

Les techniques d'interprétation du juge constitutionnel sénégalais

Abdou Aziz Daba KEBE,

Maître de Conférences agrégé,

Chef du Département de Droit public,

Président de l'Association sénégalaise de Droit constitutionnel (ASDC).

Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches en Ingénierie juridique et financière (CERIF).

Sommaire

I Les techniques traditionnelles d'interprétation

A La conformité

B La non-conformité

II Les techniques nouvelles d'interprétation

A Les réserves d'interprétation

B La technique du standard

INTRODUCTION

Le sort réservé au recours en inconstitutionnalité dépend largement de la signification et de l'entendement constitutionnels que le juge donne aux normes déférées devant lui. Pour interpréter un texte, le juge constitutionnel utilise des techniques d'interprétation. Il s'agit de « *l'ensemble des procédés d'investigation, de raisonnement et de présentation par lesquels le juriste élabore et exprime ses conclusions sur un problème ou un groupe de problèmes de droit* »¹.

La technique s'oppose à la méthode parce que celle-ci renvoie à la manière d'interpréter un texte et aux formes de raisonnement. La technique a une portée finalitaire, opératoire, instrumentale et pédagogique². Ainsi, dans la technique de la réserve d'interprétation, l'objectif

¹R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, cité par Ndèye Madjiguène DIAGNE, *Les méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 1995, p.4.

² Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 41 ; N. M. Diagne, *Les méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, thèse, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1995, p. 2.B.

recherché est de sauver la loi de la censure tout en sauvegardant la suprématie de la constitution. Dans la technique du standard, (erreur manifeste d'appréciation ou contrôle de proportionnalité), le résultat recherché est de maintenir la marge d'appréciation du législateur et de ne sanctionner que les interprétations inadéquates, déraisonnables et inopportunes.

En revanche, lorsque l'on parle de méthode d'interprétation, il s'agit plutôt de cheminement intellectuel, de la logique de raisonnement permettant au juge de découvrir le sens du texte. La méthode renvoie donc à l'art d'interpréter. Il faut distinguer les méthodes intrinsèques qui privilégient la sacralité du texte en se référant à la seule règle de droit par une interprétation littérale ou logico-systémique de celles extrinsèques d'interprétation qui associent des éléments extérieurs (esprit du texte) mais indissociables au dispositif juridique (interprétation téléologique et historique)³.

Cette distinction entre méthode et technique est relative parce que le juge utilise les méthodes (interprétation littérale) pour aboutir à une technique (décision de conformité, de non-conformité ou déclaration de conformité sous réserves). Dans les deux cas, il y a une « *fonction heuristique, une fonction de guide dans la découverte de la signification de la norme* »⁴. Certains auteurs d'ailleurs assimilent les deux procédés⁵.

L'interprétation, qui désigne l'opération par laquelle les « *organes juridiques devant appliquer le droit* » établissent « *le sens des normes* »⁶, est inhérente à la mission du juge constitutionnel. Interpréter signifie expliquer, commenter et rendre clair le texte juridique puisque tout texte est porteur de sens.

Les attributions dévolues au Conseil constitutionnel impliquent un travail d'interprétation. Aux termes de l'article 92 de la Constitution du 22 janvier 2001, « *Le Conseil constitutionnel connaît de la constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, des conflits de compétences*

Kanté, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, 15 et 16 octobre 2004, Bordeaux, CERCCLE, Dalloz, 2005, p. 158.

³P.M. Diop, *L'interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Benin, du Mali, du Niger et du Sénégal*, thèse UCAD, février 2020, p.211 et s.

⁴D. Sy, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique » in Association nigérienne de Droit Constitutionnel (ANDC), Actes du colloque international, *La justice constitutionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2016, 460 p., pp.43-64, p.52.

⁵ V. Nd. M. Diagne, *Les méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, op.cit., p. 2 et s

⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 453 ; D. Sy, « Normativité et juridicité (Brèves réflexions sur la normativité juridique) », *Nouvelles Ann. af.* n° 1, 2009, pp.11-47.

entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, ainsi que des exceptions d'inconstitutionnalité soulevés devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême.

Le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République pour avis.

Le Conseil constitutionnel juge de la régularité des élections nationales et des consultations référendaires et en proclame les résultats »⁷. En outre, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »⁸.

A partir de ce moment, il est question d'examiner et d'apprécier les techniques d'interprétation du juge constitutionnel lorsqu'il exerce le contrôle de constitutionnalité des lois et des engagements internationaux.

L'interrogation n'est pas anodine. D'abord, on assiste depuis quelques années, quoique faible, à un renouvellement et enrichissement des techniques d'interprétation du juge constitutionnel sénégalais. Ainsi, le Conseil constitutionnel élargit l'assiette du bloc de constitutionnalité ; accepte de statuer sur un projet de loi constitutionnelle⁹. Le juge utilise les réserves d'interprétations et crée des normes. Il s'est substitué au législateur lors des élections législatives de 2017 en donnant la possibilité aux citoyens inscrits sur les listes électorales et n'ayant pu retirer leur carte d'électeur biométrique CEDEAO, de voter sur présentation de leur récépissé d'inscription et de tout autre document administratif permettant de les identifier¹⁰.

En outre, la portée du travail interprétatif dépend de l'architecture de la justice constitutionnelle. Certaines juridictions utilisent des techniques d'interprétation classiques, notamment celles de tradition francophone (Sénégal, Togo, Burkina, Mali ou Niger) en raison surtout du choix du modèle kelsenien de justice constitutionnelle. Dans ce système, seule la constitution est vectrice de norme de sorte que le droit doit être extirpé de toute considération politique, économique ou sociale. Ces théories postulent en effet que le sens d'une règle est contenu dans le texte même. En « *théorie pure du droit* », ce qui a été voulu importe peu, « *seul importe ce qui a été objectivement produit* »¹¹. Cette dogmatique juridique limite les pouvoirs d'interprétation du juge constitutionnel puisque la signification d'un texte préexiste à l'acte d'interprétation. Le juge ne fait que découvrir le sens du texte. L'interprétation « *consiste à établir la gamme de*

⁷V : Loi organique 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel

⁸Article 92 alinéa 4.

⁹Décision 2016 n°1 /C / 2016 du 12 février 2016, *Projet de révision de la Constitution du 22 janvier 2001 in Conseil constitutionnel, Recueil des Décisions*, janvier 1993-mars 1999, février 2020, p. 480.

¹⁰Décision n°8/2017 du 26 juillet 2017, Demande d'avis- *Possibilité pour les citoyens n'ayant pas de carte d'électeurs de voter sur présentation de document permettant de les identifier in Conseil constitutionnel, Recueil des Décisions*, op.cit., p.590.

¹¹E.Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p.91.

sens dans laquelle on choisit, conformément à la volonté de son auteur, celui qui doit prévaloir »¹². Le juge donne aux mots leur sens ordinaire : « Lorsque qu'un texte est clair, c'est-à-dire lorsque compte tenu des règles de grammaire, de la sémantique et de la syntaxe son sens ne peut prêter à aucune discussion et lorsqu'en outre ses dispositions ne sont en contradiction avec aucune autre disposition en vigueur ayant valeur juridique égale, le juge (...) ne se livre pas à une fantaisie interprétative, il applique strictement ce texte ».¹³

D'autres juridictions ont une lecture relativement dynamique de leur mission de contrôle de constitutionnalité, notamment dans les modèles américain et mixte de justice constitutionnelle. L'interprétation est conçue comme un acte de volonté. Le contrôle reste concret et peut être effectué généralement *a posteriori*. Le demandeur doit être directement lésé par la violation de la constitution et peut saisir, à cet effet, le juge constitutionnel (Bénin, Gabon, Cap Vert, Allemagne, Portugal ou Espagne)¹⁴. Le contrôle de constitutionnalité peut être décentralisé et confié à tout juge dans les Etats où le constitutionnalisme social est marqué à travers les litiges d'intérêt public (« *public interest litigation* ») répandus en Asie (Inde, Malaisie, Pakistan et Bangladesh)¹⁵, en Amérique latine (Argentine, Colombie et Brésil) et dans les pays africains de tradition anglophone (Kenya, Nigeria, Ghana ou Afrique du Sud¹⁶).

Pour cerner les techniques d'interprétation utilisées par le juge constitutionnel sénégalais-lesquelles ne font pas l'objet d'une codification préétablie- il faut se référer à la fois aux textes et à la jurisprudence même si celle-ci reste faible¹⁷. En effet, le contentieux constitutionnel est centré sur la distribution du pouvoir normatif. Le contentieux des droits fondamentaux est presque inexistant¹⁸.

Toutefois, il existe une méthodologie commune à l'ensemble de la famille du droit, à tous les interprètes pour l'application des textes juridiques.

¹²L'interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Benin, du Mali, du Niger et du Sénégal, thèse, UCAD, février 2020, p. 18 .

¹³R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 1, Dalloz, 2007, p. 348

¹⁴L.Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, 14^{ème} édition, 201, p.243.

¹⁵I. Sall, *Capacitation juridique et fabrique de l'État de droit. Étude sur le droit du développement*, Thèse, Université de Poitiers, 2019, p. 269.

¹⁶CCT 11/00 du 4 octobre 2000, Government of RSA v. Grootboom and others, 2001 (1) SA 46 (CC), <http://www.concourt.gov.za/2000/grootboom.sthml>. Consulté le 12_08_2020 ; T S N Sall, *La justice constitutionnelle en Afrique : étude comparée de l'Afrique du Sud, du Bénin et du Sénégal*, thèse, UCAD, 2020, p.403 ; B.Ba, « La convergence des offices juridiques en matière constitutionnelle : regards croisés entre l'Afrique et l'Amérique latine », Afrilex, mai 2019.

¹⁷La jurisprudence constitutionnelle est accessible en ligne in <https://conseilconstitutionnel.sn/>

¹⁸ Conseil constitutionnel, *Recueil des Décisions, janvier 1993-mars 1999*, février 2020, p.590. B. Kanté, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », *op cit*, p. 158.

Il est possible alors d'opérer une classification des techniques d'interprétation. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, l'alternative classique se traduit par la conformité ou la non-conformité, la validation ou l'invalidation de la loi examinée. On est en face d'un contrôle de constitutionnalité, terme à terme, codifié pour l'essentiel. Le juge utilise des méthodes de raisonnement usuelles. C'est la conception classique de la séparation des pouvoirs qui se traduit généralement par le syllogisme judiciaire. Le juge sénégalais, comme dans la pensée de Montesquieu, est la bouche de la loi. Il interprète, de façon stricte, ses titres de compétence. Ces techniques de raisonnement sont objectives et aboutissent à une logique décisive de censure ou de non censure. Par un contrôle de constitutionnalité externe, la juridiction constitutionnelle veille au respect strict de la répartition des compétences et aux procédures d'adoption des lois. Le juge suprême¹⁹, dès le début des Indépendances a indiqué que « le législateur ne peut être réputé avoir délégué au pouvoir réglementaire (...) les prérogatives qu'il tient de la Constitution »²⁰.

A la suite de la vague de démocratisation des années 1990, le pouvoir normatif du juge s'affirme progressivement. Le ton est lancé dès 1993 lorsque le Conseil constitutionnel sénégalais déclare que « ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions, n'autorisent le Conseil compétent en l'espèce, à s'abstenir de régler le différend porté devant lui ; qu'il doit 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'Etat de droit et avec l'intérêt commun »²¹. En empruntant au juge administratif ses techniques de contrôle, le juge constitutionnel adopte une démarche opératoire, pédagogique et pragmatique en évitant les sanctions immédiates. Il recherche la volonté du législateur. En faisant de l'interprétation un acte de volonté, il s'appuie sur la technique du standard (contrôle de proportionnalité, bilan coût-avantage, erreur manifeste ou influence déterminante) et formule des injonctions adressées au législateur²². Le juge constitutionnel peut même réécrire la loi par des réserves d'interprétation en se gardant d'annuler toute loi inconstitutionnelle.

¹⁹ La Cour suprême du Sénégal, créée en 1960 (Ordonnance n° 60-17 du 3 Septembre 1960 portant Cour suprême du Sénégal JORS n°3434 du 30 Mars 1960, p. 430), a été supprimée en 1992 (V. : El H. Mbodj, « Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, juillet- décembre 1995 pp.13-39) et restaurée en 2008 (Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême, J.O.R.S. n° 6420).

²⁰ Commissariat à l'Urbanisme et à l'Habitat (CS. Sect. réunies, 5 mars 1963).

²¹ Décision 5/ 93 du 2 mars 1993, Transmission des procès-verbaux à la commission nationale de recensement des votes, in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, op.cit., pp. 39-43. Décision n° 91/2005 du 12 février 2005, Loi d'amnistie, *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, op.cit., pp. 373-376.

²²S. A. Ndiaye, « Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel en Afrique noire francophone », *Annales africaines*, Nouvelle série, Volume 1, n° 10, Avril 2019, p. 3 et suivants.

Ainsi, il sera étudié, en premier lieu, les techniques traditionnelles de contrôle (I). En second lieu, les techniques nouvelles de contrôle seront abordées(II).

I Les techniques traditionnelles d'interprétation

Ces techniques traduisent la conception kelsenienne de justice constitutionnelle. La juridiction constitutionnelle ne se donne pas de marge de manœuvre. Par une interprétation stricte de la constitution, le juge choisit la déclaration de conformité (A) ou celle de non-conformité (B).

A La déclaration de conformité

La technique de conformité permet de garantir le principe de constitutionnalité. Il faut aborder le périmètre des normes concernées (1) et évoquer les cas de déclarations de conformité discutées (2).

1 Le périmètre des normes concernées.

Dans le modèle kelsenien de justice constitutionnelle, le droit constitutionnel est prononcé par la juridiction constitutionnelle spécialisée. Le Conseil constitutionnel a une compétence exclusive et expresse pour contrôler la constitutionnalité des lois et des accords internationaux dans le cadre de la voie d'action ou de la voie d'exception²³. Le Conseil constitutionnel sénégalais insiste particulièrement sur ses prérogatives posées à l'article 92 de la constitution en s'adressant à la Cour suprême en 2014²⁴ et en 2017²⁵. Ainsi, il affirme avec autorité: « *Considérant cependant que l'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution échappe totalement à l'emprise de la Cour suprême : cette mission est expressément et exclusivement dévolue au Conseil constitutionnel conformément à l'article 92 de la Constitution...* »²⁶. Pour la haute juridiction constitutionnelle, la Cour suprême a « *dépassé les limites de sa compétence* » et a « *empiété sur celle du Conseil constitutionnel* »²⁷.

²³Article 92 de la Constitution. L'article 1^{er} la loi organique 2016-23 précise que le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des lois, sur le caractère réglementaire des dispositions de forme législative, sur la recevabilité des propositions de loi et amendements d'origine parlementaire, sur la constitutionnalité des engagements internationaux, sur les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême, sur les conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

²⁴Décision n°1/C/2014 du 13 mars 2014, Exception d'inconstitutionnalité des lois 81-53 sur la répression de l'enrichissement illicite et 81-54 portant création de la Cour de répression de l'enrichissement illicite du 10 juillet 1981.

²⁵ CC, 9 janvier 2017, *Conformité de la loi organique sur la Cour Suprême*, décision n. 3-C-2017.

²⁶Décision n°1/C/2014 du 13 mars 2014, Exception d'inconstitutionnalité des lois 81-53 sur la répression de l'enrichissement illicite et 81-54 portant création de la Cour de répression de l'enrichissement illicite du 10 juillet 1981.

²⁷*Ibidem*.

Le périmètre des normes susceptibles d'être soumises à la déclaration de conformité appelle trois observations majeures.

D'abord, l'intensité du contrôle de conformité dépend de la nature de la norme contrôlée. Les lois font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité strict, notamment celles qui ont un caractère organique. Le contrôle est déclenché sur saisine du Président de la République. Par nature, suivant les dispositions de l'article 78 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, les lois organiques sont toujours adoptées à la suite d'une invitation expresse du constituant ; elles sont votées et modifiées à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale ; leur promulgation suppose un contrôle obligatoire de conformité à la constitution et les matières qui doivent figurer dans une loi organique ne peuvent faire l'objet de délégation. On note aussi un renouveau du contrôle obligatoire de constitutionnalité des lois organiques facilité par sa restauration à travers la loi 2016-10 du 5 avril de 2016 portant révision de la constitution. En effet, ce contrôle avait disparu du texte de la Constitution du 22 janvier 2001. Le juge, qui avait tendance à déclarer automatiquement les lois organiques conformes à la Constitution²⁸, semble infléchir sa jurisprudence par un examen plus rigoureux de ces normes qui occupent une place singulière dans le bloc de constitutionnalité. Ce régime juridique des lois organiques se comprend aisément puisqu'elles traduisent, dans l'ordonnement juridique, des règles qui, normalement, devraient figurer dans la constitution.

La procédure d'adoption de la loi est rigoureusement contrôlée. Ainsi, dans la Décision n°2/C/2016 du 11 juillet 2016²⁹, à propos de la loi organique relative au Conseil constitutionnel, le juge précise que ce texte a été voté avec 107 voix pour ; 1 voix contre et 3 abstentions. « *Considérant que l'Assemblée nationale compte 150 membres ; que la majorité absolue des membres la composant étant de 76 voix, l'adoption a été conforme à l'article 78 de la Constitution* »³⁰.

Dans le fond , tous les articles de la loi organique sont contrôlés. Le juge examine si chaque disposition a une base constitutionnelle. Il confronte directement ou indirectement les dispositions de la loi organique à la constitution et aux principes à valeur constitutionnelle. S'agissant des conventions internationales, elles sont aussi soumises à la vérification de constitutionnalité. Il s'agit plutôt d'un contrôle de compatibilité. L'idée est de voir si la

²⁸I. M.Fall, « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique francophone : réflexion sur une norme particulière », *RBSJA*, n° 32, 2014, pp. 169-216.

²⁹Conseil constitutionnel, *Recueil des décisions, op.cit.*, p.480.

³⁰ *Ibid*, p.482.

convention internationale ne s'écarte pas de l'esprit de la constitution. En effet, l'ordre constitutionnel ne définit pas exclusivement les conditions de formation de la norme internationale tandis que la hiérarchie entre les normes constitutionnelles et les normes internationales est encore discutée³¹.

L'une des conventions les plus importantes qui a été soumise au contrôle de constitutionnalité est sans doute le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé à Port-Louis le 17 octobre 1993. Il s'agit d'un contrôle important car selon l'article 97 de la Constitution du 22 janvier 2001, « *si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après une révision de la Constitution* ».

En l'espèce, le juge était saisi par le Président de la République afin de déclarer non contraires à la constitution les articles 14 à 16 du Traité.

Le Conseil constitutionnel pose sans équivoque la constitutionnalité de l'abandon de souveraineté congénital à l'unité de l'Afrique : « *Considérant qu'il n'en résulte cependant ni changement du statut international du Sénégal en tant qu'Etat souverain et indépendant, ni modification de son organisation institutionnelle ; que le dessaisissement de certaines de ses institutions – Cour de Cassation, mais aussi l'Assemblée nationale – n'est ni total ni unilatéral, qu'il s'agit donc en l'espèce, non pas d'un abandon de souveraineté mais d'une limitation de compétences qu'implique tout engagement international et qui, en tant que telle, ne saurait constituer une violation de la Constitution, dans la mesure où celle-ci, en prévoyant la possibilité de conclure des traités, autorise, par cela même, une limitation de compétence* »³².

Par conséquent, les articles 14, 15 et 16 du Traité qui attribuent à une juridiction internationale, comme la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), la compétence de connaître, par voie de cassation, de certaines décisions rendues en dernier ressort par les juridictions du Sénégal, ne sont pas contraires à l'article 88 de la constitution qui réserve l'exercice du pouvoir judiciaire au Conseil constitutionnel, au Conseil d'Etat à la Cour de Cassation ainsi qu'aux Cours et Tribunaux.

³¹Ch.Mb. Ndiaye, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, UCAD, 9 novembre 2016 p.85 ; A. Ondoua, « La jurisprudence internationale des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone », in O. Narey (dir.), *La justice constitutionnelle. Actes du colloque international de l'ANDC*, L'harmattan, octobre 2015, pp.293-302 ; S.N, Tall, « La justice constitutionnelle sénégalaise et le droit international public », pp. 305-323.

³²Décision ° 3/C/93 du 16 décembre 1993, Traité OHADA, In I . M. FALL (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, note. A. SALL ; *Penant*, n°827, mai-août 1998, p.232.

Au Bénin, la Cour constitutionnelle avait déjà dégagé une interprétation plus ou moins similaire en estimant que la constitution n'est pas violée³³. En revanche, au Congo, le juge constitutionnel avait considéré que la constitution serait violée si l'on concède l'exercice du pouvoir judiciaire à des autorités supranationales comme la CCJA. L'indépendance nationale serait vidée de sa substance car la fonction de juger constitue l'un des attributs de la souveraineté³⁴.

Ces décisions montrent que les juridictions constitutionnelles, dans le contrôle de constitutionnalité des conventions internationales, privilégient une interprétation téléologique et finaliste en lieu et place d'une interprétation exégétique. On pouvait valablement penser que les dessaisissements normatif et juridictionnel (par les attributions de la CJA³⁵) sont contraires aux dispositions de la constitution qui confèrent l'exercice du pouvoir judiciaire aux juridictions nationales³⁶.

Secundo, certaines normes sont exclues du champ de la déclaration de conformité. On sait que pour les lois constitutionnelles, le Conseil interprète strictement ses titres de compétence en les excluant de son champ de contrôle. Le juge affirme constamment son incompétence à apprécier la conformité des lois de révision à la Constitution³⁷.

³³ Décision DCC 19-94 DU 30 JUILLET 1994, Président de la République, Contrôle de constitutionnalité du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

³⁴ *Cour suprême du Congo, Avis n°37/CS/98 du 1er octobre 1998, note P. MOUDOUDOU, Penant, janvier-mars 2002* ; B. Bouumakani, « La Constitution congolaise et le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique », *Penant (Revue trimestrielle de Droit africain)*, n° 836, 2001, pp. 202-220.

³⁵ Elle a la compétence de connaître certaines décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales.

³⁶ Dans le même sens, l'Accord entre le Sénégal et l'Union Africaine pour la création des Chambres africaines extraordinaires (CC, 2 mars 2015, *Affaire Hussein Habré*, décision n. 1-C-2015) et l'Accord de siège Sénégal – BCEAO (CC, 8 février 2001, , Décision n. 4-C-2000) ont été déclarés non contraires à la constitution.

³⁷ Décision n° 44/98 du 09 octobre 1998, *Suppression de la limitation des mandats présidentiels et du quart bloquant in Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op.cit.*, pp. 213-215, note I. Diallo ; Décision n° 53/98 du 9 octobre 1998, *Suppression de la limitation des mandats présidentiels et du quart bloquant. Le Conseil, pour quelques heures de retard, déclare la requête irrecevable pour forclusion in Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op.cit.*, pp. 237-239 ; Décision n° 75 / 2000 du 9 novembre 2000, *Sollicitation de l'avis du conseil constitutionnel sur le projet de loi constitutionnelle devant être soumis au référendum, in Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op.cit.*, pp. note A. Gueye ; Décision n°76/2000/ du 16 novembre 2000, *Sollicitation de l'avis du conseil constitutionnel sur un projet de décret organisant un référendum et un autre portant convocation du corps électoral , in, Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op. cit.* p. 318. note. A. Sall. Le juge déclare qu'il « ne peut examiner ni l'aspect politique, ni l'aspect de la constitutionnalité des dispositions du projet de Constitution. Mais sous l'angle du droit en général, il peut faire quelques observations tendant à améliorer le texte du projet de Constitution ». V : dans le même sens : Décision 90/2003 du 1^{er} juin 2003, *Loi constitutionnelle instituant le Conseil de la République pour les affaires économiques et sociales, in Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op. cit.* pp. 371-372 ; Décision n°93/2005 du 7 Septembre 2005, *Incompétence du Conseil pour donner un avis sur la prorogation du mandat des députés, in Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais, op.cit.*, pp. 385 et s ; Décision n°1/C/2018 du 9 mai 2018, p.614.

Ailleurs, le contrôle de constitutionnalité des lois de révision est bien établi. Au Mali, en 2001, la Cour constitutionnelle avait contrôlé la loi de révision de la Constitution en y interdisant toute modification relative à la forme républicaine, à la laïcité et au multipartisme³⁸. Au Bénin³⁹, au Burkina, au Niger, au Tchad, au Congo-Brazzaville, de façon plus prononcée en Afrique du Sud, la juridiction constitutionnelle est un acteur dans le processus de révision de la Constitution puisqu'elle peut même créer des « principes qu'elle considère comme de nature à limiter le pouvoir constituant »⁴⁰.

La jurisprudence constitutionnelle qui confère une immunité juridictionnelle aux lois de révisions de la constitution s'applique aussi aux résolutions des assemblées parlementaires. Récemment, le Conseil constitutionnel a rejeté la requête des députés de l'opposition contre la levée de l'immunité parlementaire de M. Ousmane Sonko. Les députés avaient considéré que la résolution était entachée d'inconstitutionnalité parce que la Commission *ad hoc* est irrégulière dans sa composition et que la violation des droits de la défense devrait être constatée. Le juge motive sa décision par ses compétences d'attribution et le caractère non législatif et normatif des résolutions qui concernent la vie intérieure des assemblées. Le Conseil constitutionnel estime qu'il n'a pas le pouvoir de « *statuer sur la procédure par laquelle l'Assemblée nationale adopte la levée de l'immunité parlementaire d'un député* » ; il ne peut « *contrôler la conformité à la constitution de la résolution adoptée à cet effet* »⁴¹. En réalité, les règlements intérieurs ne sont pas uniquement des actes à vocation interne. Il existe plusieurs résolutions pouvant faire grief à des droits et libertés et qui ne sont pas justiciables. On peut penser alors à un déni de justice⁴².

Tertio, la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle une forte tendance à déclarer les lois et les conventions internationales conformes à la Constitution. Ainsi, dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité, comme le remarque Boubacar Ba, « *à l'examen synthétique des décisions intervenues de fond sur le contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité, les décisions de conformité (7) sont bien plus nombreuses que celles de non-conformité (1*

³⁸ Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001.

³⁹ Pour la Cour constitutionnelle du Bénin, proroger le mandat des députés arrivé à terme, constitue une violation du « *consensus national* » qui est un « *principe à valeur constitutionnelle* » ; Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

⁴⁰ S.A. Atsimou, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », RFDC 2017/2 N° 110 p. 287.

⁴¹ Décision n° 1/C/21 du 17 mars 2021.

⁴² Dj. Ouédraogo, « Le contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires dans les Etats de l'Afrique de l'ouest francophone », RFDC « 2019/1 n° 117, p. 125.

seule) »⁴³. Ainsi, la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel⁴⁴, la loi n° 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique⁴⁵, la loi 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des Collectivités territoriales⁴⁶ ont été jugées conformes à la Constitution. Le juge a également estimé que les lois 81-53 sur la répression de l'enrichissement illicite et 81-54 portant création de la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite du 10 juillet 1981 ne sont pas contraires à la Constitution⁴⁷.

Ces déclarations de conformité pour des lois déjà entrées en vigueur expriment-elles une production législative de qualité ou un contrôle modeste exercé par la juridiction constitutionnelle ? Le juge se met peut être dans une position de « préservation des situations juridiques déjà stabilisées, si bien qu'il paraîtrait aventureux de les remettre en cause par une déclaration de non-conformité »⁴⁸.

Il faut tout de même signaler que certaines déclarations de conformité sont curieuses parce qu'elles font émettre des doutes quant à leur conformité à la constitution.

2) Les déclarations de conformité discutées

Certaines déclarations de conformité à la constitution sont discutables. On prendra ici deux exemples.

Dans la Décision n°1 C 2020 (affaire n°1 C 2020 du 24 février 2020), le Conseil déclare l'article 9 alinéa 2 de la loi organique relative aux lois de finances, qui définit le régime juridique des taxes parafiscales, conforme à la constitution. Selon l'article 9 de la loi organique, les taxes parafiscales sont créées par voie réglementaire alors qu'aux termes de l'article 67 de la constitution, le régime juridique des impositions (impôts, prélèvements sociaux, taxes ou taxes parafiscales) est toujours défini par le législateur. Le juge constitutionnel sénégalais dès 1962 avait posé ce principe de la création législative des taxes parafiscales⁴⁹. En outre, selon l'article 3, alinéa 2, de la Directive n° 06 /2009/ CM/ UEMOA du 26 juin 2009 portant loi organique

⁴³ V : B. Ba, « Présentation de l'exception d'inconstitutionnalité : le dénouement », Communication prononcée au Séminaire du Conseil constitutionnel sur l'exception d'inconstitutionnalité, 4 et 5 décembre 2020, p.7.

⁴⁴ Décision n°2/C/2012 du 6 décembre 2012 du Conseil constitutionnel sénégalais (Affaire Ndiaga Soumaré Contre/Etat du Sénégal, exception d'inconstitutionnalité soulevée contre l'article 8 du Statut des douanes).

⁴⁵ Affaires N° 3/C/96 et 4/C/95 du 19 juin 1996, *Moussa Ouattara et autres et Djim Momar Kébé et autres, in Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal, op. cit.*, p.127.

⁴⁶ Affaire N° 1/C/19 du 25 avril 2019, « Entente CADAK-CAR.

⁴⁷ Affaire N° 1/C/2014 du 3 mars 2014, Karim Meissa Wade.

⁴⁸ B. Ba, « Présentation de l'exception d'inconstitutionnalité : le dénouement », non publié, pp.8-9.

⁴⁹ Cour suprême, arrêt du 3 mai 1962, JORS 29 mai 1962, p. 858.

relative aux lois de finances au sein de l'UEMOA⁵⁰, « *Les dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, qu'elles soient perçues par l'Etat ou affectées à d'autres organismes publics, sont du domaine de la loi* ». Enfin, par la loi n°2018-29 du 19 décembre 2018 portant loi de finances pour 2019, « les prélèvements » qui relevaient jusque-là du domaine de la parafiscalité sont désormais perçus au profit du budget de l'Etat »⁵¹.

Les taxes parafiscales sont des impositions affectées à des organismes ayant des fonctions économiques et sociales identifiées. L'article 9, alinéa 2, de la loi organique qui autorise leur création par voie réglementaire s'écarte des dispositions de l'article 67 de la Constitution sénégalaise.

Un second exemple de déclaration de conformité controversé peut être trouvé dans la Décision n°2 C 2018 du 2 juillet 2018. On sait que « *n'importe quel citoyen n'a pas le droit de poser sa candidature à la Présidence de la République (...)* »⁵². L'article 28 de la Constitution pose les conditions de fond à remplir pour pouvoir prétendre à la fonction présidentielle. Aussi, est-il indiqué : « *Tout candidat à la Présidence de la République doit être exclusivement de nationalité sénégalaise, jouir de ses droits civils et politiques, être âgé de trente-cinq (35) ans au moins et de soixante-quinze (75) ans au plus le jour du scrutin. Il doit savoir écrire, lire et parler couramment la langue officielle* ». La loi n° 2018-22 du 04 juillet 2018 portant révision de la Loi n° 2017-12 du 18 janvier 2017 portant Code électoral est modifiée et déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel sénégalais⁵³. L'article 157 dans sa nouvelle mouture précise : « *Tout sénégalais électeur peut faire acte de candidature et être élu, sous réserve des conditions d'âge et des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi* ». Ces modifications appellent des remarques générale et spécifique.

Désormais, tout candidat doit être électeur, c'est-à-dire matériellement être inscrit sur les listes électorales. La qualité d'électeur confère le droit de participer à une élection. Théoriquement au plan strictement juridique, on peut être électeur et ne pas être candidat (cas du citoyen normal). Pour être électeur, membre du collège électoral, il faut s'inscrire sur les listes électorales. Or, selon l'article 31 du Code électoral « *Ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale pendant un délai de cinq (05) ans à compter de la date à laquelle la condamnation*

⁵⁰ Directive déjà citée.

⁵¹ Exposé des motifs de la loi de finances.

⁵² Maurice Duverger, V. *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1973, p.139.

⁵³ Décision n° 2/C/20 18 du 02 juillet 2018 précitée.

est devenue définitive, les condamnés soit pour un délit visé à l'article L31, troisième tiret, à une peine d'emprisonnement sans sursis égale ou supérieure à un mois et inférieure ou égale à trois (3) mois ou à une peine d'emprisonnement avec sursis égale ou supérieure à trois (03) mois et inférieure ou égale à six (6) mois, soit pour un délit quelconque à une amende sans sursis supérieure à 200.000 FCFA, sous réserve des dispositions de l'article L.30 ». C'est pourquoi, les requérants soutiennent que l'article L.157 se substitue au texte constitutionnel parce qu'il pose une condition supplémentaire par rapport à l'article 28 de la Constitution. Pour le Conseil constitutionnel, l'article L57 « ne fait que rappeler les conditions de l'éligibilité dont la première (...) la plus générale est relative au droit de vote, ne pouvant être élus que ceux qui sont titulaires de ce droit ; qu'en ne faisant qu'exprimer une condition résultant implicitement mais nécessairement de l'article 28 de la Constitution, cette disposition n'est pas contraire à celui-ci »⁵⁴. S'agit-il, pour reprendre une formule consacrée, d'une « fraude à la Constitution »⁵⁵, c'est à dire d'un contournement de l'article 28 de la Constitution ? Pour la juridiction constitutionnelle, en ajoutant la qualité d'électeur comme élément d'éligibilité, l'article L 57 ne fait « qu'exprimer une condition résultant implicitement mais nécessairement de l'article 28 de la Constitution, cette disposition n'est pas contraire à celui-ci »⁵⁶.

L'argumentaire du Conseil constitutionnel, pour déclarer conforme à la constitution, l'article L57 laisse l'observateur perplexe. Le juge considère que la qualité d'électeur résulte « implicitement mais nécessairement » de l'article 28 ainsi libellé : « Tout candidat à la Présidence de la République doit être exclusivement de nationalité sénégalais, jouir de ces droits civils et politiques, être âgé de trente-cinq ans (35) au moins de soixante-quinze (75) ans au plus le jour de scrutin. Il doit savoir écrire, lire et parler couramment la langue officielle ». Le Conseil constitutionnel voulait-il signifier que les personnes visées à l'article 31 du Code électoral ne jouissent pas de leur droits civils et politiques ?

Le juge a utilisé une méthode d'interprétation déductive. Celle-ci permet de déduire du texte, la norme applicable pour les situations non consacrées formellement ; en cela elle a la vertu de combler des vides juridiques pour des cas non prévus⁵⁷. Cependant, cette méthode

⁵⁴ Considérant 32.

⁵⁵S.M. Ouédraogo. *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire*, thèse, Université Bordeaux, 2011.

⁵⁶ Considérant 32.

⁵⁷P.M. Diop, *L'interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone. Les cas du Bénin, du Mali, du Niger et du Sénégal*, thèse 2020, *op.cit.*, p. 235. V : aussi, Stefan Goltwberg, « Esquisse de typologie de l'argumentation juridique », in *Revue internationale de Sémiotique juridique* 2008/21, pp. 363-37.

d'interprétation n'est envisageable que lorsque la solution pour trancher la question de constitutionnalité ne figure pas *express verbis* dans la constitution. Un texte clair s'applique littéralement : *Interpretatio cessat in claris*. Lorsque le texte est clair, le juge doit l'appliquer littéralement parce qu'il traduit exactement et fidèlement la volonté de son auteur. En outre, le droit électoral est dominé par le principe constitutionnel de liberté de la candidature. Le juge sénégalais avait déjà posé que « *les règles relatives aux inéligibilités comme celles qui établissent les limitations à la candidature doivent toujours faire l'objet d'une interprétation restrictive et ne doivent être étendues à des cas non expressément prévus* »⁵⁸.

Ici, l'interprétation littérale devrait être privilégiée d'autant plus que la qualité d'électeur n'est pas conférée automatiquement. Une comparaison de l'article L57 à l'article 28 de la Constitution montre que la qualité d'électeur ne figure pas littéralement dans le texte constitutionnel ; elle n'est pas une condition d'éligibilité à l'élection présidentielle. Sans la révision de l'article 28 de la Constitution qui détermine le noyau dur des règles d'éligibilité à l'élection présidentielle⁵⁹, on peut penser que la Charte fondamentale est contournée par le Code électoral. En ajoutant une condition nouvelle pour être candidat à l'élection présidentielle, l'article L57 peut-il être déclaré conforme à la constitution ?

B La déclaration de non-conformité

Aux termes de l'article 74 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut être saisi d'un recours visant à déclarer une loi inconstitutionnelle. La non-conformité est déclarée à la suite d'une inconstitutionnalité externe (1) ou interne (2).

1 La non-conformité pour inconstitutionnalité externe

La non-conformité constitue une sanction de l'inconstitutionnalité. Elle peut être assimilée à l'annulation d'un acte administratif en droit administratif. Si le Conseil relève dans la loi une violation de la constitution qui n'a pas été évoquée, il a l'obligation de soulever d'office l'inconstitutionnalité⁶⁰.

L'article 16 de la loi organique 2016-23 précise que le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des lois, des engagements internationaux, sur les exceptions

⁵⁸V. Considérant 7 de la Décision n° 33/98, 1/E/98 et 2/E/98, du 9 avril 1998, *Acceptation de candidatures de la Coalition USD Jëf Jël URD aux législatives*, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁹ Les conditions se rattachent à la personnalité du candidat.

⁶⁰ Article 17.3 de la loi 2016-23.

d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour d'Appel, la Cour suprême ainsi que sur les conflits de compétence entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ainsi, la déclaration de non-conformité s'exerce à l'occasion du contrôle par voie d'action et par le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité⁶¹. Le contrôle par voie d'action s'exerce avant l'entrée en vigueur de la norme. Il est réservé à certaines autorités aux termes de l'article 74 de la Constitution⁶². La voie d'exception est rarement utilisée par les justiciables puisque depuis sa création en 1992, « seules onze (11) décisions ont été rendues en 28 ans »⁶³.

Qu'il s'agisse de la voie d'action ou de la voie d'exception, l'incompétence est le premier moyen de légalité « externe »⁶⁴ invoqué pour demander l'annulation d'une loi contraire à la Charte fondamentale⁶⁵. L'incompétence négative signifie que le législateur n'épuise pas ses titres de compétence. Le juge constitutionnel sanctionne « *le renvoi par le législateur à des autorités administratives* », la fixation « *des règles garantissant le respect d'exigences constitutionnelles relatives notamment, aux droits et libertés fondamentaux* »⁶⁶. Autrement dit, le législateur ne doit pas renoncer à exercer sa compétence. Selon le juge constitutionnel sénégalais, « *le législateur ne peut être réputé avoir délégué au pouvoir réglementaire (...) les prérogatives qu'il tient de la Constitution (...)* »⁶⁷. On considère que lorsque l'organe parlementaire n'épuise pas sa compétence, il « *y a transfert du pouvoir législatif au profit de l'autorité gouvernementale ou administrative* »⁶⁸, elle « *abandonne sa compétence* ». Il s'agit

⁶¹L'exception d'inconstitutionnalité emprunte la forme d'une question préjudicielle en droit sénégalais. L'article 22 de La loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel indique, à cet effet, que l'exception d'inconstitutionnalité n'est envisageable que dans l'hypothèse où « *la solution d'un litige porté devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution* ».

⁶² Le Conseil constitutionnel peut être saisi, par le Président de la République, dans les six jours francs qui suivent la transmission à lui faite de la loi définitivement adoptée ou par un nombre de député au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée nationale dans les six jours francs qui suivent son adoption définitive.

⁶³A. Kh.Diop, « La particularité de l'exception d'inconstitutionnalité sénégalaise : une analyse à la lumière du contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité en Afrique francophone », *Annales africaines, Nouvelle Série* Volume 2 , décembre 2020, n°13, p.61.

⁶⁴ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} ed, 1999, p.131.

⁶⁵ Conseil constitutionnel, Décision 8 DC du 11 août 1960, *Redevance Radio- Télévision*, in L. Favoreu et L. Philip *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 9^{ème} ed, 1997, pp. 87-104.

⁶⁶ Cf. B. Mathieu, « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs* n°114-2005 p.7 ; L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12^e ed, Dalloz, 2003, n°15-23.

⁶⁷ CS. Sect. réunies 25 novembre 1961, *Ordre des médecins et ordre des pharmaciens*, RIPAS n°23-24, op.cit., pp. 85-86 ; CS. Sect. réunies, 5 mars 1963, *Commissariat à l'urbanisme et à l'Habitat*, *Ibid.*, pp. 89-90.

⁶⁸ A Sall, note sous Cons. const. 27 juillet 1994, *Modification du Statut des magistrats in Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, op. cit., p.119 ; voir dans le même sens : Cons. const. Décision n° 1/ C/ 2005 du 12 février 2005, *Loi d'amnistie*, *ibid.*, pp.473-478, note, A. Dieye. Ici, le juge considère qu'en « *laissant au pouvoir réglementaire la compétence pour prendre les mesures individuelles de réintégration* », suite à une loi d'amnistie, le législateur a exercé contrairement à l'argument des saisissants, pleinement sa compétence.

d'un refus implicite de « légiférer ». Dans la Décision n° 1/C/19 du 25 avril 2019, *Entente CADA-K-CAR*, le juge n'a pas retenu le motif d'incompétence négative invoqué par les requérants en se fondant sur les articles 67 et 102 de la constitution. Selon le Conseil constitutionnel, la loi « ne détermine que les principes fondamentaux de la libre administration des Collectivités territoriales, leurs compétences et leurs ressources ; qu'il en résulte que, pour ces matières, les règles de mise en œuvre sont du domaine du règlement »⁶⁹. Ainsi, pour le juge la loi peut renvoyer au règlement pour déterminer les modalités de mise en œuvre des missions relatives au nettoyage et à la salubrité dans les collectivités territoriales.

En revanche, dans la Décision n°1 /C2017 du 9 janvier 2017 (considérant 12), le juge considère que « le renvoi à un décret pour la détermination des modalités de fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature ne saurait, sans violer l'article 90 de la Constitution, viser d'autres que celles ayant pour objet de fixer les modalités techniques de fonctionnement relatives notamment à l'élection de membres , à la proclamation des résultats des élections ; à la convocation des réunions ou à la tenue des procès-verbaux des délibérations »⁷⁰. Le Conseil constitutionnel a indiqué également que les modalités de désignation des membres du Haut Conseil des Collectivités territoriales doivent figurer dans une loi organique et ne peuvent être renvoyées au règlement intérieur du Haut Conseil des Collectivités territoriales⁷¹.

Le contrôle de constitutionnalité externe permet au juge de vérifier si la loi a été confectionnée et élaborée selon les règles et principes constitutionnels. En effet, pour être conforme à la constitution, la loi ne doit pas contenir des vices de forme ou de procédure. Ce contrôle des formalités a une portée particulière en ce qui concerne certaines catégories de normes.

S'agissant des lois de révisions de la constitution, le juge constitutionnel précise que dans le cadre de la procédure prévue à l'article 51⁷², il a toute latitude pour exercer un contrôle minimum sur le projet de révision qui lui est soumis. Le champ et les modalités d'exercice sont indiqués dans les Considérants 5 et 8 de la Décision. Pour l'essentiel, le juge exerce un contrôle

⁶⁹V. Décision n° 1/ C/ 2005 du 12 février 2005, *Loi d'amnistie*, in Décisions et avis, *op.cit.* pp.473-478, note, A .Dieye.

Ici, le juge considère qu'en « laissant au pouvoir réglementaire la compétence pour prendre les mesures individuelles de réintégration », suite à une loi d'amnistie, le législateur a exercé contrairement à l'argument des saisissants, pleinement sa compétence.

⁷⁰ In Conseil constitutionnel, *Recueil des décisions*, *op.cit.*, p.523.

⁷¹ Décision n°3/C/2016 du 11 juillet 2016, in *Conseil constitutionnel, Recueil des décisions*, *op.cit.*, p.488.

⁷² Le Président de la République, après avis du Président de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel peut soumettre tout projet de loi au referendum.

qui porte sur la forme du projet de texte et la régularité de la procédure suivie pour son adoption⁷³.

En 2006, l'opposition avait formulé un recours en inconstitutionnalité contre la loi constitutionnelle n° 29/2005 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001 votée par l'Assemblée nationale le 16 décembre 2005. Les requérants avaient considéré que la procédure prescrite par l'article 103 de la constitution avait été violée⁷⁴. La double formalité procédurale de l'adoption et de l'approbation telle que prévue par l'article 103 de la constitution n'a pas été respectée. Le juge n'a pas retenu l'argument de détournement de procédure en ce que « *dans le cas de révision de la Constitution par la seule Assemblée nationale, le vote à la majorité qualifiée des trois cinquièmes réalise à la fois l'adoption et l'approbation de la loi* »⁷⁵.

On peut comprendre, dans les mêmes termes, le contrôle de la procédure des amendements. Le juge vérifie s'il n'existe pas de cavalier législatif puisque l'amendement doit avoir un lien de connexité avec le projet de loi. Pour ne pas être déclarée irrecevable, en vertu de l'article 82 de la constitution, le Conseil constitutionnel indique « *que la proposition tendant à créer ces recettes nouvelles doit être formulée, discutée et adoptée au moins en même temps que la proposition ou l'amendement dont l'adoption entraînerait soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique* »⁷⁶.

⁷³ Décision n°1/C/2016 précitée.

⁷⁴ Selon l'article 103 de la Constitution, « *le projet ou la proposition n'est pas présenté au référendum lorsque le président décide de le soumettre à la seule Assemblée nationale. Dans ce cas, le projet ou la proposition n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes (3/5) des membres de l'Assemblée nationale* ».

⁷⁵ Décision, 18 janvier 2006, *Prorogation du mandat des députés*.

⁷⁶ Décision n°1/ C/ 98 du 24 février 1998, *Amendement augmentant le nombre des députés de 120 à 140*, in *Les décisions et avis du Conseil Constitutionnel du Sénégal*, IM. Fall (dir.) CREDILA, CREPOS, 2008, pp.175-180, note A. Gueye. Décision n° 91/2003 – affaire n° 2/c/2003, *Loi organique d'origine législative n° 09/2003 du 12 août 2003 relative, 20 à l'organisation et au fonctionnement du Conseil de la République pour les Affaires Economiques et Sociales* ; Décision n° 4/ C/ 95 du 28 septembre 1995, *Prorogation du mandat des conseils municipaux et ruraux*, in *Les décisions et avis du conseil constitutionnel du Sénégal*, op.cit., pp.135-136, note A. NDiaye ; A. Dioukhané, « Le principe de la libre administration des collectivités locales », op.cit., pp. 111-115 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 4/C2001 du 11 décembre 2001, *Amendement Moussa Sy*, in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, op.cit., pp.439-443, note A.Sall. Ch Mbacké, *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, op.cit., p. 166 et s.

Enfin, pour les lois organiques, comme mentionné plus haut, les conditions dans lesquelles elles sont adoptées font l'objet d'un suivi rigoureux de la part du Conseil constitutionnel en raison de leur valeur particulière dans l'ordonnement constitutionnel.

La non-conformité peut résulter aussi d'une inconstitutionnalité matérielle ou d'une violation d'une règle de fond.

2 La déclaration de non-conformité pour inconstitutionnalité interne

L'inconstitutionnalité interne se matérialise de plusieurs manières. Il peut s'agir d'une violation de la constitution. Les règles constitutionnelles ont pour vocation de garantir le respect des droits fondamentaux et de définir le statut du pouvoir. Le rôle du juge consiste en effet à protéger l'ordre constitutionnel⁷⁷.

Les jurisprudences constitutionnelles dans lesquelles il est invoqué la violation d'un droit fondamental, se rattachant donc à « l'ordre constitutionnel social », sont quantitativement faibles⁷⁸. En l'absence de l'*amparo* espagnol, l'exception d'inconstitutionnalité qui constitue une voie de droit indirecte permettant aux citoyens d'accéder au juge constitutionnel est rarement utilisée par les justiciables.

Par Décision n°2 du 18 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré non contraire à la constitution l'article 8 (droit syndical) de la loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel des douanes. Cette exception d'inconstitutionnalité est provoquée par la décision du Directeur général des Douanes qui a notifié à M. Ndiaga Soumaré⁷⁹ « *une sanction disciplinaire de 30 jours d'arrêt de rigueur pour des faits qualifiés de « participation à une réunion publique en rapport avec des activités de nature syndicale et de prise de position de nature à jeter le discrédit sur les institutions* ». Le requérant invoquait, entre autres, la violation du droit syndical et le non-respect des droits de la défense. Le premier moyen est écarté déjà par le juge constitutionnel parce que ce droit n'est pas absolu pour les fonctionnaires investis

⁷⁷Ch. Mbacké Ndiaye, *La protection juridictionnelles de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, op.cit.

⁷⁸Arrêt du 12/12/13, Ndiaga Soumaré C/ Directeur Général des Douanes ; Décision n°2/C/2013 du Conseil constitutionnel sénégalais : Affaire Djigdiam Diop Contre/Etat du Sénégal, Exception d'inconstitutionnalité soulevée contre l'article 8 de loi n° 69-64 du 30 octobre 1969 relative au statut du personnel des douanes ; Décision n°1/C/2014 du 3 mars 2014 du Conseil constitutionnel sénégalais : Affaire Karim WADE c/ la CREI, Exception d'inconstitutionnalité soulevée contre les lois 81-53 relative à la répression de l'enrichissement illicite et 81-54 du 10 juillet 1981 relative à la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite ; Décision n°1/C/2015 du 22 Août 2015 du Conseil constitutionnel sénégalais : Affaire Hissene Habré, Exception d'inconstitutionnalité soulevée contre l'Accord du 22 août 2012 entre la République du Sénégal et l'Union africaine sur la création des Chambres africaines extraordinaires.

⁷⁹Il est membre du Comité et 2^e Vice-président de l'Amicale des Inspecteurs et Officiers de Douanes. Il avait suggéré l'adaptation du statut du personnel des Douanes aux dispositions constitutionnelles relatives au droit syndical.

de certaines missions d'autorité. Pour le second moyen relatif aux droits de la défense (sanction sans communication du dossier), l'argument est écarté par le juge de la haute juridiction parce que la sanction est analysée ici comme une mesure d'ordre intérieur⁸⁰.

La déclaration de non-conformité sanctionne aussi la méconnaissance du principe d'égalité en ce qui concerne le contrôle par voie d'action. Ainsi, selon la juridiction constitutionnelle : « *la qualité de citoyen qui ouvre le droit d'être candidat aux élections politiques, sous réserve des incapacités prévues par le Code électoral, est indivisible ; que les candidats sont égaux devant le suffrage universel ; que les principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés s'opposent à toute division par catégories des citoyens éligibles ; que la loi qui impose une distinction entre candidats en raison de leur sexe est contraire à la Constitution* »⁸¹.

Pour les mêmes raisons, c'est-à-dire la méconnaissance du principe d'égalité, l'article 4 de la loi organique modifiant l'article 69 de la loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats est déclarée non conforme à la constitution.

En effet, l'article 4 abrogeant et remplaçant l'article 69 de la loi organique n° 92-27 dispose que « *Les agents de l'Etat titulaires de la maîtrise en droit exerçant avant l'entrée en vigueur de la présente loi organique et désignés par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, pour combler le déficit du nombre de magistrats, dans certaines juridictions, peuvent, après un stage concluant de six mois dont les modalités seront fixées par décret, être nommés dans le corps des magistrats ; ceux dont le stage n'aura pas été concluant sont rendus à leur administration d'origine* »⁸². La loi donne au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le pouvoir de nomination des agents de l'Etat titulaire d'une maîtrise en droit au corps de magistrat sans l'avis du conseil supérieur de la magistrature et au bout d'un stage concluant de six mois contrairement au statut des magistrats. Le Conseil constitutionnel a estimé, à juste titre, que l'article 4 viole le principe d'égalité, de non-discrimination et d'indépendance de la magistrature.

L'inconstitutionnalité interne peut se traduire par un détournement de pouvoir lorsque le législateur édicte des normes poursuivant un but différent de l'intérêt général. Il en est ainsi

⁸⁰V. arrêt du 12/12/13, Ndiaga Soumaré C/ Directeur Général des Douanes, précité.

⁸¹Décision n°1 /C/2007 du 27 avril 2007, Loi modifiant le Code électoral pour instituer la parité dans la liste des candidats au scrutin proportionnel pour les élections législatives. La loi n°23/2007 du 27 mars 2007 avait institué la parité dans la liste des candidats au scrutin de représentation proportionnelle pour les élections législatives. Les députés de l'opposition parlementaire avaient saisi le Conseil constitutionnel sénégalais d'une requête tendant à faire déclarer inconstitutionnelle la loi sus visée au motif que « *l'accès de tous les citoyens sans distinction, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux ; (...) à tous les services publics* ».

⁸² Décision n°3 /C/94 du 27 juillet 1994.

dans la Décision n 91/2005 du 12 février 2005, *Loi d'amnistie*. La juridiction constitutionnelle indique qu'une loi d'amnistie ne peut poursuivre un but autre que d'apaisement politique ou social⁸³. En effet, pour les requérants la loi n° 01/2005 portant amnistie votée par l'Assemblée nationale le 7 janvier 2005⁸⁴ « tend à assurer l'impunité et l'injustice et non le pardon ; qu'elle constitue un détournement de pouvoir dans la mesure où son but est contraire à celui d'une loi d'amnistie ».

Pour le Conseil constitutionnel, « il ressort de l'examen des travaux préparatoires notamment de l'exposé des motifs de la loi qu'à la suite d'actes criminels ayant entraîné le décès de Babacar SEYE (...), Vice-président du Conseil constitutionnel (...), l'exploitation de ces actes crapuleux ne fait que réveiller des souvenirs douloureux pour la famille et les proches du défunt (...) qui ont le droit (...) au respect de leur nom, intimité et dignité ». L'article 2 de la loi est déclaré non conforme à la constitution puisqu'il poursuit « 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 ».

Le sort réservé à la norme déclarée contraire à la constitution est réglé par les articles 19, 20 et 22 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel. En effet, si la loi contient une disposition contraire à la constitution « inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée » (article 19). Si, en revanche, « le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, la loi peut être promulguée à l'exception de cette disposition, à moins qu'une nouvelle lecture n'en soit demandée » (article 20). Ainsi, dans la Décision n°2/C/2016 du 11 juillet 2016, *Loi organique sur le Conseil constitutionnel*, le juge décide que « la loi organique n°14 /2016 relative au Conseil constitutionnel pouvait « être promulguée à l'exception du dernier point de l'article 4 » qui introduit une discrimination fondée sur les conditions de grade exigées pour être membre du Conseil constitutionnel. Cette

⁸³Décision n°1 et 2 /C/2005 du 12 février 2005.

⁸⁴Selon l'article premier de la loi, « Sont amnistiées, de plein droit, toutes les infractions criminelles ou correctionnelles, tant au Sénégal qu'à l'étranger, en relation avec les élections générales ou locales ou ayant eu une motivation politique, situées entre le 1^{er} janvier 1983 et le 31 décembre 2004, que leurs auteurs aient été jugés ou non ». Suivant les dispositions de l'article 2, « Sont amnistiées de plein droit toutes les infractions criminelles ou correctionnelles, commises, tant au Sénégal qu'à l'étranger, en relation avec le décès de Monsieur Babacar SEYE, magistrat au Conseil constitutionnel, que leurs auteurs aient été jugés ou non ».

disposition est de « *nature à rompre l'égalité avec les autres corps de fonctionnaires éligibles* »⁸⁵.

S'il s'agit de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, lorsque le « *Conseil estime que la disposition dont il a été saisi n'est pas conforme à la Constitution, il ne peut plus en être fait application* » (article 23).

On constate, au demeurant, que les techniques classiques d'interprétation utilisées par le Conseil constitutionnel reposent sur la dualité conformité et non-conformité. Les méthodes d'interprétation du juge peuvent se satisfaire d'un simple syllogisme judiciaire. Par une démarche relativement mécanique, la loi est censurée ou déclarée constitutionnelle.

Depuis une vingtaine d'années, le Conseil constitutionnel sénégalais, à l'image des autres juridictions dans le monde, tente de changer de conception de contrôle de constitutionnalité en étant plus souple. Le binôme classique conformité ou non-conformité est critiqué. On pense que l'annulation brutale de la loi engendre des lourdeurs législatives et des contrôles à double ou triple détente, des vases et marathons législatifs visant à reprendre toute la procédure législative. Désormais, l'inconstitutionnalité n'entraîne pas brutalement l'invalidation de la loi parce que la juridiction constitutionnelle enrichit son office par de nouvelles techniques de contrôle.

II Les nouvelles techniques de contrôle

Dans le contentieux constitutionnel moderne, le juge a une démarche fonctionnelle et pragmatique par les réserves d'interprétation (A) et la technique du standard (B).

A Les réserves d'interprétation

Par la technique des réserves d'interprétation⁸⁶, le juge essaie de se démarquer de l'alternative classique « *du tout (annulation) ou rien (rejet) prévue par le texte constitutionnel* »⁸⁷. Il faut étudier le mécanisme de la réserve d'interprétation (1) et constater de ce fait que le juge devient co-législateur (2).

⁸⁵ In *Recueil des décisions*, op.cit., pp.480-484. V. aussi Décision n°3/C/2016 du 11 juillet 2016, in *Conseil constitutionnel, Recueil des décisions*, op.cit., p.488.

⁸⁶A. A D. Kébé, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats de l'Afrique francophone », *Annales Africaines, Nouvelle série*, vol.1, avril 2015, p. 255-294.

⁸⁷M.-Claire Ponthoreau, « Le pouvoir normatif du juge constitutionnel », op.cit., in <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/reflexions-sur-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel-en-europe-continentale-sur-la-base-des-cas-allemand-et-italien.51745.html> , consulté le 11 novembre 2014.

1) Le procédé de la réserve d'interprétation.

La réserve d'interprétation constitue une technique visant à sauver un texte de la censure en le déclarant conforme à la constitution à condition que l'autorité contrôlée intègre les interprétations formulées par le juge constitutionnel. Les réserves portent donc sur le texte contrôlé, en général, la loi.

En effet, dans le contentieux constitutionnel, lorsque le juge examine la disposition d'un texte, il a une attitude bien connue. La loi est déclarée soit conforme à la constitution, soit non-conforme. « La décision de constitutionnalité »⁸⁸ est bâtie sur cette alternative classique, validation / invalidation. Cette technique du juge de « *l'excès de pouvoir législatif* » limite ce dernier dans le strict respect des compétences d'attribution que lui assigne la Constitution. Elle a cependant l'inconvénient de retarder et de reporter l'entrée en vigueur de la norme contrôlée, d'instituer un système de « valse et de marathons législatifs » dans l'hypothèse notamment du contrôle à double détente, d'entretenir des tensions politiques entre les parties demanderesse et défenderesse dans le procès constitutionnel. L'invalidation brutale d'une loi par le juge constitutionnel traduit une certaine forme de « désaveu »⁸⁹ en direction du Parlement qui voit sa prétention écartée. Pour ces raisons, la juridiction constitutionnelle s'affranchit, de plus en plus, du carcan binaire traditionnel, validation / invalidation, en déclarant conforme à la Constitution la loi contrôlée à condition que le Parlement respecte les interprétations qu'elle a émises. Les réserves d'interprétation sont des décisions intermédiaires entre la « *censure totale* » et « *l'approbation totale* ». Par ce procédé, le juge constitutionnel tente d'aplanir les tensions potentielles, en conciliant des positions antinomiques, tout en sauvegardant la suprématie de la Constitution. La loi est déclarée conforme à la constitution sous la « réserve » ou « à condition » qu'elle soit interprétée dans le sens formulé par le juge constitutionnel. Ce dernier « *sauve la constitutionnalité de la loi* ». Pour y arriver, il l'apure, l'étoffe, la neutralise ou l'annihile ; il ampute certaines dispositions de la loi contrôlée ou en restreint sa portée. Le juge agit ainsi sur le substratum normatif du texte du législateur afin que les vices d'inconstitutionnalité probables ou réels qui l'affectent soient extirpés de l'ordonnement juridique. Cette nouvelle technique de contrôle est magnifiée par la doctrine qui l'appréhende comme « *une troisième voie juridictionnelle* »⁹⁰.

⁸⁸ L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 623.

⁸⁹ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 101.

⁹⁰ *Ibid*, pp. 30-95. 12

Traditionnellement, on distingue trois types de réserves d'interprétation. La réserve peut être constructive quand le juge constitutionnel ajoute au texte ce qui lui manque pour que ce dernier soit conforme à la constitution.

La réserve peut être neutralisante. Tandis que les réserves constructives étofferaient le texte contrôlé pour le rendre conforme, les réserves neutralisantes amputent les interprétations incompatibles avec la Charte fondamentale.

La dernière catégorie de réserve est directive. Elle est moins contraignante en ce sens que le juge trace juste une ligne de conduite, sous formes de recommandations, aux autorités administrative et judiciaire devant appliquer les dispositions législatives. Le Conseil constitutionnel sénégalais a utilisé 5 fois la technique de la réserve d'interprétation notamment en 1999 (1 fois), en 2016 (2 fois) et en 2017 (2 fois)⁹¹. Ainsi, par une réserve annihilante⁹², le juge signale que l'article 27 n'est conforme à la constitution qu'à condition que la réduction du mandat présidentiel ne soit pas appliquée au mandat en cours⁹³. En dehors même de l'article 27, la déclaration de conformité sous réserve a permis au juge de rappeler au législateur les exigences rédactionnelles de l'exposé des motifs⁹⁴ ; de lui indiquer des rectifications de syntaxe, de style et les bonnes références par des réserves constructives⁹⁵. Dans la Décision n°2 /C /2016 du 11 juillet 2016 (Loi organique n°14 /2016 adoptée le 28 juin 2016 relative au Conseil constitutionnel), le juge, par une réserve neutralisante, déclare que l'article 9 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel « *doit s'entendre comme excluant de la liste des membres les enseignants qu'elle vise ; que, sous réserve de considérer les enseignants comme*

V. Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, Thèse, 2007, Université Paris-X-Nanterre UFR de Sciences juridiques, administratives et politiques, in <http://tel.archivesouvertes.fr/docs/00/62/60/46/PDF/VITOTHESE1.pdf>, consulté le 10 avril 2014, p. 500.

⁹¹ Il faut signaler également les réserves d'interprétation énoncées dans la Décision n°1 /C/2017 du 9 janvier 2017 (considérant 12), *Loi organique abrogeant et remplaçant l'Ordonnance n°60-16 du 3 septembre 1960 portant Loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature* et dans la Décision n°3 /C/2017 du 9 janvier 2017, *Loi organique abrogeant et remplaçant la Loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême* (considérant 14 de la Décision n°3 /C/2017 du 9 janvier 2017).

⁹² Décision 2016 n°1 /C / 2016 du 12 février 2016, *Projet de révision de la Constitution* du 22 janvier 2001.

⁹³ V. article 3 de la Décision. La disposition prévue à l'article 27 dans la rédaction que lui donne l'article 6 du projet fait passer la durée du mandat du Président de la République de 7 à 5ans et l'applique au mandat cours.

⁹⁴ En l'occurrence, le Conseil constitutionnel explique qu'un exposé des motifs ne doit pas être personnalisé dans sa formulation en comportant des « références répétées aux réalisations du Président de la République en fonction » (considéranants 10 et 11).

⁹⁵ V. l'annexe à la Décision.

des collaborateurs, l'article 9 n'est pas contraire à la Constitution »⁹⁶. En réalité, par les réserves constructive et annihilante, fondamentalement, le juge devient co-législateur.

2) Un juge co-législateur

Il faut d'emblée préciser que les réserves d'interprétation dans la jurisprudence en Afrique ne peuvent être définies de la même façon que dans la pratique européenne. En effet, ici, elles s'écartent de la théorie générale, du droit commun des réserves d'interprétation. Celles-ci obéissent en droit constitutionnel africain à un système de rationalité qui leur est propre. Le juge est co-législateur quand il émet des réserves d'interprétation parce que ces dernières modifient, par addition ou soustraction, le texte de l'Assemblée nationale. Il agit même sous forme de « dictat législatif » et devient co-rédacteur des textes des lois et détenteur d'un certain pouvoir normatif. Cette remarque est générale et peut être observée dans quasiment toutes les jurisprudences constitutionnelles analysées.

Dans le droit commun des réserves d'interprétation, le juge établit un rapport de confiance à l'égard du législateur en l'invitant, de façon courtoise, à respecter les interprétations qu'il a dégagées. En Afrique, la méthode des réserves d'interprétation est totalement différente. En règle générale, la juridiction constitutionnelle africaine ne donne pratiquement pas de marge de manœuvre au législateur dans la correction des inconstitutionnalités décelées. Elle semble nourrir une idée de défiance à l'égard du Parlement pour le contraindre à rester dans les limites de la légalité constitutionnelle.

Dans la pratique européenne, les réserves ont pour effet d'agir sur le *sens* du texte contrôlé. Ce paradigme est au cœur des réserves d'interprétation dans les contentieux constitutionnels allemand, français, italien, portugais ou espagnol⁹⁷. Le juge utilise la réserve constructive avec une grande parcimonie. La Cour constitutionnelle italienne indique que la réserve d'interprétation doit résulter d'un « *choix constitutionnellement obligé* »⁹⁸.

En Afrique, les réserves portent sur la disposition à amputer (réserve annihilante), à ajouter (constructive) ou à substituer (réserve substitutive) afin qu'elle ne viole pas la constitution.

⁹⁶ L'article 9 prévoit la possibilité de nommer les enseignants des facultés de droit au sein du conseil constitutionnel sans préciser leur fonction

⁹⁷ D'ailleurs, certaines voient dans la réserve d'interprétation un transfert courtois du contrôle de constitutionnalité classique aux autorités administrative et juridictionnelle chargées d'appliquer les normes qui deviennent, au final, garantes du respect de la Constitution.

⁹⁸ Th. D. Manno « La Jurisprudence du Conseil constitutionnel, chronique de contentieux constitutionnel 1995 », *op.cit.*, p. 374.

I-Y. Ndiaye, « L'art de mal légiférer » (Propos irrévérencieux sur certains textes de lois) », *Revue EDJA, Revue de l'association sénégalaise de droit pénal*, juillet-décembre 1995, pp. 53-62.

Cette attitude de la juridiction constitutionnelle à l'égard du législateur peut être compréhensible. Elle a sans doute intégré les critiques de la doctrine qui a toujours regretté la faiblesse de la rigueur dans la production du droit⁹⁹.

La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle du Bénin est clairement définie : le législateur ne peut s'affranchir des dispositions constitutionnelles même s'il faut réécrire le texte qu'il a adopté. Cette typologie de décision, pratiquée aussi par la juridiction constitutionnelle centrafricaine¹⁰⁰, permet, en réalité, à la Cour constitutionnelle du Bénin d'exercer une certaine forme de « tutelle juridictionnelle législative » sur les textes produits par le Parlement. C'est pourquoi, les auteurs qualifient la Cour béninoise d'organe « *correcteur juridique attiré des députés* »¹⁰¹ ou de « *professeur de belles lettres* »¹⁰².

De même, le système de contrôle de constitutionnalité institué dans les pays de tradition française est fondamentalement *a priori*. Le contentieux constitutionnel, sauf exception, s'épuise pratiquement dès que la loi entre en vigueur. Pour ces raisons, les juridictions constitutionnelles participent à la confection de la loi en dictant au Parlement les termes de la « réécriture » du texte¹⁰³ avant que celui-ci ne soit intégré dans l'ordonnement juridique. La Cour constitutionnelle du Bénin a inauguré cette nouvelle conception des rapports entre le juge et le législateur en rejetant de façon radicale les formules de la matrice constitutionnelle avec les « *réserves sous observations* ». Il a été souligné que la Cour constitutionnelle du Bénin impose son interprétation qui se substitue à celle du législateur puisqu'elle lui enjoint « *formellement les modifications à faire* »¹⁰⁴.

Le Conseil constitutionnel sénégalais s'inspire de la pratique africaine parce que le texte est reformulé.

La technique de la réserve d'interprétation constitue donc une « *une troisième voie juridictionnelle* »¹⁰⁵. Il faut comprendre dans les mêmes termes la technique du standard parce que toute inconstitutionnalité n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la loi.

⁹⁹ B. Gueye « Le nouveau code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », in *La codification juridique dans les pays francophones, Droit sénégalais* n° 7, novembre 2008, p. 261.

¹⁰⁰ Décision n° 004/008/cc du 2 octobre 2008, Loi n° 08 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 97.031 du 10 mars 1997, *Portant Organisation et Fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature*, déjà citée.

¹⁰¹ D. Gnamou : « *La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ?* », *op.cit.*, p. 745

¹⁰² N. Médé, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, *op.cit.*, p. 347.

¹⁰³ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, *op.cit.*, p. 67.

¹⁰⁴ V: F.J.Aivo, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, *op.cit.* p. 194.

¹⁰⁵ *Ibid*, pp. 30-95. 12 ; V. Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, Thèse, 2007, Université Paris-X-Nanterre UFR de Sciences juridiques, administratives et

B La technique du standard

Le standard est un « *instrument de mesure des situations et des comportements en termes de normalité* »¹⁰⁶. Cette technique donne des pouvoirs d'appréciation au juge qui a la faculté de contrôler le pouvoir discrétionnaire du législateur par l'erreur manifeste d'appréciation (1) et le contrôle de proportionnalité (2).

1. L'erreur manifeste d'appréciation

Avec la technique du standard, le juge dégage une mesure moyenne de conduite sociale correcte pour évaluer la conformité au droit d'une action de l'administration dans le domaine des droits de l'homme¹⁰⁷. Dans ces conditions, l'erreur manifeste d'appréciation est d'abord une technique d'interprétation du juge administratif¹⁰⁸. Cette technique contentieuse est empruntée au juge administratif. Le juge de la Cour suprême dans l'arrêt *Ibrahima Diagne c/ Etat du Sénégal* a bien rappelé que le pouvoir discrétionnaire n'est pas « exclusif du contrôle juridictionnel »¹⁰⁹. L'erreur manifeste d'appréciations « *apparaît comme moyen de contrôle de l'appréciation portée par le législateur sur les faits, circonstances ou situations formant les bases de ses lois* »¹¹⁰. Il s'agit d'un contrôle minimum à l'égard du législateur parce que le juge examine si le législateur n'a pas apprécié de façon déraisonnable les faits et éléments qui sont à la base de l'acte législatif. Le juge, tout en donnant une marge de liberté au législateur pour qu'il apprécie ce qui est nécessaire, opère un contrôle minimum.

Le juge ne déclare la loi non conforme à la constitution qu'à condition que le législateur prenne des décisions inopportunes. Les restrictions apportées aux droits et libertés ne doivent pas être excessives. On peut donner l'exemple du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel sénégalais a, dès 1996, appliqué la technique de l'erreur manifeste d'appréciation¹¹¹.

Les requérants invoquaient, entre autres, la non-conformité de l'article 1^{er} de la loi de 1976 à l'article 12 de la Constitution en ce qu'il prévoit des restrictions au droit de propriété pour

politiques, in <http://tel.archivesouvertes.fr/docs/00/62/60/46/PDF/VITOTHESE1.pdf>, consulté le 10 avril 2014, p. 500.

¹⁰⁶ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op.cit., p. 61. Y. GAUDEMET, *les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972, p. 48

¹⁰⁷ B. Kanté, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », op cit, p. 164.

¹⁰⁸ D. Agasse, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruylant, Bruxelles, 1986.

¹⁰⁹ CS, 02 mars 2010, *Ibrahima Diagne contre Etat du Sénégal*.

¹¹⁰ D. Rousseau, et autres, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} édition, 2016, p.305.

¹¹¹ DCC 96-21 du 3 juin 1996 Exception d'inconstitutionnalité des articles 1 et 2 de la loi du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

cause « d'utilité publique » alors que cette notion d'utilité publique est manifestement plus large que celle de « nécessité publique » si l'on se réfère aux stipulations de l'article de la loi susvisée . Ils soutiennent que si certaines opérations visées audit article relèvent de la nécessité publique, « *d'autres, telles que l'installation, le fonctionnement et l'accomplissement des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat n'a qu'une participation minoritaire voire marginale, ne rentrent pas dans le champ de cette notion* ». Le juge déclare que la constitution proclame dans son préambule le respect du droit de propriété. Il ajoute que l'article 12 qui le garantit tempère néanmoins ce principe en disposant que l'on ne peut porter atteinte « *à ce droit que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité* ». ¹¹². Pour la juridiction constitutionnelle, ce n'est que dans « *la seule hypothèse d'une dénaturation manifeste du droit de propriété le vidant de son contenu ou en cas de non-respect des garanties constitutionnelles y relatives que le Conseil constitutionnel pourrait censurer le législateur* » ¹¹³. Le Conseil constitutionnel sénégalais avait déjà utilisé la même démarche de raisonnement un an au paravent. En l'espèce, M. M'baye, par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, avait estimé que l'article 140 C.P.P, rendant obligatoire les mandats d'arrêt ou de dépôt dans certains cas et en subordonnant la main levée de ces mandats à des conditions trop strictes, porte atteinte aux droits de la défense et à la présomption d'innocence et viole, par conséquent, la constitution. La juridiction constitutionnelle indique que « *l'article 140 CPP ne viole ni les droits de la défense, ni la présomption d'innocence ; qu'en tout état de cause, bien qu'il s'agisse de libertés fondamentales garanties par la Constitution, le législateur peut apporter des restrictions à leur exercice en invoquant d'autres principes de valeur constitutionnelle tels que la préservation de l'ordre public ou la sauvegarde de l'intérêt général, objectifs que poursuit précisément l'article soumis à l'examen du Conseil constitutionnel* » ¹¹⁴. L'erreur manifeste d'appréciation ne s'écarte pas vraiment du test de proportionnalité.

2 Le contrôle de proportionnalité

¹¹² Décision DCC 96-21 du 03 juin 1996, Exception d'inconstitutionnalité de la loi 76-67 du 02 juillet 1976, considérants 5-8, in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, op.cit., pp. 146-147.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Décision DCC 95-18 du 19 juin 1995, Exception d'inconstitutionnalité de l'article 140 du CPP, in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, op.cit., pp. 129-132., note A. Dieye.

La proportionnalité, comme l'erreur manifeste d'appréciation, permet au juge constitutionnel de faire la balance entre la protection des droits fondamentaux et la violation de la constitution. Le juge tente de concilier l'intérêt général et les droits fondamentaux. Elle renvoie à l'idée de nécessité (but poursuivi), d'adéquation (moyens) et d'équité. Le juge cherche à voir s'il existe un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général poursuivi par l'État (ou la nécessité de sauvegarde de l'ordre public) et les impératifs de protection des droits fondamentaux de l'individu¹¹⁵. La proportionnalité constitue donc une condition de constitutionnalité des restrictions apportées aux droits fondamentaux. Il faut convenir avec Jellinek que « *le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec canon* »¹¹⁶. Dans la jurisprudence constitutionnelle africaine, le contrôle de proportionnalité porte fondamentalement sur les droits fondamentaux, le droit électoral et les finances publiques¹¹⁷. La proportionnalité a pour effet de voir si la loi ne contient pas de dispositions qui portent atteinte de façon excessive aux droits fondamentaux eu égard aux objectifs que poursuit et recherche le législateur.

La technique de proportionnalité n'est pas abondante dans la jurisprudence constitutionnelle sénégalaise¹¹⁸. Dans le domaine électoral en revanche, le juge a recours à l'interprétation finaliste et utilise la technique de l'influence déterminante. Il doit garantir la sincérité du vote et agir dans des délais très brefs. La doctrine du juge constitutionnel est claire. Seules les irrégularités qui entraînent des doutes sur les résultats du scrutin sont sanctionnées. Le Conseil constitutionnel vérifie tout simplement si la majorité s'est exprimée correctement et que les vices invoqués par les requérants ne soient pas substantiels au point d'affecter la sincérité du scrutin.

Les requérants invoquent fréquemment les irrégularités relatives au déplacement de bureaux de vote, à l'absence totale d'isoloir dans certains lieux de vote, à l'utilisation d'encre non indélébile, à la transmission de procès-verbaux des bureaux de vote par des personnes non habilitées, etc.¹¹⁹. Le juge opère un test de proportionnalité. Il apprécie s'il est adéquat,

¹¹⁵K. Hounaké, L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin, RTSJ p. janvier-juin 2015, p.150.

¹¹⁶Cité par K.Hounaké, « L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *op.cit.*, p.150.

¹¹⁷ Y. Diallo, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle en Afrique », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n°1 janvier 2018, pp. 67-108.

¹¹⁸ Décision DCC 96-21 du 03 juin 1996, Exception d'inconstitutionnalité de la loi 76-67 du 02 juillet 1976.

¹¹⁹Décision n° 6-93 du 13/03/1993 13 mars 1993, Proclamation des résultats de la présidentielle, Décisions et avis, p. 47 et s.

nécessaire, adapté et utile, au regard des irrégularités constatées, d'annuler les opérations électorales. Ainsi, la diffusion des images d'une manifestation organisée par une autorité religieuse qui a eu lieu à Tivaouane le 19 février 1993 ne constitue pas « *une pression morale sur les électeurs, il n'est pas évident qu'elle a eu une influence déterminante sur le scrutin ayant pu porter atteinte à la liberté de vote des électeurs qui ont regardé cette émission ; qu'il n'en reste pas moins que la diffusion de cette manifestation par la Télévision, alors que la campagne électorale allait être clôturée, est regrettable* »¹²⁰.

Le contrôle de proportionnalité peut atteindre un degré plus avancé et amener le juge à créer des normes électorales en se substituant au législateur. La Décision n°8/2017 du Conseil constitutionnel sénégalais est intéressante à étudier¹²¹. Par lettre confidentielle n° 0372 en date du 24 juillet 2017, le Président de la République, se fondant sur les dispositions de l'article 92 de la Constitution¹²² et celles de l'article 2, alinéa 3 de la loi organique n° 2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel¹²³, soumet au Conseil constitutionnel une demande d'avis sur l'éventualité de «... *permettre aux citoyens inscrits sur les listes électorales mais n'ayant pu retirer leur carte d'électeur biométrique CEDEAO, de voter sur présentation de leur récépissé d'inscription et de tout autre document administratif permettant dès les identifier, à savoir :*

- *une carte d'identité nationale numérisée ;*
- *une carte d'électeur numérisée ;*
- *un passeport ;*
- *un permis de conduire ;*
- *un document d'immatriculation pour les primo-inscrits non détenteurs d'un des quatre premiers documents administratif ».*

Le problème de droit à trancher n'est pas simple. Le Code électoral dispose en son article L.78, alinéa 1 : « *À son entrée dans le bureau de vote, l'électeur doit présenter sa carte d'électeur.* ». Ces dispositions excluent d'office la possibilité de voter sans la carte d'électeur. Cependant, pour le juge constitutionnel, les citoyens peuvent voter avec d'autres pièces d'identification « *en*

¹²⁰*Ibid*, p. 50. V : aussi, Décision DCC 96-21 du 3 juin 1996 Exception d'inconstitutionnalité des articles 1 et 2 de la loi du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, *op.cit.* Décision sur les affaires n°20 à 25 du 12 juillet 2012 in Recueil des Décisions, *op.cit.*, p.417.

¹²¹ Déjà citée.

¹²²Selon l'article 92 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel peut être saisi pour avis par le Président de la République... »

¹²³ Le Conseil « se prononce sur les questions qui lui sont soumises par le Président de la République en application de l'article 92, alinéa 2 de la Constitution ».

raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles se déroule le processus d'organisation des prochaines élections législatives prévues le 30 juillet 2017 caractérisées notamment par des inscriptions massives ainsi que par des lenteurs et dysfonctionnements dans la distribution des cartes d'électeurs non imputables aux citoyens eux-mêmes. ». Pour la haute juridiction constitutionnelle, en l'absence de solutions techniques, « de nombreux Sénégalais jouissant de leurs droits civils et politiques et inscrits sur les listes électorales risquent d'être privés de l'exercice ».

En se substituant à l'Assemblée nationale, le juge s'écarte des dispositions de la constitution. Il a fait recours, néanmoins, à la technique du bilan coût- avantage. C'est soit ne pas tenir les élections législatives en respectant l'article L 78 et priver les citoyens de leur droit de vote ; soit le juge se substitue au législateur en supprimant l'exigence de la carte d'électeur à l'entrée du vote en raison des circonstances exceptionnelles (inscriptions massives, lenteurs et dysfonctionnements dans la distribution des cartes d'électeurs). Les avantages (respect du droit de vote) l'emportent, dans la logique du juge, sur les inconvénients (ne pas tenir les élections législatives). Autrement formulé, l'absence de carte d'électeur n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice du droit de vote.

On peut avoir des réserves sur les techniques et méthodes de raisonnement du juge. En effet, le Conseil constitutionnel évoque la notion de circonstance exceptionnelle qu'il rattache à des lenteurs et dysfonctionnement administratifs. En droit public, les circonstances exceptionnelles, création prétorienne¹²⁴, impliquent une situation grave et imprévue (guerre, grève générale ou émeutes) mettant l'autorité publique dans l'impossibilité d'agir conformément à la règle de droit. En toute évidence, les trois conditions cumulatives pour que l'on infléchisse la légalité constitutionnelle normale n'étaient pas réunies. Ici, c'est l'administration qui est défailante dans l'organisation de l'élection.

¹²⁴ CE 28 juin 1918, Heyries.

CONCLUSION

Au demeurant, il faut constater avec Babacar Kanté que « *La Constitution n'est plus seulement la loi qui définit les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, mais elle est surtout la synthèse des valeurs fondamentales et des principes qui constituent le pacte social et politique sur lequel repose une société (...)* »¹²⁵.

L'étude des techniques d'interprétation relate parfaitement de nouvelles tendances du droit constitutionnel dans lesquelles la constitution est entendue au sens du texte et de la jurisprudence constitutionnels. Dans la Décision 2016 n°1 /C / 2016 du 12 février 2016, le Conseil constitutionnel a confronté le projet de révision aux principes généraux du droit, à l'esprit général de la Constitution (considérant 6 et 7), à la pratique et précédents constitutionnels, (considérant 27), aux principes et valeurs sur lesquels repose la Constitution (considérant 7), aux objectif à valeur constitutionnelle (considérants25) et à la tradition juridique des autres Etats similaires. Il est souhaitable que le Conseil constitutionnel- à défaut d'une révision de la constitution-étende cette jurisprudence à toutes les lois de révisions et aux actes de résolution de l'Assemblée nationale. Cela suppose dans les techniques et méthodes de raisonnement que l'interprétation soit perçue comme un acte de volonté et non pas exclusivement, comme dans la majorité des cas, un acte de connaissance.

Dakar, mars 2021.

¹²⁵ Préface in *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, op.cit., p.19.