieux les instrumentaliser et les détourner<sup>396</sup>. Par conséquent en considération de leur valeur constitutionnelle, leurs manipulations à des fins purement partisans constituent des fraudes à la constitution. La fraude à la constitution est constituée parce que la règle électorale est un artifice juridique utilisé pour atteindre un objectif recherché. Il s'agira donc d'examiner les différentes manipulations de la règle électorale qui concernent notamment la fixation du calendrier électoral (A), du mode scrutin (B) et des conditions d'éligibilité électorales (C).

### **A. LES MANIPULATIONS FRAUDULEUSES DU CALENDRIER ELECTORAL**

La tenue des élections pose avec une acuité brûlante la question du rôle des élections en Afrique en tant que moyen de désignation des gouvernants. S'il est indéniable qu'elles servent à désigner les représentants du peuple et à leur conférer la légitimité, les consultations électorales, relève Albert BOURGI, sont devenues de véritables " *impostures* " se réduisant à

---

<sup>396</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les élections entre démocratie et crises : l'enjeu stratégique des opérations électorale », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Jean-Pierre (sous la direction) et al., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 180.



de « *simples formalités administratives* »<sup>397</sup> dominées par des acteurs politiques se livrant « à un *banditisme électoral* plutôt qu'à une *compétition loyale* »<sup>398</sup>. C'est avec beaucoup de déception que l'on constate que le recours aux élections soulève des *réserves* et suscite des *appréhensions*<sup>399</sup>. Ces sentiments trouvent leurs explications dans la récurrence des dysfonctionnements<sup>400</sup>, la persistance des fraudes électorales<sup>401</sup> et des contestations violentes sur lesquelles débouchent parfois les compétitions électorales<sup>402</sup>.

L'appréciation du caractère frauduleux de la fixation du calendrier électoral n'est pas aisée tant le report d'une élection est presque toujours justifié par des contraintes objectives tenant à son organisation. Ces contraintes sont en particulier les besoins logistiques et financiers que les États ont parfois du mal à réunir, sauf lorsqu'il s'agit de référendum destiné à supprimer les clauses limitatives des mandats présidentiels. En réalité, le manque de moyens financiers n'est qu'un prétexte, voire une négligence manifeste dans la mesure où les élections sont programmées de longue date. Or les gouvernants sont presque toujours obligés de recourir à l'appui financier et matériel des partenaires occidentaux et des organisations internationales dont l'assistance reste indispensable pour l'ancrage des élections comme moyen de promotion de la démocratie. C'est pourquoi la difficulté à faire face aux charges organisationnelles des élections peut être une cause de leur éventuel report. Dans ces conditions, le différé des élections trouve sa justification dans une cause objective. Il peut en être autrement dans certaines circonstances. C'est notamment le cas lorsque le report des élections s'inscrit dans une stratégie de conquête de pouvoir. Il devient dans ce cas frauduleux parce que son fondement est entaché d'une intention frauduleuse. Le report est instrumentalisé pour servir une finalité partisane. En conséquence, dire de la prorogation des élections qu'elle est

---

<sup>397</sup>BOURGI Albert, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, N°51, juillet - septembre 2002, pp. 721-748. Voir également *Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique*, op. cit., p. 166-175.

<sup>398</sup> L'expression est de monsieur TAPO K., ancien président de la Commission électorale nationale indépendante du Mali.

<sup>399</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003.

<sup>400</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les élections entre démocratie et crises : l'enjeu stratégique des opérations électorales », op. cit. p. 184-185.

<sup>401</sup> DJEDJRO M. Francisco, « Fraudes électorales et constitutionnalismes en Afrique », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, précitée, p. 785-815.

<sup>402</sup> OLIVA Fabio, « Vainqueurs et vaincus : deux faces de la même médaille ? Ou comment accepter le verdict des urnes », *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, précité, p. 454-476.

frauduleuse, revient à supposer que le report des élections, décidé conformément aux règles et procédures de la constitution, heurte non pas la légalité appréhendée du point de vue de la lettre, mais du point de la finalité de la loi électorale. Le report n'est pas objectivement justifié par des difficultés quasi insurmontables, mais plutôt guidé par un objectif de maîtrise du processus électoral. Le critère de la fraude en pareille circonstance serait le mépris des principes du consensus ou de la justice devant prévaloir dans la détermination des règles de jeu.

La fraude à la constitution étant l'utilisation régulière des procédures prévues par la constitution à des fins contraires au constitutionnalisme, les fixations du calendrier électoral peuvent être frauduleuses, lorsqu'elles résultent de décisions qui, bien qu'obéissant au formalisme de la constitution, heurtent cependant de front sa finalité. Les fraudes liées à la fixation des élections concernent le non-respect des délais d'organisation des élections. Il s'agit, pour des raisons qui ne sont pas toutes justifiées, de différer les élections à des périodes qui pourraient être plus favorables à la majorité, car le respect des délais constitutionnels pourrait entraîner des incertitudes sur l'issue victorieuse de la majorité ou, la prorogation serait un simple moyen d'accorder une rallonge à un pouvoir qui serait venu à terme. Ce faisant, la prorogation non consensuelle du calendrier électoral va à l'encontre de l'article 2 du Protocole de la CEDEAO dont l'alinéa 2 prévoit que : *« les élections à tous les niveaux doivent avoir lieu aux dates ou périodes fixées par la constitution ou les lois électorales »*.

La majorité au pouvoir au Burkina Faso passe pour être assez bien rompue à la première variante de cette manœuvre frauduleuse. Face à la profonde crise sociale que le pays a traversée à la suite du quadruple meurtre de Sapouy en 1998 et craignant la réaction négative des électeurs, le gouvernement a volontairement décidé de proroger le mandat des conseillers municipaux qui était pourtant arrivé à échéance. Poussant cette anormalité à l'extrême, le gouvernement va prolonger le mandat des conseillers municipaux qu'il transforma en délégations spéciales, reportant la tenue des élections municipales qui devaient avoir lieu en 2000. D'ailleurs, c'est fort de la crainte d'un succès assez modeste aux élections régionales, que le scrutin qui devait consacrer la mise en place des conseils régionaux ne sera pas organisé au motif de l'absence de moyens d'organisation.

Le Burkina Faso n'a pas, loin s'en faut, le monopole de telles pratiques. De nombreux pays ont déjà expérimenté ce moyen de fragilisation des textes constitutionnels. Au Sénégal, la loi constitutionnelle votée le 16 décembre 2005 est venue modifier le mandat des députés élus pour la législature 2001-2006<sup>403</sup>. La motivation officielle de cette initiative était de coupler les organisations des élections présidentielles et législatives. En effet, cette loi prévoyait que « *par dérogation à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 60 de la constitution, le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001 est prorogé pour être renouvelé le même jour que l'élection présidentielle* ». Ce choix stratégique a eu une incidence négative sur l'ordonnancement constitutionnel, car comme l'a relevé le professeur Ismaël FALL, cet « *intrus constitutionnel* » se borne plutôt à le paralyser pendant quelques mois<sup>404</sup>.

Pour terminer avec ces cas de fraudes par la prorogation des mandats, il faut relever le cas du Bénin dont le traitement juridictionnel d'une situation de fraude, nous y reviendrons, renforce la notoriété de la justice constitutionnelle béninoise en tant que modèle d'école en Afrique noire francophone. En effet, par la loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée le 23 juin 2006, l'Assemblée nationale béninoise avait entendu proroger le mandat des députés d'une année supplémentaire. Cette loi constitutionnelle était destinée à modifier l'article 80 de la constitution du Bénin du 11 décembre 1990 qui limite la durée du mandat des députés à quatre ans.

Les fraudes par la prorogation des mandats peuvent présenter une autre variante, celle de la non tenue des élections. Le Niger, la Côte-d'Ivoire et la République du Congo sont les pays qui se sont illustrés par le refus d'organiser les élections à l'échéance constitutionnelle. La situation en Côte-d'Ivoire ne retiendra pas notre attention en raison de la rébellion militaire que ce pays a connue et qui a servi de prétexte au gouvernement du président GBAGBO pour reporter plusieurs fois les dates des élections qui avaient été de communs accords arrêtés.

Au Niger, après la dissolution de l'Assemblée nationale, alors que la Commission nationale avait choisi la date des élections législatives sur la base des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire le 24 août 2009. Il n'empêche que le président TANJA ne convoqua pas le corps électoral à cette date pour renouveler le Parlement alors que l'alinéa 2

---

<sup>403</sup> FALL Ismaël Madior FALL, *Evolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit. p. 158.

<sup>404</sup> Ibid.

de l'article 48 disposait qu' « *une nouvelle Assemblée est élue quarante-cinq (45) jours au moins et quatre-vingt-dix (90) jours au plus après cette dissolution. Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans les vingt-quatre (24) mois qui suivent les élections* ».

Justifiant la dissolution du Parlement par "*le climat tendu de la scène politique*" et pour "permettre au Niger d'entamer la VI<sup>e</sup> République avec une représentation nationale renouvelée et fortifiée"<sup>405</sup>, le président TANJA ne trouvait plus dans la constitution abrogée le fondement juridique de l'organisation des élections parlementaires, car, soutenait-il, la constitution de la VI<sup>e</sup> République qui allait être adoptée rendrait inutile la mise en place d'une Assemblée nationale sur la base de l'ancienne constitution. Du reste, il ne convoqua le corps électoral que pour la mise en place de la première législature de la VI<sup>e</sup> République issue de sa "constitution".

La République du Congo a, elle aussi connu une telle situation avec le refus du gouvernement du président Pascal LISSOUBA d'organiser l'élection présidentielle à la date constitutionnellement définie des difficultés rendaient impossible l'organisation des élections.

Par effet de contagion, l'instrumentalisation du constitutionnalisme gagne la République des Comores. La manipulation va toucher la constitution consensuelle issue des accords de Fomboni de 2001 et négociée sous les auspices de la communauté internationale. Cette constitution avait ouvert une période de stabilité et de renforcement de la démocratie grâce à la consécration du principe de la présidence tournante entre les trois îles de l'Union des Comores<sup>406</sup>. Cependant, si les signes de fragilisation du consensus entre les trois îles se sont très vite fait sentis<sup>407</sup>, la fragilisation la plus importante résultera de la réforme de la constitution opérée par le congrès le 1<sup>er</sup> mars 2001. En effet, sous le prétexte de l'harmonisation de la date des élections du président de l'Union et des gouverneurs des îles, les parlementaires comoriens prolongèrent de dix-huit mois le mandat du président Ahmed

---

<sup>405</sup> [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 30/05/2009.

<sup>406</sup> Art.13 « *La Présidence est tournante entre les îles...* ».

<sup>407</sup> Du Bois de GAUDUSSON ? - « La constitution du 23 décembre 2001 au cœur de la médiation comorienne », *Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique*, sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA (Prés.); Jean du BOIS de GAUDUSSON, Albert BOURGI, et al., Bruxelles, Bruylant, 2010, p 559-579 .

Abdallah SAMBI en repoussant l'élection présidentielle prévue en mai 2010 au 27 novembre 2011. La nouvelle date des élections générales devait permettre l'élection groupée des gouverneurs des îles autonomes et, surtout, celle du président de l'Île de Mohéli à qui revenait de droit la charge de président de l'Union des Comores conformément au principe de la présidence tournante entre les trois îles.

Cette révision de la constitution suscita une controverse entre le camp présidentiel et les représentants des autres îles. Alors que le camp présidentiel soutenait sa conformité à la constitution, le camp opposé la jugeait anticonstitutionnelle. La prolongation du mandat du président SAMBI pouvait s'analyser comme une fraude à la constitution au regard de l'objectif qu'elle visait. Son caractère frauduleux résulte de la remise en cause du principe tournant consacré par la constitution de 2001. Cette fraude peut même être étayée à partir des éléments constitutifs de la fraude.

L'acte matériel de la fraude à la constitution implique la régularité des procédures de révision de la constitution ayant permis d'harmoniser les dates des élections. Autrement dit, il doit en résulter de l'examen des faits que les dispositions relatives à la révision tel que prévu par l'article 37 de la constitution ont été scrupuleusement observées<sup>408</sup>. L'analyse des circonstances de l'adoption de la loi de révision constitutionnelle permet de constater que le quorum exigé par la constitution pour l'adoption de la révision a été respecté. En effet, rassemblant les députés et les conseillers des trois îles, le Congrès a, par 60 congressistes sur 84 rassemblés, approuvé la prolongation du mandat du président SAMBI<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> Art.37 « L'initiative de la révision de la constitution appartient concurremment au président de l'Union et au moins un tiers des membres de l'Assemblée de l'Union. Pour être adopté, le projet ou la proposition de révision doit être approuvé par les deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée de l'Union ainsi que par les deux tiers du nombre total des membres des Assemblées des Îles ou par référendum. Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'unité du territoire et à l'intangibilité des frontières internationalement reconnues de l'Union ainsi qu'à l'autonomie des îles ».

<sup>409</sup> Une bonne partie des élus de Mohéli qui devait hériter de la présidence tournante en 2010 et ceux de l'opposition ont boycotté cette rencontre qui a rassemblé les députés et les conseillers des îles. Des élus mohéliens, seul un député, Ahmed Daroumi et deux conseillers étaient présents au congrès. Voir [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), Le Congrès comorien proroge de 18 mois le mandat du président SAMBI, mercredi 03 mars 2010. Le site officiel du gouvernement comorien rapporte que parmi ceux qui étaient présent au congrès, après de vifs échanges entre élus et le départ de l'hémicycle de neuf conseillers de l'opposition « pour protester contre les violations de dispositions de la constitution ». Voir site officiel de l'Îles des Comores, <http://www.beit-salam.km>.

Si la régularité procédurale de la réforme ne fait pas l'objet de vive contestation, c'est plus précisément sa finalité qui témoigne de la malveillance de l'intention du président en exercice, dont l'ambition était de neutraliser le principe de la présidence tournante des îles. C'est bien cette utilisation de la révision en vue d'extraire de la constitution le principe de l'alternance automatique que pointent du doigt les élus de l'opposition de Ngazidja, qui ont quitté le congrès parce que l'objectif de la révision était manifestement détourné. Pour eux, « *la constitution prévoit une harmonisation, mais on a trouvé une prolongation du mandat du chef de l'État* » comme l'eût martelé le député Mzimba entouré de tous ses homologues de même couleur politique et de l'opposition dans son ensemble<sup>410</sup>. La controverse ne se trouvait donc plus sur le terrain de la légalité constitutionnelle, mais bien, sur celle de la légitimité. Autrement dit, le détournement de pouvoir qui a été évoqué entretient dans l'espèce une forte parenté avec la théorie de la fraude à la constitution. S'il y a fraude à la constitution, c'est bien parce qu'il y a instrumentalisation de la procédure de la révision par le président SAMBI. Le comble de cette instrumentalisation est le montage artificiel réalisé. Celui-ci commence par l'adoption d'une ordonnance du chef de l'État<sup>411</sup> organisant le fonctionnement du congrès en suppléance du vide laissé par la loi organique qui n'a pas été adoptée comme le prévoit la constitution comorienne en son article 20<sup>412</sup>. L'adoption de cette ordonnance est une étape d'une stratégie conçue de toutes pièces pour parvenir à une fin prédéfinie. Au fait, l'opportunité de l'adoption de cette ordonnance et sa légalité sont très critiquables. Ce qui est en cause au titre de l'opportunité de l'ordonnance, c'est l'adoption de celle-ci à la veille de la réunion du congrès pour décider de la procédure d'organisation du vote devant sanctionner l'adoption de la révision constitutionnelle. L'intention du chef de

---

<sup>410</sup> <http://www.reunionnaisdumonde.com>.

<sup>411</sup> L'ordonnance a été mise en cause par les élus de Ngazidja qui ne sont pas de la mouvance présidentielle, Comores : prolongation du mandat de SAMBI par le congrès, <http://www.reunionnaisdumonde.com>.

<sup>412</sup> Art.20 L'Assemblée de l'Union est composée de représentants désignés par les Assemblées des Îles, à raison de cinq députés par Île et de dix-huit représentants élus au suffrage universel direct dans le cadre d'un scrutin uninominal à deux tours. La loi électorale précise les modalités du mode de scrutin ainsi que les circonscriptions électorales dont le nombre ne peut être inférieur à deux par Île. Le président de l'Assemblée de l'Union est élu pour la durée de la législature. Une loi organique détermine les conditions et les modalités de l'élection des députés de l'Assemblée de l'Union et de son président, le régime des inéligibilités et des incompatibilités, ainsi que les indemnités des députés. Elle précise les conditions dans lesquelles sont élues les personnes appelées à assurer, en cas de vacance du siège, le remplacement des députés jusqu'au renouvellement général ou partiel de l'Assemblée de l'Union. L'Assemblée de l'Union adopte, à la majorité des deux tiers de ses membres, son règlement intérieur. Avant la mise en application de celui-ci, la Cour Constitutionnelle se prononce sur sa conformité à la Constitution.

l'État, comme il advînt, était de canaliser le déroulement de la séance en ne permettant pas la discussion du projet de loi, obligeant de ce fait les élus à voter par oui ou non<sup>413</sup>.

Par ailleurs, la légalité de l'ordonnance était contestable. En effet, l'intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi impliquait une délégation de l'Assemblée de l'Union en tant qu'organe législatif de l'Union. En l'absence d'une telle loi d'habilitation, le président n'était pas fondé à se substituer aux parlementaires pour adopter un règlement organisant le travail de l'Assemblée comme l'avait relevé le député Ahmed Mbaé, qui a déploré qu'à leur *«grande surprise, une ordonnance soit venue dicter notre manière de travailler. Le président de la République a décidé tout à l'avance. Et pourtant ce travail de règlement intérieur devait venir de nous. Et d'ailleurs, SAMBI n'avait pas le droit de faire une ordonnance alors que l'assemblée est là »*<sup>414</sup>. Le caractère artificiel de l'ordonnance met en évidence la réalité de l'intention du président SAMBI qui n'était pas de respecter le consensus de la présidence tournante. Qui plus est, son refus d'écouter son mandat montrait bien que l'harmonisation n'était qu'un prétexte en vue de le prolonger. Mais, cette prolongation avait été vécue comme un moindre mal face au refus de quitter le pouvoir qu'avait opposé le président SAMBI. En effet, deux des chefs des exécutifs des îles sur les trois avaient préconisé d'écourter tous les mandats dont le leur pour permettre l'harmonisation des élections générales en 2010<sup>415</sup>. Contre cette solution, SAMBI plaida pour la rallonge de son mandat sans toutefois prendre le soin de forger le consensus autour de sa cause. En conséquence, il paraissait bien normal de conclure au caractère frauduleux de la prolongation de son mandat sous le prétexte d'harmonisation.

Le report des élections peut faire l'objet d'un consensus comme cela est devenu la pratique en Afrique. Toutefois, le consensus dans la décision de prorogation des élections ne suffit pas à conclure que celle-ci ne peut être entachée d'illégalité ou d'illégitimité comme ce fut le cas en République centrafricaine. Malgré le consensus qui a prévalu sur le report de l'élection présidentielle, les opposants n'ont pas hésité à qualifier de violation à la constitution la loi du

---

<sup>413</sup> MBAÉ Ahmed, conseiller de la région Mboudé, « le président du congrès a dit qu'il n'y a pas de débat. Mais c'est comme un référendum, les élus vont voter par oui ou non ». in Comores : prolongation du mandat de SAMBI par le congrès, <http://www.reunionnaisdumonde.com>.

<sup>414</sup> Ibid..

<sup>415</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), Le Congrès comorien proroge de 18 mois le mandat du président SAMBI, mercredi 03 mars 2010.

10 mai 2010 adoptée par le Parlement permettant la prolongation du mandat présidentiel<sup>416</sup>. Il convient dès lors d'examiner sa régularité.

Pour savoir si cette prorogation était irrégulière selon le chef de la violation de la constitution ou de la fraude à la loi, un rappel des faits de l'espèce paraît s'imposer. Selon l'article 24 de la constitution de la République centrafricaine de décembre 2004, l'élection du nouveau président a lieu quarante-cinq (45) jours quatre-vingt-dix (90) jours au plus avant le terme du mandat du président en exercice. Le mandat de cinq (5) ans du président BOZIZÉ élu en décembre 2005 venait à échéance le 11 juin 2010. Initialement prévu pour le 25 avril 2010, le scrutin présidentiel fut une première fois reporté au 16 mai 2010 par un décret présidentiel lu à la radio nationale le 30 mars<sup>417</sup>. Mais cette dernière date s'avéra impossible à tenir, car lors d'une réunion convoquée par le président François BOZIZÉ et rassemblant notamment la classe politique et des ex-rebelles, monsieur Rigobert VONDO, porte parole et rapporteur de la Commission électorale indépendante (CEI), affirma qu'elle n'était pas en mesure de « *tenir techniquement le délai d'organisation des élections présidentielle et législatives fixées au 16 mai* », au motif que « rien que les opérations de saisie des nouvelles listes électorales jusqu'à leur certification prendront des délais que la CEI n'est pas en mesure de fixer actuellement ». En conséquence, la Commission électorale demanda « *à toutes les entités concernées par l'organisation des élections de faire des propositions justes, réalistes et adaptées au contexte centrafricain* »<sup>418</sup>.

L'appel de la CENI conforta la position de la communauté internationale, des bailleurs de fonds, des Nations Unies ainsi que de l'opposition politique qui firent savoir dès l'annonce de la date du 16 mai 2010, qu'ils souhaitaient un ajournement du scrutin en raison de la situation sécuritaire et du retard pris dans la préparation des élections<sup>419</sup>. Le camp présidentiel se

---

<sup>416</sup> Martin ZIGUÉLÉ a estimé que la loi nouvelle de prorogation des élections était contraire à la constitution notamment à son article 108 qui interdit la révision du nombre et de la durée des mandats. Pour lui, l'adoption d'une loi n'était pas nécessaire, mais qu'un simple consensus aurait pu permettre de proroger la tenue des élections à la suite du constat de l'impossibilité de la tenue des élections à la date constitutionnelle prévue. [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), journal Afrique des 9-10 mai 2010. Le consensus sans recourir à un acte ou une procédure formelle pourrait s'analyser en une convention de la constitution et aboutirait dans tous les cas au même résultat.

<sup>417</sup> L'opposition s'était dite hostile à cette date, [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 29/04/2010.

<sup>418</sup> [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 29/04/2010.

<sup>419</sup> [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 29/04/2010.



résolument finalement à accéder à ces demandes récurrentes de report des élections en soumettant au Parlement un projet de loi de prorogation du mandat présidentiel. Afin d'éviter la vacance du pouvoir, le président de la République soumit alors le projet de loi à la Cour constitutionnelle qui lui donna un avis favorable. Par la suite, l'Assemblée nationale adopta cette loi permettant la prolongation du mandat présidentiel au-delà du 11 juin 2010. En substance, cette loi<sup>420</sup> prévoit que « *lorsque le processus électoral déclenché dans les délais prévus par la constitution n'aboutit pas pour cause d'événements imprévisibles (...) avant la fin du mandat du président (...), le président de la République saisit la Cour constitutionnelle afin, d'une part, de constater le risque d'expiration du mandat présidentiel (...) et, d'autre part, d'autoriser le président à conserver ses prérogatives afin de faire organiser les élections* ». Elle prévoit également que « *le processus électoral reprend à partir de la décision de la Cour constitutionnelle, et les nouveaux délais sont obligatoirement fixés en observation stricte des délais prescrits dans le code électoral* ».

Cette loi pouvait-elle être considérée comme une violation de la constitution comme le prétendit l'opposition politique? Si l'on procède à une lecture littérale de l'article 108 de la constitution<sup>421</sup> qui soustrait le nombre et la durée des mandats présidentiels de la révision, une telle conclusion pouvait être possible à la condition que cette clause n'ait pas été soustraite du champ des matières insusceptibles de révision constitutionnelle. Mais la critique de la violation de la constitution ne résiste pas si on considère le contexte de la prorogation, justifié par les difficultés objectives rendant impossibles l'organisation des élections à date échue<sup>422</sup>. De plus, le consensus prévalait sur la nécessité du report.

L'existence de la fraude pouvait quant à elle être défendue. En effet, l'incertitude qui planait sur la détermination de la date des élections dont la loi mentionna qu'elle était reportée

---

<sup>420</sup> Le texte de loi a été approuvé à 95 voix, contre six défavorables et une abstention, sur un total de 102 députés présents.

<sup>421</sup> Art. 108 : Sont expressément exclus de la révision:

- la forme républicaine et laïque de l'Etat;
- le nombre et la durée des mandats présidentiels;
- les conditions d'éligibilité;
- les incompatibilités aux fonctions de Chef de l'Etat;
- les droits fondamentaux du citoyen.

<sup>422</sup> Les conditions d'organisation des élections comme sus relevées par de nombreux acteurs n'étaient pas réunies pour tenir la date des élections.

*sine die* laisse perplexe. De ce fait, la fraude pouvait être inférée de l'utilisation régulière des procédures pour accorder au président BOZIZÈ le pouvoir de conduite du processus électoral. Le défaut de consensus sur la non-fixation de la date des élections que l'opposition décriait, laisse à penser que l'indétermination de la date apparaît comme une arme aux mains du chef de l'État, qui décidera de la tenue des élections au gré de ses intérêts. Elle le devient cependant si elle apparaît comme une pièce d'une stratégie de conquête du pouvoir. Dans ce dernier cas, la prorogation est motivée par des intérêts partisans.

Lorsque la manipulation du calendrier électoral ne semble pas garantir la victoire aux joutes électorales, certains gouvernants africains sont enclins à changer le mode de scrutin pour s'assurer la victoire.

#### B. DES FRAUDES A LA CONSTITUTION INHERENTES A LA MANIPULATION DU SYSTEME ELECTORAL

Il n'est pas a priori évident de parler de fraudes à la manipulation du système électoral dans la mesure où le choix d'un mode de scrutin n'est pas neutre. Dans son ouvrage sur le droit électoral, le professeur Jean-Claude MASCLET affirme que les modes de scrutin exercent une influence tant sur la représentation parlementaires que sur le mode gouvernement<sup>423</sup>. À cet effet, le choix du mode ne dérive pas de considérations de pure technique, mais dépend essentiellement du résultat que l'on attend compte tenu de la répartition actuelle ou prévisible des forces politiques et de l'état de l'opinion publique<sup>424</sup>. Si une majorité au pouvoir est souvent tentée de faire adopter le mode de scrutin qui lui paraît le plus favorable à ses intérêts, il faut nécessairement le consensus autour du mode de scrutin qui, comme l'admet le professeur MASCLET, est un élément de stabilité politique<sup>425</sup>. Ce n'est malheureusement pas cette directive qui guide bon nombre de gouvernants africains. Deux raisons majeures poussent les dirigeants africains à changer de mode de scrutin: soit à l'orée d'une élection ils estiment que leurs chances de succès sont minimales en raison d'une coalition de leurs opposants politiques, soit ils ne sont pas sûrs d'une large victoire. Si ces changements

---

<sup>423</sup> MASCLET Jean-Claude, *Droit électoral*, P.U.F, 1989, p. 166.

<sup>424</sup> Ibid.

<sup>425</sup> Ibid.

s'opèrent en conformité avec les règles et les procédures légales prévues à cet effet, c'est bien en contrariété avec le consensus qui a présidé lors de l'élaboration de la loi électorale. Certes, cette dernière n'est pas figée, mais sa mutation dans des contextes démocratiques en construction doit tenir compte de l'impératif du consensus ou, à tout le moins, du compromis politique. La recherche du consensus s'explique par l'histoire constitutionnelle des États francophones. On n'oubliera pas que la décennie 1990 a été marquée par de fortes contestations sociales et politiques dont la conséquence fut l'adoption de constitutions qui permirent l'ouverture politique. Dans les nouveaux systèmes constitutionnels, une place de choix a été accordée aux lois électorales qui dans certains États ont acquis valeur constitutionnelle. De ce point de vue, les changements de mode de scrutin non consensuels au profit d'un groupe politique peuvent être qualifiés de fraudes à la constitution.

Ces fraudes à la constitution inhérentes au mode de scrutin se sont produites en Afrique francophone, notamment au Togo, au Gabon, au Burkina Faso, et récemment, en République Démocratique du Congo. Au Togo, au Gabon et en République Démocratique du Congo le scrutin majoritaire à deux tours a été mué en un scrutin majoritaire à un tour. Il s'agissait de s'assurer la réélection des présidents sortants.

Au Burkina Faso, c'est la volonté de reprise en main de nombreux sièges perdus à l'Assemblée nationale et au sein des conseils municipaux lors des élections législatives du 5 mai 2002 et locales de 2004 qui a justifié la réforme de la loi n° 014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant code électoral<sup>426</sup>. Des nombreuses modifications qu'il a subies, ce sont celles qui sont issues de la loi n° 013-2004/AN du 27 avril 2004 qui ont remis en cause le consensus sur les règles de la compétition électorale que ledit code avait établies.

En effet, la loi n° 002-2002/AN du 23 janvier 2002 modifiant le code électoral de 2001 avait rompu avec les codes précédant en introduisant un double changement qui se situe tant

---

<sup>426</sup> Depuis son adoption en juillet 2001, le code en vigueur a subi plusieurs modifications, six (6) au total en une décennie. Plusieurs de ses dispositions ont soit été modifiées, soit été abrogées. Des articles qui avaient été abrogés ont été réintroduits avec de nouvelles dispositions. Les modifications ont été opérées par les lois suivantes : loi n° 002-2002/AN du 23 janvier 2002 ; loi n° 013-2004/AN du 27 avril 2004 ; loi n° 024-2005/AN du 25 mai 2005 ; loi n° 002-2006/AN du 27 février 2006 ; loi n° 019-2009/AN du 07 mai 2009 ; loi n° 003-2010/AN du 25 janvier 2010. Source site de la Commission électorale nationale indépendante (CENI), <http://www.ceni.bf/>

au niveau du mode de scrutin que du découpage électoral<sup>427</sup>. Le but recherché par les initiateurs de cette réforme (le parti majoritaire) à travers ces changements était « *d'offrir à toutes les formations politiques le maximum d'opportunités d'être représentées dans les organes délibérants* »<sup>428</sup>. La nouvelle loi retint en ce qui concerne le découpage électoral, le territoire national comme circonscription électorale pour les députés élus sur la liste nationale et la région pour les députés élus sur les listes régionales<sup>429</sup>. À vrai dire, la situation sociopolitique trouble du pays consécutive à l'assassinat du journaliste Norbert ZONGO n'était pas étrangère à cette réforme qui, en réalité, était destinée à ramener la paix sociale qui avait été mise à rude épreuve.

L'objectif recherché fut atteint, car, aux élections législatives du 5 mai 2002, de nombreuses formations politiques de l'opposition entrèrent à l'Assemblée nationale, mais en plus elles eurent une meilleure représentation dans les conseils municipaux aux élections municipales de 2004. Au total, la réforme de 2002 permit le retour de la paix sociale, mais changea aussi légèrement les rapports de force entre la majorité et l'opposition.

Le compromis au niveau du système électoral issu des réformes de 2000 à 2002 fut malheureusement rompu par le parti au pouvoir qui a pris l'habitude de revenir sur ses concessions chaque fois que la situation sociopolitique est plus calme. La loi n° 013-2004/AN du 27 avril 2004 modifiant le code électoral introduit trois nouveaux changements qui concernent le découpage électoral, la ventilation des sièges et le mode de scrutin aux élections municipales<sup>430</sup>.

Le changement au niveau du découpage électoral ne concerne que les élections législatives qui s'organiseront sur la base de deux circonscriptions électorales que sont le territoire

---

<sup>427</sup> LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 271.

<sup>428</sup> Idem, p. 272.

<sup>429</sup> L'article 138 du code électoral résultant des modifications de 2002 dispose que : « *La circonscription électorale est constituée par le ressort du territoire national, pour les députés de la liste nationale et par le ressort de la région pour les députés élus sur listes régionales* ».

<sup>430</sup> LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, idem, p. 273.

national et la province<sup>431</sup>. Il en résulte que la région est abandonnée au profit de la province comme circonscription électorale.

Concernant la ventilation des sièges, le nombre de sièges de la circonscription nationale a été ramené de 21 à 15 sièges. Cela tient à l'augmentation du nombre des circonscriptions du fait du retour à la province comme ressort principal pour l'élection des députés. Cette modification est très critiquée par la doctrine burkinabé qui estime que l'augmentation du nombre de circonscriptions sans augmentation du nombre des députés va de nouveau travestir le système dans les circonscriptions où il n'y a qu'un siège à pourvoir en transformant en un scrutin uninominal un scrutin normalement plurinominal et la représentation proportionnelle au plus fort reste prévue en un scrutin majoritaire à un tour<sup>432</sup>.

Le changement du mode de scrutin n'a concerné que les élections municipales. Pour le parti majoritaire, le passage du scrutin proportionnel au plus fort reste à la plus forte moyenne avait pour but d'assurer la cohésion des équipes municipales. Cet argument ne fut qu'un simple prétexte, car dans la pratique, les frondes suivies de blocage dans les conseils municipaux sont pour l'essentiel l'œuvre des membres du parti au pouvoir dans les villes où ils ont été vaincus aux élections municipales<sup>433</sup>. La conséquence de la réforme de 2004 est la faible représentation des formations politiques de l'opposition aux élections législatives du 6 mai 2007 et aux élections municipales du 23 avril 2006<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> L'article 154 du code électoral résultant des modifications de 2004 dispose : « *Le nombre de sièges à l'Assemblée nationale est fixé à cent onze. Les députés sont élus à raison de quinze sur liste quatre-vingt-seize sur liste provinciale...* ». Au terme de l'article 155, « *La circonscription électorale est constituée par le ressort du territoire national, pour les députés de la liste nationale et par le ressort de la province pour les députés élus sur listes provinciales* ».

<sup>432</sup> LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 273-274. Les deux auteurs estiment que la mutation de fait de la représentation proportionnelle au plus fort reste en un scrutin majoritaire à un tour concerne les dix provinces suivantes : Bougouriba, Komondjari, Kourwéogo, Léraba, Lorum, Nahouri, Noumbiel, Oudalan, Yagha, Ziro, Zandoma) ; ce chiffre est aujourd'hui porté à quinze (15) par le Code de 2004 (Bougiriba, Komondjari, Kompienga, Kourwéoga, Léraba, Lorum, Nahouri, Nayala, Noumbiel, Oudalan, Sissili, Tuy, Yagha, Ziro, Zandoma).

<sup>433</sup> Dans certaines circonscriptions suite à la dissolution des conseils municipaux, les élections municipales ont été organisées pour le 18 février dans la commune de PO (province NAHOURI) et le 1er juin 2008 dans les communes suivantes: Commune YONDE (province du Koulpélogo), Commune de GOUNGHIN (province Kouritenga), Commune NASSERE (province Bam), Commune BANE (province Boulgou).

<sup>434</sup> Les formations de l'opposition ont obtenu au total 13 sièges répartis comme suit : PAI, UDPS, PAREN, RPC: 1 siège ; UPS, PDP/PS, PDS : 2 sièges ; UNIR/MS : 4 sièges; La majorité présidentielle obtient 98 sièges.

Ces données montrent bien que la fraude est manifeste chez les auteurs de la modification de 2004. Vraisemblablement, l'objectif recherché de modifier le rapport de force au profit de la majorité au pouvoir a été obtenu. Si les modifications bénéficient de la légalité, elles peuvent être cependant contestées pour leur manque de légitimité, l'ébranlement de la cohésion sociale qui avait été plus moins atteint avec la loi de modification de 2002. En conséquence, elles sapent les bases consensuelles du jeu démocratique qui ont été établies. La fraude résulte de ce que la loi est mise au service d'un clan au détriment de la collectivité. Il en résulte que le compromis dans l'élaboration des règles de la compétition électorale s'avère fragile au moment de son application. Ce faisant, la majorité au pouvoir ruine les bases de l'État de droit et hypothèque la construction de la démocratie. La production partisane des règles de conquêtes et de fonctionnement des institutions est en contradiction avec les principes d'un État de droit. Cet usage de loi électorale est en décalage avec l'idéal postulant que tout système électoral doit trouver un juste équilibre entre divers objectifs et diverses valeurs. Dans ces conditions, il faut partager avec la doctrine burkinabé que les multiples révisions du code électoral autorisent à dire que le Burkina Faso est toujours à la recherche des règles électorales à même d'asseoir durablement la démocratie en construction<sup>435</sup>.

La République Démocratique du Congo ne va pas échapper aux usages pervers des règles d'organisation et de fonctionnement de l'État. Élu à l'issue du second tour de l'élection présidentielle du 27 novembre 2006 contre son rival Jean-Pierre BEMBA, le président Joseph Kabila et son gouvernement ont décidé le 03 janvier 2010 de changer le mode de scrutin aux présidentielles de 2011 pour passer du scrutin majoritaire à deux à un scrutin à un seul tour<sup>436</sup>. La réforme est intervenue le 15 janvier 2011 après un large vote de députés et sénateurs réunis en Congrès. Si la révision a concerné plusieurs dispositions de la constitution, c'est l'article 71 relatif du mode de scrutin qui a retenu l'attention parce qu'elle est sans conteste la conséquence des déclarations de candidatures des opposants Étienne

---

<sup>435</sup> LOADA (A.M.G) et IBRIGA (L.M), *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 274.

<sup>436</sup> Selon l'article 71 de la constitution de RDC du 19 décembre 2005 « Le président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour du scrutin, il est procédé, dans un délai de quinze jours, à un second tour. Seuls peuvent se présenter au second tour, les deux candidats qui ont recueilli le plus grand nombre des suffrages exprimés au premier tour...Est déclaré élu au second tour, le candidat ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés ».

TSHISEKEDI et de Vital KAMERHE ex-président de l'Assemblée nationale congolaise qui a été un acteur essentiel dans l'élection du président KABILA en 2006<sup>437</sup>.

Pour le camp président la justification du changement du mode de scrutin tient au fait que l'organisation d'une élection à deux tours coûtent excessivement chère pour le budget national. Pour le porte-parole du gouvernement Lambert MENDE, le prix d'une élection à deux tours est estimé à 700 millions de dollars, moitié moins pour un tour unique<sup>438</sup>. Il estime même que le mode de scrutin à un tour n'a rien d'anti-démocratique dans la mesure où : *« ce n'est pas les deux tours qui font la démocratie. Les deux tours peut-être ça permet de renforcer le confort intellectuel d'un vainqueur qui dit oui, moi Joseph KABILA, j'ai 58% , mais c'est tout. Ça ne veut pas dire que c'est la démocratie. Mais que faites-vous du prix*

---

<sup>437</sup> La réforme a porté sur les articles 71, 110, 126, 149, 197, 198, 218 et 226.

L'article 71 stipule que le président de la République est élu à la majorité simple des suffrages exprimés.

L'article 110 institue le droit du Député ou du Sénateur de retrouver son mandat après l'exercice d'une fonction politique incompatible avec le mandat électif.

L'article 126 prévoit l'ouverture des crédits provisoires dans le cas du renvoi au Parlement, par le président de la République pour une nouvelle délibération du projet de loi des finances votée en cause utile et transmis pour promulgation avant l'ouverture du nouvel exercice budgétaire.

L'article 149 supprime le Parquet dans l'énumération des détenteurs du Pouvoir Judiciaire, dévolu aux seuls Cours et Tribunaux.

Les articles 197 et 198 reconnaissent au président de la République le pouvoir de dissoudre une Assemblée provinciale ou de relever de ses fonctions un Gouverneur de province, en cas de crise grave et persistante menaçant le fonctionnement régulier des institutions provinciales. Ce pouvoir du président de la République s'exerce sans restriction des prérogatives des assemblées provinciales et en concertation avec les Bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat.

L'article 218 reconnaît au président de la République le pouvoir de convoquer le référendum prévu audit article pour l'approbation d'une révision constitutionnelle.

L'article 226 transfère à la Loi la compétence de fixer les modalités d'installation de nouvelles provinces citées à l'article 2 de la Constitution.

<sup>438</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), « RD Congo : le gouvernement de Kabila propose une présidentielle à un tour », publié le lundi 03 janvier 2011. Pour le Premier ministre Adolphe MUZITO deux raisons montrent le bien fondé de la révision : une politique et une économique. « Au plan politique, l'organisation de l'élection présidentielle à un tour ne peut, à lui seul, poser de problème de légitimité comme d'aucuns l'ont prétendu car c'est un problème de choix politique relevant de la souveraineté de chaque Etat, qui s'exprime à travers son peuple, représenté dans le cas d'espèce, par ses élus. Sur le plan budgétaire, le Gouvernement risque de se trouver en difficulté quant à la somme de plus ou moins quatre cent millions de dollars (400.000.000 US) qu'il doit dégager de son budget pour financer les opérations électorales. En effet, alors que les 150.000.000 US prévus au budget 2011, doivent, compte tenu des difficultés que nous rencontrons dans la mobilisation des recettes, s'étaler jusqu'au 31 décembre, le Gouvernement sera obligé de les disponibiliser au premier semestre 2011, ce qui est impossible à réaliser. L'élection à un seul tour permet donc au Gouvernement de faire face à ces enjeux électoraux avec le peu de moyens dont il dispose, et ceci malgré l'apport attendu de la communauté internationale ». Extrait de l'Allocution prononcée par S.E. Monsieur le Premier Ministre devant les chefs coutumiers de la RDC à l'Hôtel du Gouvernement le mardi 25 janvier 2011.

? »<sup>439</sup>. Le camp du président KABILA soutenait par ailleurs que le scrutin à deux tours peut cristalliser les tensions comme au Kenya, en Guinée, en Côte-d'Ivoire ou même en RDC en 2006<sup>440</sup>.

Les contestations les plus virulentes de cette réforme sont venues de l'opposition, mais surtout du cardinal Laurent MONSENGWO qui avait présidé la Conférence nationale de RDC de 1990 à 1990. En réponse aux arguments avancés par le camp présidentiel pour justifier le changement de scrutin, le cardinal a affirmé que « *les raisons qu'on avance ne nous convainquent pas. Il faut se rappeler la lettre de la loi et l'esprit de la loi. Chaque loi a un esprit. Chaque législateur, en proposant une loi, vise un esprit* »<sup>441</sup>. Selon lui, l'esprit qui se dégage de l'article 71 de la constitution de 2005 est le souci du constituant congolais de procurer une plus grande légitimité au président élu. Le cardinal MONSENGWO affirme à ce propos que le but recherché par le constituant était qu'« *il faut que le président ait suffisamment d'assise dans le pays, qu'on le reconnaisse partout, qu'il ait au moins 50% plus 1 voix, c'est-à-dire 51%* »<sup>442</sup>.

En dépit des vives protestations qu'elle a suscitées, la révision de la constitution fut adoptée. C'est suivant la logique argumentative de Monseigneur MONSENGWO qu'il nous semble justifié de parvenir à la qualification frauduleuse de la révision constitutionnelle du 15 janvier 2011. Avant d'y arriver, il convient de souligner qu'il était difficile de retenir le caractère illégal de la révision. En effet, c'est certainement le respect des procédures et de la lettre de la constitution qui a fait dire que la révision est légale. En effet, le Parlement et le Sénat ont respectivement approuvé le texte de la révision les 12 et 13 janvier 2011 avant que les deux institutions réunies en congrès ait approuvé la révision le 15 janvier. De plus, sur le plan matériel, il était difficile de contester une telle révision dans la mesure où le mode de scrutin des élections présidentielles ne relevait pas des matières insusceptibles de révision. En revanche, l'argument de la fraude à la constitution pouvait être opposé à la modification du système électoral pour au moins deux raisons principales.

---

<sup>439</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), « RD Congo : le gouvernement de Kabila propose une présidentielle à un tour », publié le lundi 03 janvier 2011.

<sup>440</sup> Ibid.

<sup>441</sup> [www.congoplanete.com/news/](http://www.congoplanete.com/news/), présidentielle à un tour: MONSENGWO contredit l'AMP article publié le 6 janvier 2011.

<sup>442</sup> [www.congoplanete.com/news/](http://www.congoplanete.com/news/)



Premièrement, la précipitation avec laquelle la réforme est intervenue montre bien qu'elle n'a pas été suffisamment discutée. Ce faisant, elle n'a pas tenu compte des impératifs de la démocratie en construction en République démocratique du Congo qui exige que les réformes politiques fassent l'objet d'une large concertation politique comme le préconise la Charte de la démocratie de l'Union Africaine qui invite les gouvernants à obtenir un large consensus à l'occasion de l'adoption des réformes politiques. Du reste, la constitution de la RDC a été le fruit d'une large concertation entre les acteurs politiques. C'est cette dernière exigence qui fait dire à Monseigneur MONSENGWO que *«l'esprit de la loi nous invite à réfléchir sérieusement sur cette question et à ne pas précipiter les choses »*<sup>443</sup>.

La deuxième raison est que la réforme est intervenue pour permettre à la majorité présidentielle de prendre la mesure de la conjoncture politique au mépris de la recherche du consensus et de la légitimité. Cette révision met en mal l'esprit de la constitution qui ressort des exposés des motifs de la constitution. L'esprit de la constitution est qu'elle vise à mettre fin à la crise chronique de légitimité des institutions et de leurs animateurs. En effet, il est écrit dans les exposés que *« depuis son indépendance, le 30 juin 1960, la République Démocratique du Congo est confrontée à des crises politiques récurrentes dont l'une des causes fondamentales est la contestation de la légitimité des Institutions et de leurs animateurs. Cette contestation a pris un relief particulier avec les guerres qui ont déchiré le pays de 1996 à 2003. En vue de mettre fin à cette crise chronique de légitimité et de donner au pays toutes les chances de se reconstruire, les délégués de la classe politique et de la Société civile, forces vives de la Nation, réunis en Dialogue intercongolais, ont convenu, dans l'Accord Global et Inclusif signé à Pretoria en Afrique du Sud le 17 décembre 2002, de mettre en place un nouvel ordre politique, fondé sur une nouvelle constitution démocratique sur base de laquelle le peuple congolais puisse choisir souverainement ses dirigeants, au terme des élections libres, pluralistes, démocratiques, transparentes et crédibles »*<sup>444</sup>. Si l'on convient qu'il résulte de ce texte que les rédacteurs de la constitution ont érigé la légitimité des institutions en un principe fondamental de la constitution, il est justifié d'affirmer qu'une faible représentativité du président à l'issue des élections ne saurait poursuivre un tel objectif. C'est bien ce que s'est évertué affirmé le cardinal MONSENGWO pour qui le président faiblement élu se sentirait mal à l'aise.

---

<sup>443</sup> [www.congoplanete.com/news/](http://www.congoplanete.com/news/)

<sup>444</sup> Extrait de l'exposé des motifs de la constitution de RDC de décembre 2006.

S'il faut condamner l'esprit partisan de la réforme qui n'est destiné qu'à satisfaire les aspirations de la majorité présidentielle, la participation de l'Assemblée nationale et du Sénat à la manipulation de la constitution par leur vote précipité de la réforme est plus regrettable. Monseigneur MONSENGWO estime que c'est en raison de leur collusion avec les gouvernants que, « *la Conférence nationale souveraine a refusé d'élire le président de la République au second degré par le Sénat et l'Assemblée nationale* »<sup>445</sup>.

Outre la manipulation des règles du jeu électoral, la fraude à la constitution peut concerner les conditions d'éligibilité électoral.

#### C. LES FRAUDES LIEES A LA MANIPULATION DES CONDITIONS D'ELIGIBILITE ELECTORALE

Ce second type de fraude est inhérent à la validation des différentes candidatures à la compétition électoral. Cette fraude résulte de l'instrumentalisation des conditions d'éligibilité en vue d'écarter des adversaires politiques. Le cas le plus illustratif de la fraude au droit à l'éligibilité est servi par la saga politico-judiciaire ivoirienne. La dévalorisation du constitutionnalisme en Côte-d'Ivoire est associée à l'élaboration de la constitution de 2000, à ses applications et aussi aux solutions élaborées pour résoudre les crises nées des deux premières phases.

La première série de fraudes aux règles de l'éligibilité commence avec l'adoption de la constitution de 2000. Pour rappel, cette constitution a été adoptée à la suite de l'accession au pouvoir des militaires le 24 décembre 1999 en réaction à la crise de l'ivoirité qui avait plongé le pays dans une profonde politique. Mais en dépit des espoirs qu'elle avait suscités, la nouvelle constitution va servir de moyen juridique pour la résolution d'un conflit politique. C'est à ce niveau que peut être perçue la fraude à la constitution en tant que procédé consistant en l'utilisation régulière des règles et procédures constitutionnelles pour la poursuite d'intérêts subjectifs qui, en ce dernier cas, concernent l'élimination d'un adversaire politique des élections présidentielles.

---

<sup>445</sup> [www.congoplanete.com/news/](http://www.congoplanete.com/news/), présidentielle à un tour: MONSENGWO contredit l'AMP article publié le 6 janvier 2011.

En effet, parvenus au pouvoir en décembre 1999, les auteurs du coup d'État s'étaient engagés à « *créer les conditions nécessaires à l'instauration d'une vraie démocratie en vue de l'organisation d'élections justes et transparentes pour le retour à une vie constitutionnelle normale* »<sup>446</sup>. Mais cette ambition fut vite abandonnée au profit de la volonté du chef de la junte de conserver le pouvoir qu'il avait promis de remettre aux civils. Commencent alors une péripétie d'évènements qui déboucha sur ce qui peut être considéré comme une pure manifestation de la fraude à la constitution. La fraude résulte de l'instrumentalisation des dispositions constitutionnelles relatives au droit électoral comme le montrent les différentes phases d'adoption de la constitution. Elle était surtout justifiée par la volonté de ses auteurs d'exclure leurs adversaires politiques comme il a été bien résumé sous la plume du professeur DJEDJRO<sup>447</sup>. L'adoption de la constitution de 2000 peut être résumée en deux phases.

Dans un premier temps, a été mise en place la Commission Consultative Constitutionnelle et Électorale (CCCE) chargée entre autres de l'écriture du projet de constitution de la II<sup>e</sup> République. Le général GUÉI, chef de la junte au pouvoir, s'est alors engagé à ne pas s'immiscer dans les débats au moment où était en discussion la question de la souveraineté de cette assemblée constituante. Mais il changera d'avis lorsque surgit la question de l'éligibilité à la présidence de la République. La contestation mettait alors aux prises d'un côté, les partisans de l'option nationaliste soucieux de réserver l'éligibilité aux seuls Ivoiriens nés de père et de mère eux-mêmes Ivoiriens; et de l'autre, les défenseurs de l'ouverture de l'éligibilité à toute personne, à la seule condition d'être de nationalité ivoirienne<sup>448</sup>. Dans ses conclusions, la « *Sous-commission Constitution* » présenta un avant-projet de constitution qui contenait la formule « *selon laquelle le candidat à l'élection présidentielle doit « être ivoirien, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine* ».

Face à cette question, le général GUÉI, de façon autoritaire, intervint deux fois pour modifier le projet de loi de constitution sur la question des conditions d'éligibilité à l'élection

---

<sup>446</sup> Proclamation du Comité National de Salut Public (C.N.S.P.) Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire, No. 1 (Numéro spécial). Jeudi 13 janvier 2000, cité par DJEDJRO Francisco Méléde, « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in *Draft paper presented at African Network of Constitutional Law conference on Fostering Constitutionalism in Africa ?* Nairobi April 2007, p. 21.

<sup>447</sup> DJEDJRO Francisco Méléde, « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », op. cit., p. 21-22.

<sup>448</sup> Ibid., p. 21.

présidentielle. Dans sa première intervention; il décida de supprimer dans cette formule la conjonction de coordination « *et* » pour la remplacer par le « *ou* » afin de permettre également aux personnes nées d'un seul parent de se porter candidates. Le projet de constitution fut alors donc publié en mai 2000 aussi bien au Journal Officiel que dans les lieux publics avec la formule qui permettait à toute personne dont un seul des parents est Ivoirien de pouvoir se porter candidat à l'élection présidentielle<sup>449</sup>.

Dans sa deuxième intervention ne sera qu'un revirement après une tournée dans les différentes régions administratives du pays en vue de recueillir les sentiments des populations sur les projets de textes. Son objectif, disait-il, était de se conformer à la volonté de la majorité des populations de voir leur président de la République être de filiation entièrement ivoirienne. En conséquence, il modifia l'article 35 du projet de constitution alors que ce projet avait déjà été publié au Journal officiel depuis au moins deux mois, et que la campagne électorale en vue du référendum était ouverte pour une durée de huit jours depuis le 12 juillet 2000<sup>450</sup>.

Toutes ces interventions montrent que la constitution ivoirienne est le fruit d'un concert frauduleux dont la preuve est donnée, comme le montre bien le professeur DJEDJRO, par la révision du projet de constitution alors qu'était résolument engagé le processus en vue de son adoption<sup>451</sup>. Ce rappel des faits montre à elle seule comment la constitution ivoirienne a été manipulée pour écarter le candidat Alassane OUATTARA, car, sans le nommer, la junte au pouvoir, soutenue par de nombreux partis politiques et certaines associations de la société civile, avait opté pour une écriture *intuitu personae* de l'article 35 contrairement au caractère impersonnel et général de la règle de droit. Cette règle dirigée contre un individu n'est pas conforme au caractère de l'inéligibilité telle que conçue en droit électoral. Selon le professeur Jean-Claude MASCLET, les limitations apportées à la candidature doivent se rapporter à des situations objectives pour respecter le principe de l'égale admissibilité à toutes les dignités, places et emplois publics, que proclame l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et

---

<sup>449</sup> DJEDJRO Francisco Melèdje, « Faire, défaire et refaire la constitution en côte d'ivoire : un exemple d'instabilité chronique », op. cit., p. 22.

<sup>450</sup> DJEDJRO Francisco Melèdje, « Faire, défaire et refaire la constitution en côte d'ivoire... », op. cit., p. 22.

<sup>451</sup> Ibid.

du citoyen<sup>452</sup>. Or, dans la situation ivoirienne, comme le confirmât la décision du juge constitutionnel ivoirien, l'inéligibilité qui a été établie visait le candidat OUATTARA. Il s'agissait là d'une manipulation qui fut confirmée par les deux décisions de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de Côte-d'Ivoire qui, en dernier rempart d'une machine politique, écarta la candidature du candidat OUATTARA aux élections présidentielles et législatives pour nationalité douteuse <sup>453</sup>.

L'instrumentalisation du droit électoral ne s'arrêtera pas là. Avec lui, c'est toute la constitution qui connaît de perpétuelles valse, faisant dire au professeur DJEDJRO que la constitution de 2000 fait l'objet de coup d'État permanent<sup>454</sup>. En effet, il est apparu que pour la conquête ou la conservation du pouvoir, les protagonistes ivoiriens usent et abusent des ressources juridiques qui peuvent déstabiliser les adversaires. À ce jeu, le président GBAGBO passe pour avoir de l'avance sur ses adversaires tant il a toujours montré son habileté à jouer avec les règles. S'il y parvient avec beaucoup de facilité, c'est parce que le système constitutionnel présente de nombreuses lacunes. Ce faisant, il parvient à se sortir du carcan juridique dans lequel veulent parfois l'enfermer ses adversaires politiques et la communauté internationale au prix d'accomplissement de fraudes à la loi électorale. Un examen est servi par l'octroi du droit d'éligibilité au sieur DOLO.

Le traitement privilégié de l'étranger Adama DOLO est la preuve parfaite pour ceux qui en doute encore que le droit électoral ivoirien n'est qu'une arme politique aux mains des gouvernants qui ne se privent pas de la manipuler contre les adversaires. Du reste, la preuve de la manipulation du droit électoral résulte du fait que le candidat OUATTARA à qui n'est pas contestée la nationalité de la mère n'a pu se présenter à l'élection présidentielle de 2000, alors que, né de parents étrangers et naturalisé depuis moins de dix ans, le sieur Adama DOLO fut candidat aux élections présidentielles d'octobre 2010. C'est donc sans surprise que dans les milieux politiques ivoiriens, le privilège accordé par le président GBAGBO au sieur DOLO a soulevé de vives contestations. Celles-ci portaient sur la légalité du décret de naturalisation qui donne la possibilité au sieur Adama DOLO d'origine malienne d'être

---

<sup>452</sup> MASCLÉ Jean-Claude MASCLÉ, *Droit électoral*, op. cit., p. 77.

<sup>453</sup> Pour le rejet de la candidature aux élections présidentielles, voir l'arrêt N° E 0001-2000 relatif à la liste des candidats à l'élection présidentielle de 2000.

<sup>454</sup> DJEDJRO Méléde Francisco, « Faire, défaire et refaire la constitution en côte d'ivoire... », Ibid., p. 21-22.

candidat à l'élection présidentielle <sup>455</sup> Autrement di, se posait la question de savoir si le droit à l'éligibilité du sieur Adama DOLO à l'élection présidentielle relève-t-il de l'instrumentalisation de la constitution comme l'a soutenu le professeur candidat Francis WODIE<sup>456</sup>? N'était-ce pas la preuve que le droit électoral ivoirien est constamment instrumentalité à des fins politiques?

L'argument principal de ceux qui, comme le professeur WODIE, soutiennent l'illégalité du décret de naturalisation du sieur DOLO est que, ne peuvent être, aux termes de l'article 35, candidats à l'élection présidentielle que les ivoiriens d'origine (*voir en supra les débats relatifs à l'adoption de la constitution de 2000*) ou encore les candidats signataires des différents accords inter-ivoiriens qui bénéficient d'une dérogation. Ne satisfaisant à aucune de ces conditions, le président GBAGBO ne pouvait légalement lui accorder le droit à l'éligibilité aux élections présidentielles mais tout au plus aux autres élections. Cette lecture de l'article 35 de la constitution paraît fondée si on s'en tient au refus de la candidature de monsieur OUATTARA Alassane au motif qu'un de ses deux parents n'était pas ivoirien.

Toutefois la lecture croisée de l'article 35 avec le code électoral et le code de nationalité montre l'incohérence du droit électoral ivoirien. Cette lecture montre que la condition de la nationalité ivoirienne d'origine n'est pas nécessairement insurmontable comme semble le défendre le professeur WODIE. En effet, au terme de l'article 44 du code de la nationalité, il peut être levé, à titre exceptionnel, toutes les inéligibilités qui frappent l'ivoirien naturalisé. C'est du reste ce qui se dégage de cet article qui prévoit que « *le naturalisé qui a rendu à la Côte-d'Ivoire des services exceptionnels ou celui dont la naturalisation présente pour la Côte-d'Ivoire un intérêt exceptionnel, peut être relevé en tout ou en partie des incapacités*

---

<sup>455</sup> Décret n° 2004-465 du 07 septembre 2004 portant naturalisation du Sieur DOLO Adama.

<sup>456</sup> Invité des rédactions du journal Fraternité Matin, le professeur F. WODIE affirme à propos de la candidature à la présidentielle d'Adama DOLO/ Dahico que : « *Je n'ai rien contre la personne de Adama Dahico. Seulement sa candidature à la présidentielle apparaît comme une manipulation du pouvoir. Gbagbo sait que Adama Dahico n'est pas selon le sens de la constitution Ivoirien d'origine. Cela Yao N'Dré le président du Conseil constitutionnel qui a validé sa candidature le sait également. Du point de vue des accords de Linas Marcoussis et de l'Accord politique de Ouagadougou, Adama ne pouvait non plus pas être accepté comme candidat à la présidentielle. C'est pour manipuler ce garçon que cette décision a été prise. Adama excelle dans son rôle de comédien, qu'on le laisse continuer à jouer ce rôle. On a manipulé l'accord de Ouaga, et tous les accords antérieurs dont il s'inspire pour manipuler ce garçon. Ce n'est pas acceptable. Gbagbo et Yao N'Dré jouent avec des choses trop sérieuses...* », in Francis WODIE crache ses vérités: « Les anomalies sont devenues des normalités dans ce pays », Fraternité Matin - N° 13634, 20 avril 2010.

prévues à l'article 43, par le décret de naturalisation ». Il en résulte un pouvoir discrétionnaire à la disposition du président de la République qui, librement, apprécie la qualité du service rendu et juge de l'opportunité de la levée partielle ou totale des incapacités liées à la naturalisation. Il nous semble que c'est cette interprétation de l'article 44 du code de nationalité qui a servi de fondement au décret présidentiel n° 2004-465 du 07 septembre 2004 portant naturalisation du sieur DOLO Adama a été signé. L'article 2 de ce décret prévoit en effet qu' «à titre exceptionnel, l'intéressé est relevé des incapacités prévues à l'article 43 du Code de la Nationalité ivoirienne»<sup>457</sup>. Ce faisant, s'il est incontestable que le président GBAGBO en accordant le bénéfice de la nationalité ivoirienne à l'artiste comédien Adama DOLO dit DAHICO, acte dans le champ de ses pouvoirs discrétionnaires<sup>458</sup>, il reste cependant qu'il joue avec les règles constitutionnelles lorsqu'il décide, à titre exceptionnel, d'accorder le droit à l'éligibilité à un étranger naturalisé dans un pays où le code de nationalité et le code électoral sont très restrictifs quant aux droits électoraux reconnus à l'étranger qui acquiert la nationalité ivoirienne<sup>459</sup>.

Dans un pays où la question de la nationalité, nid à polémique, a alimenté les motivations de la rébellion des forces nouvelles, le privilège accordé au sieur DOLO paraît surprenant, voire incongru quand on sait que le candidat Alassane OUATTARA qui se réclame de cette nationalité et, de surcroît, a occupé de hautes fonctions dans ce pays, s'est vu refuser un tel droit. Rapproché à la décision exceptionnelle accordant la possibilité aux candidats BEDIE et OUATTARA de se présenter aux élections présidentielles, le décret de naturalisation de monsieur DOLO révèle la manipulation des règles. Les effets de la décision des premiers sont limités à une seule élection présidentielle alors que monsieur DOLO bénéficie d'un droit *pro*

---

<sup>457</sup> Le caractère exceptionnel de la levée des incapacités doit être compris dans le sens de la dérogation aux conditions accordées à un étranger et non pas que les effets de ce décret se limiteraient à la seule élection en cause.

<sup>458</sup> Le décret de naturalisation a été pris sur la base de la Décision n° 2005- 10/PR du 29 août 2005 relative aux dispositions spéciales en matière de naturalisation.

<sup>459</sup> Art. 43. L'étranger naturalisé est soumis aux incapacités suivantes :

- 1 -Pendant un délai de dix ans à partir du décret de naturalisation, il ne peut être investi de fonctions ou de mandats électifs pour l'exercice desquels la qualité d'ivoirien est nécessaire ;
- 2 -Pendant un délai de cinq ans à partir du décret de naturalisation, il ne peut être électeur lorsque la qualité d'ivoirien est nécessaire pour permettre l'inscription sur les listes électorales ;
- 3 -Pendant un délai de cinq ans à partir du décret de naturalisation, il ne peut être nommé à des fonctions publiques rétribuées par l'État, inscrit à un barreau ou nommé titulaire d'un office ministériel. Loi N° 61-416 du 14 décembre 196 portant Code de la nationalité Ivoirienne.

mutu <sup>460</sup>. En conséquence, pour les futures élections présidentielles, les candidats BEDIÉ et OUATTARA, ce dernier eu égard à la jurisprudence de la nationalité douteuse, pourraient voir leur candidature rejetée<sup>461</sup>.

Les arrangements politiques intervenus dans le cadre des résolutions des conflits politiques sont aussi apparus comme des sources d'atteintes à la constitution ivoirienne. Un exemple d'entorse à la constitution de ce type est l'élaboration et l'application discriminatoire des Accords de Linas-Marcoussis qui ont été signés consécutivement à la crise militaro-politique qui a secoué la Côte-d'Ivoire à partir du coup d'État manqué du 19 septembre 2002. En effet, si le compromis obtenu sur la relecture consensuelle de l'article 35 relatif aux conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle de 2005 permet de résoudre le germe conflictogène qui a été constitutionnalité, dans sa mise en œuvre, il viole la constitution ivoirienne. De ce point de vue, il devient critiquable. Il faut préciser que les règles consensuelles adoptées sous les auspices de la communauté internationale en vue de la résolution de la crise ne sont pas toujours en parfaite harmonie avec la légalité constitutionnelle. En Côte-d'Ivoire, l'adoption de certains actes réglementaires sur les conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle en application des Accords de Linas-Marcoussis crée une discrimination au profit des candidats signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis. En effet, pour ces derniers, il est dérogé aux conditions de l'article 35. Par contre, vis-à-vis des non signataires, les conditions d'éligibilité s'appliquent avec rigueur. Cette double application des conditions d'éligibilité contrevient aux principes généraux de droit qui établissent que les limitations à la candidature doivent être interprétées strictement<sup>462</sup>. Cette discrimination sera renouvelée dans les Accords de Pretoria qui garantissent d'office aux signataires des Accords de Linas-Marcoussis le droit de prendre part aux élections présidentielles s'ils le désirent<sup>463</sup>. Conformément à celui-ci, le président

---

<sup>460</sup> Décision n° 2005-01 /PR DU 5 MAI 2005 portant autorisation à titre exceptionnel des candidats à l'élection présidentielle de 2005. Article premier : « À titre exceptionnel et uniquement pour l'élection présidentielle d'octobre 2005, les candidats présentés par les partis politiques signataires de l'accord de Linas-Marcoussis sont éligibles ».

<sup>461</sup> Arrêt n° E 0001-2000 relatif à la liste des candidats à l'élection présidentielle de 2000.

<sup>462</sup> Le Conseil constitutionnel français a rappelé le principe de manière significative dans sa décision du 17 mai 1969, *Ducatel c. Krivine* (Rec., p. 78) relative aux conditions d'éligibilité à la Présidence de la République d'un candidat effectuant un service militaire.

<sup>463</sup> Si dix (10) partis ont signé l'accord de Linas Marcoussis, seulement 6 en ont fait acte de candidature aux élections à la présidence. Ce sont : le président GBAGBO pour le Front populaire ivoirien, Henry Konan BEDIÉ pour le parti démocratique de Côte d'Ivoire, Alassane Dramane OUATTARA pour le



Laurent GBAGBO a été amené à prendre une décision de validation *de jure* des signataires des Accords à l'élection présidentielle de décembre 2005<sup>464</sup>. Ainsi, les candidats Alassane OUATTARA et Henry Konan BEDIE qui tombaient sous le coup de l'article 35, le premier pour défaut de nationalité si on s'en tient à la décision antérieure du juge ivoirien, et le second, pour dépassement de la limite d'âge fixé à 75 alors qu'il avait 76 ans en 2005. Par contre, la validation de la candidature des quatorze autres prétendants a été subordonnée au respect non seulement des conditions d'éligibilité de l'article 35 de la constitution ivoirienne de 2000, mais aussi au respect des dispositions du code électoral<sup>465</sup>. Il y a manifestement là, fraude à la constitution et elle réside, moins dans la paralysie des conditions d'éligibilité de l'article 35, que dans l'application discriminatoire des droits civiques au nom de la réconciliation nationale. La fraude est ici constituée parce que des moyens légaux ont été utilisés pour briser le sacro saint principe d'égalité voulu par la constitution et les instruments internationaux. Toutes ces utilisations de la constitution ivoirienne participent à sa dévalorisation.

---

Rassemblement des républicains, Francis WODIE pour le Parti ivoirien des travailleurs, Anaky KOBENAN pour le MFA, Toiqueuse MABRI pour l'UDPCI du défunt président Robert GEUI.

<sup>464</sup> DECISION N° 2005-01 /PR DU 5 MAI 2005 portant autorisation à titre exceptionnel des candidats à l'élection présidentielle de 2005. Selon l'article premier : A titre exceptionnel et uniquement pour l'élection présidentielle d'octobre 2005, les candidats présentés par les partis politiques signataires de l'accord de Linas-Marcoussis sont éligibles... ».

<sup>465</sup> Article premier, L'examen des candidatures à l'élection présidentielle d'octobre 2005 autres que celles présentées par les partis politiques signataires des accords de Linas-Marcoussis se fera conformément aux dispositions constitutionnelles législatives et réglementaires en vigueur » DECISION N° 2005-01 /PR DU 5 mai 2005, op. cit.

---

## CONCLUSION TITRE I

---

Les développements ci-dessus ont montré qu'une protection efficace de la constitution implique une lutte contre les violations que subit la constitution. Or, une entrave à cette lutte reste la difficulté à cerner la fraude à la constitution en tant que violation de la constitution. La difficulté à la combattre tient à sa non consécration en droit positif. En droit positif, s'il est difficile de lui trouver un fondement légal, c'est parce qu'il est admis qu'elle met plutôt en évidence des considérations morales, philosophiques et politiques que morales.

Comme elle connaît un développement vertigineux avec l'exigence de la légalité constitutionnelle véhiculée par les théories de l'État de droit et de la démocratie, la fraude doit trouver un fondement constitutionnel dans les ordres juridiques nationaux; Les éléments de la construction d'une infraction de fraude à la constitution ne manquent pas aussi bien en droit interne qu'international.

En droit interne, les moyens de contrôle de la légalité des actes juridiques ou de la constitutionnalité des lois comme le détournement de pouvoir et l'inexactitude des motifs de droit permettent de trouver une passerelle pour bâtir la théorie de la fraude à la constitution. En effet, ces moyens permettent de sanctionner l'auteur d'un acte quand le but poursuivi est étranger à l'intérêt général. Autrement dit, l'acte frauduleux n'a pas poursuivi le but que lui assignait la constitution. Ces moyens trouvent une justification avec le principe de la supra constitutionnalité qui trouve en droit international une meilleure affirmation qu'en droit interne.

Du reste, l'objectivité, du moins, les considérations philosophiques et politiques ne sont pas étrangères dans la démarche du juge de la constitution. Cette évidence a été affirmée par l'ex-Premier ministre français, Édouard BALLADUR. Il a en effet affirmé en 1993 devant le Parlement réuni en Congrès que le Conseil constitutionnel français assurait le contrôle de

conformité « *au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques* »<sup>466</sup>.

Si la fraude à la constitution est concevable, il y a nécessité de la consacrer en droit positif africain afin de permettre au juge de mieux protéger la constitution. Sa consécration pourrait résulter de l'extension du domaine des clauses d'éternité en y incluant notamment les principes qui font l'objet en Afrique de manipulation récurrente. Toutefois, cela ne suffirait à garantir l'efficacité de la constitution que si tous les pouvoirs constitués s'approprient les valeurs qui y sont garanties.

---

<sup>466</sup> HAMON F. et TROPER M. *Droit constitutionnel*, op. cit. p. 867.

---

## **TITRE II.**

# **L'ANALYSE DU DISPOSITIF DE PREVENTION ET DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

---

La mise en place d'un dispositif de lutte contre la fraude est le baromètre qui permettra de mesurer la volonté des Africains à lutter contre les entraves majeures à l'ancrage du constitutionnalisme, au nombre desquels la fraude à la constitution. Dans les systèmes constitutionnels, il n'existe pas à proprement parler, un dispositif conçu pour un type particulier de violation de la constitution. De façon générale, la constitution est assortie d'un mécanisme destiné à en assurer l'effectivité. Ce dispositif repose sur deux piliers dont l'un est institutionnel (Chapitre I) et l'autre normatif (Chapitre II).

---

## CHAPITRE I.

# LE DISPOSITIF INSTITUTIONNEL DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION CONTRE LA FRAUDE

---

Les institutions chargées de lutter contre la fraude sont juridictionnelles et non juridictionnelles. Le dispositif juridictionnel est celui qui cristallise tous les espoirs en Afrique, car avec l'emprise des partis-États sur les appareils étatiques, la protection non juridictionnelle au niveau est considérée comme un simple décorum. L'internationalisation de la juridicisation du droit constitutionnel aidant, les espoirs énormes sont placés dans les juridictions constitutionnelles africaines afin qu'elles deviennent le meilleur rempart de la protection efficace de la constitution contre la fraude.

La seconde catégorie, composite, regroupe les organes politiques et ceux de la société civile. Ces institutions sont aussi bien nationales qu'internationales. Il sera successivement abordé le rôle de ces mécanismes juridictionnels (Section I) et non juridictionnels de protection de la constitution (Section II).

## SECTION I.

### LE MECANISME JURIDICTIONNEL DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION CONTRE LA FRAUDE

Il est incontestable que la protection juridictionnelle de la constitution constitue aujourd'hui la meilleure garantie de la suprématie de la constitution dans l'ordonnement juridique interne des États. Le modèle juridictionnel de protection de la constitution des États africains inspiré dans sa conception du modèle français s'ouvre, grâce à la mondialisation du droit, aux meilleures pratiques des juridictions constitutionnelles des autres systèmes juridiques. Grâce aux influences multiples, dans certains pays, les systèmes constitutionnels en Afrique noire francophone essaient de s'adapter, avec quelques succès, aux standards issus de la convergence des juridictions constitutionnelles européennes<sup>467</sup>. L'amélioration constante du système qui en découle, permet d'affirmer, comme l'a remarqué le professeur Franck MODERNE, qu'en Afrique francophone, le système de contrôle de constitutionnalité des lois correspond aux techniques les plus modernes du constitutionnalisme contemporain<sup>468</sup>. Deux rôles sont essentiellement dévolus aux juridictions; il s'agit de la prévention et de la répression des atteintes à la constitution.

#### § 1. LE ROLE PREVENTIF DES JURIDICTIONS INTERNES CONTRE LES VIOLATIONS DE LA CONSTITUTION

La prévention de la constitution contre les fraudes est une mission qui relève de la compétence des juridictions internes. La prévention incombe principalement aux juridictions constitutionnelles et, accessoirement, aux juridictions ordinaires. Pour ces dernières, la pratique montre que ce sont les juridictions suprêmes administratives et judiciaires qui sont plus intéressées par la protection de la constitution. Ce rôle préventif des juridictions internes

---

<sup>467</sup> CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique : Censeur ou pédagogue ? », in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, T II, La jurisprudence, ss la dir. de Gérard CONAC, Economica, Paris, 1989 ? p. VI.

<sup>468</sup> MODERNE Franck, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, T II, La jurisprudence, ss dir. de Gérard CONAC, Economica, Paris, p. 7.

est inhérent à la mission « *d'expertise constitutionnelle* »<sup>469</sup> qui leur est réservée. Cette mission d'expertise découle des attributions consultatives que les constitutions accordent aux juridictions constitutionnelles et administratives ou, à tout le moins, aux juridictions judiciaires. Il s'agit pour elles d'orienter les gouvernants afin qu'ils respectent dans l'exercice de leurs pouvoirs, la légalité constitutionnelle.

Il y a lieu de rappeler qu'avant la généralisation de la juridiction constitutionnelle en Afrique, l'accompagnement de l'exécutif relevait de la compétence des juridictions internes. Toutefois, l'avènement de la spécialisation du contentieux constitutionnel n'a pas remis fondamentalement en cause les attributions consultatives du juge administratif qu'il partage d'ailleurs avec le juge constitutionnel. L'étendue de leurs attributions consultatives varie selon les pays. Celle-ci fera l'objet de l'analyse qui suit.

#### A. LES ATTRIBUTIONS CONSULTATIVES DES JURIDICTIONS INTERNES

De nombreux arguments sont avancés pour expliquer, voire justifier la pertinence du rôle consultatif des juridictions internes. La première des argumentations tient à la nécessité d'accompagner l'exécutif dans la mise en œuvre des lois secrétées par le Parlement. Pour le professeur Gérard CONAC, compte tenu de la responsabilité prépondérante du chef de l'État dans l'appareil étatique, notamment dans le déroulement du processus législatif, ce dernier a nécessairement besoin d'être guidé et conseillé par un organe juridictionnel situé en marge des bureaucraties d'où émanent le plus souvent des textes de loi<sup>470</sup>. Dans cette perspective, les juridictions sont inviter à mettre leur expertise à la disposition du gouvernement, notamment dans la confection des lois et des actes administratifs. Cela permet de corriger les atteintes à la légalité constitutionnelle que l'administration qui est au cœur du processus d'édiction des normes, et, qui n'en est pas toujours désintéressée, ne prend pas toujours en compte. L'extériorité des organes juridictionnels est donc censée leur permettre d'attirer l'attention des gouvernants sur les éventuels violations de la constitution.

---

<sup>469</sup> CONAC Gérard, « Le juge constitutionnel en Afrique : Censeur ou pédagogue ? », op. cit., p. VI. Selon le professeur CONAC, le rôle de conseiller dévolu aux juridictions fait d'elles des experts pour le gouvernement.

<sup>470</sup> Ibid., p. XIII.

Dans le système français, c'est au Conseil d'État, juridiction suprême administrative, que revient prioritairement le rôle de conseil du gouvernement. Le Conseil d'État français est en effet le véritable conseiller, ou pour paraphraser l'expression du doyen VEDEL, l'« *aiguilleur* »<sup>471</sup> du gouvernement. C'est cette juridiction qui veille au respect de la légalité matérielle lors de l'élaboration de certains actes de l'exécutif. La fonction consultative, qui est la sienne, s'exerce de manière obligatoire ou facultative<sup>472</sup>.

En ce qui concerne l'Afrique noire francophone, les attributions consultatives des juridictions internes sont prévues par les constitutions principalement, et les textes de loi et les règlements accessoirement. Ces instruments partagent ces attributions consultatives entre les juridictions constitutionnelles et la juridiction administrative. Cette répartition distingue les matières pour lesquelles ces juridictions sont obligatoirement consultées de celles pour lesquelles elles le sont facultativement.

Concernant les attributions de la juridiction administrative, on remarque que les constitutions africaines ont plus ou moins repris le rôle consultatif dévolu au juge administratif français. Mais il n'existe pas entre les États d'homogénéité dans la teneur de cette compétence parce l'importance qui lui est accordée diffère d'un État à un autre. Il en existe cependant un fond commun qui concerne les projets de décrets du gouvernement pour lesquels la saisine du juge administratif est obligatoire. Pour les autres cas, sa saisine est facultative. Dans les pays comme le Benin ou le Niger où ce pouvoir consultatif est important, l'extension concerne entre autres les projets de loi et d'ordonnance qui sont soumis par le Premier ministre, avant leur adoption en conseil des ministres<sup>473</sup>. Le Conseil d'État peut aussi donner son avis motivé au Gouvernement sur les projets de décret ou sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives, réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement.

---

<sup>471</sup> FAVOREU Louis, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », Mélanges Pierre Avril, La République, Montchrestien, Paris, p. 237. Le doyen FAVOREU qui a été le principal défenseur de la théorie de l'aiguilleur de la juridiction constitutionnelle à tel point qu'on lui en attribue abusivement la paternité. Celui-ci affirme cependant que c'est le doyen Georges VEDEL qui a utilisé l'image de l'aiguilleur lors d'un colloque organisé par le Centre de théorie du droit de Paris X, les 17-19 septembre 1987.

<sup>472</sup> MORAND-DEVILLIER Jacqueline, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, EJA, Paris, 9<sup>e</sup> édition, 2005, p. 31.

<sup>473</sup> Niger Art 139 du 31 octobre 2010.



Mieux, il peut être consulté par le gouvernement pour toute question d'ordre administratif<sup>474</sup>. La constitution du Niger du 31 octobre 2010 s'inspirant de la pratique française va plus loin en prévoyant que le Conseil d'État peut également, de sa propre initiative, attirer l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général<sup>475</sup>. Hormis quelques pays, la plupart limite l'étendue de la compétence consultative des juridictions internes. Pourtant, il eût fallu, pour un meilleur ancrage de l'État de droit dans les États africains, que les attributions consultatives des juges administratifs soient importantes et leur fondement bien marqué dans la constitution afin d'inciter les gouvernants à respecter la légalité constitutionnelle<sup>476</sup>. Ce handicap est fort heureusement compensé par les transferts au juge constitutionnel d'une bonne part du pouvoir consultatif.

Dans la pratique, les juridictions constitutionnelles ont été préférées aux juridictions ordinaires pour assurer le rôle de conseiller du gouvernement. Ce choix est dicté par le motif qu'en tant que gardien du texte constitutionnel, le juge constitutionnel est plus qualifié à donner des avis sur les actes législatifs qui doivent être conformes à la constitution. Les actes législatifs étant pour l'essentiel d'origine gouvernementale, la désignation du juge constitutionnel comme premier conseiller de l'exécutif devrait en principe permettre de réduire les violations de la constitution qui pourraient émaner de ce dernier. À ce niveau aussi, l'étendue du rôle consultatif du juge constitutionnel varie suivant les États. De façon générale, ses compétences consultatives couvrent quatre domaines. Ses avis sont requis en ce qui concerne les pouvoirs de crise, l'utilisation de l'ordonnance, les matières électorale et référendaire. Par ailleurs, de plus en plus, les juridictions constitutionnelles se permettent de

---

<sup>474</sup> Niger Art 139 du 31 octobre 2010 . Benin Art. 132 constitution du 11 décembre 1990.

<sup>475</sup> Art. 140. En France le Décret du 26 août 1975 prévoit que le Conseil d'État peut s'exprimer spontanément sur les réformes législatives ou administratives qui lui paraissent conformes à l'intérêt général. Cette attribution incombe à la section du rapport et des études qui est en charge de ces fonctions.

<sup>476</sup> En France, les pouvoirs consultatifs du Conseil d'État sont assez importants. Ainsi, la consultation du juge administratif constitue un acte processuel nécessaire dans l'adoption de plusieurs actes juridiques. L'avis du juge est requis pour tous les projets de loi (consultation obligatoire selon l'article 39 de la constitution), pour certaines décisions individuelles du Gouvernement ; pour les points de droit pour lesquels il est saisi d'une demande ministérielle. À cet effet, il peut intervenir sur demande du Premier ministre, à travers la désignation d'un de ses membres par le vice-président, pour préparer aux côtés du ministre, les mesures réglementaires d'application d'une loi.

donner des avis en sus des observations qu'elles présentent lors de l'examen du contentieux<sup>477</sup>.

L'avis du juge constitutionnel est tout d'abord requis avant l'utilisation par le président de la République des pouvoirs exceptionnels prévus par la constitution<sup>478</sup>. L'utilisation des pouvoirs exceptionnels intervenant dans des situations de fortes tensions politiques ou sociales pendant lesquelles les violations des droits des citoyens par l'exécutif sont fréquentes, le juge constitutionnel est chargé de les faire respecter. Cela est une nécessité surtout contre les voies de fait qui sont légion pendant la mise en parenthèse d'une bonne partie de la légalité normative. En aucun cas, le juge ne devrait laisser les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances porter atteintes aux droits fondamentaux des citoyens.

L'avis du juge constitutionnel est aussi requis pour la confection des ordonnances, pour la modification par décret des textes de forme législative intervenus dans les domaines réglementaires avant l'adoption des constitutions en vigueur. Au Burkina Faso, selon l'article 59 de la constitution, la consultation du juge constitutionnel dans ce cadre doit être officielle. Par l'exigence d'une telle formalité, il s'agit de garantir l'effectivité de la consultation du juge constitutionnel et de s'assurer que celui-ci veille au respect de la répartition des domaines de compétence de la loi et du règlement<sup>479</sup>. Cette formalité est aussi exigée dans le processus d'adoption du projet de décret modifiant un texte de forme législative intervenu dans le domaine réglementaire.

En ce qui concerne l'organisation des opérations électorales, dans la quasi-totalité des constitutions, l'avis du juge constitutionnel est obligatoirement requis pour l'organisation des élections référendaires. Les avis rendus dans ce domaine s'impose au gouvernement<sup>480</sup>. Le

---

<sup>477</sup> JICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, 18<sup>e</sup>, 2001, p. 727.

<sup>478</sup> Benin Art. 58 de la constitution de 1990 ; Burkina Faso, art. 59 de la Constitution; Niger art. 53 de la constitution de 2010.

<sup>479</sup> Burkina Faso, Article 107 de la constitution de 1991 : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil constitutionnel* » ; Benin art. Article 102 de la constitution de 1990.

<sup>480</sup> Burkina Faso, Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et procédure applicable devant lui. Section IV : En matière de référendum et de révision de la Constitution. Bénin, art. 58 ; art. 41 constitution du Mali.

pouvoir consultatif des juridictions constitutionnelles en la matière s'étend aussi au pouvoir de suggestion et de recommandation à l'adresse des pouvoirs publics au moyen d'observations présentées à l'issue des consultations électorales. Selon Jean JICQUEL, ce pouvoir de suggestion montre que la compétence consultative subit l'attraction de la compétence juridictionnelle au point de s'y adosser<sup>481</sup>.

Enfin, même s'il est reconnu un pouvoir d'interprétation au juge constitutionnel, certaines constitutions prévoient expressément qu'il peut donner son avis sur l'interprétation de la constitution. C'est le cas de la constitution nigérienne du 31 octobre 2010 qui, en son article 133, dispose que « *la Cour constitutionnelle émet des avis sur l'interprétation de la constitution lorsqu'elle est saisie par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le Premier ministre, ou un dixième (1/10) des députés* »<sup>482</sup>. De ce qui précède, il apparaît que la justice constitutionnelle en Afrique dispose de prérogatives assez importantes pour assurer au mieux sa fonction de « *veille constitutionnelle* »<sup>483</sup>. L'appréciation du dispositif consultatif à la lumière de sa mise en œuvre ne confirme pas un tel constat.

## B. L'APPRECIATION DU ROLE CONSULTATIF DES JURIDICTIONS INTERNES

Les attributions consultatives accordées aux juridictions constitutionnelles et administratives souffrent de nombreuses faiblesses qui rendent les dispositifs de protection et de prévention de la fraude assez peu efficaces. L'analyse comparée de ces dispositifs avec ceux des autres pays développés, notamment celui de la France, montre bien qu'en raison de l'incohérence des attributions consultatives, l'efficacité des fonctions consultatives des juridictions africaines risque fort bien de n'être qu'illusoire. Les griefs qui peuvent être reprochés aux pouvoirs consultatifs des juridictions africaines concernent leur fondement, leur étude et leurs effets.

---

<sup>481</sup> JICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, op. cit., p. 727.

<sup>482</sup> La constitution de 2010 élargit le droit de saisine des députés qui était réservé à un cinquième des députés dans l'article 114 de la constitution du 4 août 1999.

<sup>483</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 2006, p. 347.

Le fondement juridique du pouvoir consultatif des juridictions administratives peut être un handicap à l'efficacité des avis rendus. C'est le cas lorsque la compétence consultative est prévue par une loi. De fait, on constate que les ordres juridiques nationaux africains n'accordent pas la même autorité au pouvoir consultatif du juge ordinaire. En effet, alors que certaines constitutions encadrent la fonction consultative de la Cour Suprême, les autres n'en font pas cas. Dans les États qui ont cette pratique, le pouvoir consultatif du pouvoir judiciaire est déterminé par la loi qui régit le fonctionnement de la Cour suprême quand elle existe ou la loi organisant le fonctionnement du Conseil d'État<sup>484</sup>. Cette différence d'articulation dans des textes différents affaiblit l'autorité des avis des juridictions administratives vers lesquels sont censés se tourner régulièrement les gouvernements. Par conséquent, il y a de grands risques que les gouvernements ignorent les avis qui sont émis lorsque leur fondement légal est un texte de valeur inférieure à la constitution. Au demeurant, les avis émis auront une faible autorité. Dans ces conditions, les effets des avis seront permanemment au cœur de controverses juridictionnelles.

En réalité, l'efficacité des avis émis est liée à leur caractère. Or ceux-ci ne sont que très souvent facultatifs, sauf pour des rares cas où le constituant mentionne expressément leur caractère obligatoire. Lorsque l'avis est consultatif, la controverse est moins entretenue. L'avis dans ce cas n'est pas une formalité substantielle de la procédure dont le contenu est contraignant. Il n'est qu'une simple formalité sans force contraignante. L'autorité qui demande l'avis n'est pas tenue de s'en conformer. Une confusion est pourtant entretenue sur la portée de cette formalité. Nombre de gouvernants africains, à dessein, font l'amalgame entre la formalité de la saisine et son caractère non contraignant afin de ne pas y recourir<sup>485</sup>.

Dans le cas des avis obligatoires, l'exécutif est obligé, non seulement de recueillir l'avis du juge, mais a l'obligation de s'y conformer. Dans les deux cas cependant, l'effectivité de la sollicitation du juge n'est pas garantie. Au demeurant, dans la mesure où les avis transmis au gouvernement ne sont pas rendu public, il peut arriver que celui-ci ne se donne pas la peine de demander l'avis des juridictions dans la mesure où il n'est pas possible de vérifier la réalité d'une telle formalité.

---

<sup>484</sup> Au Burkina Faso, c'est la loi relative au fonctionnement du Conseil d'État qui prévoit son rôle consultatif.

<sup>485</sup> Voir en infra le débat sur l'utilisation de l'article 48 en Côte d'Ivoire.

La portée de l'avis consultatif est aussi une question à réponse incertaine. L'avis consultatif peut être un sujet à maniement difficile lorsque le conseiller, devenu co-législateur, en vient à apprécier dans le contentieux, la régularité constitutionnelle de l'acte qu'il a contribué à façonner. Il peut être alors à craindre, que dans le meilleur des cas, qu'il décline sa compétence afin d'éviter de se dédire, et, dans le pire des cas, qu'il rende une décision *a minima* en lieu et place d'un examen approfondi de la question. Dans cette logique, le risque est grand que les juges ne sanctionnent pas un acte pris sans avis alors que celui-ci s'imposait. Cela pourrait fragiliser le pouvoir consultatif des juges constitutionnel et ordinaire qui n'apparaîtrait plus comme un moyen efficace de prévention de la fraude à la constitution émanant de l'exécutif.

Pour ce qui est de l'étendue du domaine des pouvoirs consultatifs, il faut observer que la tendance en Afrique francophone est de circonscrire le champ du contrôle juridictionnel, qu'il soit *a priori* ou *a postériori*, afin de ne pas entraver l'action du gouvernement. Les majorités au pouvoir apprécient mal les attributions assez larges qui seraient conférées à des organes qui ne bénéficient pas de la légitimité du suffrage universel. Cette perception est à l'opposée de celle qui s'impose dans d'autres systèmes juridiques. En France par exemple, la fonction consultative du Conseil d'État a évolué avec l'environnement institutionnel pour embrasser des questions nouvelles. Cette fonction a évolué dans un double sens. Dans un premier temps, elle a été étendue à l'examen de conformité des projets de lois d'avec différentes normes de valeur constitutionnelle, afin d'éviter à la future loi, la censure du Conseil constitutionnel<sup>486</sup>. Dans un second temps, la fonction du conseil d'État s'est étendue à l'examen de la compatibilité des projets de loi avec le droit communautaire et le droit international<sup>487</sup>. Cette extension du rôle du juge administratif en droit français a le mérite par ce truchement d'avoir associé le juge interne à la construction du droit communautaire. Par conséquent, celui-ci arrive aisément à concilier les impératifs liés au droit communautaire dont il demeure le premier maillon d'application. Ce faisant, il participe à la préservation de la suprématie de l'ordre constitutionnel qui lui confère sa légitimité.

---

<sup>486</sup> MORAND-DEVILLIER Jacqueline, *Cours de droit administratif*, op.cit, p. 34.

<sup>487</sup> Ibid.

Si en Afrique francophone, la fonction de prévention du juge interne n'est pas un moyen efficace de protection de la constitution contre la fraude, sa fonction répressive devrait en principe lui peut-être de combler cette insuffisance.

## § 2. LES ATTRIBUTIONS CONTENTIEUSES DES JURIDICTIONS INTERNES

Il s'agit ici d'examiner les moyens impartis aux juridictions internes pour qu'elle protège la constitution contre la fraude à la constitution. On qualifiera avec Philippe BLACHER cette mission de contrôle répressif des juridictions. Selon lui, le contrôle répressif du juge vise à vérifier au contentieux si la loi en vigueur respecte la constitution et, à défaut, de la sanctionner en cas de contrariété<sup>488</sup>. Il convient de montrer que bien que le juge constitutionnel ait le monopole de la protection de la constitution, la possibilité pour les juges ordinaires de protéger la constitution n'est pas exclue. Il s'agira donc de procéder respectivement à l'inventaire des attributions contentieuses des juridictions constitutionnelles et ordinaires en vue de sanctionner les actes contraires à la constitution.

### A. LES ATTRIBUTIONS CONTENTIEUSES DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

L'organisation juridictionnelle du contentieux constitutionnel a été fortement inspirée du modèle européen caractérisé par l'institution d'un organe spécialisé doté d'attributions importantes en matière de contrôle de constitutionnalité. Après une dizaine d'années d'expérience, l'efficacité de ce modèle de spécialisation juridictionnelle fait l'objet de controverses à tel point que certains constitutionnalistes africains n'hésitent plus à réclamer la réinsertion « *de la juridiction constitutionnelle dans l'appareil judiciaire quitte à lui attribuer un rôle privilégié en matière de contrôle de constitutionnalité* »<sup>489</sup>. La question bien que pertinente n'a pas encore eu d'écho favorable au niveau des États qui en sont encore à l'expérimentation de la spécialisation de la juridiction constitutionnelle.

---

<sup>488</sup> BLACHER Philippe, « *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale* », Paris, PUF, 2001, p. 90.

<sup>489</sup> FALL Badara Alioune, « Le droit africain a-t-il sa place en droit comparé », in *Le devenir du droit comparé en France*, sous la direction de du BOIS de GAUDUSSON Jean, Journée d'études à l'institut de France, 23 juin 2004, 160-182.

L'identification de la fonction répressive des juges constitutionnels passe par la précision des moyens de sanctions et de l'étendue des pouvoirs dont ils disposent. Mais avant, il convient de déterminer leur champ d'intervention, ainsi que le moment de cette intervention.

Le champ d'intervention du juge constitutionnel est fortement identique dans la plupart des constitutions africaines. Elles prévoient des matières pour lesquelles l'appréciation des juges constitutionnels est obligatoire et celles pour lesquelles, l'appréciation est laissée à la discrétion des pouvoirs publics.

Si les matières obligatoirement soumises au contrôle du juge constitutionnel varie selon les États, elles couvrent presque partout, à quelques différences près, les lois organiques et les règlements des Assemblées. Si le contrôle des lois organiques est obligatoire partout<sup>490</sup>, ce n'est pas le cas pour les règlements des Assemblées pour lesquels, seules quelques constitutions comme celles du Bénin et du Mali, du Niger et du Sénégal en prévoient la possibilité<sup>491</sup>. Il faut toutefois noter qu'au Tchad même si le contrôle des Assemblées n'est pas obligatoire, le juge constitutionnel, dans une extension large, en a admis le principe<sup>492</sup>. Ce champ est plus important dans les États qui affichent une ferme volonté de faire du juge constitutionnel la clef de voûte du système constitutionnel. Il en est ainsi du Bénin<sup>493</sup>, du Gabon<sup>494</sup>, Mali<sup>495</sup>, du Togo<sup>496</sup>.

---

<sup>490</sup> Burkina Faso, Art. 155 de la constitution du 2 juin 1991; Niger Art. 131 de la constitution du 31 octobre 2010. Article 86 constitution e la Mauritanie du 25 juin 2006, Bénin article 121 ; Mali Art. 88.

<sup>491</sup> Au Niger l'article 131 prévoit que « *Les lois organiques, avant leur promulgation, et le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, avant sa mise en application ainsi que leurs modifications, doivent être soumis à la Cour constitutionnelle qui se prononce sur leur conformité à la Constitution* ». Au Sénégal, l'article 62 de la constitution dispose que « *la loi organique portant règlement intérieur ne peut être promulguée si le Conseil constitutionnel, obligatoirement saisi par le président de la République, ne l'a déclarée conforme à la Constitution* ». Bénin art. Mali art. 86 ; Togo art. 113.

<sup>492</sup> Conseil Constitutionnel du Tchad, Décision n°01/CC/SG/04/ du 11 juin 2004 relative à la proposition de loi de révision de la constitution du 31 mars 1996 2004.

<sup>493</sup> Article 117 constitution du Bénin : « *La Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur : la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation ; les Règlements Intérieurs de l'Assemblée Nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil Économique et Social avant leur mise en application, quant à leur conformité à la Constitution; la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation de la des droits de la personne humaine* ».

<sup>494</sup> Gabon, Article 84 (L. 13/2003 du 19 août 2003) : « *La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur : - la constitutionnalité des lois organiques et des lois avant leur promulgation, des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques ; les règlements*

Dans les autres cas qui concernent la constitutionnalité des lois ordinaires, des lois référendaires, des ordonnances (en dehors du Togo) ainsi que de la conformité des traités et accords internationaux à la constitution, le contrôle du juge est facultatif puisque tributaire de la volonté des titulaires du droit de saisine du juge constitutionnel<sup>497</sup>. Qu'elle soit facultative ou non, l'efficacité de l'intervention du juge dépend du moment de sa saisine.

Le moment d'intervention du juge est aussi déterminant dans la dynamique de protection de la constitution. Son importance tient au fait que le juge ne peut être saisi à n'importe quel moment de la vie d'un acte législatif. Le moment permet de voir quand le juge constitutionnel peut être saisi aux fins de neutraliser les fraude à la constitution. En Afrique francophone, le contrôle du juge constitutionnel est essentiellement préventif. Le contrôle du juge intervient avant que la loi n'entre en vigueur. On parle dans ce cas du contrôle *a priori*. De plus en plus, en raison des exigences liées à la protection des droits de l'homme, les États africains prévoient dans leur constitution un contrôle *a posteriori*.

Dans le contrôle *a priori*, le juge constitutionnel est saisi de l'acte à contrôler avant sa promulgation. Cette méthode implique que « *la question de contrôle de constitutionnalité de la loi est posée en dehors de tout litige préexistant devant le juge* »<sup>498</sup>. On est dans cette hypothèse dans le contentieux objectif qui consiste pour les autorités politiques à faire un procès à la loi en tant que norme. L'inconvénient de cette méthode, c'est qu'une fois entrée en vigueur, la loi bénéficie d'une présomption de conformité par rapport à la constitution. En

---

*de l'Assemblée nationale et du Sénat avant leur mise en application, quant à leur conformité à la Constitution; les règlements du Conseil national de la Communication et du Conseil économique et social avant leur mise en application, quant à leur conformité à la Constitution (L. 13/2003 du 19 août 2003) ; les conflits d'attribution entre les institutions de l'État ; la régularité des élections présidentielles, parlementaires, des collectivités locales et des opérations de référendum dont elle proclame les résultats (L. 14/2000 du 11 octobre 2000) ».*

<sup>495</sup> Au Mali selon l'article 86 de la constitution: « *La Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur : la constitutionnalité des lois organiques et des lois avant leur promulgation ; les règlements intérieurs de l'Assemblée Nationale, du Haut Conseil des Collectivités et du Conseil Économique, Social et Culturel avant leur mise en application quant à leur conformité à la Constitution; les conflits d'attribution entre les institutions de l'État ; la régularité des élections présidentielles, législatives et des opérations de référendum dont elle proclame les résultats* ».

<sup>496</sup> Au Togo, Avant leur promulgation, les lois organiques et les ordonnances sont soumises par le président de la République à la Haute Cour Constitutionnelle qui statue sur leur conformité à la Constitution(article 113).

<sup>497</sup> Mali art. 86; Togo art. 113, Mali art. 88 de la constitution.

<sup>498</sup> CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, T.1, Théorie générale : les régimes étrangers, 4<sup>e</sup> éd. 2005, Armand colin, p. 60.



conséquence, sa remise en cause par le juge devient plus complexe. Vu sous cet angle, le contrôle *a priori* peut se révéler inefficace lorsque sa mise en œuvre n'est pas suffisamment ouverte comme c'est le cas dans bon nombre d'États<sup>499</sup>. La limitation de la saisine du juge constitutionnel devient un handicap à la protection efficace de la constitution contre les fraudes. Si on s'en tient à la finalité protectrice de l'ordre constitutionnel, la limitation de la saisine du juge constitutionnel est très inquiétante, car le juge, lorsqu'il n'est pas sollicité, ne peut se poser en véritable garant de l'ordre constitutionnel. Fort heureusement, un pays comme le Bénin a opté pour l'ouverture de la saisine du juge constitutionnel en étendant au citoyen la possibilité de saisir le juge constitutionnel pour les lois portant atteintes aux droits de l'homme<sup>500</sup>. Les difficultés rencontrées dans les autres États auraient pu être compensées par un droit d'autosaisine accordé au juge pour certaines circonstances. Mais là encore, seul le Bénin fait exception avec le droit d'autosaisine accordé au juge constitutionnel pour se prononcer « *d'office sur la constitutionnalité des lois et tout texte réglementaire censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques* »<sup>501</sup>.

Pour faire face aux nombreuses lacunes du contrôle *a priori*, de nombreuses constitutions ont institué le contrôle *a posteriori* par voie d'exception comme complément du contrôle *a priori*. Cette méthode permet de contester la non-conformité à la constitution d'une loi déjà entrée en vigueur devant le juge constitutionnel. De ce fait, elle accorde à tout justiciable, à l'occasion d'un procès, de soulever une exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi ou d'un acte qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux<sup>502</sup>. Les constitutions africaines prévoient que, lorsqu'une juridiction ordinaire est saisie à l'occasion d'un litige d'une question de constitutionnalité, c'est-à-dire lorsqu'une partie conteste la conformité d'une loi par rapport à la constitution, elle sursoit à statuer et saisit la juridiction constitutionnelle. L'analyse des constitutions africaines montre qu'il existe deux variantes dans la mise en œuvre de ce mécanisme.

---

<sup>499</sup> Dans la législature actuelle au Burkina Faso en dehors des membres du Parti au pouvoir (CDP), les partis politiques d'opposition ne peuvent saisir le juge constitutionnel pour le contrôle d'une loi dans le cadre d'un contrôle *a priori*.

<sup>500</sup> Article 122 « *Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

<sup>501</sup> Article 121 de la constitution du Bénin.

<sup>502</sup> Gabon article 86; Bénin art. 122.

Selon la première variance, n'importe quelle juridiction ordinaire saisie d'une question de constitutionnalité peut saisir le juge constitutionnel. Ont opté pour cette forme, les États comme le Togo<sup>503</sup>. L'autre variante prévoit qu'il n'appartient qu'aux juridictions suprêmes de l'ordre administratif (Conseil d'État) et judiciaire (Cour de Cassation) de saisir le juge constitutionnel. C'est le cas notamment des États comme le Benin ou le Gabon<sup>504</sup>. Dans les deux cas, l'opportunité de renvoyer au juge constitutionnel l'appréciation d'une question de constitutionnalité relève de l'appréciation souveraine du juge saisi. Ce pouvoir considérable accordé au juge peut entraver, lorsque le juge en fait un mauvais usage, la finalité recherchée par le constituant qui est de permettre au justiciable de faire respecter ses droits devant le juge constitutionnel. Le mauvais usage de ce procédé peut nourrir des débats passionnés comme ce fut le cas au Burkina Faso à propos de la portée exacte de l'article 25 de la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité qui prévoit que « *« lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un justiciable devant une juridiction, quelle qu'elle soit, celle-ci est tenue de surseoir à statuer et de saisir le Conseil Constitutionnel qui doit se prononcer sur la constitutionnalité du texte en litige dans le délai d'un mois qui court à compter de sa saisine par la juridiction concernée»* »<sup>505</sup>.

En effet, dans sa décision n°2007-04/CC du 29 août 2007 relative à *l'affaire Eroh*, le Conseil constitutionnel burkinabe a jugé qu'il revenait à la juridiction devant laquelle l'exception est soulevée de « *surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel* ». Pour le juge constitutionnel, il n'avait pas été saisi par la Cour de cassation, mais par une des parties au litige. Cette position du juge burkinabé s'aligne sur la position adoptée par le législateur sénégalais dont la loi organique n°92.23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel qui dispose que, « *lorsque la solution d'un litige porté devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la constitution, la Haute juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée* ».

---

<sup>503</sup> Art 104 de la constitution du Togo : « *Au cours d'une instance judiciaire, toute personne physique, ou morale peut, "in limine litis", devant les cours et tribunaux, soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi. Dans ce cas, la juridiction surseoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle* ».

<sup>504</sup> Article 86 « *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* ».

<sup>505</sup> Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et procédure applicable devant lui, Section II, Article 25.

*et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé »*<sup>506</sup>. Pour le juge constitutionnel burkinabè, l'exception de constitutionnalité doit être posée au juge constitutionnel non par une des parties, mais par le juge devant lequel est élevé le litige. Cette analyse nous paraît iconoclaste pour une raison principale. L'utilisation du présent de l'indicatif dans l'article 25 indique une injonction au juge ordinaire de saisir le juge constitutionnel. La locution verbale « *est tenue de surseoir à statuer et de saisir* » indique un impératif qui ne laissait pas au juge de cassation d'autre choix que de saisir obligatoirement le juge constitutionnel. Si le refus de la Cour de cassation burkinabé de saisir le juge constitutionnel était fondé parce que l'exception était abusive, il reste que le juge est sorti du cadre posé par l'article 25 qui enjoignait au juge de saisir obligatoirement le juge constitutionnel lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée. Si l'engorgement du greffe du Conseil constitutionnel est un argument assez fondé pour refuser la saisine directe du juge par le citoyen, il eût fallu pour éviter que l'articulation actuelle de l'exception d'inconstitutionnalité n'en profite pas au citoyen que le juge constitutionnel burkinabé précise que pour les questions préjudicielles mettant en cause la protection d'un droit humain, sa saisine directe par un citoyen est recevable. L'absence d'une telle précision peut être préjudiciable à la protection des droits humains comme ce fut le cas en l'espèce où le juge d'appel fut soupçonné de partialité, voire de corruption.

La protection juridictionnelle de la constitution dans les systèmes d'Afrique francophone s'articule autour des ouvertures classiques du contentieux administratif. Les juridictions constitutionnelles ont pour objectifs entre autres de faire respecter la protection des dispositions de la constitution, de veiller à la répartition des domaines de compétence de la loi et du règlement, etc. L'institution du contrôle de constitutionnalité vise à assurer l'inviolabilité des dispositions de la constitution en fixant l'objectif de protection de la constitution contre les empiétements du Parlement et contre les excès de l'exercice des compétences gouvernementales. Par conséquent, les juridictions constitutionnelles ont le devoir de censurer les lois contraires aux normes constitutionnelles. Ainsi devant ces cas, elles procèdent à la censure des actes législatifs par annulation ou interdiction de promulgation ou à leur déclassement.

---

<sup>506</sup> Voir DIAGNE Mayacine, « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique, L'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais », *Annuaire International de justice constitutionnelle*, XII, 1996, p. 99 à 122.

Dans l'hypothèse de la censure, les effets de la décision du juge constitutionnel varient selon qu'il s'agit d'une loi qui n'est pas encore promulguée ou d'une loi déjà entrée en vigueur. Les lois non encore promulguées n'entrent pas en vigueur si elles ont été censurées par le juge constitutionnel<sup>507</sup>. Il peut s'agir de lois ordinaires ou référendaires pour lesquelles l'avis du juge constitutionnel est obligatoirement requis par la constitution. En Afrique francophone, en matière de révision, le juge constitutionnel a la possibilité d'arrêter la procédure ou de l'annuler lorsqu'elle n'est pas conforme à la constitution<sup>508</sup>. Il est prévu dans certaines constitutions, pour les lois non promulguées, la détachabilité de la partie non sanctionnée. Les constitutions prévoient que si le texte censuré peut être détaché de la loi, celle-ci sera promulguée sans la partie inconstitutionnelle.

Les lois déjà entrées sont quant à elles inapplicables, lorsque le juge constitutionnel constate leur inconstitutionnalité. Mieux, il est prévu dans certains systèmes constitutionnels que le Parlement tire les conséquences découlant de la décision de non-conformité à la constitution rendue par le juge constitutionnel<sup>509</sup>.

Quant à la procédure de déclassement, elle permet au gouvernement de déférer une loi ou un texte de forme législative (une ordonnance) devant le juge constitutionnel au motif que ces textes comporteraient des dispositions réglementaires<sup>510</sup>. L'objectif recherché par un tel mécanisme est, comme l'a remarqué le doyen FAVOREU, de contraindre le Parlement à ne pas exercer sa propre compétence au détriment de celle du pouvoir réglementaire<sup>511</sup>. Aussi, lorsque le juge procède à la requalification de la disposition déférée, celle-ci est considérée comme délégalisée et peut faire l'objet de modification par décret<sup>512</sup>. En réalité, il s'agit d'un contrôle *a minima* dans la mesure où le juge constitutionnel ne se prononce pas sur la constitutionnalité, mais sur la nature de la disposition qui lui est soumise. En réalité, les interventions du législateur dans le domaine réglementaire sont peu nombreuses en raison de

---

<sup>507</sup> Art 104 constitution du Togo ; Art.85 constitution du Gabon ; art. 124 de la constitution du Benin.

<sup>508</sup> Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et procédure applicable devant lui. Article 36 : « Le Conseil Constitutionnel statue dans le délai d'un mois. S'il estime la contestation fondée, il arrête la procédure de révision ou annule la loi de révision ».

<sup>509</sup> Loi constitutionnelle n°1/97 du 22 avril 1997 (art 86 constitution) du Gabon.

<sup>510</sup> JICQUEL Jean, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 709.

<sup>511</sup> FAVOREU Louis et Al., *Droit constitutionnel*, 37<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2000, p. 323.

<sup>512</sup> Ibid., p. 709.

l'abaissement de la fonction législative et de la prépondérance de l'exécutif. Ce sont plutôt les pouvoirs exécutifs qui empiètent sur le domaine du Parlement. Aussi, eu égard à leur pouvoir de régulation des pouvoirs publics, les juridictions constitutions africaines peuvent, dans la lignée de l'évolution récente de la jurisprudence française, sanctionner les immixtions illégales de l'exécutif dans le domaine législatif<sup>513</sup>.

À la lumière de ces analyses, il ressort que les juges constitutionnels africains disposent d'importants moyens pour protéger les constitutions contre les fraudes en sanctionnant les actes de forme législative qui leur sont contraires. Cela dit, la protection de la constitution pouvant échoir aux juridictions ordinaires, il convient donc d'examiner les moyens dont ces dernières disposent pour accomplir une telle mission.

## B. LES ATTRIBUTIONS CONTENTIEUSES DES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Le modèle de justice constitutionnelle dans les États africains a été marqué par le passé par la dévolution du contrôle de constitutionnalité aux Cours Suprêmes, et, plus récemment, aux juridictions spécialisées. De facto, l'attribution monolithique de l'examen des questions de constitutionnalité aux juridictions constitutionnelles entraîne une retenue des juges ordinaires, en raison de la compétence d'attribution, à s'inviter dans le contentieux constitutionnel des actes législatifs. Le juge administratif ou judiciaire est de ce point de vue incompetent à réaliser un contrôle de constitutionnalité dans la mesure où le fait remarquer monsieur Bruno GENEVOIS, « *l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi est et demeure une règle d'or du contentieux administratif* »<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> Le Conseil constitutionnel français a d'abord estimé en 1982 dans sa décision *Blocage de prix* que l'intervention du législateur dans le domaine réglementaire n'était pas en soi une entorse à la répartition des domaines de compétence entre la loi et le règlement. Il n'y avait pas lieu alors de considérer l'immixtion du législateur dans le domaine réglementaire comme un détournement de procédure. Reconsidérant cette décision, il décida, en 2005 dans sa décision sur l'*Avenir de l'école* de la séparation dans la loi, des règles qui ont une nature réglementaire. CC Décision 82-143 DC, du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et revenus*, Rec. 57, RJC I-130, L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2007, 14<sup>e</sup> éd. p. 467 ; CC, Décision 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, Rec. 72, L. Favoreu et L. Philip, *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 898.

<sup>514</sup> GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État n'est pas censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, 715, et 724.

S'alignant sur cette pratique du droit français et notamment les jurisprudences administrative et judiciaire qui en ont résulté<sup>515</sup>, les juges ordinaires africains se contentent d'apprécier la constitutionnalité d'un acte administratif si une loi ne fait pas écran à la constitution. De toute évidence, l'incompétence des juges ordinaires à contrôler la constitutionnalité de la loi ne remet pas en cause leur capacité à lutter contre la fraude à la constitution. On a montré que la fraude est aussi bien le fait du législateur que de l'exécutif. Aussi, dans la pratique, avec la prépondérance de la fonction exécutive sur la fonction législative, une bonne part des fraudes à la constitution sont l'œuvre de l'exécutif. Ces fraudes concernent entre autres l'empiètement du domaine du règlement sur celui de la loi, les détournements des actes administratifs de leur but ou encore l'abus de pouvoir. Dans ces cas, le juge administratif ou judiciaire dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir pour de détournement de pouvoir ou de procédure a la latitude de censurer les actes frauduleux en les annulant<sup>516</sup>.

En somme, la contribution des juges ordinaires africains à la lutte contre la fraude à la constitution peut être importante si ces derniers s'inspirent des dynamiques nouvelles qui émergent en droit comparé. Dans le contentieux de légalité en France, même si l'exercice du contrôle de constitutionnalité des actes législatifs par les juges ordinaires n'est pas admis, le constat est que les débats doctrinaux et même la jurisprudence française, bien qu'encore timide, ont évolué. L'incompétence du juge ordinaire à confronter la loi à la constitution a longtemps reposé sur un double fondement. Le tout premier est jurisprudentiel. En effet, le juge administratif français n'a eu de cesse, en l'occurrence depuis les célèbres arrêts *Arrighi* et *Dame Coudert*, d'affirmer son incompétence pour procéder au contrôle de constitutionnalité des actes législatifs. Le juge judiciaire français, en dehors de la III<sup>e</sup> république où il procéda à deux reprises à un tel contrôle, n'a pas encore changé son attitude hostile à l'égard du contrôle de ces actes<sup>517</sup>. Le second fondement est constitutionnel puisqu'il semble découler de l'article 61 de la constitution française de 1958 que le contrôle

---

<sup>515</sup> Conseil constitutionnel français, Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, *Recueil*, p. 19; C.E français, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Recueil Lebon*, p. 190.

<sup>516</sup> Voir BLANCO Florent, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Thèse de doctorat : Droit public : Aix-Marseille 3 : 2006, Presses universitaires Aix-Marseille, 2010.

<sup>517</sup> Crim. 15 mars 1851 ; *Gauthier*, D. 1851.I.142 et Crim. 17 nov. 1851, *Gent*, D. 1851.L.333.

de constitutionnalité est le monopole du Conseil constitutionnel<sup>518</sup>. Les arguments de justification de l'incompétence du juge ordinaire à apprécier la constitutionnalité de la loi connaissent un regain de développement sous la cinquième République<sup>519</sup>.

En dépit de leur prégnance, ces arguments sont contestés par de nombreux auteurs qui les considèrent comme maximalistes. Ils affirment que le monopole du juge constitutionnel ne concerne que le contrôle préventif de constitutionnalité<sup>520</sup>. Par conséquent, ils admettent qu'à l'occasion d'un contentieux de légalité, le juge administratif ou judiciaire peut incidemment contrôler la conformité d'une loi à la constitution. Selon le professeur Michel FROMONT, le contrôle de constitutionnalité des juges ordinaires ne devait pas poser d'inquiétude parce que les juges civils, pénaux et administratifs ont vocation à appliquer les règles de droit ayant valeur constitutionnelle <sup>521</sup>. Pour lui, en dépit de l'apparition du juge constitutionnel, le juge ordinaire garde une certaine compétence dans le contentieux de constitutionnalité des actes réglementaires. Du reste, le juge administratif a tiré du système français de justice constitutionnelle « *une incitation à appliquer beaucoup plus souvent que par le passé, les dispositions de la constitution lors de l'examen de la régularité des actes administratifs* »<sup>522</sup>. Par conséquent, rien ne devait s'opposer *a priori* à ce que les juges ordinaires contribuent à une protection efficace de la constitution contre la fraude.

Dans la pratique, il s'agit pour le juge ordinaire de protéger les domaines de compétence de la loi et du règlement en censurant les empiètements du pouvoir réglementaire sur le domaine réservé à la loi <sup>523</sup>. De ce fait, le juge ordinaire français veille à ce que l'exécutif n'enfreigne pas la délimitation des domaines de compétence de la loi et le règlement telle qu'opérée par la constitution. Les juges ordinaires en Afrique s'abstiennent pour le moment de s'inscrire dans la perspective ouverte par les juges ordinaires français. Ils s'abstiennent de tout contrôle de

---

<sup>518</sup> BRAIBANT Guy, « Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », Mélanges Gérard Conac, op. cit., p. 185.

<sup>519</sup> CARPENTIER Elise, TREMEAU Jérôme, « La confrontation de la loi à la constitution par le juge ordinaire, Qu'en pensez-vous ? À propos de CE, ORD., 21 nov. 2005, Boisvert et CE, ASS., 16 DEC. 2005, Syndicat national des Huissiers de Justice », Mélanges FAVOREU, p. 559-564.

<sup>520</sup> BLACHER Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 91.

<sup>521</sup> FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », Mélanges à Gérard CONAC, *Le renouveau constitutionnalisme*, p. 175. Voir aussi MONTALIVET Pierre de, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Thèse de doctorat : Droit public : Paris 2 : 2004, Paris, Dalloz, 2006.

<sup>522</sup> FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », op. cit., p. 175.

<sup>523</sup> Ibid.

constitutionalité des actes législatifs. Leur attitude réservée pourrait être préjudiciable à une lutte efficace contre la fraude dans la mesure où les juridictions ordinaires restent les plus accessibles. C'est pourquoi leur défaillance mérite d'être comblée. En cela, le dispositif non juridictionnel se présente comme une alternative crédible.



## **SECTION II.**

### **LE DISPOSITIF NON JURIDICTIONNEL DE PREVENTION ET DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Les juridictions ne portent pas seules la responsabilité de protéger la constitution contre les violations les plus pernicieuses, elles sont accompagnées dans cette mission par les organes non juridictionnels, mais aussi par le corps social. Les développements qui suivent porteront sur le rôle confié à ces derniers au niveau interne et international à l'effet de protéger la constitution contre les violations de la constitution en général, et la fraude à la constitution particulièrement.

#### **§ 1. LES ATTRIBUTIONS DES INSTITUTIONS INTERNES**

Les organes politiques et les organisations de la société civile ont un rôle important de protection de constitution contre les fraudes qu'il convient de mettre en évidence.

##### **A. LE ROLE DEVOLU AUX INSTANCES POLITIQUES INTERNES**

Dans les constitutions africaines francophones, les organes politiques dotés d'une mission protectrice de la constitution sont le président de la République et le Parlement. La mission dévolue au président de la République en vue d'assurer la protection de la constitution est une reproduction de celle réservée au président dans la constitution française de 1958. En France, le rôle constitutionnel du président de la République est lié à l'histoire constitutionnelle. En effet, les constitutions françaises postérieures à 1791 ont reconnu au chef de l'exécutif un droit de sanction dont le but était d'assurer l'inviolabilité de la constitution. Ainsi, il fut reconnu le droit à la sanction aussi bien aux monarques des différentes monarchies

constitutionnelles qu'au président de la République<sup>524</sup>. À cet effet, les Chartes constitutionnelles de 1814 et de 1830 prévoyaient que « *le roi seul sanctionne et promulgue les lois* »<sup>525</sup>. Dans la logique des textes constitutionnels antérieurs, la constitution française de 1958 en son article 5 prévoit que le président de la République est chargé de respecter la constitution. Ce devoir imposé au président de la République sera repris par les constituants africains. Aussi, même si les formules utilisées pour le matérialiser varient d'une constitution à une autre<sup>526</sup>, l'esprit qui s'en dégage reste le même. Le président a l'obligation de garantir l'inviolabilité de la constitution<sup>527</sup>. Le président de la République, en France comme en Afrique francophone, dispose de deux prérogatives pour assurer la protection de la constitution. La première lui est accordée en période de normalité constitutionnelle. À cet effet, il dispose du droit de promulgation de la loi et de la demande au Parlement d'une seconde délibération. La seconde prérogative concerne les pouvoirs exceptionnels à lui conférer pendant les périodes de crise. Un bref rappel de la teneur de ces moyens s'impose.

La promulgation peut être définie comme une déclaration officielle intervenant après élaboration d'une loi ou parfois la signature d'un traité qui préside à l'insertion de cet acte dans l'ordre juridique et conditionne son entrée en vigueur sous réserve de la publication à intervenir<sup>528</sup>. L'efficacité de l'utilisation de la promulgation pour faire obstacle aux tentatives de violations de la constitution reste un sujet de controverse dans la doctrine française. Le point de discorde était de savoir si « *la promulgation pouvait être intégrée à l'exercice du pouvoir législatif* »<sup>529</sup>. Deux positions se sont opposées. La première considère que la promulgation est l'acte législatif qui rend la loi exécutoire. Pour la seconde, la promulgation ne représente que le premier acte d'exécution de la loi, qui existe avant la promulgation<sup>530</sup>. Cette controverse a été vidée de son sens avec la constitution de la V<sup>e</sup> République française qui déclare que « *la procédure législative est close avec la promulgation* ». Ainsi conçue, la promulgation est devenue une partie intégrante de la

---

<sup>524</sup> LABANT Paul, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, éd. Giard et Brière, 1901, p. 286.

<sup>525</sup> Article 22 charte 1814, article 18 charte de 1830.

<sup>526</sup> Le président de la République est 'le gardien', il assure 'le respect' de la constitution.

<sup>527</sup> Niger, Article 35, Bénin, Article 41 ; Sénégal, Article 42, Mali, article 29, Gabon, Mauritanie, Article 24

<sup>528</sup> CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> mai 2008, p. 732.

<sup>529</sup> BLACHER Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, p. 162-163.

<sup>530</sup> CARRE de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 404.

procédure d'adoption de la loi. Le débat n'est pas pour autant épuisé avec cette conception procédurale de la promulgation. En effet, l'équation de savoir si la promulgation impose une contrainte à son détenteur reste entière. Si une telle position est admise, il faut la considérer comme mettant le président en situation de compétence liée. C'est dans ce sens qu'abondent de nombreux auteurs parmi lesquels le professeur Guy CARCASSONNE pour qui « *la promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État authentifie la loi et la rend exécutoire. En ce sens, il se distingue de la sanction, plutôt pratiquée par les régimes monarchiques, qui, à l'origine au moins, comportait une connotation d'assentiment, totalement absente dans la promulgation* »<sup>531</sup>. Dans ce cas, la promulgation apparaît comme un acte extérieur à la loi. En conséquence pour le chef de l'exécutif, la promulgation se réduit à un devoir consistant à donner un « *brevet de constitutionnalité* » à la loi<sup>532</sup>. Ce rôle attribué à l'acte de promulgation est consacré par le constituant béninois qui prévoit à l'article 57 de la constitution du 11 décembre 1990 que si après le vote de la loi, « *le président de la République refuse de promulguer la loi, la Cour constitutionnelle, saisie par le président de l'Assemblée nationale, déclare la loi exécutoire si elle est conforme à la constitution* ». Cette solution montre bien que le président de la République peut décider de porter volontairement atteinte à la constitution.

Dans les régimes de séparations des pouvoirs, les Parlements nationaux pourraient être un organe de protection politique de la constitution contre les fraudes. Ils pourraient *a priori* être utiles pour les violations de la constitution qui émanent de l'exécutif. En revanche, leur utilité sera limitée pour les violations dont ils sont eux-mêmes les auteurs.

Le contrôle parlementaire de la constitution est concevable parce que les parlementaires en tant que représentant de la volonté générale ont l'obligation de protéger la constitution. Pour mieux cerner le mécanisme tel que prévu par les constitutions africaines, il convient de revenir au système français qui l'a inspiré.

En France, la protection parlementaire de la constitution est une idée qui a été développée sous quelques régimes politiques d'avant 1958. Sa forme la plus avancée est connue avec le

---

<sup>531</sup> CARCASSONNE Guy, *La constitution*, préface de Georges VEDEL, Seuil, coll. « Point », 4 éd., 2000, n°1, p. 86.

<sup>532</sup> Expression du doyen VEDEL.

*jury constitutionnaire* de SIEYES. Selon son concepteur, le jury constitutionnaire « *est un corps de représentants dont la mission spéciale est de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution* »<sup>533</sup>. La proposition de SIEYES fut rejetée à l'unanimité des membres de l'Assemblée parce qu'il accordait trop de pouvoir à la Jurie constitutionnaire. Or ce faisant, l'objectif du contrôle des pouvoirs publics ne pourrait être atteint parce qu'en voulant leur donner un gardien, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement<sup>534</sup>. Par conséquent, le projet fut abandonné, mais pour être repris sous une autre forme sous le premier et second Empire avec un rôle prépondérant accordé au Sénat. L'article 25 de la constitution de l'an VIII, « *le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise* ». Toutefois, la revanche que Sieyès gagna fut brève, car ce mécanisme fut, lui aussi, abandonné. Il était reproché à ces deux tentatives du contrôle parlementaire de constitutionnalité leur trop grande soumission au pouvoir exécutif ou dépendant de considérations statutaires<sup>535</sup>.

En dépit du déclin factuel du contrôle parlementaire de la constitution, il n'empêche que le Parlement se voit toujours reconnaître un rôle en la matière<sup>536</sup>. Les parlementaires se voient confier la protection de la constitution parce qu'ils la connaissent mieux, mais encore sont impliqués dans le processus de changement ou d'édiction de nouvelles règles constitutionnelles. Dans ces conditions, ils peuvent aisément s'opposer à l'adoption des actes législatifs contraires à la constitution. De nombreuses constitutions prévoient alors que « *les propositions, projets et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi sont irrecevables. L'irrecevabilité est prononcée par le président de l'Assemblée nationale après délibération du Bureau* »<sup>537</sup>.

Le contrôle de conformité ou de recevabilité se déroule en commission ou en conférence. Il peut s'agir de la conférence des présidents des commissions des assemblées ou du bureau de

---

<sup>533</sup> Moniteur Universel, t. XXV, p. 293.

<sup>534</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd. refondue, 2006, PUF, p. 148.

<sup>535</sup> Ibid., p. 152.

<sup>536</sup> Ce rôle est presque illusoire en raison de l'inertie résultant du jeu partisan.

<sup>537</sup> Benin Article 104, Burkina Faso Art. 76.

ladite Assemblée<sup>538</sup>. Contrôle préventif dans sa formulation, le contrôle parlementaire commence au début de la procédure législative par le contrôle de recevabilité des projets et des propositions de loi par une instance qui varie d'un pays à un autre. Malgré ce dispositif, il est reproché à ce système son inefficacité. C'est ce que confirme monsieur Augustin KONTCHOU-KUOMEGNI, pour qui, le contrôle parlementaire « *n'est pas une grande garantie contre une éventuelle violation de la loi fondamentale au cas où la conférence et par la suite l'Assemblée nationale, en séance plénière, décideraient malgré l'irrégularité, d'adopter le projet ou la proposition de loi incriminée* »<sup>539</sup>.

Ce constat est d'autant plus conforme à la réalité que dans les États africains francophones, les Parlements qui sont aux ordres n'osent pas s'opposer frontalement au gouvernement, sauf cas rarissime. Dans la pratique, la configuration de la séparation des pouvoirs est marquée par « *un pouvoir sans contre-pouvoirs* »<sup>540</sup>, car la vie politique est dominée par un seul parti. La conséquence est que les parlementaires de la majorité au pouvoir n'utilisent que très rarement leur droit d'initiative législative et refusent même de s'opposer à tout projet présidentiel. Pis, ils sont le plus souvent à l'origine de fraudes à la constitution. De ce fait, on peut douter de la volonté des Parlements africains à lutter contre la fraude à la constitution. En réalité, le mécanisme de contrôle parlementaire dans les démocraties modernes n'a qu'une valeur décorative dans le système de protection générale de la constitution. Il ne sert qu'à faire croire que le Parlement pourrait être un maillon complémentaire de la lutte contre les violations pernicieuses de la constitution. A l'opposée, comme elles tentent de le faire, les organisations de la société civile en Afrique pourraient s'opposer aux fraudes à la constitution qui proviennent des instances politiques.

---

<sup>538</sup> La Conférence des présidents regroupe les présidents de groupe parlementaires, les présidents de commission et les membres du bureau du Parlement.

<sup>539</sup> KONTCHOU-KUOMEGNI Augustin, « Vers un nouveau modèle de contrôle de la constitutionnalité des lois au Cameroun », *Les Cours suprêmes en Afrique*, T. II, La jurisprudence, ss la direction de Gérard Conac, Economica, Paris, 1989, p. 47.

<sup>540</sup> THIAM Assane, « Une constitution ça se révisé !. Relativisme constitutionnel et État de droit au Sénégal », *Politique africaine* n° 108, décembre 2007, p. 151.

Le concept de société civile n'est pas un concept très homogène tant il fait l'objet de conceptualisations divergentes<sup>541</sup>. De façon générale, la société civile est appréhendée par rapport aux acteurs politiques. Elle est considérée comme l'ensemble du corps social par opposition à la classe politique<sup>542</sup>. Le rôle de la société civile dans l'avènement et la protection de la démocratie en Afrique est aujourd'hui un fait social incontestable<sup>543</sup>. De ce fait, elle se voit reconnaître un rôle constitutionnel de protection de la constitution. Ce contrôle est assuré directement par le peuple ou par certaines fractions à travers notamment les groupements associatifs ou par les leaders religieux ou la chefferie traditionnelle qui constitue incontestablement un rempart efficace quand elle se décide à agir comme contre-pouvoir.

Le contrôle direct de la constitution par le peuple est un mécanisme qui a été aménagé dans le système constitutionnel de nombreux États dont les plus connus sont la France et les États-Unis d'Amérique. Ce mécanisme accorde au peuple «*un droit à la résistance à l'oppression*»<sup>544</sup>. Ce droit est étroitement lié à l'histoire de ces peuples à tel enseigne qu'il a été inscrit dans la constitution de ces pays afin de lui assurer une protection efficace. Le droit de résistance du peuple a trouvé au Moyen Âge et dans la période des Lumières, un écho favorable à en croire Dominique CHAGNOLLAUD. Ce dernier fait, en effet, observer que la théorie du droit naturel et la philosophie des Lumières ont fait droit à la possibilité pour le peuple de se révolter contre son souverain s'il est en état de légitime défense<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> Selon HEGEL, la société civile est un ensemble à distinguer de l'État, des individus en tant qu'ils sont unis par des liens juridiques et économiques dans des rapports de dépendance réciproque.

<sup>542</sup> C'est cette acception que le juge constitutionnel béninois a retenu dans sa Décision DCC 05-111 du 15 septembre 2005. La société civile renvoie aux «*organisations apolitiques*».

<sup>543</sup> Voir l'article de LOADA Augustin, «*Réflexions sur la société civile en Afrique : Le Burkina de l'après-ZONGO*», Politique africaine, 2005. Il propose un point de vue analytique sur la dynamique de mobilisation de la société civile burkinabè. Un an après la disparition du journaliste, il montre que cet assassinat a contribué notablement à l'affirmation politique de la société civile, tout en soulignant les ambivalences de ce mouvement, et en pointant les ambiguïtés de ce positionnement politique.

<sup>544</sup> CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain, Théorie générale : les régimes étrangers*, T. 1, 4<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2005, p. 50.

<sup>545</sup> Ibid., p. 50.

En France, ce principe a connu sa première consécration avec les constitutions de 1791, de l'an III et de 1793. La constitution de 1791 en son article 35 proclame à cet effet que « *quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs* ». L'importance de ce principe lui a même valu une reconnaissance solennelle du Conseil constitutionnel français qui, dans sa décision du 16 janvier 1982, lui a accordé une valeur constitutionnelle au même titre que le droit de propriété. La plupart des États francophones africains a repris dans leurs constitutions ce droit à l'insurrection du peuple contre la violation du droit des peuples. Le concept de violation du droit des peuples ne fait pourtant pas l'objet de précisions définitionnelles. Les droits du peuple peuvent renvoyer à tous les droits et libertés reconnus par la constitution, mais aussi au refus de l'arbitraire et du pouvoir personnel. Le constituant burkinabè de 1991 prévoit que « *la trahison de la patrie et l'atteinte à la constitution constituent les crimes les plus graves commis à l'encontre du peuple* »<sup>546</sup>. La fraude à la constitution qui procède d'une instrumentalisation politique des règles constitutionnelles en vue de remettre en cause l'esprit de la constitution, constitue, à n'en point douter, un cas typique d'atteinte au droit des peuples. En cas de fraude à la constitution consécutive à l'atteinte au droit des peuples, le droit à la désobéissance civile reconnu au peuple par la constitution à son article 167 peut être utilisé si on admet une analyse dynamique de ce dernier. En effet, cet article prévoit que « *tout pouvoir qui ne tire pas sa source de cette constitution, notamment celui issu d'un coup d'État ou d'un putsch est illégal. Dans ce cas, la désobéissance civile est reconnue à tous les citoyens* »<sup>547</sup>. L'utilisation de l'adverbe *notamment* montre bien que la reconnaissance du droit d'opposition au peuple à un champ d'application bien plus vaste que le *coup d'État* et le *putsch illégal* qui constituent les cas les plus emblématiques de l'atteinte à la constitution.

La mise en œuvre du droit à la désobéissance étant délicate, les citoyens se regroupent dans des organisations pour promouvoir et protéger la constitution. En réalité, le contrôle par les organisations sociales apparaît comme un moyen de protection de la constitution contre les fraudes. Ainsi, les organisations de la société civile deviennent un maillon important de défense de l'ordre constitutionnel. Pendant longtemps, leurs actions se sont principalement orientées vers la promotion des droits humains en droite ligne d'une conduite imposée par un

---

<sup>546</sup> Article 166 de la constitution du 2 juin 1991.

<sup>547</sup> Article 167 de la constitution du 2 juin 1991.

contexte national et international plutôt porté à la protection plus serrée des droits de l'homme. Pour la réalisation de leurs missions de promotion et de défense des droits de l'homme, les organisations non gouvernementales bénéficient souvent de l'aide des partenaires extérieurs. S'appuyant sur ce rôle de défense des droits humains, elles vont être au premier plan des premiers mouvements de contestation des politiques autoritaires en vigueur dans la plupart des pays francophones. Encouragée par la dynamique de la conditionnalité démocratique favorable au respect de la légalité, la société civile va orienter son action sur la défense des idéaux du constitutionnalisme. Dans certains États certaines organisations de la société civile se positionnent progressivement comme des acteurs crédibles de défense des valeurs constitutionnelles.

Elles s'illustrent d'abord par des actions sectorielles, puis par des actions collectives qui font cohabiter au sein d'une seule entité, une pluralité d'organisations disparates. Au Burkina Faso, le collectif des organisations démocratiques de masses et des partis politiques catalysant la fraction du peuple opposée aux dérives politiques vu le jour. Si ses actions restent dominées par la défense des droits humains, elles ne s'opposent pas moins comme un rempart contre la fraude à la constitution. C'est ce type de larges regroupements d'organisations de la société civile qui est à l'avant-garde de la prévention de la manipulation frauduleuse de la constitution béninoise suite aux intentions prêtées au président KÉRÉKOU de vouloir modifier la constitution pour briguer un mandat supplémentaire à l'issue de son dernier mandat. À travers la vaste campagne « *touche pas ma constitution* », les regroupements des organisations de la société civile béninoise ont réussi à faire échec au projet supposé du président KÉRÉKOU de manipulation de la constitution afin de se représenter.

Des actions similaires de contestations se produisent dans d'autres pays d'Afrique où des pratiques d'instrumentalisations des règles constitutionnelles sont entreprises. Il en fut ainsi en 2001 au Mali où les organisations de la société civile initièrent avec succès une pétition contre le projet de révision de la constitution qui avait été initié par le gouvernement du président Konaré. C'est par contre sans succès que les organisations de la société civile au Cameroun ont reproduit la même méthode de la pétition. En effet, suite à la déclaration de vœux à la nation le 31 décembre 2007 au cours de laquelle le président Paul BIYA affirma que la « *limitation s'accorde mal avec l'idée même de choix démocratique* », une proposition parlementaire en vue de lever le verrou constitutionnel de la limitation des mandats



présidentiels fut initiée. Elle eut pour but de modifier la constitution à l'effet de permettre au président Paul BIYA de se présenter à nouveau à la fin de son second mandat en 2011<sup>548</sup>. Pour contrer cette initiative, certaines organisations de la société civile camerounaise mirent en place une plate-forme de la société civile pour la démocratie camerounaise qui initia une pétition en vue de recueillir un million de signatures pour s'opposer à la modification<sup>549</sup>.

La voie de la pétition fut également usitée au Burkina Faso contre la tentative d'instrumentalisation de la constitution. En effet, dès l'annonce de la volonté de la majorité présidentielle de procéder à des réformes constitutionnelles qui incluraient la levée du verrou de la limitation des mandats présidentiels, quatre citoyens issus des organisations de la société civile initièrent une collecte de 30 000 signatures en vue de faire barrage à la manipulation des règles démocratiques. Cette pétition avait pour objectif d'introduire un amendement dans la constitution en proposant une révision en vue d'empêcher la remise en cause de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels consacré par l'article 37 de la constitution. En d'autres termes, il s'agit pour les pétitionnaires de verrouiller la disposition de limitation des mandats en la rendant insusceptible de tout amendement ultérieur. De par cette finalité, la pétition de la société civile burkinabè diffère de celle qui avait été initiée au Cameroun et qui avait plutôt un but dissuasif à l'égard des auteurs de la proposition de réforme. Celle-ci était une des pressions du peuple sur ses gouvernants. De son côté, la pétition de la société civile burkinabè s'inscrit dans le droit d'initiative constitutionnelle reconnu à une fraction du peuple en concurrence avec le président du Faso et les membres de l'Assemblée nationale à la majorité<sup>550</sup>. Par ailleurs, les pétitionnaires ont jugé de la nécessité de mobiliser l'opinion

---

<sup>548</sup> L'article 64 de la constitution du Cameroun limite à deux septennats les mandats présidentiels. Paul Biya qui est dans son deuxième septennat présidentiel a été élu en 1997 et réélu en 2004.

<sup>549</sup> Le site jeune Afrique a rapporté que la date du 10 février 2010, près d'un million de signatures plus précisément quelque 973 608 camerounais ont signé la pétition, Disponible sur [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 18 février 2008.

<sup>550</sup> Il faut distinguer le droit de pétition populaire d'initiative législative (article 98) de celui d'initiative constituante (article 164) Le premier est reconnu à au moins quinze mille personnes ayant le droit de vote et le second à 30 000 personnes. Art. 161. [Loi 2-97 ADP du 27 janvier 1997 - Art. 1er. L'initiative de la révision de la constitution appartient concurremment :

- au président du Faso ;
- aux membres de l'Assemblée nationale à la majorité ;
- au peuple lorsqu'une fraction d'au moins trente mille personnes ayant le droit de vote, introduit devant l'Assemblée nationale une pétition constituant une proposition rédigée et signée.]

Art. 98. Le peuple exerce l'initiative des lois par voie de pétition constituant une proposition rédigée et signée par au moins quinze mille personnes ayant le droit de vote dans les conditions prévues par la loi.

nationale et internationale y compris celle de la diaspora burkinabè pour s'opposer à la révision de l'article 37<sup>551</sup>. Bien que louable, cette initiative de verrouillage de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels paraît vouée à l'échec parce que l'intervention du peuple aussi bien en matière législative que dans le champ constitutionnel en vue de sa révision, se réalise sous le contrôle du Parlement. C'est dire qu'il n'y a pas de doute qu'une pétition contre les intérêts du camp présidentiel ne peut prospérer devant une Assemblée qu'elle contrôle sans véritable partage.

Il n'empêche que le réseautage de la société civile est devenu une stratégie majeure de protection de la constitution. Les organisations de la société civile entreprennent des actions communes au niveau régional. Dans l'espace ouest-africain, bénéficiant de l'appui financier de certaines institutions, les organisations de la société civile se sont liguées pour créer un cadre de prévention et de contestation des instrumentalisations de la constitution. Sous l'auspice du Centre pour la gouvernance démocratique (CGD)<sup>552</sup>, des associations de la société civile burkinabè, nigérienne, malienne, libérienne, nigériane, ivoirienne ont proposé un code de bonne conduite sur les révisions constitutionnelles. Ce code de bonne conduite s'articule autour de deux grandes axes. La première porte sur les règles à suivre avant la révision. Pour ce faire, il est préconisé qu'avant toute initiative tendant à reformer la constitution, que la réflexion sur les réformes soit mûrie au sein de la classe politique et de l'opinion publique nationale incluant tous les acteurs de la gouvernance sans exclusion. La révision ne devrait être envisagée qu'après de larges débats entre acteurs politiques pour éviter les suspicions mutuelles. La seconde recommandation porte sur les sanctions en cas de révision illégitime. En pareilles hypothèses, il conviendrait, selon ces organisations, de :

- susciter l'opposition de la communauté nationale et internationale à travers une forte mobilisation de l'opinion publique nationale pour faire obstacle à toute révision injustifiée ;
- organiser une pétition populaire contre l'idée de modification ;
- susciter une prise de conscience du peuple de son rôle de défenseur de la constitution;

---

[Loi 2-97 ADP du 27 janvier 1997 - Art. 1er. La pétition est déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale.]  
Le droit d'amendement appartient aux députés et au Gouvernement quelle que soit l'origine du texte.

<sup>551</sup> Le pays n°4626 du mardi 1er juin 2010, *Pétition contre la révision de l'article 37*, [www.lepays.bf/](http://www.lepays.bf/)

<sup>552</sup> Centre dirigé par le professeur Augustin M-G LOADA de l'Université de Ouaga II.

- dans l'extrême, inciter à une éventuelle désobéissance civile<sup>553</sup>.

Dans la droite ligne de ses conclusions, cette coalition des organisations a entrepris un plaidoyer auprès des autorités politiques de la région afin de donner de la visibilité à ces propositions en vue de l'ancrage du constitutionnalisme. Outre ses actions, elle n'hésite pas, face à des crises qui couvent, à faire des déclarations de condamnation des tentatives de relectures frauduleuses de la constitution. Le colloque organisé par l'Institut pour la Gouvernance et du Développement (IGD) avec certains représentants de la coalition des forces vives du Niger à l'annonce de l'organisation du référendum par le président TANJA s'inscrit dans cette logique.

D'autres couchent des sociétés africaines apportent aussi leur contribution à la protection de la constitution contre les fraudes. C'est le cas notamment des leaders religieux et de la chefferie traditionnelle qui jouent un rôle important dans la pacification des sociétés africaines. En effet, lorsqu'ils refusent de s'inféoder au pouvoir en place, ils revêtent un rôle d'arbitre qui leur permet d'attirer l'attention des gouvernants sur les risques de dégradation du tissu social qui pourrait résulter de leurs instrumentalisations des règles constitutionnelles. C'est dans ce sens qu'il faut inscrire la déclaration des évêques du Burkina Faso à l'issue de la 2<sup>e</sup> assemblée plénière annuelle de la Conférence épiscopale Burkina-Niger tenue à Fada N'Gourma du 15 au 21 février 2010 à propos de la controverse suscitée par la possible révision de la clause limitative des mandats à l'effet de la déverrouiller<sup>554</sup>

---

<sup>553</sup> Code de conduite non publié issu de l'atelier organisé par le Centre de Gouvernance Démocratique en 2009.

<sup>554</sup> À l'écoute du monde et particulièrement de l'environnement national qui bouillonne de toutes sortes de discussions et de préoccupations, nous avons été sensibles aux soucis des uns et des autres. Dans l'environnement de ce qui s'est écrit dans les journaux, nous avons repéré les débats autour d'une possible révision possible de l'article 37 de la constitution du Burkina Faso.

Certes, la vie politique d'une nation ne doit pas se figer dans l'immobilisme et il est normal que des réformes régulières, opérées avec sagesse permettent aux institutions d'assurer toujours un mieux-être aux populations.

Il reste cependant que pour cet article 37, nous ne devons pas fermer les yeux sur l'histoire récente de notre pays, sur notre environnement régional et mondial. Les graves soubresauts qui ont mis en danger la paix sociale et qui ont abouti à la mise en place du Collège de Sages pour réfléchir et proposer une stratégie de sortie de crise, commandent à tous plus de vigilance et de retenue. Le rapport du Collège de Sages du 30/7/1999 proposait, au nombre des solutions pour résoudre la crise dans le domaine politique, de « *Revenir sur la modification de l'article 37 de la constitution et y réintroduire le principe de la limitation à deux mandats présidentiels consécutifs. En effet, sa révision en 1997, quoique conforme à l'article 164, alinéa 3 de la Constitution, touche à un point capital pour notre jeune démocratie : le principe de l'alternance politique rendu obligatoire par le texte constitutionnel de 1991* ». Cela signifie qu'au plan constitutionnel, tout changement doit viser le bien commun et non les avantages de groupes particuliers ; la paix sociale est à ce prix. Le travail du Collège de Sages, nous nous en souvenons, a contribué énormément

En Afrique toutes les actions entreprises avec succès contre les velléités d'instrumentalisation de la constitution ont toujours eu l'appui des médias. Le rôle des médias est déterminant dans la résolution des controverses frauduleuses à la constitution, car les controverses constitutionnelles retentissent, pour une large part, dans les médias. L'écho qui est donné à certaines controverses, le relais qu'apporte la radio ou la télévision à des querelles politiques ou le silence qu'elles observent sur les mêmes sujets ont un poids important sur le succès qu'aura telle ou telle interprétation. L'interprétation est accréditée, ou au contraire, elle est rejetée par ceux qui ont vocation de s'adresser à l'opinion publique<sup>555</sup>. Les médias sont à l'avant garde et ce sont eux, qui, très souvent, portent sur l'espace public les velléités supposées de fraude à la constitution ou celles déjà réalisées.

Au total, malgré la diversité des organes impliqués au niveau interne dans la protection de la constitution, les fraudes à la constitution se généralisent en Afrique. C'est pourquoi les instances internationales essaient d'apporter leur concours aux contre pouvoirs internes.

## § 2. LES INSTANCES INTERNATIONALES DE DEFENSE DE LA LEGALITE CONSTITUTIONNELLE

Le dénouement de nombreuses controverses constitutionnelles en Afrique est obtenu grâce à l'intervention des acteurs internationaux. Devant leur impuissance à empêcher, voire sanctionner les instrumentalisation des constitutions, les partis politiques et les sociétés civiles africaines s'en remettent aux institutions internationales pour obtenir le renoncement aux fraudes. Il serait irréaliste en l'état actuel de la configuration des institutions nationales

---

au retour de la paix sociale. Il y a donc lieu de se poser la question de savoir à qui profiterait un nouveau amendement de l'article 37 pour sauter la limitation des mandats présidentiels consécutifs. Cela garantirait-il la paix sociale, ou nous conduirait-il aux mêmes turbulences ? Surtout quand on sait que beaucoup de dossiers pendants de l'époque, notamment les crimes politiques et économiques n'ont toujours pas trouvé de solution.

Il faut rappeler le principe prôné par le Collège de Sages, en sa recommandation 2.2.1 : « *Toute légalité et toute légitimité tirant leur source de la Constitution, celle-ci doit faire, tant dans son esprit que dans sa lettre, l'objet d'un strict respect . Si nous avons été amenés à nous exprimer sur cette question, c'est dans le but d'interpeller tous les acteurs, à plus de vigilance et de responsabilité en vue de préserver les acquis sociaux et politiques de notre peuple* ». Extrait de Modification de L'article 37 « Les Evêques du Burkina prennent position », in Le Pays N°4563 du lundi 03 mars 2010.

<sup>555</sup> DELPÉRÉ Francis, « L'interprétation de la constitution ou la leçon de musique », in *l'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 244.

d'occulter la contribution des organisations internationales à la protection des constitutions africaines contre la fraude à la constitution. Les interventions de ces dernières contre la fraude s'inscrivent dans la logique de promotion et de défense de l'État de droit et la démocratie qui sont des standards internationaux. Les institutions qui interviennent pour protéger les constitutions africaines contre la fraude à la constitution sont depuis longtemps onusiennes et européennes (B), avant qu'avec leurs accompagnements, les institutions africaines s'y investissent avec quelques hésitations (A).

#### A. LA TIMIDE CONTRIBUTION DES INSTANCES AFRICAINES A LA DEFENSE DE LA LEGALITE CONSTITUTIONNELLE

Plusieurs organisations africaines se sont investies dans la promotion et la défense de la démocratie si bien qu'elles ne laissent plus la part belle aux organisations occidentales d'influer presque solitairement, comme par le passé, sur la construction de la démocratie en Afrique. Ainsi, la quasi-totalité des organisations régionales et sous régionales d'intégration s'impliquent, bien qu'avec quelques balbutiements, dans les contrôles des standards démocratiques qui, désormais, sont des principes universalisés.

La contribution de l'UA en matière de protection de l'ordre constitutionnel s'est véritablement intensifiée avec la transformation de l'OUA en Union Africaine. Si sous l'OUA, les Africains ont jeté les bases de leur adhésion à la démocratie, c'est principalement à la conférence des chefs d'État et de gouvernement tenue à Alger du 12 au 14 juillet 1999 qu'ils marquent leur adhésion à l'option démocratique. Celle-ci va se traduire par la volonté de lutter contre la remise en cause de l'ordre constitutionnel à travers la ferme réaction contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Les premiers éléments de cette nouvelle politique de condamnation des changements anticonstitutionnels peuvent être localisés dans la décision AUG/Déc.141 (XXXV) adoptée lors de la 35<sup>e</sup> session ordinaire issue de cette conférence. Une série d'actes portant sur les changements survenus en dehors des procédures constitutionnelles des États-membres a été adoptée pour renforcer le dispositif normatif de cette politique. Il faut souligner que la consécration de ces moyens

d'inconstitutionnalité a suscité de vives controverses<sup>556</sup>. La divergence portait sur une vision réaliste et une autre moraliste de la catégorie des changements anticonstitutionnels de gouvernement s<sup>557</sup>. De nombreux principes de promotion de la démocratie vont être dégagés à Alger. Ces principes fondamentaux de la déclaration d'Alger peuvent être résumés ainsi qu'il suit:

- la définition du concept de changements anticonstitutionnels de gouvernement ;
- la réaction de l'organisation face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement.

Faisant suite à l'OUA, l'Union Africaine va s'inscrire dans l'option démocratique de - la défunte OUA en adoptant de nombreux autres instruments juridiques. Le premier des textes fondamentaux de l'UA en la matière est son acte constitutif adopté à Lomé le 13 février 2000. Les objectifs majeurs qui y sont consacrés sont entre autres:

- la promotion des principes et des bonnes institutions démocratiques, la participation populaire et la bonne gouvernance<sup>558</sup> ;
- la condamnation et le rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernements<sup>559</sup>.

L'acte constitutif sera par la suite renforcé par le Protocole additionnel relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine et la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007.

Si le Conseil de sécurité de l'Union Africaine se voit reconnaître un rôle dans la promotion des pratiques démocratiques<sup>560</sup>, l'innovation majeure est le pouvoir à lui reconnu de sanctionner les changements anticonstitutionnels de gouvernements<sup>561</sup>.

---

<sup>556</sup>DIOP El hadj Omar, « Autopsie d'une crise de succession constitutionnelle de chef de l'État en Afrique. L'expérience Togolaise 5-26 février 2005 », Politeia, n°7, 2005, p. 148.

<sup>557</sup> Ibid. p. 148.

<sup>558</sup> Article 3g de l'acte constitutif de l'UA.

<sup>559</sup> Article 4 p de l'acte constitutif de l'UA.

<sup>560</sup> Article 3f protocole additionnel relatif à la création du conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine.

<sup>561</sup> Article 7g du Protocole additionnel relatif à la création du conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine.

Le concept de changements anticonstitutionnels de gouvernements n'a pas été assorti d'éléments qui permettent d'en appréhender la définition. En effet, l'instance Africaine s'est contentée d'énumérer les situations qui méritent le qualificatif de changements anticonstitutionnels de gouvernements. Il peut être reproché à l'Union Africaine d'avoir opté pour une définition par énumération qui risque d'être insuffisante face à l'émergence de situations politiques perverses qui n'ont pas été envisagées. Fort heureusement, par le truchement de la protection de la sécurité collective, l'Union Africaine peut légitimement intervenir dans des situations atypiques qui surviendraient dans l'un de ses États-membres. Par ailleurs, la lacune inhérente à l'approche énumérative peut toutefois être comblée par les organisations sous auxquelles l'UA reconnaît le droit d'intervenir dans la gestion des crises mettant en cause la sécurité collective. Aussi, reconnaît-elle la contribution qui peut provenir de ces organisations pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits, le maintien et la promotion de la paix, de la sécurité et de la stabilité sur le continent, ainsi que la nécessité de mettre en place et de renforcer les mécanismes de coordination et de coopération entre ces mécanismes régionaux et l'UA<sup>562</sup>.

Dans l'espace francophone africain, la CEDEAO et la CEEAC (communauté économique des États d'Afrique centrale) sont des partenaires privilégiés pour la préservation de la stabilité constitutionnelle, même si la seconde trouve en la première un modèle de référence.

Dans ces organisations, deux organes sont mis à l'avant-garde de la préservation de la démocratie par le biais de la préservation de la constitution qui en constitue l'acte fondamental. Ce sont les Commissions et la Conférence des chefs d'État. Exerçant quelques fois un rôle de second plan, les assemblées parlementaires de ces organisations y apportent souvent leur modeste contribution à l'œuvre des deux premiers organes.

Premier organe en matière d'étendue de pouvoir, la conférence des chefs d'État, en tant qu'organe exécutif, a un rôle prépondérant dans la sanction des inconstitutionnalités. Reléguée à un rôle de secrétariat, la Commission de l'UA est chargée de rassembler les informations sur les situations de crise et de les mettre à la disposition des chefs d'État et de gouvernement qui décident de la suite à réserver aux entorses constatées à l'ordre constitutionnel. Cependant, avec la réforme intervenue au niveau de l'Union Africaine, la

---

<sup>562</sup> Article 6 du préambule du protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité.

Commission se positionne comme un rempart contre les fraudes à la constitution. Il faut enfin relever que les États-membres de l'Union Africaine n'ont pas donné une matérialité à leur volonté de promouvoir la démocratie dans la mesure où actuellement, seuls quatre États ont ratifié la Charte de la démocratie.

C'est dans ce contexte que les organisations européennes et universelles qui sont des partenaires traditionnels de l'Afrique apportent leurs contributions à la promotion et au respect de la légalité constitutionnelle sur le continent.

## B. LA CONTRIBUTION DES INSTANCES EUROPEENNES ET ONUSIENNES A LA DEFENSE DE LA LEGALITE CONSTITUTIONNELLE

La participation des organisations européennes et onusiennes à la lutte contre les violations de la constitution s'inscrit dans le cadre de leur politique de consécration du principe démocratique. Avec « *la mondialisation du droit constitutionnel* »<sup>563</sup>, on assiste au développement d'une pratique internationale fondée sur le respect de la légalité constitutionnelle indissociable de la légitimité démocratique<sup>564</sup>. La vague de constitutionnalisation a entraîné, selon le propos du professeur NAJIB BA Mohamed, une uniformisation de l'architecture constitutionnelle dont les éléments essentiels sont désormais la démocratie, les droits de l'homme et l'État de droit<sup>565</sup>.

Toutefois, on constate que l'internationalisation de la légalité constitutionnelle ne déploie pas ses effets de façon uniforme. Au niveau de certaines institutions internationales comme l'ONU, l'affirmation du principe de légitimité démocratique s'est faite sur le tard. Le professeur NAJIB BA Mohamed montre que si en ce qui concerne la protection de la démocratie « *l'ONU a été inaugurale dans sa charte des droits de l'homme, son implication*

---

<sup>563</sup> VEDEL G., « Dans quelle mesure peut-on parler de la mondialisation des instruments politiques ? », in *mondialisation et identité*, publications de l'Académie du Royaume du Maroc, 1997.

<sup>564</sup> HAMROUNI S., « L'ONU et la démocratie », op. cit.

<sup>565</sup> NAJIB Ba Mohamed, « L'internationalisation du droit constitutionnel et standards démocratiques », *RCAIDC*, Vol. XVI, p. 141.



*active devait être différée compte tenu des diverses contraintes liées à la fracture idéologique et stratégique du monde post- deuxième guerre mondiale »*<sup>566</sup>.

C'est donc aux institutions régionales que revient le mérite d'avoir promu très tôt le principe de la démocratie. En effet, elles ont mis en place un cadre propice pour assurer l'effectivité du principe de légitimité. En revanche en dépit de son intervention tardive, les Nations Unies se présentent comme un rempart important pour la promotion des valeurs constitutionnelles standardisées. Le principe de légitimité démocratique connaît un développement spectaculaire dans le cadre onusien qui finira par s'imposer comme « *l'un des éléments d'un ordre public international dont le Conseil de sécurité se pose comme le gardien* »<sup>567</sup>.

L'intérêt de l'attachement des Nations Unies pour la légitimité démocratique s'illustre par les réactions de ses organes principaux contre les manquements démocratiques. Quand ils surviennent, le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale procèdent soit par l'exhortation à les abandonner, soit par leur réprobation<sup>568</sup>. Les résolutions et les avis et autres recommandations apparaissent ainsi comme les instruments privilégiés pour venir à bout des violations de l'ordre constitutionnel dans les États. Le Conseil de sécurité se donne un droit de regard sur le respect de la légalité par une démarche consistant à préserver la sécurité internationale, ceci, en raison, « *du rapport dialectique qui existe entre droits de l'homme, démocratie et sécurité internationale* »<sup>569</sup>. En effet, la surveillance de la légalité constitutionnelle fait « *partie intégrante d'une action plus large du Conseil de sécurité visant à maintenir la paix et la sécurité internationale* »<sup>570</sup>.

De son côté, l'Union européenne fait désormais du respect de la légalité constitutionnelle un maillon important de sa politique internationale. Les actions de l'UE en faveur de la lutte contre la rupture de la légalité constitutionnelle peuvent être ramenées à la mise en œuvre de

---

<sup>566</sup> NAJIB Ba Mohamed, « L'internationalisation du droit constitutionnel et standards démocratiques », Ibid., p. 141.

<sup>567</sup> MÉDHI R., « Conclusions générales », La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'Etat, XX<sup>ème</sup> Rencontre internationale d'Aix en Provence, op. cit., p. 224.

<sup>568</sup> GHOZALI Nacer-Eddine, « Le droit des peuples à déterminer librement leur système politique, économique social et culturel », op. cit., p. 312.

<sup>569</sup> Ibid., p. 312.

<sup>570</sup> RES/S/23500 du 31 janvier 1992 sur l'élargissement de l'action du Conseil de sécurité.

la conditionnalité démocratique dans son partenariat avec les pays du Sud. Pendant longtemps, la politique de coopération pour le développement de la CEE à l'égard des États tiers est restée limitée à la composante économique<sup>571</sup>. Les accords ont rapidement évolué de sorte qu'il sera rajouté à la composante économique, la clause « *Droits de l'homme* » dans la *troisième convention de Lomé* à travers l'insertion dans le préambule d'un bref passage sur le respect des droits de l'homme. Ce sera dans la *quatrième convention de Lomé* signée le 15 décembre 1989 qu'une place significative sera réservée à la clause « *Droit de l'homme* » avec son élévation comme fondement de la politique de coopération pour le développement de la CEE avec les pays ACP. L'évolution du contexte international aidant, le triomphe du bloc libéral sur le bloc communiste, la clause « *Droit de l'homme* » s'est vu greffer la référence au principe de la légitimité démocratique, redéfinissant ainsi les contours de la politique de coopération de l'UE avec les pays tiers. Désormais, la politique de coopération de l'UE passe par le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'état de droit par l'État bénéficiaire de l'aide<sup>572</sup>. Ces nouvelles exigences de la communauté internationale ont été matérialisées dans plusieurs actes qui leur donneront un fondement solide avec une portée certaine. Parmi les plus importants, on peut faire référence au *Règlement n°443/92 du conseil du 25 février 1992*, relatif à l'aide financière et technique et à la coopération économique avec les pays A.C.P. Dans son article 2§2, il est mentionné que « *l'exercice effectif des droits et des libertés fondamentales de l'homme ainsi que des principes démocratiques sont des conditions préalables au développement économique et social réel et durable* ». Ce principe sera réaffirmé par l'Accord de Cotonou du 23 juin 2000 qui constitue un tournant décisif dans les rapports UE-ACP en ce que la violation de la conditionnalité démocratique entraîne la suspension de la relation de l'UE avec l'État qui en est l'auteur. En effet, la mise en jeu de la responsabilité de l'État devient un élément clef du partenariat UE/ACP. Ainsi, est-il prévu au terme de l'article 181 bis nouveau §1 alinéa 1 que, « *la politique de la Communauté dans le domaine de la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers contribuent à l'objectif général de développement et de consolidation de la démocratie et de l'État de droit ainsi qu'à l'objectif de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

---

<sup>571</sup> GHOZALI Nacer-Eddine, Ibid., p. 295.

<sup>572</sup> JOLY C., « La conditionnalité politique », in *La contribution des Nations unies à la démocratisation de l'Etat*, sous la dir. R. MEHDI, 10<sup>e</sup> Rencontre internationale d'Aix-en-Provence, Colloques des 14 et 15 décembre 2001, 2<sup>e</sup> éd. Pedone, Paris, 2002, p. 63.

Pour la mise en œuvre de ces nouvelles exigences, l'UE mit en place un dispositif de sanctions contre les États qui se rendent coupables de violations flagrantes de ces exigences. Aussi les mesures ci-après ont été prévues par les États en cas de manquement aux obligations découlant de l'accord. *« Éléments essentiels - Procédure de consultation et mesures appropriées concernant les droits de l'homme, les principes démocratiques et l'État de droit:...*

*2. a) Si, nonobstant le dialogue politique mené de façon régulière entre les parties, une partie considère que l'autre a manqué à une obligation découlant du respect des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'État de droit visés à l'article 9, paragraphe 2, elle fournit à l'autre partie et au Conseil des ministres, sauf en cas d'urgence particulière, les éléments d'information utiles nécessaires à un examen approfondi de la situation en vue de rechercher une solution acceptable par les parties. À cet effet, elle invite l'autre partie à procéder à des consultations, portant principalement sur les mesures prises ou à prendre par la partie concernée afin de remédier à la situation.*

*Les consultations sont menées au niveau et dans la forme considérée les plus appropriés en vue de trouver une solution.*

*Les consultations commencent au plus tard 15 jours après l'invitation et se poursuivent pendant une période déterminée d'un commun accord, en fonction de la nature et de la gravité du manquement. Dans tous les cas, les consultations ne durent pas plus de 60 jours.*

*Si les consultations ne conduisent pas à une solution acceptable par les parties, en cas de refus de consultation, ou en cas d'urgence particulière, des mesures appropriées peuvent être prises. Ces mesures sont levées dès que les raisons qui les ont motivées disparaissent.*

*b) Les termes "cas d'urgence particulière" visent des cas exceptionnels de violations particulièrement graves et évidentes d'un des éléments essentiels visés à l'article 9, paragraphe 2, qui nécessitent une réaction immédiate.*

*La partie qui recourt à la procédure d'urgence particulière en informe parallèlement l'autre partie et le Conseil des ministres, sauf si les délais ne le lui permettent pas.*

*c) Les "mesures appropriées" au sens du présent article, sont des mesures arrêtées en conformité avec le droit international et proportionnelles à la violation. Le choix doit porter en priorité sur les mesures qui perturbent le moins l'application du présent accord. Il est entendu que la suspension serait un dernier recours.*

*Si des mesures sont prises, en cas d'urgence particulière, celles-ci sont immédiatement notifiées à l'autre partie et au Conseil des ministres. Des consultations peuvent alors être convoquées, à la demande de la partie concernée, en vue d'examiner de façon approfondie la situation et, le cas échéant, d'y remédier. Ces consultations se déroulent selon les modalités spécifiées aux deuxième et troisième alinéas du point a) <sup>573</sup> ».*

L'espace francophone n'est pas resté en marge du processus de promotion de l'État de droit et de lutte contre les atteintes à la constitution. L'organisation internationale de la Francophonie s'illustre, elle aussi, par de nombreuses actions en vue d'assurer efficacement la garantie de la démocratie. Aussi, elle a prévu dans sa charte des dispositions qui consacrent des engagements qui sont qualifiés de prioritaires. Au nombre de ceux-ci, on retrouve l'aide à l'instauration et au développement de la démocratie, la prévention des conflits, et le soutien à l'État de droit et aux droits de l'homme et, plus largement, à la DUDH<sup>574</sup>. Dans cette logique, elle a jugé nécessaire de mettre en place un cadre favorable qu'elle a voulu comme le fer de lance de ses engagements précédemment évoqués. C'est alors que intervint le symposium international sur les pratiques de la démocratie, des droits et libertés dans l'espace francophone tenu à Bamako du 1<sup>er</sup> au 3 novembre 2000 qui marque le ferme engagement de l'OIF pour la défense de la démocratie. Ce symposium a débouché sur un acte fondateur qui apparaît comme le résultat d'un compromis qui entend partir des acquis et des insuffisances des pratiques démocratiques dans l'espace francophone pour élaborer un texte consensuel. La Déclaration de Bamako ainsi convenue est le support matériel des principes démocratiques qui sont actuellement véhiculés par l'OIF. Le système de valeurs porté par la Déclaration de Bamako concerne entre autres les éléments ci-après:

---

<sup>573</sup> Accord UE-ACP relatif aux procédures de consultation et mesures appropriées concernant les droits de l'homme, les principes démocratiques et l'Etat de droit, Article 96.

<sup>574</sup> A/RES, I (XXVIII), DAI, 2001, n°22, chap. 3.

- l'État de droit, la séparation des pouvoirs, le libre exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'égalité devant la loi des citoyens, femmes et hommes §2, alinéa 1 et 2 ;

- la tenue à intervalles réguliers d'élections libres, fiables et transparentes §2, alinéa 3 ;

- la non modification substantielle du régime électoral introduite de façon arbitraire et subreptice §2, alinéa 4 ;

- Le multipartisme et la reconnaissance d'un statut clairement défini, exclusif de tout ostracisme à l'opposition §2, alinéa 5 ;

- la pratique du dialogue à tous les niveaux et la participation des citoyens à la vie politique leur permettant d'exercer leur droit de contrôle.

Pour assurer l'effectivité de ces principes, l'OIF a prévu une série de sanctions à l'encontre de ses membres qui se mettraient en contradiction avec les principes qu'elle a consacrés et auxquels les États ont volontairement adhéré. La mise en œuvre de celles-ci est en grande partie confiée au Secrétariat de la francophonie et au Groupe d'experts de l'Assemblée parlementaire qui jouent un rôle très important.

Si l'examen du dispositif institutionnel de protection de la constitution a révélé que les institutions existent, leur efficacité est tributaire des moyens normatifs prévus par les systèmes constitutionnels contre les fraudes.

---

## CHAPITRE II

# LES ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DU DISPOSITIF DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION CONTRE LES FRAUDES

---

La protection de la constitution contre les violations indirectes de la constitution a été partiellement évoquée sous la III<sup>e</sup> République française. La fraude étant caractérisée par le respect du formalisme, la protection a consisté à introduire dans la constitution des interdictions infranchissables. Cette solution a suscité des débats dont la teneur était de savoir si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions sont-elles sanctionnables. Deux réponses ont été avancées dans la doctrine classique du droit constitutionnel. La première défendait l'existence de la sanction et la seconde la rejetait<sup>575</sup>.

La thèse de l'existence de la sanction est défendue par les auteurs comme Esmein qui justifiait la sanction par l'argument selon lequel s'il n'y a « *aucune sanction directe ou indirecte contre les excès de pouvoir commis par une Assemblée nationale réunie régulièrement pour opérer la révision, il n'en faudrait pas moins tenir fermement que ses pouvoirs ne sont pas illimités. À un certain degré, la loi nécessairement a pour unique sanction et garantie la conscience des autorités suprêmes chargées d'en faire l'application. Pour être libres, il faut qu'un peuple et ses représentants s'attachent fermement à cette idée, que la constitution doit toujours être respectée, tant qu'elle existe, en elle-même et pour elle-même* »<sup>576</sup>. C'est pourquoi il préconisa contre les atteintes aux limites à la révision de la constitution, le retardement indéfini de la promulgation<sup>577</sup>.

La thèse de l'inexistence a été défendue par CARRE de MALBERG qui la justifiait par le fait que « *la limitation est d'autant moins efficace qu'en cas de doute ou de discussion sur sa*

---

<sup>575</sup> GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 207-217.

<sup>576</sup> ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 553.

<sup>577</sup> Ibid. p. 549.

*portée d'application et ses effets, il appartient naturellement à l'Assemblée nationale, en tant qu'organe constituant, et même il n'appartient qu'à elle seule, de trancher des doutes par sa propre interprétation: car, elle seule a, en principe, qualité pour interpréter les textes constitutionnels sa puissance de l'Assemblée nationale ne se trouve pas sérieusement limitée»<sup>578</sup>. La question de la sanction des violations indirectes se pose dans des termes différents avec l'instauration généralisée du contrôle de constitutionnalité des lois. L'existence de juridictions constitutionnelles est en soi la réponse que la sanction de ces limites est aujourd'hui admise. Ce sont donc les constitutions et les textes législatifs qui les régissent qui règlent la question de savoir si les limites explicites ou implicites doivent être censurées.*

La principale préoccupation de la première partie de ce chapitre est d'inventorier les normes juridiques prévues dans les dispositifs nationaux pour protéger la constitution contre les fraudes. La seconde partie concernera la valeur juridique des normes intangibles de ces dispositifs nationaux.

---

<sup>578</sup> CARRE de MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2003, p. 603.

## **SECTION I.**

### **LES NORMES DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

L'intégration dans la constitution de règles qui ne peuvent faire l'objet de dérogation est une pratique contemporaine généralisée. La plupart des constitutions modernes recourt à ces mesures pour assurer leur vitalité dans l'ordre juridique interne. Par conséquent, les normes de protection de la constitution émanent soit des ordres juridiques nationaux (§I), soit sont issues de l'ordre juridique international (§II).

#### **§ 1. LES LIMITES INTERNES AUX POUVOIRS CONSTITUES**

L'identification des limites internes aux pouvoirs des organes constitués sera effectuée principalement sur la base des données des textes constitutionnels, mais accessoirement à partir de règles infra constitutionnelles qui ont une valeur juridique quasi constitutionnelle en raison de la pertinence de leur objet. Si la recension des limites qui se dégagent de l'énoncé de la constitution et que nous avons choisie d'appeler limites explicites, paraît plus aisée (A), il n'en va pas de même pour les limites qui sont inférées des règles constitutionnelles non écrites. Ces dernières sont généralement qualifiées d'implicites (B).

##### **A. LES LIMITES EXPLICITES AUX POUVOIRS CONSTITUES**

Les limites explicitement prévues par les constitutions sont à la fois formelles et matérielles. Les limites formelles sont celles qui prévoient les périodes pendant lesquelles les modifications ou autres révisions de la constitution ne sont pas prévues.



La première de ces limites formelles est celle qui prévoit qu'aucune procédure de révision ne peut être engagée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire<sup>579</sup>. Si cette limite a été empruntée au système français où elle est liée à l'histoire de la construction de l'État français, on peut lui trouver dans la trajectoire historique des États africains francophones un fondement. En effet, le principe de l'intangibilité des frontières issues de la colonisation peut servir d'explication à l'insertion de ce principe dans la constitution. Puisque les États avaient pris l'engagement de ne pas remettre en cause les frontières acquises, la constitution se présentait comme le support juridique par excellence pour veiller à la sacralité de ce principe. Avec la généralisation des crises militaro-politiques en Afrique, l'intégrité du territoire demeure un point constitutionnel important. Son importance tient au fait que sa remise en cause rend non amendable la constitution. La remise en cause de l'intégrité du territoire par des forces externes interdit qu'il soit porté une modification à la constitution. La manœuvre qui tendrait à revisiter la constitution en période de remise en cause de l'intégrité du territoire entretiendrait un lien étroit avec la fraude à la constitution, surtout lorsque se trouve constitué un des éléments substantiels de cette infraction. Pendant les circonstances remettant en cause l'intégrité du territoire, la constitution ne devrait donc pas être modifiée. Cette position doit toutefois être nuancée, car l'atteinte à l'intégrité du territoire peut être, dans certaines circonstances, le motif suffisant pour modifier la constitution dans la perspective de ramener la paix. En effet, l'analyse poussée de certaines crises politiques montre parfois qu'elles trouvent leurs causes dans la constitution. La crise ivoirienne en fournit une illustration.

L'objectif principal de la rébellion à en croire ses auteurs était d'entraîner des modifications dans la constitution ivoirienne de 2000 à l'effet de la dépouiller de ses dispositions considérées comme discriminatoires pour une partie des nationaux. Fondée ou non, la solution à la crise serait issue d'une convention entre acteurs politiques à l'effet de modifier la constitution dans un contexte de partition en deux du territoire ivoirien. En effet, les dispositions constitutionnelles sur les conditions d'éligibilité qui étaient au cœur de la crise ont fini par avoir, par le biais d'une interprétation neutralisante des acteurs, une signification contraire au sens qui leur était accolé au moment de l'adoption de la

---

<sup>579</sup> Burkina Faso article 165 ; Niger article 175 constitution du 31 octobre 2010. Cette interdiction a été empruntée à la constitution française de 1958 qui a consacré un principe lié à son évolution historique. En effet, le principe de l'intégrité territoriale trouve son explication dans les circonstances historiques de juin 1940 qui avaient permis l'adoption de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Voir GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 14 (5) sept.-oct. 1998, p. 911.

constitution<sup>580</sup>. Toutefois, pour ce qui est de la demande de révision des dispositions de la constitution relatives aux conditions d'éligibilité à la présidence de la République, le juge constitutionnel ivoirien, dans son avis n°003/CC/SG<sup>581</sup>, a conclu à l'impossibilité de réviser la constitution, non seulement parce qu'il y a atteinte à l'intégrité de la constitution, mais aussi parce que dans le cadre d'un référendum rendu obligatoire par la constitution, le peuple ne peut être consulté sur une partie seulement du territoire. Cette « *interprétation générale et objective de la constitution* »<sup>582</sup>, qui est formelle, n'a pas empêché que le consensus consacré par l'Accord de Linas-Marcoussis parvienne à modifier de facto ces conditions d'éligibilité. L'avis du juge constitutionnel ivoirien est critiquable, car à l'opposé de cette thèse, on peut soutenir que la scission du territoire répondait à un souci de protester contre une fraude préalable à la constitution qui visait à écarter un candidat, et à travers la situation individuelle de ce candidat, plusieurs couches de la société, particulièrement celles du Nord.

La seconde limitation aux pouvoirs constitués est celle qui prévoit que pendant la vacance de la présidence de la République, la constitution ne peut faire l'objet de reformation. Cette limite est plus que justifiée dans le contexte africain traversé par des crises militaro-politiques récurrentes. Au Togo, pour conserver le pouvoir, le parti au pouvoir n'a pas hésité à toiletter la constitution pendant la vacance du pouvoir dans le but de le conserver. Dans cette situation, le droit constitutionnel successoral a été manipulé pour servir d'instrument de légitimation d'une accession inconstitutionnelle au pouvoir. Le montage juridique réalisé en 2005 au Togo suite au décès du président Eyadema montre bien l'intérêt d'une telle limitation destinée à éviter l'instauration d'une monarchie constitutionnelle en lieu et place de la République.

À côté de ces limitations liées aux circonstances, s'ajoute une autre limite formelle qui elle est procédurale. Il s'agit de l'exigence du respect des règles de révision de la constitution par

---

<sup>580</sup> Tout le débat pré-constitutionnel sur le « ET » et « OU » a montré que les auteurs de la constitution avaient pour objectif d'écarter les candidats qui n'avaient pas d'ascendants ivoiriens. On se rappelle que le candidat OUATTARA a vu sa candidature rejetée parce que le juge constitutionnel avait considéré que sa nationalité était douteuse. Mais la lecture de l'article 35 tel qu'issue de l'accord de Linas Marcoussis a fini par recevoir l'adhésion du juge constitutionnel ivoirien, consacrant du même coup, la modification de cet article si on s'en tient à son sens originel tel que décrit.

<sup>581</sup> Conseil Const. de Côte-d'Ivoire, Avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003 sur le blocage de la révision de la constitution en raison d'un conflit armé, Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., 341-345.

<sup>582</sup> SINDJOUN Luc, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 341-345.

les détenteurs et de l'initiative et de l'adoption du texte de la révision, que ce soit par voie référendaire ou législative. Il faut, à ce titre, préciser qu'en ce qui concerne les révisions de la constitution par voie parlementaire, les constitutions prévoient des quorums plus ou moins qualifiés qui traduisent l'objectif de réunir une plus grande adhésion autour des réformes de la constitution. Dans les pratiques africaines, l'appartenance de la quasi-totalité des parlementaires au parti qui initie les réformes à la constitution annihile l'objectif recherché.

Les constitutions prévoient également des limites de fond dont le respect s'impose lors de leur modification. Leur nombre varie d'un pays à un autre. Toutefois, il existe dans les constitutions africaines un fond commun qui concernent la forme républicaine de l'État, le multipartisme, la limitation des mandats<sup>583</sup>, l'amnistie, etc.

La limitation des mandats, comme le montre le professeur Augustin LOADA, est une valeur cardinale du renouveau du constitutionnalisme africain<sup>584</sup>. Elle a pour objectif d'assurer la circulation des élites et de favoriser la survenance de l'alternance dans un continent où certains chefs d'États ont habitué les opinions nationales à de longs règnes, voire à des règnes à vie.

S'agissant de l'amnistie accordée à certaines personnalités politiques, certaines constitutions l'ont consacrée par des dispositions intangibles. Dans ce cas aucune révision de la constitution ne peut la remettre en cause<sup>585</sup>. C'est le cas de la constitution du Niger<sup>586</sup>. Il paraît assez difficile de justifier cette limite matérielle à la révision de la constitution. La controverse nourrie à ce sujet est due au fait qu'elle tente de concilier deux objectifs opposés. Jouer la paix contre la justice. L'écheveau à démêler est de savoir s'il faut accorder l'impunité aux auteurs de violations des droits humains qui, malgré le caractère répréhensible de leurs actes, ont contribué à mettre sur les rails la démocratie qui avait été confisquée par un groupe d'hommes. Il apparaît que si la violation des droits humains peut être le prix à payer pour la

---

<sup>583</sup> Constitution du Niger d'août 1999, article 36 ; constitution de la Mauritanie du 25 juin 2006, article 99.

<sup>584</sup> LOADA Augustin, « La limitation du nombre des mandats présidentiels en Afrique francophone », Revue électronique Afrilex, N°03, 2003.

<sup>585</sup> La constitution du Niger dispose qu'aucune procédure de révision de l'article 175 de la constitution du 31 octobre 2010 qui concerne les matières comme l'amnistie n'est recevable.

<sup>586</sup> Art. 185 de la constitution du 31 octobre 2010 : « Une amnistie est accordée aux auteurs, coauteurs et complices du coup d'État du dix-huit (18) février 2010. Une loi sera votée, à cet effet, lors de la première (1<sup>re</sup>) session de l'Assemblée nationale ».

mise en route de la démocratie, l'amnistie de leurs auteurs ne serait pas incohérente puisque la nation leur est redevable d'un avenir qui peut être plus favorable, surtout aux générations futures.

La dernière limitation qui peut être identifiée concerne les principes démocratiques régissant la République<sup>587</sup>. Son appréhension reste difficile. L'association de droit camerounais, Initiatives de Gouvernance Citoyenne (IGC), relève à ce propos que « *l'appréhension de cette limite pourrait se révéler problématique tant la fécondité du concept de démocratie en fait un concept traitant d'une réalité plurielle et évolutive* »<sup>588</sup>. Elle estime que peuvent être rangés dans ces principes démocratiques, la séparation des pouvoirs, le recours au suffrage populaire pour le choix des mandats électifs, la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine, la prééminence du droit, la garantie de la hiérarchie des normes, la responsabilité des autorités publiques, etc.<sup>589</sup>.

L'examen quelques-uns de ces principes montre qu'il existe des règles intra-constitutionnelles de protection de la constitution qui non négligeables. À ces limites explicites aux pouvoirs constitués, existent des limites implicites qui, elles, découlent de l'esprit de la constitution.

## B. LES LIMITES IMPLICITES AUX POUVOIRS CONSTITUES

L'évocation des limites implicites inscrites dans les constitutions est associée en droit constitutionnel à l'idée de l'esprit ou du sens profond de la constitution. Monsieur Kémal GÖZLER préfère les appeler limites déduites de l'esprit de la constitution<sup>590</sup>. L'adjectif implicite renvoie, selon le dictionnaire Larousse, à ce qui est contenu dans une proposition sans être exprimé en termes précis, formels; ou encore ce qui est tacite ou sous entendu. Est donc implicite, ce qui peut être déduit de ce qui est exprimé. Pour Carl SCHMITT ce sont les

---

<sup>587</sup> Constitution du Cameroun 1996, article 64.

<sup>588</sup> Initiatives de Gouvernance Citoyenne (IGC), La révision de la constitution au Cameroun, Yaoundé, mars 2008, p. 22

<sup>589</sup> Ibid.

<sup>590</sup> GÖZLER Kémal, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p.353.

limites à la révision constitutionnelle qui découle de la substance de la constitution qui ne sont pas explicites<sup>591</sup>. Par analogie, les limites implicites sont donc des règles restrictives de la marge de manœuvre du titulaire d'un droit quelconque qui pourraient être déduites d'un texte parce que la lettre de celui-ci n'en fait pas mention expresse.

Renvoyées à la constitution, les limites implicites sont celles qui peuvent être déduites de la constitution, des textes ayant valeur constitutionnelle ou des textes qui lient les organes constitués de l'État. L'idée de limites implicites part du postulat que les limites à la fonction constituante n'ont pas été formellement prévues par la constitution, mais au regard de leur importance, certains principes doivent être considérés comme immanents à l'ordre constitutionnel, et doivent par conséquent, être considérés comme des limites constitutionnelles infranchissables. Selon le doyen VEDEL, les limites implicites sont celles que le constituant n'a pas expressément soustraites de toute révision, mais qui le sont tacitement<sup>592</sup>. Pour les adeptes des limites implicites, les dispositions ainsi soustraites « *sont tellement fondamentales que le pouvoir constituant a nécessairement dû lui conférer l'immutabilité, car son altération priverait la constitution de toute base* »<sup>593</sup>. Par conséquent, on peut admettre que de tels principes, au regard de leur importance, s'imposent au constituant dérivé. En effet, il faut admettre avec le professeur Jorge MIRANDA que même les constitutions qui ne posent pas de limites explicites contiennent des limites implicites constituées de principes matériels structurant l'État<sup>594</sup>.

L'admission des limites implicites pose un certain nombre de difficultés qui se résument essentiellement à trois points. Ce sont la source d'émanation de ces limites, l'organe chargé de les déterminer et la méthode utilisée pour y parvenir. Cette dernière difficulté fera l'objet de développements au sujet du contrôle prétorien de la fraude à la constitution.

La question des sources soulève moins de difficultés. Les limites étant avant tout constitutionnelles, la constitution ne peut qu'en être la principale source d'émanation. Outre la

---

<sup>591</sup> SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 243.

<sup>592</sup> VEDEL Georges, « Souveraineté et supra-constitutionalité », *Pouvoirs*, N°67, p. 89.

<sup>593</sup> Idem.

<sup>594</sup> MIRANDA Jorge, « Le contrôle et les limites de la révision de la constitution », *AJIC*, 2004, p. 450.

constitution *stricto sensu*, les limites peuvent être dégagées des textes ayant valeur constitutionnelle conformément à la conception extensive admise de la constitution. Les limites implicites sont inférées de la constitution, plus précisément de l'«*esprit de la constitution*»<sup>595</sup> ou encore de la philosophie de la constitution. Au demeurant, les limites implicites sont intimement liées à l'admission d'un esprit ou d'une philosophie de la constitution. L'esprit de la constitution tient en ce qu'il exprime à la fois son principe et sa finalité<sup>596</sup>.

La conjonction des concepts de limites implicites et d'esprit de la constitution ne forme pas nécessairement un énoncé très compréhensif. Leurs significations sont tributaires, pour l'essentiel, de l'interprétation faite par le juge constitutionnel. Ce qui implique qu'il faille rechercher les indices de l'esprit et des limites implicites de la constitution à la fois dans les sources juridiques constitutionnelles pour en inférer le sens que leur donne le constituant originaire ou dérivé, mais surtout dans le travail interprétatif qui, concernant la caractérisation de la fraude à la constitution, est essentiel.

Les significations exactes des concepts d'esprit et de limites implicites de la constitution étant le résultat de l'interprétation de cette dernière, c'est en grande partie dans la jurisprudence et la doctrine qu'il faut les rechercher. Il ne s'agit pas là d'affirmer que l'interprétation est exclusivement l'œuvre de la doctrine et des juridictions. Loin s'en faut. Les acteurs politiques, et plus particulièrement les détenteurs du pouvoir exécutif, sont parfois plus enclins à évoquer et même à dégager l'esprit de la constitution si l'on entend celui-ci comme le principe originel qui exprime la condition première de la société politique<sup>597</sup>. À ce propos, nombre d'observateurs de la vie politique française affirmaient que le général de GAULLE était l'esprit de la constitution française de 1958, tant son emprise sur celle-ci en avait fait le dépositaire légitime. Le général de GAULLE ne se privait donc pas de donner une lecture des institutions que la lettre de la constitution ne mentionnait pas expressément. Le recours aux référendums de 1962 et de 1969 illustre cette volonté qui était la sienne de toujours dégager l'esprit des institutions de la V<sup>e</sup> république.

---

<sup>595</sup> PIERRE-CAPS Stéphane, « L'esprit des constitutions », op. cit., p. 389.

<sup>596</sup> Ibid., p. 377.

<sup>597</sup> Ibid., p. 383.

Dans le domaine juridictionnel, l'évocation de l'esprit de la constitution ne se fait pas avec la même ferveur. À ce propos, le professeur PIERRE-CAPS écrit que la prégnance de l'esprit de la constitution sur l'activité juridictionnelle procède du *common law* anglo-saxon. Se référant au doyen HAURIOU, il affirme que dans ce système, le juge est convoqué à participer à la permanence des « *principes constitutionnels* »<sup>598</sup> si bien que « *les déclarations d'inconstitutionnalité sont le plus souvent prononcées au nom de tels principes et de l'esprit de la constitution qu'au nom de la lettre constitutionnelle* »<sup>599</sup>.

Dans le système français, c'est avec beaucoup de timidité que les juridictions, en particulier le Conseil constitutionnel, font référence à l'esprit de la constitution. Toutefois, la rareté de cette utilisation par la jurisprudence française n'est pas pour autant si préjudiciable à la protection de la constitution. Les garanties des exigences constitutionnelles constituent pour elle une alternative efficace de la protection de la constitution<sup>600</sup>.

Tout compte fait, la référence à l'esprit de la constitution apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est le constat que fait le professeur Pierre PACTET qui affirme qu'« *il arrive aussi que le Conseil constitutionnel dégage de l'esprit de la constitution, de la philosophie qui l'inspire et de la tradition républicaine qui en est indissociable des principes auxquels il attribue valeur constitutionnelle bien qu'ils ne soient pas formulés dans les mêmes termes* »<sup>601</sup>. Selon le professeur Stéphane PIERRE-CAPS, la référence à l'esprit est une exception pour le juge constitutionnel français qui s'est bien gardé de récidiver<sup>602</sup>, pour adopter finalement dans sa décision du 23 septembre 1992, le concept de « *l'équilibre des pouvoirs établis par la constitution* »<sup>603</sup>.

En Afrique, la détermination de l'esprit de la constitution est en grande partie une œuvre doctrinale, et accessoirement jurisprudentielle. Il en va de même de la fixation des limites implicites.

---

<sup>598</sup> PIERRE-CAPS Stéphane, « L'esprit des constitutions », *op. cit.*, p. 383.

<sup>599</sup> HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey 8<sup>e</sup> éd., 1914, p. 37.

<sup>600</sup> NADAL-VIQUET Ariane, *Les garanties des exigences constitutionnelles*, *op. cit.*

<sup>601</sup> PACTET Pierre, « À propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 289.

<sup>602</sup> PIERRE-CAPS Stéphane, « L'esprit des constitutions », *op. cit.*, p. 383.

<sup>603</sup> N° 92-313 DC, Rec., p. 94.

Les juridictions constitutions africaines francophones dans leur grande majorité se sont rarement appropriées la méthode interprétative qui les aurait conduit à dégager un esprit de la constitution en vue de mieux en assurer la protection. Une telle réserve à l'égard des méthodes d'interprétation leur vaut de nombreuses critiques. Pour sa part, Stéphane BOLLE constate que « *la Cour malienne et le Conseil tchadien refusent sagement de dégager ou créer d'autres normes intangibles* »<sup>604</sup>.

Ce refus n'est toutefois pas généralisé. Quelques juridictions constitutionnelles dont celle du Bénin s'en démarquent toutefois. Ainsi, au Bénin, le juge constitutionnel a sanctionné pour inconstitutionnalité une loi adoptée par l'Assemblée nationale prorogeant de quatre à cinq ans le mandat des députés au motif que « *la sécurité juridique et la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution* »<sup>605</sup>. Pour le juge béninois, la loi constitutionnelle querellée était contraire à la constitution parce qu'elle viole un principe à valeur constitutionnelle. L'argumentation de la Cour constitutionnelle était articulée ainsi qu'il suit: « *Considérant que ce mandat de quatre ans (4) ans, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la Conférence des Forces vives de la Nation de février 1990 et consacré par la constitution en son Préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à...la confiscation du pouvoir, que même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle, qu'en conséquence, les articles 1 et 2 de la Loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2008 sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la constitution, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens* ».

Le principe du consensus qui a été érigé ici en principe infranchissable pour le constituant dérivé ne ressortit pas expressément de la constitution, mais apparaissait plutôt comme le fruit

---

<sup>604</sup> BOLLE Stéphane, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », op. cit., p. 21.

<sup>605</sup> Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, Décision N°06-074 du 13 juillet 2006.



de la création prétorienne de la Cour constitutionnelle qui entendait protéger la constitution contre les manipulations politiciennes.

C'est la même interprétation téléologique qui a conduit le juge constitutionnel nigérien dans l'avis n°02 en date du 25 mai 2009 à considérer que le serment confessionnel qui a été prêté par le président de la République est un principe constitutionnel fondamental qui limite le pouvoir de révision de ce dernier. Ce sont ces types de principes inférés de la constitution, et qui s'imposent à la fonction constituante, que l'on pourrait qualifier de supra-constitutionnalité par « *détermination de la constitution*<sup>606</sup> », si l'on emprunte l'expression du doyen VEDEL. Cette construction jurisprudentielle des principes immanents de la constitution ne rencontre pas l'adhésion de certains auteurs qui n'hésitent pas à déplorer cette méthode du juge béninois qui le fait participer au gouvernement du pays<sup>607</sup>. Pour le professeur SINDJOUN, en censurant une loi constitutionnelle pour non respect des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution, le juge constitutionnel n'est plus seulement le gardien de la constitution, mais il s'écarte délibérément de la lettre et de l'esprit des modalités expresses de révision de la constitution<sup>608</sup>. L'argument principal du professeur SINDJOUN repose sur l'idée que le consensus dont parle le juge constitutionnel béninois n'a jamais existé. Selon lui, la conférence nationale souveraine du Bénin fut marquée par un rapport de force, par la prépondérance des opposants au régime du président KEREKOU. Il en veut pour preuve le fait que la constitution béninoise fut adoptée par référendum avec 73% des suffrages favorables sans ambages, 19,9% des suffrages favorables avec réserve et 6,8% de suffrages défavorables. Il en résulte que « *c'est le vote clair et distinct d'une majorité qui est à l'origine de l'adoption de la constitution du Bénin* ». Dans ce contexte, poursuit-il, le « *consensus national* » avancé par le juge constitutionnel est une dissimulation des divisions et des luttes qui se sont exprimées autour de la constitution. En conclusion, affirme-t-il, « *en s'inscrivant dans la perspective théorique élaborée par DWORKIN, on peut considérer que la partie créatrice de la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin (qui implique une prise de distance à l'égard de la lettre du droit existant) résulterait par conséquent de l'application*

---

<sup>606</sup> VEDEL Georges, Souveraineté et supra-constitutionnalité, op. cit., p. 89.

<sup>607</sup> BOLLE Stéphane, « L'Etat de droit et de démocratie pluraliste au Bénin », [www.la-constitution-en-afrique.org](http://www.la-constitution-en-afrique.org), 14 novembre, 2007. Pour lui, l'audace de la Cour augure pour le Bénin, un gouvernement des juges ; Les juges constitutionnels du Bénin seraient devenus un co-législateur expert mais surtout un constituant négatif.

<sup>608</sup> SINDJOUN Luc, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 336.

d'un « droit préexistant » fait des « principes » et « de droits naturels »<sup>609</sup>. Cette conclusion, quoique empreinte d'une certaine pertinence, ne rencontre pas totalement notre adhésion, car DWORKIN n'oppose pas un refus catégorique à l'œuvre créatrice du juge constitutionnel. Il nous semble que selon son approche déontologique, la justice constitutionnelle doit établir ce qui est juste<sup>610</sup>. Ce qui fait dire à HABERMAS que seule cette approche est légitime dans une société pluraliste<sup>611</sup>. Aussi, selon ce dernier, la démarche qui doit permettre au juge de rechercher « *ce qui est meilleur et bon pour tous à un moment donné est la méthode discursive* »<sup>612</sup>. Selon cette méthode, les débats juridiques peuvent être résolus par compromis et par marchandage, alors que les débats politiques le sont par la règle de la majorité.

En conséquence, une loi est démocratique parce qu'elle a été le produit de débats stratégiques, mais aussi de la volonté de privilégier certains intérêts au détriment d'autres<sup>613</sup>. Or les résultats de la Conférence nationale sus rappelés montrent bien que le choix de la majorité des Béninois était de proscrire « *la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel* »<sup>614</sup>. À ce propos, le professeur SINDJOUN s'interroge de savoir si l'allongement de la durée du mandat des députés de 4 à 5 ans est un facteur d'appropriation personnelle du pouvoir, de remise en cause de la détermination du peuple béninois<sup>615</sup>. La réponse, nous semble-t-il, doit être affirmative. En effet, s'il ne s'agit pas d'une prolongation illimitée du pouvoir, la rallonge du mandat des députés qui n'avait pas été justifiée par des difficultés d'organisation majeures était plutôt motivée par les avantages liés au statut de député, comme ce fut par ailleurs le cas avec les députés burundais qui se sont offerts d'importantes indemnités en fin de mandat<sup>616</sup>. Du reste, ces nouvelles pratiques des parlementaires

---

<sup>609</sup> SINDJOUN Luc, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, précité, p. 336. Il cite comme référence l'ouvrage de R. DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1986, pp. 15-16.

<sup>610</sup> HABERMAS J., *Droit et démocratie*, pp. 26-29.

<sup>611</sup> HABERMAS J., *Droit et démocratie*, pp. 26-29.

<sup>612</sup> Ibid.

<sup>613</sup> ROSENFELD Michel, « Droit et démocratie » : un ouvrage de référence, *RDP*, N°6-2007, p. 1513.

<sup>614</sup> Préambule constitution du Bénin du 11 mai 2000.

<sup>615</sup> SINDJOUN Luc, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 336.

<sup>616</sup> Les députés ont adopté une loi accordant aux députés, ministres et sénateurs, présidents d'institutions des indemnités et des avantages d'un montant de 7 millions de dollars, soit environ 8 milliards de francs CFA, Voir RFI, Disponible sur [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), consulté le 27 décembre 2009.

africains suscitent des interrogations sur les fondements mêmes du système représentatif dans les États africains.

Les principes qui ne sont pas intégrés dans la constitution et qui la dépassent sont entre autres, les principes fondamentaux et les valeurs de la constitution, car ceux-ci « *recèlent et expriment aussi une dimension culturelle* »<sup>617</sup>. Elles peuvent être le consensus national ou les règles tirées des « *valeurs et traditions africaines* » qui sont largement invoquées. Mais comme le relève le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON, elles sont peu ou mal définies pour que l'on sache ce qu'elles désignent exactement<sup>618</sup>.

Il est indéniable que les Conférences nationales qui ont précédé l'adoption des nouvelles constitutions dans les nombreux pays africains représentent un réservoir de limites implicites à la fonction constituante. Ces limites restent cependant à être découvertes par les juges qui, dans ce dessein, doivent être inspirés par les acteurs politiques qui ont été au cœur des cadres de refondation de l'État. La complexité de cette entreprise ne doit pas cependant être occultée, car les acteurs ne se réfèrent pas à ces éventuelles valeurs dont seraient porteuses les Conférences que dans les situations qui leur sont favorables. L'arbitrage des juridictions qui est sollicité ne permet pas néanmoins de clarifier les controverses constitutionnelles, car rarement les limites implicites évoquées par les partis d'opposition ne trouvent pas de consécration juridictionnelle autrement que pour les réfuter.

## § 2. LE DISPOSITIF INTERNATIONAL

L'influence du droit international sur le droit interne n'est plus aujourd'hui un sujet à controverse comme par le passé. Cette influence est largement reconnue et admise. Le développement du droit régional et l'internationalisation du droit constitutionnel ne sont pas étrangers à l'emprise des règles internationales sur l'ordre constitutionnel. Les règles internationales définissent de nombreux principes et sont assorties de sanctions qui en

---

<sup>617</sup> PIERRE-CAPS Stéphane développant une idée de Peter Häberle, *El Estado constitucional europeo*, Cuestiones constitucionales, n°2-1999, p. 2 de l'édition électronique.

<sup>618</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratiques du pouvoir », *op. cit.*, p. 620.

garantissent l'efficacité dans les États. C'est bien cela que montre le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON lorsqu'il écrit que les « *États sont tenus, parfois sous peine de sanctions des juges internationaux et nationaux, de se conformer aux standards constitutionnels internationaux, aux normes internationales imposées par les conventions internationales qu'ils ont signées et aux conditionnalités des bailleurs de fonds auxquelles ils ont souscrit nolens volens* »<sup>619</sup>. Les limites à la fonction constituante qui sont issues du droit international portent essentiellement sur la démocratie et les droits de l'homme. On assiste à l'émergence d'une prise en charge de la question constitutionnelle par les organismes internationaux et à l'émergence d'une « *doctrine constitutionnelle* » dont l'influence sur les États est loin d'être négligeable<sup>620</sup>.

#### A. LES LIMITES A LA FONCTION CONSTITUANTE DANS L'ESPACE FRANCOPHONE

Les limites à la fonction constituante dans l'espace francophone de l'Afrique noire ne sont pas assez nombreuses malgré la profusion des instruments internationaux sur la démocratie et l'État de droit qui laissait pourtant présager le contraire. Les organisations internationales qui interviennent ont essayé ces dernières années de prendre la mesure des nouveaux défis, notamment celui démocratique, auquel fait face la quasi-totalité des États africains. Les organisations concernées sont l'UA, la CEDEAO, l'UDEAC, et les partenaires que sont l'Union Européenne et l'OIF. Elles n'ont pas manqué, chacune en ce qui la concerne, de légiférer dans le domaine de l'autonomie constitutionnelle, que la Charte des Nations unies range dans les prérogatives exclusives des États. En effet, le principe de l'autonomie constitutionnelle qui découle de la compétence nationale a pour conséquence que sur le plan normatif, le droit international, quelle que soit sa source, ne peut déterminer les règles régissant la vie constitutionnelle d'un État. De ce fait, relèvent de la compétence nationale, les règles qui concernent par exemple les modes de désignations des gouvernants, le statut des citoyens, de leurs droits, libertés et devoirs, la nationalité la nature et les décisions constitutionnelles, législatives ou réglementaires, les problèmes de succession au pouvoir, les

---

<sup>619</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Défense et illustration du constitutionnalisme ... », op. cit., p. 620.

<sup>620</sup> Ibid., op. cit., p. 623.

questions relatives au maintien de l'ordre interne <sup>621</sup>. Dans ces domaines, « *l'État est seul maître de ses décisions* »<sup>622</sup>. Malgré cette proclamation des Nations Unies, les lignes entre le droit international et l'ordre constitutionnel bougent, avec pour conséquence, les développements nouveaux sur la nature des rapports entre les ordres juridiques internes et internationaux. Le constat qui s'impose désormais est celui de l'influence des règles internationales sur la fonction constituante en l'occurrence sur les prérogatives reconnues aux pouvoirs constitués de procéder à la modification de certaines règles constitutionnelles.

Les limites dégagées par ces organisations internationales sont essentiellement de deux ordres. Elles portent sur les textes fondamentaux de la démocratie et la procédure d'adoption des dites réformes. Elles sont donc matérielles (de fond) et procédurales (forme). Les limites matérielles tiennent en un principe général qui est l'obligation de respect des principes fondamentaux de la démocratie. Elles intègrent l'interdiction de réformer les règles de dévolution du pouvoir et de la nécessaire garantie et protection des droits et libertés fondamentaux.

La limite de forme concerne les modalités de relecture des règles constitutionnelles. C'est au niveau de la CEDEAO que cette interdiction reçoit une consécration formelle. Le Protocole A/SP1/12/01 sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance, additionnel au Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, prévoit en effet « *qu'aucune réforme substantielle de la loi électorale ne doit intervenir dans les six (6) mois précédant les élections* ».

L'observation principale qui peut être adressée à cette mesure est le regret que peut éprouver le constitutionnaliste face à la timidité de la CEDEAO qui n'a pas osé étendre ce délai aux « *textes fondamentaux de la démocratie* »<sup>623</sup>. Les sources de la fraude au constitutionnalisme étant aussi variées que les sources normatives dans les États, l'extension du délai de reformation à tous les textes fondamentaux aurait pu constituer une cuirasse de protection plus efficace contre les velléités manipulatrices des règles démocratiques. Si l'OIF,

---

<sup>621</sup> CPIJ, Avis, Affaires des décrets français sur la nationalité en Tunisie et au Maroc, Série B, n°4, pp. 22 et 23. Slim LAGHMANI, Répertoire élémentaire de jurisprudence internationale, C.E.R.P., 1993, p. 180 et 189.

<sup>622</sup> CPIJ, Avis, Affaires des décrets français sur la nationalité en Tunisie et au Maroc, Série B, n°4, pp. 22 et 23. Slim Laghmani, Répertoire élémentaire de jurisprudence internationale, C.E.R.P., 1993, p. 180.

<sup>623</sup> Terme consacré par la déclaration de Bamako, de l'OIF à son C. 13. Pour une vie politique apaisée.

à travers la déclaration de Bamako, adhère au principe de l'interdiction de la réforme des textes fondamentaux, marquant une extension de l'interdiction qui ne se limite pas à une typologie particulière des textes à réformer, elle n'exige pas, en revanche, à proprement parler, à l'opposé de la CEDEAO, de délai pour la réalisation des réformes. La Déclaration de Bamako se contente d'exiger « *un délai raisonnable devant toujours séparer l'adoption de la modification de son entrée en vigueur* »<sup>624</sup>. La non précision de ce délai peut donner lieu à des polémiques inutiles quand on sait que la mauvaise foi des acteurs, surtout de ceux qui sont au pouvoir, toujours prompts à changer les règles pour se maintenir au pouvoir, est souvent manifeste. Pour plus d'efficacité, l'O.I.F gagnerait à s'inscrire dans la limitation de délai préconisée par la CEDEAO.

La seconde limitation de forme concerne l'accord des acteurs sur les modifications. La modification doit s'opérer selon « *un large consensus* »<sup>625</sup> ou ne saurait se faire « *sans le consentement d'une large majorité* »<sup>626</sup> des acteurs politiques. L'UA consacre la limite aux pouvoirs constitués à l'article 10 de sa charte sur la démocratie dans les termes suivants, « *les États partis doivent s'assurer que le processus d'amendement ou de révision de leur constitution repose sur un consensus national comportant, le cas échéant, le recours au référendum* ». L'intention des organisations n'est pas d'imposer un consensus permanent entre les acteurs politiques à l'occasion de la modification des textes, mais d'inviter les acteurs à éviter de triturer les textes à la veille des compétitions électorales dans un sens favorable aux détenteurs du pouvoir. Il s'agit plutôt là d'une limitation temporaire et procédurale du mécanisme de modification des textes modificatifs.

L'intérêt de telles interdictions est lié à leur finalité première, c'est-à-dire celle de construire la démocratie qui reste un idéal « *incompatible avec toute modification substantielle du régime électoral introduite de façon arbitraire ou subreptice* »<sup>627</sup> ainsi que

---

<sup>624</sup> Confirmons notre adhésion aux principes fondamentaux suivants : 2-4.

<sup>625</sup> Le consensus national est l'expression utilisée dans déclaration de Bamako : Principe C-4 et par l'article 10 Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée le 30 janvier 2007.

<sup>626</sup> Le *Protocole A/SP1/12/01* de la CEDEAO sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance additionnel au Protocole relatif au Mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité utilise l'expression « *sans le consentement d'une large majorité* » dans sa Section II - Des Elections Article 2.1.

<sup>627</sup> Terme consacré par la déclaration de Bamako, de l'OIF à son C. 13. Pour une vie politique apaisée.

le mentionne la Déclaration de Bamako. Le consensus des acteurs apparaît comme la garantie minimale contre les fraudes éventuelles au constitutionnalisme. Le consensus des acteurs devrait en principe compenser l'absence de contre-pouvoir au sommet de l'exécutif et les effets pervers d'un système partisan ultra dominant qui n'offre guère de chance aux adversaires politiques ou de possibilité pour eux de prendre part à l'élaboration des règles d'organisation de la vie nationale. Cela n'est d'autant vrai qu'avec les mécanismes de verrouillage informels du système politique, les majorités au pouvoir parviennent à s'accaparer de l'État. Face à l'ingéniosité des régimes majoritaires africains, l'article 10 *in fine* de la Charte de l'UA apparaît comme une source de confusion en ce qu'il prévoit le référendum comme alternative au consensus national. La possibilité le *cas échéant, du recours au référendum*<sup>628</sup>, en lieu et place du consensus national dans le processus d'amendement ou de révision de la constitution, est un recul dans le contexte africain, car il ne permet pas de lutter contre les effets des manipulations dont le référendum constitue un moyen. Les gouvernants pourraient en effet utiliser cette alternative comme une feuille de vigne pour masquer les fraudes à la constitution. Si des auteurs comme le doyen VEDEL admettent que le référendum peut être utilisé comme un procédé pour « *contourner les obstacles à la fonction constituante* », ils reconnaissent en même temps que cela ne peut se réaliser que si « *l'accès à la révision constitutionnelle est lui-même démocratiquement organisé* »<sup>629</sup>. Ce qui est rarement le cas en Afrique.

La troisième limitation qui pourrait être qualifiée de fond porte sur l'interdiction de la remise en cause du principe de l'alternance. Elle n'est pas suffisamment précise pour être *a priori* admise comme limite de fond à la fonction constituante si on en juge par une lecture littérale de la disposition la prévoyant. Une analyse profonde des termes de cette limite permet cependant de la retenir comme limite de fond. Cette limite est solennellement affirmée dans la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance qui dispose en son article 23 que « *tout amendement ou toute révision des constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique* ». Cette disposition vient renforcer le principe d'alternance automatique déjà prévue dans les constitutions nationales. Ce principe est garanti dans les nouvelles constitutions africaines des années quatre-vingt-dix par la clause limitative du nombre des mandats présidentiels qui est

---

<sup>628</sup> L'article 10 Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée le 30 janvier 2007.

<sup>629</sup> VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, N° 67, p. 93.

considérée comme l'un des particularismes du renouveau constitutionnel africain. Il résulte de l'institution de ce principe que les pouvoirs constitués, dont les pouvoirs sont désormais limités, ne pourraient plus procéder à la modification de la clause limitative du mandat présidentiel que certains constituants ont même élevé au rang de règle intangible de la constitution. L'appréciation de la valeur réelle de ces règles intangibles est nécessaire pour apprécier leur efficacité à prémunir les fraudes à la constitution.

## B. LA FORCE OBLIGATOIRE DES LIMITES INTERNATIONALES A LA FONCTION CONSTITUANTE

La force obligatoire des limites internationales pose la question de l'effet des incidences de ces limites sur la fonction constituante en droit interne. Il s'agit de savoir si les limites formelles ou matérielles issues du droit international influent ou non sur les compétences du pouvoir constituant. Il convient dès lors de donner une signification à l'expression « *influence du droit international* » sur les pouvoirs constituants. À ce propos, le professeur Michel TROPER donne trois significations à l'expression « *influence du droit international* »<sup>630</sup>.

La première signification dite *latissimo sensu*, ne vise pas l'influence des normes du droit international, mais plutôt l'influence internationale ou même celle d'un ou de plusieurs États. Selon le professeur TROPER, si l'influence du droit international qui s'exerce est étrangère, elle n'est pas réellement internationale, parce qu'elle vient d'un ou de plusieurs pays étrangers. International se réfère dans cette hypothèse à des relations entre États qui se caractérisent par la propagation des modèles institutionnels de certains systèmes repris par d'autres. Selon le professeur TROPER, cette influence ne présente qu'un intérêt limité.

Selon la seconde conception dite *lato sensu*, l'influence du droit international est entendue dans une conception plus large. Elle viserait le cas des États qui seraient tenus de modifier leur constitution pour s'adapter à l'environnement international.

La troisième conception de l'expression « *influence du droit international* » est *stricto sensu*. Elle implique que l'influence du droit international doit être comprise dans un sens

---

<sup>630</sup> TROPER Michel, « Pouvoir constituant et droit international », in *L'internationalisation du droit constitutionnel, Recueil des cours de l'académie de droit constitutionnel*, Vol. XVI, 2007, p. 360.



strict. Il s'agit dans ce cas d'une soumission au droit international plutôt que d'une influence véritable. L'État a l'obligation de conformer sa constitution à une règle internationale.

Selon le professeur TROPER, c'est cette dernière conception qui mérite d'être posée et traitée. Mais celle-ci nécessite que soit avant tout résolue la question de l'existence ou non de l'obligation de se conformer au droit international. Cela passe par l'examen de l'état actuel du droit positif, de la jurisprudence et, dans une mesure moindre, de la doctrine.

Il ne s'agira pas de savoir si le pouvoir constituant est soumis au droit international du point de vue des règles matérielles et/ou du contentieux international. Le professeur TROPER fait observer que la réponse à une telle question est incontestablement affirmative<sup>631</sup> en vertu, non seulement des principes de la Charte des Nations unies qui posent le principe *Pacta sunt servanda*, mais aussi du principe selon lequel un État ne saurait exciper des dispositions de son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales. A défaut, il verrait sa responsabilité internationale engagée. La jurisprudence internationale confirme cette option. Il n'est pas important de revenir ici sur cette toute autre controverse qui vise « à déterminer si une constitution s'impose dans l'ordre interne en raison de sa conformité au droit international »<sup>632</sup>. L'important ici est de savoir si dans les constitutions et les jurisprudences constitutionnelles de l'espace africain francophone, existent des références de la soumission de ces États au droit international, ou du moins, du caractère obligatoire des limites du droit international sur la fonction constituante des pouvoirs constitués nationaux.

Dans l'espace francophone africain, la soumission de l'ordre juridique interne au droit international trouve son fondement dans les constitutions. De là, il peut être même inféré le principe de leur soumission aux limites à la fonction constituante. Il suffit pour cela de se référer à la source fondamentalement africaine de ces limites. Pour rappel, c'est dans les textes de l'UA et dans certains textes de la CEDEAO et de l'OIF que l'on retrouve l'essentiel de ces limites. Dans un rapport de cette dernière institution datant de 2004 sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone établi par la délégation aux droits de l'homme et à la démocratie, on peut lire, à propos de l'internationalisation du droit constitutionnel qu' « il s'agit d'une évolution dont la portée est

---

<sup>631</sup> TROPER Michel, « Pouvoir constituant et droit international », op. cit., p. 390.

<sup>632</sup> Ibid.

*appelée à se renforcer dans les années à venir. Elle est non seulement une manifestation supplémentaire de la croyance partagée dans l'efficacité du constitutionnalisme, mais aussi de la volonté de lui donner toute son efficacité. Désormais, les instruments juridiques intègrent dans leur dispositif des données relatives aux régimes constitutionnels ; des modèles sont parfois élaborés ainsi que c'est le cas avec la CEDEAO et l'Union africaine ; et leurs dispositions s'imposent aux États et aux gouvernants, selon diverses modalités, directement ou indirectement, juridiquement ou politiquement. C'est aussi la situation des signataires de la Déclaration de Bamako qui ont pris l'engagement fondamental de rendre leur système juridique et institutionnel conforme aux valeurs, principes et règles démocratiques qui y figurent. Il faut voir là une preuve de la confiance manifestée à l'égard du constitutionnalisme tant pour parvenir à la démocratisation de la vie politique que pour maintenir la paix à l'intérieur des frontières et entre les États »<sup>633</sup>.*

Les constitutions en Afrique partagent deux traits communs: la référence à au moins un instrument pertinent de l'OUA dans leur préambule, en l'occurrence la Charte des droits de l'homme et des peuples et la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de celle-ci<sup>634</sup>. Cette démarche des constituants originaires africains tranche avec la constitution française qui a mis du temps pour réserver au droit communautaire une place dans la constitution de 1958 à travers l'article 88-1 qui dispose que « *la République participe aux communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ».

Les juridictions constitutionnelles de certains États africains n'hésitent pas aussi à se référer aux règles de droit international dans les visas ou dans les motivations pour justifier leurs décisions. Une illustration peut être trouvée dans les deux décisions du juge constitutionnel ivoirien relatives aux dossiers de candidature à l'élection présidentielle avortée de 2009. Le Conseil constitutionnel se réfère au droit régional en ces termes : « *Considérant, par ailleurs, que ni les différents accords politiques, ni les textes pris dans le cadre de l'article 48 de la constitution n'ont eu pour objet de soustraire aucun des candidats à la*

---

<sup>633</sup> Organisation internationale de la Francophonie, délégation aux droits de l'homme et à la démocratie, état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone', éléments pour un premier rapport au Secrétariat général de l'OIF, 2004.

<sup>634</sup> Burkina Faso, Préambule de la constitution du 2 juin 1991:« *Nous, peuple souverain du Burkina Faso...approuvons et adoptons la présente constitution dont le présent préambule fait partie intégrante* ».

*présente élection présidentielle à son devoir fiscal ;  
Que celui-ci tire son fondement de l'article 27 de la constitution du 1er août 2000, qui indique que l'obligation de s'acquitter de ses impôts est le premier devoir du citoyen et s'impose à tous, a fortiori aux personnes qui prétendent à la Magistrature suprême du pays. ;  
Que de même, l'article 29 point 6 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 février 1981, à laquelle se réfère solennellement le préambule de la constitution ivoirienne du 1er août 2000, impose à chaque individu de « s'acquitter des contributions fixées par la loi pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société».*

L'exécutif ne fait pas exception à cette démarche. Aussi, le président GBAGBO, dans l'ordonnance portant réajustement du code électoral pour les élections générales de sortie de crise<sup>635</sup>, se réfère-t-il expressément à l'Accord Politique de Ouagadougou en date du 4 mars 2007 et ses accords complémentaires à la Résolution 1765 (2007) du Conseil de Sécurité de l'ONU et au communiqué final de la 2ème réunion du Cadre Permanent de Concertation (CPC) du 24 janvier 2008.

On peut en définitive affirmer que c'est par un acte de souveraineté que les États africains francophones ont volontairement adhéré à la limitation du pouvoir constituant dérivé. Il reste à apprécier l'efficacité de toutes ces limites internes et internationales.

---

<sup>635</sup> Ordonnance n°2008-133 du 14 avril 2008 portant ajustement au Code électoral pour les élections générales de sortie de crise. Décision n°2008-15/PR du 14 avril 2008 portant modalités spéciales d'ajustement au Code électoral

## SECTION II

### L'EFFICACITE DE L'IMMUTABILITE DES NORMES DE REFERENCE DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION

L'efficacité du dispositif de protection de la constitution signifie que sont obligatoires, voire impératives, les règles matérielles et formelles de nature constitutionnelle. Aussi, l'efficacité de la constitution sera-t-elle tributaire de la facilité ou non avec laquelle les pouvoirs constitués mettront en échec les balises de la constitution. Le procédé qui a été longtemps mis en place par les constituants a été de verrouiller certaines dispositions de la constitution, les soustrayant des prérogatives d'amendement et de révision des pouvoirs constitués. On y a alors vu le moyen de hiérarchiser les dispositions de la constitution afin de conférer l'immutabilité à celles qui auraient un rang supérieur. C'est pourquoi il convient de rechercher en droit constitutionnel africain les traces d'une éventuelle hiérarchisation normative au sein de la constitution (§I) et d'apprécier réellement l'efficacité qui serait attachée à celle-ci (§II).

#### § 1. LA RECHERCHE DE LA HIERARCHISATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL AFRICAIN FRANCOPHONE

La hiérarchie des normes n'est pas le fondement du contrôle de constitutionnalité des lois, elle en est le produit. Comme le relève monsieur TROPER, toute autorité qui exerce un contrôle est contrainte de désigner une norme de référence et d'affirmer par exemple qu'une pratique répétée a la signification d'une coutume qui s'impose en l'espèce et qu'une norme (ou un ensemble de normes) précédemment énoncée signifie ou révèle un principe général.

Toute constitution repose sur la double articulation de la hiérarchie des normes et des pouvoirs. La hiérarchie des normes qui nous intéresse ici, en raison du lien causal entre le moyen de la fraude à la constitution et le contrôle de constitutionnalité, a été savamment

développée par Hans KELSEN. La théorie de la hiérarchie des normes telle que conçue par ce dernier postule une articulation verticale des normes juridiques: « *en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première* »<sup>636</sup>. La verticalité ainsi admise des rapports entre les règles de droit implique que la règle de droit de rang inférieur respecte les règles supérieures. Et c'est la constitution elle-même qui organise l'agencement graduel de son contenu.

Évoquer en droit africain francophone, l'existence de la hiérarchisation des dispositions au sein de la constitution suppose que l'on puisse retrouver les fondements et les preuves de la stratification au mieux dans les constitutions africaines, au moins, dans la jurisprudence constitutionnelle. C'est donc dans les sources constitutionnelles et jurisprudentielles qu'il sera trouvé la réponse de l'existence ou non de la hiérarchie des normes et des principes en droit constitutionnel africain.

Avant, il convient de faire observer que l'interrogation des sources est assortie d'un préalable qui tient à la clarification du vocable « *hiérarchisation des dispositions constitutionnelles* ». En droit comparé, les développements y relatifs nous enseignent que l'admission de la hiérarchie des normes constitutionnelles est un sujet à controverse, liée notamment à l'absence de consensus sur le contenu du concept de hiérarchie. C'est pourquoi comme l'écrit le doyen VEDEL, le terme hiérarchie mérite une plus grande précision, car « *s'il est clair que toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ou la même dignité morale ou politique* »<sup>637</sup>, cela ne saurait immédiatement conduire à la conclusion d'une hiérarchie interne au sein de la constitution.

La théorie de la hiérarchie des normes, pour pertinente qu'elle soit, ne présente pas moins des décalages avec la réalité. La hiérarchisation renvoie à l'idée de taxinomie, c'est-à-dire de classification selon un ordre de valeur qui peut être qualitatif ou quantitatif. Évoquer la hiérarchisation au sein de la constitution, c'est admettre un ordre de valeur, d'importance de certaines règles sur d'autres. En droit constitutionnel, principalement la doctrine et,

---

<sup>636</sup> KELSEN Hans, *Théorie pure du Droit*, Trad. Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, p. 299.

<sup>637</sup> VEDEL Georges, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », op. cit., p. 85.

accessoirement, les juges souscrivent à l'idée de hiérarchie au sein de la constitution. Les premiers opèrent généralement une classification duale des dispositions constitutionnelles ou ayant cette valeur.

Selon la première approche, la classification se fait entre les dispositions de nature identique, c'est-à-dire, entre celles qui relèvent de la constitution au sens formel. Cette distinction ne concerne que les dispositions de la constitution formelle. Selon elle, il existerait au sein de la constitution des règles plus importantes que d'autres. Les plus importantes pourraient être qualifiées de « *super-constitutionnelle* ». On a parlé alors de *supra-constitutionnel interne* ou *super-constitutionnalité*. Avec la supra-constitutionnalité interne, il s'agit « *de savoir si les lois constitutionnelles adoptées par le constituant peuvent se voir imposer le respect des normes supra-constitutionnelles nationales, c'est-à-dire issues de la constitution elle-même ou déduites de celle-ci* »<sup>638</sup>. L'idée sous-jacente est qu'au sein de la constitution, certaines règles, en raison de leur importance, méritent une plus grande protection que d'autres.

À l'opposé, selon la seconde approche, la classification met en évidence, d'un côté, les règles de la constitution formelle et les règles constitutionnelles externes et, de l'autre, les règles constitutionnelles au sens matériel qui n'ont pas pour support la constitution formelle. La deuxième classification met en opposition les règles internes par rapport aux règles externes. Elle tente de mettre les règles externes au-dessus de la constitution comprise dans une appréhension englobante de l'ordre juridique interne. Ces règles internationales ou supranationales bénéficieraient de ce point de vue d'une supraconstitutionnalité, c'est-à-dire que les règles bénéficiant d'un tel caractère ont une préséance sur les règles de la constitution. Mais cette classification se révèle difficile si on admet l'existence de règles « *super-constitutionnelle* ». Si on admet qu'au sein de la constitution, certaines règles ont moins d'importance que d'autres, le rapport hiérarchique de ces règles dites importantes avec les règles supranationales n'est cependant pas toujours aisé à établir tant l'établissement d'un tel rapport présente parfois des risques. Il en est surtout ainsi lorsque les règles super-constitutionnelles sont portées au-dessus des règles supranationales. Dans ce cas, selon les systèmes, le sort des instruments internationaux auxquels ont souscrit les États peut s'en

---

<sup>638</sup> FAVOREU Louis, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs* N°67, 1993, p.74.

trouver affecté. C'est à cette solution qui paraît radicale qu'a adhéré le juge constitutionnel français. Traitant du rapport de la constitution française avec le droit européen, le juge constitutionnel français a décidé que la supériorité du droit européen se heurte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté de la République<sup>639</sup>.

La théorie de la hiérarchie des normes au sein de la constitution connaît un écho favorable en droit africain. Dans sa grande majorité, la doctrine constitutionnaliste francophone africaine adhère à l'idée de la hiérarchisation des normes constitutionnelles. Ainsi, pour messieurs Augustin LOADA et Luc IBRIGA, la hiérarchisation des normes constitutionnelles signifie une « *différenciation hiérarchique qui existe entre les dispositions ou principes constitutionnels, lesquels n'ont pas la même importance* »<sup>640</sup>. Cette hiérarchisation consacrerait des principes fondamentaux résumant l'ordre constitutionnel. Il s'agit en particulier des principes démocratiques, républicains, de la forme de l'État (unitaire, fédéral), de l'État de droit, du libéralisme, de la séparation des pouvoirs.

Pour parvenir à une conclusion juridiquement acceptable de cette question, il convient de rechercher dans les constitutions et dans les jurisprudences constitutionnelles, les traces de cette hiérarchisation. L'admission de l'idée d'une hiérarchie passe par la vérification de certaines dispositions de la constitution pour voir si pour leur réformation, elles obéissent à des règles ou procédures de révision plus complexes que celles qui sont prévues pour les autres<sup>641</sup> ou de vérifier si pour leur protection, le juge constitutionnel accorde plus d'importance à certaines règles plus qu'à d'autres.

À considérer l'hypothèse des modalités de révision, l'idée d'une hiérarchisation des règles au sein de la constitution peut être admise. Les États africains prévoient dans leur constitution un fond commun de matières insusceptibles de révision. C'est bien ce que confirme le professeur Augustin LOADA et monsieur Luc IBRIGA qui écrivent que la constitution, elle-

---

<sup>639</sup> Conseil constitutionnel Français, DC 04-496 du 10 juin 2004, Economie numérique, Rec. 101 ; DC 04-498 du 29 juillet 2004, Bioéthique, Rec. 122 ; DC 04-499 du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, Rec. 173. et Grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2007, p. 852.

<sup>640</sup> LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Précis de droit constitutionnel et institutions politiques*, janvier 2007, p. 105.

<sup>641</sup> Ibid.

même, peut contenir des dispositions plus ou moins nombreuses interdisant de manière absolue ou conditionnant certaines révisions<sup>642</sup>. C'est suivant cette démarche que le professeur Mèlèdje DJEDJRO affirme que la constitution ivoirienne d'août 2000 a établi une hiérarchisation des dispositions constitutionnelles révisables en distinguant celles qui ne peuvent être révisées que par la voie du référendum et celles qui peuvent l'être par référendum ou par le Parlement agissant en qualité de pouvoir constituant. Les premières qui se rapportent aussi bien à l'élection du président de la République, l'exercice du mandat présidentiel, la vacance de la présidence de la République qu'aux conditions de révision de ladite constitution<sup>643</sup> sont évidemment les plus importantes ; les dispositions relatives au chef de l'État étant celles qui, depuis toujours en Côte-d'Ivoire, ont fait l'objet de révisions constitutionnelles intempestives<sup>644</sup>.

Même si elle reste isolée, la décision du 8 juillet 2006 relative au contrôle de la loi constitutionnelle n°2006-13 du 23 juin 2006 du juge constitutionnel béninois donne un aperçu de l'appréhension de la hiérarchie normative dans la jurisprudence africaine. Le juge a invalidé cette loi sur le fondement de la violation du principe du consensus national dont la valeur constitutionnelle a été établie grâce à la passerelle entre le « *consensus national dégagé par la Conférence des forces vives de la Nation de février 1990* » et la « *constitution en son préambule* ». Ce faisant, le juge procède à une hiérarchisation prétorienne qui aboutit à considérer que certaines normes seraient plus constitutionnelles que d'autres<sup>645</sup>. Selon monsieur COULIBALEY, la Cour établit au sein des règles constitutionnelles une hiérarchie qui ne repose plus sur la valeur de la source d'où est tirée la norme, mais sur son contenu propre. Cette hiérarchisation ne peut être formelle que si l'on recourt à la notion de

---

<sup>642</sup> Certains auteurs estiment que les interdictions de réviser la constitution ne seraient que des barrières virtuelles, susceptibles d'être levées selon la thèse de la double révision dans une première étape avec la suppression de ces interdictions puis dans une seconde étape avec la révision proprement dite. Une telle argumentation n'est guère recevable, car la révision aboutirait à une violation de la Constitution. Du reste, si la suppression des interdictions de réviser était licite, le constituant aurait certainement interdit de réviser les dispositions interdisant la révision.

<sup>643</sup> Pour le professeur DJEDJRO, le point relatif à la modification par référendum des dispositions relatives à la révision constitutionnelle a été rajouté, lors du toilettage du projet de constitution par le Secrétariat Général du Gouvernement, ceci afin de parer aux fraudes à la constitution. Voir DJEDJRO Mèlèdje Francisco, « Faire, défaire et refaire la constitution n Côte d'ivoire : un exemple d'instabilité chronique », op. cit. p. 24.

<sup>644</sup> Ibid.

<sup>645</sup> COULIBALEY Babakane D., « La neutralisation du Parlement constituant (à propos de la décision n°DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin) », RDP, n° 5, 2009, p. 1493.



supraconstitutionnalité. Elle est en réalité matérielle, car construite par le juge en fonction de l'importance des normes en cause<sup>646</sup>.

Le constat qui s'impose de façon générale est que les matières concernées par la supra-constitutionnalité en raison du critère de l'interdiction de la révision sont essentiellement la nature et la forme républicaine de l'État, l'intégrité du territoire national, le multipartisme, la limitation de la durée et du nombre des mandats. Mais au-delà de ces standards, on peut faire le constat que dans certaines constitutions, les matières insusceptibles de révision constitutionnelle sont beaucoup plus étendues que dans d'autres. Il en est ainsi du Niger et de la Mauritanie où les limitations sont plus importantes que dans les autres pays. Mieux, pour certaines de ces matières, les constitutions ont procédé à une « *absolutisation* »<sup>647</sup> de l'interdiction de leur immutabilité. Ces matières sont l'amnistie et la clause limitative des mandats présidentiels.

Au total, en Afrique francophone, les limitations à la révision induisent une hiérarchisation concernant une diversité de matières qui portent sur l'intégrité du territoire, la nature et la forme républicaine de l'État, le multipartisme, l'amnistie et la clause limitative du nombre des mandats présidentiels, le principe de la séparation de l'État et de la religion. Cette technique de l'« *absolutisation* » apparaît comme la preuve d'une hiérarchisation constitutionnelle voulue par le constituant original.

Quant à l'admission d'une hiérarchie qui procéderait des règles supra-constitutionnelles externes, elle n'en est pas si aisée. En effet, s'il existe des instruments comme la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la bonne gouvernance, le Protocole additionnel de la CEDEAO sur la bonne gouvernance et dans une moindre mesure la Déclaration de Bamako, il faut souligner que le caractère relatif de leur force obligatoire reste un obstacle à la hiérarchisation de leurs règles par rapport à la constitution<sup>648</sup>. L'inconvénient majeur réside dans l'absence d'intégration du droit régional ou international dans le bloc de constitutionnalité. Les États francophones en sont restés à la situation française d'avant l'introduction dans la constitution de 1958, de l'article 88-1, selon lequel, « *la République*

---

<sup>646</sup> COULIBALEY Babakane D., « La neutralisation du Parlement constituant... », op. cit. p. 1493.

<sup>647</sup> Expression de Léo HAMON, *Droit social*, 1983, p. 162.

<sup>648</sup> Voir supra, Section I, §II. B, p. 76.

*participe aux communautés européennes et à l'Union Européenne constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». Or en France, il y est désormais reconnu que depuis les décisions du 10 juin 2004, 27 juillet 2006 et 30 novembre 2006<sup>649</sup>, le droit communautaire fait partie des normes de référence applicables au contrôle des contenus des lois et son respect est devenu «une exigence constitutionnelle » dont le Conseil constitutionnel est fondé à vérifier que les lois soumises à son contrôle s'y conforment<sup>650</sup>. Le constat est que le droit constitutionnel africain reste encore hostile à l'influence des instruments juridiques régionaux qui concernent le fonctionnement des institutions. Ces instruments régionaux qui érigent des boucliers contre les violations de la constitution seraient au mieux considérés comme de la *soft law*. Les principes qui en sont issus ne bénéficieraient que d'une force juridique relative. En tant que limites externes, ces textes ne pourraient être placés dans un rapport de hiérarchie avec les dispositions constitutionnelles.

La hiérarchisation des droits fondamentaux est, elle, une équation quasi insoluble. En effet, la hiérarchisation des droits fondamentaux ne trouve pas dans les constitutions africaines un fondement. Il n'y a, pour reprendre l'expression du doyen VEDEL, ni droit de premier, de second ou troisième rang. Le constat qui s'impose est qu'aucun statut particulier ne leur est réservé. Aussi leur rang est-il identique.

Au niveau de la jurisprudence, il n'existe pas à proprement parler d'éléments qui permettent d'inférer la hiérarchisation des droits fondamentaux ou de certaines matières. Le juge africain ne produit pas une jurisprudence suffisamment abondante et étoffée de laquelle se dégagerait sa solution sur cette question. Il convient en conséquence d'examiner les effets éventuels attachés à la hiérarchisation des principes constitutionnels.

---

<sup>649</sup> C.C., 2004-496 D.C., 10 juin 2004, R. p. 101; C.C. 2006-540 D.C., 27 juil. 2006, R. p. 88; C.C., 2006-543 D.C., 30 nov. 2006, R. p. 120.

<sup>650</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, op. cit, p. 119.

## § 2. LES EFFETS DE LA HIERARCHISATION DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS COMME MOYEN DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION

La hiérarchisation des dispositions de la constitution ne vise qu'un seul objectif, celui d'assurer une meilleure protection des principes de la constitution qui bénéficient d'un rang supérieur et dont la remise en cause saperait l'équilibre de la constitution. Elle implique que certaines règles sont préférées à d'autres. Aussi, leur confère-t-on une immunité procédurale. Ces règles sont alors soustraites du champ de compétence du pouvoir constitué à travers la technique juridique du verrouillage. En d'autres termes, ces règles ne peuvent faire l'objet de révision, et les dispositions qui organisent la révision sont elles-mêmes non révisables pour, du moins, et notamment, ce qui est de ces règles. Ces règles sortent dès lors de l'ordinaire pour bénéficier d'une « sacralité juridique ».

Quel avantage peut-être-t-il tiré de cette hiérarchie? Dit autrement, les limites qui bénéficient d'une inviolabilité sont-elles intangibles ou non? Une analyse du droit positif et de la jurisprudence des États africains et même étrangère ne donne pas une position homogène à cette question. Il en résulte que les tentatives de consécration de l'immuabilité des règles en théorie constitutionnelle se heurtent à l'affirmation d'une liberté qui plaide pour la mutabilité des règles juridiques. La hiérarchie des règles de la constitution serait inefficace à protéger la constitution(A). L'immutabilité des règles à l'épreuve des faits se révèle quelquefois impuissante. D'où la difficulté à garantir les chances d'une immutabilité des règles constitutionnelles (B).

### A. L'INEFFICACITE DE LA HIERARCHIE DES NORMES A PROTEGER LA CONSTITUTION CONTRE LES FRAUDES: LA MUTABILITE DES REGLES DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION.

L'intangibilité ou l'immutabilité des règles de la constitution signifie que les limites formelles ou matérielles de la constitution seraient efficaces à empêcher la révision de la constitution. Se pose donc la question de savoir s'il est réellement possible d'établir des limites au pouvoir constituant dérivé. L'immutabilité des règles de protection de la constitution que nous avons évoquées plus haut découle toujours des textes constitutionnels. Mais une bonne partie de la doctrine soutient que les principes dégagés sont inefficaces à

limiter le pouvoir constituant dérivé, car il est toujours possible de modifier la constitution. Michel TROPER soutient en effet que, quelle que soit la formulation des clauses de révision, il est toujours possible de modifier la constitution en utilisant la technique très simple de la révision en deux temps<sup>651</sup>.

D'ailleurs, il ressort très souvent de l'analyse du constitutionnalisme africain que les défaillances ne découlent pas des textes, mais des usages qui en sont faits. De fait, les pratiques obligent à procéder à une démarche dichotomique consistant à appréhender les situations juridiques sous le double prisme de la théorie et de la pratique. En l'espèce, une telle orientation conduirait à conclure, contrairement au droit qui est posé, que les faits se conjuguent avec la mutabilité des limites au pouvoir constituant dérivé. Ce constat n'est pas propre au cadre africain. À propos de la mutabilité des règles de révision, Bruno GENEVOIS écrit que la mutabilité des règles de révision prévues par la constitution s'est imposée dans les faits avant de donner lieu à des justifications théoriques<sup>652</sup>. Il faut distinguer la mutabilité des règles formelles qui concerne la procédure de révision de la constitution, de la mutabilité de celle qui concerne les limites de fond à la révision. S'agissant du premier, en France, la mutabilité des procédures de révision aurait, selon Bruno GENEVOIS, été opérée aussi bien par le pouvoir constituant originaire que dérivé<sup>653</sup>.

En Afrique francophone, moins nombreux sont les exemples qui permettent d'apprécier les hypothèses de possibles mutations des règles immuables de la constitution. L'un des rares exemples a été toutefois offert avec la révision totale de la constitution nigérienne du 4 août 2009. Malgré la limite de l'article 136<sup>654</sup> de la constitution de la V<sup>e</sup> République du 9 août qui interdisait la révision de l'article 36 limitant à deux le nombre de mandats présidentiels, le président TANJA dont le second mandat arrivait à échéance le 22 décembre 2009 a, par

---

<sup>651</sup> TROPER Michel, « Pouvoir constituant et droit international », ...op. cit., p. 397.

<sup>652</sup> GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », op. cit., p. 914.

<sup>653</sup> Ibid. p. 914.

<sup>654</sup> Constitution de la République du Niger du 9 août 1999, Constitution du 4 août 2004, article 136:« *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. La forme républicaine de l'État, le multipartisme, le principe de la séparation de l'État et de la religion et les dispositions des articles 36 et 141 de la présente constitution ne peuvent faire l'objet d'aucune révision*».

référendum, levé la limite constitutionnelle à sa velléité de briguer un mandat supplémentaire.

Le juge constitutionnel qui avait été saisi du projet de mutation de la limitation a donné un avis négatif qui sera développé en infra. Mais en dépit de cela, le président TANJA organisa un referendum constituant pour lever la clause limitative du nombre de mandats présidentiels, s'arrogeant par la même occasion des pouvoirs exorbitants dignes des pouvoirs autocratiques. Ce sont de pareilles attitudes qui alimentent le moulin des partisans de l'inefficacité des limites à la fonction constituante. C'est logiquement que Michel TROPER affirme que la limitation du pouvoir de révision ne peut pas être obtenue en insérant dans la constitution des dispositions intangibles. Une limitation par le droit international est encore moins efficace<sup>655</sup>.

## B. LA DIFFICILE GARANTIE DE L'INTANGIBILITE DES LIMITES DE LA CONSTITUTION

Malgré les réserves exprimées par certains auteurs, force est de constater que l'intangibilité des limites de la constitution trouve incontestablement dans le contexte africain une justification. Sans l'institution de limites infranchissables à l'exercice des pouvoirs des gouvernants, la survenance de la démocratie ne sera qu'une quête hypothétique. À ce titre, l'idée des limites au pouvoir constituant dérivé peut être parfaitement défendue. Les limites trouveraient leur justification dans le système constitutionnel dont la finalité est la limitation des pouvoirs des gouvernants. Pour le professeur Augustin LOADA et monsieur Luc IBRIGA, si le constituant n'avait pas voulu une telle possibilité, il n'aurait pas choisi de mentionner que pour certaines matières, les révisions ne sont pas recevables. Il leur semble d'ailleurs que l'utilisation de cette technique rédactionnelle vise à « *rigidifie* » la constitution<sup>656</sup>. Malgré ces opinions favorables à l'intangibilité, la pratique ne semble pas corroborer les interdictions de la constitution.

---

<sup>655</sup> TROPER Michel, « Pouvoir constituant et droit international », ...op. cit., p. 398.

<sup>656</sup> LOADA Augustin et Luc Marius IBRIGA, *Précis de droit constitutionnel et institutions politiques*, PADEG, janvier 2007, p. 105.

Cette hiérarchisation prétorienne, qui aboutit à considérer que certaines normes seraient plus constitutionnelles que d'autres, concerne en réalité les normes comme la forme républicaine de l'État et le principe de laïcité placés par le constituant originaire hors de portée du pouvoir constituant dérivé. Cette hiérarchisation établit en définitive deux niveaux de règles constitutionnelles: un premier niveau fortement protégé par le juge et par la constitution elle-même contre le constituant dérivé, et un second niveau accessible, lui, à une procédure de révision.

La démarche qu'observe ainsi le juge constitutionnel béninois correspond à la distinction des deux niveaux de règles constitutionnelles opérée par Carl SCHMITT; celui des lois constitutionnelles et celui de la constitution proprement dite. Les lois constitutionnelles contiennent des règles techniques relatives à l'organisation des pouvoirs publics, à leurs compétences ou à leurs relations mutuelles. Elles peuvent être modifiées conformément à la procédure prévue pour la révision. En revanche, la constitution proprement dite comprend les principes fondamentaux de l'État. L'adhésion à cette doctrine conduit à accorder au juge constitutionnel le pouvoir d'annuler les lois de révision constitutionnelle qui toucheraient à certains principes fondamentaux.

Au Niger, comme évoqué plus haut, le pouvoir constituant originaire est intervenu pour changer la constitution après une tentative infructueuse du pouvoir constituant dérivé. Le principal intérêt de la modification de cette limitation du nombre de mandats au Niger est l'attitude du juge constitutionnel à propos du caractère intangible ou non des limites au pouvoir constituant dérivé. Dans son avis n° 02/CC du 25 mai 2009, la Cour constitutionnelle souscrit à l'immutabilité de certaines matières de la constitution. Elle affirme à cet effet qu'« il ressort de ces dispositions que le président de la République a l'initiative de la révision concurremment avec les députés. Mais le domaine de la révision est fortement encadré. Ainsi, il ne peut être engagé de procédure de révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. En outre, certaines matières ne sont pas susceptibles de révision. Il s'agit de la forme républicaine de l'État, du multipartisme, du principe de la séparation de l'État et de la religion ainsi que des dispositions des articles 36 et 141 de constitution, notamment le mandat du président de la République et l'amnistie accordée aux auteurs des coups d'État des 27 janvier 1996 et 9 avril 1999».

La Cour va même plus loin puisqu'elle affirme que le pouvoir constituant originaire est tenu par la limite de fond de cette révision de la constitution. Elle affirme que « *Le Niger étant actuellement régi par la constitution du 9 août 1999, une nouvelle constitution ne peut donc être envisagée qu'à travers la révision intégrale de la loi fondamentale, impossible par ailleurs du fait des restrictions imposées par l'article 136 de la constitution* ». Ce point de vue du juge nous paraît excessif, car, l'admettre reviendrait à reconnaître au juge constitutionnel un pouvoir illimité du type du pouvoir constituant originaire.

Un autre exemple, quoique imparfait, peut être évoqué avec le cas béninois où, ayant procédé à l'adoption d'une loi constitutionnelle modifiant l'article 80<sup>657</sup> limitant la durée du mandat des députés à quatre ans en vue de sa prorogation d'une année supplémentaire, l'Assemblée nationale a été sanctionnée par le juge béninois malgré le fait que la disposition querellée ne faisait pas l'objet d'une interdiction de révision.

Il se dégage des exemples que l'insertion de certaines limites à la fonction constituante dans la constitution est loin de garantir leur intangibilité. La protection efficace de la constitution dépend en réalité de l'appropriation de la constitution par les organes politiques et juridictionnels. Les succès de la lutte contre la fraude à la constitution sont en réalité tributaires de l'importance que les citoyens sans distinction accordent à la constitution.

---

<sup>657</sup> La constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, Article 80 : Les députés sont élus au suffrage universel direct. La durée du mandat est de quatre ans. Ils sont rééligibles. Chaque député est le représentant de la nation toute entière et tout mandat impératif est nul.

---

## CONCLUSION TITRE II

---

Les garanties normative et juridictionnelle constituent deux des trois garanties nécessaires à l'effectivité d'un droit. C'est pourquoi, de leur performance dépendent les succès de la lutte contre la fraude à la constitution.

En Afrique francophone, le constat est que le renouveau démocratique des années 1990 a permis de redonner de la valeur à ces deux garanties. Sous le poids des contestations internes et des pressions externes, les États sont presque tous parvenus à mettre en place un dispositif normatif et institutionnel de promotion de l'État de droit et d'expression de la démocratie.

Au plan normatif, les règles secrétées concernent l'organisation et le fonctionnement des États. À propos de l'organisation et la dévolution des pouvoirs inspirées de la constitution française de 1958, les constitutions africaines définissent des règles de dévolution du pouvoir plus ouvertes et démocratiques. Ce faisant, elles proscrivent la personnalisation du pouvoir et dans certains pays limitent le temps à passer au pouvoir.

En ce qui concerne, la protection des citoyens, les nouvelles constitutions offrent un éventail de droits assez importants aux citoyens. Pour assurer l'effectivité des règles créées, un dispositif institutionnel est alors mis en place pour marquer la rupture avec l'autoritarisme du passé. La création de juridictions constitutionnelles spécialisées marquera la ferme volonté des États à promouvoir la démocratie et à se soumettre au droit qui a été secrété. Les juridictions constitutionnelles deviennent alors les gardiennes du système constitutionnel. De ce point de vue, elles sont obligées de lutter contre les violations de la constitution. Mais cette lutte est particulièrement complexe dans la mesure où l'admission de l'infraction de fraude à la constitution ne fait pas l'objet de consensus en droit positif. On objecte à l'idée de fraude à la constitution, le fait que son admission reviendrait à reconnaître un pouvoir immense de type moral au juge constitutionnel.



Sur le plan normatif, même si elles ne disposent pas d'un arsenal juridique qui puisse leur permettre de lutter contre les fraudes, les juridictions constitutionnelles n'en sont pas totalement dépourvues.

D'abord à partir des principes considérés comme intangibles, elles peuvent lutter contre la fraude. Cela implique qu'elles s'approprient l'idée de principes supra-constitutionnels qui permet de construire la théorie de la fraude à la constitution. En effet, le principe de supra-constitutionnalité peut se construire à partir de la hiérarchisation des droits et principes en vigueur dans le système constitutionnel ou à partir des principes contenus dans certains instruments internationaux tels la Charte de l'Union Africaine ou de la CEDEAO. Ainsi, ces instruments offrent des règles qui permettent la violation de ces principes à travers notamment les condamnations des changements anticonstitutionnels de gouvernement ou de l'appropriation de la volonté du peuple par un gouvernant.

Il faut enfin rappeler que le dispositif institutionnel est complété par un dispositif politique qui manque de pertinence au niveau interne. En effet, le contrôle politique de la constitution confié au chef de l'exécutif ou au Parlement paraît sans effet sur la protection de la constitution dans la mesure où les principales fraudes sont leurs propres œuvres. Cette défaillance des autorités politiques nationales est en revanche comblée avec plus ou moins de réussite par les institutions politiques internationales.

---

## CONCLUSION PARTIE I

---

L'infraction de la fraude à la constitution trouve dans le contexte d'émergence des constitutions africaines, un fondement historique, voire philosophique. Son admission devra pouvoir reposer sur l'idée que le renouveau constitutionnel en Afrique francophone porte en lui des valeurs, des principes qui doivent être défendus et protégés de toute violation.

Ces valeurs sont la limitation des mandats présidentiels, la proscription du pouvoir personnel ou encore le consensus national qui a prévalu au moment de l'adoption de la constitution. À l'évidence, le consensus, ou du moins, le compromis autour des constitutions africaines, résulte du fait qu'aucun des acteurs politiques, ni des forces vives des nations n'a appelé ouvertement à voter contre la constitution. De ce fait, même si elles n'ont pas été votées par tous les citoyens en âge de voter, les constitutions africaines constituent un fond commun. Du reste, le consensus des acteurs politiques est même plus affirmé dans les États post-confliktuels, où les constitutions sont le fruit d'accords politiques. Eu égard à ces considérations, la constitution en tant qu'œuvre ne peut, et ne doit pas être défaite par un groupe politique. À tout le moins, sa reformation doit faire l'objet d'un large consensus des acteurs politiques faute de quoi, pourrait être évoquée la fraude à la constitution.

Il apparaît de plus en plus que le dispositif normatif mis en place ne résiste pas devant le besoin d'assouvissement de certains intérêts subjectifs. En effet, nombre d'acteurs politiques africains remettent en cause les règles convenues en utilisant des parades juridiques pour éviter la sanction. En prenant ainsi le soin de conformer leurs agissements au formalisme juridique sans se soucier de la substance des règles, ils pensent avoir neutralisé la sanction juridique.

Dans ce cas, pour éviter que le droit constitutionnel soit dévalorisé, la consécration d'une infraction de fraude à la constitution s'impose en droit positif. Cette consécration est d'autant plus nécessaire que les incidences de la fraude sur l'ordre juridique sont importantes. En effet, par le biais de ces multiples manifestations, la fraude à la constitution peut contribuer à

changer la nature d'un régime politique. Il a été montré à cet effet que les fraudes inhérentes aux abus dans l'utilisation des pouvoirs de l'exécutif peuvent conduire à anéantir les pouvoirs législatifs du Parlement et les transférer à l'exécutif.

De ce fait, il appartient aux organes juridictionnels et politiques d'utiliser les moyens juridiques que leur offrent les constitutions et les instruments internationaux pour lutter efficacement contre la fraude à la constitution.

---

## **PARTIE II.**

# **LA DIFFICILE GARANTIE DE L'INTANGIBILITE DES LIMITES DE LA CONSTITUTION**

---

L'appréciation de l'effectivité de la lutte contre la fraude à la constitution implique l'évaluation des effets des actions menées aussi bien par les instances politiques, juridictionnelles et la société civile pour neutraliser les effets recherchés par l'accomplissement d'un acte frauduleux à la constitution. En d'autres termes, il s'agit de savoir si les dispositifs de protection de la constitution qui ont été précédemment évoqués permettent de prémunir le système constitutionnel des atteintes de toutes sortes. Cette appréciation est d'autant plus importante que des résultats qui en sortiront, peuvent être envisagés des moyens plus adéquats de renforcement des différents dispositifs.

Si l'on partage les nombreuses conclusions qui tendent à montrer les deux tendances contradictoires qui travaillent le constitutionalisme africain, on peut en conclure que la lutte contre la fraude est assortie de succès. Lesquels succès découlent de la lente prise de conscience de certains acteurs qui ont décidé d'être les relais, dans l'espace francophone, de l'ancrage de la dynamique constitutionnelle en épanouissement sur le continent africain. Aussi, au niveau de chaque maillon du dispositif institutionnel, des succès peuvent être relevés. Mais le succès de la lutte doit être nuancé, car de nombreux gouvernants persistent dans leur volonté d'instrumentaliser la constitution. Ces deux tendances montrent toute l'ambivalence de la lutte contre la fraude à la constitution.

Aussi, dans le premier titre de cette partie, nous tenterons de mettre en évidence ces deux facettes de la lutte contre la fraude à travers l'analyse, dans un premier temps de la matérialisation de la lutte contre la fraude à la constitution, et dans un second temps, les insuffisances des actions menées contre la fraude à la constitution.

---

## **TITRE I.**

# **LA MATERIALISATION DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

---

La protection de la constitution n'étant pas la tâche exclusive d'un seul organe, il appartient aussi à chacune des institutions reconnues par la constitution de protéger la constitution contre les effets négatifs de la fraude. Les développements qui suivent sont destinés à l'appréciation de la mise en œuvre par les organes juridictionnels et politiques de la protection de la constitution à eux confiés.

L'action des juridictions paraît plus judicieuse à mettre en relief en premier lieu parce qu'elles sont destinées principalement à protéger la constitution. Ensuite, viendra l'appréciation du rôle des organes politiques qui, bien qu'accessoire, reste d'appoint pour l'efficacité de la constitution. Leur rôle de protection de la constitution est important parce qu'outre leur obligation de protéger la constitution, ils ont le devoir de donner suite aux décisions judiciaires qui tendent à protéger la constitution. Toutefois, l'appréciation de leur contribution à la lutte contre la fraude à la constitution reste délicate, car ce sont eux qui lui portent les plus graves atteintes.

---

## CHAPITRE I.

# LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION EN AFRIQUE FRANCOPHONE

---

La protection de la légalité constitutionnelle incombant à la justice constitution, il s'agira de faire un bilan à mi-parcours des décisions rendues par le juge constitutionnel en particulier et les juges ordinaires accessoirement sur les points relatifs à la fraude à la constitution. Concrètement, il s'agira de voir comment les juges en Afrique se servent du dispositif normatif de leur ordre juridique pour censurer ou non la fraude à la constitution. Dans cette perspective, il incombe d'apporter une réponse à l'interrogation de savoir si, oui ou non, le juge constitutionnel en Afrique noire francophone admet la fraude comme cas d'ouverture de son contrôle. Dans l'affirmative, comment parvient-il à cette solution ? Autrement dit, comment procède-t-il à la qualification d'une violation en fraude à la constitution ? Quelle est le type de sanction appliquée lorsqu'il admet la fraude à la constitution comme une violation à la constitution ?

Les développements qui suivent essayeront d'apporter une réponse à ces interrogations. Pour ce faire, la première section portera sur le contenu des décisions rendues par le juge en avec pour objectif de tenter d'avoir une idée nette de sa volonté à lutter contre la fraude. La seconde section portera quant à elle sur l'examen de la portée des décisions censurant les fraudes à la constitution.

## SECTION I.

### LE CONTENU DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Il est un constat qu'en Afrique noire francophone depuis une décennie les acteurs politiques n'hésitent plus à recourir au juge constitutionnel pour connaître des violations de la constitution. Il en est ainsi parce qu'au début des années 2000, la plupart des constitutions ont connu les premières révisions tendant à les instrumentaliser. En réaction, les partis politiques d'opposition ont sollicité les juges constitutionnels en particulier pour se prononcer sur ce qu'ils considéraient comme des fraudes à la constitution. Ceux-ci ont rendu des décisions dont le contenu varie d'un pays à un autre et dont l'examen montre toute la difficulté que les juridictions constitutionnelles ont à assumer au mieux leur rôle de gardien de la constitution.

Face à la fraude, deux tendances majeures se dégagent du dispositif des décisions des juges constitutionnels qui concerne sa censure ou non. De façon générale, la préférence des juges va, pour plusieurs raisons, au deuxième terme de l'alternative. Dans la pratique, pour plusieurs, les juridictions constitutionnelles sanctionnent quelque rare fois les fraudes à la constitution (§I). Dans la majeure partie des cas, parce que le contrôle est parsemé d'embûches parfois insurmontables, elles ne les sanctionnent pas (§II).

#### § 1. LES CAS DE CENSURE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Même si cela est loin de représenter la tendance générale, de plus en plus, certaines juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone s'affirment par leur hardiesse à sanctionner la fraude à la constitution dans un environnement politique qui est loin d'être favorable. N'ayant pas à l'image du juge constitutionnel français dressé « *un tableau des ouvertures* »<sup>658</sup> de contrôle de la constitution, celles qui ont choisi de lutter contre la fraude à

---

<sup>658</sup> VEDEL Georges, « Excès de pouvoirs législatif et administratif », op. cit., p. 83.

la constitution, se contentent d'utiliser les moyens de contrôle prévus par leur constitution pour censurer la fraude à la constitution.

Dans les faits, les juridictions constitutionnelles d'Afrique noire francophone privilégient le contrôle de type objectif. C'est donc à partir des moyens de contrôle objectif que le juge constitutionnel apprécie la légalité constitutionnelle des actes juridiques accomplis en fraude à la constitution (A). La préférence à l'objectivation du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution n'empêche pas le juge constitutionnel de recourir au contrôle de type subjectif pour censurer les actes accomplis en fraudes. Aussi, même avec beaucoup de parcimonie, on assiste à une tendance à lutter contre la fraude à la constitution par la valorisation du contrôle subjectif (B).

#### A. LA CENSURE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION PAR RECOURS AU CONTROLE OBJECTIF

Le contrôle de constitutionnalité en Afrique francophone procède presque exclusivement d'un contrôle formel et très rarement du contrôle matériel des actes soumis à l'appréciation du juge. En effet, les juridictions africaines cantonnent leurs chefs d'analyse dans la stricte limite des énoncées des constitutions et des lois régissant l'organisation et le fonctionnement des juridictions constitutionnelles. Le contrôle formel consiste à vérifier si l'autorité qui a pris l'acte en était habilitée de par la constitution, et si l'acte avait été posé conformément à la procédure d'édiction de cet acte. C'est le « *contrôle de constitutionnalité externe* ». Cette démarche est quasi identique dans les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles. Elle permet de rechercher l'incompétence (négative ou positive)<sup>659</sup> et le vice de procédure qui ont entaché les différentes phases d'élaboration de l'acte. Il faut alors voir si le juge constitutionnel par le biais de ces chefs de contrôle, grâce à sa « *faculté d'empêcher* »<sup>660</sup>, censure les actes accomplis en fraude à la constitution avant leur entrée dans

---

<sup>659</sup> L'incompétence positive sanctionne l'intervention du Parlement dans un domaine qui n'est pas le sien. L'incompétence négative quant à elle sanctionne l'attitude du législateur pour être resté en deçà de sa compétence. Voir Dominique Rousseau, op., cit., p. 137-139.

<sup>660</sup> MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, T. I, Paris Garnier-Flammarion, 1979, pp. 298-299. Il définit cette faculté comme « le droit de rendre nulle une résolution prise par quelques autres ».



l'ordonnancement juridique interne. Quelques jurisprudences constitutionnelles africaines permettent réponse.

La première illustration de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée pour cause d'incompétence positive sera l'arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008 de la Cour constitutionnelle du Niger à propos de la loi du 5 mai 2008 portant statut du député. La loi contestée portait augmentation substantielle des avantages financiers des députés. Elle contrariait la loi de finances gestion 2009 en ce qu'elle rompait l'équilibre du budget issu de cette loi et, en compensation, ne prévoyait pas de prévision de recette. Il y avait manifestement dans cette situation un abus de pouvoir de la part de l'Assemblée nationale qui peut être analysé comme une fraude à la constitution. Une telle qualification peut être retenue dans la mesure où l'Assemblée nationale a utilisé ses compétences pour s'octroyer un avantage qui paraissait démesuré au regard de la situation nationale du peuple nigérien qui croulait dans une misère généralisée<sup>661</sup>. Ce seul point peut justifier le caractère frauduleux de la loi du 5 mai 2008 sur la base du critère finaliste de la fraude à la constitution, c'est-à-dire la manipulation des règles de la constitution à des fins purement subjectives.

Saisie par le président de la République aux fins du contrôle de conformité de cette loi à la constitution, la Cour constitutionnelle a sanctionné, à un double titre, l'incompétence de l'Assemblée nationale, auteur du statut du député<sup>662</sup>. Elle estime d'abord que pour le vote de la loi, certains députés avaient bénéficié d'une délégation de vote de leurs collègues absents conformément à l'article 8 de la loi soumise à contrôle, qui dispose en son alinéa 6 que : « *le droit de vote est personnel. Toutefois, la délégation de vote est permise en cas d'absence autorisée* ». Mais les députés avaient ajouté, contrairement aux causes limitatives d'absence

---

<sup>661</sup> Le Niger reste depuis de longues années le dernier pays dans le classement de l'indice du développement du PNUD. Pis, la fin de règne de TANJA a été marquée par une grave crise alimentaire que le gouvernement n'a jamais admise, allant jusqu'à expulser les organisations non gouvernementales qui appelaient à l'aide alimentaire internationale pour faire face à la demande de nombreux Nigériens victimes de la disette de grande envergure. Or, des centaines de Nigériens de la région de Maradi se sont réfugiés au Nigeria afin de survivre. D'ailleurs, selon les chiffres des Nations Unies, près de huit millions de Nigériens sont en état «d'insécurité alimentaire». Dès son accession au pouvoir, la junte a reconnu la crise qui sévit au Niger et a appelé à l'aide internationale. Voir, [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr). Des centaines de Nigériens affamés trouvent refuge au Nigeria, du 23 mai 2010.

<sup>662</sup> BOLLE Stéphane, « La Cour constitutionnelle du Niger casse le statut du député », [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/)

énumérées à l'article 69 alinéa 3 de la constitution du 9 août 1999<sup>663</sup>, de nouvelles causes d'absences. Celles-ci tenaient notamment aux points suivants: « *cause d'événements familiaux; remplir ses obligations religieuses; participation aux réunions ou missions politiques ou associatives* »<sup>664</sup>. Ce faisant, le législateur organique<sup>665</sup> avait, par cette disposition, empiété sur le domaine de compétence du pouvoir constituant dérivé. Un tel rajout de causes qui s'apparente à une révision de la constitution n'était concevable que du seul chef du pouvoir constituant dérivé, détenteur du pouvoir de révision. C'est donc à bon droit que la Cour constitutionnelle nigérienne a dans l'arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008 conclu que « *le législateur ne saurait prévoir d'autres motifs d'excuses sans violer la constitution; qu'en conséquence, les dispositions de la loi permettant la délégation de vote en cas d'absence pour cause d'événements familiaux, pour remplir ses obligations religieuses ou pour participer aux réunions ou missions politiques ou associatives ne sont pas conformes à la constitution* »<sup>666</sup>. Il y avait bien là un vice dans la procédure de la loi de finances destinée à déterminer les charges et les ressources de l'État<sup>667</sup>.

Ensuite, la Cour s'appuya sur le chef d'incompétence négative pour censurer cette violation reconnue comme un détournement de procédure. Cette loi était entachée d'incompétence négative, en ce qu'elle renvoyait à une « *délibération de l'Assemblée nationale - un acte juridique ne figurant pas dans la nomenclature constitutionnelle - pour la fixation des allocations familiales et d'autres avantages* »<sup>668</sup>. En effet, les articles 27 aliéna 2

---

<sup>663</sup> Article 69 alinéa 3 de la constitution du 9 août 1999: « Toutefois, la délégation de vote est permise lorsqu'un député est absent pour cause de maladie, pour exécution d'un mandat ou d'une mission à lui confiée par l'Assemblée ou le gouvernement pour remplir ses obligations militaires. Nul ne peut recevoir pour un scrutin plus d'une délégation de vote ».

<sup>664</sup> L'article 8 alinéa 6, article 27 alinéa 2 de la loi portant statut des députés du 5 mai 2008.

<sup>665</sup> La qualité d'organique qui a été donnée par la Cour constitutionnelle est contestable au regard de la constitution, car une loi n'est organique que par détermination de la constitution. Or en accordant le caractère organique à une loi qui ne le revêt de par la constitution, une telle démarche peut être juridiquement contestable. Au Burkina Faso, le juge constitutionnel a déjà emprunté une telle démarche avec le brevet de régularité donné à la loi organique régissant le conseil supérieur de la communication alors que cette institution ne figure pas dans les institutions devant être régies par une loi organique. Mais il reviendra sur cette conclusion en refusant le qualificatif organique à la loi 2003 portant régime juridique de la loi de finances.

<sup>666</sup> Observation N°2 sur l'article 15 alinéa 3, Arrêt N°001/CC/MC du 13 juin 2008.

<sup>667</sup> Constitution du Niger du 4 août 1999, Article 83: « La loi de finances de l'année prévoit et autorise pour chaque année civile l'ensemble des ressources et des charges de l'État ».

<sup>668</sup> BOLLE Stéphane, « La Cour constitutionnelle du Niger casse le statut du député », [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

et 29 réservaient à « *des délibérations de l'Assemblée nationale* » le pouvoir de déterminer « *des allocations familiales* »<sup>669</sup> et « *d'autres avantages* » pour les députés<sup>670</sup>. Dans l'observation N°3 analyse<sup>671</sup>, la Cour constitutionnelle remarque que les dispositions de ces articles étaient manifestement en contradiction avec les articles 67 alinéa 3 de la constitution de 1999<sup>672</sup> et 124 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale<sup>673</sup> qui réservent à la loi la détermination de toute indemnité allouée aux députés. Elle a estimé qu'en renvoyant à une délibération de l'Assemblée, qui est par ailleurs, un acte juridique absent de la nomenclature constitutionnelle, le législateur nigérien est resté en deçà de sa mission de fixation des indemnités des députés que lui confère la constitution. Ce renvoi à un acte hors nomenclature était entaché d'une intention frauduleuse. Dans ces conditions, la sanction du vice de procédure apparaissait comme le moyen de censurer une fraude constituée à la constitution.

Le vice de procédure en tant que second mode opératoire du contrôle externe de constitutionnalité ou, pour emprunter l'expression du professeur Dominique ROUSSEAU, « *d'inconstitutionnalité formelle* » requiert plusieurs conditions<sup>674</sup>. En droit français tout d'abord, le juge constitutionnel français « *vérifie que les consultations préalables imposées par la constitution avant le vote de certaines lois ont été faites* »<sup>675</sup>. Il vérifie ensuite si la discussion parlementaire s'est déroulée dans le respect des règles constitutionnelles de procédure<sup>676</sup>. Il peut aussi vérifier si le président de l'Assemblée, à qui une proposition de loi

---

<sup>669</sup> Article 27 alinéa 2 de la loi portant statut des députés du 5 mai 2008 « les députés bénéficient en outre des allocations familiales dont le taux et les conditions sont fixés par délibération de l'Assemblée nationale ».

<sup>670</sup> Article 29 de la loi portant statut des députés du 5 mai 2008, « D'autres avantages peuvent être accordés par délibération de l'Assemblée nationale aux députés, aux membres du bureau de l'Assemblée nationale, aux membres de la Haute Cour de Justice, aux présidents et vice-présidents des groupes parlementaires, aux présidents et vice-présidents des commissions, au Rapporteur général de la Commission des Finances et aux rapporteurs des commissions ».

<sup>671</sup> Observation N°3 sur les articles 27 alinéa 2 et 29, arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008.

<sup>672</sup> Article 67 alinéa 3 « La loi fixe le nombre des membres de l'Assemblée nationale, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités, les modalités du scrutin, ainsi que les conditions dans lesquelles il y a lieu d'organiser de nouvelles élections en cas de vacance de sièges de députés ».

<sup>673</sup> Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Niger, article 124, « une loi fixe le montant et les conditions d'attribution de l'indemnité et autres avantages alloués aux membres de l'Assemblée nationale ».

<sup>674</sup> ROUSSEAU Dominique, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 141.

<sup>675</sup> Ibid.

<sup>676</sup> Ibid.

a été transmise, a vérifié que celle-ci prenait en compte certaines exigences de la constitution, notamment celle liée à l'équilibre des dépenses et des recettes. L'appréciation de cette inconstitutionnalité se fait avec mesure et dans le « *respect du fonctionnement interne des assemblées parlementaires* »<sup>677</sup>, car dans tous les cas, le juge s'assure de l'influence du vice de procédure sur l'adoption de la loi avant de décider de la déclaration d'inconstitutionnalité, et seulement si la violation de la procédure est « *substantielle* ». L'examen du vice de forme ou de procédure met en exergue l'importante question de savoir s'il s'agit, par un tel acte, « *d'une négligence ou d'une manœuvre frauduleuse* »<sup>678</sup>. S'il peut être parfois la résultante d'une négligence en raison de l'urgence née d'un besoin lié à l'adoption d'un texte, dans de nombreux cas, le recours au vice de procédure peut être le moyen de parvenir à la fraude à la constitution, surtout dans les hypothèses où les vices de procédure consistent en un détournement de procédure. De fait, certaines phases de la procédure sont éludées afin d'adopter une loi qui ne tient compte que des intérêts d'un groupe politique. Le juge constate dans ce cas que la commission du vice de procédure a été voulue. Mais se refusant à qualifier la faute de l'auteur de l'acte, le juge conclut, en substitution au détournement de procédure, à un vice de procédure<sup>679</sup>. De nombreuses jurisprudences attestent de la volonté du juge africain de sanctionner ces fraudes dissimulées dans la commission volontaire du vice de procédure.

La Cour constitutionnelle du Mali, en 2001, dans son arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001 qui était une « *discussion contentieuse, qui portait davantage sur le respect des formes et la qualité démocratique de la décision* »<sup>680</sup>, a sanctionné, pour vice de forme, la version du projet de loi constitutionnelle publié au Journal officiel, car il était, en de nombreux points, différent de celle votée par le Parlement<sup>681</sup>. En raison de ce vice de forme, des éléments nouveaux figurant dans le texte publié n'avaient pas fait l'objet de vote parlementaire<sup>682</sup>. En conséquence, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité du texte surtout parce que le président KONARÉ a travesti la volonté de la représentation nationale par une publication erronée de la

---

<sup>677</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd., 2006, p. 392.

<sup>678</sup> BOLLE Stéphane, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad ... », op. cit, p. 28.

<sup>679</sup> Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n° 01 – 128 du 12 Décembre 2001.

<sup>680</sup> BOLLE Stéphane, « Le pouvoir de révision peut-il tout faire ? », [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

<sup>681</sup> Arrêt n° 01 – 128, Considérant N° 24

<sup>682</sup> Arrêt n° 01 – 128, Considérant N° 24

loi de révision votée par elle. L'intérêt d'une telle sanction tient à la sentence prononcée par le juge. Si celui-ci a enfermé son contrôle dans un examen purement formel, il a tout de même déclaré inconstitutionnel un acte qui remettait en cause le consensus des acteurs autour des dispositions de la constitution de 1992. C'est du reste ce qui ressort de l'avis N°01-001/référendum du 04 octobre 2001 que le juge constitutionnel malien avait auparavant émis suite à la saisine de certains députés.

Dans le même sens, la Cour constitutionnelle nigérienne releva un vice de procédure dans l'utilisation de la loi du 5 mai 2008 modifiant le statut du député. Elle estima que l'article 31 de la loi querellée avait méconnu les dispositions de l'article 93 de la constitution reprises par l'article 59-4è et 5è du règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Cet article prévoyait en effet que « *les propositions et amendements déposés par les députés ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique, à moins qu'ils ne soient accompagnés d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes* ». Or, n'étant pas accompagnée d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes, la proposition de loi a méconnu une formalité substantielle exigée par l'article 93 de la constitution. En conséquence, le vice de procédure était constitué en ce que le président de l'Assemblée nationale qui a reçu la proposition de loi n'a pas prononcé son irrecevabilité.

Le juge constitutionnel centrafricain s'est inscrit dans cette logique de censure des vices de procédures empreintes de fraude. La décision n°004/008/CC du 2 octobre 2008 de la Cour constitutionnelle, comme le relève Stéphane BOLLE, est très remarquable en ce qu'elle témoigne d'un certain activisme judiciaire, favorable à l'enracinement de l'État de droit et de la démocratie pluraliste<sup>683</sup>. La Cour a été amenée à adopter une démarche audacieuse afin de parvenir à la sanction d'une fraude à la constitution qui était manifeste.

La fraude à la constitution résultait de l'utilisation régulière des procédures pour briser l'équilibre constitutionnel qui est dans le cas d'espèce, l'indépendance de la magistrature. En effet, le président BOZIZE procéda à la révision de la loi sur l'organisation du Conseil

---

<sup>683</sup> BOLLE Stéphane, « La Cour constitutionnelle désavoue le président et vice versa », Disponible sur [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

supérieur de la magistrature afin de renforcer sa mainmise sur l'institution judiciaire. De fait, l'élargissement des membres du Conseil et la reconnaissance du droit de vote à des membres qui, auparavant, avaient un statut d'observateur, était destinée à lui assurer la majorité en cas de délibération au sein de l'instance. C'est une telle dérive que s'est refusée à cautionner la Cour.

Saisie par le président de la République pour donner son avis sur la conformité du projet de réforme avec la constitution, la Cour requalifia la demande d'avis en une demande de contrôle de conformité à la constitution avant de prendre sa décision. Cette démarche du juge qui était opportune au regard de la situation en cause s'inscrivait dans la même veine que celle réalisée par d'autres juridictions constitutionnelles. En effet, le juge constitutionnel béninois dans des décisions du 25 novembre 1993 et du 8 avril 1994 <sup>684</sup> avait changé la nature de la demande d'avis du président SOGLO<sup>685</sup>.

La méthode de requalification de la demande d'avis est contestable, non seulement au regard des strictes définitions du pouvoir consultatif du juge constitutionnel, mais encore au regard des effets non contraignants des avis qui en sont rendus. En effet, elle est une manifestation du gouvernement des juges que la doctrine dans son ensemble conteste. Cela dit, le juge constitutionnel centrafricain avait-il d'autres choix dans un pays où les abus de pouvoirs du président de la République sont récurrentes. Il peut paraître justifier dans le contexte africain, que le juge constitutionnel en tant que gardien de la constitution, développe des moyens pour assurer une bonne protection de la constitution contre les fraudes. C'est faisant sienne cette méthode que la Cour constitutionnelle centrafricaine a déclaré inconstitutionnelle, pour vice de procédure, en l'occurrence pour défaut de consultation du Conseil Supérieur de la Magistrature, la loi organique déferée. Cela en dépit du fait que la consultation en cause n'est pas expressément prévue par la constitution. Il n'empêche, selon la Cour, qu'elle soit commandée en l'espèce par le principe constitutionnel de l'indépendance du

---

<sup>684</sup> DCC 04-93 du 25 novembre 1993 et DCC 07-94 du 8 avril 1994.

<sup>685</sup> Le juge constitutionnel béninois a fermement déterminé la nature du recours présidentiel et la portée de la «*déclaration*» de conformité à la constitution de la loi organique. Elle sa décision par son obligation de rendre une véritable «*décision*» sanctionnant, le cas échéant, le respect par le législateur organique des prescriptions procédurales et matérielles contenues dans la loi fondamentale. Elle a en conséquence estimé que les termes «*d'avis juridique sur la conformité à la Constitution*» ou «*d'avis de conformité à la Constitution*» qui figuraient dans les lettres de saisine du président de la République étaient impropres. Voir BOLLE Stéphane, «*La Cour constitutionnelle désavoue le président et vice versa*», Disponible sur [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

pouvoir judiciaire, à la garantie duquel concourt le Conseil Supérieur de la Magistrature. Cette décision est en réalité la preuve que le juge ne doit pas s'enfermer dans les limites de ses attributions pour refuser de censurer des forfaitures contre la constitution. Incontestablement, la solution retenue par le juge de par sa justesse concourt à limiter la dérive des gouvernants. C'est d'ailleurs ce que relève, fort à propos, monsieur BOLLE. Selon lui, cette norme de référence créée de toute pièce, vise probablement à « *geler* » certains acquis<sup>686</sup> ou à limiter leur remise en cause au profit d'institutions devant échapper à l'emprise du pouvoir politique<sup>687</sup>. La détermination de d'autres juges constitutionnels à protéger la constitution contre les fraudes se manifeste dans le contrôle de constitutionnalité interne.

Pour réaliser le contrôle interne, les moyens à la disposition du juge constitutionnel sont la violation du bloc de constitutionnalité et le détournement de procédure. Il sera seulement examiné l'application jurisprudentielle de la sanction pour le motif de violation directe d'un élément interne du bloc de constitutionnalité dans les hypothèses de la fraude à la constitution. L'appréciation de la mise en œuvre du détournement de pouvoir et de procédure sera renvoyée à la sous partie qui suivra.

Avant d'analyser les violations du bloc de constitutionnalité, il convient de faire remarquer qu'en Afrique francophone, le contenu des blocs de constitutionnalité est presque identique. Les constitutions renvoient à la Charte africaine des droits de l'homme, à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, aux Pactes internationaux des Nations unies. La nuance tient au fait que certaines constitutions ont donné valeur constitutionnelle aux conclusions de la Conférence nationale ou des accords qui ont été à l'origine de leur adoption<sup>688</sup>. En tant qu'ensemble des normes de référence du juge constitutionnel, la protection du bloc de constitutionnalité est importante. D'où l'idée de l'infraction de violation du bloc de constitutionnalité. Ce moyen de contrôle peut être, sinon est un moyen efficace de sanction de la fraude à la constitution. En effet, le doyen VEDEL fait remarquer que « *la violation de la loi (ou de la constitution) rassemble tous les cas d'illégalité qui ne sont pas catalogués dans les autres ouvertures. Dès lors que, pour une raison ou pour une*

---

<sup>686</sup> Le même esprit a présidé à la découverte en 2006 par la Cour constitutionnelle du Bénin du principe à valeur constitutionnelle du consensus national, principe opposable au pouvoir de révision.

<sup>687</sup> BOLLE Stéphane, « La Cour constitutionnelle désavoue le président et vice versa », Disponibles sur [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

<sup>688</sup> C'est le cas des constitutions du Bénin, du Burundi et de la République Démocratique du Congo.

*autre, le Conseil constitutionnel renonce à l'une de ces ouvertures (comme c'est le cas pour le détournement de pouvoir sans renoncer à censurer les lois qui en auraient été justiciables, c'est à « l'ouverture de la violation de la constitution » que profiterait cette renonciation »*<sup>689</sup>.

La violation de la constitution apparaît donc comme un excellent substitut de la fraude à la constitution. Deux matières seront utilisées pour l'appréciation de la violation de la constitution: il s'agit, d'une part, « *des valeurs matérielles de la démocratie que sont la liberté et l'égalité* »<sup>690</sup> et, d'autre part, du respect de la répartition du domaine de compétence entre le législateur et l'exécutif.

La protection des droits fondamentaux en Afrique est une question hautement importante, car elle reste un défi majeur de la construction d'un État de droit démocratique. Contre la violence physique et morale qui prévaut encore comme moyen de dissuasion des contre-pouvoirs, le droit est sollicité pour assurer une protection minimale des droits fondamentaux des citoyens. Cette responsabilité incombe alors au pouvoir judiciaire. Il lui appartient de s'ériger en obstacle contre l'arbitraire des majorités au pouvoir. La protection de l'égalité dans toutes ses formes et de la liberté de tous doit être, comme le relève le professeur Babacar KANTÉ, le deuxième axiome de la démocratie<sup>691</sup>. Mais, soutient-il, l'examen de la jurisprudence révèle, qu'à quelques rares exceptions près, ces principes ne sont pas une préoccupation dans la construction en cours des systèmes politiques africains<sup>692</sup>.

L'appréciation des jurisprudences se fera à partir de la distinction de l'égalité proposée par le professeur KANTÉ, entre d'une part, l'égalité verticale qui concerne les rapports entre les autorités politiques et les citoyens et, d'autre part, l'égalité dite horizontale entre les citoyens eux-mêmes. Le professeur KANTÉ fait observer que les contentieux tournant autour

---

<sup>689</sup> VEDEL Georges, « Excès de pouvoirs législatif et administratif », op. cit., p. 86.

<sup>690</sup> KANTÉ Babacar, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », Mélanges offerts à Jean GICQUEL, *Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, p. 272.

<sup>691</sup> Ibid., p. 274.

<sup>692</sup> Ibid.



du premier sont relativement fréquents en Afrique en raison du caractère de plus en plus ouvert des compétitions électorales<sup>693</sup>.

La rupture de l'égalité des candidats devant la loi est le moyen le plus souvent soulevé. Exerçant les attributions contentieuses à lui reconnues en matière électorale, le Conseil constitutionnel ivoirien fera respecter le principe d'égalité qu'entendait remettre en cause la décision n°2005-01 /PR du 5 mai 2005 portant autorisation à titre exceptionnel de certaines candidatures à l'élection présidentielle de 2005 prise en application des accords politiques de Linas-Marcoussis et de Pretoria. Le Conseil ivoirien estima que ces textes consacraient une distinction entre deux catégories de candidats à savoir, d'une part, les candidats présentés par les partis politiques signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis, déclarés éligibles et, d'autre part, les autres candidats soumis aux dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires en vigueur. À cet effet, il a relativisé la portée de la discrimination en exigeant de tous les candidats les mêmes conditions d'éligibilités et les pièces requises à partir d'un raisonnement à double argumentation tirée des instruments internationaux auxquels renvoie la constitution et les dispositions de la constitution elle-même<sup>694</sup>.

La première argumentation du juge s'appuie sur l'exigence de l'acquittement du devoir fiscal. Le Conseil estima à ce propos que « *ni les différents accords politiques, ni les textes pris dans le cadre de l'article 48 de la constitution n'ont eu pour objet de soustraire aucun des candidats à la présente élection présidentielle à son devoir fiscal* », car « *celui-ci tire son fondement de l'article 27 de la constitution du 1er août 2000, qui indique que l'obligation de s'acquitter de ses impôts est le premier devoir du citoyen et s'impose à tous, à fortiori aux personnes qui prétendent à la Magistrature suprême du pays* »;

*Que de même, l'article 29 alinéa 6 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981, à laquelle se réfère solennellement le préambule de la constitution ivoirienne du 1er août 2000, impose à chaque individu de « s'acquitter des contributions fixées par la loi pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société ».* Le Conseil considère enfin que « *le devoir de s'acquitter de ses impôts est un acte de probité et de bonne*

---

<sup>693</sup> KANTÉ Babacar, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », op. cit., Ibid., p. 274.

<sup>694</sup> Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire, Décision n° CI-2009-EP/028/19-11/CC/SG.

*moralité* ». Pour le juge ivoirien, la satisfaction par les candidats de l'obligation fiscale est si importante que les dérogations prévues par les accords politiques ne sauraient les soustraire d'une obligation qui s'impose à tous les citoyens. C'est cette exigence qui engendre les développements sur le principe d'égalité qui peut être vu ici comme la seconde articulation de la décision.

Les conclusions du juge en ce qui concerne le principe de l'égalité sont catégoriques. Pour le Conseil ivoirien, l'esprit des différents accords politiques de sortie de crise ne tend pas à remettre en cause « *le principe d'égalité devant la loi prescrit par la constitution du 1er août 2000, en ses articles 13 et 30 et, de manière particulière, le principe d'égal accès aux fonctions publiques électives, prévu par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 en son article 21, point 2 et la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981, en son article 13, point 2, auxquelles le peuple ivoirien a solennellement adhéré à travers le préambule de sa Constitution, impliquent de ne pas traiter différemment les personnes placées dans une situation identique* ». Le juge constitutionnel ivoirien procédera alors à une interprétation conciliante des objectifs poursuivis d'une part, par la décision N° 2005-01 /PR du 5 mai 2005 portant autorisation à titre exceptionnel des candidats à l'élection présidentielle de 2005 et les différends accords internationaux et la finalité de la constitution, d'autre part. À l'évidence, l'importance accordée au principe de l'égalité ne saurait souffrir d'une application discriminatoire.

Cependant, la portée de cette décision ne doit pas être surestimée parce qu'il s'agissait moins pour le juge constitutionnel ivoirien de rétablir l'égalité entre les candidats devant les conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle que d'assurer le respect de leurs obligations fiscales. De ce fait, la conclusion de monsieur BOLLE selon laquelle le Conseil constitutionnel ivoirien a réalisé une réécriture des textes en vigueur qui aurait permis de purger le droit écrit de l'élection présidentielle de sortie de crise des conditions de candidature contraires au principe d'égalité BOLLE nous paraît excessive. Pour cet auteur, le juge constitutionnel a, ce faisant, revu et corrigé le Code électoral ajusté<sup>695</sup>. Il nous semble que le Conseil constitutionnel ivoirien a plutôt exigé le respect d'une obligation constitutionnelle que récusé les conditions d'éligibilité telles qu'ajustées par les modifications du code

---

<sup>695</sup> À l'aune du méta-principe d'égalité, le Conseil Constitutionnel réécrit le droit électoral. En Côte d'Ivoire, le droit des élections de sortie de crise s'élabore selon des modalités singulières. Disponible sur <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>. Consulté le 29/05/2010.

électoral. La nouvelle articulation de l'article 54 du code électoral ivoirien institue une dérogation pour les signataires des accords de sortie de crise. Il dispose à cet effet que « ...*les candidats présentés par les signataires de l'Accord de Linas Marcoussis sont dispensés de la production des pièces prévues au présent article à l'exception de la déclaration de candidature* ».

Du reste, dans sa décision relative à l'établissement de la liste définitive des candidats à l'élection présidentielle, le juge constitutionnel rappelle que c'est en application des textes en vigueur et par décision n° CI-2009-EP-026/28-10/CC/SG, qu'il a arrêté la liste des pièces exigibles des candidats à l'élection présidentielle<sup>696</sup>. C'est dire qu'il n'a pas procédé à une réécriture jurisprudentielle des conditions de candidature. Pour preuve, le rappel des conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle n'a pas eu aucun impact sur l'examen de la candidature des signataires de l'Accords de Lina-Marcoussis pour lesquels le principe d'égalité avec les autres candidats n'a été souligné qu'en ce qui concerne l'attestation de régularité fiscale. S'il avait été autrement, cela aurait dû ressortir de l'analyse de certaines candidatures, particulièrement celles d'Henri Konan BEDIÉ et d'Alassane OUATTARA à l'instar de la candidature d'Adama DOLO<sup>697</sup>. Dans ce cas, le Conseil aurait dû, concernant la situation du candidat OUATTARA, se prononcer sur le dispositif de l'arrêt N° E 0001-2000 rendu le 6 octobre 2000 par la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême à propos de la liste des candidats à la présidentielle 2000. Mieux, il aurait dû se préciser l'étendue du caractère exceptionnel du droit à l'éligibilité accordé au candidat OUATTARA. La dernière observation s'applique à l'ex-président BÉDIE qui a bénéficié de la dérogation à limite d'âge<sup>698</sup>. Le silence du juge constitutionnel sur ces questions n'autorise pas pour l'instant à faire produire à la décision plus de portée qu'elle n'en a. Par conséquent, il faut se garder de

---

<sup>696</sup> Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire, Décision n° CI-2009-EP/028/19-11/CC/SG. Le Conseil constitutionnel rappelle comme suit la liste des pièces exigées par le Code électoral des candidats à l'élection présidentielle:

- une déclaration personnelle de candidature revêtue de la signature du candidat ;
- une lettre d'investiture du ou des parti (s) politiques (s) qui parraine (nt) la candidature, s'il y a lieu;
- le reçu d'un cautionnement de vingt millions (20.000.000 FCFA) de francs CFA;
- un extrait d'acte de naissance du candidat ou le jugement supplétif en tenant lieu;
- une attestation de régularité fiscale ou tout autre document permettant de s'acquitter de ses impôts.

<sup>697</sup> Dans un des Considérants, le juge affirme que l'examen du dossier du candidat Adama DOLO, bénéficiaire d'une naturalisation, nécessite un développement particulier.

<sup>698</sup> Le candidat BÉDIE né le 01 janvier 1934 avait 76 ans au moment de la validation des candidatures alors que l'article 35 limite à 75 ans l'âge de candidature à l'élection présidentielle. Article 35 de la constitution du 1<sup>er</sup> août 2000 : « *Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et soixante-quinze ans au plus...* ».

surestimer l'aptitude du juge ivoirien à préserver la constitution des violations de toutes sortes.

De son côté, le juge constitutionnel de l'Union des Comores face à la révision déconsolidante de la constitution qui était destinée, sous le prétexte de l'harmonisation de la date des élections générales, à permettre au président SAMBI de contourner la limitation de son mandat à quatre ans et de bénéficier d'une rallonge de deux années supplémentaires, a opposé une décision hardie à cette tentative. Saisi par le député Abdou Djabir, parlementaire de l'opposition qui contestait la loi de prolongation du mandat, elle l'a, dans un arrêt du 8 mai 2010, censuré pour inconstitutionnalité et annulé les dispositions de l'article 2 de la loi n°10-003/CAUCI du 1<sup>er</sup> mars 2010 déterminant la date des élections du président de l'Union et des gouverneurs des îles. À cet effet, elle déclara « *qu'à compter du 26 mai 2010 à 00 heure, s'ouvre une période intérimaire durant laquelle, le président de l'Union et les Vice-présidents exercent leurs pouvoirs, dans une démarche consensuelle, jusqu'à l'investiture du nouveau président de l'Union et des Gouverneurs élus* »<sup>699</sup>. Par ailleurs, pour empêcher que le président ne recoure aux pouvoirs exceptionnels pour briser les équilibres constitutionnels, la Cour constitutionnelle gela les pouvoirs du président SAMBI, qui se vit interdire leur utilisation « *pendant la période intérimaire, des dispositions constitutionnelles et légales relatives à la dissolution de l'Assemblée de l'Union, au changement du Gouvernement et de la composition actuelle de la Cour constitutionnelle, et au recours aux mesures exceptionnelles sauf en cas d'interruption du fonctionnement régulier des institutions constitutionnelles* »<sup>700</sup>.

Si cette décision apparaissait à tout point de vue salulaire en ce qu'elle confirma le terme du mandat du président SAMBI, le jeu d'équilibre, auquel s'adonna la Cour rendait incertain les effets réels de la censure. En effet, la décision présente plusieurs insuffisances qui concernent autant la période de l'intérim, les modalités de réalisation du consensus que la question de l'encadrement de l'utilisation des pouvoirs exceptionnels.

S'agissant de l'intérim, il faut observer que la décision rendue par la Cour constitutionnelle des Comores procède à une extension ses causes en ajoutant une condition supplémentaire à celles prévues par la constitution, à savoir les cas de vacance du pouvoir et

---

<sup>699</sup> Cour const, Article 4 de l'arrêt du 8 mai 2010.

<sup>700</sup> Cour const, Article 5 de l'arrêt du 8 mai 2010.

d'empêchement du président<sup>701</sup>. La Cour invoqua une troisième cause qui est celle de la période s'écoulant entre l'investiture du nouveau président de l'Union et la fin du mandat présidentiel alors que le président revendiquait en vain une rallonge. Alors qu'aucun de ces deux cas d'ouverture n'est réuni, la Cour confère une certaine légitimité au pouvoir de SAMBI jusqu'à l'organisation des élections générales.

La seconde insuffisance qu'affiche la décision est relative à l'imprécision quant à la période intérimaire dont la détermination de la durée fut laissée aux parties qui doivent la faire de façon consensuelle. Pourtant, la Cour aurait pu décider de la date des élections devant mettre fin à l'intérim et éviter ainsi les controverses interprétatives. De plus, à propos de ce consensus, on peut regretter que la Cour n'ait pas donné des orientations surtout que le consensus paraissait difficile, voire impossible, eu égard au refus du camp du président SAMBI. En effet, le camp présidentiel avait refusé d'écourter de façon consensuelle son mandat à l'effet d'harmoniser la date des élections générales comme l'avait préconisé les partis d'opposition. En procédant de la sorte, la Cour constitutionnelle a manqué l'occasion d'être le véritable aiguilleur du fonctionnement des institutions comme l'auraient certainement fait certaines juridictions comme la Cour constitutionnelle du Bénin qui, afin de préserver le pluralisme politique, n'a pas hésité à donner des indications sur la détermination de la composition de la CENA ou encore sur la composition de la Haute Cour de justice<sup>702</sup>. Dans ces deux situations, la Cour devait répondre à la question de savoir si en l'absence de dispositions constitutionnelles et législatives sur les modalités de désignation des membres devant siéger dans ces institutions, l'Assemblée nationale est libre d'adopter le scrutin de son

---

<sup>701</sup> Article 14 de la constitution des Comores.

<sup>702</sup> Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009 relative à la composition de la Haute Cour de justice. Cour Constitutionnelle, Décision DCC 01-011 du 12 janvier 2001 relative à la procédure de désignation des membres de la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) et des membres des Commissions Electorales Départementales (CED). Dans cette dernière décision, la Cour constate que « des disproportions manifestes et une disparité flagrante dans la répartition des membres affectés à chaque groupe parlementaire pour décider que « l'Assemblée Nationale a fait une application erronée et inéquitable du membre de phrase « en tenant compte de sa configuration politique ». Elle constate donc que: « Considérant que la composition de la CENA telle que décidée par l'Assemblée nationale conduit à une confiscation de cette institution par certains groupes parlementaires en violation de la règle d'égalité édictée par l'article 26 de la constitution et n'est donc pas de nature à assurer la transparence et la sincérité des élections comme l'exige un Etat de droit de démocratie pluraliste ; qu'en tout état de cause, quelle que soit la configuration politique de l'Assemblée nationale, aucun groupe parlementaire, aucune force politique ne doit s'attribuer le monopole de la CENA et de ses démembrements... ».

choix ou bien si elle est tenue de respecter certains principes liés à l'État de droit et plus précisément à la démocratie pluraliste<sup>703</sup>.

Pour répondre à la question, la Cour constitutionnelle du Bénin procéda à une catégorisation de la représentation proportionnelle majorité/minorité qu'elle éleva au rang de principe à valeur constitutionnelle opposable à la majorité parlementaire qui n'avait pas tenu compte de l'exigence de la démocratie pluralisme que garantit la constitution béninoise du 11 décembre 1990<sup>704</sup>. En conséquence, elle enjoignit à l'Assemblée nationale de procéder à la désignation des membres devant figurer dans ces institutions dans le respect du principe de la proportionnalité, c'est-à-dire, en permettant la représentation de la quasi-totalité des groupes parlementaires.

La troisième insuffisance a, elle, trait au fait que la Cour constitutionnelle des Comores a donné la possibilité au président de recourir « *aux mesures exceptionnelles en cas d'interruption du fonctionnement régulier des institutions constitutionnelles* ». Cette dernière précaution paraît inopportune et incongrue parce qu'elle donnait la possibilité au président SAMBI de recourir aux pouvoirs exceptionnels alors qu'il était l'auteur du blocage des institutions. Or, créer un blocage des institutions par la provocation d'un conflit prétexte est simple. Si le président SAMBI voulait utiliser les pouvoirs, il lui suffisait créer de toutes pièces un conflit artificiel. C'est dire que l'admission de cette exception entrouvrirait la perspective du recours aux pouvoirs exceptionnels à l'effet de rallonger le mandat présidentiel.

Fort heureusement, les pressions internationales eurent raison de la ferme volonté affichée par le président SAMBI qui se ravisa pour laisser les dispositions constitutionnelles sur la durée des élections produire leurs pleins effets.

Si le recours aux moyens objectifs apparaît être la voie la plus usitée pour tenter de sanctionner les fraudes ouvertes à la constitution, il arrive, de plus en plus, que le juge

---

<sup>703</sup> KPODAR Adama, « Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009, Une bonne année à la démocratie pluraliste », Disponible sur [www.laconstitutionenafrique.com](http://www.laconstitutionenafrique.com). Consulté le 25/09/2009.

<sup>704</sup> Ibid.

constitutionnel africain recoure à un raisonnement qui fait la part belle à la subjectivisation dans le contrôle de la fraude à la constitution.

## B. LA CENSURE DE LA FRAUDE PAR LA VALORISATION DU CONTROLE SUBJECTIF

La valorisation des moyens subjectifs consiste pour le juge à prendre en compte des éléments subjectifs à l'effet d'apprécier la régularité d'une opération juridique à lui soumise. Autrement dit, le juge cherche à savoir si des considérations subjectives n'ont pas entaché d'irrégularités au regard de la constitution, certains actes de sorte à provoquer leur censure. Ces éléments subjectifs sont alors à rechercher dans la volonté de l'auteur de l'acte. Celle-ci dépend non seulement des circonstances de la cause, mais doit surtout être appréciée à l'aune de la volonté du constituant originaire.

La plus illustrative des décisions qui tendent à rechercher et à condamner les éléments empreints de subjectivité est la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin de 2006<sup>705</sup>. Citée en exemple pour ses nombreuses audaces, la Cour constitutionnelle du Bénin a assujéti le pouvoir de révision au respect d'une norme non écrite. Elle affirma notamment que : *« même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle »*. Le juge inféra de la tenue de la Conférence nationale souveraine, expression de la volonté du peuple, le principe du consensus national. Si en l'espèce, il s'agissait de l'expression de la volonté d'une large majorité du peuple, cela suffisait pour le juge constitutionnel béninois à constituer un principe constitutionnel. Ce raisonnement du juge lui vaut des critiques de certains auteurs tels Luc SINDJOUN et Stéphane BOLLE. Ce dernier affirme qu'au Bénin, la Cour constitutionnelle s'est érigée en instance d'homologation du caractère consensuel – une notion vague s'il en

---

<sup>705</sup> Décision DCC 06- 074 de 2006.

est, à moins de la confondre avec l'unanimité – de toute révision constitutionnelle <sup>706</sup>. Cependant, il nous semble que dans un tout autre registre, la création d'un principe prohibitif de l'exercice démesurée du pouvoir constituant dérivé afin de sanctionner une fraude à la constitution ne nous paraît pas excessive.

Si on admet l'idée de HABERMAS selon laquelle, à défaut d'unanimité, les conflits politiques peuvent se régler par marchandages ou consensus, il doit être admis pour acceptable, la décision du juge béninois de considérer que l'expression majoritaire de plus de 70% des participants à la Conférence nationale est un consensus dans la mesure où les acteurs politiques ont tous accepté les règles constitutionnelles qui ont été adoptées<sup>707</sup>. Certes, une majorité issue d'une délibération ne traduit pas un consensus, mais en démocratie, l'expression de la majorité du peuple reste le plus crédible moyen de décision. Aussi, la minorité doit pouvoir se plier à cette volonté majoritaire. Du reste, si on peut douter que le suffrage majoritaire des parlementaires soit le signe de l'adhésion du peuple, il reste que dans une démocratie semi directe, il demeure le principal moyen d'expression du peuple. C'est selon cette occurrence, nous semble-t-il, qu'il faut appréhender l'inquiétude de Stéphane BOLLE. Celui-ci s'interroge de savoir si la démarche du juge qui consiste à dégager de sa propre autorité les normes de contrôle d'une loi de révision pour enchaîner le pouvoir de révision respecte les canons d'un « *État de droit et de démocratie pluraliste* »<sup>708</sup>. De notre avis, une réponse affirmative s'impose. En effet, tant que le pouvoir de révision s'exprime de façon frauduleuse, le juge constitutionnel se doit de la neutraliser. Au besoin, le juge constitutionnel doit procéder à une analyse téléologique pour protéger la constitution. C'est à cette exigence que s'est plié le juge constitutionnel béninois comme l'auraient fait les juges constitutionnels espagnol, allemand ou italien.

---

<sup>706</sup> BOLLE Stéphane, « La constitution par la paix », [www.laconstitutionenafrique.com](http://www.laconstitutionenafrique.com). L'auteur affirme qu'il apparaît nettement qu'en droit – et sauf au Bénin- le pouvoir de révision peut pratiquement tout faire, au risque de compromettre la paix par la Constitution ». Une autre critique de cette décision émane de Luc SINDOUN, *Grandes décisions*, op. cit, pp. 305-341. Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

<sup>707</sup> Dans le vocabulaire juridique, le mot consensus traduit un accord tacite, un compromis de non obstruction dans la conclusion ou l'application d'une délibération. Voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 217.

<sup>708</sup> BOLLE Stéphane, « La constitution par la paix », précité.



Il a recherché d'abord la finalité de la constitution. Pour ce faire, il a recouru à l'exposé des motifs<sup>709</sup>, au procès-verbal des débats parlementaires<sup>710</sup> et aux travaux préparatoires de la Conférence des Forces vives de la Nation pour dégager cette finalité de la constitution qui résulte de la « *détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale* ». Ensuite, il a recherché les ressources ayant permis de dégager cette finalité. Elles sont inférées selon lui des valeurs de la constitution que le juge qualifie « *d'idéaux* ». Au nombre de ceux-ci, se trouve le « *consensus national* » qu'il décide alors d'élever au rang de principe à valeur constitutionnelle pour lui donner une assise normative solide. En conséquence, le mandat de quatre ans est le résultat d'un consensus national qui ne pourrait être remis en cause par une majorité conjoncturelle des représentants du peuple sans violer la constitution.

La décision du juge béninois est un modèle du genre montrant la volonté du juge africain de recourir à la notion de « *fraude à la constitution* » ou de « *fraude à la loi* ». Sur le chef de violation alléguée de la délégation de vote, le juge constitutionnel affirme que « *l'examen des photocopies des procurations versées au dossier par le président de l'Assemblée nationale révèle que ces procurations, au nombre de vingt-quatre (24) sont soit sans date, sans précision d'objet, soit encore surchargées ou raturées, soit non signées, soit avec des durées excédant un mois, soit avec des signatures différentes de celles portées sur les documents intitulés « Exposé des motifs » et liste de présence; qu'il est regrettable que l'utilisation frauduleuse de telles procurations qui frise une fraude à la loi ait été prise en compte pour asseoir des majorités qualifiées requises par la constitution; que la Haute juridiction ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer en l'état sur la violation alléguée, qu'il n'y a donc pas lieu de statuer en l'état* »<sup>711</sup>. Le juge constitutionnel met en doute la régularité des procurations qui auraient été obtenues par des manœuvres frauduleuses. Lesquelles manœuvres pouvant être constitutives de fraude à la loi, car elles s'en rapprochent de très

---

<sup>709</sup> Considérant qu'il résulte de la réponse du président de l'Assemblée nationale que la proposition de modification de l'article 80 de la constitution n'était pas accompagnée d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes ; que l'exposé des motifs tend à démontrer à contrario que le cumul des élections législatives et communales en 2008 aboutirait à des économies substantielles pour le budget national ».

<sup>710</sup> Considérant qu'il ressort du procès verbal des débats parlementaires

<sup>711</sup> C'est nous qui soulignons.

près<sup>712</sup>. Le juge estime que l'utilisation de ces moyens frauduleux a été justifiée par le seul l'objectif de se conformer à la constitution. Il est regrettable à un double titre que le juge ne soit pas allé au bout de sa logique d'appréciation de la fraude à la constitution. D'une part, le juge effleure la fraude à la loi, là, où il aurait pu évoquer la fraude à la constitution. En effet, s'il est vrai que la procuration est un acte de droit privé régi par le Code civil, il n'en demeure pas moins que dans ce cas, la délégation en cause est prévue par l'article 54 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui lui-même met en application l'article 93 de la constitution. De surcroît, en admettant le règlement intérieur dans son bloc de référence, il aurait dû en conséquence faire allusion à la fraude à la constitution.

D'autre part, le juge estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour apprécier la fraude à la loi ou à la constitution. De pareilles justifications laissent dubitatives au regard de quelques manœuvres frauduleuses utilisées par certains parlementaires<sup>713</sup>. Toutefois, la conclusion à laquelle il parvient laisse croire que s'il venait à disposer d'éléments suffisants, il pourrait apprécier plus explicitement la fraude à la loi comme chef de violation de la constitution. Il nous paraît justifié pour le juge de tenir un tel rôle, plutôt que d'affirmer avec ironie, comme cela semble être le cas de BOLLE, qu'il apparaît nettement qu'en droit et sauf au Bénin- le pouvoir de révision peut pratiquement tout faire, au risque de compromettre « *la paix par la constitution* »<sup>714</sup>. Cette position nous paraît minimiser le rôle du juge constitutionnel africain dans la construction de la démocratie. Il nous semble que dernier ne doit pas être confiné dans une position minimaliste, attitude que condamne monsieur BOLLE<sup>715</sup>, si l'on veut qu'il contribue à l'ancrage de la démocratie. Du reste, le droit comparé montre que les juges

---

<sup>712</sup> Selon le dictionnaire Larousse 2008, le verbe friser signifie, *Etre près d'atteindre quelque chose, s'en approcher de très près.*

<sup>713</sup> Ces procurations, au nombre de vingt-quatre (24) sont soit sans date, sans précision d'objet, soit encore surchargées ou raturées, soit non signées, soit avec des durées excédant un mois, soit avec des signatures différentes de celles portées sur les documents intitulés « Exposé des motifs » et liste de présence.

<sup>714</sup> BOLLE Stéphane, « La constitution par la paix », précitée.

<sup>715</sup> Monsieur BOLLE critique l'attitude minimaliste des juges constitutionnels malien et tchadien qui, attachés à leur brevet de compétence d'attribution, refuse de distinguer des cas d'ouverture que la constitution ne distingue pas. Pour lui, ils se contentent « *d'un contrôle minimum ou s'abîment dans un semblant de contrôle, excessivement révérencieux* ». Voir BOLLE Stéphane, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* (R.B.S.J.A), n° 17, Décembre 2006, p. 18.

constitutionnels allemands, autrichiens, italiens s'octroient de larges pouvoirs<sup>716</sup>. Mieux, le juge constitutionnel espagnole arbitre des conflits politiques<sup>717</sup>.

Le juge béninois lui a bien compris qu'il a une mission qui lui impose, comme le relève le professeur HOLO, d'exercer sa liberté d'interprétation de la constitution en harmonie avec les finalités et évolutions de l'ordre social, voire de l'idée de droit dominante dans l'État, car les constitutions qui ne sont ni figées ni immuables, ne sont pas, selon Royer-Collard, des « *tentes dressées pour le sommeil* »<sup>718</sup>.

Suivant le même désir de protéger la constitution contre d'éventuelles désarticulations, le juge constitutionnel béninois maintient le même cap dans sa décision DCC 09-002 DU 8 janvier 2009 portant sur la loi relative à la désignation des membres de la Haute Cour de justice. En effet, elle censura la loi portant désignation de la « *part parlementaire* » de la Haute Cour de Justice, car l'élection a été faite selon le principe de la majorité mécanique en ne prenant pas en compte la diversité des partis représentés à l'Assemblée nationale. En l'espèce, la composition des membres de cette institution n'avait pas tenu compte des forces en présence à l'hémicycle, faisant la part belle aux partis politiques les plus importants, oubliant les partis minoritaires.

Une autre décision traduisant la volonté des juges constitutionnels à lutter contre la fraude à la constitution est celle du juge constitutionnel centrafricain. Dans sa décision n°004/008/CC du 2 octobre 2008, la Cour constitutionnelle a jugé que la nouvelle composition du CSM était déséquilibrée, qu'elle était « *préjudiciable à l'indépendance du pouvoir judiciaire* », car affirme-t-elle, « *si le législateur organique a parfaitement le droit de* » « *faire entrer les justiciables dans le Conseil Supérieur de la Magistrature* », il ne saurait multiplier par six le nombre de personnalités extérieures à nommer au CSM (de 2 à 12) et placer les magistrats élus dans une situation d'extrême minorité (2 des 14 membres nommés du CSM), sans ouvrir la voie à des « *risques de pressions* » contraires à la constitution. Le juge centrafricain ne fonde pas sa décision de censure de la loi organique sur la violation

---

<sup>716</sup> Voir actes de Séminaire sur les motivations des Cours constitutionnelles, précité.

<sup>717</sup> LUCUCQ Olivier, « Espagne, Tribunal constitutionnel », Séminaire sur les motivations des Cours constitutionnelles, précité.

<sup>718</sup> HOLO T., « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs* 2009/2, N° 129, p. 101-114.

d'une disposition de la constitution, mais sur les éventuelles violations de la constitution qui pourraient résulter du fait de la non-garantie des principes d'immuabilité et d'indépendance du pouvoir judiciaire. Si une telle position du juge peut paraître excessive, elle se justifie si l'on tient compte de la volonté du président BOZIZE de neutraliser l'un de ses rares contre-pouvoirs institutionnels. La loi organique était donc contraire au principe constitutionnel de la séparation de pouvoirs. A travers cette décision, le juge constitutionnel centrafricain s'inscrit dans la même logique que son homologue mauritanien.

Cette censure rappelle la loi organique sur la composition, celle qui fut prononcée en 1993, relativement au même sujet par le Conseil constitutionnel mauritanien (décision n°007 du 21 juillet 1993). Elle repose, en substance, sur un raisonnement comparable à celui suivi par le Conseil constitutionnel français depuis 1986, « *décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, s'il est loisible au législateur de modifier, de compléter ou d'abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées, il ne saurait, dans l'exercice de ce pouvoir, priver de "garanties légales des exigences constitutionnelles"* ».

En dépit des retentissements de ces décisions et des espoirs démesurés qu'elle aura suscités, la volonté du juge constitutionnel de protéger efficacement la constitution reste une attitude marginale en droit constitutionnel africain. La tendance générale est à la non censure généralisée de la fraude à la constitution.

## § 2. LA NON CENSURE GENERALISEE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Si le refus de sanctionner la fraude à la constitution peut s'expliquer techniquement, certaines juridictions se cachent derrière ce handicap pour se dédouaner d'une censure de l'exécutif (A). Dans le pire des cas, elles préfèrent prendre parti dans le jeu partisan en ne censurant pas la volonté frauduleuse des partis au pouvoir (B).

Le contrôle de constitutionnalité étant une attribution confiée par la constitution au juge constitutionnel, c'est à l'aune de celle-ci qu'il apprécie la régularité des actes. Juridiction d'attribution, la juridiction constitutionnelle ne se prononce que sur les cas pour lesquels sa compétence est reconnue par la constitution. En conséquence, si une saisine sort des limites de ses attributions, il se déclare incompétent à opérer le contrôle. Mais le juge peut utiliser l'argument de l'incompétence abusivement. C'est pourtant la solution à laquelle opte fréquemment le juge constitutionnel en Afrique afin de ne pas entraver un objectif poursuivi par l'auteur d'un acte frauduleux. Les déclinaisons de compétences sont très récurrentes en matière d'appréciation de la volonté du pouvoir constituant dérivé, très souvent au motif de l'absence de texte de référence.

Cet état de fait soulève avec acuité la question de l'attitude que devrait avoir le juge constitutionnel lorsqu'il est saisi d'un contrôle pour lequel il n'existe pas de texte de référence. Le professeur Babacar KANTÉ fait observer que face aux révisions répétées des constitutions, les juridictions constitutions africaines ont eu des attitudes fort différentes. Tandis que les unes se déclarent compétentes, les autres opposent leur incompétence<sup>719</sup>. La question est plus délicate en ce qui concerne les fraudes à la révision qui constituent la principale manifestation de la fraude à la constitution. Face à l'obstacle de taille « *du contrôle sans texte* », il y a lieu de résoudre préalablement la question de savoir si « *le juge constitutionnel doit s'autoriser à vérifier la constitutionnalité d'un acte de révision, soit une compétence qui ne lui a été expressément ni attribuée, ni refusée par le constituant originaire?* »<sup>720</sup>. Selon Stéphane BOLLE, « *il n'est pas illégitime qu'à l'instar du Conseil constitutionnel du Sénégal, en 1998 et en 2006, ou de son homologue de France en 2003, le juge constitutionnel s'interdise de contrôler le pouvoir parlementaire de révision* »<sup>721</sup>. Pour les partisans d'une telle position, le refus du juge constitutionnel à opérer un contrôle de révision peut se justifier si l'on considère qu'il n'est pas armé face à cette situation dès lors

---

<sup>719</sup> KANTÉ Babacar, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », op. cit., Ibid., pp. 274-275.

<sup>720</sup> BOLLE Stéphane, « Le pouvoir de révision peut-il tout faire ? », [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

<sup>721</sup> Ibid.

qu'il ne se reconnait pas de compétence générale d'arbitrage du fonctionnement des institutions pour apprécier en opportunité des lois dont il est saisi<sup>722</sup>.

Les arguments opposés à cette conception trouvent leur fondement dans le rôle de gardien de la constitution confié au juge et en vertu duquel il se doit par tous les moyens d'assumer au mieux. S'il n'est pas illégitime que le juge constitutionnel décline sa compétence en l'absence de texte, en cas de fraude à la constitution, il reste plus tenu que libre de se défaire du contrôle. Cette option n'est pourtant qu'exceptionnelle en Afrique francophone.

Le juge constitutionnel sénégalais détient la palme de la déclaration d'incompétence. Partisan d'une «*méthode fondamentaliste*» qui donne préférence à la «*lecture minimaliste des textes*» basée exclusivement sur la lecture littérale des textes<sup>723</sup>, le Conseil constitutionnel sénégalais a toujours botté en touche devant des situations dans lesquelles des décisions hardies étaient requises pour la résolution d'un conflit juridico-politique<sup>724</sup>.

Saisi le 02 septembre 1998 d'un recours en inconstitutionnalité contre la loi portant révision des articles 21 et 28 de la constitution supprimant la limitation des mandats présidentiels et du quart bloquant<sup>725</sup>, le Conseil constitutionnel sénégalais décide que la loi attaquée étant une loi constitutionnelle, elle échappait à sa compétence (Considérant N°5), et que le contentieux relatif au Règlement intérieur de l'Assemblée nationale n'entre pas dans sa compétence (Considérant N°5). Le refus de contrôler le Règlement intérieur bien que conforme au droit sénégalais qui ne le reconnaît pas comme élément du bloc de constitutionnalité, ne paraît pas opportun. Le problème à ce niveau ne tenait pas tant à la nature de ce règlement intérieur, mais surtout au refus de sanctionner la manipulation d'une règle qui était destinée à neutraliser l'alternance automatique attachée à la limitation des mandats présidentiels. En effet, comparée à d'autres jurisprudences africaines telles que celles

---

<sup>722</sup> OULD. B. Ahmeh Salem, « Le développement de la justice constitutionnelle en Mauritanie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1993, Vol. IX, p. 31.

<sup>723</sup> KANTÉ Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétations de la Constitution: l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 159.

<sup>724</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n°1/C/ 2005 du 7 septembre 2005 relative à la loi de prorogation du mandat des députés ; Décision n°/C/ 2007 du 2007. Voir notamment les commentaires de FALL Ismaïla Madior, *L'évolution constitutionnelle au Sénégal*, op. cit., 2000, CREDILA.

<sup>725</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision N°44/98 du 4 octobre 1998, Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal, CREDILA, 2008, p. 261.

du Bénin<sup>726</sup>, du Tchad<sup>727</sup> et du Niger<sup>728</sup> qui ont intégré le règlement intérieur dans les normes de référence du juge, la solution du juge sénégalais paraît bien timide et regrettable. Il nous semble que la non intégration du règlement intérieur dans le bloc de constitutionnalité ne puisse justifier à elle seule le refus de son contrôle. Le règlement intérieur faisant l'objet d'un contrôle obligatoire de constitutionnalité sur la base de l'article 62 de la constitution de 2001, le juge constitutionnel sénégalais aurait pu saisir l'occasion pour assurer sa protection contre toutes sortes de violations à l'instar de son homologue nigérien<sup>729</sup>, dans la mesure où il apparaît comme un guide de mise en œuvre efficace des règles constitutionnelles.

Le juge sénégalais confirmera cette position dans ses décisions ultérieures relatives au même objet. Saisi par 16 députés d'un détournement manifeste de procédure le 20 décembre 2000<sup>730</sup>, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 janvier 2001, va se déclarer incompétent au motif que « *la législation sénégalaise ne contient aucune disposition constitutionnelle ou légale lui conférant compétence pour statuer sur les recours dirigés contre des décisions prises en matière de référendum par le président de la République* » (Considérant N°3).

La différence d'attitude des juridictions relativement aux lois référendaires est reproduite en ce qui concerne les fraudes à la constitution qui portent sur la prorogation des mandats de certains élus. Au Sénégal, le juge constitutionnel a, en 2005, déclaré son incompétence à donner un avis sur la prorogation du mandat des députés<sup>731</sup>. En effet, saisi par le président de la République le 01 septembre 2005 en vue de se prononcer sur la légalité constitutionnelle du projet de loi modifiant l'article 60 de la constitution et celui couplant les élections législatives à l'élection présidentielle de 2007, le Conseil constitutionnel sénégalais a fondé son incompétence sur le fait que l'avis demandé porte sur une matière soustraite de son champ de compétence d'attribution défini par la constitution et la loi organique 92-22

---

<sup>726</sup> Décision DCC 98.039 du 14 avril 1998, Rec. p. 199.

<sup>727</sup> Décision n°001/CC/SG/ 04 du 11 juin 2004.

<sup>728</sup> Arrêt N°001/CC/MC du 13 juin 2008.

<sup>729</sup> Arrêt N°001/CC/MC du 13 juin 2008.

<sup>730</sup> DIEYE Abdoulaye, « Observations sur Décision N°77/2000/6/C/2000 du 2 janvier 2001 », in *Les Décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, op. cit., p. 401.

<sup>731</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n°1/C/ 2005 du 7 septembre 2005.

relatives au Conseil constitutionnel<sup>732</sup>. Autrement dit, il ne peut se prononcer sur une matière qui ne lui a pas été expressément attribuée par la constitution. Par une telle réponse, il est incontestable qu'il manque une occasion d'étendre le champ de ses attributions consultatives comme l'ont fait les homologues ivoirien, malien et gabonais, même si dans ce dernier cas, l'extension a porté sur la compétence contentieuse<sup>733</sup>. Il était pourtant nécessaire qu'il se prononce sur une question touchant au cœur, la construction démocratique de ce pays. Ce qui n'était qu'un avis fut confirmé. En effet, conformément à la décision manifestée dans l'avis, dans sa décision n°92/2005-3/C/2005 du 18 janvier 2006, le juge sénégalais confirma son incompétence à connaître des lois constitutionnelles prorogeant le mandat des députés élus aux élections législatives du 29 avril 2001 pour être renouvelé le même jour que l'élection présidentielle. Le considérant 12 de cette décision est quasi similaire au considérant N° 1 de l'avis du 7 septembre 2005.

Si en principe toute incompétence est en partie justifiée par les lacunes de la constitution, c'est bien à tort, que le juge constitutionnel sénégalais se garde de les combler, rompant ainsi avec l'audace qu'il a manifestée par le passé, comme le fait observer Abdoulaye DIEYE, dans sa décision n°5/93 du 2 mars 1993 dans laquelle le juge considéra « *qu'il a l'obligation de se prononcer malgré le silence des textes* ». Le juge ajouta à cet effet que « *ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions (ne l)'autorisent...à s'abstenir de régler le différend porté devant lui ; qu'il (devait) se prononcer par une décision en recourant, au besoin aux principes généraux du droit, à la pratique, à l'équité et à toute autre règle compatible avec la sauvegarde de l'état de droit et avec l'intérêt commun* »<sup>734</sup>.

Outre son refus de se prononcer sur une fraude dont il est saisi, il arrive quelques fois au juge constitutionnel africain, par un raisonnement spécieux, de valider la fraude à la constitution.

---

<sup>732</sup> Considérant N° 1 de la Décision n°1/C/ 2005 du 7 septembre 2005.

<sup>733</sup> Conseil constitutionnel ivoirien, Avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003.

<sup>734</sup> DIEYE Abdoulaye, Observations sur Décision N°77/2000/6/C/2000 du 2 janvier 2001, Décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, op. cit., p. 403.



Le juge constitutionnel appelé par les acteurs politiques à donner son arbitrage en vue de prévenir les conflits, ou à déterminer les règles d'accès au pouvoir que de dévolution du pouvoir<sup>735</sup>, ne s'illustre pas toujours par une neutralité axiologique. Pris dans le jeu partisan ou pour certaines contraintes tenant à l'environnement politique, il est amené à valider la fraude à la constitution. On peut dès lors être tenté de le rendre complice de l'acte accompli en fraude à la constitution. En effet, par son jugement, il contribue à régulariser un acte que d'autres acteurs politiques, la doctrine et la société civile considèrent *a priori* comme étant entaché de fraude par rapport à la constitution. Certes, ces derniers ne sont pas plus habilités que la majorité à conférer un caractère irrégulier à un acte dans la mesure où leurs opinions ne lient pas juridiquement, mais celles-ci ont parfois le mérite de provoquer l'intervention du juge sur la controverse suscitée par un acte. Pour ce faire, le juge constitutionnel africain doit pouvoir dire uniquement le droit. Très souvent lorsqu'il est saisi, il décide de « *faire souffrir le droit pour servir le pouvoir* »<sup>736</sup>. Or en ne sanctionnant pas les actes frauduleux, il nourrit les suspicions de complicité de fraude à son égard et jette le discrédit sur son institution. À partir de là, on peut franchir le pas pour dire que le juge constitutionnel peut être complice de la fraude à la constitution en partant de l'idée que c'est sa décision qui confère validité à l'acte frauduleux querellé.

Cela dit, il n'est pas *a priori* approprié de penser que le juge constitutionnel peut commettre telle fraude à la constitution, car de par ses attributions, il est appelé à dire le droit plus qu'à poser des actes. Mais au regard de certaines décisions rendues par le juge constitutionnel africain, il semble tout à fait normal de soutenir l'idée de la connivence entre lui et le pouvoir politique. En effet, le professeur Alioune FALL fait remarquer que certaines « *solutions retenues semblent reposer davantage sur des considérations politiques que sur des fondements strictement juridiques. Cette politisation est, de manière générale, dissimulée* ».

---

<sup>735</sup> KNAUB G., « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat », RDP 1993, p. 1149.

<sup>736</sup> MARCILHACY Pierre, *Le Figaro*, 12 février 1960, décrivait de la sorte le rôle du Conseil constitutionnel français à ses débuts.

dans des notions juridiques qui sont étroitement liées à l'existence de l'État »<sup>737</sup>. L'environnement politique n'est pas étranger à cette attitude du juge. Il n'empêche que s'il choisit de n'être ni « censeur ni pédagogue »<sup>738</sup>, le juge constitutionnel africain peut se voir accoler l'image de fraudeur ou, du moins, de complice de la fraude à la constitution. De nombreuses jurisprudences parmi les plus récentes confirment une telle appréhension.

La première illustration nous vient de la décision n°2005-007/CC/EPF/ rendue sur un recours tendant à demander l'annulation de la candidature du président burkinabé sortant Blaise COMPAORE<sup>739</sup>. Cette décision vide le contentieux électoral de savoir si la loi constitutionnelle de révision du 11 avril 2000<sup>740</sup>, limitant à deux le nombre de mandats présidentiels possible par un même candidat, s'appliquait ou non au président COMPAORE dont le dernier mandat arrivait à échéance en 2005. Cette décision peut être aussi analysée sous l'angle du contrôle de la licéité de la révision de la loi du 11 avril 2000 sur laquelle elle ne portait pas directement.

Sur ce second point, on peut être tenté de s'interroger sur l'attitude que pourrait adopter le juge burkinabé s'il était saisi du contrôle d'une loi constitutionnelle parlementaire ou *ad referendum*? En guise de réponse, il faut faire observer que la constitution burkinabé de 1991 ne prévoit pas le contrôle de ces lois par le juge constitutionnel, et, de plus, celui-ci n'a pas encore été saisi d'une telle question. Cependant, eu égard à la décision ci-dessus évoquée, on pourrait, à titre prospectif, en inférer la position que donnerait le Conseil constitutionnel à une saisine visant à contrôler une loi constitutionnelle. Le juge burkinabé refuserait de confronter la loi constitutionnelle de 2000 à la constitution de 1991 au motif « *qu'il ne peut procéder à un tel examen sans tomber dans l'illégalité* »<sup>741</sup>. Cette solution du juge constitutionnel traduit une position dont le juridisme le dispute à l'activisme politique. La preuve, le président du Conseil constitutionnel, bien que tenu par le secret des délibérations, a, lors de l'émission

---

<sup>737</sup> FALL A. B., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics: pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Afrilex* n°03/2003, p. 20.

<sup>738</sup> CONAC G. « Le juge constitutionnel censeur ou pédagogue », précité.

<sup>739</sup> Centre pour la Gouvernance Démocratique, *Avis et décisions de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à 2007*, op. cit., p.81-92. Stéphane BOLLE, *La constitution Compaoré*, disponible sur [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

<sup>740</sup> Article 37 constitution du 2 juin 1991. Loi 3-2000 AN du 11 avril 2000 - Art. 1<sup>er</sup>. « *Le président du Faso est élu pour cinq ans au suffrage universel direct, égal et secret. Il est rééligible une fois* ».

<sup>741</sup> Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision n°2005-007/CC/EPF.

*Actu-hebdo* de la télévision nationale, tenté d'expliquer à l'opinion publique nationale les tenants et les aboutissants de la décision. Pourtant, le lieu et le moment se prêtaient mal à cette sortie par laquelle le président du Conseil constitutionnel burkinabé s'érigait en porte-parole du camp présidentiel. Et ceci, en contradiction aux obligations imposées par l'article 8 de la loi organique relative au fonctionnement du Conseil. Cette disposition impose aux membres du Conseil : « *l'interdiction pendant la durée de leurs fonctions, de dévoiler le secret des délibérations et des votes, de ne prendre aucune position publique sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décision de la part du Conseil, de ne donner aucune consultation sur les mêmes questions* »<sup>742</sup>. Mais pouvait-il en être autrement pour le président du Conseil constitutionnel dont le rapport de la Cour des comptes avait dénoncé les fautes énormes de gestion<sup>743</sup>?

Une chose est certaine, il y avait là, cautionnement de la fraude à la constitution. Cette caution résulte de plusieurs arguments. Les requérants demandaient l'annulation de la candidature de Blaise Compaoré au motif que celle-ci violait l'esprit et la lettre de l'article 37 de la constitution. Le juge rejeta la demande à la suite d'une démarche duale. D'abord, il fallait pour lui déterminer l'esprit et la lettre de l'article 37 de la constitution de 1991. Ensuite, il fallait partir de trois sources de référence pour déterminer l'esprit: le rapport de la commission des réformes politiques élaboré en application des recommandations du collège des sages, le vote exprimé par les votants de ladite loi et enfin les deux révisions. Ce choix sélectif est critiquable pour n'avoir pas pris en compte les travaux préparatoires, les intentions et motivations du pouvoir constituant originaire<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui. Article 8 : « Un décret pris en Conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel, définit les obligations imposées aux membres du Conseil, afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. Ces obligations comprennent notamment, l'interdiction pendant la durée de leurs fonctions, de dévoiler le secret des délibérations et des votes, de ne prendre aucune position publique sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décision de la part du Conseil, de ne donner aucune consultation sur les mêmes questions ».

<sup>743</sup> Il est reproché au président d'avoir débloqué plus de 56 millions dans le fond de gestion du conseil constitutionnel sans en fournir les pièces justificatives. Selon le rapport 2009 de la Cour des comptes, l'ex-président du conseil constitutionnel, TRAORE IDRISSE a déclaré son impossibilité à fournir les pièces justificatives. C'est nous qui soulignons.

<sup>744</sup> Centre pour la Gouvernance Démocratique, Grands Avis et décisions de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à nos jours, à paraître.

Pour résoudre le conflit entre la loi de 1997 et celle de 2001, le juge constitutionnel fait référence à la règle de conflit de l'article 2 du Code civil. Le recours à cette technique purement civiliste est critiqué par plusieurs commentateurs pour son caractère non absolu et pour sa valeur constitutionnelle reconnue qu'en matière pénale. Le juge constitutionnel accorde au président COMPAORE un droit acquis qui échapperait aux effets de la loi nouvelle. Une telle interprétation confirme bien l'idée que « *la constitution Compaoré* »<sup>745</sup> avait été ménagée à dessein.

Les Conseils constitutionnels du Togo et du Tchad se sont inscrits dans cette logique de refus de censurer la fraude. Le Conseil constitutionnel du Tchad saisi pour contrôler la constitutionnalité de la proposition de loi portant révision de la constitution du 31 mars 1996, rend une décision qui frise le militantisme politique. Appelé à se prononcer, entre autres<sup>746</sup>, sur la levée de la limitation du nombre des mandats présidentiels en vue de favoriser une alternance plus ouverte et exclure par ricochet toute « *ambiance de fin de règne* »<sup>747</sup>, le juge constitutionnel tchadien rejeta les griefs soulevés par les requérants, validant ainsi la violation de l'esprit de la constitution qui était manifestement remis en cause dans le cas d'espèce<sup>748</sup>.

Au Togo, le cautionnement de ce qui se présente comme l'illustration la plus éloquente de la fraude à la constitution commence avec le décès, le 5 février 2005, du président Gnassingbé EYADEMA. Le montage opéré par le camp présidentiel pour porter Faure Eyadema au pouvoir est cautionné par la Cour constitutionnelle togolaise qui après avoir « *constaté la vacance de la présidence de la république de son excellence Gnassingbé EYADEMA* »<sup>749</sup>, accepta de faire prêter serment à Faure EYADEMA comme président<sup>750</sup>.

---

<sup>745</sup> BOLLE Stéphane, « La constitution Compaoré », [http : //www.la-constitution-en-afrique.org/](http://www.la-constitution-en-afrique.org/).

<sup>746</sup> Les réformes ont porté sur la suppression du Sénat, la création d'un Conseil économique social et culturel, la révision de la procédure de révision pour privilégier le recours au référendum.

<sup>747</sup> Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle portant révision de la constitution du 31 mars 1996, Assemblée nationale, deuxième législature, p. 1.

<sup>748</sup> Décision n°001/CC/SG/ 04 du 11 juin 2004. Commentant cette décision, Stéphane BOLLE fait observer que le Conseil constitutionnel tchadien apparaît comme le bras armé d'un pouvoir de révision en quête d'une légitimation constitutionnelle. Stéphane BOLLE, « Le contrôle prétorien... », op. cit., p. 31.

<sup>749</sup> Cour constitutionnelle du Togo, Déc. 2005.

<sup>750</sup> Cour constitutionnelle du Togo, Déc. Du 7 février 2005.

La dernière illustration est celle qui concerne la protection des droits fondamentaux. Le juge constitutionnel burkinabé donna la preuve, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi organique n°36-2001 du 13 décembre 2001 relative au statut du corps de la magistrature, qu'il est entièrement dévolu au service de la majorité présidentielle. La question principale concernait la conformité à la constitution de l'article 36 de la loi organique qui dispose que « *l'exercice du droit de grève est interdit aux magistrats* ». Il s'agissait pour le Conseil de montrer qu'il pouvait assurer la protection véritable d'un droit aussi fondamental que celui du droit de grève. Le juge apprécia la constitutionnalité de cette disposition au regard de l'article 22 de la constitution du 2 juin 1991 qui dispose que « *le droit de grève est garanti. Il s'exerce conformément aux lois en vigueur* ». En l'espèce, la résolution de l'équation passait par la précision des expressions « *le droit est garanti* » et « *le droit de grève s'exerce* ». La lecture du dernier considérant montre que pour le juge, la reconnaissance ou la garantie d'un droit n'implique pas nécessairement son exercice effectif par tous. Ce considérant est libellé comme il suit: « *considérant que la reconnaissance ou la garantie d'un droit n'implique pas nécessairement son exercice effectif par tous, qu'ainsi pour le comité de la liberté syndicale du conseil d'administration du Bureau International de Travail (BIT) (la liberté syndicale, recueil de décisions et de principes du comité de la liberté syndicale du conseil d'administration du BIT, quatrième édition, 1996, bureau international du travail, Genève, n°531 à 539), la reconnaissance du principe de la liberté d'association aux fonctionnaires de l'administration judiciaire ou du pouvoir judiciaire implique qu'ils doivent être considérés comme des fonctionnaires publics exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État et de fait leur droit de recourir à la grève peut faire l'objet de restriction ou d'interdiction* ».

L'effort d'argumentation du juge constitutionnel tendant à trouver un fondement à la décision des gouvernants montre bien son intention de justifier une interdiction totalement contraire à la liberté syndicale expressément garantie par la constitution. On pouvait s'interroger de savoir à quoi sert-il de garantir un droit si son exercice doit être par la suite interdit ? Contrairement à l'argument avancé par le juge, le droit comparé ne prévoit de limitation restreinte ou absolue de la liberté de grève qu'à certaines conditions. Selon le professeur SUDRE, en droit européen, la seule chose que la convention européenne des droits de l'homme exige en matière de liberté syndicale est que « *la législation permette au syndicat de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres* »; à cette fin le syndicat a « *le droit*

*d'être entendu » et « de faire connaître ses revendications »*<sup>751</sup>. Les États parties à la convention ont le choix des moyens pour assurer la liberté syndicale à travers plusieurs modalités d'exercice à savoir « *les procédures de consultation, le droit de négociation collective et le droit de grève* ».

La Cour Européenne des droits de l'homme considère quant à elle que le droit de grève est un des moyens pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs adhérents. À cet effet, elle analyse l'interdiction de faire grève comme une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 11 de la convention<sup>752</sup>. L'exercice du droit de grève peut faire l'objet de marge nationale d'appréciation, mais celle-ci est très réduite. Seules des raisons « *convaincantes et impératives* » peuvent justifier des restrictions à l'exercice des droits syndicaux dans la fonction publique.

Le juge burkinabé évoqua la spécificité du statut, de la fonction et la continuité du service pour justifier l'interdiction d'exercice du droit de grève. Il affirme à propos dans le troisième considérant « *qu'au surplus, les spécificités du statut et de la fonction des gardiens des libertés individuelles et collectives et que la continuité du service public de la justice a paru si essentielle au législateur que celui-ci a organisé sa poursuite même pendant les vacances judiciaires semblent exclure l'exercice du droit de grève aux magistrats* ». Cette argumentation surprend par son incohérence, tant l'organisation des vacances judiciaires des magistrats afin de permettre le fonctionnement continu des services n'est en rien un signe de remise en cause de l'exercice du droit de grève. Quel que soit le corps, la jouissance des congés administratifs est conditionnée par la prise en compte des nécessités du fonctionnement régulier des services. L'autorisation de jouissance de ce droit est laissée à l'appréciation des supérieurs hiérarchiques qui doivent veiller à la continuité du service public. L'organisation des vacances des magistrats n'est pas une spécificité particulière, car dans les autres corps, tous les fonctionnaires ne prennent leurs vacances que conformément aux nécessités de la continuité du service public. Il eût fallu simplement réviser la constitution pour en soustraire la reconnaissance du droit de grève aux magistrats. Du reste, le droit de

---

<sup>751</sup> SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> éd., PUF, 2006, p. 520.

<sup>752</sup> CEDH, UNISON c/ royaume Uni, 10 janvier 2002, n° 53574/99, D, 2003, 309, NOTE MARGUENAUD, J.-P. et J. MOULY ; Fédération of Offshore Worker's Trade Unions et autres c/ Suède, n°38190/97 du 27 juin 2002.

réquisition est un moyen légal dont dispose l'autorité administrative en cas de grève pour contraindre certains agents publics à assurer le service minimum.

La déclaration de conformité à la constitution de la loi interdisant l'exercice du droit de grève aux magistrats n'est donc qu'une caution des abus de droit de légiférer. La censure juridictionnelle de la fraude étant quelques fois une réalité, il paraît opportun d'apprécier la portée des contrôles réalisés par les juridictions.

## **SECTION II.**

### **LA PORTEE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

L'analyse de certaines jurisprudences ayant montré une ambivalence des résultats du contrôle juridictionnel de la fraude, il est impérieux d'apprécier l'incidence sur l'ordre constitutionnel des succès obtenus. La première appréciation concernera les effets attachés aux censures prononcées par les juridictions. On distinguera les effets prévus par la loi ou de ceux qui sont déterminés par le juge (§I). La seconde concernera la méthode empruntée par le juge dans son appréciation de la fraude à la constitution. Il en ressort que ses décisions ne sont que le produit d'une timide subjectivation du contrôle de constitutionnalité qui, progressivement, on ose l'espérer, deviendra un canon d'analyse des juges constitutionnels africains (§II).

#### **§ 1. LES EFFETS DES DECISIONS DE CENSURE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Les décisions de censure d'une fraude à la constitution ne produisent pas des effets spécifiques, car elles interviennent dans le cadre normal du contrôle de constitutionnalité. En tant que tels, les éléments importants y relatifs concernent le type de censures prononcées, l'autorité des décisions rendues et celle de la force exécutoire des décisions du juge constitutionnel.

L'autorité de la décision du juge ne sera pas abordée, car de façon générale, il résulte des droits constitutionnels africains que l'autorité attachée aux décisions est absolue. La décision du juge constitutionnel s'impose à tous les autres pouvoirs et à tous les organes de l'État. Le second élément relatif à l'exécution des décisions est du reste le plus important, car c'est lui qui permet d'apprécier l'effectivité du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution. On imagine mal l'intérêt d'un contrôle juridictionnel dont les décisions ne sont pas exécutées. Dans le contrôle juridictionnel, l'application des décisions du juge constitue le véritable enjeu



de la garantie juridictionnelle, du moins, le critère d'efficacité de « *la judiciarisation* » du système juridique. Très souvent malheureusement, les sanctions des actes frauduleux trouvent très rarement une suite favorable en termes d'exécution. Elles sont purement et simplement méconnues par ceux qui sont chargés de l'exécution. C'est pourquoi, il nous semble davantage indiqué d'aborder l'effectivité de leur application en termes de limites au contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution.

La fraude étant une violation de la constitution, les sanctions qui leur sont appliquées sont par conséquent celles qui sont prévues pour les actes contraires à la constitution. Elles consistent en des déclarations d'inconstitutionnalité dont l'étendue est variable. Ces déclarations d'inconstitutionnalité sont totales ou partielles. Celles-ci seront examinées en fonction du moment du contrôle, c'est-à-dire, selon qu'il s'agit d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*.

Avec le contrôle *a priori*, l'acte frauduleux est apprécié avant son entrée en vigueur dans l'ordonnement juridique interne. Ce mode de contrôle reste le plus dominant dans le système de contrôle de constitutionnalité des États francophones. Son intérêt est de prévenir les éventuelles intrusions en droit positif, d'actes contraires à la constitution. La présentation duale en inconstitutionnalité partielle et totale de la censure se retrouve presque exclusivement dans ce contrôle préventif. Le juge peut estimer que l'acte est censuré dans sa totalité et ne peut entrer en vigueur où que la censure portera sur une partie détachable de l'acte.

Dans ce contrôle de type préventif, lorsqu'elles sont totales, les déclarations d'inconstitutionnalité concernent la totalité de la loi. Une loi déclarée dans sa totalité contraire à la constitution n'est pas promulguée. Cette solution similaire à celle qui est pratiquée en France est la règle de droit commun. Elle est applicable au contrôle *a priori* qui caractérise le contrôle de constitutionnalité en Afrique francophone. Elle est expressément prévue par la plupart des constitutions des États francophones africains dans une formulation quasi identique. Cette formulation est libellée comme il suit : « *une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée, ni mise en application* »<sup>753</sup>. Le champ

---

<sup>753</sup> Burkina Faso, Article 159 constitution 1991 ; Bénin, Article 124 alinéa 1 de la constitution de 1990.

d'application de cette solution concerne les règles faisant l'objet d'un contrôle *a priori*. Il s'agit des engagements internationaux, des lois organiques, des lois ordinaires et des règlements intérieurs des institutions<sup>754</sup>. Lorsque dans le contrôle de ces actes, le juge parvient à la conclusion d'une fraude, il doit prononcer la sanction totale de l'acte à cause de son caractère malveillant. Le dispositif constitutionnel ne vise pas un type particulier de violation; il est seulement prévu qu'en cas de contrariété, l'acte soit neutralisé par son rejet. À titre illustratif, au Burkina, un pouvoir d'annulation est reconnu au juge constitutionnel contre toute loi de révision objet d'une contestation fondée<sup>755</sup>. La loi ne pourra alors produire les effets escomptés par ses auteurs. C'est la même solution qui existe dans les autres États francophones.

Les effets des invalidations partielles sont différents de ceux qui concernent l'invalidation totale. Lorsque la loi est en partie déclarée inconstitutionnelle, elle ne peut être promulguée à condition que le juge ait mentionné que cette partie de la loi est inséparable de l'ensemble de la loi<sup>756</sup>. Dans le système français, une difficulté s'est posée avec les hypothèses où le juge ne fait pas mention de ce que la partie inconstitutionnelle de la loi est inséparable ou non de l'ensemble de la loi. En effet, ce vide offre au président de la République chargé de promulguer la loi, le choix entre deux possibilités: promulguer la loi ou en demander une autre lecture. Il a fallu l'intervention du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 août 1985<sup>757</sup>, pour clarifier les voies d'exécution des décisions d'invalidations partielles. Le président de la République peut, soit promulguer la loi amputée des dispositions jugées contraires à la constitution, soit ne pas la promulguer et demander au Parlement «*une nouvelle lecture*» ou «*une nouvelle délibération*»<sup>758</sup>. Ce sont ces solutions jurisprudentielles françaises qui ont été reprises par les constitutions africaines des années quatre-vingt-dix<sup>759</sup>.

---

<sup>754</sup> Burkina Faso, Article 51 Loi organique n° 011-2000/AN. Bénin, Article 146 Constitution 1990.

<sup>755</sup> Loi organique n° 011-2000/AN portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil Constitutionnel et procédure applicable devant lui. Article 36 : « Le Conseil Constitutionnel statue dans le délai d'un mois. S'il estime la contestation fondée, il arrête la procédure de révision ou annule la loi de révision ».

<sup>756</sup> Burkina Faso, Article 50 de la Loi organique n° 011-2000/AN.

<sup>757</sup> C.C 85-197 D.C., du 23 août 1985, R. p. 70.

<sup>758</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 172.

<sup>759</sup> Burkina Faso, Article 50 Loi organique n° 011-2000/AN.

Même s'il reste exceptionnel, le contrôle *a posteriori* peut déboucher sur le contrôle des actes frauduleux. Bien que le juge constitutionnel ne puisse être saisi de lois déjà en vigueur que dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, il peut être amené à contrôler de façon indirecte une loi déjà entrée en vigueur. À l'opposé, le juge ordinaire dispose d'une plus grande liberté pour le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires frauduleux lorsqu'une loi ne lui fait pas obstacle.

Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité inhérents au contrôle *a posteriori* divergent légèrement d'avec ceux du contrôle *a priori*. Deux situations sont à envisager selon que le recours est exercé par voie d'action ou par voie d'exception. Le contrôle par voie d'action est limité à quelques pays qui en admettent la possibilité pour des cas très limités. Pour ce qui est du Bénin par exemple, devant des présomptions d'inconstitutionnalité concernant les lois, textes et actes concernant la souveraineté nationale et la suprématie de la constitution, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle <sup>760</sup>. De ce fait, en cas de contrariété d'un acte juridique avec un des principes constitutionnels, l'annulation de celui-ci demeure la sanction principale. Ce qui signifie qu'en l'absence de toute autre précision complémentaire, un texte inconstitutionnel, déféré à la Cour constitutionnelle par un citoyen, et qui mettrait en cause le caractère indivisible de la souveraineté nationale et/ou la suprématie de la constitution, est censé n'avoir jamais existé et ne peut plus être appliqué<sup>761</sup>. Par ailleurs, il faut observer que le champ d'application de l'annulation, sanction exceptionnelle des actes juridiques inconstitutionnels, a été légèrement étendu par l'article 31 alinéa 3 de la loi organique n°91-009<sup>762</sup>. Dorénavant, la sanction est applicable à toute loi, tout texte réglementaire, tout acte administratif, déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle autosaisie. De ce fait, une disposition de l'un de ces textes qui viole les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques est considérée comme nulle et non avenue. Cependant, la mise en pratique de ce droit de saisine de la Cour par un citoyen pour faire constater une inconstitutionnalité relative

---

<sup>760</sup> Article 3 de la constitution du Bénin « La souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. La souveraineté s'exerce conformément à la présente constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat. Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ».

<sup>761</sup> BOLLE Stéphane, *Le nouveau régime constitutionnel*, Thèse de doctorat, op. cit., p. 715.

<sup>762</sup> Ibid.

à ces principes n'est pas toujours efficace. En effet, la Cour constitutionnelle du Bénin saisie par certains citoyens pour annuler la loi de prorogation d'une année supplémentaire du mandat des députés a jugé la saisine irrecevable. De façon générale, les effets des censures prononcées en cas de contrôle par voie d'action sont absolus (effets *erga omnes*), et ceci, que le contrôle ait été exercé *a priori* ou *a postériori*.

Hormis ces rares cas, le contrôle d'une loi déjà entrée en vigueur s'opère essentiellement par voie d'exception dans la quasi-totalité des États africains francophones. Cette voie de contrôle implique qu'une loi dont l'application a donné lieu à un conflit peut être portée devant le juge de fond, qui sursoit à statuer et s'adresse au juge constitutionnel dont la réponse définitive lui servira pour trancher le litige.

Lorsque le contrôle est exercé par voie d'exception, l'effet produit par la sanction est limité aux parties, entraînant une incertitude sur la sécurité juridique dans son ensemble. L'invalidation de l'acte contesté ne concerne que les effets à venir de la loi et non les effets passés engendrés par la loi, de sorte que les situations juridiques nées sous l'empire de cette loi avant son invalidation restent valables.

Pour éviter que les lois contraires à la constitution soient encore en vigueur, certains juges constitutionnels africains ne se contentent plus d'un contrôle exclusivement objectif; mais recourent timidement à une méthode subjective pour contrôler la fraude.

## **§ 2. LA TIMIDE SUBJECTIVISATION DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

La subjectivation du contrôle implique que le juge recherche la signification du texte de référence, mais aussi s'appuie sur les éléments subjectifs qui ont présidé à l'adoption de la loi pour apprécier si elle est entachée de fraude ou non. Pour ce faire, il doit recourir à des directives d'interprétation de la constitution (A). Il a aussi besoin de recourir à des sources d'information crédibles pour identifier la fraude à la constitution (B).

Le juge constitutionnel africain tout comme son homologue français est très réticent à procéder au contrôle de subjectivité de la loi, car la prise en compte des considérations subjectives comme le but et les motifs s'avèrent difficiles pour eux à admettre<sup>763</sup>. Cette réticence est justifiée par le fait que le législateur ou le constituant dérivé n'étant pas assujéti à des finalités particulières dans l'élaboration des lois, « *il est difficilement imaginable qu'une loi puisse être censurée du fait des mobiles qui ont poussé le législateur à la prendre* »<sup>764</sup>. Cette idée, longtemps admise, est, semble-t-il, atténuée, car le juge constitutionnel français, grâce aux garanties légales des exigences constitutionnelles, essaie de valoriser le contrôle subjectif du législateur<sup>765</sup>.

Les jeunes juridictions constitutions africaines sont encore méfiantes à l'idée de s'immiscer dans un contrôle d'actes qui mettrait à mal l'équilibre des institutions. En conséquence, si elles font parfois référence aux notions de buts et motifs de la loi, c'est sans véritablement se livrer à un contrôle profond de ces moyens. On observe par cette timide admission de ces moyens, une volonté d'admettre sans les évoquer, les cas d'ouverture liés à la prise en compte de la subjectivité dans le contrôle de constitutionnalité. Le contrôle des usages non démocratiques de la constitution s'inscrit dans la logique de ce contrôle de type subjectif. Le juge doit veiller à recourir aux moyens qui pourraient lui permettre d'assurer au mieux la protection de la constitution. Même si la démarche reste timide, et même s'il n'existe pas d'adéquation entre l'évocation de ces moyens et les solutions dégagées par le juge constitutionnel, la démarche du juge pourrait s'inscrire dans une vision prospective du contrôle de constitutionnalité.

L'analyse de quelques décisions rendues montre une volonté de rechercher la signification de la constitution en procédant au contrôle du but et des motifs qui ont présidé à son adoption. Pour ce faire, certaines juridictions africaines se réfèrent à des directives d'interprétations finalistes. Il convient dès lors de savoir si le juge contrôle le but et s'il juge en opportunité.

---

<sup>763</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, *Les exigences légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op. cit., p. 363.

<sup>764</sup> BOCKEL A., *Droit administratif*, Abidjan, NEA, op. cit., p. 55.

<sup>765</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, *Les exigences légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op. cit., p. 363.

Le contrôle du but de l'acte n'est pas aisé en raison de la difficulté à appréhender le but poursuivi par l'auteur d'un acte (le constituant dérivé, le législateur, l'exécutif). En effet, la difficulté tient au fait que *« le but est une donnée éminemment subjective, d'ordre psychologique, nécessitant de rechercher quels sont les mobiles, les intentions du législateur »*<sup>766</sup>. La difficulté est aussi renforcée par l'absence de buts clairement impartis dans les textes constitutionnels. Ce qui rend hasardeuse la comparaison entre ce que l'auteur, surtout le législateur poursuit et ce qu'il devrait poursuivre<sup>767</sup>. Ce sont ces difficultés qui justifient, selon le professeur Guillaume DRAGO, que *« le contrôle exercé par le Conseil, tel que la constitution l'organise, ne peut aller jusqu'à ce qui serait un contrôle du bien fondé de telle ou telle loi, des options politiques ou économiques qu'elle contient, ce qui explique que le contrôle des motifs exercé par le Conseil soit uniquement restreint »*<sup>768</sup>. Certaines, et les plus nombreuses des juridictions constitutionnelles, ne se reconnaissent pas de compétence générale d'arbitrage du fonctionnement des institutions d'appréciation en opportunité des lois dont elles sont saisies<sup>769</sup>.

Par le passé, la Cour constitutionnelle du Bénin avait fait une telle option. Ce fut le cas de la Cour constitutionnelle du Niger dans une décision toute récente<sup>770</sup>. La première affirmait dans sa décision 7 DC du 14 mai 1992 qu'*« elle ne peut se prononcer sur l'opportunité du contenu de la loi dans la mesure où ses attributions ont été définies par les articles 114 et 117 de la constitution »*. La seconde affirme dans son Arrêt n° 002/CC/MC du 26 février 2009 relatif à la loi portant indemnités et avantages parlementaires délibérée et adoptée par l'Assemblée nationale en séance du 14 février 2009, qu'elle *« est juge de la conformité à la constitution abstraction faite de toute considération d'opportunité »*. Mais ces deux juridictions ne tarderont pas à revenir sur ces choix. D'autres juridictions leur emboîteront le pas en acceptant le principe du contrôle du but de la loi, même si cela ne se fait pas toujours dans le sens souhaité par les observateurs. C'est le cas du juge constitutionnel burkinabè.

---

<sup>766</sup> VIDAL-NAQUET Ariane, *Les exigences légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op. cit., p. 364.

<sup>767</sup> Ibid.

<sup>768</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 393.

<sup>769</sup> AHMED SALEM O. B., Déjà cité.

<sup>770</sup> Cour constitutionnelle du Bénin, Décision 7 DC du 14 mai 1992. Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n° 002/CC/MC du 26 Février 2009.

Dans sa décision n°2005-007/CC/EPF relative au contentieux de la candidature du président sortant, le Conseil constitutionnel burkinabè a accepté le principe de l'examen du but et de l'esprit de la constitution. Dans l'analyse de la requête, il accepte d'apprécier le moyen tiré de la violation de l'esprit de la loi constitutionnelle du 11 avril 2000. Mieux, il décide dans un considérant d'associer à l'examen de l'esprit celui du but poursuivi par le constituant dérivé. Il affirme à ce sujet que c'est en « *considérant que l'esprit d'une loi ou le but poursuivi par celle-ci est une question qui s'apprécie en fonction de la volonté du législateur du moment* »<sup>771</sup>. On pourrait présumer *a priori* de l'utilisation de la conjonction « ou » que le juge distingue bien l'esprit de la loi de son but poursuivi. Mais il n'en est rien.

De l'analyse du considérant, il ressort que le juge constitutionnel burkinabè les confond, ne les employant que comme synonyme et non comme des notions distinctes gardant un lien de complémentarité. Cette confusion est à tout le moins insolite parce que l'esprit et le but sont des notions distinctes. Alors que l'esprit est le caractère essentiel, l'idée directrice d'un acte, le but est une fin que l'on se propose d'atteindre. L'admission du contrôle de ces éléments de subjectivité par le juge burkinabè rompt avec la pratique des juridictions sus évoquées. Même s'il admet ce moyen, la méthode de recherche du juge burkinabè est non seulement contestable, mais encore largement partisane. Il affirme à cet effet que rechercher l'esprit ou le but revient à « *rechercher si le législateur du 11 avril 2000 a voulu faire rétroagir ou non l'article 37 nouveau aux septennats exécutés* ». La complaisance du choix de la terminologie trahit le caractère critiquable de la démarche du juge. En effet, le législateur auquel il fait allusion ne saurait se substituer au pouvoir constituant dérivé même si, par ailleurs, la loi constitutionnelle de 2000 a fait l'objet d'une adoption par voie parlementaire, une des voies avec le référendum d'intervention du constituant dérivé. Il est incontestable que si la constitution n'assigne pas un objectif clairement défini, le législateur ne doit poursuivre que le but qu'il juge plus proche de l'intérêt général. Si le but de la loi constitutionnelle peut être recherché dans la volonté du constituant dérivé, il ne nous semble pas approprié d'y explorer l'esprit de cette loi qui, du reste, doit être en cohérence avec la volonté du pouvoir constituant originaire. De plus, dire que « *l'esprit de la loi n'est rien d'autre que la volonté exprimée par les députés votants* »<sup>772</sup> reviendrait à conclure que l'esprit est une notion contingente, voire conjoncturelle, ce qui nous paraît anormal. La conjoncture du moment ne peut expliquer

---

<sup>771</sup> Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision n°2005-007/CC/EPF.

<sup>772</sup> Ibid.

l'esprit d'un fragment de la constitution, lequel a conditionné la stabilité au plus fort des crises de légitimité qui ont ébranlé de nombreux pouvoirs africains.

Le comble de la volonté du juge de tourner les requérants en dérision est d'exclure de sa démarche interprétative la constitution originale, car « *pour trancher le conflit de lois qui s'élève en 2005, il se trouve dans l'obligation de se référer aux deux lois les plus récentes, en l'occurrence celle de 1997 et celle de 2000, il ne peut procéder autrement sans tomber dans l'illégalité* »<sup>773</sup>. C'est la preuve que sa stratégie d'interprétation est loin d'être neutre. Si la directive d'interprétation téléologique choisie par le juge ne conduit pas à donner à la constitution sa fonction de limitation de pouvoir, il convient de savoir si l'appréciation d'opportunité qui est aussi un outil d'appréciation de la subjectivité figure dans son guide d'interprétation.

Le contrôle est une espèce de l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation consiste pour le juge administratif ou constitutionnel à vérifier si l'autorité administrative ou le législateur n'a pas fait une application abusive de son pouvoir discrétionnaire. C'est une technique de contrôle quasiment absente des décisions du contrôle de constitutionnalité. Cette réticence du juge africain à recourir à une telle technique de contrôle s'explique par plusieurs raisons dont la principale tient à sa tradition juridique d'inspiration française. En droit français, le contrôle de l'erreur, bien que tardif, reste marginal. L'étude comparée du droit constitutionnel jurisprudentiel montre que le contrôle de l'erreur manifeste se fait avec beaucoup de réserves par la plupart des juridictions constitutionnelles. Le modèle européen de justice s'y est accommodé bien tardivement. Modèle de référence du juge constitutionnel africain, le juge constitutionnel français qui a procédé au contrôle de l'erreur manifeste dans sa décision sur les nationalisations de 1982<sup>774</sup>, a fait une application réservée de cette « *technique au caractère minimum* »<sup>775</sup>. Ces dernières années, le recours à cette technique a beaucoup évolué si bien que le contrôle de constitutionnalité français fait parfois une part belle au contrôle d'opportunité<sup>776</sup>.

---

<sup>773</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>774</sup> « Considérant que l'appréciation portée par le législateur ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée. »

<sup>775</sup> ROUSSILLON Henry, *Le Conseil constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, 1994, p. 80.

<sup>776</sup> ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 151.



En Afrique francophone, la rareté des décisions rend difficile la construction d'une analyse doctrinale sur le contrôle de l'erreur manifeste ou du test de proportionnalité qui en constitue la forme la plus perfectionnée et, qui du reste est moins désobligeante pour l'auteur de l'acte. Le juge sénégalais a rendu une décision sur l'erreur manifeste sur laquelle il n'est pas revenu. Saisi de l'exception d'inconstitutionnalité de la loi du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, le Conseil constitutionnel sénégalais a affirmé, dans deux considérants, son droit de censurer le législateur en cas d'erreur manifeste. La lecture du 4<sup>e</sup> considérant de cette décision confirme cette volonté du juge de contrôler la proportionnalité en tenant compte des limites imposées par le constituant et les exigences du droit régulé. Il affirme que *« considérant que ces dispositions confient au législateur la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété et notamment des limitations qui pourraient lui porter atteinte; que toutefois, dans l'exercice de sa compétence, le législateur est tenu de respecter les règles de valeur constitutionnelle, sous le contrôle du juge constitutionnel »*<sup>777</sup>. C'est dire que le contrôle du juge ne sera nécessaire qu'en cas d'erreur manifeste. Autrement dit, le juge sénégalais opte pour un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation. Il se veut clair sur le contrôle de ce moyen dont les termes sont définis ainsi qu'il suit: *« en l'absence d'une définition préalable de la « nécessité publique » par les différentes déclarations des droits de l'Homme et par l'article 12 de la constitution, le législateur est souverain pour en définir les contours et déterminer les limitations possibles à la propriété privée, notamment par expropriation, en appréciant les exigences de l'intérêt général qui recouvrent aussi bien la notion d'« utilité publique » que celle de « nécessité publique »; que ce n'est que dans la seule hypothèse d'une dénaturation manifeste du droit de propriété le vidant de son contenu ou non-respect des garanties constitutionnelles y relatives que le Conseil constitutionnel pourrait censurer le législateur »*<sup>778</sup>.

Le juge sénégalais se déclare compétent pour sanctionner le législateur dans l'hypothèse d'une dénaturation manifeste du droit de propriété. L'utilisation de l'expression dénaturation manifeste est un exemple du glissement terminologique de l'erreur manifeste que le Conseil

---

<sup>777</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>778</sup> Considérant n°7 de la DECISION N°21/96-3/C/96 et 4/C/96. C'est nous qui soulignons.

constitutionnel français remplace par les notions de « *proportionnalité* », de « *choix manifestement injustifié* », de « *disproportion d'écart* », de « *rupture caractérisée* »<sup>779</sup>.

Le mot « *erreur* », comme le relève le professeur Henry ROUSSILLON, psychologiquement maladroit, a disparu, mais la réalité demeure<sup>780</sup>. L'évocation de cette technique dans le cas d'espèce, non seulement ne sera pas favorable aux requérants, le juge constitutionnel sénégalais ayant décidé que l'expropriation du droit de propriété des requérants est conforme à la constitution. Mieux, il aura contribué à renforcer les larges pouvoirs du législateur<sup>781</sup>. On peut regretter qu'une telle solution soit à l'opposé de celle qu'il avait rendue dans la décision n°5/93 du 2 mars 1993 dans laquelle il considérait « *qu'il a l'obligation de se prononcer malgré le silence des textes* ». Le juge ajoutait à cet effet que « *ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions [ne l]'autorisent...à s'abstenir de régler le différend porté devant lui; qu'il [devait] se prononcer par une décision en recourant, au besoin aux principes généraux du droit, à la pratique, à l'équité et à toute autre règle compatible avec la sauvegarde de l'État de droit et avec l'intérêt commun* »<sup>782</sup>.

Pour parvenir à de bonnes interprétations, le juge constitutionnel africain procède à une exégèse des textes pour forger sa conviction.

## B. LES SOURCES D'INFORMATION DU JUGE

Il a été longtemps reproché au juge africain de rendre des arrêts de règlement ou de partir des solutions pour arriver à la motivation de leur décision<sup>783</sup>. En procédant ainsi, ces derniers font fi de toute la technique judiciaire pour parvenir à des solutions techniquement irréprochables. L'interprétation devant être plus un acte de connaissance que de volonté, le

<sup>779</sup> ROUSSILLON Henry, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 79. L'auteur cite en référence la décision du Conseil Constitutionnel du 21 juin 1993, « CSG »

<sup>780</sup> ROUSSILLON Henry, *Ibid.* p. 79.

<sup>781</sup> NDIAYE Ameth, « Observations sur DECISION N°21/96-3/C/96 et 4/C/96 », in *Les décisions et Avis du conseil constitutionnel du Sénégal*, op. cit., p. 145-154.

<sup>782</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>783</sup> KANTÉ Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétations de la Constitution: l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », op. cit., BOLLE Stéphane, « Le contrôle prétorien... », op. cit. p. 3-45.

juge doit recourir au sens véritable des textes. C'est pourquoi le recours aux actes préparatoires des textes soumis à son contrôle demeure indispensable.

Quelques décisions illustrent la volonté du juge africain de procéder à une véritable exégèse aussi bien des textes à contrôler que de la constitution. Il diversifie ses sources d'information en recourant aussi bien aux actes préparatoires et aux procès-verbaux élaborés lors de l'adoption des instruments de contrôle et de référence. La pertinence de ce choix n'est pas toujours assurée.

Le juge béninois, avant de rendre ses décisions, a pris l'habitude de procéder à une double référence avant de donner son interprétation. Il se réfère d'abord à l'exposé des motifs<sup>784</sup> et aux travaux de la Conférence des forces vives de la Nation, puis aux actes préparatoires de la loi ainsi qu'aux procès-verbaux des débats parlementaires<sup>785</sup> de l'adoption desdites lois. Ces relevés d'adoption de la loi constituent pour lui de véritables sources d'interprétation.

Dans sa décision n°2005-007/CC/EPF sus évoquée, le Conseil constitutionnel burkinabè procède à l'exégèse des documents de préparation des lois constitutionnelles de 1997 et de 2000 pour en inférer le sens véritable de l'article 37 sur la limitation des mandats présidentiels. Cette démarche eut été irréprochable si le juge constitutionnel n'avait procédé à un tri des pièces de mémoire. Il choisit de se référer uniquement au rapport de la Commission des réformes politiques créée en application des recommandations du Collège des sages. Les exigences d'une bonne entreprise exégétique impliquaient l'examen croisé du rapport du Collège des sages et des travaux préparatoires des lois constitutionnelles de 1991, de 1997 et de 2001. Ce dernier a, volontiers, choisi de ne pas se référer aux documents de préparation de la constitution de 1991 pour dégager l'intention du constituant originaire.

Le juge constitutionnel africain francophone essaie ainsi de s'aligner, certes, avec encore des balbutiements, sur les standards constitutionnels internationaux. Il continue son

---

<sup>784</sup> Considérant qu'il résulte de la réponse du président de l'Assemblée nationale que la proposition de modification de l'article 80 de la constitution n'était pas accompagnée d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes ; que l'exposé des motifs tend à démontrer à contrario que le cumul des élections législatives et communales en 2008 aboutirait à des économies substantielles pour le budget national.

<sup>785</sup> Considérant qu'il ressort du procès verbal des débats parlementaires

apprentissage de l'appropriation des méthodes modernes d'interprétation. Il doit cependant faire face encore à de nombreuses difficultés. S'il a une part de responsabilité accrue en matière de protection de la constitution, fort heureusement, il est épaulé par les instances politiques internes et internationales.

---

## **CHAPITRE II.**

# **LE TRAITEMENT POLITIQUE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

---

Dans la quasi-totalité des États, la constitution prévoit que sa protection doit être assurée par tous les corps sociaux. Mais cette responsabilité est plus grande pour certains organes que pour d'autres. Les organes politiques et judiciaires ont une responsabilité bien plus grande dans cette protection. C'est dire que la lutte contre la fraude à la constitution ne saurait être l'apanage d'un seul organe, fut-il juridictionnel. Dans le contexte africain, l'intervention de cette dernière vient très souvent après l'échec des interventions des instances politiques et celles de la société civile. Du reste, ces interventions non juridictionnelles qui sont en amont du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution peuvent le faciliter ou devenir un palliatif à ses insuffisances. Le traitement politique de la fraude peut être l'œuvre des institutions politiques internes ou internationales. Il reste que la lutte contre la fraude est au premier abord de la responsabilité des organes nationaux, avant que viennent en appoint les organes internationaux dont l'intervention se justifie par les engagements internationaux auxquels souscrit l'État.

Aussi, constate-t-on que le traitement politique de la fraude à la constitution présente des complexités (Section II), même si bien souvent, des résultats acceptables sont perceptibles (Section I).

## SECTION I.

### QUELQUES TRAITEMENTS DILIGENTS DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

C'est de façon graduelle que les moyens sont déployés pour venir à bout de la fraude à la constitution. Le recours aux sanctions (§I) est toujours précédé d'une sensibilisation tendant à persuader ou à dissuader les potentiels fraudeurs d'en arriver à leur volonté de faire entorse à la constitution (§II).

#### § 1. LA PHASE DISSUASIVE DU TRAITEMENT POLITIQUE DE LA FRAUDE

Certaines fraudes à la constitution sont le résultat d'un long processus d'amendement de la constitution. De l'éclosion de l'intention frauduleuse à sa matérialisation, s'écoule un long temps qui laisse la possibilité aux contre-pouvoirs politiques nationaux d'opposer une résistance à ces velléités malveillantes. Lorsqu'elles sont saisies de ces tentatives frauduleuses, les instances internationales n'hésitent pas à « *s'ingérer dans les affaires internes* » pour défendre les acquis démocratiques. Des actions dissuasives assez diversifiées sont alors menées.

##### A. LA DIVERSITE DES ACTIONS DISSUASIVES CONTRE LES INTENTIONS FRAUDULEUSES

Le processus de lutte contre la fraude est toujours précédé par une phase dissuasive. Lorsque survient une fraude ou lorsque sont perceptibles les premiers éléments du faisceau d'indices tendant à confirmer une utilisation non démocratique de la constitution, au niveau interne d'abord, à l'international par la suite, des actions préventives, dans un premier temps, sont déployées pour contenir la volonté de manipulation de la constitution.

Au plan interne, ces actions peuvent être des mises en alerte de l'opinion publique nationale et internationale, à travers des dénonciations ou l'organisation de manifestations pacifiques. Enfin, les élus surtout ceux de l'opposition peuvent s'opposer par la votation

négalive des projets de loi frauduleux. Cette attitude est manifestée dans tous les États où les fraudes sont organisées. Mais comme les contre pouvoirs institutionnels sont impuissants à s'opposer au vote aux lois frauduleuses, ils n'hésitent pas, une fois la fraude matérialisée, de saisir les juridictions internes afin qu'elles donnent un arbitrage sur la régularité de l'acte adopté. La saisine des juridictions constitutionnelles est ainsi une pièce de la stratégie de contestation des fraudes à la constitution. Elle participe de la juridictionnalisation des controverses politiques. Elle vise à dissuader les auteurs de la manipulation d'aller au bout de leurs initiatives ou de les censurer. Les récurrentes saisines du juge constitutionnel béninois et malien qui sont de bons remparts contre la fraude à la constitution participent de celle-ci. Si avec le cas béninois, le stade de la dissuasion avait été passé, il en est autrement de celui du Mali où la simple saisine du juge renforcée par la contestation sociale a débouché sur le retrait du projet de référendum qui risquait de consacrer le recul de la démocratie. La sanction judiciaire qui interviendra ne le sera qu'après le recul de l'exécutif<sup>786</sup>.

Les actions entreprises à l'échelle nationale sont fort heureusement renforcées par les actions de nombreuses instances internationales que sont l'Union Africaine, la CEDEAO, l'Union Européenne et l'Organisation Internationale de la Francophonie en vue de la promotion de la démocratie.

Au plan international, la phase dissuasive s'articule autour du dialogue entre les représentants des organisations internationales et les gouvernants qui sont les auteurs des dérèglements du processus constitutionnel. Les actions sont menées, soit de façon isolée, soit par des actions concertées des organisations internationales. Pour ce faire, les organisations internationales se sont toutes dotées de textes de base qui sont leurs principaux instruments de référence dans la conduite de leurs actions de promotion et de protection de la démocratie. Les actions menées par ces institutions sont presque identiques. Il s'agit notamment des missions de bons offices auprès des tenants du pouvoir, dans les pays où les institutions sont en péril afin de leur demander de se garder de procéder à des manipulations déconsolidantes de la constitution. C'est dans ce cadre que, face à la ferme volonté du président TANJA de braver les interdictions de la constitution nigérienne de 1999 pour passer à une nouvelle

---

<sup>786</sup> Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 06 – 074 de 2006, Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n° 01 – 128 du 12 Décembre 2001.

constitution qui lui permettrait de changer, non seulement la nature du régime, mais aussi de se présenter à vie, l'Union Africaine, la CEDEAO et l'OIF ne sont pas restées pas indifférentes. Elles ont dépêché des missions de bons offices en vue de le dissuader de conduire son entreprise qui était préjudiciable à la bonne marche de la démocratie au Niger. Leurs mobilisations furent tenaces afin de conjurer la menace que celui-ci faisait planer sur le processus démocratique nigérien. En effet, le 16 mai 2009, le Conseil des sages de la CEDEAO, chargé de prévenir et régler les conflits dans l'espace communautaire, avait eu une entrevue avec le président TANJA dans ce sens.

Outre ces missions de bons offices menées auprès de ce dernier, elles s'emploieront dans des actions de dénonciation. Il en sera ainsi de la section Afrique de l'Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF) qui, réunie à Dakar, a appelé au "respect strict des dispositions constitutionnelles en vigueur au Niger". Les présidents de ces Parlements ont alors exprimé leur *"vive préoccupation face aux menaces graves qui pèsent sur le processus démocratique au Niger"*. Dans la même logique, le porte-parole du département d'État américain, Ian KELLY, a dans un communiqué, écrit que le référendum voulu par le président TANJA *"risque de saper les avancées sociales, politiques et économiques durement gagnées pendant la décennie écoulée et constituerait un revers pour la démocratie"*<sup>787</sup>.

Aussi, dans le souci de rationalisation, ces organisations ont préféré, aux interventions individuelles de chacune, la synergie d'action contre les instrumentalisation de la constitution. La création des groupes de contacts internationaux participe de cette politique. Désormais, le groupe de contact permet à la communauté internationale de limiter les risques d'interférence de médiation et de donner plus de chances à leurs actions, évitant ainsi d'offrir la possibilité à leurs interlocuteurs de jouer les diplomaties les unes contre les autres comme cela put se faire par le passé. C'est cette option qui a prévalu dans la négociation en vue de restaurer l'ordre constitutionnel escamoté à Madagascar.

Le Groupe international de contact a engagé une série de discussions avec les mouvances malgaches impliquées dans la crise en vue d'assurer un retour à l'ordre constitutionnel. Avec ces derniers, soutenus aussi bien par le Conseil de sécurité des Nations unies, l'UE et l'UA, ce groupe va entreprendre de nombreuses réunions à Antananarivo, à Maputo et à Addis Abéba.

---

<sup>787</sup> Source le site [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), 31/05/2009.



Cependant, lorsque la dissuasion montre ses limites, la sanction devient la solution de rechange. Mais compte tenu des effets imprévus que celle-ci peut produire, notamment sur les victimes collatérales, l'épouvantail de la menace de sanctions est progressivement brandi afin de permettre un éventuel ravisement des auteurs de la fraude.

## B. LES MENACES DE SANCTIONS

Les menaces de sanctions sont une alternative aux missions conciliantes menées pour dissuader les auteurs des fraudes. La menace apparaît comme un degré supérieur de la dissuasion. Son utilisation participe de la stratégie de maniement du bâton et de la carotte. Il s'agit ici de brandir le spectre de la sanction pour montrer la volonté de la communauté internationale à recourir à la sanction en cas d'échec des négociations diplomatiques. Cette alternance de la discussion et de la sanction est destinée à faire comprendre que la persistance dans la réalisation de la fraude peut donner lieu à des sanctions. Pour ce faire, les organisations internationales ne se privent pas de préciser la nature politique ou financière de la sanction pour espérer faire reculer les auteurs des manipulations. Certaines manifestations de la fraude à la constitution au Togo, au Niger et au Tchad auront été des cas d'application de cette stratégie répressive. Chacune des organisations intéressées par ces situations sur le continent l'appliquera sans coup férir, selon le cas.

En ce qui concerne le Niger, l'UE annonça le 5 juin 2009 un ultimatum d'un mois à compter de la date de fin officielle du mandat du président TANJA pour l'amorce d'un véritable dialogue avec l'opposition, faute de quoi, elle cessait d'allouer son aide. Auparavant, la CEDEAO dont le Niger est membre avait menacé de suspendre le Niger de ses instances, mais aussi d'aller jusqu'au blocus économique et l'isolement diplomatique<sup>788</sup>. Par l'intermédiaire de son directeur des Affaires politiques, le Dr Abdel-Fatau MUSAH, elle a affirmé le 18 mai 2009 que le Niger s'exposerait à des "sanctions" s'il organisait un référendum sur une nouvelle constitution à l'approche de la présidentielle, comme le souhaitait le président Mamadou TANJA. Pour la CEDEAO, « *tous les (15) États de la CEDEAO ont*

---

<sup>788</sup> Voir : [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), 31/05/2009.

*signé un protocole additionnel leur interdisant de modifier leur constitution dans les six mois précédant une élection, sans un consensus des acteurs politiques du pays »<sup>789</sup>.*

Les tentatives de dénouement de la crise malgache vont s'inscrire dans cette phase. L'UA a brandi le spectre de la sanction pour accélérer le processus de négociation du groupe de contact. Après plusieurs ultimatums de recourir aux sanctions, elle en donna un dernier pour le 17 mars 2010, par l'intermédiaire de son commissaire à la paix et à la sécurité, Ramtane LAMAMRA à l'issue d'une réunion du Conseil de paix et de sécurité de l'organisation continentale. Considérant qu'à cette date, les débats ne porteront pas sur la question de savoir s'il faut ou non imposer des sanctions, il affirma que: *« dès le 16, nous saurons si les autorités de facto ont décidé de revenir au processus de paix. En refusant de répondre favorablement à l'invitation lancée aux quatre mouvances pour participer à une réunion à Addis Abéba, elles ont donné une indication claire sur leurs intentions »*. Et d'ajouter que l'Union Africaine se gardait *« jusqu'au dernier moment l'espoir qu'elles reviennent aux accords de Maputo et d'Addis Abéba »<sup>790</sup>.*

Lorsque les phases pacifiques montrent leur limite, la phase coercitive se présente, pour les organes impliqués dans la lutte, comme l'ultime recours contre la fraude à la constitution.

## **§ 2. LA PHASE COERCITIVE DE LA LUTTE**

Le recours aux sanctions est l'étape succédant l'échec de la phase diplomatique du solutionnement des atteintes à l'ordre constitutionnel. La pratique des sanctions est devenue dans la quasi-totalité des organisations internationales une donnée essentielle pour garantir l'effectivité des principes mis en place. La phase des sanctions est assez délicate tant sa mise en œuvre est difficile, car en tant que solution radicale, elle établit une rupture entre la communauté internationale et les auteurs de la fraude. Les sanctions prises pour arriver à cette situation sont soit politiques, soit financières.

---

<sup>789</sup> Le Niger a signé le protocole 20 décembre 2001 à Dakar avant de le ratifier.

<sup>790</sup> [www.rfi.rf](http://www.rfi.rf), sous le titre : « L'UA et la SADC préparent des sanctions contre Andry Rajoelina », 2 mars 2010.

## A. LES SANCTIONS POLITIQUES

Les sanctions politiques sont les principales sanctions adoptées contre les auteurs de fraudes. Le recours préférentiel à ce type de sanction s'explique par ses effets ciblés. Elles sont particulièrement dirigées contre les auteurs de la fraude, épargnant du même coup les peuples de leurs effets néfastes.

Les sanctions politiques sont essentiellement de deux ordres: d'une part, la suspension de l'État des activités des organisations internationales, et, d'autre part, les sanctions personnelles des dirigeants. Le premier type de sanction contient un pan d'interdictions allant de l'interdiction à la participation aux réunions de l'organisation, la suspension de la qualité de membre, au retrait de tout soutien à cet État.

Quant aux sanctions dirigées contre la personne des dirigeants, elles portent essentiellement sur l'interdiction de voyages. Ces sanctions, dans le cadre africain, sont essentiellement l'œuvre des organisations régionales comme la CEDEAO, l'Union Africaine et de l'Union Européenne dans le cadre des relations UE-ACP.

S'agissant de la lutte contre la fraude à la constitution, la CEDEAO et l'UA, emboîtant le pas à l'UE, seront à l'avant-garde, car elles ont fait des sanctions un élément important de l'efficacité de leurs instruments de protection de la démocratie.

Au plan régional africain, la Déclaration d'Alger constitue un tournant décisif. À son 35<sup>e</sup> sommet d'Alger de 1999, l'Union Africaine a décidé de donner une nouvelle épaisseur à sa lutte contre les entorses aux constitutionnalismes. Aussi, a-t-elle fait du recours aux sanctions politiques, un élément de son dispositif de contrôle politique. La sanction de suspension de ses instances contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement sera issue d'une résolution adoptée à l'unanimité des chefs d'État et de gouvernements réunis lors de ce

sommet. Le but de cette résolution était d'interdire à tout régime anticonstitutionnel, c'est-à-dire issu d'un coup d'État, de se faire représenter au sommet de l'organisation<sup>791</sup>.

C'est le principe dégagé de cette résolution qui va d'ailleurs déboucher sur l'adoption de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007. Côte-d'Ivoire d'Ivoire du général GUEI de décembre 1999 contre le président Konan BEDIÉ, et avec celui des Comores. Ainsi, les auteurs de ces coups d'État seront formellement invités à ne pas se présenter au 36<sup>e</sup> sommet de l'OUA<sup>792</sup>.

Cette politique sera toutefois mise à rude épreuve ces deux dernières années. En l'espace de quelques mois au cours de 2009, trois pays que sont la Mauritanie, la Guinée et Madagascar verront leur participation aux instances de l'UA suspendue pour changement anticonstitutionnel de gouvernement.

Pour ce qui est de la fraude à la constitution, c'est le Togo qui sera le premier à en être victime, suite à la révision constitutionnelle qui a été effectuée le 5 février 2005 à la mort du président EYADEMA pour permettre à son fils Faure Gnassingbé EYADEMA d'accéder au pouvoir. La CEDEAO d'abord, puis l'Union Africaine le 3 mars 2005 vont suspendre le Togo de leurs instances. Dans cette même veine, le Niger et Madagascar en feront les frais.

À la suite du référendum du 4 août 2009 instituant une VI<sup>e</sup> République prorogeant le mandat du président TANJA, la réaction de la communauté internationale, quoique sur le tard, interviendra sous la forme de sanctions graduées. Dans un premier temps, réunie à la conférence d'Abuja le 17 octobre 2009, la CEDEAO adopta, sur la base de son Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, une série de mesures à l'encontre du Niger. C'est en s'appuyant sur les dispositions du Chapitre II de ce protocole, notamment sur l'article 45 qui dispose qu' « *en cas de rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit et en cas de violation massive des Droits de*

---

<sup>791</sup> GHOZALI Nacer-Eddine, « Le droit des peuples à déterminer librement leur système politique, économique social et culturel », in *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Recueil des Cours, Volume XVI, p. 302.

<sup>792</sup> GHOZALI Nacer-Eddine, « Le droit des peuples à déterminer librement leur système politique, économique social et culturel », op. cit., p. 302.

*la Personne dans un État membre, la CEDEAO peut prononcer à l'encontre de l'État concerné des sanctions »* que les premières mesures graduelles seront adoptées. Les sanctions prises contre le Niger ne seront que l'application stricte de l'alinéa 2 de l'article 45. Les sanctions proprement dites sont les suivantes:

- refus de soutenir les candidatures présentées par l'État membre concerné à des postes électifs dans les organisations internationales ;
- refus de tenir toute réunion de la CEDEAO dans l'État membre concerné ;
- pendant la suspension, l'État sanctionné continue d'être tenu au paiement des cotisations de la période de suspension.

Toutefois, pendant la période de suspension, la CEDEAO prévoit qu'en application de l'alinéa 3 de la même disposition, elle continue de suivre, d'encourager et de soutenir tout effort mené par l'État membre suspendu aux fins du retour à la vie institutionnelle démocratique normale.

La sanction de la CEDEAO contre le Niger intervint après l'échec de la médiation de sa délégation conduite par Ellen Johnson SIRLEAF. La présidente du Libéria sera en effet dépêchée à Niamey pour demander au président TANJA de surseoir à la tenue de l'élection législative du 20 octobre 2009 pour donner une chance au dialogue avec les partis d'opposition afin de trouver une solution consensuelle. Face à la sourde oreille et à l'entêtement du président TANJA qui a organisé les élections législatives avec la vingtaine de partis politiques acquis à sa cause, la CEDEAO a réagi par l'application de la suspension prévue par l'alinéa 2 de l'article 45. Ainsi, pour avoir réservé une fin de non recevoir à sa délégation, la CEDEAO décida le 20 octobre 2009 de la suspension de l'État du Niger de toutes ses instances. Les autres institutions africaines ne lui appliqueront pas cette dernière sanction

Ce fut le cas de l'OIF dont la sanction attendue ne vint jamais. En effet, la sanction attendue à la réunion des instances de l'OIF pendant la semaine du 13 décembre 2009 ne viendra pas. L'organisation francophone se contenta de donner un sursis de 60 jours au Niger pour voir l'évolution du dialogue amorcé. Ce qui laissait perplexe quant à la volonté réelle de l'OIF de prendre des sanctions contre le Niger où elle a été créée. Cette décision surprenait parce que malgré la demande de report des élections municipales par l'OIF et l'UE afin de

donner une chance au dialogue avec l'opposition politique et la société civile, le gouvernement TANJA fixa au 27 décembre 2009 la tenue des élections municipales. L'OIF a traîné les pas à sanctionner le Niger pour plusieurs raisons sur lesquelles nous reviendrons.

Cette hésitation de l'OIF à sanctionner le Niger est partagée par l'Union Africaine. L'attitude de l'UA à l'égard du Niger paraît même incohérente, ce qui a été mis en relief par un groupe d'experts commis à l'audit de l'institution. Alors qu'elle a été si prompte à suspendre les auteurs du coup d'État du 18 février au nom de son principe de tolérance zéro, elle a accepté la participation du président TANJA à la conférence extraordinaire de l'Union africaine organisée en marge du 40<sup>e</sup> anniversaire de la révolution du guide libyen à Syrte, en dépit, non seulement de l'option qu'elle a apportée aux sanctions de la CEDEAO, mais aussi de la condamnation internationale de la prolongation irrégulière de son pouvoir. Alors que la CEDEAO l'avait suspendu de ces instances, l'UA continuait de l'accepter comme membre. Pis, une semaine avant son renversement, le président TANJA avait refusé la proposition de transition consistant en un partage de pouvoir sans que l'UA ne s'empresse de le sanctionner. Cela montre tout le malaise de l'UA avec la fraude à la constitution. Si prompte à condamner le coup d'État militaire, elle reste impuissante face à la fraude à la constitution. En outre, on constate que malgré ses nombreuses menaces, l'UA n'est pas parvenue à adopter des sanctions véritables contre le Niger.

Au plan international, les sanctions des partenaires bilatéraux suppléent quelques fois les faiblesses des sanctions appliquées par les organisations. Il en sera ainsi de celles adoptées par les États-Unis qui, sans coup férir, ont adopté contre le Niger un second volet de sanctions de nature politique. Ainsi, un certain nombre de dignitaires du régime ont été privés de visas pour les États-Unis, notamment les membres du gouvernement, et les personnes qui s'opposaient au retour de la démocratie au Niger<sup>793</sup>.

À l'évidence, les tergiversations de l'UA quant à sanctionner les dirigeants fraudeurs n'emportent pas la ferme volonté de punir, si bien que, lorsque les sanctions interviennent, elles sont peu efficaces, comme ce fut le cas avec les dirigeants de Madagascar. À l'encontre des dirigeants parvenus de façon extra-constitutionnelle au pouvoir, elle prendra des sanctions

---

<sup>793</sup> Il est à préciser que la liste n'a pas été rendue publique par le département d'État américain.

molles surtout contre un premier groupe de personnalités importantes au nombre de 109 accusées de faire échec à la négociation en vue de rétablir l'ordre constitutionnel. Il est particulièrement reproché aux nouvelles autorités malgaches, le non-respect des accords de Maputo signés en août 2009. Ces autorités étaient accusées de créer des blocages dans la résolution pacifique de la crise politique. En conséquence, elles se voient interdire des visas et imposer le gel de leurs comptes bancaires<sup>794</sup>. La liste des personnes sanctionnées est très diverse, allant des membres de la Haute Autorité de transition, des militaires du Conseil militaire pour la défense de la démocratie, aux membres de la Haute Cour constitutionnelle. Le plus grand défi pour l'UA ne réside pas dans la prise de sanctions, mais dans leur efficacité.

Aux sanctions politiques, sont associées les sanctions financières afin de renforcer la détermination de la communauté internationale à refuser les situations politiques anormales.

## B. LES SANCTIONS FINANCIERES

Le recours aux sanctions financières occupe, dans la nouvelle politique de lutte contre les ruptures de la légalité constitutionnelle, une place de choix. La plupart des États africains ayant des niveaux de développement assez faible, ils ont toujours besoin de l'aide financière extérieure pour combler leurs déficits budgétaires. Parfois même, ces appuis budgétaires extérieurs constituent la part la plus importante de leurs budgets. Dans ces conditions, la menace de la privation des ressources peut paraître d'une efficacité pertinente à restaurer la légalité, tant les États ne peuvent se permettre le luxe de se priver de ressources si vitales. C'est cette dimension de l'impact décisif que cette dernière catégorie de sanction peut avoir sur l'infléchissement des positions des auteurs des ruptures constitutionnelles qu'ont bien saisi les organisations régionales africaines et européennes.

Au sein de l'Union africaine, l'adoption de la Charte de la démocratie du 27 janvier 2007 marque la ferme option pour le recours à la sanction comme moyen de lutte contre les violations de la constitution. De fait, à partir de cet instrument, la sanction financière est prévue pour être mise à contribution comme un moyen de lutte contre les atteintes au processus constitutionnel et, partant, à la fraude à la constitution qui en constitue l'une des

---

<sup>794</sup> [www.unionafricaine.org](http://www.unionafricaine.org)

espèces les plus surnoises. Bien que n'étant pas entré en vigueur, on observe que c'est avec constance que l'Union africaine a menacé de recourir aux sanctions prévues par ce dispositif face à la récurrence des entorses au constitutionnalisme. L'UA ne développant pas une coopération financière de premier plan entre ses États-membres, les sanctions financières ne sont réduites qu'à une portion congrue, ne concernant que le gel des avoirs financiers détenus à l'étranger par les auteurs de violations de la constitution. Le gel des comptes bancaires des 109 personnalités malgaches participe de cette politique. L'effectivité de cette sanction au sein de l'UA laisse perplexe tant au niveau de sa mise en œuvre que de son contrôle. Dans la pratique, elles font l'objet d'une mise en application tardive, toutes choses qui les rendent aussi bien virtuelles qu'inefficaces. Le cas de dirigeants de la Haute Autorité de Transition de Madagascar en est un signe. La sanction ne serait effectivement intervenue que plus d'une année après le changement extra constitutionnel du pouvoir. C'est ce laxisme dans l'application des sanctions explique que la révision totale de la constitution du Niger de 1999 n'ait pas donné lieu à de véritables sanctions de l'Union Africaine.

Le refus de l'UA de prendre des sanctions rigoureuses contre le Niger n'entamera pas la volonté des autres partenaires du Niger d'adopter des sanctions à son égard. Ce sera le cas de la CEDEAO, de l'UE et de quelques pays de façon isolée. L'Union Européenne, conformément aux dispositifs des accords UE-ACP, a une pratique de recours aux sanctions financières plus régulières et plus efficaces. Les sanctions financières pratiquées trouvent leur fondement dans la convention UE-ACP. De fait, les sanctions financières ont connu une orientation plus décisive avec l'Accord de Cotonou de 2000. En effet, avant l'Accord de Cotonou, le recours à la sanction visait plus les cas de graves violations des droits de l'homme. C'est cette perspective qui a valu au Togo la rupture de l'aide de l'Union Européenne de 1992 à 2006 après la reprise du dialogue entre l'opposition et la majorité à la faveur des négociations issues de l'Accord de Ouagadougou entre la majorité et les partis de l'opposition. Avec l'Accord de Cotonou, la protection de la démocratie a incontestablement gagné en intensité. Les sanctions financières ont désormais une finalité plus globalisante, c'est-à-dire assurer aussi bien une protection plus efficace des droits de l'homme que de la démocratie. Quelle que soit la nature des entorses au constitutionnalisme, le recours à la sanction financière est toujours l'ultime recours après l'échec des négociations pour un retour à l'ordre constitutionnel.



Les sanctions financières procèdent d'une double logique. L'aide est utilisée comme sanction puisqu'elle est privative. Toutefois, elle peut apparaître comme un moyen d'incitation au retour à la normalité constitutionnelle pour les États qui sont fortement dépendants de l'aide extérieure. Ainsi, certains États africains, pour n'avoir pas respecté les exigences démocratiques, se sont vus appliquer des sanctions financières de la part des institutions internationales.

L'Union Européenne, par application de l'article 96 de l'Accord de Cotonou dans le cadre des relations UE-ACP, a dû suspendre le décaissement de 8 millions d'euros de son aide au gouvernement nigérien, dans l'objectif de trouver une solution à la remise en cause de l'ordre constitutionnel. Dans l'objectif de trouver une solution à la remise en cause de l'ordre constitutionnel, il appartenait au Niger de trouver par ses propres moyens, les solutions pour un dialogue large, car quelque 458 millions d'euros et de nombreux projets s'arrêtent à titre conservatoire, exceptées les aides directes aux populations qui, elles, sont maintenues<sup>795</sup>. Madagascar ne fera pas exception à la règle; elle se verra appliquer cette solution après que l'Union Européenne eut qualifié de « *coup d'État* », l'accession au pouvoir d'Andy RAJOELINA. La sanction financière concernera la suspension de 588 millions d'euros d'aide européenne prévue pour la période 2008-2013.

S'inscrivant dans la même politique de sanction, les États-unis d'Amérique vont adopter des sanctions contre ces États qui se mettent au ban de la communauté internationale. Le Niger de TANJA en fera les frais. Au titre du premier volet de la sanction de nature économique, on note que Washington a suspendu son aide non humanitaire au Niger. Celle-ci concerne « *les prêts consentis dans le cadre du Millenium Challenge Corporation, l'agence fédérale de lutte contre la pauvreté, pour un montant total de 23 millions de dollars, des prêts dont le gel avait déjà été annoncé au début de ce mois. Ensuite, la suspension des programmes de l'USAID, l'agence de développement qui dépend directement du département d'État et dont la contribution en 2009 s'élevait à 4 millions de dollars* »<sup>796</sup>.

---

<sup>795</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), 06/11/2009.

<sup>796</sup> ETATS-UNIS / NIGER : Les États-Unis suspendent leur aide au Niger, Disponible sur [www.rfi.rfi](http://www.rfi.rfi). Consulté le : jeudi 24 décembre 2009.

Comme suite au coup d'État en Mauritanie en 2008, après un nouveau processus constitutionnel qu'elle a amorcé il y avait à peine deux ans, l'UE a engagé des consultations le 20 octobre 2008 avec la République islamique de Mauritanie. Estimant le 6 avril 2009 que les négociations avec la Mauritanie avaient échoué, l'Union Européenne décidera de les clôturer. En conséquence de cet échec, elle a adressé une lettre au général putschiste Ould ABDEL-AZIZ contenant quatre scénarii possibles. Le premier point concernait les sanctions financières. Elle informait la Mauritanie qu'en l'absence de tout progrès, la coopération européenne et l'aide financière (156 millions d'euros au titre du 10<sup>e</sup> FED) resteront suspendues. Seuls l'aide humanitaire, l'appui direct à la population et certains contrats en cours seront poursuivis<sup>797</sup>. La rigueur de la sanction financière sera alliée à l'aide à octroyer en cas de retour à la vie constitutionnelle normale à l'effet de faciliter le rétablissement du dialogue entre les protagonistes politiques. C'est pourquoi, précise-t-elle en quatrième point de sa correspondance, que seul le retour complet de la Mauritanie à l'ordre constitutionnel permettra la levée de toutes les restrictions et la mise en œuvre de l'intégralité des 156 millions d'euros du dixième FED<sup>798</sup>. D'autres institutions financières ne resteront pas indifférentes à la rupture de l'ordre constitutionnel en Mauritanie. C'est le cas de la Banque Mondiale qui décida le 22 août 2008 de suspendre une aide de 175 millions de dollars destinée au financement de 17 projets nationaux en Mauritanie.

Il ressort de ces développements que le recours aux sanctions est incontestablement devenu un moyen de lutte contre les entorses au constitutionnalisme. Reste alors à apprécier leur efficacité contre les fraudes à la constitution. Autrement dit, il s'agira de savoir si les sanctions économiques et politiques parviennent à mettre fin à l'anormalité constitutionnelle. Seule une évaluation de l'efficacité de ces moyens de dissuasion permettra d'en avoir une idée nette.

---

<sup>797</sup> Source le site [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), 06/04/2009

<sup>798</sup> Source le site [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), 06/04/2009

## SECTION II.

### L'EFFICACITE DU TRAITEMENT POLITIQUE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION: DES SUCCES AUX LIMITES

Lutter contre la fraude à la constitution, c'est parvenir à restaurer le cadre légal qui a été rompu. Il ne fait guère de doute que cette ambition demeure l'objectif principal que se donnent de nombreuses institutions politiques pour venir à bout de la fraude. Ainsi, constate-t-on que la restauration de la légalité constitutionnelle est insérée dans de nombreux instruments internationaux de promotion et de défense de la démocratie comme une de leurs finalités en cas de rupture de la légalité constitutionnelle (§I). Le caractère juste de ce principe ne doit cependant pas faire perdre de vue que le traitement politique de la fraude à la constitution ne se fait pas toujours sans accroc. Il est le plus souvent marqué de péripéties qui entament son efficacité (§II).

#### § 1. LA CONTRIBUTION A LA RESTAURATION DE LA LEGALITE CONSTITUTIONNELLE

La restauration de la légalité constitutionnelle passe par l'exigence du respect des droits fondamentaux (A) et le rétablissement du cadre démocratique (B).

##### A. L'EXIGENCE DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

La fraude à la constitution tend à remettre en cause la conduite du processus démocratique. Dans ce dernier cas, la ligne de démarcation entre la rupture constitutionnelle et la fraude à la constitution n'est pas nette. Il semble même exister une forte homonymie entre fraude et rupture constitutionnelle dont le point commun est l'hypothèque d'un groupe d'hommes sur les institutions. C'est pourquoi la distinction entre la fraude à la constitution et les révolutions n'est que de pure forme, car dans les deux cas, l'autoritarisme, voire la dictature devient le mode de gouvernance. La sanction que les États encourent en pareilles situations est l'isolement de la communauté internationale. Cette mise au banc de la communauté

internationale ne défausse cependant pas les États concernés de leurs engagements vis-à-vis de celle-ci, comme il en est de l'exigence du respect des droits de l'homme qui demeure une contrainte indéfectible.

Avec le triomphe du libéralisme, la variable des droits de l'homme est devenue un principe fondamental de la modernité démocratique, à telle enseigne qu'elle fait l'objet d'exigences très serrées dans les rapports étatiques. Les accords UE-ACP en ont fait un sacro-saint principe des relations Nord-Sud. C'est dans cette veine que s'est inscrite la Charte de l'Union Africaine qui porte beaucoup d'intérêt à ce principe. En période de normalité constitutionnelle ou de rupture, les droits de l'homme doivent être garantis et protégés. C'est pourquoi, la suspension de la qualité de membre qui pourrait résulter d'une sanction pour fraude à la constitution n'exonère pas les gouvernants du respect de ce principe. Ainsi, dans la nouvelle Charte africaine de la démocratie, il est prévu aux termes de l'alinéa 2 de l'article 25 que la suspension de la qualité d'État membre ne met pas en veilleuse les obligations de l'État à l'égard de l'Union. Au nombre de ces obligations figurent la garantie et la protection des droits humains qui constituent un standard minimum dont ne sauraient se défaire les États quelques motifs que ce soit.

La surveillance du respect des droits de l'homme à laquelle veillent particulièrement les institutions internationales passe par l'envoi de mission d'évaluation de la situation des droits de l'homme et la production régulière de rapports par les États concernés sur l'état des droits de l'homme. À cette exigence du respect des droits de l'homme, s'ajoute l'accompagnement de la restauration de la légalité.

## B. L'ACCOMPAGNEMENT DES ÉTATS DANS LE RETABLISSEMENT DU CADRE DEMOCRATIQUE

La restauration de la légalité en cas de rupture de la légalité constitutionnelle consécutive à la fraude reste un défi majeur pour les organisations internationales. En effet, il s'agit de rester au cœur de l'anormalité pour remettre, sur les rails de la légalité, ce qui est contraire à l'ordre constitutionnel. Cela implique qu'il soit maintenu en dépit des sanctions prononcées à l'encontre d'un État, le fil du dialogue pour le contraindre à revenir à la normalité. Deux trajectoires sont le plus souvent définies pour arriver à cette fin. La première porte sur la mise

en place d'un processus de réconciliation nationale; la seconde est relative à l'organisation d'une compétition électorale en vue de restaurer un nouvel ordre constitutionnel ou de désigner par la voie électorale de nouveaux élus. Le premier étant une sorte de caution implicite aux auteurs de la fraude plus que la résolution de la fraude à la constitution, l'analyse qui suit portera sur le second point relatif à l'accompagnement des États à la restauration de la démocratie.

La contribution à la mise en place des gouvernants désignés par la voie électorale se traduit par l'assistance et les missions d'observation électorales. Il s'agit pour la communauté internationale d'apporter les moyens financiers, matériels et logistiques à l'État pour l'organisation de l'expression du peuple. Si elle débouche sur l'expression du suffrage populaire, la gestion de ces mécanismes pour la restauration de la légalité constitutionnelle n'est pas toujours faite de manière irréprochable. En effet, l'organisation matérielle du cadre de la compétition est parfois entachée de manœuvres frauduleuses jetant un doute sur la volonté de la communauté internationale de lutter contre la fraude qui apparaît quelques fois plutôt comme une légitimation politique de la fraude à la constitution. La gestion de la crise née de la succession frauduleuse du président EYADEMA au Togo en est une illustration<sup>799</sup>. La CEDEAO et l'Union africaine qui se sont fortement impliquées dans le traitement de la fraude liée à l'accession au pouvoir ont été en deçà des attentes portées en elles en ce qui concerne la gestion de la transition et surtout l'organisation du scrutin ayant porté au pouvoir celui-là qui avait été l'auteur de la fraude. Par négligence ou par complicité, les institutions africaines avaient donné un brevet de régularité à l'élection présidentielle qui n'était pas en phase avec les standards de l'élection démocratique, dont principalement le critère de transparence. Pire, comme il sera montré en infra, le soutien de nombreux dirigeants de la CEDEAO et de l'UA à Faure EYADEMA était la preuve du parti pris de ces organes pour le fraudeur, tant il est difficile de distinguer la position des États membres de la position officielle de ces institutions.

---

<sup>799</sup> Voir El hadj Omar DIOP, Autopsie d'une crise de succession constitutionnelle du chef de l'Etat en Afrique. L'expérience togolaise (5-26 février 2005), Politéa, 2007. L'auteur montre que la gestion consécutive de la condamnation de la communauté internationale de la succession au Togo est déplorable en ce que la communauté internationale a été moins exigeante sur les nombreux cas de fraude sur lesquels l'opposition politique avait attiré son attention. En effet, l'opposition a adressé de nombreuses correspondances au représentant de l'UA et de la CEDEAO pour montrer les nombreuses irrégularités qui entachaient l'organisation du scrutin.

Ces considérations montrent bien qu'en Afrique, le traitement politique de la fraude est parsemé d'embûches

## **§ 2. LES APORIES DU TRAITEMENT POLITIQUE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Le traitement politique de la fraude n'est pas couronné uniquement de succès. Dans le traitement de la fraude, des difficultés surviennent et obligent parfois à dénaturer le droit. Le traitement politique de la fraude obéit à cette même trajectoire. La fraude peut être utilisée comme un moyen accessoire de lutte contre la fraude (A) ou tout simplement, les solutions employées contre elle, peuvent être enrayées par la solidarité agissante de certains dirigeants Africains (B).\*

### **A. LE RECOURS A LA FRAUDE PAR NECESSITE**

Si la fraude à la constitution fait dans l'entendement collectif l'objet d'une perception négative parce qu'elle vise à remettre en cause les finalités de la constitution, il n'en demeure pas moins qu'elle peut se révéler utile. C'est notamment le cas où elle vise à circonscrire, dans des proportions acceptables, la désarticulation de l'ordre constitutionnel. Cette affirmation peut paraître tendancieuse, car charriant une idée à l'opposée des valeurs démocratiques. Il n'empêche qu'elle correspond à la réalité. En effet, de plus en plus, il arrive que la constitution soit instrumentalisée pour trouver un consensus entre les acteurs politiques à l'effet de préserver l'État en déliquescence. Il s'agit alors de tourner l'esprit des textes constitutionnels ou de les violer frontalement pour sauvegarder la paix en péril. Dans ce dessein, la fraude à la constitution se met au service du droit. Elle se caractérise dans cette situation par sa nature collective apparaissant comme une sorte de convention de la constitution qui contrarie le sens de la constitution. La médiation internationale est le principal moyen pour parvenir à cette fin<sup>800</sup>. En effet, pour sortir de nombreuses crises

---

<sup>800</sup> Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique, sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA (Prés.); Jean du BOIS de GAUDUSSON, Albert BOURGI, et al., Bruxelles, Bruylant, 2010.

politico- institutionnelles, la médiation est utilisée pour porter secours à la constitution dont la mise en œuvre a rencontré de considérables difficultés<sup>801</sup>.

Le recours à la fraude à la constitution au profit du constitutionnalisme rappelle la violation de la constitution par consensus évoquée par le professeur Bertrand MATHIEU<sup>802</sup>. Contrairement à cette dernière qui est contestée parce que violant les principes fondamentaux de la constitution comme la liberté d'expression ou d'égalité<sup>803</sup>, la fraude à la constitution est ici une ressource au profit du droit. Elle vise à mettre fin à l'exclusion d'une partie du corps social par la constitution. En réalité, la fraude est une solution pour de sortie de crise ou un moyen visant à mettre fin à des conflits civilo-politiques qui trouvent leur cause dans les règles conflictogènes de la constitution. De ce fait, les acteurs politiques décident de dépouiller le droit constitutionnel des règles et des institutions qui sont préjudiciables à la cohésion sociale. La finalité de la fraude est de neutraliser les règles constitutionnelles qui recèlent des vices antidémocratiques. On a recours dans ces cas à des montages juridiques dans le cadre d'une médiation pour créer un consensus autour des règles constitutionnelles. Le recours aux artifices juridiques se matérialise soit par l'injonction faite aux gouvernants d'user les pouvoirs à eux reconnus pour infléchir les dispositions anticonstitutionnelles, soit par le biais d'une sorte de *gentlemen agreement*, les acteurs conviennent d'un droit constitutionnel hors constitution au nom de la préservation de la paix. Dans ce sens, la solution largement pratiquée est le partage du pouvoir entre les différents protagonistes de la scène politique nationale. Cette pratique est aussi qualifiée de *power sharing*<sup>804</sup>.

Le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON faisait observer à propos des solutions judiciaires aux conflits constitutionnels que certains auteurs comme MOUKOLO NBONJO regrettaient que les États africains n'aient pas opté

---

<sup>801</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « La constitution du 23 décembre 2001 au cœur de la médiation comorienne », *Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique*, sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA (Prés.); Jean du BOIS de GAUDUSSON, Albert BOURGI, et al., Bruxelles, Bruylant, 2010, p 559.

<sup>802</sup> MATHIEU Bertrand, « Les “lois mémorielles” ou la violation de la constitution par consensus », *Recueil Dalloz*, 2006, n°44, 2010, p. 3001.

<sup>803</sup> Ibid.

<sup>804</sup> PIPPA Norris, *Driving democracy: do power-sharing institutions work?*, Cambridge, New York, Cambridge University Press – 2008. SISK Timothy D, Anna K. JARSTAD, *From war to democracy: dilemmas of peacebuilding*, Cambridge; New-York; Melbourne [etc.], Cambridge University Press – 2008.

pour une nouvelle conception de l'organisation constitutionnelle, celle du modèle "consociationnel" ou du *power sharing* cher à Arend LIJPHART<sup>805</sup>. Pour ses concepteurs, ce modèle aurait l'avantage d'être moins conflictuel que le modèle libéral et plus réceptif aux multiples pluralismes qui font la complexité des sociétés africaines et de leurs régimes politiques<sup>806</sup>. Les avantages que pourrait procurer le modèle « consociationnel » n'excluent pas en revanche un regard critique sur les systèmes constitutionnels africains dans leur ensemble. En effet, la particularité du contexte africain exige que soient interrogés les mécanismes proposés à l'effet d'améliorer les systèmes constitutionnels. C'est pourquoi il convient de mesurer l'efficacité de ces mécanismes institutionnels proposés comme alternatifs, car comme toute proposition, aucune d'elles, comme le relève le doyen de GAUDUSSON, n'a la force de l'évidence puisque, à elles seules, les structures constitutionnelles ne peuvent prévenir ni résoudre tous les conflits politiques<sup>807</sup>.

Il nous semble pourtant que la technique du *power sharing* peut être utilisée comme une forme de fraude que l'on utilise pour contrer une autre fraude, à telle enseigne qu'elle peut être considérée comme un mécanisme paradoxal de lutte contre les entorses au constitutionnalisme. Pour parer aux conflits postélectorales consécutifs aux fraudes électorales, la communauté internationale trouve dans ce mécanisme la formule gagnante pour maintenir la stabilité au détriment de l'application des règles, le tout se faisant hors de la

---

<sup>805</sup> Dans les années 1960 Arend LIJPHART s'oppose aux théories pluralistes dominantes aux États-Unis selon lesquelles l'instabilité politique d'un État résulte de l'hétérogénéité ou de la fragmentation de la culture politique qui distingue différents modèles démocratiques. Il cherche à comprendre le « paradoxe hollandais », c'est-à-dire une société idéologiquement et socialement fragmentée est stable et repose sur une politique de conciliation et de compromis. Sur la base d'un certain nombre de variables, il distingue le modèle majoritaire du modèle consociatif. Le modèle majoritaire se caractérisant par gouvernement unitaire, un exécutif fort, un Parlement unicaméral et une bipolarisation de l'échiquier politique. Les partis d'opposition qui bénéficient de très peu de ressources, d'influence et de pouvoir sont cantonnés dans un rôle d'opposition à l'action gouvernementale. Les démocraties consociatives sont marquées par des clivages culturels profonds à portée politique. Elles se caractérisent par de larges coalitions gouvernementales, la séparation des pouvoirs, le bicaméralisme et la représentation des minorités, la multipolarité, l'entrecroisement des clivages, le fédéralisme et la décentralisation, l'autonomie des différents groupes composant la société, le droit de veto mutuel sur les décisions et la proportionnalité dans la représentation. A. LIJPHART., *The Politics of Accommodation. Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley-Los Angeles, University, Bâle, Helbing et Lichtenhan, 1995, p. 127. L'évolution des éléments retenus par A. Lijphart entre 1977 et 1999 est présentée par Knappskog, T. « Consociationalism : Theoretical Development Illustrated by the Case of Belgium », *Res Publica*, 2001, vol. 43, n°43, p. 533.

<sup>806</sup> MOUKOLO NBJO, Pluralisme socio-politique et démocratie en Afrique: l'approche « consociationnelle » ou de "power sharing", actes du 4<sup>e</sup> colloque international de l'association pour la promotion de l'Etat de droit (APED) Lomé, 21-23 avril 1994.

<sup>807</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les solutions constitutionnelles... », op. cit., p. 609-627.



légalité. Plusieurs accords de *power sharing* pratiqués en Afrique francophone illustrent cette situation.

L'accord de Dakar sur la Mauritanie qui permet au président ABDELALLAHI de se présenter à l'élection présidentielle en violation de la règle de l'UA interdisant à tout auteur de coup d'État de briguer le pouvoir en est une illustration. Cet accord, qui concerne une fraude par révolution, reste tout de même critiquable. En effet, le président WADE, médiateur de la crise mauritanienne, avait, par un montage juridique, donné « *une sorte de légalité* » au coup de force militaire pour sauver le retour à la démocratie. Le président qui avait été déchu a retrouvé son pouvoir, le temps de signer sa démission, entraînant la délégation de pouvoir au président du Sénat. Le caractère malicieux de cet accord est d'avoir disqualifié le président constitutionnellement élu pour les futures élections alors que celui qui l'avait destitué a bénéficié d'une prime à la révolution en ayant eu la possibilité de se présenter à la présidentielle. L'accord de Linas Marcoussis considéré comme un accord juridique à contenu politique s'inscrit dans cette logique.

Tout aussi identique par son mode de solutionnement, mais différent par son acte générateur, est l'accord de Maputo consécutif au changement extraconstitutionnel de pouvoir à Madagascar. Signé le 5 octobre 2009, il réunit les trois principales mouvances politiques représentées par les camps respectifs des anciens chefs d'État de Madagascar pour élaborer une charte de gestion de la transition politique. Le paradoxe pour le moins surprenant est qu'à l'image de tous les accords de partage de pouvoir de ce genre, cet accord ne tend pas à restaurer la normalité constitutionnelle, mais plutôt à conférer une légalité à des actes anticonstitutionnels. C'est pourquoi l'accord de partage de pouvoir n'est pas toujours accueilli favorablement. En effet, International Crisis Group, dans son rapport Afrique N°156 du 18 mars 2010 relatif au cycle de crises à Madagascar, a préconisé l'abandon du *power sharing* entre les mouvances en lieu et place de la signature par ces derniers d'un « *accord politique qui autorise conjointement les Nations unies et l'Union africaine à superviser la rédaction d'une nouvelle constitution par un processus consensuel impliquant les mouvances malgaches et la société civile ; à organiser et à superviser un référendum sur cette constitution et la tenue des élections ; à déployer une mission de police pour travailler en collaboration avec la police nationale à la sécurisation des élections. Et enfin à « accepter la nomination d'un envoyé spécial unique, mandaté conjointement par l'Union africaine et le Conseil de sécurité*

*des Nations unies, responsable des tâches susmentionnées »*<sup>808</sup>. Pour cette organisation non gouvernementale, ces recommandations paraissaient être la solution aux limites de l'accord de partage de pouvoir qui était dans un enlisement total.

Les limites du mécanisme de répartition du pouvoir se feront jour également dans la crise nigérienne également. Dans ce dernier cas, le processus de partage du pouvoir qui était en gestation au Niger n'ira pas à son terme, du fait de l'intransigeance de celui qui devait en être le principal bénéficiaire. En effet, le président TANJA va tout perdre suite au coup d'État du 18 février 2000 alors que la communauté internationale s'accordait à le ménager. Lors de la 7<sup>e</sup> conférence des chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO qui s'est tenue le 16 février à Abuja au Nigeria, les dirigeants de l'ouest-africain avaient accueilli favorablement le rapport présenté par son médiateur pour la crise nigérienne, le Nigérian Abdulsalami ABUBAKAR. Ils avaient affirmé que *« dans l'ensemble, ces propositions sont tout à fait raisonnables et nous sommes au regret de voir que le président TANJA reste campé sur ses positions et ne veut pas reconnaître la nécessité de venir à une solution équitable de sortie de crise »*<sup>809</sup>. Or, la communauté internationale et la CEDEAO en particulier avaient été très critiques à l'endroit des manœuvres du président TANJA, si bien qu'elles prissent acte de la fin officielle du mandat de ce dernier le 22 décembre et adoptèrent des sanctions contre le Niger<sup>810</sup>. Mais au nom de la préservation de la paix menacée, la CEDEAO préconisait, en porte à faux avec le recul de la démocratie dans l'espace ouest africain qu'elle avait constaté lors du sommet sus évoqué, le partage du pouvoir entre le président TANJA et son opposition. Le *power sharing* était-il dans ces conditions une solution de dépit de la communauté internationale ou du réalisme politique contre des situations politiques pour lesquelles la règle de droit restait insuffisante ?

Quoi qu'il en soit, les vertus de ce modèle montrent ainsi leurs limites et, par ricochet, l'impuissance de la communauté internationale dont certains membres ne cachent pas leur collusion avec les fraudeurs.

---

<sup>808</sup> www.international Crisis Group, Rapport Afrique N°156, 18 mars 2010, Madagascar : sortir du cycle de crises.

<sup>809</sup> Niger : le rapport du médiateur ne fait pas l'unanimité, www.rfi, consulté le 16/02/2010,

<sup>810</sup> La CEDEAO et l'UE ont officiellement pris acte de la fin du mandat du président TANJA le 22 décembre 2009.

Les limites de la lutte juridictionnelle ou politique ne trouvent pas exclusivement leurs causes dans les normes et mécanismes. Parfois, la solidarité agissante dont bénéficient les fraudeurs de la part de certains États constitue l'obstacle dirimant à l'efficacité de la lutte. Cette solidarité est mue par un double intérêt, politique et/ou économique. En ce qui concerne la solidarité politique, elle serait en Afrique une obligation de l'appartenance à ce que la presse africaine appelle dans son ensemble « *le club* » ou encore « *le syndicat des chefs d'États africains* ». Les sommets seraient des cadres de renforcement de cette fraternité élitiste. Au niveau politique, les raisons stratégiques ne sont pas à sous estimer. Pour des raisons tenant à sa situation géographique ou à son influence régionale, un État peut être un allié stratégique contre lequel les remontrances sont toujours mesurées.

La dimension économique reste de loin l'élément le plus handicapant de la lutte contre les entorses au constitutionnalisme. Les richesses d'un pays, et l'on sait que nombre d'États africains en disposent suffisamment, sont un moyen du clientélisme des leaders africains qui n'hésitent pas à y recourir pour élargir le cercle de leurs amis et se faire accepter par certaines puissances. Les potentiels fraudeurs usent et abusent des potentialités économiques de leur pays pour parvenir à leurs fins. De nombreux exemples l'illustrent à suffisance.

Les révisions de la constitution au Cameroun et en Algérie pour lever la clause limitative des mandats n'ont pas donné lieu à la levée de boucliers de la communauté internationale en général et africaine particulièrement. Le silence assourdissant, voire complice, des dirigeants africains pouvait s'expliquer par le poids non négligeable de ces pays dans la contribution au budget de l'UA pour l'Algérie notamment qui est l'un des principaux contributeurs de l'Union Africaine.

Quant à la France, ancienne puissance colonisatrice parfois prompte à tirer la sonnette d'alarme en cas de recul de la démocratie, elle est restée quasiment inaudible. Avait-elle sacrifié les principes sacro-saints qu'elle défend sur l'autel de ses intérêts ? Son attitude face aux velléités du président TANJA à manipuler la constitution nigérienne en contenait la réponse. La menace de cession de l'extraction de l'uranium nigérien au partenaire chinois au détriment du groupe français AREVA a contraint le président SARKOZY à se rendre au

Niger pour faciliter l'accord de revalorisation du partage des revenus de l'uranium entre le Niger et ce groupe français. Le gouvernement français s'était par la suite montré très conciliant envers son partenaire nigérien. Stratégiquement, le Niger est un partenaire sécuritaire important, compte tenu de son ouverture sur le Sahara, zone où sévissent les terroristes d'Al-Qaïda. Aussi, son apport était nécessaire pour la lutte contre le terrorisme. C'est eu égard à l'incidence majeure de la conjonction de ces éléments que le journal le TIMES affirmait que la situation au Niger était fortement tributaire des enjeux économiques et stratégiques<sup>811</sup>.

Le traitement différencié de la fraude à la constitution en Afrique francophone par la France rompt avec le traitement du différend politique qui a opposé la France à la Syrie. En effet, les désaccords avec ce dernier pays n'ont pas empêché la France de faire des affaires avec lui, notamment la passation d'importants contrats. La visite des 19-21 février 2010 du Premier ministre FILLON conduisant une délégation d'hommes d'affaires en est une illustration<sup>812</sup>. C'est dire qu'il ne semble pas impossible à la France d'allier affaires et sanctions. Mais elle ne semble pas préférer cet attelage quand il s'agit des relations avec ses ex-colonies. Il en fut ainsi également avec le traitement du coup d'État militaire au Togo et du

---

<sup>811</sup> Les USA qui sont pourtant fortement impliqués dans la lutte contre le terrorisme dans la zone n'ont pas ménagé leurs sanctions à l'égard du Niger. Cela montre la distinction entre le pragmatisme américain et la conception française de la gestion des situations africaines. Il ne faut toutefois pas exagérer la fermeté des Américains à l'égard du Niger qui pourrait s'expliquer par le fait que les Américains n'ont pas dans ce pays des intérêts économiques importants.

<sup>812</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), FRANCE/SYRIE : Paris et Damas confirment leur rapprochement, 21 février 2010.

Tout au long de sa visite en Syrie, le Premier ministre français François FILLON s'est félicité de la stratégie engagée, il y a deux ans par le président Nicolas SARKOZY, de reprise du dialogue avec ce pays, qui avait été banni de la communauté internationale en raison de son soutien présumé au terrorisme. Une stratégie qui a notamment permis, selon lui, la reprise des relations diplomatiques entre la Syrie et le Liban. La France entend donc continuer dans cette voie et approfondir les relations avec ce pays clef de la région. Mais pas à n'importe quel prix. Selon, Christine Lagarde ministre française de l'Economie, *l'embargo, historiquement, ça n'a jamais marché*.

François FILLON l'a rappelé à chaque occasion lors de sa visite à Damas, c'est la France qui a pris l'initiative de renouer le dialogue avec la Syrie, et, a posteriori, elle n'a pas eu tort. « *Je constate avec beaucoup d'intérêt que ce dialogue, après avoir été beaucoup critiqué, est aujourd'hui suivi, imité par beaucoup d'autres. Je me réjouis qu'en particulier les Etats-Unis aient finalement choisi la même voie que celle que la France avait choisie il ya deux ans* », souligne le Premier ministre français. Christine LAGARDE, la ministre de l'Economie, abonde dans le même sens : « *Il faut impérativement se parler pour mieux se comprendre. C'est clairement ce qui se passe en matière économique* ». Plusieurs accords de partenariats ont été signés durant la visite de François FILLON en Syrie, dont l'achat de deux ATR-72 à EADS, pour la compagnie Syrian Air, très handicapée par les sanctions américaines contre l'Etat syrien. Depuis ces sanctions, décrétées en 2004, la compagnie Syrian Air ne peut plus se procurer de pièces de rechange pour ses Airbus, ni acheter de nouveaux avions ; elle n'en a plus que trois. Un accord a été signé pour l'achat de 14 nouveaux Airbus, mais il ne pourra se concrétiser qu'avec une levée de ces sanctions américaines, car les Airbus ont des composants américains.

montage juridique frauduleux qui s'en est suivi pour lui donner une apparence de légalité. En réaction, il a été reproché à la France de ne pas être suffisamment claire sur la condamnation de la situation togolaise<sup>813</sup>. Il lui était reproché sa condamnation à demi-mot de la prise illégale du pouvoir de FAURE. En réalité, elle s'est contenté de demander « *l'organisation dans des délais prévus par la constitution togolaise d'élections présidentielles et législatives qui soient libres et démocratiques et transparentes pour mettre fin à la transition* »<sup>814</sup>, sans toutefois exiger le départ du pouvoir de Faure EYADEMA. C'est un tel choix qui alimente le moulin des critiques de la francAfrique. En réponse à ces nombreuses critiques relatives à son soutien à la famille EYADEMA, elle affirmera, par le biais d'un communiqué du Quai d'Orsay, elle affirmera que « *nos déclarations sur le Togo sont parfaitement claires : nous n'avons cessé de réclamer le retour à la pleine légalité constitutionnelle dans ce pays et nous avons constamment appuyé la position de la CEDEAO* »<sup>815</sup>. Si le soutien français à Faure Eyadema fut entaché d'ambiguïté, celui du gouvernement ivoirien, lui, sera très clair, car il enverra une délégation officielle à la cérémonie de présentation de serment devant la Cour constitutionnelle<sup>816</sup>.

La gestion africaine de l'instrumentalisation de la constitution nigérienne d'août 2009 sera, elle, plus dramatique. Hormis le Nigeria dont le président YARADUA a condamné l'initiative du président TANJA, les autres dirigeants n'ont pas réagi, du moins, dans le sens de la condamnation de la révision totale de la constitution. Interrogés sur la question, les présidents COMPAORE du Burkina et TOURE du Mali ont évoqué la maturité du peuple nigérien à décider ou non de la limitation du mandat. Ces réponses qui s'apparentaient à de la caution au fraudeur vont être matérialisées dans les faits. Les chefs d'État amis dont le président COMPAORE, joignant l'acte à la parole, vont entraver le consensus habituel prévalant au sein de l'OIF. Ainsi, l'OIF ne prendra pas, faute de consensus, des sanctions contre le Niger

---

<sup>813</sup> Voir DEGLI Jean Yaovi, *TOGO : À quand l'alternance politique ?*, op. cit., pp. 97-132. Analysant les différents communiqués de la France sur la situation, l'auteur est parvenu à la conclusion que la position française était des plus ambiguë, car elle soutenait le maintien au pouvoir de Faure Eyadema. Il soutient qu'à cet effet le président Chirac avait demandé à certains présidents africains dont Mamadou TANJA, Blaise Compaoré et Omar Bongo...de soutenir le fils Eyadema. Cette analyse est crédible d'autant plus qu'après sa démission Faure, se déplaçant avec l'avion présidentiel, sera reçu dans tous ces pays avec un honneur dû à la limite à un chef de l'exécutif.

<sup>814</sup> Ministère des affaires étrangères français, Communiqué du 29 février 2005 relatif à la crise au Togo, cité par DEGLI Jean Yaovi, op. cit., p. 131.

<sup>815</sup> DEGLI Jean Yaovi, op. cit., p.131.

<sup>816</sup> HOUMEY Noviti Raymond, « Éphéméride d'un coup d'Etat annoncé », article publié le 7 février 2005 sur le Site du mouvement Bâtir le Togo dont il est le Secrétaire Général.

pourtant en faute avec ses obligations. Si ce consensus n'a pas existé, c'est du fait de l'opposition des pays amis du Niger. Comment pouvait-on expliquer cette résistance des alliés du Niger ? Solidarité africaine ou anticipation de l'éventuelle reproduction de la situation nigérienne?

Si la réponse à ces questions ne semble pas évidente, la prise en compte de la situation de certains délégués tels que celui du Bénin, du plaidoyer du délégué burkinabè ayant soutenu le gouvernement du Niger, peut être un indice<sup>817</sup>. Si avec le Bénin, on pouvait légitimement parler de la solidarité agissante d'un État frère à un autre, il n'en était pas de même du soutien du Burkina Faso, qui paraissait être un plaidoyer par anticipation de sa propre cause, tant les velléités imitatrices des manœuvres de TANJA y sont grandissantes. Du reste, la farouche détermination du délégué burkinabè, l'ambassadeur Luc Adolphe TIAO à Paris, suscita des interrogations au Burkina Faso. Véritable défenseur de la cause nigérienne à travers un plaidoyer pour la non sanction du Niger, le délégué burkinabè donne suite au soutien que le président burkinabè a renouvelé à la délégation nigérienne conduite par le Premier ministre nigérien, ALI GAMACHE, venue expliquer, selon elle, la situation réelle du Niger. La délégation soutenait l'idée que les sanctions à leur encontre avaient été prises sans connaissance de la situation exacte de la crise nigérienne. Incontestablement par son soutien, le président COMPAORE plaidait pour sa propre cause, car la volonté de remodifier une troisième fois la clause limitative des mandats à l'effet de lui permettre de briguer *ad vitam aeternam* d'autres mandats n'était plus qu'un secret de polichinelle.

Visiblement, à l'épreuve des faits, certaines sanctions s'avèrent inefficaces à infléchir la position des « *prédateurs de la démocratie* ». On peut légitimement s'interroger sur la volonté réelle des institutions habilitées à prendre les sanctions pour résoudre de façon tranchée et définitive ces violations de la démocratie, d'autant plus que leur application est laissée aux États. De ce fait, essentiellement composées de chefs d'État parvenus au pouvoir de façon illégale, les instances politiques africaines chargées d'appliquer les sanctions sont paralysées par une tare congénitale. Le président TANJA, au plus fort de sa volonté de réviser la constitution du Niger de 1999, n'avait pas manqué de rappeler que la plupart des chefs d'États africains en exercice était parvenue au pouvoir de façon non démocratique.

---

<sup>817</sup> Source [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr).

C'est incontestablement ce handicap qui oblige nombre de dirigeants africains, soit à s'abstenir de condamner, soit de soutenir en sous-main les entorses au constitutionnalisme. C'est pourquoi, bien qu'adoptées, les sanctions financières et politiques des institutions africaines ne sont pas suivies d'une efficacité irréprochable. En dépit, des appels du Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine aux États afin qu'ils appliquent les sanctions, celles-ci restent peu décisives contre les bourreaux de la démocratie. Ne parlant pas toujours d'une seule voix ou en raison du contrôle peu rigoureux de la sanction, le Conseil de paix de l'UA n'arrive pas à leur donner l'effet souhaité de sorte que les personnes sanctionnées les ressentent moins.

---

## CONCLUSION TITRE I

---

Désormais, la lutte contre la fraude à la constitution, conformément à l'exigence de la légalité constitutionnelle qui s'inscrit dans la promotion de l'État et de la démocratie, est devenue un défi de la communauté internationale tout entière.

Les États africains sous l'influence des organisations régionales et internationales essaient de faire fonctionner leur dispositif institutionnel afin de protéger la constitution. Il en est ainsi parce que l'exigence du formalisme cède de plus en plus le pas au droit constitutionnel substantiel. En effet, le critère de la légalité formelle adoubé au départ de la conditionnalité démocratique est dorénavant associé à celui qui concerne les aspects matériels du constitutionnalisme.

En Afrique, comme partout ailleurs, la protection de la constitution de façon générale ne se limite plus au contrôle de forme, mais surtout de fond des lois. Mieux, ce dernier contrôle, de façon timide, tend progressivement vers les violations de la constitution dites subjectives qui, pour cette raison, étaient hors du champ de contrôle du juge constitutionnel.

Dans le contexte nouveau, il s'agit de lutter contre toutes les violations de la constitution fussent-elles objectives ou subjectives. C'est pourquoi les fraudes à la constitution sont de plus en plus examinées par les juridictions internes dont les résultats sont pour l'instant en deçà des attentes.

En effet, les lueurs d'espoir ne viennent que de quelques juridictions constitutionnelles comme celle du Bénin, du Comores, du Mali ou encore du Niger. Ces dernières n'hésitent pas à invoquer, explicitement ou non, le caractère frauduleux de certaines lois constitutionnelles. À l'appui de leurs arguments, elles évoquent la violation de l'esprit de la constitution ou encore du consensus. Le recours à argument de la violation de l'esprit est toutefois contesté par une partie de la doctrine qui considère qu'il revient au constituant originaire ou, à tout le moins, dérivé, de le consacrer. La majeure partie des juridictions constitutions africaines ne semble pas s'inscrire dans la répression de la fraude à la constitution. C'est le cas



particulièrement des juridictions constitutionnelles du Burkina Faso, du Tchad ou encore du Sénégal. Lorsque celles-ci évoquent l'esprit de la constitution comme pour faire référence à la fraude, c'est pour l'écarter. Dans ce décorum juridictionnel, les premières juridictions citées apparaissent en vérité comme des censeurs de la fraude alors que les secondes en sont les certificateurs.

Les actions de fraude conduisent très souvent, les organisations politiques régionales et internationales à s'inviter dans la lutte contre les fraudes à la constitution dans les États africains. Si les actions qu'elles développent contre ce fléau sont quelques fois salutaires, elles se traduisent, de façon générale, par des échecs imputables aux États et à leurs dirigeants.

Quelquefois aussi, les intérêts économiques ou stratégiques que certaines puissances étrangères ont avec les États dont les dirigeants sont reconnus coupables de fraudes ne facilitent pas leur implication dans les luttes engagées. De façon générale, comme il apparaîtra dans les développements qui suivent, les obstacles à la lutte contre la fraude sont parfois difficiles à surmonter.

---

## TITRE II.

# LES LIMITES À LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION

---

L'institutionnalisation des organes politiques et juridictionnels et l'existence d'un dispositif normatif ne sont pas nécessairement des gages de la protection efficace de la constitution. La situation en Afrique en est une illustration. En effet, la mise en place des institutions dans ce continent a longtemps participé du décorum de la transition démocratique imposée aux régimes autoritaires africains. Le dispositif institutionnel et normatif qui a été adopté répondait plus à une stratégie politique de conservation du pouvoir qu'à une volonté réelle de doter l'État de contre-pouvoirs constitutionnels.

Les institutions étaient juste le brevet d'entrée dans le cercle des États modernes, si bien que, comme frappées par des imprécations, elles étaient condamnées à ne pas fonctionner, ou du moins, à fonctionner à demi-teinte. Si ce constat est une lapalissade à travers le continent, il reste cependant que dans certains États, certaines institutions tentent de se déprendre des images parfois péjoratives que l'on leur accole. Il n'empêche cependant que ces dernières restent encore sous le joug de nombreuses contraintes.

Dans la pratique l'inefficacité de la lutte contre la fraude est liée aux hésitations des organes juridictionnels et politiques à bien protéger la constitution. Il faut toutefois préciser que les difficultés rencontrées par les premiers trouvent leur origine dans l'inefficience des seconds.

La première partie de l'analyse qui suit concernera les limites du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution. La seconde portera sur les limites découlant du traitement politique de la fraude à la constitution.

---

## **CHAPITRE I**

# **LES INSUFFISANCES INHERENTES AU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION**

---

De par sa mission traditionnelle de protection des institutions, l'organe juridictionnel est au cœur de la protection de la constitution contre les fraudes. Toutefois, comme déjà été rappelé, les résultats ne sont pas homogènes sur l'ensemble du continent. De façon isolée, certaines juridictions tiennent bien leur rôle de gardienne de la constitution. Dans l'ensemble cependant, les résultats de la lutte sont loin d'être satisfaisants.

L'absence de satisfecit trouve son explication dans la conjonction de plusieurs facteurs. Les limites les plus importantes du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution sont à rechercher dans les dispositifs normatifs et institutionnels des États. Les premières seront examinées sous l'angle des difficultés liées aux modalités du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution (section I) et les secondes, sous celui du dysfonctionnement de la justice constitutionnelle (section II).

.

## **SECTION I.**

### **LES DIFFICULTES LIEES AUX MODALITES DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Les moyens juridiques déterminent en partie le succès du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution. En effet, c'est à l'aune du dispositif juridique que le juge peut mener un contrôle efficace de la fraude. C'est dire que si le système constitutionnel est doté de moyens juridiques assez importants et efficaces, la fonction de contrôle du juge s'en trouve facilitée. La difficulté naît cependant lorsque le système constitutionnel est privé d'un dispositif adéquat. C'est pourtant cette dernière situation qui caractérise la plupart des systèmes constitutionnels africains francophones.

L'analyse montre qu'en dehors des difficultés tenant à la nature du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution (§I), il existe d'autres obstacles qui relèvent pour l'essentiel à l'impuissance des juridictions de contrôle (§II). C'est la combinaison de ces deux facteurs qui explique en grande partie le peu de succès enregistré dans le contrôle juridictionnel de la fraude.

#### **§ 1. LES DIFFICULTES TENANT A LA NATURE DU CONTROLE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

L'analyse des dispositifs nationaux de protection a montré qu'ils ne sont pas assez étoffés pour permettre de réaliser un contrôle juridictionnel efficace des violations indirectes de la constitution. Au demeurant, c'est donc cette difficulté qui dépeint sur le traitement de la fraude à la constitution. Ainsi, on constate que deux facteurs majeurs minent le contrôle juridictionnel de la fraude: Dans la pratique, l'inadéquation des dispositifs de répression de la fraude (A) et la nature du contentieux de la fraude (B) expliquent en grande partie l'exclusion de nombreuses fraudes à la constitution du champ d'action de juge de la constitution.

La répression de la fraude se veut en grande partie subjective. Dans ces conditions, un contrôle objectif paraît inadapté. La lutte contre la fraude devient alors une exigence au-delà des mécanismes existants. Deux handicaps peuvent être relevés à ce sujet: le positivisme juridique et la prédominance du formalisme dans le contrôle juridictionnel.

La nature positiviste du droit en vigueur n'est pas un facteur favorable au contrôle juridictionnel des actes empreints de subjectivisme. Il est en effet connu que selon le prisme du positivisme, la validité des actes est essentiellement liée à un jugement de légalité, c'est-à-dire que tout acte est apprécié en référence au droit en vigueur. C'est dire qu'en ce qui concerne le traitement de la fraude à la constitution, le juge est obligé de rechercher ses règles de référence dans le droit positif. Or les principes et règles invoqués pour sanctionner la fraude à la constitution sont la plupart inférés du droit naturel ou de l'éthique. En conséquence, tant qu'ils ne sont pas consacrés en droit positif, ces principes sont dénués d'effet juridique. De ce fait, le droit en vigueur ne peut assurer au mieux les finalités des constitutions, car n'offrant pas au juge constitutionnel des règles de référence nécessaires à la protection juridictionnelle de la constitution contre la fraude à la constitution.

Par ailleurs, il est apparu que dans l'espace francophone africain, les moyens de contrôle juridictionnel de la fraude font la part belle aux moyens de forme qui sont la conséquence de la conception réductrice du contrôle objectif par le juge africain. Dans la pratique, les juges africains préfèrent s'appesantir sur un contrôle de forme au détriment du contrôle de fond pour des raisons variées tenant le plus souvent à la conception de leur rôle. Lorsqu'ils en viennent à assurer le contrôle de fond, c'est un contrôle *a minima* qui rencontre leur faveur dans la seule optique de ne pas heurter certaines sensibilités, du moins, celles de qui ils tiennent leur présence au sein du « *collège des sages* ». En effet, lorsqu'il existe une collusion entre juges et gouvernants, leurs obligations se déclinent à un contrôle *a minima* dans un double objectif: satisfaire l'exécutif et donner l'impression d'avoir assuré leur mission. Le contrôle juridictionnel dans ces conditions est un prolongement de la stratégie politique de conservation de pouvoir. L'attitude du juge relève en pareilles circonstances, pour reprendre

le mot de Max GOUNELLE, de la pure connivence, de l'accord entre pouvoirs publics en vue de mettre en sommeil certaines de ses compétences<sup>818</sup>.

Dépourvus de coloration ou de considération partisane, d'autres juges considèrent que la nature de leur juridiction et l'étendue limitée de leur compétence apparaissent comme des facteurs handicapant l'efficacité de leur mission de censeur de la fraude à la constitution. La discussion de ces deux facteurs montre qu'ils ne sont pas dénués d'effets négatifs majeurs sur le contrôle juridictionnel.

Sur le premier élément concernant la nature juridictionnelle, il faut relever que si la fraude peut être portée devant le juge afin qu'il soit réalisé un contrôle prétorien, la nature politique du litige qui lui est porté dépasse le cadre de son contrôle qui se veut avant tout juridictionnel. Il lui est pourtant demandé de se prononcer sur une question qui, de par sa nature, peut échapper à la compétence de son office, dans la mesure où son institution reste avant tout juridictionnelle et non politique.

Le second aspect relatif à l'étendue des compétences et des pouvoirs du juge cristallise l'essentiel des échecs du contrôle prétorien. Le droit constitutionnel francophone africain reste, dans sa dominance, frappé par une insuffisance rédhibitoire liée à son émergence. Le caractère lacunaire du droit constitutionnel<sup>819</sup> s'explique par le fait qu'il ait été élaboré dans la précipitation, mais surtout parce qu'il ne prend pas en compte les exigences liées à la recrudescence des formes pernicieuses de violation de la constitution. Ainsi, il est rare que les dispositifs de protection de la constitution intègrent des moyens qui mettraient à la disposition du contrôleur les outils performants pour l'accomplissement de son œuvre. Ce qui explique que les dispositifs dans leur grande majorité n'aient pas prévu de moyens particuliers de lutte contre la fraude à la constitution. Il eût fallu seulement doter les dispositifs de moyens permettant au juge de contrôler la subjectivité pour qu'en partie, au moins théoriquement, le système présente des garanties d'efficacité contre la fraude. À défaut de ces moyens, le juge constitutionnel reste impuissant face aux violations de nature subjective, sauf pour lui à créer

---

<sup>818</sup> GOUNELLE Max, « La Cour suprême dans le système politique sénégalais », in *Les Cours suprêmes en Afrique*, op. cit., p. 167.

<sup>819</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique de pouvoir, *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 609-627. L'auteur qualifie la plupart des textes fondamentaux des Etats africains de « *constitutions de l'urgence* » rédigées sous l'emprise de la nécessité pour tenter de relever sur-le-champ une série de défis exceptionnels. p. 616.

de toutes pièces, comme un constituant, des règles de contrôle. La tâche du juge n'en est pas également facilitée par le caractère politique de l'objet de son contrôle.

## B. LE CARACTERE POLITIQUE DU CONTENTIEUX JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION

Une des difficultés du contrôle juridictionnel de la fraude vient de la nature des actes à contrôler. Les actes soumis au contrôle du juge peuvent lui échapper pour au moins deux raisons : la première est liée à la nature de l'acte, la seconde tient à l'objet politique du conflit élevé devant le juge.

De prime abord, le contrôle de constitutionnalité dans sa conception est porteur d'une tare que l'on pourrait qualifier de congénitale. En effet, *de jure*, certains actes qualifiés d'actes de gouvernement échappent au contrôle du juge parce qu'ils bénéficient d'une immunité juridictionnelle. Or, le modèle français d'inspiration connaît une évolution du traitement de ces actes. L'immunité qui a été longtemps accordée aux actes de gouvernement connaît un assouplissement, dans la mesure où les juridictions judiciaires et administratives acceptent parfois d'assurer leur conformité à la constitution. Or, en Afrique francophone, l'immunité juridictionnelle accordée à ces actes est toujours de mise si bien que pour certains de ces actes qui violent manifestement la constitution, il semble être accordé une certaine impunité.

L'objet du conflit est aussi une difficulté majeure dans le contrôle. Le juge constitutionnel est appelé à arbitrer des controverses constitutionnelles essentiellement politiques. Le caractère politique résulte, soit de la nature du litige, soit des motivations politiques qui sont développées au soutien des prétentions. Certaines juridictions sont dotées d'une compétence de régulation de l'activité des pouvoirs publics dont la mise en œuvre prend parfois une allure d'empoignades politiques, voire politiciennes. Dans ces situations difficiles, le juge, enserré dans un environnement pesant peut se discréditer et discréditer son institution, s'il ne prend pas le soin de mesurer la portée de ses décisions. Le Conseil constitutionnel nigérien appelé à arbitrer le conflit entre les deux têtes de l'exécutif dans le conflit lié à l'exercice de la

plénitude des pouvoirs exécutifs, en est venu à se discréditer en rendant deux avis contradictoires sur la même question<sup>820</sup>.

Le prétoire du juge devient une arène pour le dénouement ultime de ce combat que les rapports de force politique ont déterminé. Une telle lecture peut être faite des saisines du juge tchadien en 2004 et burkinabè en 2005 par l'opposition qui s'inscrivent dans le prolongement d'une défaite parlementaire, dans une stratégie politique de confrontation avec le pouvoir.

Au Burkina Faso, un des opposants à la candidature du président Compaoré invoquait devant le juge le grief du crime du capitaine Thomas SANKARA (président du Faso entre août 1983 et octobre 1987). Pour lui, le litige encore pendant devant les juridictions répressives internationales rendait ce dernier non éligible. Les requérants au Tchad avaient, pour leur part, avancé l'argument suivant lequel l'initiative de la révision avait violé l'engagement pris par le chef de l'État au cours d'un entretien avec la presse en juin 2001 de ne pas modifier la constitution pour briguer un troisième mandat en 2006, que cet "*engagement avait force de loi* " parce que dans l'histoire constitutionnelle tchadienne, "*les dissolutions des constitutions et des institutions*" par des chefs d'État issus des coups d'État militaires ou civils sont admises comme loi fondamentale<sup>821</sup>.

---

<sup>820</sup> Arrêt 295-05 du 5 septembre 1995, journal officiel de la République du Niger du 6 septembre 1995. Voir le mémoire de Boubacar issa Abdourhamane, *Crise institutionnelle et démocratisation au Niger*, DEA, CEAN, Institut d'études politiques de Bordeaux, 1996. pp. 48-54. Saisi pendant la cohabitation politique, le Conseil constitutionnel nigérien a été respectivement saisi par le président de la République Mahamane OUSMANE et le Premier ministre pour donner son avis sur les textes portant création et organisation des services de la présidence de la République, création et attributions du secrétariat général du gouvernement auprès du cabinet du Premier ministre et enfin sur celui portant organisation d'un secrétariat général du Conseil dont les attributions avaient été fixées par le président. Le Conseil constitutionnel rendit un premier avis le 5 octobre reconnaissant l'autorité du président sur les services en cause. Par la suite, sur saisine du Premier ministre, le Conseil, par avis 95-01 du 22 mars 1995 constata l'illégalité du secrétariat général du Conseil des ministres rattaché à la présidence de la République puisqu'il appartenait au secrétariat général du gouvernement de coordonner les travaux du Conseil des ministres conformément à la loi n°60-24 du 25 mai 1960 et les textes subséquents.

<sup>821</sup> Troisième considérant : « considérant que les requérants ont évoqué l'engagement pris par le chef de l'État IDRIS DEBY en juin 2001 de ne pas se présenter aux élections présidentielles de 2006 et de ne pas modifier la constitution, qu'ils soutiennent que cet engagement provenant d'un chef de l'Etat " a force de loi" et que sa remise en cause constitue une violation des principes généraux de droit et du préambule de la constitution; qu'il souligne en outre que dans une interview accordée par le Premier ministre à la Radio France Internationale en mars 2004, celui-ci affirmait qu'un projet de loi émanant du président de la République aux termes des dispositions de l'article 224 de la constitution allait être déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale après décision de son engagement ; qu'ils estiment qu'il n'a jamais été question d'une proposition de loi comme c'est le présent cas.



Face à ces arguments de nature purement politicienne, comme le souligne Stéphane BOLLE, le juge n'avait d'autres choix que de « *consigner...et de repousser ces arguments qui ne pouvaient prospérer* »<sup>822</sup>. C'est bien la réponse apportée par les deux juridictions constitutionnelles<sup>823</sup>. Ces réponses, on peut le dire, s'inscrivent dans une tradition des juridictions suprêmes africaines. De son côté, la Cour suprême ivoirienne, saisie pour trancher le conflit né de la succession du président HOUPHOUËT, considéra qu'aux termes de l'article 11, elle n'avait pas à se prononcer en cas de décès<sup>824</sup>.

L'autre difficulté vient non pas de l'arbitrage des conflits liés à la répartition des compétences, mais aux motivations des protagonistes. Manifestement politique, l'objet de la saisine ne relève pas de la compétence d'attribution du juge. Il est pourtant sollicité afin de rendre un verdict entre les camps diamétralement opposés. La difficulté est que la solution de la controverse dépasse largement les règles juridiques pour relever du politique. Il en est ainsi lorsque les acteurs de la scène politique refusent de trouver un compromis à leurs différends. À ce propos, le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit que le recours au mode de régulation juridique ou judiciaire au détriment des modes politiques traduit un refus de compromis politique<sup>825</sup>. En l'absence de compromis, le prétoire du juge apparaît comme une prolongation de la controverse constitutionnelle. Dès lors, relève le doyen Jean du Bois de GAUDUSSON, « *le recours au juge que l'on observe dans les débats ou l'action politique n'est pas toujours dépourvu d'ambiguïté. S'il permet de trancher les conflits juridiques, il obéit aussi à des intentions politiques. L'argument juridique comme la saisine du juge peuvent être de pur calcul tactique et les enjeux exclusivement politiques. Le phénomène a une portée universelle mais il paraît être accusé en Afrique. Il en est particulièrement ainsi pour les recours aux juges, qui au Niger comme à Madagascar, n'eurent pas tant pour objectif de respecter ou de faire respecter la règle de droit que de mettre en difficulté le gouvernement, le discréditer, en jouant de l'idéologie juridique*

---

<sup>822</sup> BOLLE Stéphane, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad... », précité.

<sup>823</sup> Conseil constitutionnel du Tchad, Décision 2004, Quatrième considérant : considérant que l'engagement solennel pris par le chef de l'Etat et la déclaration du Premier ministre ne sont que de simples déclarations d'intention n'ayant aucune valeur juridique, qu'il convient de dire qu'il n'y a eu ni violation des principes généraux du droit, ni violation de la constitution et rejeter ce grief

<sup>824</sup> Arrêt n°01/Chambre constitutionnelle du 9 décembre 1993, Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire du 20 décembre 1993.

<sup>825</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, Numéro spécial, 1996, p. 254.

*dominante. Le recours au mode de régulation juridique ou judiciaire au détriment des modes politiques traduit un refus de compromis politique* <sup>826</sup>».

Il fait par ailleurs observer qu'interprétées à des fins conflictuelles, les procédures et les règles ne sont pas nécessairement considérées comme des moyens pacifiques de résoudre les conflits, mais comme des armes destinées à le provoquer et à le durcir. Dans ces conditions, transformé en juridicisme, le juridisme s'en trouve dévalorisé<sup>827</sup>.

Face à une dénaturation de leur rôle, certains juges n'hésitent pas à décliner leur compétence à connaître de ces questions qui sortent de leur champ de compétence. Il en fut ainsi du juge constitutionnel sénégalais qui, saisi pour apprécier des lois constitutionnelles relatives à des questions politiques, a affirmé, dans deux avis, qu'il « *ne peut examiner ni l'aspect politique ni l'aspect de la constitutionnalité des dispositions du projet de constitution* »<sup>828</sup>.

Outre les difficultés liées à la nature des litiges et à la relative impuissance du dispositif de protection, les difficultés majeures du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution sont à rechercher au niveau des juridictions de contrôle.

## **§ 2. LES LIMITES TENANT A L'IMPUISSANCE DES JURIDICTIONS DE CONTROLE**

Les causes de la trop grande impuissance des juridictions africaines francophones à lutter efficacement contre la fraude sont nombreuses. Quelques-unes retiendront notre attention. Il s'agit, d'une part, des faiblesses liées à leur manque d'indépendance (A) et, d'autre part, l'autolimitation parfois excessive du juge (B).

---

<sup>826</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », op. cit., p. 254.

<sup>827</sup> Idem.

<sup>828</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Avis n°5/2005. Décision n°1/C/2003.

L'indépendance des juridictions constitutionnelles est un problème général qui est renouvelé chaque fois qu'il est question de l'analyse de l'efficacité du contrôle juridictionnel en Afrique francophone. Le manque d'indépendance des juridictions n'est pas propre à l'Afrique, mais il y est plus symptomatique dans ces systèmes encore en construction. Déjà avant le renouveau du constitutionnalisme, certaines juridictions n'ont survécu que parce qu'elles ne pouvaient guère, eu égard aux modalités de leur organisation et de leur fonctionnement, menacer le pouvoir exécutif, qu'il soit entre les mains des civils ou des militaires<sup>829</sup>. Quelques années de pratiques constitutionnelles plus ou moins continues n'ont pas permis de tarir les critiques portant sur l'indépendance des juridictions africaines de façon générale. Elles restent, en dehors de quelques unes d'entre elles, fortement marquées du sceau de l'exécutif qui exerce sur elles une forte influence. Plusieurs paramètres peuvent être retenus pour mesurer l'indépendance des juridictions. Il s'agit de la composition des juridictions constitutionnelles, et du statut de leurs membres.

L'appréciation de l'indépendance à l'aune de la composition des juridictions constitutionnelles montre que si ce critère ne doit pas être sous-estimé, sa portée ne devrait pas être surestimée non plus, car l'environnement national et international compense parfois les insuffisances relevant de ce paramètre. Dans la pratique, quelques rares pays exceptés, le monopole de l'exécutif ou des majorités partisans sur la désignation des membres des juridictions constitue un indice de leur handicap. La composition des juridictions constitutionnelles du Burkina Faso, du Sénégal, du Niger, du Togo... témoignent de cette forte dépendance de ces juridictions à l'égard de l'exécutif. Au Burkina Faso, sept des dix membres du Conseil constitutionnel sont désignés par le président de la République (dont trois sur proposition du ministre de la justice) y compris le président de l'institut, par ailleurs révocable *ad nutum* et les trois autres par le président de l'Assemblée nationale. Au Niger, la Cour constitutionnelle qui succéda à celle qui avait été dissoute était marquée du sceau du président TANJA qui, au nom de prétendus pouvoirs exceptionnels, a mis en place une juridiction constitutionnelle entièrement acquise à sa cause. Pourtant, la Cour

---

<sup>829</sup> MODERNE Franck, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in *Les Cours suprêmes*, op. cit., p. 23.

constitutionnelle dissoute jouissait d'une grande crédibilité en raison de l'absence de mainmise du président et de sa majorité sur sa composition.

Si le monopole du président ou de sa majorité sur la juridiction constitutionnelle ne préjuge pas de la partialité de cette dernière, l'inconvénient de cette pratique tient à ce que les membres de ces juridictions entretiennent parfois une certaine connivence, ou ont tout simplement une collusion d'intérêt avec leur mentor. Une telle situation est préjudiciable au bon fonctionnement de cette institution. La composition du Conseil constitutionnel burkinabè en est un exemple parfait. En réalité, ont été nommés des anciens ministres très proches du président COMPAORE, qui plus est, un membre ayant représenté l'exécutif dans une commission d'enquête sur des crimes dans lesquels la responsabilité du camp présidentiel était fortement mise en cause. La garantie de l'indépendance de ces juges dans le contexte qui est celui du Burkina ne peut que laisser perplexe. Ce qui laisse dubitatif quant à la qualité du contrôle juridictionnel. En effet, lorsque la juridiction constitutionnelle devient un sanctuaire de politiciens, la fonction juridictionnelle se déprécie. C'est pourquoi, fort à propos, la professeure Nadia BERNOUSSI relève que la politisation des juges constitutionnels n'est pas souhaitable<sup>830</sup>. Il faut, affirme-t-elle, que ce soit des personnes extérieures au monde politique.

Le second problème de l'indépendance hypothéquée des juges constitutionnels tient à leur statut. Il s'agit ici de mesurer si les juges bénéficient de garanties suffisantes pour être indépendants de l'exécutif. La réponse à cette exigence est tributaire de l'analyse de plusieurs éléments. Ce sont: la durée de fonction, leur caractère renouvelable ou non, des incompatibilités, des modalités de cessation des fonctions, etc.<sup>831</sup>. On se limitera ici à l'analyse de quelques éléments dans la mesure où d'autres études se sont déjà penchées sur les obstacles tenant à l'indépendance des juridictions constitutionnelles<sup>832</sup>. Celle du

---

<sup>830</sup> BERNOUSSI Nadia, « L'interprétation constitutionnelle », in *Interprétation de la constitution*, op. cit., p. 234.

<sup>831</sup> MODERNE Franck, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », op. cit., p. 26.

<sup>832</sup> FALL Alioune Badara, « Le Juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux. Universalité et diversité, droit au développement, liberté de religion, statut du juge en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 309-346. Ou in *Revue électronique Afrilex* n°03/2003, p. 4-34. Voir aussi ABADA Marcelin Nguélé, l'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le constitutionnalisme des États francophone post-guerre froide: l'exemple du Conseil constitutionnel camerounais, [www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/ABADA.pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/ABADA.pdf).

professeur Alioune FALL notamment, a pu montrer de façon remarquable, les origines statutaires de l'absence de crédibilité du juge africain<sup>833</sup>.

Dans la plupart des pays, si les membres des juridictions constitutionnelles ont une durée de fonction connue, il n'en est pas toujours ainsi dans certains États africains francophones pour le président de l'institution. C'est le cas notamment au Burkina Faso où la durée du mandat du président du Conseil constitutionnel n'est pas fixée à l'exception des autres membres qui bénéficient d'un mandat de neuf (9) ans. Dans ces cas, le président de la juridiction constitutionnelle peut être révoqué de ses fonctions à tout moment et au gré de l'évolution de la situation politique. Cette situation met les présidents de juridictions constitutionnelles africaines concernées par une telle pratique dans un dilemme qui se décline en deux mots: la complicité ou la trahison. Le salaire du premier choix étant les privilèges, car la présence à la tête des hautes institutions rime avec l'abondance des privilèges. Pour le président qui n'admet pas de vivre sans les privilèges, l'inféodation au président de la République est la solution. Le prix à payer pour le second choix est, outre le devoir accompli, la réputation sauve.

.

Dans l'un ou l'autre cas, la déchéance avant terme n'est pas exclue. Le président du Conseil constitutionnel burkinabè, Idrissa TRAORE, qui a fait le premier choix, n'a pas été épargné d'une déchéance au moment où il s'y attendait le moins. Pis, il a été épinglé pour faute de gestion par la Cour des comptes sans que ses ex-mentors ne lui soient d'un grand secours<sup>834</sup>. C'est dire que le choix du juge constitutionnel de limiter son office peut être un obstacle à l'efficacité de la lutte contre la fraude.

---

<sup>833</sup> FALL Alioune Badara, « Le Juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », Revue électronique Afrilex n°03/2003, p. 20.

<sup>834</sup> « Rapport de la Cour des Comptes : Kôrô Dri était un cleptomane » in *L'Évènement* N°180 du 25 Janvier 2010. Il est rapporté que c'est en vain qu'il a essayé de rencontrer le Premier ministre pour trouver une solution à sa faute après son éviction.

Le rôle des juges est une des clefs de succès de la justice constitutionnelle contre la fraude à la constitution. Or l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle montre que dans l'exercice de leurs compétences contentieuses, les juridictions africaines restent en deçà des nombreuses attentes qu'elles portent en elles. Très souvent, les juges choisissent volontairement de devenir les serviteurs des gouvernants par une autocensure qui les éviterait d'entraver la volonté de ces derniers. C'est pourquoi les analystes sont unanimes à dire que le self restreint constitue un des obstacles majeurs à l'efficacité du contrôle juridictionnel, notamment de la fraude à la constitution qui est, dans le cas qui nous intéresse, l'objet de son contrôle. Au total, l'économie assez succincte du traitement des controverses constitutionnelles révèle qu'en ce qui concerne la fraude à la constitution, les juges constitutionnels africains francophones étalent de nombreuses insuffisances. Pour l'essentiel, ces insuffisances sont relatives à la qualité des ressources qu'ils mobilisent pour le contrôle de la fraude à la constitution.

La première insuffisance est inhérente à leurs moyens de contrôle. En effet, en matière juridictionnelle, le recours aux méthodes et techniques d'interprétation constitue le moyen privilégié de la démarche du juge constitutionnel. Toute application de la constitution étant consubstantielle à son interprétation, le juge est invité, à partir de ces outils méthodologiques, à dégager les solutions idoines contre les fraudes à la constitution élevées devant son prétoire. La spécificité de l'interprétation de la constitution par rapport aux actes juridiques étant pour le moins admise<sup>835</sup>, c'est au niveau de la pratique interprétative du juge constitutionnel qu'il faille rechercher les insuffisances de la démarche juridictionnelle contre la fraude.

Un tel choix implique un rappel succinct de la controverse sur les différentes conceptions de l'interprétation considérée soit comme acte de volonté ou de connaissance. Dans le meilleur des cas, il nous semble que le juge constitutionnel africain, sans faire le choix de l'un ou l'autre de ces présupposés théoriques, opte pour une démarche d'interprétation qui aboutit à des résultats dont la justesse est en permanence sujette à caution. Certains ont pu la

---

<sup>835</sup> Voir *L'interprétation constitutionnelle*, Textes et commentaires, op. cit. L'unanimité se dégage entre les auteurs des textes pour admettre la spécificité de l'interprétation de la Constitution.

qualifier de minimaliste ou de fondamentaliste<sup>836</sup>, car le juge africain préférerait à l'interprétation dynamique, une interprétation parcimonieuse. Cette démarche serait la cause des échecs récurrents des traitements juridictionnels de la fraude à la constitution. Ce qui fait dire au professeur Babacar KANTÉ, ancien vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal, qu'en l'état actuel de leur évolution, les juridictions constitutionnelles ont une approche dont la caractéristique principale n'est pas la créativité<sup>837</sup>. Ce manque de créativité se ressent également dans le maniement de la notion d'ordre public.

L'exception d'ordre public qui constitue un élément de lutte contre la fraude à la constitution ne semble pas faire l'objet d'un usage utilitaire de la part du juge africain francophone. Il est rare que celui-ci utilise ce moyen qui lui aurait permis de combler les lacunes des moyens traditionnels de contrôle, d'autant plus que ceux dont il dispose ne lui permettent pas de protéger au mieux la constitution contre les fraudes. Plutôt que de cela, il fait montre d'une réserve contestable. À propos, le professeur KANTÉ fait observer que la réserve que ce dernier observe à l'égard des moyens d'ordre public est symptomatique<sup>838</sup>. Or, les moyens d'ordre public<sup>839</sup> en raison de leur caractère fonctionnel, mais aussi de la latitude laissée au juge dans leur détermination permettent de censurer les comportements en déphasage avec les intérêts de la société<sup>840</sup>. À ce titre, ils sont indispensables dans le contrôle juridictionnel, surtout face à des considérations subjectives dans la mesure ou écrit Chaïm PERELMAN, la notion vague d'ordre public est « *une technique d'assouplissement et d'adaptation du système juridique aux valeurs dominantes de la société* »<sup>841</sup>. En raison de la

---

<sup>836</sup> KANTE Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution: l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *L'interprétation constitutionnelle* op. cit., p. 159.

<sup>837</sup> Ibid., p. 159.

<sup>838</sup> KANTE Babacar, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution: l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », op. cit., p. 164.

<sup>839</sup> Le moyen d'ordre public est défini par le président Raymond ODENT comme « un moyen relatif à une question d'une importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a pour mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte : c'est l'importance de cette question qui légitime son examen d'office », voir Raymond ODENT, *Contentieux administratif, Les cours de droit*, 1981, p. 1205. Quant à Ernest Faye, il considère comme « étant d'ordre public le moyen tiré de la violation d'une loi édictée principalement dans l'intérêt de la société prise dans son ensemble et telle qu'elle est organisée, quand cet intérêt se trouverait, au moins virtuellement, atteint par le maintien de la décision », E. Faye, *La Cour de cassation*, 1970, n° 130.

<sup>840</sup> ODENT R., *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1981, p. 1205.

<sup>841</sup> PERELMAN Ch. , À propos de l'idée d'un système de droit, in *Éthique et droit*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 502.

plasticité qui constitue sa marque essentielle<sup>842</sup>, le moyen d'ordre public, varie, évolue et s'adapte au domaine du droit dans lequel il est invoqué. C'est dire que face à la fraude ce moyen peut être invoqué par le juge pour pallier l'insuffisance des moyens habituels de contrôle<sup>843</sup>. Le juge africain se prive d'un tel moyen qu'il est difficile de retrouver dans sa jurisprudence. Le constat qui s'impose eu égard à cette attitude de restriction est que le juge constitutionnel africain ne souhaite pas s'arroger le pouvoir de création de nouvelles normes qu'il opposerait aux pouvoirs publics. C'est donc à dessein si sa démarche se caractérise plutôt par un raisonnement apparenté au paralogisme. Le point de départ du raisonnement étant vicié, la déduction est imparfaite. Cela s'explique par le fait que le juge africain part très souvent du dispositif pour déterminer les motivations. C'est pourquoi il préfère la lecture littérale des textes qui est inadaptée à l'infraction de fraude à la constitution.

Au demeurant, il faut relever que la subjectivisation du contrôle qui est adapté à la fraude implique une interprétation constructive de la constitution et des outils de contrôle en vue de parvenir à des solutions satisfaisantes. Cela est d'autant plus nécessaire que la détermination de l'esprit de la constitution qui est fortement mise en cause dans la fraude à la constitution va au-delà de la lettre de la constitution. Pratique insidieuse qui heurte l'esprit de la constitution plus que sa lettre, les lectures littérales telles que privilégiées par les juridictions ne peuvent permettre de l'identifier et de la combattre. C'est pourquoi, le juge africain doit s'approprier des directives d'interprétation comme le raisonnement finaliste qui connaît en droit comparé un essor en tant que moyens indispensables de sanction des violations de la constitution. Or, on constate que, lorsque le juge africain fait usage des méthodes et techniques d'interprétation, ce n'est pas toujours dans le sens souhaité. En effet, de nombreuses juridictions n'hésitent pas à recourir aux méthodes du droit civil, voire du droit pénal<sup>844</sup> pour forger des solutions aux conflits constitutionnels. Une telle pratique s'explique par la formation de ces juges, spécifiquement du profil des magistrats nommés dans les juridictions constitutionnelles qui sont, pour la plupart, des civilistes ou pénalistes. Ce n'est pourtant

---

<sup>842</sup> PISSALOUX J.-L., « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP* 1999-1, p. 787.

<sup>843</sup> On pourrait se référer à l'article de P. Bernard et C. Vincent pour voir comment le juge constitutionnel français fait usage de cette notion. P. Bernard et C. Vincent, "L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *RDP*, 1994, p. 693. Voir P. Bernard et C. Vincent, "L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *RDP*, 1994, p. 693.

<sup>844</sup> Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision n° 2005-007/CC/EPF du 14 octobre 2005.



qu'une moindre pétition de vœux que de dire que le juge constitutionnel doit avoir des directives d'interprétation différentes de celles du juge civil.

Une autre autolimitation et non des moindres se trouve dans la conception du rôle du juge constitutionnel. S'appropriant la formule consacrée par le juge constitutionnel français suivant laquelle il « *n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »<sup>845</sup>, le juge africain développe une conception étriquée de sa fonction. Ce faisant, a-t-il conscience que sa fonction doit s'exercer au service de la constitution? Cela est moins sûr, car nombre de juges constitutionnels africains refusent l'évidence de l'ingratitude qui caractérise leur mission. Ils se croient dans l'obligation de renvoyer le change à ceux qui les ont désigné. À cet effet, ils font très souvent preuve d'un servilisme qui confine à un excès de zèle. Or, comme le relève le juge BARAK, si le juge constitutionnel ne protège pas la constitution, la constitution ne protégera pas le juge<sup>846</sup>. L'ex-président du Conseil constitutionnel burkinabè, TRAORE Idrissa en a fait l'amère expérience, lui qui était l'un des ardents défenseurs du pouvoir en place. Si le juge a conscience que les constitutions ne sont pas « *tentes dressées pour le sommeil* », il doit honorer sa fonction.

Par conséquent, il est important que le juge observe une neutralité axiologique, surtout dans des situations où son moindre parti pris pourrait jeter du discrédit sur son institution et avoir pour conséquence de menacer la paix. Nombre d'entre eux n'observent pas cette exigence. Tel fut le cas du président du Conseil constitutionnel ivoirien qui, au fort de la controverse sur les listes électorales et la tenue des élections, a vertement pris position au profit d'un camp contrairement à son devoir de réserve. À la suite d'une audience avec la Mission technique d'évaluation des Nations Unies, le président du Conseil constitutionnel Yao Paul N'DRÉ, se prononçant sur la reprise du processus électoral, affirma que la liste électorale « *constitue aujourd'hui la base même du déroulement et du déclenchement de tout le processus. Après cela, il y a d'autres actions à entreprendre. Le pays doit être réuni pour qu'on aille aux élections et pour que les uns et les autres puissent battre campagne. Il*

---

<sup>845</sup> Conseil constitutionnel français, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000. Cette orientation avant d'être légèrement modifiée avait été dégagée dans la décision de janvier 1975 : « *L'article 61 de la constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». N° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> éd., p. 290.

<sup>846</sup> BARAK A., « Constitutionnal interpretation », in *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 91-136.

*faut que le processus soit sécurisé. Donc, il faut que le désarmement ait lieu. Il faut également que les Forces conjointes des Forces nouvelles et des Forces de défense et de sécurité constituent l'équipe nécessaire pour sécuriser le processus électoral. Il faut que l'autorité de l'État soit instaurée sur toute l'étendue du territoire national. C'est ce qui peut permettre raisonnablement d'aller aux élections »*<sup>847</sup>. Or en ayant une telle posture publiquement, il n'est pas à exclure que les décisions qu'il rendra soient empreintes de subjectivisme.

De plus, il faut insister sur le fait que les actions du juge sont en partie de déterminées par sa formation. Ces attitudes pour le moins contestables du juge constitutionnel africain s'expliqueraient par la qualité de la formation qu'ils ont reçue. La formation strictement positiviste des juristes africains, et particulièrement celle des juges, constitue un handicap à la meilleure appréhension des questions constitutionnelles qui ont une forte interférence avec les autres disciplines des sciences sociales. Or, dans nos universités et autres centres de formations professionnelles, il existe peu, ou pas de cours de théorie, de philosophie, d'histoire ou de sociologie juridique qui auraient stimulé leur intelligence du droit et de ses exigences<sup>848</sup>. Cela est d'autant plus important que l'interprétation constitutionnelle, comme l'a remarqué le professeur DELPÉRÉE « *a besoin de constitutionalistes qui connaissent les jurisprudences, qui sont au courant des grandes théories politiques et sociales de notre temps, qui sont avertis des réalités du monde contemporain* »<sup>849</sup>. Et cette interprétation constitutionnelle fait observer José Luis CEA EGAÑA, se cultive dans les amphithéâtres de faculté<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> Le journal quotidien L'intelligent d'Abidjan - N° 1966 du jeudi 22 avril 2010. Il faut faire cependant observer que même si le président du Conseil constitutionnel ivoirien avait observé sur cette question le droit de réserve, son indépendance serait toujours en doute dans la mesure où non seulement, c'est un ancien ministre du président Gbagbo, militant notoire du FPI, mais encore il s'était par le passé illustré comme un des plus grands pourfendeurs des Accords de paix de Marcoussis. Sur ce dernier point, le professeur Paul Yao N'DRÉ, alors ministre de l'Intérieur, a, dans une prise de position publique, qualifié l'Accord "nul et non avenu" (Interview à la télévision Première Chaîne publié dans La Voie du 30 janvier 2003). Vr. Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », op.cit., p. 44.

<sup>848</sup> Le professeur Augustin LOADA pense que la célébration du cinquantenaire des indépendances devrait aussi donner lieu à une réflexion sur le contenu de la formation à donner aux juristes africains pour les cinquante années à venir.

<sup>849</sup> DELPÉRÉE Francis, « L'interprétation de la constitution ou la leçon de musique », in *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 244.

<sup>850</sup> CEA EGAÑA José Luis, "The binding authority of constitutional interpretation of the law in Chile", in *L'interprétation constitutionnelle*, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.).

On se rend compte que le traitement juridictionnel de la fraude se heurte à de nombreux obstacles imputables au cadre normatif. Outre ceux-ci, il en existe d'autres de type institutionnel, notamment ceux qui ont trait aux dysfonctionnements de la justice constitutionnelle et qui expliquent les échecs de la résolution de la fraude à la constitution.

## **SECTION II.**

### **LES ECHECS IMPUTABLES AU DYSFONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE**

Il s'agira de montrer que le traitement juridictionnel de la fraude souffre de difficultés liées à l'activité des juridictions. Celles-ci concernent aussi bien le dialogue des juges (A) que l'autorité attachée aux décisions rendues (§II).

#### **§ 1. LES DIFFICULTES INHERENTES AUX DIALOGUES DES JURIDICTIONS**

Si le mécanisme préjudiciel permet d'établir une passerelle entre les juridictions constitutionnelles et ordinaires, sa mise en œuvre est entachée d'incertitudes. Ainsi, on constate que non seulement, ces incertitudes ne favorisent pas le dialogue des juges (A), mais aussi desservent la protection de la constitution dans la mesure où les juridictions ordinaires ne prémunissent ou ne répriment pas nécessairement la fraude à la constitution (B).

##### **A. LES INCERTITUDES LIEES AUX RENVOIS PREJUDICIELS SUR EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE**

Les États africains peuvent s'enorgueillir d'avoir devancé le système français de référence dans l'instauration de la question préjudicielle de constitutionnalité. Cette préséance a toutefois un goût amer, car les constituants ou législateurs africains n'ont pas pris le soin de bien encadrer cette passerelle d'échanges juridictionnels. Qui plus est, les juges en charge de son application refusent de s'en approprier.

Il aurait pourtant fallu que cet outil connaisse un meilleur sort eu égard surtout à l'accès<sup>851</sup> et au champ d'intervention limités du juge constitutionnel, mais aussi de la réticence des juges ordinaires à connaître des questions touchant à la constitution. Le renvoi préjudiciel de constitutionnalité aurait été alors un excellent moyen de protection des droits fondamentaux. De plus, de cette passerelle résulterait une lutte plus efficace contre la fraude à la constitution, étant donné que les succès de la lutte contre la fraude à la constitution au niveau des juridictions ordinaires dépendent de l'efficacité de la communication qui s'instaurerait entre juridictions. Mais la question préjudicielle est loin d'être un outil pertinent de renforcement de la justice constitutionnelle en Afrique francophone du fait surtout de sa mauvaise utilisation. Une illustration peut en être donnée avec la toute première tentative d'application de la question préjudicielle au Burkina Faso dans l'affaire *Société Eroh*<sup>852</sup>.

Le Conseil constitutionnel saisi d'une exception d'inconstitutionnalité par la société *Eroh* parce que la Cour de cassation s'était refusée de soulever la question préjudicielle relative à la contrariété entre les actes de l'OHADA et la constitution de 1991, a jugé irrecevable la demande de la société et suivi la Cour de cassation dans sa décision de ne pas donner suite à l'exception d'inconstitutionnalité. Or, il eut fallu devant l'exception d'inconstitutionnalité soulevée, que la Cour de cassation s'en réfère au Conseil constitutionnel compétent en matière constitutionnelle pour dire si la matière querellée est constitutionnelle ou non. Or en ne le faisant pas et ne répondant à l'inquiétude soulevée, le juge judiciaire met à mal le fonctionnement de la justice. C'est la preuve que la mauvaise qualité du dialogue des juges reste encore une contrainte au bon fonctionnement des systèmes juridictionnels africains. La conséquence de cette mauvaise relation entre la juridiction constitutionnelle et les autres juridictions ordinaires est la mauvaise protection de la constitution surtout contre la fraude. Cela confirme ainsi le constat d'Adrien ALEN suivant lequel, l'essentiel des problèmes inhérents aux relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions judiciaires se concentre dans le mécanisme de question préjudicielle<sup>853</sup>. Or, s'il est quasi ineffectif, la

---

<sup>851</sup> Au Burkina Faso en exemple, la question préjudicielle par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité, instituée par la loi organique de 2000 relative au Conseil constitutionnel s'expliquerait par la volonté du législateur de pallier les inconvénients de la saisine restreinte du Conseil ouverte seulement à quelques personnalités politiques énumérées par l'article 157 de la constitution du 2 juin 1991.

<sup>852</sup> Décision N°2007-/04/CC du 29 août 2007, C.G.D., *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à 2007*, 2009, p. 124-128.

<sup>853</sup> ALEN Adrien, « L'interprétation constitutionnelle, Débats », Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), Dalloz, 2005, p. 234.

lutte contre la fraude devient incertaine au niveau des juridictions ordinaires. Elle devient incertaine à cause de la discordance des décisions des jurisprudences qui peuvent résulter du traitement des violations de la constitution. La discordance des décisions peut être illustrée au Mali avec les fraudes à la constitution liées à la candidature indépendante. En effet, la Cour constitutionnelle et la Cour suprême du Mali se sont prononcées de façon radicalement opposée sur la constitutionnalité des candidatures indépendantes aux élections<sup>854</sup>.

La question préjudicielle, bien qu'utile dans le dialogue des juges, peut être dénaturée, lorsque les justiciables l'utilisent comme une arme judiciaire ou comme une manœuvre dilatoire. Au Bénin, aux termes de l'article 122 de la constitution, la juridiction devant laquelle l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée doit surseoir à son jugement jusqu'à la décision de la Cour, qui doit intervenir dans un délai de trente jours. Le citoyen a donc le choix entre la saisine directe du juge constitutionnel et l'exception d'inconstitutionnalité, celles-ci ne pouvant s'exercer simultanément. C'est à cette jurisprudence constante qu'est parvenue la Cour. En effet, dans sa décision DCC 97-060 du 28 octobre 1997, elle a déclaré irrecevable la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité engagée devant la Cour suprême postérieurement à l'action directe devant la Cour constitutionnelle. Cette jurisprudence est confirmée par la décision 99-054 du 29 décembre 1999 par laquelle la Cour répond également à ceux qui soulèvent l'exception d'inconstitutionnalité pour faire du dilatoire et empêcher le juge ordinaire de rendre son jugement dans un délai raisonnable comme le prescrit la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples intégrée à la constitution de 1990. En effet, alors que l'exception d'inconstitutionnalité porte, selon l'article 122 de la constitution, sur une loi, certains requérants n'hésitent pas à la soulever tantôt contre une procédure judiciaire, tantôt contre une détention<sup>855</sup>. Dans ces deux cas, le recours est toujours déclaré irrecevable par la Cour.

Aux dysfonctionnements de la justice, il faut ajouter la réticence des juges ordinaires africains à traiter des questions de constitutionnalité.

---

<sup>854</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones, in Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 1998, p. 345. Cour constitutionnelle, décisions 96 003 du 25 octobre 1996 ; Cour suprême, décision 26 du 16 juin 1998, commentée par Noël Diarra, L'indépendant du 14 janvier 1999, (Bamako).

<sup>855</sup> HOLO T., Émergence de la justice constitutionnelle, *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 101-114.

## B. LA FAIBLE INTENSITE DE LA REPRESSION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION AU NIVEAU DES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Les juridictions ordinaires, on a pu le relever à propos du dispositif de protection de la constitution, n'ont pas une marge de manœuvre suffisante pour assurer la protection de la constitution<sup>856</sup>, surtout lorsqu'elles se trouvent confrontées au problème de fraude à la constitution. Il est ainsi surtout devant les actes réglementaires qu'elles rencontrent régulièrement et qui sont des sources potentielles de fraudes à la constitution. Au vrai, l'usage des décrets et autres règlements montre à suffisance que ces actes peuvent faire l'objet de détournements contraires aux finalités qui leur sont assignées par la loi ou la constitution.

Confrontées à ce problème, les juridictions ordinaires opèrent un contrôle assez timide aux résultats peu reluisants. D'ailleurs, la protection de la constitution à ce niveau est essentiellement l'œuvre des juridictions suprêmes des ordres administratifs et judiciaires. Mais ce sont surtout les actions des juridictions suprêmes de l'ordre administratif qui sont les plus visibles. Toutefois, face à la fraude, de façon générale, les actions des juridictions suprêmes sont parfois mitigées. Il en est ainsi au Burkina Faso avec le contentieux de l'élection du maire de la ville de Bobo-Dioulasso lors des élections municipales de 2000. Appelée à arbitrer un conflit politique entre des élus du Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP), parti ultra dominant au pouvoir, la Chambre administrative de la Cour suprême va rendre un verdict dont le juridisme le dispute au choix politique. Elle a accordé son onction au choix du parti au pouvoir à partir d'un raisonnement juridique pour le moins surprenant. Il s'agissait de la détermination du critère de majorité absolue décisif en l'espèce pour désigner le maire. Elle donna une portée générale à la disposition de la constitution suivant laquelle « *la majorité absolue s'entend de plus de la moitié des voix* » alors que cette dernière était relative aux termes de l'alinéa 4 de l'article 91, à l'élection du président et des membres de l'Assemblée nationale. Par cette décision, les Chambres réunies de la Cour suprême rompaient avec l'avis du 15 juin 1978 par lequel la Chambre constitutionnelle retint que la majorité absolue s'entendait de « *la majorité des suffrages exprimés+1* ». Cette

---

<sup>856</sup> Voir, Infra Titre II, chapitre I.

décision qui prenait en compte la voix d'un conseiller absent pour la détermination de la majorité absolue n'était manifestement destinée qu'à cautionner le choix de la majorité<sup>857</sup>.

On peut déduire de cet exemple que les juridictions ordinaires, c'est-à-dire administratives et judiciaires, lorsqu'elles s'invitent au contrôle de la fraude à la constitution, font moins bien que les juridictions constitutionnelles. La conséquence de cette défaillance généralisée est sans conteste la limitation de la portée du traitement juridictionnel de la fraude à la constitution.

## **§ 2. LA PORTEE LIMITEE DU TRAITEMENT JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Les limites au contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution tiennent non seulement à la difficulté pour le juge constitutionnel de suivre l'application des sentences qu'il rend (A), mais aussi à son environnement qui n'est pas favorable à ce contrôle (B).

### **A. LE DIFFICILE SUIVI JURIDICTIONNEL DE L'APPLICATION DES DECISIONS DE CENSURE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

L'examen du système de contrôle de constitutionnalité montre que l'efficacité des décisions de censure de la fraude est tributaire de leur réception par les autorités destinataires immédiates que sont les pouvoirs législatifs et exécutifs. Cela implique que ces derniers donnent une suite favorable à la décision du juge soit en retirant l'acte frauduleux de l'ordonnancement juridique, soit en s'abstenant d'adopter un acte entaché de fraude au regard de la constitution.

L'efficacité de la sanction juridictionnelle de la fraude à la constitution doit être alors appréhendée à l'aune de son exécution selon que la sanction prononcée est une censure absolue ou partielle. Si pour la première sanction, les difficultés sont quasi inexistantes en

---

<sup>857</sup> Voir LOADA Augustin, *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à 2007*, 2009.



raison du retrait ipso facto de l'ordonnancement juridique, il en est autrement pour les censures partielles dont l'efficacité est laissée à la discrétion du président de la République. En effet, lorsque le juge constitutionnel prononce une décision de conformité comportant des réserves d'interprétation, le système montre ses limites. En effet, comme le relève DRAGO Guillaume à propos du système français, qui a inspiré fortement les systèmes des États africains francophones, la seule autorité de la décision du Conseil ne peut suffire, aussi solennelle soit-elle, à rendre le contenu de la décision effectif<sup>858</sup>. L'impuissance de ses décisions s'expliquerait par le fait que l'obligation qui s'impose aux destinataires de la décision du Conseil est bien une obligation non assortie de sanction. À ce propos, Th. RENOUX affirme que les décisions du Conseil constitutionnel bénéficient de la *jurisdictio*, de l'*imperium* (la force de vérité légale et obligatoire), mais pas de la force exécutoire au sens où on l'entend à propos des jugements, même si ses décisions sont bien obligatoires<sup>859</sup>.

La force exécutoire dépend de plusieurs facteurs, mais principalement de l'objet de la décision et de son destinataire. S'il s'agit d'une décision à l'encontre d'un parti d'opposition ou minoritaire par exemple, la situation ne sera pas la même que s'il s'agit d'une décision à l'encontre du législateur et/ou du gouvernement ou du parti au pouvoir. Dans ce cas, les moyens de contrainte pourront être utilisés si le destinataire ne s'exécute pas. Dans l'autre cas, l'exécution sera fonction du bon vouloir du destinataire, s'il ne craint pas les critiques de l'opinion ou la sanction des électeurs.

Au total, il y a une difficulté à faire appliquer les décisions de censure de la fraude qui tient pour l'essentiel à l'absence de mécanisme contraignant en cas de non-respect de la décision du juge constitutionnel. Cela dit, l'absence de moyens juridiques contraignants ne doit pas masquer le fait que l'environnement socio-politique n'est pas très favorable à la lutte contre la fraude à la constitution.

---

<sup>858</sup> DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 559.

<sup>859</sup> RENOUX Th., « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution? À propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », *Mélanges Pierre PACTET*, préc., p. 837.

L'environnement politique, social et culturel dans lequel le juge est appelé à opérer son contrôle est une condition importante pour la lutte contre la fraude à la constitution. L'impartialité des décisions que ce dernier rend dépend largement de l'interaction des différentes structures dont les influences réciproques facilitent ou compliquent l'action du juge. L'institution de règles juridiques sans la création d'un environnement propice ne favorise pas l'éclosion d'une justice constitutionnelle efficace. C'est pourquoi il est nécessaire que le climat général au sein de l'État soit une véritable source d'émulation, car les succès de la lutte contre la fraude à la constitution passent par la recherche de l'esprit de la constitution, qui est fortement tributaire de l'interprétation de la constitution qui en est faite. En effet, comme le souligne le professeur Francis DELPÉRÉE, l'interprétation constitutionnelle, pour être féconde, a aussi besoin d'une société qui soit réceptive aux préoccupations constitutionnelles, qui soit attentive aux impératifs de protection des droits fondamentaux de la personne, qui soit préoccupée d'un fonctionnement harmonieux et cohérent des institutions<sup>860</sup>. Pour ce faire, la classe politique, les médias et l'opinion publique, en un mot, la société dans son ensemble doit constituer une cuirasse de protection pour les juges, car il n'y a pas d'interprétation constitutionnelle, comme l'écrit le professeur DELPÉRÉE, sans une culture constitutionnelle, celle des gouvernants et celles des gouvernés, sans une société qui soit prête à accueillir avec bienveillance ce type de raisonnement juridique, à y adhérer et à en tirer toutes les conséquences utiles. Il faut admettre avec le professeur Théodore HOLO que l'émergence et l'affirmation de la justice constitutionnelle trouvent et tirent leurs sources tant des normes constitutionnelles que de l'environnement sociopolitique<sup>861</sup>.

Malheureusement, l'évaluation du rôle de ces composantes montre qu'en dehors de quelques rares pays, elles sont encore bien en deçà des contributions attendues d'elles en vue de la réalisation de l'environnement favorable aux juridictions. En dehors du Bénin où il est reconnu qu'il existe un réel consensus dans l'opinion pour faire de la justice constitutionnelle un contrepoids légitime indispensable à l'équilibre et à la modération des pouvoirs, dans les autres pays, la situation est encore des plus préoccupantes, car l'environnement y est

---

<sup>860</sup> DELPÉRÉE Francis, « L'interprétation de la constitution ou la leçon de musique », op. cit., p. 244.

<sup>861</sup> HOLO T., « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs* 2009/2, N° 129, p. 101-114.

défavorable à la justice constitutionnelle. Le caractère défavorable de l'environnement du juge dépend pour une large part de l'absence de culture constitutionnelle des acteurs politiques, des citoyens et de l'apport limité des médias.

La mainmise des gouvernants sur les médias d'État est un obstacle à la promotion de la construction démocratique. Apparaissant comme une vitrine de la politique gouvernementale, la plupart des médias d'État se complaisent dans le rôle de caisse de résonance de la politique gouvernementale. Ils refusent de relayer la critique contre les gouvernants; mieux ils s'érigent en défenseurs du pouvoir quand les opérations juridiques par lui entreprises sont remises en cause.

Les médias privés, exceptés quelque uns, ne font guère mieux, soit parce qu'ils sont la propriété des gouvernants ou de personnes qui sont en collusion avec eux, soit parce qu'ils préfèrent, malgré leur volonté d'indépendance, mesurer la critique sur certaines violations à la constitution afin de ne pas attirer sur eux la colère des tenants du pouvoir politique. Cet environnement défavorable laisse les juridictions seules dans l'arène pour arbitrer les controverses entre des protagonistes aux forces diamétralement opposées, rappelant le rôle de l'agneau dans la fable de la fontaine. Sans moyens de protection véritable, le choix de la raison conduit à opter pour le camp du plus fort. C'est hélas ce qu'il advient de nombreux arbitrages juridictionnels. Or sans un réel apport des médias, la vérité constitutionnelle a du mal à éclore.

En droite ligne du rôle des médias, les citoyens sont aussi appelés à contribuer à l'exercice d'une bonne justice constitutionnelle dans des systèmes politiques et institutionnels totalement verrouillés dans lesquels le juge constitutionnel est *a priori* considéré comme le seul rempart contre les atteintes à la constitution. En pareille situation, l'arbitrage populaire est plus qu'une nécessité dans le traitement juridictionnel de la fraude à la constitution. C'est à cet apport du peuple que le doyen Georges VEDEL fait allusion, lorsqu'il affirme que « *la démocratie, dans le contexte des systèmes politiques majoritaires, renvoie à l'exercice du pouvoir d'État par la majorité sous le contrôle de l'opposition et l'arbitrage du peuple* <sup>862</sup>».

---

<sup>862</sup> VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 241.

L'arbitrage du peuple n'est cependant en Afrique ni une donnée sociologique ni une donnée administrative perceptible, et cela pour plusieurs raisons dont la principale tient à l'absence d'éducation des populations. Si l'analphabétisme est très souvent évoqué pour expliquer la faible implication des populations africaines dans la gestion de l'État, il reste que l'absence de volonté réelle de la vulgarisation de la culture constitutionnelle au sein des couches populaires relève d'une stratégie de conservation du pouvoir pour ses détenteurs et d'une absence d'alternance pour ceux qui veulent le conquérir. Si les pouvoirs en place usent de la conception monarchique ancrée dans certaines des traditions africaines pour parvenir à l'adhésion populaire à leurs manœuvres frauduleuses, les forces opposées, elles, n'en font pas assez, ou du moins se limitent aux grandes villes, de sorte que les controverses constitutionnelles apparaissent comme un débat élitiste réservé à certaines populations urbaines. Même pour les couches populaires urbaines, les préoccupations socio-économiques prennent le dessus sur les questions parfois politiques dont elles ne perçoivent pas toujours les enjeux véritables.

L'histoire du Bénin montre bien que le peuple, lorsqu'il se mobilise, crée un climat propice à une justice constitutionnelle efficace. À propos du mérite du peuple béninois, le professeur Théodore HOLO relève qu'en raison de l'attachement du peuple béninois à sa constitution au point de se montrer parfois réfractaire à sa révision, de son souci de la dignité humaine dont la préservation a poussé le constituant à interdire expressément au président de la République, aux termes de l'article 68, de suspendre les droits des citoyens garantis par la constitution à l'occasion de la mise en œuvre de ses pouvoirs de crise, il apparaît que la justice constitutionnelle s'impose de plus en plus comme l'instrument privilégié de renforcement au Bénin de la démocratie et de l'État de droit<sup>863</sup>.

---

<sup>863</sup> HOLO T., Émergence de la justice constitutionnelle, *Pouvoirs* 2009/2, N° 129, p. 101-114.

---

## CHAPITRE II

# LES LIMITES POLITIQUES À L'EFFECTIVITE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

---

La protection de la constitution contre la fraude repose principalement sur deux ressorts: la protection de type politique et celle de type juridictionnel. Cette dernière, pour importante qu'elle soit, reste fortement tributaire de l'action de la première. De fait, les instances politiques occupent une place centrale dans le dispositif de protection de la constitution, car outre la mission de contrôle qui leur est reconnu, la mise en œuvre du contrôle juridictionnel dépend pour une large part de leur initiative. Mieux, l'effectivité du contrôle juridictionnel est tributaire de l'exécution des décisions judiciaires. Or, loin d'être un atout, cette prérogative du politique n'est pas toujours appliquée avec satisfaction. En effet, on constate que face à la floraison de la fraude à la constitution, la tendance au niveau des politiques est à la banalisation du contrôle juridictionnel, en raison d'une part des entraves à sa mise en œuvre (Section I), et, d'autre part, de la mauvaise réception des décisions qui en sont produites (Section II).

## SECTION I

### LES ENTRAVES POLITIQUES A L'EFFECTIVITE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION

Il a été rappelé que l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois en général, et de la fraude à la constitution qui nous intéresse en particulier ici, dépend de la qualité des décisions rendues et du sort qui leur est réservé. L'une ou l'autre de ces conditions du succès du contrôle juridictionnel dépend fortement de l'action des organes politiques. Malheureusement, ceux-ci sont souvent la source de problème. En effet, dans nombre de pays africains francophones, la fermeture de la saisine du juge constitutionnel à laquelle s'ajoute l'ultra-dominance d'un parti politique sur la vie de la nation ne favorise pas l'épanouissement du contre-pouvoir juridictionnel. Dans la pratique, de nombreux obstacles d'origine politique entravent le contrôle juridictionnel, sort auquel n'échappe pas le contrôle de la fraude à la constitution. Pour l'essentiel, les entraves politiques à l'effectivité du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution consistent soit au refus de favoriser l'enclenchement du contrôle du juge (§I), soit tiennent à une mauvaise réception des décisions judiciaires (§II).

#### § 1. LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Ces obstacles tiennent soit à la forte réticence au recours à l'arbitrage juridictionnel (A), soit à l'utilisation de mécanismes de neutralisation pour rendre impuissant le contrôle juridictionnel (B).

##### A. LE FAIBLE RECOURS AUX MECANISMES JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA CONSTITUTION

Comme l'a montré le professeur Guillaume DRAGO les résistances institutionnelles à l'effectivité du contrôle de constitutionnalité. Il s'agit de ceux dans lesquels, les dépositaires du contrôle politique s'entendent pour ne pas poser la question de constitutionnalité, c'est-à-

dire pour ne pas saisir le Conseil constitutionnel d'une loi votée à la suite d'un accord politique dépassant les clivages politiques ou de l'abstention de prises de position politiques<sup>864</sup>. Ces résistances prospèrent surtout dans les systèmes de contrôle *a priori*.

Si le recours aux juridictions, particulièrement aux juridictions constitutionnelles, est devenu un moyen de règlement des débats juridiques et politiques, l'exercice des compétences des juridictions constitutionnelles est tributaire, dans la plupart des pays, de l'exercice par les titulaires du droit de saisine. En dehors des rares pays comme le Burkina Faso, où la saisine du juge constitutionnel est limitée, dans les autres pays par contre, celle-ci est assez étendue. Au Burkina Faso, la saisine est réservée au président de la République, au président de l'Assemblée nationale, au Premier ministre et à un cinquième des députés. Avec l'hyper monopolisation de la vie politique par le Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP), la saisine du juge constitutionnel par voie d'action est strictement limitée, voire aléatoire. Dans la pratique, la prérogative de mise en action du contrôle juridictionnel est réservée aux tenants du pouvoir, parce que les députés de l'opposition n'atteignent pas le seuil des 22 députés, représentant le cinquième des membres de l'Assemblée nationale nécessaire pour saisir le juge constitutionnel en vue de sanctionner certaines inconstitutionnalités. Qui plus est, les dissensions entre partis de l'opposition burkinabé ne sont pas de nature à favoriser des actions communes pour saisir le juge constitutionnel. À ces deux facteurs, il faut ajouter le fait que l'opposition ne se préoccupe que des inconstitutionnalités qui concernent les règles de dévolution du pouvoir ainsi que les règles du jeu électoral subséquentes. La violation des autres champs de la constitution n'est qu'accessoire. La conjonction de tous ces facteurs transfère la saisine effective du juge constitutionnel aux tenants du pouvoir. Or, en tant que principaux auteurs des atteintes à la constitution, ces derniers ne saisissent que très rarement le juge au risque d'être désavoués par quelques juges incontrôlés. À tout le moins, lorsqu'ils le font, c'est bien à titre consultatif en vue de recueillir un avis sur la conformité à la constitution des projets d'actes qu'ils voudraient faire adopter.

Si ce n'est le monopole du droit de saisine du juge constitutionnel, l'autre obstacle et non des moindres demeure la collusion des intérêts des parlementaires de tous bords. En effet,

---

<sup>864</sup> DRAGO G, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 562.

surmontant leurs clivages politiques, les élus parviennent à une entente stratégique en vue s'offrir des prébendes, laissant penser à une gestion patrimoniale de l'État. Dans ces cas, ils font fi de leurs divergences pour s'accorder autour de leurs intérêts particuliers. Participe de cette funeste volonté des représentants du peuple, la loi accordant les privilèges financiers aux députés et aux membres de l'exécutif au Burkina Faso, au Niger et au Burundi pour ne citer que ces pays<sup>865</sup>. Dans ces pays, la redistribution des ressources aux hommes politiques fut un excellent adjuvant pour anéantir les résistances de ceux qui voudraient s'opposer à l'instrumentalisation des institutions. De fait, les acteurs qui ont légalement le droit de s'opposer à l'atteinte à la constitution par la mise en branle du contrôle de constitutionnalité, abdiquent et participent à la forfaiture contre la constitution parce qu'ils ont auparavant monnayé leur droit à opposition. Par leurs attitudes condamnables, ils portent atteinte à l'effectivité de la protection de la constitution dans des systèmes où le juge constitutionnel est incapable à s'autosaisir<sup>866</sup>. La patrimonialisation de l'État est donc un moyen indirect de parvenir à l'utilisation régulière des procédures pour contrarier certaines finalités de la constitution.

Outre le refus de recourir à l'arbitrage du juge, il faut faire observer les nombreuses défiances à l'égard du système juridictionnel de protection de la constitution, et au nombre desquelles figurent, en pôle position, les mécanismes de neutralisation du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution.

---

<sup>865</sup> Au Burkina Faso, il s'agit des 3 millions offerts aux députés pour les fêtes de fin d'année. Les prêts de 15 millions sans intérêts accordés aux députés, ministres et présidents d'institutions. Au Niger, les députés, d'abord dans la loi de finances 2009 qui a été sanctionnée et, par la suite, par une loi ordinaire adoptée à cet effet, se sont accordés des indemnités supplémentaires. Au Burundi, les députés ont adopté une loi octroyant environ 3 millions d'euro aux membres du parlement, du gouvernement et aux présidents des élus.

<sup>866</sup> Excepté le Bénin où le juge constitutionnel peut s'autosaisir pour des hypothèses limitées, le juge constitutionnel dans les autres Etats francophones ne dispose pas d'une telle prérogative.



Neutraliser le mécanisme de contrôle juridictionnel, c'est empêcher les juridictions d'agir par des actions tendant à contrebalancer leur contrôle. Il s'agit d'annihiler le contrôle, soit en refusant de donner aux juridictions carte blanche afin d'agir, soit décider de mettre hors de portée de leur contrôle, les actes adoptés. Pour ce faire, les autorités utilisent des procédures légales dont le contrôle reste sujet à controverse.

Les mécanismes constitutionnels de neutralisation du contrôle juridictionnel utilisés sont essentiellement de deux ordres: d'une part, il est procédé au changement des règles et procédures par recours au peuple, d'autre part, l'organe juridictionnel est mis dans l'impossibilité de rendre une sanction contre les manœuvres frauduleuses réalisées.

La manipulation des formes et procédures constitutionnelles est de plus en plus réalisée par recours à la procédure référendaire au détriment de la procédure législative qui pendant longtemps a été la voie privilégiée. La fraude s'obtient par la légitimation du peuple, de sorte à minimiser les critiques.

Dans les faits, le peuple est sollicité pour lever les obstacles prévus par les textes constitutionnels afin de mettre en forme constitutionnelle, la procédure ou la règle qui permet le changement projeté. La double révision sert de moyen lorsqu'il existe des limitations infranchissables au pouvoir constituant dérivé. Une fois l'obstacle de la règle intangible levé, l'opération devient une simple formalité. Cette méthode prospère parce qu'elle a le mérite de tenir à distance le juge constitutionnel qui, dans de nombreux États, se refuse, au nom de la limite de ses compétences d'attribution, à opérer un contrôle de la volonté populaire. Ce dernier évoque en effet l'argument de l'expression directe de la souveraineté nationale comme handicap. Le Conseil constitutionnel sénégalais tient la palme de cette pratique<sup>867</sup>.

Lorsque les juridictions parmi les plus courageuses décident de s'affranchir de ces barrières pour assurer une meilleure protection de la constitution, d'autres moyens de neutralisation consistant à l'adoption d'actes frauduleux sont mis à contribution. Allusion est

---

<sup>867</sup> Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n°6/C/ 2000 du 2 janvier 2001 ; Décision n°/C/ 2007 de 2007 ; DC du 18 janvier 2006.

faite ici à tous les artifices mis en œuvre par les gouvernants pour mettre en échec l'exercice des compétences des juridictions constitutionnelles, notamment par la paralysie de leur fonctionnement, leur discrédit ou leur dissolution dans les cas extrêmes.

La mise en échec de l'exercice des compétences de la juridiction passe le plus souvent par l'intimidation ou, au pire des cas, par leur élimination physique. L'assassinat du vice-président du Conseil constitutionnel sénégalais peut être rangé dans cette dernière hypothèse. Si les preuves de la collusion de l'opposant WADE avec les auteurs de l'assassinat n'ont pas été apportées, l'amnistie accordée aux auteurs du crime par l'ancien président devenu président suscite des interrogations sur la vraie raison de cette amnistie, nourrissant ainsi les supputations sur l'éventuelle implication du Parti démocratique sénégalais (PDS), à l'époque des faits dans l'opposition, dans la commission du crime. L'illustration la plus éloquente de l'intimidation du juge constitutionnel reste le déplacement en personne du président BOZIZE à la Cour constitutionnelle pour entendre la décision défavorable que les juges s'apprêtaient à rendre à propos de la loi N° 08/021 du 23 octobre 2008 modifiant et complétant la loi N°97.031 du 10 MARS 1997 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature.

La dissolution de la juridiction constitutionnelle peut être un autre moyen de neutralisation du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution. En principe, en vertu de la séparation des pouvoirs, en période de normalité constitutionnelle, il n'est pas souhaitable que la juridiction constitutionnelle soit dissoute par l'exécutif. Sa dissolution remettrait la stabilité des institutions qui est une exigence de la démocratie. De ce fait, la mise en œuvre des pouvoirs de crises du président ne peut justifier une telle dissolution. D'ailleurs, les constitutions des États francophones prévoient la consultation obligatoire, entre autres, du président des juridictions constitutionnelles avant l'adoption des mesures exceptionnelles. Du reste, l'exercice des pouvoirs exceptionnels se fait sous le contrôle du juge.

C'est donc dire que la dissolution de la juridiction constitutionnelle est toujours condamnable parce qu'elle vise à neutraliser le contrôle juridictionnel. Elle n'est destinée qu'à empêcher l'organe juridictionnel de censurer la volonté malveillante affichée par les gouvernants de ne pas respecter la constitution. Le président TANJA en a donné une illustration de la résolution de neutraliser le contrôle de la fraude par les autres pouvoirs.

L'Assemblée qui était sur le point de donner son avis sur le référendum visant à autoriser Mamadou TANJA à rester au pouvoir au-delà de son mandat a été dissoute. Le président TANJA a justifié la dissolution du Parlement par « *le climat tendu de la scène politique* » et pour « *permettre au Niger d'entamer la VI<sup>e</sup> République avec une représentation nationale renouvelée et fortifiée* »<sup>868</sup>. La Cour constitutionnelle connaîtra le même sort. Après l'avis d'inconstitutionnalité n° 02/CC du 25 mai 2009 prononcé contre l'initiative du référendum suite à une saisine des députés de l'opposition, le président TANJA a dissous la Cour pour la remplacer par une autre dont il désignera entièrement les membres au mépris des dispositions de la constitution relatives à la désignation des membres de cette juridiction.

La neutralisation peut consister en un organe que l'on joue contre un autre qui, a priori, paraît plus favorable. Le choix injustifié d'installer la Cour constitutionnelle, juge des élections et d'installer la Cour suprême pour proclamer les résultats des scrutins au Togo en est une illustration. S'inscrit dans cette même veine, l'installation tardive de la Cour constitutionnelle par le président Pascal LISSOUBA afin que celle-ci lui accorde une rallonge de trois (3) mois à la tête de la République du Congo<sup>869</sup>. Au Cameroun, le Conseil constitutionnel prévu par la constitution du 18 janvier 1996 n'est pas encore mis en place. En lieu et place, ses fonctions sont exercées par la Cour suprême.

Les actions de neutralisation qui viennent d'être montrées sont celles qui sont menées en amont. Mais lorsqu'elles ne sont pas usitées, de sorte que les juridictions en soient saisies pour rendre leur arbitrage, c'est en aval, en l'occurrence au niveau de la réception des décisions que se dressent les obstacles à l'effectivité du contrôle juridictionnel.

## **§ 2. LES LIMITES LIEES A LA RECEPTION DES DECISIONS JURIDICTIONNELLES**

L'autorité de chose jugée attachée aux décisions juridictionnelles implique que chacun de ses destinataires exécute l'acte convenablement. Force est de constater que le fraude ayant la

---

<sup>868</sup> [www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com), consulté le 30/05/2009.

<sup>869</sup> BOURGI Albert, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité, » *RFDC*, 52, 2002, p. 747.

peau dure, le fraudeur ne se contente pas de commettre la fraude, mais il refuse, dans bien des cas, de donner effet aux décisions de censure de la fraude. Aussi, les fraudeurs procèdent-ils à la restauration de l'acte censuré (A) ou à la mauvaise décision judiciaire (B).

#### A. LA RESTAURATION DU CONTENU DE L'ACTE SANCTIONNÉ

L'intervention de l'autorité juridictionnelle ne met pas systématiquement fin à la fraude à la constitution, les auteurs de l'acte frauduleux pouvant choisir de se conformer aux recommandations formulées par le juge, lorsque la sanction se fonde plus sur des violations de forme et de procédure, que de fond. Deux exemples nous permettront d'illustrer cette persistance à frauder à la constitution au-delà de la censure juridictionnelle.

Au Niger, la censure par la Cour constitutionnelle à travers l'arrêt N°001/CC/MC du 13 juin 2008 de la loi du 5 mai 2008 portant statut du député, n'entamera en rien la volonté des parlementaires de s'offrir des indemnités. Par la loi du 14 février 2009 portant indemnités et avantages parlementaires, l'Assemblée nationale va se conformer aux griefs qui lui avaient été opposés lors de l'examen de conformité à la constitution de la première délibération. Impuissante face à ce qui était manifestement une fraude en ce que les élus s'accordaient des avantages démesurés, la Cour constitutionnelle se résolut à conclure dans l'Arrêt n° 002/CC/MC du 26 février 2009, à la conformité à la constitution du 9 août 1999 de cette nouvelle loi sur le statut des députés.

Ces exemples montrent que la pratique constitutionnelle est loin d'être en parfaite symbiose avec la vision idyllique du constitutionnalisme telle que conçue dans les textes. Ils montrent aussi que le droit est parfois impuissant, surtout s'il s'inscrit dans une perspective purement formaliste comme ce fut le cas dans l'arrêt précité. La restauration des actes frappés par la censure reste moins affligeant que le mépris de la mauvaise exécution des décisions rendues.

## B. LA MAUVAISE EXECUTION DES DECISIONS JURIDICTIONNELLES

La mauvaise exécution des décisions des juridictions implique que les destinataires ignorent l'ensemble du dispositif de la décision de censure qui a été adoptée. Aussi, elle peut consister en l'ignorance du dispositif de la décision. Deux attitudes sont alors adoptées : soit l'acte censuré est promulgué en dépit des griefs formulés, soit il est appliqué sans tenir compte des observations qui ont été faites. Il s'agit dans ce cas de la mauvaise exécution au sens plein du terme des décisions judiciaires.

La mauvaise exécution peut se ramener en un refus catégorique de donner suite au dispositif de la décision du juge constitutionnel. Dans ce cas, les destinataires restent dans l'immobilisme. En effet, les gouvernants chargés d'exécuter des décisions refusent de le faire pour celles qui leur sont défavorables, soit en adoptant des actes les neutralisant, soit en refusant de donner suite aux injonctions qu'elles contiennent. Dans la pratique, hormis quelques rares cas, le sort des décisions est toujours délicat en Afrique francophone. Dans la catégorie des exceptions, on peut ranger l'exemple du Bénin. Dans ce pays, étant donné que le droit à l'exécution des décisions de justice participe de l'État de droit auquel adhère massivement le peuple béninois, le président de la République chargé par l'article 59 de la constitution d'assurer l'exécution des décisions de justice s'en acquitte honorablement dans l'ensemble depuis 1990. Les alternances intervenues en 1991, 1996 et en 2006 au sommet de l'État confirment cette spécificité béninoise<sup>870</sup>. Ce cas reste marginal devant les refus d'exécution des décisions qui sont plus légion.

Un exemple de la mauvaise exécution nous est donné par le chef de l'État centrafricain. Malgré la censure partielle de la nouvelle loi organique sur le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), le président BOZIZE a « cassé » partiellement, mais sur des points essentiels, la décision de la Cour constitutionnelle, en promulguant le 23 octobre 2008 le texte censuré, sans que ce dernier soit reconsidéré par l'Assemblée nationale<sup>871</sup>. En effet, le décret

---

<sup>870</sup> Voir la thèse de Stéphane BOLLE, *Le nouveau régime politique du Bénin*, op. cit., 807 p.

<sup>871</sup> BOLLE Stéphane, « la Cour constitutionnelle désavoue le président et vice versa », [www.la-constitution-en-afrique.org](http://www.la-constitution-en-afrique.org).

de promulgation reprend le texte censuré maintenant ainsi les dispositions jugées contraires à la constitution. C'est ainsi que la disposition concernant la composition déséquilibrée du CSM qui, de l'avis de la Cour constitutionnelle, était *«préjudiciable à l'indépendance du pouvoir judiciaire »*, sera maintenue dans la loi promulguée. En effet, le nouvel article 5 prévoit désormais que *« le Conseil Supérieur de la Magistrature comprend en outre quatorze membres, dont deux magistrats élus par leurs pairs et douze autres personnalités choisies par le président de la République, Chef de l'État »*. Cette promulgation consacre le passage de 2 à 12 des personnalités choisies par le président de la République, Chef de l'État pour être membres du CSM.

La menace qui plane sur l'indépendance de la magistrature serait surtout liée au droit de sanction disciplinaire reconnu à ces personnalités externes. La nouvelle écriture de l'article 43 sur le droit à la délibération tient en ces mots : *« Pour délibérer valablement, le Conseil statuant en matière disciplinaire doit comprendre, outre son président, au moins la majorité de ses membres. Il statue à huit clos »*. C'est dire qu'avec *« ses membres »*, le président François BOZIZE s'aménage un droit de sanction des *« magistrats non acquis »*<sup>872</sup>.

L'ambiguïté de la décision rendue par une juridiction peut être la cause de sa mauvaise réception par les destinataires. C'est ce qui est advenu avec la décision rendue par la Cour constitutionnelle de l'Union des Comores. En raison de l'imprécision de la décision à propos de la période d'intérim et en l'absence de directive de son organisation, chacune des parties au conflit constitutionnel en est venue à une interprétation à elle favorable. Dans un discours prononcé le 11 mai 2010 devant les notables de Ngazidja, le président de la République déclarait avoir accepté l'interprétation de l'Arrêt de la Cour constitutionnelle. Mais l'interprétation qu'il en a faite lui rend la décision favorable. En effet, il s'adressait à son auditoire en ces termes : *« vous savez également que ce sont les membres de la Cour constitutionnelle qui m'ont fait prêter serment le 26 mai 2006, légalisant ainsi mon investiture en tant que président. Avant-hier, ils m'ont de nouveau légitimé en déclarant légale ma présidence jusqu'à la tenue des élections de mon successeur »*. Pour le président SAMBI, sa

---

<sup>872</sup> Le terme de magistrat acquis au pouvoir est imputé au ministre de la justice et garde des sceaux du Burkina Faso, Boureima BADINI, qui a affirmé dans une interview à la presse que s'il devait choisir entre deux magistrats compétents, le choix du pouvoir irait à celui qui lui était acquis. Voir le journal *Burkinabé l'Indépendant*, N° 59 du 10 juillet 2005.

légitimité et sa légalité sont intactes, car contrairement aux attentes de certains, la Cour n'a pas constaté la fin de son mandat en 2010 mais ils l'ont légitimé<sup>873</sup>.

À l'opposé de cette interprétation, les partis d'opposition considéraient que SAMBI n'est plus légalement président à compter du 27 mai 2010. Les tentatives de la communauté internationale pour concilier ces deux lectures contradictoires de la décision vont achopper sur les positions intransigeantes de chacune des parties.

La mauvaise réception des décisions judiciaires apparaît ainsi comme un indice du refus d'intériorisation du constitutionnalisme, et partant, une source de recherche des moyens de sa maîtrise. En y parvenant, le constitutionnalisme connaît incontestablement une déréglementation.

---

<sup>873</sup> Réaction du président SAMBI à la suite de l'Arrêt de la Cour constitutionnelle, Site officiel de la République du Comores, <http://www.beit-salam.km>.

## **SECTION II.**

### **LA FRAUDE A LA CONSTITUTION, FORME PARTICULIERE DU DEREGLEMENT DU CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN**

La floraison de la fraude à la constitution n'est qu'une illustration de ce que la démocratie telle qu'imposée est acclimatée et domptée dans les sociétés africaines. Depuis longtemps, les gouvernants qui subissent les pressions inhérentes à la conditionnalité politique trouvent dans la manipulation des règles, le moyen de maintenir, non plus par la force des armes, mais par celle du droit, leur emprise sur l'appareil d'État. Pour ce faire, le recours aux instruments de la démocratie apparaît comme les ressources idéales pour l'instauration d'une démocratie contrefaite. C'est à l'intérieur du système constitutionnel que sont recherchés les moyens de le neutraliser. Les modes d'expression directe et représentative de la souveraineté du peuple sont alors instrumentalisés pour servir des intérêts catégoriels (§I). Force est cependant de constater que face à l'impuissance du droit à mettre en échec les adjuvants de l'autoritarisme démocratique, d'autres voies d'expression, notamment les solutions militaires, émergent comme complément des solutions constitutionnelles alternatives dont les résultats sont quelques fois insatisfaisantes. Il faut s'interroger non pas sur leur légalité, mais sur leur légitimité comme moyen de préservation de l'ordre constitutionnel (§I).

#### **§ 1. L'INSTRUMENTALISATION DES MODES D'EXPRESSION DE LA SOVERAINETE**

Dans les démocraties libérales, l'expression du peuple se fait soit directement, soit indirectement par l'entremise de ses représentants. Bien que représentant les modes d'expression les plus démocratiques qui existent à ce jour, leur utilisation ne suffit pas à garantir les valeurs et principes dont sont porteur les constitutions. Au demeurant, l'instrumentalisation de la constitution se fait de plus en plus avec la bénédiction du peuple ou d'une de ses fractions (A). À défaut, ce sont ses représentants, sous couvert de la poursuite de



l'intérêt général, qui adoptent des actes en contrariété avec les finalités du constitutionnalisme (B).

#### A. LA REALISATION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION PAR LE RECOURS AU PEUPLE

Invités à se prononcer pour l'adoption des constitutions qui ont inauguré le renouveau constitutionnel à l'occasion de référendums constitutants, les peuples africains ont été par la suite longtemps ignorés. Les constitutions construites autour de la notion de souveraineté populaire et non nationale ont été reformées avec une forte inclinaison de la représentation nationale. Le champ constitutionnel naguère laissé au peuple est devenu avec le champ législatif, le quasi-monopole des représentants du peuple. En effet, dans certains États, des lois constitutionnelles ont relégué au second plan l'intervention du peuple dans certaines matières<sup>874</sup>. De ce fait, la voie parlementaire devint la procédure normale dans les domaines législatifs et constitutionnels et l'intervention du peuple par référendum, la procédure exceptionnelle. En conséquence, la voie parlementaire fera oublier l'existence du référendum. Cette situation africaine, pour le moins incongrue, ne diffère pas de celle de certains États dont la France, pour laquelle, on pourrait faire remarquer avec Raymond FERRETTI que le référendum est à nouveau tombé en désuétude, comme cela a déjà été le cas sous la V<sup>e</sup> République qui l'a pourtant fait renaître de ses cendres<sup>875</sup>.

Cependant, ces dernières années en Afrique francophone, on assiste à un retour de l'intervention populaire pour les lois constitutionnelles qui tendent à déconstruire l'édifice constitutionnel pour lequel il avait été sollicité. Toutes les réformes régressives qui sont

---

<sup>874</sup> Au Burkina Faso, aux termes de la loi 2-97 ADP du 27 janvier 1997, le référendum n'est plus la principale voie d'adoption d'une révision, mais plutôt le vote parlementaire. Art. 1er. Toutefois, le projet de révision est adopté sans recours au référendum s'il est approuvé à la majorité des trois quarts des membres de l'Assemblée nationale.

<sup>875</sup> FERRETTI Raymond, « Le referendum sous la Ve République ou l'ambivalence d'une institution », *Les Petites affiches*, 19 décembre 2008 n° 254, p. 16. L'auteur en veut pour preuve le fait que sept référendums ont été organisés sous la Ve République : le 8 janvier 1961 sur l'autodétermination en Algérie, le 8 avril 1962 sur les accords d'Evian, le 20 octobre 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel direct, le 27 avril 1969 sur la réforme régionale et le Sénat, le 23 avril 1972 sur l'entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché commun, le 6 novembre 1988 sur la Nouvelle-Calédonie et le 20 septembre 1992 sur le Traité de Maastricht, soit quatre pour de Gaulle, un pour Pompidou et deux pour MITTERRAND.

opérées le sont au nom et par le peuple, qui reste, en démocratie, le mode d'expression le plus légitime. Dès lors, se posent des questions de fond dont les plus importantes sont de savoir de quel peuple il s'agit? Ce peuple a-t-il toujours conscience de la portée de ses actes? Autrement dit, ne peut-il pas être l'objet de manipulations?

Le mot peuple est tellement ressassé dans le discours des hommes politiques africains que son évocation est aujourd'hui péjorative. En réalité, les prétendues revendications du peuple sont devenues le prétexte justificatif des actions des gouvernants, à telle enseigne que ces derniers n'hésitent plus s'organiser des mouvements populaires de soutien. Les marches populaires, les réunions sur les places publiques sont autant de moyens pour montrer aux yeux du monde l'expression du peuple. L'idée voulue est de faire croire que les revendications d'un groupe de citoyens représentent celles de la collectivité dans son ensemble. Or pour que l'idée de peuple soit admise, il faut qu'apparaisse une volonté commune capable d'une action singulière imputable au tout<sup>876</sup>. Ce qui caractérise le peuple, c'est l'identité d'intérêt. C'est bien ce que montre ROUSSEAU lorsqu'il affirme qu'un peuple n'existe que là où existe un intérêt commun; il forme alors une entité à part entière qui ne peut vouloir que son propre bien, le bien commun<sup>877</sup>. Cette appréhension du concept de peuple reste toutefois théorique, car sa matérialisation dans la réalité reste difficile, voire impossible. ROUSSEAU et HOBBS admettaient que la volonté du peuple ayant besoin d'une médiation pour s'exprimer, c'est le souverain qui représente le peuple. C'est la fiction juridique du concept de peuple que les dirigeants tentent de maîtriser en faisant descendre dans les rues des foules de personnes qui ne représentent pas la volonté générale. Or, si l'on admet que la démocratie est essentiellement discursive et délibérative, les principes conventionnellement insérés dans les constitutions ne devraient être remis en cause par une fraction du peuple, car « *la volonté générale, pour être vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence, (...) elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous, et (...) elle perd sa rectitude naturelle lorsqu'elle tend à quelque objet individuel et déterminé* »<sup>878</sup>.

---

<sup>876</sup>CRIGNON P., « La critique de la représentation politique chez Rousseau », *Les études philosophiques*, 2007/4, n° 83, p. 481-497.

<sup>877</sup>ROUSSEAU J.J., *Le contrat social*, CS, II, 1, p. 368.

<sup>878</sup>Ibid., p. 373.

Pourtant, les populations restent très sollicitées dans les démocraties en construction en vue de légitimer l'action des gouvernants qui consiste à revenir sur les valeurs principales des constitutions. Elles le sont parce que cela constitue le moyen de minimisation des critiques. À cet égard, dans le contexte africain, l'instrumentalisation du "peuple" est considérée comme l'alternative la plus crédible. C'est pourquoi l'UA dans sa Charte de la démocratie fait de la consultation populaire, une des modalités d'atteindre le consensus qu'elle prescrit pour les révisions constitutionnelles. Quelquefois par dépit, les organisations de la société civile, à défaut d'empêcher ces relectures incessantes des règles du jeu démocratique, n'hésitent pas à réclamer à hue et à dia la consultation populaire<sup>879</sup>.

Domptant ces contraintes, le référendum est utilisé par le président de la République pour solliciter le soutien populaire sur un arrière-fond de conservation du pouvoir. À vrai dire, en dépit de sa fonction de légitimation, il n'empêche que le peuple peut faillir. En effet, en tant qu'instrument de la démocratie, le peuple peut être manipulé pour atteindre des résultats antidémocratiques. C'est tout dire que la démocratie peut être détournée avec ou sans le peuple<sup>880</sup>. Il peut être sollicité pour donner son arbitrage sur des questions politiques très controversées sans que les conditions d'une telle consultation soient démocratiquement garanties. À cet égard, il cautionne les atteintes qui sont portées à la constitution. En conséquence, il devient lui-même l'auteur de la violation des principes constitutionnels à travers des élections, référendaires ou non, qui constituent des coups de forces légaux du peuple au constitutionnalisme.

Pour donner une apparence de légalité et de légitimité aux violations portées à la constitution, le peuple est invité à se prononcer à travers l'organisation de consultations populaires parce que le référendum est évoqué comme le mode d'expression le plus démocratique. Alors que l'on oublie de dire que le référendum peut être un instrument antidémocratique. C'est bien ce que montre Henry ROUSSILLON lorsqu'il écrit que le référendum « *peut être antidémocratique tout d'abord dans son déclenchement, ensuite dans*

---

<sup>879</sup> Au Cameroun la plate forme de la société civile a exigé en vain l'organisation d'un référendum à l'occasion de la révision de la constitution à l'effet de supprimer la clause limitative des mandats.

<sup>880</sup> VERDIER Marie-France, « La démocratie sans et contre le peuple », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, , Bruylant, 2008, p. 1094.

sa logique interne, et enfin dans ses conséquences pratiques »<sup>881</sup>. Le lien causal entre la fraude à la constitution et le référendum tient aux deux premiers caractères. Il faut faire observer avec Marie-France VERDIER que dans son déclenchement, « *le référendum présente de graves menaces pour la démocratie en raison de la possibilité du détournement de pouvoir de la part des gouvernants, du libellé et du contenu de la question posée* ». Dans sa logique interne, « *la procédure référendaire s'avère perverse, du fait qu'elle est forcément réductrice, dans la mesure où le débat est mutilé et la réponse sans nuance ni compromis possibles, les amendements étant impossibles, et du fait qu'elle peut se transformer en plébiscite* »<sup>882</sup>.

Ce constat permet de dire que le referendum peut être négatif<sup>883</sup>. Les référendums organisés en Afrique pour instrumentaliser les constitutions peuvent être rangés dans la catégorie du référendum négatif qui, selon les professeurs EMERI et BIDEGARAY, peut aboutir à une modification de la Constitution; mais pas celle que l'on attendait<sup>884</sup>. S'ils sont négatifs, c'est parce que les référendums de délégitimation des constitutions veulent apporter la preuve que le point de vue d'une minorité est en réalité celui de la majorité, c'est une sorte d'appel au souverain mal informé<sup>885</sup>.

Malheureusement, ces errements sont récurrents dans la vie politico constitutionnelle des États africains francophones. C'est le recours au référendum qui aura permis aux présidents CONTÉ de la Guinée, DÉBY du Tchad et TANJA du Niger de supprimer la clause limitative des mandats, à laquelle s'opposaient une partie des représentants du peuple et de la société civile. Ces situations illustrent bien le plébiscite qui, selon la présentation de Jacques CADART, « *est un référendum d'initiative non populaire détourné de son but, organisé par*

---

<sup>881</sup> ROUSSILLON Henry, « Le citoyen et le suffrage : le mythe de la démocratie directe. De la démocratie "participative" à la démocratie "réactive" », in *La citoyenneté aujourd'hui*, sous la direction de H. ROUSSILLON, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 20-23.

<sup>882</sup> VERDIER Marie-France, « La démocratie sans et contre le peuple », op. cit., p. 1095.

<sup>883</sup> EMERI C et BIDEGARAY Ch., « Du référendum négatif et des désarrois du comparatisme », *Pouvoirs*, n°77, *Le référendum*, avril 1996, p. 62-72.

<sup>884</sup> Ibid. p. 72.

<sup>885</sup> Ibid., p. 74.

un homme pour conserver ou amplifier le pouvoir qu'il détient »<sup>886</sup>. Aussi assiste-t-on à une « banalisation du référendum »<sup>887</sup>, car s'il a été conçu au départ comme un tempérament au régime représentatif, le référendum devait devenir un instrument de la présidentialisation du régime. Et ce, parce qu'il est devenu victime de la logique majoritaire qui s'est mise en place avec la transformation du système de partis<sup>888</sup>. Le référendum est dépouillé de sa substance, car il est le substitut idéal au contre-pouvoir parlementaire opposé aux actions frauduleuses de l'exécutif. C'est ce qui est advenu avec la tenue du référendum en Guinée par le général-président Lansana CONTÉ afin de supprimer la clause limitative des mandats et ouvrir la voie à son mandat à vie<sup>889</sup>. Il en a été de même avec le référendum qui a taillé un régime présidentiel à la mesure des projets que voulait achever le président TANJA<sup>890</sup>. Ce sont ces différentes manipulations qui font dire à Raymond FERRETTI que le référendum a permis la personnalisation du régime et, dans une large mesure, sa présidentialisation<sup>891</sup>.

D'ailleurs, les larges victoires qui sont montrées à l'opinion publique interne et externe ne constituent qu'un simulacre d'expression populaire<sup>892</sup>. Un seuil de participation populaire n'étant pas requis, et même s'il l'était, il n'influerait en rien, l'hypothèque de ces gouvernants

---

<sup>886</sup> CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J. tome 1, 2e édition, 1979, p. 204.

<sup>887</sup> HAMON Francis, *L'extension du référendum*, Pouvoir n°77, 1996, p. 115.

<sup>888</sup> FERRETTI Raymond, « Le referendum sous la Ve République ou l'ambivalence d'une institution », *Petites affiches*, op. cit., p. 4.

<sup>889</sup> Le Pr Augustin LODA et monsieur Luc IBRIGA rapportent que pour contourner l'Assemblée nationale hostile, le président CONTÉ a fait adopter un projet de révision de la constitution guinéenne de décembre 1990 par la voie référendaire. Celui-ci visait, entre autres, à supprimer la clause limitative du nombre de mandats présidentiels, ainsi que celle qui interdit aux candidats âgés de plus de soixante-dix ans d'être éligibles, d'allonger le mandat présidentiel de cinq à sept ans, d'autoriser le président de la République à nommer par décret non seulement les membres de la Haute cour de justice seule habilitée à le juger en cas de haute trahison, mais aussi les membres de la Cour suprême, seule habilitée à le mettre en accusation. En dépit de l'hostilité de l'opposition guinéenne, le projet de révision Constitutionnelle sera adopté par le référendum du 11 novembre 2001. LAODA Augustin et IBRIGA Luc, op. cit., p. 109.

La voie référendaire utilisée par le président guinéen ainsi que la polémique qui en a résulté rappellent le précédent posé par le général de GAULLE en 1962. Celui-ci n'avait pas hésité à contourner le Parlement français en grande partie hostile à son projet de modification de l'article 7 de la constitution de la Ve République en vue d'instituer par référendum l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

<sup>890</sup> Le passage d'un régime semi-présidentiel au régime présidentiel de la VI<sup>e</sup> République était destiné à permettre à TANJA de parachever les nombreux projets entamés selon le discours officiel, en toute franchise des contrepouvoirs du régime politique précédent.

<sup>891</sup> FERRETTI Raymond, « Le référendum sous la V<sup>e</sup> République ou l'ambivalence d'une institution », *Petites affiches*, 13 novembre 1998 n° 136, p.

<sup>892</sup> Le référendum du 4 août qui s'est soldé, selon la Commission électorale nationale indépendante (CENI), par une large victoire du Oui (92,50%) avec 68,26% de participation des électeurs (Source jeuneafrique.com. Victoire écrasante de TANJA au référendum contesté du 4 août, 07/08/2009).

sur le constitutionnalisme, surtout face à leur volonté, d'autant plus qu'ils se félicitent de leur victoire avant même la proclamation des résultats de la consultation populaire<sup>893</sup>. Le référendum en tant que voie d'expression souveraine souffre alors de deux handicaps majeurs : l'ignorance de la portée du vote par les électeurs et l'absence du contrôle juridictionnel de l'expression de la souveraineté nationale.

Point n'est besoin de revenir ici sur les arguments développés sur la méconnaissance des exigences de la démocratie par la majorité des populations africaines. Analphabétisme et conception traditionnelle du pouvoir chez certains peuples rendent inutile le recours à la votation populaire. Ce qui les amène à faire un usage « *irréfléchi de leur vote* »<sup>894</sup>. C'est bien ce que pointe du doigt Charles BENOIST, lorsqu'il affirme que « *combien d'électeurs n'ont pas d'opinion publique, combien n'en ont qu'une absurde, combien en ont plusieurs, et en changent selon le vent qui souffle et le dernier qui leur parle* »<sup>895</sup>.

En ce qui concerne le contrôle de la loi référendaire, on observe que les juridictions constitutionnelles africaines adhèrent aux solutions jusque-là dégagées par la jurisprudence française sur la non justiciabilité des lois référendaires. Selon ces solutions, les lois référendaires, en ce qu'elles sont l'expression directe de la souveraineté du peuple, sont incontrôlables. Cette orientation jurisprudentielle qui est reprise par de nombreuses juridictions constitutionnelles africaines dont celle du Sénégal particulièrement est contestable. Fort heureusement, une analyse comparée de l'évolution de la justice constitutionnelle montre que cette solution ne constitue pas l'épilogue définitif du contrôle des lois *ad référendaire*.

À l'évidence, dans un État de droit, le juge ne saurait pas se contenter de justifier son incompetence devant une « *dé-constitutionnalisation* » de la constitution. C'est pourquoi la justice constitutionnelle doit s'ériger en garde-fou contre les éventuelles dérives de la démocratie référendaire, surtout lorsque le peuple ne parvient pas à être l'antidote aux

---

<sup>893</sup> Selon une dépêche de l'AFP diffusée sur le site du journal jeune Afrique, le président nigérien Mamadou TANJA a remercié les électeurs pour leur "confiance renouvelée", sans attendre les résultats officiels du référendum controversé devant lui permettre de briguer un nouveau mandat (source jeune afrique.com, sans attendre les résultats du référendum, TANJA a remercié déjà, 06/08/2009).

<sup>894</sup> VERDIER Marie-France, « La démocratie sans et contre le peuple », op. cit., p. 1097.

<sup>895</sup> BENOIST Charles, *Lois de la politique française*, 1928.

vellités impérialistes des gouvernants. Si cette occurrence persistait, les systèmes constitutionnels africains qui sont dans une phase transitoire se déconstruiraient<sup>896</sup>.

Même si de plus en plus, le recours au référendum se présente comme un moyen aux mains des gouvernants, il n'empêche que pour eux, la voie la plus sûre de manipulation des règles constitutionnelles reste la majorité parlementaire acquise et domptée.

## B. LA VOIE PARLEMENTAIRE, PRINCIPAL MODE OPERATOIRE POUR LA MANIPULATION DE LA CONSTITUTION

La crise du système représentatif et celle de la démocratie est sans aucun doute, la source de toutes les instrumentalisations de la constitution. En Afrique, le système représentatif n'apparaît pas, pour le moins que l'on puisse dire, comme un organe de représentation fidèle du peuple. Une fois élus, les hommes politiques se coalisent autour de leurs intérêts corporatifs plutôt que de privilégier ceux du peuple. Ce dysfonctionnement de la démocratie représentative en Afrique reflète les appréhensions que de nombreux auteurs avaient émises notamment en ce qui concerne l'impossibilité de représenter le peuple dans sa souveraineté<sup>897</sup>. Incontestablement, les tares du régime représentatif influent négativement sur la démocratie semi-directe qu'il est censé instituer, suscitant ainsi des critiques très virulentes en théorie constitutionnelle. À ce propos, le juriste allemand Carl SCHMITT affirmait que le régime représentatif entretenait le peuple dans l'illusion qu'il gouverne, car en tant qu'« *institution vieillie et incomprise* », il fait obstacle à la réalisation de l'identité démocratique<sup>898</sup>. Or, selon lui, la véritable démocratie suppose qu'aucune institution ne soit en mesure de s'opposer « *à la normativité exclusive de la volonté imprescriptible du peuple, exprimée d'une manière ou d'une autre* »<sup>899</sup>. C'est pourquoi il estimait que juridiquement, l'existence d'une procédure de révision constitutionnelle parlementaire entre manifestement

---

<sup>896</sup> FLAUSS Jean-François, « L'extension de la compétence juridictionnelle du Conseil constitutionnel en matière de référendum », *Les Petites affiches*, 11 janvier 2001 n° 8, p. 13.

<sup>897</sup> ROUSSEAU J.J., *Le contrat social*, op. cit. ; BAUMERT R., « Carl Schmitt, « Parlementarisme et démocratie » (1923), dans *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988 (désormais abrégé : PD, 1988).

<sup>898</sup> BAUMERT R., « Carl SCHMITT contre le parlementarisme weimarien. Quatorze ans de rhétorique réactionnaire », *Revue française de science politique* 2008/1, Volume 58, p. 5-37.

<sup>899</sup> SCHMITT Carl, « Parlementarisme... » (1923), PD, 1988, p. 114.

en contradiction avec la souveraineté du peuple constituant<sup>900</sup>. C'est pourtant cette pratique qui s'est imposée comme le principal mode de décision politique. Le peuple au nom de qui les représentants agissent n'a plus qu'un rôle politique virtuel. Il n'est plus consulté. C'est ce qui fait dire à Marie-France VERDIER que les pires affronts faits à la démocratie consistent dans le fait de ne pas consulter le peuple<sup>901</sup>, ou à tout le moins, de ne pas prendre en compte ses aspirations. Rarement, les élus, pour diverses raisons<sup>902</sup>, ne représentent pas utilement les intérêts du peuple. Leur principale préoccupation est la garantie de ceux de la catégorie sociale à laquelle ils appartiennent. C'est pourquoi pour maintenir ces intérêts catégoriels et ponctuels, ils n'hésitent pas à manipuler les constitutions afin de conserver le pouvoir. On peut voir dans l'instauration de la voie parlementaire comme seconde voie de révision de la constitution par la loi constitutionnelle N°2-97 ADP du 27 janvier 1997<sup>903</sup>, le souci pour les gouvernants de s'aménager un moyen de prise de décision, ou, d'amendement de la constitution dans des conditions plus maîtrisables que la voie référendaire. Ainsi, en insérant dans la constitution par le biais de la loi 1-2002 AN du 22 janvier 2002 que « *le projet de révision est, dans tous les cas, soumis au préalable à l'appréciation de l'Assemblée nationale* », le constituant dérivé burkinabè entendait accorder un veto aux députés contre les éventuelles propositions de loi qui proviendraient d'une fraction du peuple<sup>904</sup>.

La pratique montre bien que le référendum n'est qu'un moyen d'élaboration de la loi ou de la constitution au même titre que la ressource parlementaire utilisée pour instrumentaliser la constitution. En conséquence, il apparaît que les procédures parlementaires qui ont servi dans

---

<sup>900</sup> À propos de l'article 76 la constitution de Weimar qui règle la procédure de révision constitutionnelle par voie parlementaire, il donne une interprétation selon laquelle, le Parlement n'aurait le droit de modifier que les « lois constitutionnelles » et non les décisions fondamentales qui forment le cœur de la constitution« au sens positif ». Voir Carl SCHMITT, TC (1928), 1993, p. 155-157, p. 230.

<sup>901</sup> VERDIER Marie-France, « La démocratie sans et contre le peuple », op. cit., p. 1089.

<sup>902</sup> Faiblesse de la connexion des élus avec la société civile, la discipline partisane et le fait majoritaire.

<sup>903</sup> Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991, Art. 164. «...*Le projet de texte est ensuite soumis au référendum. Il est réputé avoir été adopté dès lors qu'il obtient la majorité des suffrages exprimés.*

*Le président du Faso procède alors à sa promulgation dans les conditions fixées par l'article 48 de la présente Constitution. Toutefois, le projet de révision est adopté sans recours au référendum s'il est approuvé à la majorité des trois quarts des membres de l'Assemblée nationale* ».

<sup>904</sup> Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991, Art. 161. [Loi 2-97 ADP du 27 janvier 1997 - Art. 1<sup>er</sup>. *L'initiative de la révision de la constitution appartient concurremment :... au peuple lorsqu'une fraction d'au moins trente mille personnes ayant le droit de vote, introduit devant l'Assemblée nationale une pétition constituant une proposition rédigée et signée* ».



la plupart des pays à la révision de la clause limitative des mandats présidentiels ont été dévoyées pour en faire des outils décisionnels légitimes <sup>905</sup>.

Les constitutions non consensuelles révèlent un jeu démocratique tronqué qui obstrue l'institutionnalisation de la démocratie. Elles ne peuvent qu'entraîner en réaction une opposition hors-système qui ne peut qu'encourager de récurrentes intrusions de l'armée dans le jeu politique.

## **§ 2. LA RESURGENCE DU COUP D'ÉTAT MILITAIRE COMME CONSEQUENCE DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION**

Face à l'impossibilité de trouver des solutions aux nombreuses fraudes à la constitution qui s'épanouissent en Afrique francophone, le recours à la violence devient grand. Si les interventions militaires ont toujours été condamnées comme moyen de résolution des crises au sein de l'État (A), cela n'empêche pas que la relation entre le droit et la violence soit l'objet des analyses scientifiques, tant celle-ci apparaît comme un fait social prégnant. Dans la mesure où l'insurrection peut permettre la restauration de la démocratie confisquée par la fraude à la constitution, n'est-il pas possible de dépasser l'appréhension qu'elle suscite, pour s'interroger sur les conditions de son admission comme solution de fait (B).

### **A. LA CONDAMNATION DE PRINCIPE DES COUPS DE FORCES MILITAIRES**

L'irruption de la violence dans le dénouement des crises sociopolitiques est un fait récurrent en Afrique. Elle s'est démultipliée sous l'effet de l'exigence de la démocratie et de son corollaire, les élections comme mode d'expression souveraine du peuple. Le fait nouveau, est que l'utilisation de la violence pour accéder au pouvoir n'est plus le seul apanage de l'armée. Les forces armées qui ont pendant longtemps eu le monopole de l'usage de la force

---

<sup>905</sup> C'est le cas notamment dans les pays suivants: Burkina Faso, Gabon, Togo, Algérie, Tunisie. Le professeur LOADA et monsieur Luc Marius IBRIGA affirment que du point de vue des procédures, la plupart des révisions constitutionnelles constatées en Afrique francophone repose sur la voie parlementaire. Augustin LOADA et Luc Marius IBRIGA, op cit, p. 109.

pour conquérir le pouvoir d'État sont concurrencées par les civils dans l'utilisation de ce moyen illégal. S'il n'est pas l'apanage des seuls militaires, la violence comme moyen de conquête du pouvoir d'État renvoie de prime abord aux militaires, parce que dans la pratique, aucun coup d'État n'a de chance de succès sans l'onction de l'armée, l'une de ses factions ou s'il ne bénéficie pas de son soutien, actif ou passif<sup>906</sup>.

Mais de plus en plus, à tort ou à raison, certainement dans une acception large, le qualificatif de coups d'État est accolé aux moyens illégaux utilisés par les civils pour conquérir le pouvoir politique ou pour s'y maintenir. S'il en est ainsi, c'est parce que de nombreux hommes politiques recourent régulièrement, en collusion avec l'armée, à certains moyens illégaux pour conquérir ou conserver le pouvoir d'État. Cette approche ne correspond pas à la réalité de la notion, mais elle a pour mérite de mettre en évidence le caractère illégal du moyen utilisé, ou l'onction apportée à leurs auteurs par l'armée. Ce sont ces raisons qui ont justifié le qualificatif de coup d'État, entre autres, au montage opéré pour porter au pouvoir Faure EYADEMA en 2005 suite au décès de son père. De même, le référendum organisé par le président TANJA le 4 août 2009 pour s'octroyer une rallonge de mandat de trois ans<sup>907</sup> a-t-il été qualifié de coup d'État.

Parfois, les citoyens eux aussi s'associent à l'utilisation illégale de la force. Il s'agit dans cette hypothèse de protestations populaires accompagnées de violence menées dans le but de renverser un gouvernement en place. Ces contestations sont soit exclusivement menées par une bonne fraction du peuple qui s'oppose aux forces de défense et de sécurité acquises au pouvoir en place. Dans tous les actions, les révolutions populaires ne sont menées avec succès que grâce à la bénédiction des forces de défense. C'est dire que le recours à la violence dans son inspiration, comme dans sa matérialisation, peut échapper, en tout ou partie, à l'armée, même s'il reste admis que le soutien de cette dernière reste indispensable dans les chances de succès de l'utilisation de la force.

---

<sup>906</sup> ABOUDOU SALAMI Mama-Sani, « Démocratie et coups d'Etat en Afrique », *Revue nigérienne de droit*, 2006, p. 15.

<sup>907</sup> Alpha Omar KONARE, alors président de la Commission de l'Union africaine avait déclaré sur RFI que les différentes opérations militaro-juridiques menées par le RPT pour porter Faure EYADEMA à la présidence étaient un coup d'Etat. Au Niger, le référendum du 4 août instaurant une VI république a été qualifié de coup d'Etat par la classe politique nigérienne et une bonne partie de l'opinion publique nationale et internationale.

En guise d'illustration, on peut faire remarquer que c'est grâce aux violentes manifestations populaires soutenues par l'armée malgache que le maire d'Antananarivo, Andy RAJOELINA, est parvenu à déposer le président Marc RAVALOMANA qui avait pris le pouvoir dans des conditions similaires. Cette situation s'était auparavant réalisée en 2000 en Côte-d'Ivoire avec la contestation populaire qui a permis au candidat Laurent GBAGBO d'accéder au pouvoir, suite à des élections frauduleuses qui donnaient le président Robert GUÉI vainqueur.

En somme, les citoyens n'hésitent pas aussi à faire usage de la violence pour protester contre l'arbitraire, cette arme restant pour eux, le seul moyen de lutte contre l'arbitraire des gouvernants.

Il apparaît clairement que le continent africain est travaillé par une contradiction profonde entre deux logiques qui tendent à s'institutionnaliser. Alors que les modes d'expressions démocratiques sont reconnus et garantis, les vieux démons de la violence refont surface, après le printemps qu'ils ont connu dans la décennie soixante-dix. La violence est à nouveau redevenue une solution aux dysfonctionnements des systèmes constitutionnels. Dans ces conditions, se pose la question de la légitimité du recours à la violence comme solution aux utilisations non démocratiques de la constitution?

Les constitutions sur cette question sont pour le moins ambiguës. En effet, si le principe de base mentionné dans les constitutions est à l'incrimination de la prise du pouvoir par la force, d'autres dispositions de la constitution semblent ouvrir la brèche à un recours à la force pour mettre fin au règne d'un pouvoir qui, même démocratiquement élu, est devenu illégitime. En effet, si les constitutions africaines francophones dans leur grande majorité reconnaissent au peuple le droit de résistance à l'oppression, elles interdisent cependant les coups de force militaire. Cette attitude s'expliquerait par le fait que le propre de tout État, comme le fait observer Emmanuel SUR, est d'abord d'interdire la révolution par tous les moyens juridiques<sup>908</sup>. Le coup d'État doit être interdit parce que la souveraineté de l'État doit restée inaliénable et inébranlable.

---

<sup>908</sup>SUR Emmanuel, « Violence et Droit : remarques sur la distinction entre la violence légitime et la violence pure », Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, op. cit., p. 1050.

Aussi, la quasi-totalité des États interdisent les coups d'État considérés comme actes illégaux<sup>909</sup> en construisant et délimitant le champ de la révolution d'une façon si normative qu'il en désamorce les forces centrifuges<sup>910</sup>. Cette prohibition du coup d'État est marquée par son incrimination quasi généralisée dans les constitutions, qui prévoient des dispositions qui l'érigent en crime, qualification à la mesure de la gravité de l'acte<sup>911</sup>. Le coup d'État est alors considéré comme un crime imprescriptible contre la nation ou le peuple. En tant que tel, il est prévu qu'il soit sanctionné conformément aux lois de la république en cas de survenance.

La sanction de principe qui ressortit de cette incrimination reste illusoire, car les institutions chargées de son application sont, soit suspendues, soit subordonnées au nouveau pouvoir en place. Le peuple qui est appelé en dernière instance à opposer une résistance à l'arbitraire le coup d'État y compris, est soit impuissant, soit favorable à l'intrusion de l'armée dans le jeu politique.

Dans tous les cas, la prohibition formelle du recours aux coups d'État est sanctuarisée dans les instruments de l'Union Africaine, en l'occurrence la déclaration d'Alger et la Charte de la démocratie et de la bonne gouvernance de 2007. Il fallut attendre le 33<sup>e</sup> sommet de la conférence des chefs d'État et de gouvernement pour que soient donnés les premiers signes de la condamnation des changements non démocratiques des régimes. À cette rencontre, la conférence des chefs d'État marquera son rejet contre le coup d'État perpétré le 25 mai 1997 par John Paul KOROMA contre le président Tejan KABBA. Dans cette dynamique, lors du 35<sup>e</sup> sommet tenu à Alger en 1999, rappelant « l'esprit de la décision de Harare », elle a condamné fermement les coups d'État en décidant que: *« les États-membres dont les gouvernements ont accédé au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels après le sommet d'Harare, devraient restaurer la légalité constitutionnelle avant le prochain sommet, faute de quoi, l'OUA prendra des sanctions à l'encontre de ces gouvernements jusqu'à ce que la démocratie soit rétablie »*<sup>912</sup>.

---

<sup>909</sup> Bénin, const. art. 65; Burkina Faso, const. art. 167; Mali, const. art. 121; Togo, const. art. 150.

<sup>910</sup> SUR Emmanuel, Ibid., p. 1050.

<sup>911</sup> ABOUDOU SALAMI Mama-Sani, « Démocratie et coups d'Etat en Afrique », op. cit., p. 18.

<sup>912</sup> Déc. AHG/déc 142 (xxxv) du 14 juillet 1999.

Le couronnement de cette prohibition solennelle des coups intervient avec la Charte de la démocratie et des élections de 2007 qui sanctuarise le principe de l'interdiction des coups d'État en le rangeant dans la catégorie des changements anticonstitutionnels de gouvernement.

Au niveau ouest-africain, le Protocole de la CEDEAO adhère<sup>913</sup> à l'interdiction de l'utilisation de la force militaire pour accéder au pouvoir ou mettre fin à un régime dont le pouvoir est devenu illégitime. Cela dit, la justification de la condamnation du coup d'État ne réside pas uniquement dans sa remise en cause de la démocratie, mais dans le risque de déconstruction de l'État qui peut en résulter. C'est cette seconde raison qui peut justifier l'interdiction des coups d'État.

Il s'agit dès lors de partir de la distinction entre la violence pure et violence légitime, pour s'interroger sur le possible recours de la mission constitutionnelle dévolue à l'armée comme solution à la mise en hypothèque de l'ordre constitutionnel.

## B. LES COUPS DE FORCE MILITAIRE, SOLUTIONS SUPPLETIVES CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION?

La question de savoir si les coups d'État peuvent être des solutions alternatives à la résolution des conflits politiques et constitutionnels a toujours été au cœur de la construction de l'État et de la prégnance du constitutionnalisme en Afrique. Quelques années après la décolonisation, les États africains ont connu et connaissent encore une valse de coups d'État au point de faire l'objet d'une abondante littérature dans les quatre-vingt<sup>914</sup>. La doctrine s'est

---

<sup>913</sup> Protocole a/sp1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité 21 décembre 2001. Article 1 : a) Les principes ci-après sont déclarés principes constitutionnels communs à tous les États-membres de la CEDEAO:..  
.b) Toute accession au pouvoir doit se faire à travers des élections libres, honnêtes, et transparentes. c) Tout changement anti-constitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir.

<sup>914</sup> TIXIER G., « La personnalisation du pouvoir dans les États d'Afrique de l'Est », *RDP*, 1965, p. 1129 et s.; « Les coups d'État militaires en Afrique de l'Ouest », *RDP*, 1966, p. 1116 et s.; CONAC G., *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la république malgache*, Paris, Economica, 1979.

principalement intéressée à ses causes, mais aussi à ces incidences sur la gestion du pouvoir. S'il n'est pas nécessaire de revenir sur ces causes, la question du caractère juste ou non du coup d'État reste encore d'actualité dans un contexte marqué par le regain de l'intervention des militaires dans le jeu démocratique<sup>915</sup>. Deux thèses sont développées sur la légitimité de l'intervention des militaires dans le jeu politique.

La première thèse, qui pourrait être qualifiée de réaliste, défend l'idée qu'il peut avoir des coups d'État justes. Sa légitimité dépend de l'avancée qu'elle apporte au processus démocratique. Les principaux défenseurs de cette thèse sont avant tous les auteurs eux-mêmes. Leur intervention serait justifiée par le blocage des institutions ou la gestion non démocratique du pouvoir. Le président MOBUTU affirmait en 1966 que « *l'armée doit prendre le pouvoir quand les institutions sont bloquées* »<sup>916</sup>. Le professeur Marcel PRELOT partageait cette vision parce que l'armée, dans sa fonction de force d'ordre, a le devoir d'agir lorsque le pouvoir civil, confronté à une crise, non seulement est incapable de le surmonter, mais se trouve lui-même entraîné à provoquer la destruction des institutions qu'il a le devoir de protéger<sup>917</sup>. Pour lui, même si l'intervention de l'armée est hors de la légalité, elle procède d'une légitimité plus profonde qui est d'assurer la survie du pays<sup>918</sup>. Toutefois, pour lui cette légitimité dépend de certaines conditions. L'armée ne doit pas se maintenir au pouvoir contre le peuple, ni instituer une caste. Son devoir est d'instaurer des institutions civiles durables<sup>919</sup>. La défense du principe de la justice des coups d'État s'accommode bien d'une analyse politiste.

La seconde thèse qui se veut légaliste, estime qu'un coup d'État militaire ne peut pas être juste. Cette thèse ne se préoccupe pas des éventuelles incidences positives des coups d'État, mais se contente de constater leur non-conformité à la légalité. C'est la thèse défendue par Maurice DUVERGER qui affirmait que prendre le pouvoir par la force n'est pas un procédé

---

<sup>915</sup> On dénombre entre 1990 et 2009, seize coups d'État militaires dans les pays de l'espace francophone. Voir Démocratie et élections dans l'espace francophone, op. cit., Annexe I, p. 877-876.

<sup>916</sup> LANTIER J., *L'Afrique déchirée*, 1967, p. 173.

<sup>917</sup> PRELOT Marcel, BOULOUIS Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., Paris, France, 1990, p. 138

<sup>918</sup> Ibid.

<sup>919</sup> Ibid., p. 139.

juridique d'investiture gouvernementale<sup>920</sup>. Pour lui, le coup d'État est en réalité un procédé « *autocratique* » qui n'a pas de légitimité dans la mesure où elle n'est pas l'œuvre du peuple<sup>921</sup>. Pour lui, c'est conscient de leur manque de légitimité que les auteurs de coups d'État essaient de se camoufler en révolutions parce que celles-ci sont considérées comme « *démocratiques* »<sup>922</sup>.

La controverse doctrinale sur les coups d'État est encore d'actualité avec le regain des interventions militaires dans les sphères politiques africaines. L'Afrique noire francophone qui était devenue un sanctuaire des coups d'État aux lendemains des indépendances, a connu une relative stabilité constitutionnelle avec le vent de la démocratie du début de la décennie 1990. Cependant, avant la fin de celle-ci, on assiste à une autre spirale de coups d'État qui selon leurs auteurs sont destinés à dénouer les conflits politiques au sommet des États. Devant le regain de cette solution radicale, dans un article consacré à la résolution judiciaire des conflits, le doyen de GAUDUSSON soulevait une question qui reste à ce jour d'une pertinence implacable. Il s'interrogeait de savoir si les solutions judiciaires aux conflits constitutionnels sont-elles plus efficaces que le putsch ? Bien évidemment, la réponse ne pouvait qu'être affirmative pour cet auteur qui observe une méfiance à l'égard de l'intrusion des militaires dans le jeu politique. Cette position se justifie et reste encore pertinente parce que la légalité est devenue une condition de légitimité tant vis-à-vis de l'opinion publique intérieure que de la communauté internationale<sup>923</sup>.

La pratique récente de certains coups d'État qui ont permis de remettre les États sur les voies de la démocratie sans provoquer la ferme condamnation de la communauté internationale et des opinions nationales invitent à remettre au goût du jour du caractère juste ou non des coups d'État. Incontestablement, les coups d'État portent toujours un coup négatif à la démocratisation. À juste titre, le colonel GOUKOYE Abdul Karim, porte-parole de la junte militaire, auteur du coup d'État militaire du février 2010 contre le pouvoir du président TANJA, faisait observer que les coups d'État sont toujours des moments de régression de la

---

<sup>920</sup> DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1963, p. 126.

<sup>921</sup> Ibid.

<sup>922</sup> Ibid. p. 127.

<sup>923</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Le constitutionnalisme en Afrique », in *Les constitutions africaines publiées en langue française*, tomes I et II. Textes rassemblés et présentés par J. du Bois de GAUDUSSON, G. CONAC et Ch. DESOUCHES, Paris, La Documentation française, 1997 et 1998..

démocratie<sup>924</sup>. Ce sentiment est largement partagé au point que de nombreux médias le montrent comme une activité ridicule et d'un autre âge<sup>925</sup>.

Il reste cependant que les opinions publiques africaines à vive voix, et l'opinion internationale à demi-mot, saluent quelques fois l'intervention de l'armée pour mettre fin à un régime devenu lui-même illégitime. Prenant en considération cette réalité, nombre d'observateurs n'hésitent pas à gloser sur le rôle qui doit être celui des armées africaines dans la construction démocratique. Ces réflexions qui s'appuient sur la pratique relèvent, selon l'expression d'Emmanuel SUR, de la capacité de juger un ordre juridique politique illégitime et la volonté de lui substituer un nouvel ordre légitime.

À l'évidence, à l'aune de l'actualité, la méfiance, voire l'hostilité à l'égard des coups de force militaire dans le contexte africain doit être mesurée, car il peut exister des coups d'État salutaires. Cette occurrence favorable à l'égard du coup de force relève de la *realpolitik* selon laquelle il faut distinguer les “*bons coups d'État*” “*des mauvais coups d'État*”. Les “bons coups d'État” étant ceux qui permettent un rétablissement du processus démocratique enlisé par des crises au sommet de l'État. C'est ce résultat qui explique les appels des oppositions politiques lorsque l'emprise d'un groupe politique sur les institutions étatiques rend inutile les institutions et mécanismes d'alternance nécessaires à la vitalité de la démocratie. De ce fait, les leaders des partis d'opposition sollicitent l'arbitrage de l'armée dans un état de dépit lié au refus des pouvoirs en place de faire une juste application de la constitution. Mais leur attitude traduit surtout leur manque de confiance en tous les organes chargés de veiller au respect des constitutions et de réguler le fonctionnement des institutions, notamment les diverses juridictions constitutionnelles. Il s'agirait de tolérer une rupture momentanée de la légalité, d'admettre « *ces vacances de la légalité* » qui relanceraient le processus de démocratisation et l'avènement de l'État de droit<sup>926</sup>.

---

<sup>924</sup> Interview accordée à rfi.fr.

<sup>925</sup> SUR Emmanuel, « Violence et Droit : remarques sur la distinction entre la violence légitime et la violence pure », op. cit., p. 1051.

<sup>926</sup> ABOUDOU SALAMI Mama-Sani, « Démocratie et Coups d'Etat en Afrique... », op. cit., p. 41.



Dès lors, on peut s'interroger sur les implications réelles de la mission régaliennne de l'armée? Autrement, le rôle régalien de protection des institutions n'habilite-t-elle pas l'armée à s'inviter dans la résolution des menaces de désarticulation de l'ordre constitutionnel?

S'il est un constat que les constitutions dans leur ensemble proscrivent la révolution, il n'empêche qu'elles permettent, dans certaines situations, le rétablissement de la légalité constitutionnelle mise à mal par des intérêts catégoriels. Mais on ne peut y voir une légalisation du coup d'État qui, du reste, n'est pas un gage de retour à l'ordre constitutionnel, leurs auteurs pouvant décider de rester aux commandes de l'État. L'actualité confirme cette ambivalence de cette arme comme moyen de résolution des différends politiques. Aussi, parmi les plus récentes, les interventions militaires en Guinée en décembre 2009 et en Mauritanie en 2008 justifient la réprobation de principe des coups d'État. Contrairement aux proclamations d'intentions de leurs auteurs de restaurer l'ordre constitutionnel, ces derniers se sont ravisés pour se substituer au pouvoir déchu, confirmant le caractère illusoire du prétexte du retour à l'ordre constitutionnel<sup>927</sup>.

Cependant, sous la double influence de l'environnement politique national et international, on assiste à une conduite républicaine de certains coups de force militaire voire un encadrement des putschistes par la communauté internationale soucieuse de veiller à ce que les promesses d'un retour à une vie constitutionnelle normale soient tenues. Au Mali en 1992, au Niger en 1999 et en 2010, en Mauritanie en 2005, ces derniers ont dirigé avec succès des transitions qui ont permis l'élaboration de textes plus consensuels et ont organisé des élections générales jugées libres et transparentes par l'opinion publique nationale et internationale. Même marginales, ces révolutions ont été les seuls moyens pour mettre fin à la démocratie autoritaire qui, en Afrique, est devenue le mode privilégié d'exercice du pouvoir.

Par ailleurs, le coup d'État militaire intervenu au Niger le 18 février 2010 permet de s'interroger sur la compatibilité entre le coup d'État et la lutte contre la fraude à la constitution. S'il était incontestable que les manœuvres du président TANJA pour se maintenir au pouvoir au-delà du 22 décembre 2010, date limite de la fin de son second

---

<sup>927</sup> Il faut préciser que dans le cas de la Guinée le capitaine qui Dadis CAMARA qui a finalement échappé à une tentative d'assassinat ne put se présenter aux élections. Le général Sekouba KONATE qui assura l'intérim à la tête de l'État se retira du pouvoir après l'organisation de l'élection présidentielle à laquelle il n'a pris part.

mandat, étaient frauduleuses au regard de la constitution du 4 août 1999, les solutions qui ont été préconisées par le médiateur de la CEDEAO n'ont pas rencontré l'adhésion du camp TANJA. S'il en avait été autrement, elles se seraient révélées dans l'absolu inefficaces à juguler la fraude sus évoquée, car elle préconisait le maintien de TANJA à son poste. Dans un aveu d'impuissance, la communauté internationale s'est contentée de prendre « *acte du fait que le 22 décembre 2009 sanctionne la fin légale du mandat* »<sup>928</sup> du président Mamadou TANJA, et au mieux, comme ce fut le cas de l'UE et des États-Unis, de ne pas reconnaître les nouvelles institutions issues du référendum du 4 août 2009.

Le coup de force de la junte militaire nigérienne qui intervint pour mettre fin à l'anormalité constitutionnelle donne à réfléchir sur l'intérêt d'un tel moyen à régler la fraude pour deux raisons au moins. Primo, « *l'éviction de Mamadou TANJA est sans aucun doute perçue comme un soulagement, en tout cas comme une potentielle solution pour ramener le Niger sur les rails de la démocratie* »<sup>929</sup>. Secondo, les engagements pris par la junte de se conformer aux exigences de l'Union Africaine et de la communauté internationale en ne se présentant pas aux consultations populaires destinées à rétablir les institutions républicaines attestent qu'elle a assumé la mission républicaine qui lui incombe en cas de périls des institutions. La junte militaire du CSRD s'est inscrite dans le formalisme du Conseil de Réconciliation Nationale (CRN) qui avait donné une base légale à son refus de se maintenir au pouvoir. Pour rappel, le commandant WANKÉ, chef du CRN, avait prit une ordonnance pour rassurer l'opinion publique nationale et internationale. Cette ordonnance prévoyait que « *les personnels des forces de défense et de sécurité, en particulier le président et les membres du Conseil de Réconciliation Nationale, sont inéligibles aux prochaines consultations électorales. Aucune dérogation aux dispositions de cette ordonnance ne saurait être apportée, même par voie de disponibilité ou de démission. Cette ordonnance ne peut faire l'objet d'aucune révision pendant la période de transition* »<sup>930</sup>. C'est suivant cette logique que le chef du CSRD va signer trois ordonnances pour donner des gages de bonne volonté quant à la restauration de la légalité constitutionnelle. Aussi, dans une première ordonnance du 13 mars

---

<sup>928</sup> Communiqué de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest signé le mardi 22 décembre 2009.

<sup>929</sup> Radio France Internationale, « Un coup d'État prévisible », [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), Article publié le samedi 20 février 2010.

<sup>930</sup> GAZIBO Mamadou, « Niger: l'usure progressive d'un régime militaire », *Afrique contemporaine*, n°1919, juillet 1999, pp. 22-42, p. 38.

2010, le président de la junte va solennellement rendre inéligibles ses membres<sup>931</sup>. Une seconde ordonnance signée le même jour interdit de participation aux activités politiques la chefferie traditionnelle et les responsables administratifs<sup>932</sup>. L'interdiction qui frappe la chefferie traditionnelle est justifiée eu égard au rôle important qu'elle a joué dans l'instrumentalisation de la constitution par le président TANJA, mais aussi en raison de son rôle de leader d'opinion dans les sociétés africaines. Par contre, celle concernant certains responsables administratifs, même si elle peut avoir été justifiée par le souci de dépolitiser l'administration, paraît excessive, car ces derniers restent avant tout des citoyens<sup>933</sup>. Toutefois, cette critique doit être nuancée si l'on considère que les chefferies traditionnelles tout comme religieuses avaient été mises à contribution par Mamadou TANJA lors du référendum constituant de la V<sup>e</sup> République.

Ces ordonnances jugées opportunes au retour de la démocratie ont suscité une vague de réactions favorables au sein de l'opinion nationale et internationale. Le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations unies pour l'Afrique de l'Ouest, Said DJINNIT, a salué l'adoption de la première ordonnance<sup>934</sup>. Les partenaires financiers internationaux ont renoué le dialogue avec le gouvernement nigérien. On peut dès lors se demander si un coup d'État prévisible comme celui du Niger ne pourrait constituer, faute de mieux, une solution à la fraude à la constitution. Le coup d'État pourrait ainsi devenir, s'il est encadré par la communauté internationale et conduit par des militaires qui ont un sens élevé de l'État, un pis-aller aux crises constitutionnelles et institutionnelles.

---

<sup>931</sup> L'ordonnance rend "inéligibles" les militaires, les paramilitaires et les ministres aux élections générales.

"L'inéligibilité s'applique particulièrement au président du Conseil suprême de restauration de la démocratie (CSRD, junte) et ses membres", précise le texte lu sur les ondes de la radio d'Etat, la Voix du Sahel. Une mesure qui s'applique donc également "au Premier ministre et aux ministres du gouvernement de transition", ainsi qu'à tous les gendarmes, policiers, agents des Forces nationales d'intervention et de sécurité (FNIS, ex-garde républicaine), ceux des Eaux et Forêts et aux douaniers. Sans oublier les militaires que la junte a nommés mercredi 10 mars à la tête de sept des huit gouvernorats du pays qui étaient dirigés par des civils avant le coup d'Etat.

<sup>932</sup> Les "activités politiques partisans" sont interdites aux responsables des gouvernorats, des préfectures ainsi qu'aux chefs traditionnels.

<sup>933</sup> La plupart des pays interdit l'exercice des activités politiques aux militaires (l'article 1 e) Protocole a/sp1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité prévoit que "l'armée est apolitique et soumise à l'autorité politique régulièrement établie ; tout militaire en activité ne peut prétendre à un mandat politique électif"). Dans certains pays comme le Ghana, les chefferies traditionnelles et religieuses sont interdites d'activités politiques. En Grande-Bretagne, un fonctionnaire est au préalable obligé de démissionner de ses fonctions s'il veut exercer une activité politique.

<sup>934</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), 13 février 2010.

À vrai dire, les réactions qu'a suscitées le coup d'État du Niger donnent à réfléchir, car si l'intervention militaire a été largement condamnée par principe, elle a été assortie d'indulgences de la part de certains États et organisations internationales. La première attitude de compréhension du coup d'État est venue de l'UEMOA. Lors de son 14<sup>e</sup> sommet tenu le 20 février 2010 dans la capitale malienne, elle a accueilli le numéro 2 de la junte, le colonel Djibrilla Hamidou Hima, avec les honneurs d'un ministre d'État<sup>935</sup>. Celui-ci annoncera par la suite que la junte nigérienne s'est engagée à suivre les pas du président malien Amani Toumani TOURÉ et non ceux de Dadis CAMARA qui, lui, hésitait encore à renoncer à la candidature à l'élection présidentielle et s'est aliéné le soutien de la communauté internationale par ses nombreuses atteintes aux droits de l'homme. C'est là, une preuve que, lorsque les acteurs ont conscience de leur responsabilité, leur intervention n'est qu'un acte républicain destiné à rétablir les institutions démocratiques<sup>936</sup>.

Dans la même perspective, le Conseil de sécurité des Nations Unies, l'UE, et surtout les États-Unis d'Amérique, à travers une déclaration de leur secrétaire d'État, dans un jeu d'équilibrisme, ont condamné le coup de force par principe, tout en prenant le soin de déplorer les manipulations de la constitution par le président TANJA. À l'opposé, l'UA est restée la seule organisation à condamner sans réserve le coup d'État du Niger, sans nul doute parce que de nombreux chefs d'État africains ont reproduit, ou ont l'intention de reproduire les mêmes fraudes à la constitution qui ont emporté le président TANJA.

Lorsqu'ils contribuent à favoriser la démocratie, faudrait-il jeter le bébé de la restauration de la démocratie ou de la préservation de ses acquis par les coups d'État avec l'eau de bain de l'intrusion des militaires dans la vie politique. Dans ces conditions, plutôt que de laisser intervenir l'armée dans l'illégalité et de le condamner ne serait-il pas souhaitable de lui

---

<sup>935</sup> [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), Le bérêt vissé sur la tête, le colonel Djibrilla Hamidou Hima a eu droit à un accueil de ministre d'Etat avec deux temps forts : tapis rouge pour se rendre à la salle de réunion des chefs d'Etat des pays membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), même s'il n'était pas assis à côté d'eux ; mais tapis rouge aussi lors d'un petit bain de foule.

<sup>936</sup> Radio France Internationale, « NIGER /COUP D'ETAT : manifestation en faveur de la junte », Disponible sur [www.rfi.fr](http://www.rfi.fr), Article publié le : samedi 20 février 2010. Lors d'une manifestation populaire de soutien aux militaires qui ont renversé jeudi le président Mamadou TANJA. C'est après les différentes interventions des autres leaders de la Société civile, que le capitaine Djibril Adamou Harouna, venu représenter le chef de la junte empêché, s'est adressé à la foule : « *L'acte que le CSRD a posé, nous l'avons fait en votre nom, dans l'intérêt supérieur de notre peuple* », a-t-il déclaré. « *Nous vous demandons de rester calmes, nous allons être à votre écoute, et je vous donne la garantie que nous n'allons jamais vous décevoir* », a-t-il conclu.

donner un rôle constitutionnel. A vrai dire cette solution a été expérimentée sans succès par le passé. En effet, de nombreuses constitutions avaient défini le statut de l'armée dans l'État en assurant sa subordination au pouvoir civil, soit en assurant son intégration dans le système politique, soit enfin en lui confiant un rôle de tuteur qui a pu être qualifié par le professeur CONAC G. de «*protectorat militaire*»<sup>937</sup>. Il n'empêche que la question de l'intrusion de l'armée dans le jeu démocratique ne doit plus être un «*tabou constitutionnel*» en Afrique noire francophone<sup>938</sup>. Au demeurant si cette solution ouvre la boîte de Pandore, il faut au moins que l'armée soit formée à la culture démocratique afin qu'elle n'apporte pas son onction aux instrumentalisation des constitutions.

En tous les cas, si le recours à la violence légitime peut être une solution ultime aux crises, il ne devient une solution durable que lorsque la transition politique qu'il instaure est encadrée par la communauté internationale afin de restaurer la démocratie en crise. L'UA a elle-même montré que la violence encadrée peut être une solution provisoire au totalitarisme primaire. Elle a dû y recourir pour mettre un terme à l'autoritarisme que s'apprêtait à instaurer le colonel Mohamed BACAR à Anjouan, une des quatre îles de l'archipel des Comores. En effet, après la déclaration irrégulière de sa réélection en 2007 par l'Union des Comores, il prit le contrôle militaire d'Anjouan pour se maintenir au pouvoir.<sup>939</sup> Cependant, l'évolution politique dans ce pays est venue tempérer les espoirs que cette intervention a suscités.

---

<sup>937</sup> CONAC G., *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la république malgache*, op. cit., p. 28. SEURIN J.L., *Les régimes militaires dans les pouvoirs africains*, Pouvoirs, 1983, 1116. LAVROFF Dmitri Georges, *La Constitutionnalisation des régimes militaires en Afrique noire*, Paris, Economica, 1984.

<sup>938</sup> «*Les tabous du constitutionnalisme en Afrique*» est le titre du colloque que le CERDRADI et le Centre de Droit public de l'Université de Lomé organise en juin 2011 à Lomé (Togo). Il faut préciser que le coup d'État n'est pas retenu comme un tabou par les organisateurs du colloque. Principalement quatre tabous sont concernés. Ce sont : la place à réserver au facteur ethnique dans le droit constitutionnel, la consécration ou non du pluralisme juridique par le droit constitutionnel, l'élection au suffrage universel du chef de l'État, les fondements du constitutionnalisme en Afrique et à son ancrage populaire et politico-pratique.

<sup>939</sup> En mars 2008, une crise avait été ouverte par la réélection contestée en juillet 2007, du colonel Mohamed BACAR, à la tête d'une force de gendarmerie de 100 militaires sur son Île d'Anjouan sans l'accord électoral du gouvernement central de Moroni (Comores). L'UA mena sans succès des tractations diplomatiques en vue de dissuader le Mohamed Bacar à renoncer au pouvoir. L'échec de la voie diplomatique contraignit finalement l'UA, forte d'un contingent militaire (450 militaires comoriens et de plus de 1000 autres en provenance majoritairement de Tanzanie et du Soudan) transporté par la logistique française avec le concours logistique et financier de la France et des USA via l'Onu, à déclarer la guerre au colonel qu'elle réussit à chasser du pouvoir.

Du reste, la violence n'est jamais qu'une solution conjoncturelle à une situation elle-même conjoncturelle comme ce fut le cas sur l'Île d'Anjouan. En effet, devant des situations ultérieures quasi similaires à celles qui sont opérées par le colonel Bacar, l'UA est restée inerte, relativisant le retentissant succès de son intervention militaire.

Dans tous les cas, les interventions militaires ressemblent à une hydre à deux têtes, car bien que quelques fois salutaires, elles ne constituent pas des solutions durables. Les répétitions des coups d'État militaires au Niger et en Mauritanie montrent que l'intervention militaire n'est pas le gage du retour définitif de la légalité constitutionnelle.

---

## CONCLUSION TITRE II

---

L'analyse des causes des échecs de la lutte contre la fraude à la constitution permet de montrer que l'environnement juridico-politique africain influe négativement sur la protection de la constitution contre les fraudes. L'articulation actuelle du système juridique des États Africains montre que les constitutions africaines sont impuissantes à réguler un nombre important de situations parce qu'elles sont souvent l'objet des usages pervers des acteurs politiques.

En effet, la nature fermée, objective, voire formaliste du contrôle, sont autant d'obstacles à l'efficacité du traitement juridictionnel de la fraude à la constitution. Seul un nombre limité de personnalités peut saisir le juge de la constitution dans le but de faire censurer une loi frauduleuse.

À cette cause, il faut ajouter la collaboration défectueuse des juridictions en matière de protection de la constitution. Le dialogue entre les juges ordinaires et celui de la constitution n'est pas suffisamment outillé de sorte à transférer au second le traitement des situations frauduleuses.

Il faut par ailleurs noter que même lorsque les solutions juridictionnelles sont apportées à la fraude, leur effectivité n'est pas toujours garantie en termes d'exécution. De nombreux exemples montrent que les détenteurs du pouvoir politique refusent fréquemment de se soumettre au verdict qui est rendu contre leurs forfaitures.

On peut enfin croire que les neutralisations de l'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles par les gouvernants participent de la stratégie d'intériorisation des contraintes du constitutionnalisme. En effet, c'est à dessein que le système représentatif est dévoyé et mis au service des gouvernants. Que ce soit par la voie parlementaire ou la voie populaire à travers le référendum, la volonté générale est détournée à des fins purement

subjectives à tel point qu'elle favorise la résurgence des coups d'État militaires. Il n'est toutefois pas souhaitable que l'intrusion de l'armée soit admise comme une solution supplétive aux solutions politiques et juridictionnelles. De toute évidence, la réalité montre que les irruptions des militaires dans le jeu politique même si elles ont permis de restaurer la démocratie dans certains pays, elles fragilisent les processus démocratiques.



---

## CONCLUSION PARTIE II

---

La protection de la constitution contre les fraudes est un perpétuel combat qui est justifié par la nécessité de consolider la démocratie dans les États africains. La persistance et la profusion de la fraude seraient préjudiciables aux fragiles processus démocraties africaines en construction. C'est en raison de la prise de conscience de cette menace que des efforts sont menés par les institutions nationales et internationales pour tenter de la juguler. S'il y a des motifs de satisfaction liés à quelques succès obtenus dans certains États, les efforts à mener sont plus grands parce que les échecs sont plus importants. Dans ces conditions, la lutte contre la fraude à la constitution reste un défi majeur que les interventions des militaires en raison de leurs incertitudes ne sauraient relever.

Tout compte fait, les actions menées ici et là montrent que les contraintes ne sont pas insurmontables et que la fraude à la constitution peut et doit être réduite à des proportions acceptables grâce à une progressive intériorisation par les acteurs politiques de la culture constitutionnelle.

---

## CONCLUSION GENERALE

---

La lutte contre la fraude à la constitution demeure, et pour longtemps encore, un défi majeur à relever en vue de la consolidation de la démocratie en Afrique de manière générale, et dans la zone francophone particulièrement. Cette défiance pour les États africains s'explique par le fait que la fraude à la constitution est une pratique pernicieuse à la construction et à la consolidation de la démocratie en Afrique. Sa profusion dans le cadre africain est pourtant liée au contexte actuel de la mondialisation du droit, marqué par l'exigence de la légalité qui a accru le besoin pour les gouvernants africains de satisfaire à un minimum de formalisme lorsqu'ils choisissent de porter atteintes à la légalité constitutionnelle. Pour la plupart des dirigeants africains, il importe plus de se donner une image de légaliste en observant les exigences de forme et de procédure que celles qui sont relatives à l'essence de la règle de droit. Ce faisant, c'est moins la lettre de la constitution que son esprit qu'ils remettent en cause. Le but du fraudeur à la constitution est donc de respecter la légalité formelle tout en contrariant la légalité matérielle de la constitution à des fins purement partisans. De ce fait, la fraude à la constitution est une instrumentalisation de la constitution difficile à combattre sur le terrain du droit positif en raison de l'apparence de légalité qu'elle revêt. Au demeurant, l'observation du formalisme lors de la commission de l'acte frauduleux rend complexe la lutte contre la fraude à la constitution qui, dans la plupart des États, se manifeste sous une double facette.

D'abord, la fraude à la constitution peut résulter d'une opération de révision de la constitution. Dans ce cas, elle découle de l'utilisation régulière des procédures et des formes pour changer tout ou partie de la constitution en contrariété avec l'esprit de celle-ci à des fins subjectives. Le procédé frauduleux consiste dans ce cas à contourner par le changement, les restrictions qu'impose la constitution. La réalisation de la fraude par ce procédé se généralise dans le contexte africain en dépit de l'extension des limites à la constitution insusceptibles de révision contrairement aux attentes des constitutionnalistes. Au lieu de dissuader les éventuels fraudeurs, l'extension du champ des matières intangibles est plutôt apparue comme une source de fraude. En guise d'illustration, on peut faire remarquer que la sanctuarisation de la clause limitative du nombre de mandats présidentiels à travers son admission dans les clauses intangibles des constitutions, faute d'apporter une valeur ajoutée au constitutionnalisme

africain, est devenue un vecteur de sa dévalorisation. En effet, la clause limitative n'a pas véritablement contribué à renforcer les processus démocratiques africains dans la mesure où elle n'a pas instauré au sommet de l'exécutif la circulation des élites qu'elle était censée incarner. Elle a été au contraire un puissant motif de manipulation de la constitution, car elle a suscité une frénésie de révision dont un bon nombre la concernait. L'instrumentalisation de la constitution que la clause limitative des mandats a favorisé, consistait soit à la lever soit à la restaurer par le biais de révisions parlementaires ou référendaires dont le but était de conférer la légalité au changement obtenu. C'est cette logique qui a inspiré l'organisation du référendum de 2004 par le président Idriss DÉBY du Tchad afin de lever la clause limitative du nombre de mandats présidentiels qui l'empêchait de se représenter au terme de son second mandat.

Par ailleurs, à propos de la procédure de révision de la constitution, il faut relever que, de plus en plus, la voie référendaire est préférée à la voie parlementaire, non seulement pour répondre aux vives critiques dénonçant les abus des représentants du peuple, mais aussi pour des raisons stratégiques. En effet, en tant qu'expression du peuple souverain, le référendum bénéficie d'une immunité juridictionnelle que de nombreuses juridictions constitutionnelles africaines refusent de remettre en cause. Or, ce faisant, elles ouvrent la voie à l'excroissance de la fraude à la constitution, car dans le contexte africain, les référendums sont moins l'expression du peuple que celle d'une minorité qui instrumentalise à dessein les voies d'expression de ce dernier.

Ensuite, il faut faire remarquer qu'outre la révision de la constitution, il existe de nombreux autres moyens de fraude à la constitution. En réalité, les procédés frauduleux sont nombreux et sont pour la plupart liés à l'utilisation des pouvoirs que la constitution reconnaît à certains organes constitutionnels. Les fraudes relevant de cette hypothèse sont une conséquence de l'utilisation abusive de ces pouvoirs. Les exemples de ce type de fraude se sont produits dans des pays comme la République centrafricaine où le président BOZIZÉ a utilisé les pouvoirs exorbitants que lui reconnaît la constitution, avec l'assistance du Parlement, pour contrôler l'organisation des élections présidentielles de mars 2011. Ce fut également le cas aussi au Niger et en Côte-d'Ivoire où les présidents TANJA Mamadou et

GBAGBO Laurent ont utilisé les pleins pouvoirs pour dissoudre certaines institutions républicaines<sup>940</sup>.

À l'évidence, la qualification doctrinale des fraudes à la constitution qui découlent de la révision ou de l'utilisation des pouvoirs conférés par les constitutions est un exercice plus aisé que les solutions apportées à la fraude dans la réalité. La lutte contre ces atteintes à la constitution n'est pas facilitée par le caractère des actes frauduleux qui, en raison de l'apparence de légalité dont ils sont parés, rendent complexe le traitement de la fraude à la constitution. Cela dit, on remarque que les systèmes juridiques des États africains ne sont pas totalement dépourvus de moyens pour lutter contre les fraudes à la constitution. L'objectivité commande cependant de reconnaître que les résultats de la lutte contre la fraude sont pour le moins mitigés dans la mesure où les échecs sont plus retentissants que les succès.

Les échecs peuvent être imputés aux insuffisances des dispositifs institutionnel et normatif existant dans la plupart des États africains. Au plan normatif, si la fraude à la constitution progresse, c'est parce que le dispositif constitutionnel ne contient pas suffisamment de règles objectives qui permettent au juge de censurer les actes frauduleux. Rares sont en effet, les constitutions africaines francophones qui offrent des règles de référence flexibles au juge afin de protéger efficacement la constitution contre la remise en cause de son esprit et de sa finalité. De fait, le droit positif des États n'accorde pas une forte garantie à certains principes fondamentaux des sociétés africaines. Il appartient en réalité aux pouvoirs constituants africains d'introduire dans leur constitution les principes et des valeurs qui permettraient de protéger efficacement la constitution. Or en Afrique, il arrive que très souvent ces derniers défaussent de cette charge au détriment des juges et des organisations internationales. Le doyen VEDEL avait pourtant prévenu des inconvénients de l'attitude du *constituant qui, au lieu de décider, se met en petite tenue et charge son serviteur de revêtir l'habit du maître pour commander à sa place*<sup>941</sup>.

---

<sup>940</sup> La Cour constitutionnelle et l'Assemblée nationale au Niger et la Commission Électorale Indépendante en Côte-d'Ivoire.

<sup>941</sup> VEDEL G., « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle » : *Réflexion sur un paradoxe*, op. cit. p. 259.

Heureusement, des solutions normatives palliatives sont offertes en droit communautaire, notamment à travers le protocole de la CEDEAO et la Charte de la démocratie de l'union africaine. Toutefois, ce dernier texte souffre de son faible taux de ratification. À ce jour quatre pays ont satisfait à cette condition. Au demeurant, son entrée en vigueur ne pourra être une panacée à la fraude à la constitution, car très peu de ses dispositions permettent de lutter efficacement contre le phénomène de la fraude à la constitution.

Par ailleurs, le fondement théorique de la formulation des normes reste une équation à résoudre au niveau normatif. Le positivisme tel que conçu et appliqué en droit africain de façon générale n'offre pas de ressources efficaces contre la fraude à la constitution. La dimension morale et éthique de la fraude à la constitution s'accommode mal du positivisme qui proscriit tout jugement de valeur. Dans ces conditions, la lutte contre la fraude à la constitution serait complexe avec un dispositif qui n'a pas intégré des normes de référence de nature objective, voire naturaliste. Mais comme le rappelle le professeur O PFERSMAN, les données du droit positif peuvent évoluer<sup>942</sup>.

De ce point de vue, s'impose une reconsidération du positivisme tel qu'appliqué afin nécessairement de l'y adjoindre des principes et valeurs objectifs. Dans cette perspective, recours pourrait être fait au positivisme sociologique qui apparaît bien adaptée à l'analyse des démocraties africaines dans la mesure où elle admet la prise en compte de certaines réalités sociales dans la formation de la règle de droit. Une telle inclination théorique qui postule de constitutionnaliser les valeurs utilitaires des sociétés africaines seraient fort utile à une lutte plus efficace contre la fraude à la constitution. Ce faisant, les constitutions des États africains emprunteraient la voie indiquée par certaines constitutions latino-américaines et européennes (Portugal et Espagne) qui accordent une place de choix aux valeurs fondamentales de leur société respective. Cette avancée faciliterait la construction du concept de fraude à la constitution, tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence. Du reste, les juridictions africaines ont la possibilité de construire les contours de l'infraction de fraude à la constitution en se basant sur leur pouvoir d'interprétation.

Dans l'attente d'une telle solution, pour freiner la pseudo-démocratie vers laquelle tendent les systèmes politiques africains francophones, il peut être envisagé l'extension des limites à

---

<sup>942</sup> PFERSMAN O., « La révision de la constitution », op. cit.

la constitution insusceptibles de révision. À défaut, il faut renforcer la procédure de révision des principes fondamentaux de la constitution en prévoyant pour leur réformation, le référendum populaire conditionné par un seuil élevé de participation électorale<sup>943</sup>. De même, il convient d'exiger que les auteurs des révisions n'en soient pas eux-mêmes bénéficiaires.

Comparée au dispositif institutionnel, la part du dispositif normatif dans les échecs de la lutte contre la fraude est à relativiser. En effet, dans la pratique, on remarque qu'au niveau institutionnel l'absence, en l'occurrence au plan interne, de contre-pouvoirs institutionnels crédibles ne permet pas de lutter efficacement contre la fraude à la constitution. De fait, au niveau politique, les partis d'opposition, outre le fait d'être minoritaires, manquent de véritables stratégies de défense des constitutions.

Au plan juridictionnel, le juge constitutionnel, serviteur du constituant, est quelque peu désarmé face à la fraude en raison du caractère objectif du contrôle de constitutionnalité qui ne lui permet pas d'appréhender des actes ou faits purement subjectifs qui mettent à nu les limites du positivisme juridique. À cela, il faut ajouter la démarche purement fondamentaliste du juge africain qui montre une extrême réserve à procéder à une lecture autre que formelle des actes soumis à son contrôle. Il ne peut être enfin occulté la collusion entre les gouvernants et les magistrats pour certains, le manque de courage pour d'autres, préférant la non-censure de la fraude à la constitution.

Le tableau peu reluisant ci-dessus dépeint ne doit pas occulter le fait qu'il existe dans certains pays des dynamiques internes salutaires qui permettent de faire barrière à l'excroissance de la fraude à la constitution. Certaines organisations politiques et institutions juridictionnelles qui ont été épaulées par quelques organisations de la société civile sont apparues dans certains pays comme de véritables remparts contre la fraude à la constitution à travers des actions de prévention, de contestation et de censure de fraudes avérées à la

---

<sup>943</sup> Le référendum populaire pour certains principes est une reprise de la préemption législative pratiquée dans les Etats fédéraux. La préemption est un procédé juridique qui postule qu'une matière ayant fait l'objet d'une loi populaire ne pourrait plus être réglée que par des lois populaires. Les pouvoirs constituants dérivés pourraient être dépossédés de leur droit de révision, soit définitivement, soit temporairement selon les cas. Ce procédé à l'avantage en matière constitutionnelle d'empêcher les révisions par la voie parlementaire qui sont en Afrique sources de fraude à la constitution.

constitution. Les illustrations sont venues de pays comme le Bénin, le Mali ou le Niger pour ne citer que ceux-là.

Cela dit, il faut rappeler que l'efficacité des dynamiques internes contre la fraude à la constitution est due en partie aux apports externes. En effet, dans la plupart des États africains, la communauté internationale apporte une contribution aussi importante que déterminante à la lutte contre la fraude à la constitution. Ainsi, les organisations internationales régionales africaines, européennes et l'Organisation des Nations Unies ont dissuadé l'émergence d'actions frauduleuses ou se sont fortement impliquées dans le dénouement de crises nées de la fraude à la constitution. Du reste, ces organisations internationales jouent un rôle majeur dans la lutte contre les fraudes à la constitution grâce à leurs sanctions politiques et financières qui ont un impact réel sur les fraudeurs.

En somme, si les succès de la lutte contre la fraude dépendent de la forte implication des acteurs nationaux et internationaux, il reste que les constitutions africaines ont un rôle d'avant-gardiste dans le combat à mener. Il est évident que sans une protection juridictionnelle d'appoint, le renouveau du constitutionnalisme africain ne serait qu'« *une feuille de vigne* » qui cacherait à peine l'autoritarisme des dirigeants. C'est pourquoi la justice constitutionnelle en Afrique se doit de jouer un rôle fondamental dans la protection de la démocratie en Afrique comme l'a bien relevé le professeur Gérard CONAC. Pour ce dernier, « *les mécanismes de l'État de droit n'auront pas une grande crédibilité si les magistrats n'allient pas l'audace à la prudence dans l'élaboration d'une jurisprudence vraiment protectrice des droits. Il importe dans la phase de rodage de la démocratie pluraliste, qu'un juge dise ce qu'exige la constitution lorsque les acteurs politiques lui donnent des interprétations divergentes* <sup>944</sup> ». Le changement qualitatif du juge africain n'interviendra que si l'enseignement et la formation des juristes dans les facultés de droit et dans les écoles professionnelles sont repensés pour lui permettre d'avoir une haute idée de sa responsabilité. Il est évident que la contribution efficace du juge africain à la protection de la constitution implique qu'il ait pris conscience de la mission qui lui est confiée.

---

<sup>944</sup> CONAC Gérard, « Succès et crises du constitutionnalisme », in *Les constitutions africaines*, Tome 2, Documentations françaises, sous la direction de du BOIS de GAUDUSSON Jean, Gérard CONAC et Christine DESOUCHES, Bruylant, Bruxelles, 1989.

Pour l'instant, les décisions rendues par nombre de juges africains ne laissent pas transparaître le sentiment qu'ils ont conscience de leur responsabilité dans la consolidation de la démocratie. C'est pourquoi le juge africain de la constitutionalité a besoin de réapprendre à connaître sa fonction afin de mieux assumer sa mission qui s'accommode mal d'une réserve excessive ou, à tout le moins, d'une autocensure. À l'évidence, à propos de l'efficacité du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution, il faut partager avec le professeur Denys de BECHILLON, l'idée qu'il y a, particulièrement en Afrique francophone, « *un espace d'investigation riche et trop peu exploré, où interviennent le thème de la formation, notamment académique, des magistrats, le thème de la représentation qu'ont ces mêmes magistrats de leur rôle social, le thème des croyances de tous ordres dont ils sont les porteurs, le thème de l'incidence des facteurs institutionnels ou procéduraux sur la conception qu'ils ont de leur travail* »<sup>945</sup>.

La bonne volonté du juge à lutter contre la fraude dépend en grande partie des conditions de travail. Le rôle de la justice constitutionnelle doit être exalté par la création de conditions favorables lui permettant d'assurer au mieux la protection de la constitution. Il lui faut pour ce faire un statut qui lui permettrait de surmonter les contraintes extérieures. L'exaltation du rôle du juge dans la protection de la constitution ne signifie pas qu'il a un rôle messianique. Abandonné dans la lutte contre la fraude à la constitution, le juge africain sera impuissant. De toute évidence, il convient de rappeler les limites du droit et du juge à régler tous les problèmes posés par les systèmes constitutionnels.

La solution contre la fraude en Afrique en général pourrait venir de l'élargissement du processus démocratique en cours en passant des démocraties majoritaires aux démocraties participatives qui impliquent le partage du pouvoir, essence de la démocratie. Cette participation au processus démocratique devrait rassembler tous les segments des sociétés africaines et devrait être de mise lors de l'élaboration ou de la réformation des cadres constitutionnels africains. Nul n'ignore que la fraude est la conséquence de la rupture du consensus, du moins, du compromis qui a existé lors du retour au constitutionnalisme. C'est pourquoi il est souhaitable que pour l'avenir les réformes politiques et institutionnelles qui occasionnent très souvent en Afrique les fraudes à la constitution se déroulent conformément

---

<sup>945</sup> De BECHILLON Denys, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », in *L'interprétation de la constitution...*, op. cit., p. 32.



à un code de bonne conduite et aux recours systématiques au consensus qui doit être recherché dans des phases de négociation assez longue. En réalité, les succès de la lutte contre les violations de la constitution dépendent de l'action concertée des organes politiques et juridictionnels internes et internationaux.

En définitive, en dépit de sa profusion, la fraude à la constitution en Afrique noire francophone peut et doit être combattue, car, en tous les cas, l'histoire enseigne qu'il n'existe aucune fatalité anti-démocratique même dans un contexte caractérisé par de nombreuses contraintes. À l'évidence, l'avenir de la démocratisation dépend de la ferme volonté des acteurs politiques notamment de l'exécutif et de son chef à instaurer des institutions fortes<sup>946</sup>. Cet objectif passe par la lutte contre la fraude à la constitution.

---

<sup>946</sup> Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « *Points d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones* », Mélanges Patrice GELARD, Paris, Montchrestien, 1998, p. 346. Lors de son discours sur l'Afrique à Accra, le président américain Barak OBAMA a affirmé que l'Afrique n'avait pas besoin d'hommes forts, mais d'institutions fortes.

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

### TRAITES, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

- ALLAND D., RIALS S., (sous la direction), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- ARDANT P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 17<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J, 2005,
- Association Française des Constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Paris, Economica, PUAM, 1993.
- AVRIL P.,
  - *La V<sup>e</sup> République. Histoire politique et constitutionnelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, Droit fondamental, 1994;
  - *Les conventions de la constitution: normes non écrites du droit politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- AVRIL P., ARDANT P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, DL 2007. 1 vol. 616 p
- AVRIL P., GICQUEL J., *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003.
- AUBERT G., CHAPPUIS Ch., ANCEL P., *L'abus de droit, comparaisons franco-suisse : actes de séminaire de Genève*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001.
- BADIE B., HERMET G.), *Politique comparée*, Paris, PUF, 2001.
- BAILEY F.G., *Les règles du jeu politique*, Paris, PUF, 1971.
- BARTHELEMY Joseph et DUEZ P.,
  - *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933; rééd. Economica, 1985.
  - *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2004.
- BASTID P., *L'idée de constitution*, Paris: Economica, 1985.
- BAYART J-F., *L'État en Afrique : la politique du ventre*, Paris, Fayard, 2006.
- BONGNESSAN A. Y., *Burkina Faso: les fondements politiques de la IV<sup>e</sup> République*, Presses Universitaires de Ouagadougou, 1995.

- BURDEAU G.,
  - *Traité de science politique, Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 1983.
  - *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 1984.
- BURDEAU D., WATT H. M., *Droit international privé, T. I*, PUF, 2007.
- CABANIS A., MARTIN M. L.,
  - *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia s.a., 2010.
  - *Un Espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone*, Paris, Dalloz, 2005.
  - *Les constitutions d'Afrique francophone : évolutions récentes*, Paris, éd. Karthala, 1999.
- CONAC G., *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993.
- CADOUX C., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Cujas, 4<sup>e</sup> éd., 1995.
- CARRÉ DE MALBERG R.,
  - *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Economica, 2 vol., Paris, 1921; nouv. éd. 1962 ; nouv. éd. 2003, Paris, Dalloz.
  - *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris: Economica, 1984, Vol. 1 (X-XVII).
- CHAGNOLLAUD D., *Droit constitutionnel contemporain : Théorie générale, les régimes étrangers*, Tome 1, Paris, Armand Colin, 2005.
- CHANTEBOUT B.,
  - *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1997.
  - *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 . Théorie générale, les régimes étrangers*, 5<sup>e</sup> édition , Paris, Dalloz, 2007.
- CHEVALLIER J., CONAC G., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Dalloz, 199.
- COHENDET M.-A., *Le président de la République*, Paris, Dalloz, 2002.
- COLLIARD J., *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, PFNSP, 1978.
- CORNU G., (sous la direction), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2001.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

- De BECHILLON D., *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- DELPÉRÉE F., *Droit constitutionnel, les données constitutionnelles*, T. I., 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 1987.
- DENIZEAU C., *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997
- DERRIEN A., *Le juge français de la constitutionnalité : étude sur la constitution d'un système contentieux*, Sakkoulas, Bruylant, 2003.
- DI MANNO T.,
  - *Le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris, Economica, PUAM, 1994 ;
  - *Le juge constitutionnel et technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, 1997
- DOKHAN D., *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, 2001.
- DRAGO G.,
  - *L'exécution des décisions du conseil constitutionnel : l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Economica, 1991
  - *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> éd. refondue, PUF, 2006.
- DRAN M., CASTAGNE A., *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1968.
- Du Bois de GAUDUSSON Jean (sous la direction), *Les constitutions africaines*, tomes 1 et 2. Paris : la Documentation française, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962.
- DUGUIT L.,
  - *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1984, 690 p.
  - *Traité de droit constitutionnel, Tome 1, la règle de droit, le problème de l'État*, Paris, E. Bocard, 1927
  - *Traité de science politique*, 3<sup>e</sup> éd., 1984, T. IV, Paris, LGDJ.
  - *Études de droit public. L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, 1901.
  - *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., 1921-1929 ; 3 vol., rééd. 1972.

- DUHAMEL O, et MENY Y. (sous la direction), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.
- DUVERGER M.,
  - *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, T.1, Paris, 16<sup>e</sup> éd, PUF, 1980, 603 p.
  - *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1976, 566 p.
  - *Échec au Roi*, Albin Michel, 1978.
- DWORKIN R., (sous la direction), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, P.U.F., 1995.
- EBOUSSI B.F., *Les Conférences nationales en Afrique : une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993.
- EISENMANN C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnel d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, Rééd., Paris. Economica, PUAM, 1986.
- ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2001.
- FALL I. M., *Évolution constitutionnelle du Sénégal : de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Dakar, CREDILA, CREPOS, 2007.
- FALL I. M. (sous la direction), *Les Décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, CREDILA, 2008.
- FAREED Z., *L'avenir de la liberté : la démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, Paris, Odile Jacob, 2003.
- FAVOREU L., *Les Cours constitutionnelles*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1986.
- FAVOREU L., (sous la direction), GAIA P., GHEVONTIAN R., et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2010.
- FAVOREU L., *La politique saisie par le droit : alternances cohabitation et conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1987.
- FAVOREU L. et LOÏC P., (avec la collaboration de GAIA P., GHEVONTIAN R, MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. et ROUX A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15<sup>e</sup> édition, Paris , Dalloz, 2009.
- FORTSAKIS T., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987.
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, 2003

- FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996.
- GAÏA P., *Le Conseil Constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Paris, Economica, PUAM, 1991.
- GAXIE D., *La démocratie représentative*, Paris, Montchrestien, 2003.
- GEORGEL J., *La Cinquième République : une démonarchie*, Paris, LGDJ, 1990.
- GICQUEL, J.É. ; GICQUEL J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2007.
- GRAWITZ M. et LECA J., *Traité de science politique*, 4 vol., PUF, 1985.
- HABERMAS J. et al., *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 2006.
- HAMON F., TROPER M.,
  - *Droit constitutionnel*, 28<sup>e</sup> édition, 2003.
  - *Manuel de droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> édition, L.G.D.J, 2009.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd, Paris, Éd. du CNRS, 1965.
- HERMET G., BADIE B., BIRNBAUM P., BRAUD P., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Armand Colin, 1994.
- HERMET G., *Le passage à la démocratie*, Paris, Presses de Sciences po, 1996.
- HURBON L. ( sous la direction), *Les transitions démocratiques*, Paris, Syros, 1996.
- IBRIGA L. M. et GARANE A., *Constitutions Burkinabé, Textes et commentaires*, Boland, Namur, 2001.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 1927, 2<sup>e</sup> éd., 1939.
- KAMTO M., *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique francophone*, Paris, LGDJ, 1987.
- Kelsen H.,
  - *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, (trad. de Charles Eisenmann), Economica, 1988.
  - *Théorie pure du droit*, trad. EISENMAN, 1964.
- KLEIN C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF., 1996.
- LAUVAUX P., *Les Grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2004.

- LAVROFF D.G., *Le système politique français : la cinquième République*, Paris Dalloz, 1982.
- LAVROFF D.G.,
  - *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire*, Paris, Pedone, 1976.
  - *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980.
  - *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, 3<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz 1999.
- LOADA A.M.G et IBRIGA L.M, *Précis de Droit constitutionnel et institutions politiques*, Université de Ouagadougou/ UFR/SJP, Collection précis de droit burkinabè, PADEG, 2007.
- LOADA A.M.G, (sous la direction), *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle Burkinabé de 1960 à 2007*, Imprimerie Presses africaines, Ouagadougou, Burkina Faso, 2009.
- MAUS D., *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Ve République*, Paris, La documentation française, 1994.
- MAZEAUD L., MAZEAUD J. et MAZEAUD H., *Leçons de droit civil : T. 1, Vol. 1, Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2000.
- MASCLET J-Cl., *Droit électoral*, PUF, 1989.
- MEDARD J.-F, *L'État sous-développé en Afrique noire : clientélisme politique ou néo-patrimonialisme ?*, Bordeaux, Centre d'étude d'Afrique noire, Institut d'études politiques de Bordeaux, Domaine universitaire, 1982.
- MEDARD J.-F, Briquet Jean-Louis et Sawicki Frédéric, *Le clientélisme politique dans les sociétés contemporaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.
- MEYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2002.
- MODERNE F., *"Réviser" la constitution: analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006.
- ODENT R., *Contentieux administratif*, Dalloz, t. I, 2007
- OFFERLÉ M., *Sociologie de la vie politique française*, Paris, La Découverte, Repères, 2004.
- OTAYEK R. et al., *Le Burkina entre révolution et démocratie (1983-1993)*, Paris, Karthala, 1996.

- OTAYEK René, (sous la direction), *Démocratie et société civile : une vue du sud*, Revue internationale de politique comparée, vol. 9, n°2, 2002.
- PACTET P., MELIN-SOUCRAMANIAN F-M., *Droit constitutionnel*, 24<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2005.
- PERROT S., *Ya t-il une vie après le pouvoir ? Le devenir des chefs d'État africains*, Bordeaux, CEAN, 1996.
- PLANCHAIS, CHANTEBOUT J., BUFFOTOT B., COHEN P., *L'armée, Pouvoirs*, N° 38. 1986, Paris, Presses univ. de France, 1986.
- Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique, sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA (Prés.); Jean du BOIS de GAUDUSSON, Albert BOURGI, et al., Bruxelles, Bruylant, 2010.
- QUERMONNE J.-L., *L'alternance au pouvoir*, Paris, Montchrestien, 2003.
- RAWLS J. et AUDARD C., *Justice et démocratie*, Paris, éd. du Seuil, 2000.
- ROUSSILLON H.,
  - Les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique, Toulouse, presses de l'IEP, 1992.
  - *Le Conseil constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1994.
- SARCEY M. R., *Démocratie et représentation*, Lyon, édition KIME, collection « le sens de l'histoire », 1995.
- SCHMITT C., *Théorie de la constitution*, Trad. par Lilyane Deroche, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1993.
- SEURIN J.-L. (sous la direction), *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984.
- BRONDEL S. (sous la direction), FOULQUIER N., HEUSCHING L., *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001.
- STECKEL, M. Ch., *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, LGDJ, col. Bibliothèque constitutionnelle de science politique, tome 106, 2002.
- SY S. M., *Les régimes politiques sénégalais de l'indépendance à l'alternance politique 1960-2008*, Karthala, 2009.
- TROPER M.,



- *La théorie du Droit, le Droit, l'État*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2001.
- *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, Paris , L'Harmattan, 1995.
- *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.
- VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.
- VERPEAUX M., De MONTALIVET P., ROBLOT-TROIZIER A. , VIDAL-NAQUET A., *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 2011.
- WIGNY P., *Droit constitutionnel, principes et droit positif*, t.1 et t.2, Bruxelles, Bruylant, 1952, 459 p ;
- ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1999.

### **THESES ET MEMOIRES**

- ABDOURHAMANE I. B., *Crise institutionnelle et démocratisation au Niger*, Mémoire de DEA, Université Bordeaux I, CEAN, 1996.
- AUDIT B., *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.
- BALDÉ S., *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux 4 : 2009.
- BLACHER P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : la loi votée ...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution*, Thèse de doctorat en droit public, Montpellier I : 1998 ; 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001.
- BLANCO Fl., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Thèse de doctorat en droit public, Aix-Marseille 3 : 2006, Presses universitaires Aix-Marseille, 2010.
- BOLLE S., *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin, essai sur la construction d'une démocratie africaine par la constitution*, Thèse de doctorat en droit public, Université Montpellier I, 13 décembre 1997.

- COSTE CH., *La violation de la constitution: réflexion sur les violations des règles constitutionnelles relatives aux pouvoirs publics*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Université Paris II, 1981.
- DORD O. B., *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse, Paris, 1996.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.
- GÖZLER K.,
  - Le pouvoir constituant originaire*, Mémoire de D.E.A. en droit public : Bordeaux 1, 1992
  - Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Thèse de doctorat en droit public, 1995, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997.
- FALL I. M., *La condition du pouvoir exécutif dans le renouveau constitutionnalisme africain: l'exemple des États francophones d'Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat en droit public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 2001.
- KAMUKUNY MUKINAYI A., *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, faculté de droit, 2007.
- LIGEROPOULO A., *Le problème de la fraude à la loi*, Thèse de doctorat en droit privé, Aix-Marseille, 1928.
- MBODJ El H., *La succession du chef de l'État en droit constitutionnel africain*, Thèse de doctorat en droit public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, juin 1991.
- MONTALIVET P. de, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Thèse de doctorat en droit public, Paris 2 : 2004, Paris, Dalloz, 2006.
- PERROT S., *La situation des anciens présidents d'Afrique noire : contribution à la réflexion sur les élites et les ressources politiques*, Mémoire de DEA, Bordeaux, CEAN, 1995.
- PRAT-ROUSSEAU L-A., *La notion de fraude à la loi : son domaine d'application actuel en droit civil français*, Thèse de doctorat en droit : Bordeaux : 1937.
- REYNAUD J., *Le détournement de procédure*, Thèse, Paris, 1950.
- RIGAUX M-F, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985.

- THIRIOT C., *Démocratisation et dé militarisation du pouvoir : étude comparative à partir du Burkina Faso, Congo, Ghana, Mali et Togo*, Thèse de doctorat en science politique, Bordeaux IV, 2 vol., 1999.
- THOMAS Julien, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat en droit public, Université de ParisI Sorbonne; 1<sup>er</sup> avril 2009; Thèse publiée, Paris, LGDJ, 2010.
- TORCOL S., *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne : Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Université de Toulon et du Var, 2002.
- VIDAL J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "fraus omnia corrumpit"*, Thèse Droit privé, 1956.

### **ARTICLES**

- AMOUGOU (J-L.), « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnel africain », Disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org>
- AMSELEK P., « Théorie du droit et politique », *Archives de philosophie du droit*. 27, Paris, Sirey, 1982, p. 411-416.
- AUVRET P., « La faculté d'empêcher du président de la République », *RDP*, n°1, 1986.
- AVRIL P.,
  - « Les conventions de la constitution», *RFDC.*, 1993, n° 14 ;
  - « Application de la notion de convention de la constitution à quelques problèmes constitutionnels français », in *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques VÉLU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 283-295.
- BADO L., « Le régime politique et constitutionnel de la IV<sup>e</sup> République », *RBD*, n°21, 1992, pages 9-21.
- BEAUD Olivier,
  - « Pour/ contre un tel contrôle en France : un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », *Les Cahiers du conseil constitutionnel*, 2009, p. 43-45.

- « La souveraineté et de l'État et le pouvoir constituant, le traité de Maastricht », *RFDA*, p. 1045 et s.
- BEN ACHOUR Y., « L'internationalisation du droit constitutionnel, Cours général », *R.C.A.I.D.C.*, Vol.XVI, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, 2000.
- BESSON É., « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique », *AIJC*, XXI-2005, p.11-38.
- BIDÉGARAY Ch.,
  - « Sur une aporie française : la révision de la Constitution », *Contribution aux Mélanges Essays in honour of Giorgos I. Kassimatis*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 19-46;
  - « L'Ingénierie constitutionnelle ». *RDP*, mars-avril, 1994, n°2, pp.325-352.
- BERGOUIGNOUS 'G., « Le droit d'amendement parlementaire et la révision constitutionnelle », *RDP*, n° 6-2002, p.1609
- BOLLE S.,
  - « Des constitutions « made in » Afrique », Disponible sur : <http://www.la-constitution-en-afrique.org>.
  - « La conditionnalité démocratique dans la politique africaine de la France », Disponible sur : <http://www.democratie.francophonie.org>.
  - « La Cour constitutionnelle désavoue le président et vice versa », Disponible sur : <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>.
  - « La Cour constitutionnelle du Niger casse le statut du député », Disponible sur : <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>.
  - « La paix par la constitution en Afrique ? La part du juge constitutionnel », Colloque international de Cotonou de l'Académie Alioune Blondin BÈYE pour la Paix, Cotonou, 19, 20 et 21 juillet 2004.
- BOURGI A.,
  - « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique: du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, N°51, juillet - septembre 2002, pp. 721-748;
  - « La réalité du nouveau constitutionnalisme africain, « Lecture et relecture de la constitution de la V<sup>e</sup> République », Colloque du 40<sup>ème</sup> anniversaire, 7 - 8 - 9 octobre 1998, Reims, URCA ( Université de Reims Champagne-Ardenne), CERRI. Centre d'étude rémois des relations internationales. France;

- Pluralisme et revitalisation de la vie politique en Afrique, in
- BURDEAU G., « Une survivance: la notion de constitution », in *L'évolution du droit public*, Études en l'honneur de A. Mestre, Sirey, 1956, p. 53 ;
- CABANIS (A). et MARTIN (M. L.),
  - « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *RJPIC*, n°3, septembre-décembre, 1998, p. 276 et s.
  - « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mélanges Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005, p. 343 et s
- CAMBY J. P.,
  - « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003
  - « Le droit constitutionnel est-il soluble dans la constitution? », *R.D.P*, 2004, p. 886.
- CARCASSONE G., « Pour/contre un tel contrôle en France : un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, p 46-47.
- CAYLA O.,
  - « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, LGDJ, 1998, 106.
  - « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, N°3, 1987.
- CHANTEBOUT B., « L'armée et le pouvoir politique », édition Bruylant, N. Sakkoulas, 2004.
- CHARMONT J., « L'abus de droit », *R.T.D.Civ.*, 1902.
- CONAC G.,
  - « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », in *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 113.
  - « L'Afrique en transition vers le pluralisme politique », *Actes du colloque de Paris des 12-13 décembre 1990*, Paris, Economica, 1993.
  - « Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain », Disponible sur : <http://www.la-constitution-en-afrique.org>

- COULIBALEY Babakane D., « La neutralisation du Parlement constituant : à propos de la décision n° DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n° 5, 2009
- COURTOT P., « La portée de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement », *Droits-RRJ*, 2002, n° 4, p.1741.
- DARBELLAY J., « L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle », *RDP*, 1963, p.738.
- DEBBASCH Ch., « L'indépendance de la justice, Au carrefour des droits », *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, p. 27-33.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean,
  - « La constitution du 23 décembre 2001 au cœur de la médiation comorienne », *Prévention des crises et promotion de la paix, volume I : Médiation et facilitation dans l'espace francophone, théorie et pratique*, sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA (Prés.); Jean du BOIS de GAUDUSSON, Albert BOURGI, et al., Bruxelles, Bruylant, 2010, p 559-579 ;
  - « Les procédures de garantie et leurs limites dans les constitutions francophones africaines », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N°1, 1990 ;
  - « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, p. 250 ;
  - « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'État en Afrique ? », in *Mélanges Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001 ;
  - « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 45-55;
  - « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007 ;
  - « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les États africains francophone », *Mélanges Patrice GÉLARD*, Montchrestien, 1999 ;

- « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, n°206, 2003, p. 47;
- « La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », *Les Petites affiches*, juin 2008, n° 112, p. 22- 25 ;
- « La sincérité du scrutin : Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 13, Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>;
- « Le Conseil constitutionnel français en période d'alternance politique. Exposé présenté lors des rencontres constitutionnelles franco-roumaines des 1<sup>er</sup> et 2 octobre 1998 », Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- DIALLO I., « La recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XX-2004, p. 93-120.
- DIENG T. O., « Reculs, inquiétudes, stagnations : état des lieux de la démocratie au Sénégal », *Sud quotidien*, 17 novembre 2008, Disponible sur <http://www.sudonline.sn/spip.php>.
- DIOP E. H. O., « Autopsie d'une crise de succession constitutionnelle du chef de l'État en Afrique. L'expérience togolaise (5-26 février 2005) », *Politéa*, n°7, 2005.
- DJEDJRO M. F.,
  - a. - « La révision des constitutions dans les États africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, n°1-1992, pp.111-134.
  - « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 139-155.
- DOBRY M., « Les transitions démocratiques. Regards sur l'état de la transitologie », *Revue Française de Science Politique*, Vol. 50, N°4-5, Paris, août-octobre 2000.
- DORANDEU R., « Les pèlerins constitutionnels. Éléments pour une sociologie des influences juridiques », in *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 83.
- DUBUY M., « La fraude à la loi », *RFDA*, 2009.
- EMERI C et BIDEGARAY Ch., « Du référendum négatif et des désarrois du comparatisme », *Pouvoirs*, n°77, Le référendum, avril 1996, p.62-80.

- EMERI C. et GAUTRON J-C., « Chronique constitutionnelle et parlementaire », *RDP*, n°1, 1971, pp. 182-205
- FALL A. B.,
  - « La démocratie à l'épreuve de l'alternance », *Afrilex* n°5, <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>
  - « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics: pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Afrilex* n°03/2003
- FAURE Y. A, « Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire. Pour une lecture différente des textes », *Politique africaine*, 1981, p. 35.
- FAVOREU L.,
  - « L'injustifiabilité des lois constitutionnelles, observations sous CC., décision n°2003-649 DC du 26 mars 2003 », *RFDA*, 2003, p. 793.
  - « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48.
  - « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le Développement du droit constitutionnel international », *RGDIP*, 1993.
  - « Légalité et constitutionnalité » in *Cahier du Conseil constitutionnel*, 1997.
  - « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* n°13, 1980.
- FERRETI R., « La révision de la constitution », Disponible sur <http://www.rajf.org>
- FLAUSS J.- F., « L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituant e : une nouvelle forme de constitutionnalisme ? », *Essays in honour of Georgios I. KASSAMATIS*, Bruylant, 2004, p. 401-433.
- FOUCHER V., « Difficiles successions en Afrique subsaharienne : persistance et reconstruction du pouvoir personnel », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 127-137.
- LUCHAIRE F., « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p.314.
- GALLETTI F., « La portée du droit constitutionnel. Chronique d'une évolution doctrinale en Afrique de l'Ouest », *Politéia*, vol. 1/n°1 2001, p. 135.
- GAUDEMET Y., « La loi administrative », *RDP*, N° I-2006.
-



- GENEVOIS B.,
  - « L'enrichissement des techniques de contrôle, Communication au Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.
  - « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp.909 et Ss.
- GHEVONTIAN R., CARPENTIER E., DOMINGO L., « Le contentieux de l'élection présidentiel des 21 avril et 5 mai 2002 », *RFDC*, n°51 juillet-septembre 2002, p.615-635.
- GHOZALI N.-E., « Le droit des peuples à déterminer librement leur système politique, économique social et culturel », *L'internationalisation du droit constitutionnel*, *Recueil des cours de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, Volume XVI
- GICQUEL J., « Le présidentielisme négro-africain », in *Mélanges Georges BURDEAU*, Paris, LGDJ, 1977, p. 701.
- GICQUEL J.-E., « La lutte contre l'abus du droit d'amendement au Sénat », *R.D.P.*, 1997.
- GONIDEC Pierre-François, « Constitutionnalismes africains », in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, Paris, Ediena, n°1, janvier-avril 1996.
- GOY R.,
  - « L'abus de droit en droit administratif français », *R.D.P.*, 1962.
  - « La notion de détournement de procédure », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975.
- GUÈYE B., « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 5-26.
- HOLO T.,
  - « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives*, n°9-décembre 1987, p. 5.
  - « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 101-114.
- International IDEA, « La démocratie au Burkina Faso », Capacity building, *Série 4*, 1997.
- ISIDORO C., « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges Pierre PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, p. 252.

- KANTÉ B., « Les constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *Mélanges offerts à Jean GICQUEL, Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008.
- KÉBA M., « L'éthique, aujourd'hui », Leçon inaugurale donnée à l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar le 14 décembre 2005.
- KLEIN Cl., « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles: introduction à une problématique moderne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, N°27, 2009, p. 9-12.
- KOKOROKO D., « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 115-125.
- KNAUB G., « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'État », *RDP*, 1993, p. 1149.
- KPODAR A., « Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009, Une bonne année à la démocratie pluraliste », Disponible [www.laconstitutionenafrique.com](http://www.laconstitutionenafrique.com).
- LACROIX B., « Les Fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives », in *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, (sous la direction de Jean-Louis SEURIN), *Politique comparée. Centre d'analyse politique comparée*, Université Bordeaux I, Paris, Economica, 1984., p. 186-199.
- LARCHE J.J., « Le président de la République est tenu de signer les ordonnances », in *Le Monde*, 29 mars 1986.
- LAVROFF D. Georges.,
  - « La constitution et le temps », *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant, Droit et Politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999.
  - « La crise de la constitution française », *En hommage à Francis DELPÉRÉE* Francis, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007.
  - « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, n° hors-série, 2008.
- LEPSIUS O., « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la république d'Allemagne », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, N°27, 2009, p. 13-42.

- LIBCHABER R., « Les incertitudes de la conception juridique de la fraude en matière fiscale », *Répertoire Defrénois*, doctorat et notariat, 30 octobre 2009, n°18, p. 1934.
- LIET-VEAUX G., « La 'fraude à la constitution: essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *RDP*, 1943, p.116-150.
- LOADA A. M-G.,
  - « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03/2003, p. 139 et ss.
  - « Le droit de suffrage en Afrique francophone », disponible sur <http://www.francophonie-durable.org>
  - « Réflexions sur la société civile en Afrique : Le Burkina de l'après Zongo », *Politique africaine*, n° 76, décembre 1999.
- MATHIEU B., Les « lois mémorielles » ou la révision de la constitution par consensus, *Recueil Dalloz*, 2006, n°44, p. 3001.
- MELLERAY F., « Le retrait d'un acte administratif obtenu par fraude, le cas d'un plagiat, note sous Conseil d'État, 23 février 2009, Mme B.-R, req. n°310277 », *RFDA*, 2009.
- MILACIC S., « L'État de droit, pour quoi faire?: L'État de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 375-390 -
- MILHAT C., « Le constitutionnalisme en Afrique: variations hétérodoxes sur un requiem », Disponible sur : <http://www.revue-politeia.com>
- MOUKOLO N., « Pluralisme socio-politique et démocratie en Afrique: l'approche « consociationnelle » ou de "power sharing" », *Actes du 4<sup>e</sup> Colloque international de l'association pour la promotion de l'État de droit (APED)*, Lomé, 21-23 avril 1994.
- MOUZET P., « Les manifestations contentieuses de l'esprit de la constitution de 1958 », *RDP*, n°5- 2004
- N'DRE Y. P., « Les États africains et le processus de démocratisation », in *Juridis Périodique* n° 41, Janvier- Février-Mars 2000.
- OKONDA KOSO W. M. S., « L'échec de l'initiative de révision constitutionnelle du 5 novembre 2007 », Disponible sur : <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>; publié le jeudi 17 juillet 2008.
- OULD BOUBOUTT A. S.,

- « Les constitutionnelles en Afrique : évolutions et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII-1997, pp.32 et Ss.
- « Le développement de la justice constitutionnelle en Mauritanie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1993, Vol. IX
- PACTET P., « Complexité et contradictions de l'ordre constitutionnel positif sous la V<sup>e</sup> République », in *Mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 433 et s.
- PERELMAN C. « Le juge, la règle de droit et la justice », *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985.
- PERREAU E.H., « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », *Revue générale du droit*, 1913.
- PIERRE-CAPS S., « Les révisions de la constitution de la Cinquième République : temps, conflits et stratégies », *RDP*, n°2-1998, pp. 409-431.
- PHILIPPE X.,
  - « Le contrôle des constitutionnelles en Afrique du Sud », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27, 2009, p. 22-31.
  - « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques », *RFDC*, 1996, n°25, p. 461-489.
  - « Afrique du Sud, Cour constitutionnelle », in *La motivation des décisions des Cours suprêmes : entre exigences processuelles et traditions juridiques*, Séminaire de travail du CERCCLÉ, Université Montesquieu Bordeaux IV, Mars 2011, à paraître.
- QUANTIN P., « La démocratie en Afrique à la recherche d'un modèle », *Pouvoirs ?* 2009/2, N° 129, p. 65-76.
- RAJAONA A. R., « Le juge, les urnes et la rue. Figures judiciaires et variations juridiques autour de la crise politique malgache (janvier-juin 2002) », *Revue Juridique et Politique*, 2003, n°4, p. 391 et s.
- REYNTJENS F.,« Les nouveaux habits de l'empereur : analyse juridico-politique de la constitution rwandaise de 2003 », *L'Afrique des grands lacs. Annuaire*, 2002-2003, pp. 71-87.
- RIALS S., « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, N°6, Gallimard, 1991, p. 163.
- ROBERT J., *Le Conseil constitutionnel en Europe*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, 1996.

- ROSENFELD M., « Droit et démocratie : un ouvrage de référence », *RDP*, N°6-2007.
- ROSENFELD M. et PHILIPPE X., « Contenus », in *Interprétation de la constitution par le juge constitutionnel*, XIIIe Cours International du 17 au 20 septembre, 2001, *AJJC*, XVII, 2001, p. 399-418.
- ROUSSEAU D.,
  - « Les constitutionnalistes les politistes et le « renouveau » de l'idée de Constitution », in *Droit et politique*, CURRAPP, Paris, PUF, 1993, p. 43.
  - « L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme au Bloc de constitutionnalité », in *Le conseil Constitutionnel et la cour européenne des Droits de l'Homme*, éd. STA, 1990, p. 130.
- ROUSSILLON H., « La limitation à deux du nombre de mandats présidentiels », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 13
- SAKHO O. P., « Quelle justice pour la démocratie en Afrique ? », *Pouvoirs*, 2009/2, N° 129, p. 57-64.
- STECKEL M- C., « Controverse constitutionnelle, *RDP*, n°2, 2004
- TROPER Michel,
  - « La signature des ordonnances, Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, P.77-82.
  - « Le pouvoir constituant et le Droit international », *Recueil de Cours de la 22<sup>ème</sup> Session de l'AIDC*, Tunis, du 08 au 22 juillet 2006.
  - « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in *Droit et politique*, CURAPP, PUF, 1993.
- TSCHIYEMBE M., « L'État en Afrique : crise du modèle importé et retour aux réalités. Essai sur la théorie de l'État multinational », *Mélanges F. Borella*, L'Harmattan, Paris, 1999, p. 485.
- VEDEL Georges,
  - « Dans quelle mesure peut-on parler de la mondialisation des institutions politiques? », in *Mondialisation et identité*, Publications de l'Académie du royaume du Maroc, coll. Session, Rabat, 5-7 mai 1997.
  - « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, N° 67, p. 93.
- VERDUSSEN Marc,

- « Le pointillisme constitutionnel, in La constitution hier, aujourd'hui et demain », Journées d'études organisées au Sénat le 4 octobre 2005, *Cahier du Sénat de Belgique*, N° 2, Bruylant, 2006.
- « Un procès constitutionnel légitime, in Renouveaux du droit constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 437-486.
- YADH B. A., « L'internalisation du droit constitutionnel », *Recueil de Cours de la 22<sup>ème</sup> Session d'enseignement de l'AIDC*, Tunis, du 08-23 juillet 2006, p. 1.
- ZOLLER E., « Les alternances et les cohabitations dans la constitution de 1958 », in *La constitution de 1958 en 20 questions, à l'occasion du quarantième anniversaire de la constitution de 1958*, Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossiers/quarante/q10.htm>.

## JURISPRUCENCE

### LISTE PAR PAYS DES JURIDISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLES CITÉES

#### COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN

- Décision DCC 09-002 DU 8 janvier 2009
- Décision DCC/2007 de 1996
- Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002
- Décision DCC 06 – 074 de 2006
- Décision DCC 09-002 DU 8 janvier 2009
- Décision DCC 07-94 du 8 avril 1994
- Décision DCC 04-93 du 25 novembre 1993

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL BURKINA FASO

- Décision N°2007-04/CC DU 29 AOUT 2007
- Décision n°2006-001/CC/EM portant annulation de l'arrêté n° 2005-055/CENI/SG du 13 décembre 2005
- Décision n° 2005-007/CC/EPF du 14 octobre 2005

- Décision n°2006-002/CC/EM du 02 février 2006 déclarant illégale le refus de la CEIA de Bogodogo de recevoir le dossier de candidature du Rassemblement Politique Nouveau
- Décisions n°2003-002/C.C du 22 juillet 2003
- Avis n°2003-36/CC du 17 décembre 2003.

#### COUR CONSTITUTIONNELLE DE CENTRAFRIQUE

- Décision n°004/008/CC du 2 octobre 2008

#### COUR CONSTITUTIONNELLE DE L'UNION DES COMORES

- Arrêt 09-017 de octobre 2009.
- Arrêt du 8 mai 2010

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU MALI

- Décision n°001-128 du 12 Décembre 2001

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE MAURITANIE

- Décision n°007 du 21 juillet 1993

-

#### COUR CONSTITUTIONNELLE DU NIGER

- Arrêt n° 002/CC/MC du 26 Février 2009.
- Arrêt n°001/CC/MC du 13 juin 2008

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU SENEGAL

- Décision n°11/1993 du 23 juin 2007
- Décision n°6/C/ 2000 du 2 janvier 2001
- Décision n°91/03 2003
- Décision n°1/C/ 2005 du 7 septembre 2005
- Décision n°4/C/ 2001 du 11 décembre 2001
- Décision n°6/C/ 2000 du 2 janvier 2001

- Décision n°3/C/96 et n°4/C/96 du 3 juin 1996
- Décision n°3/C/ 95 du 19 juin 1995

#### COUR CONSTITUTIONNEL DU TCHAD

- Décision n°01/CC/SG/04/ du 11 juin 2004 sur la proposition portant loi de révision de la constitution du 31 mars 1996.
- 

#### COUR CONSTITUTIONNELLE DU TOGO

- Décision du 7 février 2005.

### DOCUMENTS OFFICIELS

- Constitution de la République Bénin du 02 décembre 1990.
- Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991, révisée par les lois n°002/97/ADP du 27 janvier 1997, n°003-2000/AN du 11 avril 2000 et n°001-2002/AN du 22 janvier 2002.
- Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001.
- Constitution de la République de Côte d'Ivoire du 1er août 2000.
- Constitution de la République du Sénégal du 7 janvier 2001.
- Constitution de la République Française : Constitution de 1958 ; Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République (n° 2008-724 du 23 juillet 2008), parue au J.O n° 171 du 24 juillet 2008.
- Constitution de la République du Niger du 18 juillet 1999 et promulguée par décret n° 99-320 /PCRN du 09 août 1999 ; La constitution de la VII<sup>e</sup> République, adoptée par référendum le 31 octobre 2010 et son Décret de promulgation n° 2010-754/PCSRD du 25 novembre 2010.



## SITES INTERNET

- [http // :www.rajf.org](http://www.rajf.org)  
Sites de doctrine juridique avec prédilection pour le droit constitutionnel et le droit de la concurrence
- [http://www. democratie.francophonie.org](http://www.democratie.francophonie.org)
- <http://www.francophonie.org/>
- <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- <http://www.droitconstituti.org>  
Sites proposant des liens juridiques aux « constitutionnalistes de droit français, francophone et comparé »
- [http://www.la constitution-en-afrique.org](http://www.la-constitution-en-afrique.org)
- <http://www.sudonline.sn/spip.php>
- <http://www.revue-politeia.com>

---

# TABLE DES MATIERES

---

|                                                                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS – SUMMARY AND KEYWORDS .....</b>                                                                    | <b>5</b>   |
| <b>SOMMAIRE.....</b>                                                                                                       | <b>7</b>   |
| <b>LISTE DES ABREVIATIONS.....</b>                                                                                         | <b>8</b>   |
| <b>INTRODUCTION .....</b>                                                                                                  | <b>10</b>  |
| <b>PARTIE I LES MODALITES DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA<br/>CONSTITUTION EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE .....</b>        | <b>36</b>  |
| <b>TITRE I. L'IDENTIFICATION DE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION .....</b>                                                      | <b>38</b>  |
| <b>Chapitre I. Essai d'une approche conceptuelle de la fraude à la constitution .....</b>                                  | <b>39</b>  |
| Section I. Le contenu de la fraude à la constitution.....                                                                  | 40         |
| § 1. La fraude à la constitution, une catégorie de la fraude à la loi .....                                                | 40         |
| A. Les tentatives de conceptualisation de la fraude à la constitution par le truchement de la fraude en droit public ..... | 41         |
| B. La difficile distinction de la fraude à la constitution avec d'autres catégories juridiques existantes.....             | 52         |
| § 2. Les éléments constitutifs de la fraude à la constitution .....                                                        | 66         |
| A. L'élément légal dans la fraude à la constitution.....                                                                   | 66         |
| B. : L'élément matériel dans la fraude à la constitution.....                                                              | 77         |
| C. L'élément psychologique de la fraude à la constitution .....                                                            | 82         |
| Section II L'utilité de l'infraction de fraude à la constitution .....                                                     | 88         |
| § 1. Les intérêts de la valorisation du contrôle subjectif de constitutionnalité.....                                      | 88         |
| A. L'utilité théorique de la théorie de la fraude à la constitution.....                                                   | 89         |
| B. L'utilité pratique de la théorie de la fraude à la constitution.....                                                    | 96         |
| § 2. La fraude à la constitution, une catégorie juridique en construction.....                                             | 100        |
| A. L'insuffisance des constructions jurisprudentielle et doctrinale de la fraude à la constitution .....                   | 101        |
| B. La nécessité de consacrer l'infraction de fraude à la constitution en droits constitutionnels africains.....            | 105        |
| <b>Chapitre II. Les manifestations de la fraude à la constitution.....</b>                                                 | <b>111</b> |
| Section I. des fraudes liées à la réformation de la constitution.....                                                      | 112        |
| § 1. Les révisions frauduleuses de la constitution .....                                                                   | 112        |
| A. Les révisions partielles frauduleuses de la constitution .....                                                          | 112        |
| B. des révisions totales frauduleuses.....                                                                                 | 125        |
| § 2. Les suspensions frauduleuses de la constitution .....                                                                 | 137        |
| A. La licéité du concept de suspension de la constitution.....                                                             | 137        |
| B. Quelques illustrations de la suspension frauduleuse de la constitution .....                                            | 140        |
| Section II. Les fraudes liées à l'exercice des pouvoirs conférés par la constitution.....                                  | 146        |
| § 1. La fraude dans l'exercice des pouvoirs reconnus à l'exécutif.....                                                     | 146        |
| A. Les fraudes tenant à la dissolution abusive de certaines institutions.....                                              | 147        |
| B. des fraudes liées à la législation déléguée .....                                                                       | 156        |
| § 2. Les fraudes à la constitution liées à l'organisation de la compétition électorale.....                                | 164        |
| A. Les manipulations frauduleuses du calendrier électoral.....                                                             | 164        |
| B. des fraudes à la constitution inhérentes à la manipulation du système électoral .....                                   | 174        |
| C. Les fraudes liées à la manipulation des conditions d'éligibilité électorale .....                                       | 182        |
| <b>CONCLUSION TITRE I .....</b>                                                                                            | <b>190</b> |
| <b>TITRE II. L'ANALYSE DU DISPOSITIF DE PREVENTION ET DE LUTTE CONTRE LA<br/>FRAUDE A LA CONSTITUTION .....</b>            | <b>192</b> |
| <b>Chapitre I. Le dispositif institutionnel de protection de la constitution contre la fraude</b>                          | <b>193</b> |
| Section I. Le mécanisme juridictionnel de protection de la constitution contre la fraude ....                              | 194        |

|                                                                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| § 1. Le rôle préventif des juridictions internes contre les violations de la constitution.....                                                               | 194        |
| A. Les attributions consultatives des juridictions internes .....                                                                                            | 195        |
| B. L'appréciation du rôle consultatif des juridictions internes .....                                                                                        | 199        |
| § 2. Les attributions contentieuses des juridictions internes .....                                                                                          | 202        |
| A. Les attributions contentieuses des juridictions constitutionnelles.....                                                                                   | 202        |
| B. Les attributions contentieuses des juridictions ordinaires .....                                                                                          | 209        |
| Section II. Le dispositif non juridictionnel de prévention et de lutte contre la fraude à la constitution .....                                              | 213        |
| § 1. Les attributions des institutions internes .....                                                                                                        | 213        |
| A. Le rôle dévolu aux instances politiques internes.....                                                                                                     | 213        |
| B. L'implication des sociétés civiles nationales dans la lutte contre la fraude à la constitution .....                                                      | 218        |
| § 2. Les instances internationales de défense de la légalité constitutionnelle .....                                                                         | 224        |
| A. La timide contribution des instances africaines à la défense de la légalité constitutionnelle .....                                                       | 225        |
| B. La contribution des instances européennes et onusiennes à la défense de la légalité constitutionnelle .....                                               | 228        |
| <b>Chapitre II Les éléments substantiels du dispositif de protection de la constitution contre les fraudes .....</b>                                         | <b>234</b> |
| Section I. Les normes de protection de la constitution contre la fraude à la constitution.....                                                               | 236        |
| § 1. Les limites internes aux pouvoirs constitués .....                                                                                                      | 236        |
| A. Les limites explicites aux pouvoirs constitués .....                                                                                                      | 236        |
| B. Les limites implicites aux pouvoirs constitués.....                                                                                                       | 240        |
| § 2. Le dispositif international .....                                                                                                                       | 247        |
| A. Les limites à la fonction constituante dans l'espace francophone.....                                                                                     | 248        |
| B. La force obligatoire des limites internationales à la fonction constituante.....                                                                          | 252        |
| Section II L'efficacité de l'immutabilité des normes de référence de protection de la constitution .....                                                     | 256        |
| § 1. La recherche de la hiérarchisation des dispositions constitutionnelles dans le droit constitutionnel africain francophone .....                         | 256        |
| § 2. Les effets de la hiérarchisation des principes constitutionnels comme moyen de protection de la constitution .....                                      | 263        |
| A. L'inefficacité de la hiérarchie des normes à protéger la constitution contre les fraudes: la mutabilité des règles de protection de la constitution. .... | 263        |
| B. La difficile garantie de l'intangibilité des limites de la constitution .....                                                                             | 265        |
| <b>CONCLUSION TITRE II.....</b>                                                                                                                              | <b>268</b> |
| <b>CONCLUSION PARTIE I .....</b>                                                                                                                             | <b>270</b> |
| <b>PARTIE II. LA DIFFICILE GARANTIE DE L'INTANGIBILITE DES LIMITES DE LA CONSTITUTION .....</b>                                                              | <b>272</b> |
| <b>TITRE I. LA MATERIALISATION DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE A LA CONSTITUTION.....</b>                                                                       | <b>273</b> |
| <b>Chapitre I. Le contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution en Afrique francophone .....</b>                                                    | <b>274</b> |
| Section I. Le contenu du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution .....                                                                        | 275        |
| § 1. Les cas de censure de la fraude à la constitution.....                                                                                                  | 275        |
| A. La censure de la fraude à la constitution par recours au contrôle objectif .....                                                                          | 276        |
| B. La censure de la fraude par la valorisation du contrôle subjectif .....                                                                                   | 291        |
| § 2. La non censure généralisée de la fraude à la constitution .....                                                                                         | 296        |
| A. Les déclarations d'incompétence à contrôler la fraude à la constitution.....                                                                              | 297        |
| B. Les validations de la fraude à la constitution .....                                                                                                      | 301        |
| Section II. La portée du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution.....                                                                         | 308        |
| § 1. Les effets des décisions de censure de la fraude à la constitution.....                                                                                 | 308        |
| § 2. La timide subjectivisation du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution.....                                                               | 312        |

|                                                                                                                           |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| A. Les procédés d'identification de la signification du texte de référence.....                                           | 313        |
| B. Les sources d'information du juge.....                                                                                 | 318        |
| <b>Chapitre II. Le traitement politique de la fraude à la constitution .....</b>                                          | <b>321</b> |
| Section I. Quelques traitements diligents de la fraude à la constitution .....                                            | 322        |
| § 1. La phase dissuasive du traitement politique de la fraude .....                                                       | 322        |
| A. La diversité des actions dissuasives contre les intentions frauduleuses .....                                          | 322        |
| B. Les menaces de sanctions .....                                                                                         | 325        |
| § 2. La phase coercitive de la lutte .....                                                                                | 326        |
| A. Les sanctions politiques .....                                                                                         | 327        |
| B. Les sanctions financières .....                                                                                        | 331        |
| Section II. L'efficacité du traitement politique de la fraude à la constitution: des succès aux limites .....             | 335        |
| § 1. La contribution à la restauration de la légalité constitutionnelle.....                                              | 335        |
| A. L'exigence du respect des droits fondamentaux .....                                                                    | 335        |
| B. L'accompagnement des États dans le rétablissement du cadre démocratique.....                                           | 336        |
| § 2. Les apories du traitement politique de la fraude à la constitution.....                                              | 338        |
| A. Le recours à la fraude par nécessité .....                                                                             | 338        |
| B. La solidarité de certains dirigeants à l'égard des fraudeurs.....                                                      | 343        |
| <b>CONCLUSION TITRE I .....</b>                                                                                           | <b>348</b> |
| <b>TITRE II. LES LIMITES À LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE À LA CONSTITUTION.....</b>                                           | <b>350</b> |
| <b>Chapitre I. Les insuffisances inhérentes au contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution .....</b>           | <b>351</b> |
| Section I. ....                                                                                                           | 352        |
| Les difficultés liées aux modalités du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution ..                          | 352        |
| § 1. Les difficultés tenant à la nature du contrôle de la fraude à la constitution .....                                  | 352        |
| A. Un contrôle au-delà des mécanismes .....                                                                               | 353        |
| B. Le caractère politique du contentieux juridictionnel de la fraude À la constitution....                                | 355        |
| § 2. Les limites tenant à l'impuissance des juridictions de contrôle .....                                                | 358        |
| A. L'indépendance parfois hypothéquée des juridictions constitutionnelles .....                                           | 359        |
| B. La limitation du contrôle juridictionnel par le juge.....                                                              | 362        |
| Section II. Les échecs imputables au dysfonctionnement de la justice constitutionnelle.....                               | 368        |
| § 1. Les difficultés inhérentes aux dialogues des juridictions .....                                                      | 368        |
| A. Les incertitudes liées aux renvois préjudiciels sur exception d'inconstitutionnalité.....                              | 368        |
| B. La faible intensité de la répression de la fraude à la constitutionau niveau des juridictions ordinaires.....          | 371        |
| § 2. La portée limitée du traitement juridictionnel de la fraude à la constitution.....                                   | 372        |
| A. Le difficile suivi juridictionnel de l'application des décisions de censure de la fraude à la constitution.....        | 372        |
| B. L'environnement défavorable du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution                                  | 374        |
| <b>Chapitre II Les limites politiques à l'effectivité du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution .....</b> | <b>377</b> |
| Section I Les entraves politiques à l'effectivité du contrôle juridictionnel de la fraude à la constitution .....         | 378        |
| § 1. La difficile mise en œuvre du contrôle juridictionnel .....                                                          | 378        |
| A. Le faible recours aux mécanismes juridiques de protection de la constitution .....                                     | 378        |
| B. L'utilisation de mécanismes de neutralisation du contrôle juridictionnel .....                                         | 381        |
| § 2. Les limites liées à la réception des décisions juridictionnelles .....                                               | 383        |
| A. La restauration du contenu de l'acte sanctionné .....                                                                  | 384        |
| B. La mauvaise exécution des décisions juridictionnelles .....                                                            | 385        |
| Section II. La fraude à la constitution, forme particulière du dérèglement du constitutionnalisme africain.....           | 388        |
| § 1. L'instrumentalisation des modes d'expression de la souveraineté.....                                                 | 388        |
| A. La réalisation de la fraude à la constitutionpar le recours au peuple.....                                             | 389        |

|                                                                                              |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. La voie parlementaire, principal mode opératoire pour la manipulation de la constitution  | 395        |
| § 2. La résurgence du coup d'État militaire comme conséquence de la fraude à la constitution | 397        |
| A. La condamnation de principe des coups de forces militaires.....                           | 397        |
| B. Les coups de force militaire, solutions suppletives contre la fraude à la constitution? . | 401        |
| <b>CONCLUSION TITRE II.....</b>                                                              | <b>411</b> |
| <b>CONCLUSION PARTIE II.....</b>                                                             | <b>413</b> |
| <b>CONCLUSION GENERALE .....</b>                                                             | <b>414</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>                                                                    | <b>422</b> |
| <b>TABLE DES MATIERES .....</b>                                                              | <b>446</b> |