

La convergence des offices juridictionnels en matière constitutionnelle : regards croisés entre l’Afrique et l’Amérique latine.

Boubacar BA

Docteur en Droit Public,
Enseignant-chercheur à l’UCAD
Maître-assistant (CAMES)

Introduction :

I- Une convergence dans l’activité contentieuse.

A- Le contrôle des normes

- 1- Le contrôle permanent de la loi
- 2- Le contrôle intermittent des autres normes

B- Les fonctions normatives du juge

- 1- L’interprétation créatrice
- 2- L’émergence d’un pouvoir normateur

II- Une convergence dans la politique jurisprudentielle.

A- Les droits fondamentaux

- 1- La concordance des solutions
- 2- Les fluctuations des solutions

B- La protection de l’État de droit

- 1- La protection juridictionnelle
- 2- Les entorses à la protection juridictionnelle.

Introduction :

La circulation des règles juridiques et des solutions juridictionnelles amène fondamentalement à se plier au paradigme de la globalisation du droit¹, phénomène qui répudie toute volonté de cloisonnement, de repli d'un système normatif donné sur lui-même. Le double mouvement d'évolution du droit constitutionnel, très tôt perçu et soutenu par l'école d'Aix², articulé en direction du *comparatisme* et de l'exégèse du *contentieux constitutionnel* charrie l'avantage à découvrir des « gisements » propices aux recherches en droit constitutionnel. Toutes initiatives qui visaient à matérialiser l'idée de « (re)nouveau du droit constitutionnel »³.

L'attention prêtée à d'autres systèmes normatifs, à travers le recours aux « précédents étrangers »⁴, à la métaphore du dialogue des « jurisprudences »⁵, ou bien alors au « dialogue jurisprudentiel »⁶, autorise à déceler un ensemble de *vertus* ou alors de *vices* non immédiatement visibles dans l'armature nationale, à l'effet de les corriger ou s'en inspirer pour améliorer l'existant.

La « territorialité »⁷ de la justice constitutionnelle⁸ n'est plus uniquement localisable que dans les grandes démocraties occidentales. Celles-ci, ayant eu le mérite d'avoir largement distillé le réflexe de la « défense de la Constitution »⁹ en tant que loi *supérieure, positive et obligatoire*, semblent aujourd'hui subir l'intenable concurrence d'autres univers démocratiques, jadis réfractaires¹⁰ aux

¹ V. AUBY (Jean-Bernard), *La globalisation, l'État et le droit*, Paris, LGDJ, 2010, 272 pages.

² En l'occurrence le Doyen Louis FAVOREU et toute l'école d'Aix. Notamment à travers son article programmatique : « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990-1,

³ V. *Le renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, 1783 pages. Plus globalement, se reporter à la compilation des travaux du Doyen L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Marseille, Economica, 2014, 1250 pages.

⁴ MAUS (Didier), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des Cours constitutionnelles », *RFDC*, N° 80, octobre 2009, pp. 675-695.

⁵ V. ALLARD (Julie) et VAN DEN EYNDE (Laura), « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », in *Les sources du droit revisitées*, Volume 3, Bruxelles, Ed. Anthemis, 2013, pp. 285-315.

⁶ V. SILVA MEZA (Juan), « L'internationalisation des droits de l'homme : autour de la justice mexicaine », in *Un dialogue des juges, Travaux du Sommet des Présidents des Cours Suprêmes, Constitutionnelles et Régionales, Mexico, 2012*, Mexico, Editions Aquarela Gráfica, 2014, p. 74.

⁷ VERPEAUX (Michel), « Territoire et Constitution ou les relations ambiguës entre la Géographie et le Droit », *En hommage à Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1677-1686. Peter HABERLE parle de « théorie constitutionnelle de l'espace ». V. *L'État constitutionnel*, Ed. Economica, PUAM, 2004, p. 56 ; Pour sa part, Paulo FERREIRA DA CUNHA évoque le concept de « géographie constitutionnelle ». Cf. *Traité de Droit constitutionnel. Constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales*, Ed. Buenos Books International, Coll. Humanitas, 2010, p. 31.

⁸ FROMONT (Michel), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 140 pages ; DRAGO (Guillaume), « Justice constitutionnelle », *Droits*, 2001/2 (N° 34), pp. 119-130.

⁹ Concept au contenu générique, la « défense de la Constitution » peut être le fait de nombres d'organes institués (Exécutif, Législatif, Judiciaire, autorités administratives investies de missions particulières...) ou non (le peuple en l'occurrence). L'épisode des « Printemps arabes » à partir des années 2011-2012, le prouve éloquentement. Cf. OULD BOUBOUTT (Ahmed Salem), « Le printemps des Constitutions arabes », in *Espaces du service public, Mélanges Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 479-509.

¹⁰ C'est le cas de la Cour suprême des États-Unis, qui pendant longtemps, s'était refusée à l'évocation des solutions juridictionnelles rendues sur des cas d'espèce similaires (Cf. Arrêt *Bowers v/ Hardwick*, 478 US 186, 1986). La donne semble avoir changé. Dans l'arrêt *Lawrence v/ Texas*, 539 US 558 (2003), en effet, la Cour suprême s'est autorisée à se référer à la jurisprudence des Cours européennes pour invalider une loi texane qui prohibait des relations de nature sexuelle entre personnes de même sexe. Ce qui fait dire à Marc VERDUSSEN : « Même la Cour suprême des États-Unis commence à participer à ce dialogue transnational mené au sein de la communauté mondiale des juges constitutionnels ». « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne le sera plus », *En hommage à Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1651.

valeurs du constitutionnalisme¹¹. Réceptacles de l'expansion des idéaux du droit et de la pratique contentieuse, sous diverses formes dans leurs Constitutions¹², les Etats d'Afrique et d'Amérique latine avaient à cœur de se positionner à un niveau analogue à celui des systèmes judiciaires occidentaux dont l'aura¹³ ne souffrait guère de contestations majeures. A la faveur du doublement mouvement du droit comparé¹⁴ et de la justice constitutionnelle, semble de plus en plus s'établir l'idée d'une convergence des offices des juridictionnels en Afrique et en Amérique latine.

Si le terme « *convergence* » est traditionnellement plus usité dans l'univers des sciences techniques¹⁵, il gagne de plus en plus du terrain, en droit¹⁶, à l'époque de l'intégration des grands ensembles économiques¹⁷ et de l'affirmation du droit comparé. Dans ces conditions, étudier « *la convergence des droits, c'est donc s'interroger sur le rapprochement de systèmes juridiques, qui par hypothèse, existent de manière indépendante, les uns les autres* »¹⁸. L'idée de *convergence* fait place davantage au *rapprochement*, mais ne saurait exclure l'hypothèse d'un *affrontement* qui résulterait de solutions juridictionnelles contradictoires.

¹¹ DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue après quinze années de "transition" en Afrique et en Europe », *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et libertés : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 333-348. *A contrario*, Cf. JAKHIAN (Edouard), « Constitution et culture : une rencontre incertaine », *En hommage à Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 673-683 ; PONTTHOREAU (Marie-Claire), « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et libertés : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 219-238 ;

¹² La formule de chambre constitutionnelle est adoptée par la Constitution guatémaltèque de 1983 (art.174) ; la formule de Cour constitutionnelle est prévue par l'Afrique du Sud (Constitution de 1994), le Bénin (Constitution de 1990), Colombie (Constitution de 1991), un Tribunal constitutionnel au Chili (Constitution de 1980) alors que d'autres États optent pour une Cour suprême à qui des compétences de juge constitutionnel suprême sont reconnues. C'est le cas de l'Argentine (avec la Cour Suprême de la Nation), du Brésil avec la Supremo Tribunal Federal (avec la Constitution de 1988), du Mexique (Cour Suprême de Justice de la Nation de 1917).

¹³ Notamment le prestige de la Cour Suprême américaine, celui de la Cour constitutionnelle allemande. Comme le fait remarquer A. ROUX, « (...) Si le XIX^{ème} siècle a été incontestablement celui d'une justice constitutionnelle inspirée par le système américain, le XX^{ème} siècle a vu l'apparition et le développement d'un nouveau mode de contrôle de constitutionnalité des lois devenu aujourd'hui largement dominant en Europe, et présent aussi en Amérique latine, voire en Afrique (...) ». ROUX (André), « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, sous la dir. de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Paris, Dalloz, 2012, pp. 108-109.

¹⁴ V. PONTTHOREAU (Marie-Claire), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 401 pages ; VERDUSSEN (Marc), « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne le sera plus », *En hommage à Francis DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1643-1676 ; GUSMAO (Paulo-Dourado de), « Droit comparé », *Etudes offertes à Jacques LAMBERT*, Paris, Cujas, 1975, pp.489-494. Pour Patrice GELARD, le droit comparé est un véritable service public. Cf. l'auteur, « Un véritable service public : le droit comparé », *Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON*, Tome 1, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 291-298 ; JACQUELOT (Fanny), « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *Les Petites Affiches*, N° 12, janvier 2007, 8 pages.

¹⁵ Guy CANIVET écrivait en 2003, que « La "convergence" est un terme dont on ne trouve nulle trace dans le vocabulaire juridique français. Nos souvenirs de classe de mathématiques évoquent la convergence de deux droites, qui se rapprochent d'un point unique plus ou moins proche ; c'est alors une figure géométrique. ». Cf. « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *Revue internationale de Droit comparé*, 1-2003, p. 7.

¹⁶ Cf. par exemple, BALDE (Sory), *La convergence des modèles constitutionnels. Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Publibook, Coll. Droit et Sciences Politiques, 2011, 538 pages ;

¹⁷ En particulier dans l'univers économique et monétaire. Les critères de convergence en matière de Finances publiques. Par exemple, l'Acte additionnel N° 1/2015/CCEG/UEMOA instituant le nouveau pacte de convergence entre les États membres de l'UEMOA a été adopté en remplacement du pacte adopté en 1999. Cf. DIARRA (Souleymane), « Analyse rétrospective du respect des nouveaux critères de convergence de l'UEMOA », *Revue d'Economie du Développement*, 2016/1 (Vol.24), pp. 79-98.

¹⁸ CANIVET (Guy), « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *Revue internationale de Droit comparé*, 1-2003, p. 7.

En tout état de cause, dans l'espace africain¹⁹ comme celui latino-américain²⁰, *l'office du juge constitutionnel*²¹ a fini de s'enraciner à la faveur d'un processus d'inspiration et d'adaptation aux modèles de justice constitutionnelle jusque-là connus, mais contestés²² de plus en plus. Si la figure du *juge* renvoie à « *tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel* »²³, son *office* se concevrait alors comme l'« *ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique* »²⁴. Toutefois, « *l'office du juge ne saurait se déduire uniquement des textes qui le fondent. Il est ou dépend aussi de la conception que le juge se fait lui-même de son métier à travers ses décisions* »²⁵.

Le prestige de la justice constitutionnelle²⁶ est tributaire de son accessibilité²⁷. Les constituants ont eu la sagesse de considérer que « *le droit au juge* »²⁸ relevait certes d'une bonne administration de la Justice, mais aussi constitue le point de départ de la production foisonnante des travaux sur le contentieux constitutionnel en Afrique²⁹ et en Amérique latine³⁰. En effet, dans l'absolu, l'Afrique

¹⁹ HOLO (Théodore), « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs* N° 129, 2009, pp. 101-114. ; V. aussi, DIALLO (Ibrahima), « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2004, Vol. 20, pp. 93-120 ; KPODAR (Adama), « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de la constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, 2006, N° 16, pp. 104 sq ; SOMA (Abdoulaye), « Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, vol. 20, N° 78, pp. 437-466.

²⁰ V. ALVAREZ (Lautaro Ríos), « Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, pp. 283-300 ; *Expériences démocratiques et Droit constitutionnel en Amérique latine*, sous dir. de Arnaud MARTIN, Paris, L'Harmattan, 2017, 200 pages ; V. aussi, sous la direction du même auteur, *Le glaive et la balance*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 358.

²¹ SENAC (Charles-Edouard), *L'office du juge constitutionnel. Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, 2015, 640 pages.

²² Selon W. MASTOR, « *La justice constitutionnelle ne doit plus s'approprier à travers le clivage opposant le modèle européen au modèle américain. Cette distinction a présenté pendant un temps indénié intérêt pédagogique. Mais à l'instar de toute classification, elle s'est révélée insatisfaisante sur le plan scientifique. Si l'on peut soutenir sans trop de difficulté qu'il existe un modèle américain, l'analogie pour le continent européen ne résiste à aucun test rigoureux* ». FAVOREU (Louis), MASTOR (Wanda), *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p. 2.

²³ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF Quadrige, 2014, p. 580.

²⁴ *Idem*, p. 706.

²⁵ SOGLOHOUN (Prudent), « L'office du juge dans le contentieux de la responsabilité administrative au Bénin, Burkina Faso, Niger », *Afrilex*, 2017, pp. 1-2.

²⁶ FROMONT (Michel), « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005, p. 89.

²⁷ Pour Luc SINDJOUN, « *la saisine d'une juridiction constitutionnelle comme recours est un indice de confiance* ». V. *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 586. A propos du succès incontestable du modèle béninois de justice constitutionnelle, le Doyen Frédéric Joël AÏVO révèle que « *la facilité de la saisine garantit son succès* ». Cf. « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 47, 2015, p. 103 ; Sur l'Afrique V. AÏVO (Gérard), « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 535-565 ; NGUELE ABADA (Marcelin), « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, sous la dir. de Oumarou NAREY, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 331-353 ; En Amérique latine, notamment au Brésil, la Constitution de 1988 en vigueur aménage différentes actions permettant de saisir pour inconstitutionnalité le juge constitutionnel (Tribunal Fédéral Suprême) : l'action directe d'inconstitutionnalité (article 102, I, a), l'action directe d'inconstitutionnalité pour omission (article 103, § 2), l'action déclaratoire de constitutionnalité (qui a pour finalité la confirmation de la constitutionnalité d'une loi fédérale) (article 102, I, a) et le jugement des allégations d'inobservance de préceptes fondamentaux (dont l'objectif est d'éviter ou réparer l'inobservance d'un précepte fondamental, résultant d'un acte d'une autorité publique) (article 102, § 1). Cf. GONÇALVES DA SILVA (Mayara Lemos Paes), « Les "súmulas viculantes" : la compétence constitutionnelle de production des normes juridiques générales par le Tribunal fédéral suprême brésilien », *RFDC* N° 108, 2016, p. 903.

²⁸ COHN-BENDIT (Gérard), « Le droit au juge », *Liber amicorum Jean WALINE, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 471-504.

²⁹ SAMBA-VOUKA (Maria Nadège), « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2015-2017,

comme l'Amérique latine ont fini de révéler au grand jour leur statut de « laboratoires » ouverte à l'expérimentation de nombres de solutions singulières³¹. Si bien que le *rivage* démocratique tant scruté a rapidement tourné au *virage* démocratique à partir des années 1980-1990, sous le regard avisé et protecteur du juge constitutionnel.

A cet égard, le portrait qu'il est possible de dresser de la figure du juge ne pourrait occulter l'influence plurielle et déterminante des règles et traditions³² juridiques dans l'aménagement de ses compétences. L'organisation de la fonction contentieuse, comme la mise en œuvre des compétences du juge suffisent à dégager quelques-uns des traits caractéristiques du juge constitutionnel.

Suivant la fonction contentieuse, l'encadrement juridique se révèle tranché. Dans certains États (Sénégal, Gabon, Mali, Bénin par exemples), le juge constitutionnel est le seul à officier en matière de contrôle de constitutionnalité. Il exerce un pouvoir d'interprétation concentré de la Loi fondamentale. On parle d'un système *concentré* (ou *centralisé*). Alors que pour l'autre groupe d'États (Colombie, Afrique du Sud), la distribution des fonctions en matière de contentieux constitutionnel s'opère entre plusieurs juridictions de l'ordre judiciaire. On parle d'un système *diffus*. Entre ces deux systèmes, s'intercalent, aux yeux de certains auteurs un système dit *mixte*³³. La préférence à l'une ou l'autre des formes d'organisation juridictionnelle dictée par une option stratégique ou liée à la forme unitaire ou fédérale de l'État, semble peu déterminante à partir du moment où la « *vérité constitutionnelle* »³⁴ est prononcée par la juridiction suprême compétente.

16 (1), pp. 54-71 ; SY (Demba), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, sous la dir. de Oumarou NAREY, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 43-64.

³⁰ CEA EGANA (José Luis), « Les droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel chilien », *Le glaive et la balance. Droits de l'homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, sous la direction d'Arnaud Martin, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 107-126 ; FIGUEIREDO (Marcelo), « Evolutions récentes du constitutionnalisme brésilien », *RDP* N° 5, 2010, pp. 1509-1535 ; MARTIN (Arnaud), « L'indépendance de la justice constitutionnelle en Amérique latine », *Le glaive et la balance. Droits de l'homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, sous sa direction, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 151-190 ; PÉREZ (Juan Carlos Henao), « La Cour Constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 34, 2012, pp. 205-212 ; PASSOS MARTINS (Thomas), « La judiciarisation de l'action politique au Brésil et la migration des acteurs sociaux vers la Cour suprême », *RIDC* N° 1, 2013, pp. 7-34.

³¹ V. RAMÍREZ (Luis Miguel Gutiérrez), « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio, 2015, p. 106 ; V. aussi, WELLA (Mazamesso), *La justice transitionnelle dans la reconstruction post-crise des États*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Lomé, 2018, 502 pages.

³² Cf. ROBIN AZEVEDO (Valérie), « La Constitution à l'épreuve du multiculturalisme en Amérique latine. Réflexions d'une anthropologue à partir des cas péruvien et bolivien », Communication à la Journée d'études *Perceptions extra-juridiques de la Constitution*, organisée par Lauréline FONTAINE à La Sorbonne, le 15 octobre 2015, 11 pages.

³³ D'après Thomas BUSTAMANTE, « Bien que le système brésilien de contrôle de la constitutionnalité des lois se soit inspiré du modèle américain, lequel ignore la technique de contrôle concentré de la constitutionnalité des lois et prévoit, au contraire, l'universalité de la juridiction constitutionnelle, le droit brésilien a évolué vers un système mixte qui combine la forme diffuse de la juridiction constitutionnelle, selon laquelle l'ensemble de la magistrature est compétent en matière de constitutionnalité des lois, et un modèle concentré, qui attribue à une seule cour constitutionnelle, soit la Cour suprême fédérale, le pouvoir de connaître des recours en déclaration d'inconstitutionnalité des lois ». Cf. « L'interprétation juridique et la Cour suprême fédérale du Brésil : considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du "législateur négatif" », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 15. Cette position est défendue par certains auteurs africains. Pour Charles Manga FOMBAD, « ... Parmi les exemples types du modèle mixte, on peut citer : celui de l'Éthiopie qui associe des mécanismes judiciaires et non judiciaires ; celui du Ghana où certaines affaires peuvent être traitées par la Haute Cour et d'autres peuvent être traitées par la Cour Suprême ; et enfin celui d'Afrique du Sud qui combine le système centralisé et le système décentralisé ». Cf. « Pouvoir judiciaire et jurisprudentiel des juges de la Cour constitutionnelle en Afrique », *Recueil des Actes du Séminaire de Cotonou (Bénin), sur le Thème Juge constitutionnel et Pouvoir politique*, Cotonou, du 11 au 13 juin 2014, pp. 59-60 (inédit).

³⁴ ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 10^{ème} éd. LGDJ, 2013, p. 17.

Suivant le terrain juridique de recherche en présence, l'activité du juge n'obéit point à une même intensité. De part et d'autre de l'Océan Atlantique, les juges constitutionnels sud-africain, colombien, béninois, brésilien, mexicain, sud-africain, nigérien...se démarquent dans le façonnage de décisions typiques densément motivées³⁵, loin devant les autres³⁶. Bien évidemment, cet « *activisme* »³⁷ remarqué est généralement rendu possible par « *une machine* » normative « *souple* », conjuguée à une « *hardiesse* » constructive juge. On ne peut détacher cette attitude engagée du juge de l'histoire politique des peuples concernés, confrontés qu'ils étaient à des soucis de justiciabilité de leurs droits fondamentaux, à une époque de leur trajectoire politique³⁸.

En ramenant tout ceci à des proportions aussi serrées que celles d'une hypothèse de vérification d'une convergence entre les juges constitutionnels africains et latino-américains, il semble nécessaire de s'interroger sur **l'ampleur et la portée de la convergence des offices respectifs des juges constitutionnels africains et latino-américains.**

L'on conçoit bien dans ces conditions que l'esquisse d'une réflexion sur l'office véritable du juge constitutionnel dans l'espace choisi ne puisse s'avérer que souhaitable dans la dynamique de la diffusion d'une « *culture constitutionnelle* »³⁹. « *Musées de curiosités jurisprudentielles* », pour

³⁵ Sur le plan de la *densité* de la motivation, les juridictions latino-américaines sont exemplaires. Dans son arrêt rendu le 14 juin 2005 qui a déclaré inconstitutionnelles les lois d'amnistie (dites « lois point final ») en faveur des auteurs des violations des droits de l'homme entre 1976 et 1983 durant la période de la dictature, la Cour Suprême de Justice de la Nation statuant en matière constitutionnelle, a étalé sa décision sur quelques 400 pages. V. TIGROUDJA (Hélène), « Le droit international dans les États d'Amérique latine : regards sur l'ordre juridique argentin », *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 1, 2008, p. 90. De même, la Cour constitutionnelle colombienne est exemplaire. Dans sa décision C-141 de 2010 qui a refermé la probabilité d'un troisième mandat présidentiel consécutif au Président A. URIBE, la Cour a été amenée à présenter une décision comportant quelques « *cinq cent vingt-neuf pages dont la majorité consiste en une analyse des vices de procédures* ». Cf. TRUJILLO SOSA (Rocio Del Pilar), « Le pouvoir constituant et la jurisprudence constitutionnelle en Colombie de 1989 à 2012 », *Jus Politicum*, N° 14, juin 2015, p. 74. Quant aux juges africains, ils ne sont pas en reste, même si leurs efforts de motivations sont très en deçà de leurs homologues. En Afrique du Sud, dans sa décision historique sur la peine de mort, CCT 23/96 du 6 septembre 1996, *Makwanyane*, la Cour s'est prêtée à un argumentaire de 288 pages.

³⁶ Le Conseil Constitutionnel du Sénégal, le Tribunal constitutionnel chilien.

³⁷ « *L'activisme judiciaire* » permet de caractériser « *le dépassement des lignes qui définissent la fonction judiciaire, soit au détriment du pouvoir législatif, soit de l'exécutif* ». VELOSO PELEJA (J), « As sentenças aditivas na jurisdição constitucional », *Processo constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 173. Référence citée par Mayara Lemos Paes GONÇALVES DA SILVA, « Les « *súmulas viculantes* » : la compétence constitutionnelle de production des normes juridiques générales par le Tribunal fédéral suprême brésilien », *RFDC* N° 108, 2016, p. 905.

³⁸ Evoquant la large liberté d'action qui fait de la Cour constitutionnelle sud-africaine, une juridiction réputée, Alexander ABOTSI relève : « *La grande marge dont bénéficie la Cour sud-africaine ne peut se comprendre que dans le contexte sud-africain (...). En effet, l'Afrique du Sud, ne l'oublions pas, a subi l'apartheid durant un demi-siècle, et les séquelles de ce régime resteront encore longtemps visibles. Pendant plus de trois cents ans, les gouvernements qui se sont succédé avant 1994 ainsi que les tribunaux n'avaient aucune culture en matière de respect de droits humains. Ils passaient leur quotidien à nier à l'écrasante majorité des citoyens ses droits les plus élémentaires. C'est en réponse à ce passé sinistre et douloureux que le pays s'est doté d'une charte prolixe justiciable devant les tribunaux. C'est également en réponse à cette histoire singulière que la Cour constitutionnelle a été créée et investie d'un champ de compétence large. Il est attendu de cette Cour, non seulement qu'elle gère le quotidien des droits comme le font les cours des pays ayant une tradition en matière de respect des droits humains, mais aussi, comme une pionnière, qu'elle aille plus loin pour assurer l'ancrage de ces droits et accompagner l'État et la société dans leur renaissance. Le contexte lui donne la légitimité d'être la plus généreuse possible dans la garantie des droits* ». Cf. « De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Revue Juridique Thémis*, N° 43, 2009, p. 405.

³⁹ « *La culture constitutionnelle est l'environnement et le moyen par lequel nous vivons et appréhendons la réalité constitutionnelle* ». V. FERREIRA DA CUNHA (Paulo), *Traité de Droit constitutionnel. Constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales*, Ed. Buenos Books International, Coll. Humanitas, 2010, p. 22. Marie-Claire PONTTHOREAU, estime pour sa part que la notion de « *culture constitutionnelle* » « *a été introduite trop récemment et elle n'est donc pas encore complètement absorbée par les chercheurs en droit constitutionnel* ». Cf. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 125. Cependant, de tels propos méritent d'être nuancés dans le contexte latino-américain et africain où les « *revendications constitutionnelles populaires* » (dans les années 1990 en Amérique latine) et en Afrique (et les « *printemps* » arabes depuis 2010 en Afrique), traduisent l'idée d'une véritable « *culture constitutionnelle* ». V. MBODJ (El Hadj), « Emergence d'une culture

paraphraser L. SINDJOUN⁴⁰, l’Afrique comme l’Amérique latine sont en droit de faire « *honneur au relativisme constitutionnel et au pluralisme jurisprudentiel* »⁴¹, dans le “Grand forum” d’échanges de procédés juridictionnels. Ainsi, à la notable exception de la Cour constitutionnelle⁴² d’Afrique du Sud, la contribution des juridictions⁴³ suprêmes des pays du Sud dans la mouvance mondiale du dialogue des juges constitutionnels apparaît aux yeux de certains penseurs⁴⁴ comme marginale, ou à tout le moins, embryonnaire. Ceci s’explique par le fait que le problème reste souvent envisagé et apprécié sous l’angle exclusif de l’influence des juridictions suprêmes du “Nord” vers celles du “Sud”, ce qui n’incite pas à mesurer l’office véritable du “*juge du Sud*”. Or, l’angle de traitement privilégié dans la présente étude, reste essentiellement orienté vers la confrontation des offices juridictionnels des pays d’Afrique et d’Amérique latine, où a été enregistrée une progression saccadée, d’une justice constitutionnelle ajustée aux standards universels. Même s’il reste vrai que les *clichés* de « *mimétisme* »⁴⁵ juridique demeurent toujours tenaces, il faudrait néanmoins, accorder la place qui convienne aux particularismes⁴⁶ des systèmes normatifs respectifs, produits de la sédimentation marqués par des influences normatives et sociétales variées.

constitutionnelle inclusive en Afrique. Expérience vécue du processus d’élaboration de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 », *Mélanges en l’honneur de Babacar KANTÉ, Actualités du Droit public et de la Science politique en Afrique*, Dakar, L’Harmattan, 2017, pp. 221-263 ; Cf. CALDERON VALENCIA (Felipe), *Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois en droit français et colombien, éléments de compréhension d’une culture constitutionnelle*, Thèse de Doctorat de Droit Public, Université de Paris-1, 2016, 684 pages.

⁴⁰ L’auteur parle de « *musée de curiosités politiques* », en parlant de l’Afrique. Cf. « Les nouvelles Constitutions africaines et la politique internationale : contribution à une économie internationale des biens politico-constitutionnels », *Études internationales*, vol. 26, n° 2, 1995, p. 334.

⁴¹ SINDJOUN (Luc), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, op. cit.*, p. 10.

⁴² En sa qualité de Rapporteur Général du Congrès de Vienne (Autriche) en 2014 de l’Association Internationale de Droit Comparé qui portait sur « Le recours aux précédents étrangers » Marie-Claire PONTTHOREAU place la Cour constitutionnelle sud-africaine parmi les quatre premières juridictions les plus influentes sur quelques dix-huit (18) autres pays. Elle écrit à cet effet que « *Les rapports confirment que les cours les plus influentes sont : la Cour suprême des États-Unis, la Cour suprême du Canada, la Cour constitutionnelle sud-africaine et la Cour constitutionnelle allemande* ». Cf. « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel », p. 14.

⁴³ Pour ce qui est de l’Afrique, V. MBORANTSUO (Marie-Madeleine), *La contribution des Cours constitutionnelles à l’État de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 pages.

⁴⁴ DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), « La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en développement au dialogue des juges », *Les petites affiches*, 4 juin 2008, pp. 22-25.

⁴⁵ Même s’il faut beaucoup tempérer cette idée. Loin de refléter ce système structuré et cohérent, le droit occidental peut receler des insuffisances dont les éléments de solution sont à puiser dans les systèmes normatifs étrangers. V. en ce sens, Bertrand MATHIEU, « De la prise en compte de la situation de certains États d’Amérique du Sud dans les propositions de la “Commission Avril” relatives à la responsabilité du président de la République », *Mélanges Franck MODERNE, Le mouvement du droit public*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 1135-1144.

⁴⁶ Certains éléments du contentieux constitutionnel révèlent des particularismes. A titre illustratif, de par son arrêt R.Const.0143 en date du 21 Novembre 2015, la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo fait droit à une requête en interprétation d’un arrêt précédent R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015, qu’elle avait rendu, dans lequel elle ordonnait au gouvernement de prendre des « *mesures transitoires exceptionnelles* » pour pallier le blocage institutionnel dû au retard dans l’installation des nouvelles provinces, en attendant la mise en place des exécutifs provinciaux à l’issue des élections. Typique est donc ce contentieux en rapport avec l’interprétation des arrêts de Cour constitutionnelle par elle-même. V. KAHOMBO (Balingene), « Constitution congolaise et adoption des mesures exceptionnelles : Commentaire sur l’arrêt R.Const.0143 de la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo du 21 novembre 2015 relatif à l’interprétation de l’arrêt R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015 », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique* 19 (2016), pp. 112 et s.

C’est le cas aussi en matière de « *déclarations sous réserve* » sur lesquelles des études montrent clairement que le juge constitutionnel africain s’adresse au législateur, sans détour, ce que le juge occidental, notamment européen ne semble point risquer à faire pour le gêner. V. KÉBÉ (Abdou Aziz Daba), « Les réserves d’interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des États de l’Afrique noire francophone » *Mélanges en l’honneur de Babacar KANTÉ, Actualités du Droit public et de la Science politique en Afrique*, Dakar, L’Harmattan, 2017, pp. 425-471.

Au total, un regard croisé de l'office du juge dans les deux univers normatifs permet d'y déceler une tendance lourde de convergence remarquable tant au niveau de l'activité contentieuse (I) que celui de la politique jurisprudentielle (II).

I- Une convergence dans l'activité contentieuse.

La mission de rendre justice est singulière. Elle obéit spécifiquement à la maîtrise d'un ensemble de procédés s'inscrivant dans une cohérence particulière dont la finalité consiste à indiquer la voie de dénouement du litige. L'armature du juge reste globalement le fruit d'un legs dont les vestiges sont à rechercher dans le droit occidental. Mais cet héritage par moment est « réadapté », « acclimaté » au gré des communautés. C'est pourquoi, à l'analyse de l'activité contentieuse dans les deux espaces continentaux, il est possible de situer cette rencontre dans le contrôle des normes (A), ainsi que dans les fonctions normatives du juge (B).

A- Le contrôle des normes

« Contrôler la constitutionnalité d'un acte normatif signifie empêcher qu'une norme contraire à la Constitution soit efficace »⁴⁷. Classiquement, le domaine d'activité du juge est circonscrit autour du contrôle de la constitutionnalité de la loi. La loi ici est envisagée dans son acception protéiforme, impliquant la loi ordinaire, organique, ou constitutionnelle. Eu égard aux dispositifs qui organisent l'activité contentieuse des juges constitutionnels africains et latino-américains, il est permis d'établir une certaine confluence au regard du contrôle permanent dont la loi fait l'objet (1), bien que les autres normes (2) soient point défalquées de leur office.

1- Le contrôle permanent de la loi

Pour A. de TOCQUEVILLE, en reconnaissant au juge américain le pouvoir de fonder sa décision sur la Constitution plutôt que sur la loi, il hérite de la faculté de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui allait constituer « l'une des barrières les plus puissantes jamais érigées contre la tyrannie des assemblées politiques »⁴⁸. Cette idée semble avoir fidèlement été retranscrite dans les textures juridiques suprêmes étudiées. En effet, le compromis issu de la saison des *grand-messes constitutionnelles*⁴⁹ en Amérique latine et en Afrique assigne au juge constitutionnel la fonction d'assurer un contrôle efficace de la constitutionnalité des lois. Mais cette fonction n'est point accomplie de la même manière, elle s'ajuste à des modalités⁵⁰ typiques. Certaines d'entre elles s'attachent principalement à censurer une loi en devenir, alors que d'autres n'ont pu forger leur notoriété qu'eu égard aux lois déjà en vigueur.

⁴⁷ TEMER (Michel), *Elementos de derecho constitucional*, 11^{ème} Ed. Saraiva, 1984, p. 28. Référence citée par Carlos Maria da SILVA VELLOSO, « Le contrôle de constitutionnalité », *La nouvelle Constitution brésilienne : études sur la Constitution du 5 octobre 1988*, sous la dir. de Pierre BON et Didier MAUS, Paris, Economica, 1991, p. 167.

⁴⁸ TOCQUEVILLE, (Alexis de), *La Démocratie en Amérique*, Madrid, vol. 1, 2^{ème} réimpression de la 1^{ère} éd., dans « El Libro de Bolsillo », Alianza Editorial, 1989, en particulier, les pages 92-97.

⁴⁹ Comme celles relevées dans les expériences de la Constitution brésilienne de 1988, de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, de la Constitution sud-africaine du 18 décembre 1996 (entrée en vigueur le 5 février 1997). V. BA (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 2013, pp. 332 et s.

⁵⁰ LATH (Sébastien Yédoh), « L'évolution des modalités du contrôle de constitutionnalité des lois en Afrique noire francophone », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, sous la dir. de Oumarou NAREY, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 145-179.

D'une part, ce contrôle de la loi en devenir, incontestablement préventif, objectif et abstrait, met en jeu la confrontation « *de la norme législative à la norme constitutionnelle, indépendamment de toute instance judiciaire en cours* »⁵¹. Il est possible dans cette perspective d'y associer la plupart des États africains⁵², ce qui n'est pas le cas de tous les États latino-américains⁵³. La particularité d'un tel contrôle s'explique par son efficacité puisqu'il a pour effet d'anéantir toutes les traces de la loi en devenir. Suivant les ordres juridiques en présence, certains d'entre eux ont érigé un contrôle systématique sur toute norme habilitée à devenir une loi (Colombie)⁵⁴ alors que pour d'autres, la mise en branle du contrôle est tributaire, sauf disposition expresse⁵⁵, aux humeurs et positions (opposition parlementaire) des saisissants.

Dans l'exercice de son contrôle préventif prévu à l'article 93 de la Constitution de 1980, le Tribunal constitutionnel du Chili a semblé même faire place à une certaine *pudeur* surtout lorsque la machine législative réformatrice vise à accroître injustement les chefs de compétences dévolues au juge constitutionnel. Telle est la lecture subséquente à l'affaire dite *Projet de loi organique des partis politiques* tranchée par le Tribunal constitutionnel⁵⁶ chilien, entre 1986-1987. Dans son jugement en date du 24 février 1987, il décide que « *ce pouvoir qui donne au Tribunal une nouvelle attribution non contenue parmi celles qu'indiquent exhaustivement l'article 82 de la Charte fondamentale (...) est inconstitutionnel, car il viole l'article 82 de la Charte fondamentale* »⁵⁷. En fait, le Tribunal s'est insurgé contre les manœuvres du Chef de l'État et de sa majorité, tendant à conférer à la juridiction un nouveau chef de compétence qui n'était pas contenu dans l'éventail énuméré par l'article 82 de la Constitution de 1980.

Le souci de se dresser en gardien de l'ordonnement juridique érige le juge constitutionnel africain à une certaine tribune d'évaluation parfois systématique, des normes (législative, et même constitutionnelle) en devenir, afin de se prémunir des incongruités susceptibles de générer une situation d'insécurité. A cet égard, la Cour constitutionnelle du Mali, dans son arrêt, N ° 2017-

⁵¹ ROUX (André), « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, sous la dir. de M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, Paris, Dalloz, 2012, p. 120.

⁵² En Afrique du Sud par exemple, l'arrêt de la Cour constitutionnelle CCT 80/08 du 3 juin 2009, *Van Straaten v/ President of the RSA*. En l'espèce, la Cour a été saisie par M. VAN STRAATEN d'un recours portant sur le contrôle *a priori*, donc avant promulgation portant sur un projet de dissolution des « *Scorpions* », une unité spéciale d'enquêtes (*National Prosecuting Authority Amendment Bill 2008* et *SAPS Amendment Bill 2008*). La Cour a rejeté le recours pour défaut de qualité pour agir du requérant, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. V. DAU (Francesca) et PHILIPPE (Xavier), « L'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud. L'actualité de la jurisprudence constitutionnelle », *RFDC* 2011/4, N° 88, p. 894.

⁵³ « *Le contrôle de constitutionnalité au Brésil est exclusivement a posteriori et juridictionnel* », fait observer Newton TAVARES FILHO. V. *Juger les lois : l'activisme juridictionnel du Tribunal Fédéral Suprême du Brésil dans le cadre de la Constitution de 1988*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Paris 1, 2016, p. 85.

⁵⁴ Suivant l'article 241 de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle exerce un contrôle automatique sur quatre (4) types d'actes : les projets de lois statutaires, les décrets législatifs pris par le pouvoir exécutif pour autoriser les états d'exception (guerre extérieure, bouleversement intérieur ou urgence sociale, économique ou écologique), les traités internationaux, ainsi que les lois organisant des référendums ou créant des assemblées constituantes dans le but de modifier la Constitution

⁵⁵ L'adoption de certaines catégories de lois met les autorités exécutives dans une position de saisir obligatoirement le juge constitutionnel en vue de l'examen de leur constitutionnalité. Il en est ainsi au Sénégal, des lois organiques, qui ont été réhabilitées à la faveur de la réforme constitutionnelle de 2016, à travers la Constitution de 2001. Cette forme de contrôle de la constitutionnalité obligatoire des lois organiques se retrouve aussi dans le droit chilien où l'article 93, al. 1 de la Constitution de 1980. Cf. LE QUINIO (Alexis), « La réforme du système de justice constitutionnelle chilien », *AJJC*, XXI, 2005, p. 65.

⁵⁶ Le Tribunal constitutionnel chilien a été institué en 1970. Cf. BERTELSEN REPETTO (Raúl), « Fisonomía del Tribunal Constitucional de Chile », *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre BON*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 57-69.

⁵⁷ Décision contenue dans Rol. N° 43, « Proyecto de ley organica constitucional de los partidos políticos », disponible sur l'adresse du Tribunal, <http://www.tribunalconstitucional.cl/>, référence citée par Alexis Le QUINIO, « La réforme du système de justice constitutionnelle chilien », *AJJC*, XXI, 2005, p. 65.

04/CCM/Réf. du 04 juillet 2017, s'est signalée à propos de scories que contenaient le projet d'amendement de la Constitution (Loi N° 2017-31/AN-RM du 02 juin 2017 portant révision de la Constitution du 25 février 1992), en considérant que dans le projet en gestation, « *l'article 37 occulte dans la formulation du serment du Président de la République, sans aucun amendement relatif à cette disposition, la garantie de "l'indépendance de la patrie et l'intégrité du territoire national", deux préceptes de valeur constitutionnelle non dissociables du serment prévu dans l'article 37 de la Constitution du 25 février 1992* ». *Qu'il y a lieu en conséquence de réintégrer ce membre de phrase dans le serment* ». Cette lecture proactive reste salutaire, eu égard aux susceptibilités que cette négligence pourrait raviver dans le contexte de pacification encore chancelante.

Il revient donc au juge constitutionnel de soupeser les différentes « *offres* » législatives au regard des valeurs fondamentales promues dans les textes constitutionnels afin d'anticiper sur les goulots susceptibles de les affecter. A défaut, il aura l'occasion de revenir sur l'examen de la loi, une fois en vigueur.

D'autre part, en remontant la trajectoire politique de certains États comme l'Afrique du Sud ou le Chili, l'on peut remarquer que le « *Parlement pouvait nuire* »⁵⁸. Ceci revient à dire qu'une loi adoptée ne puisse toujours être regardée comme enveloppée d'une présupposée vertu de régularité. Pendant longtemps, l'examen de constitutionnalité de la loi en vigueur, c'est-à-dire celle qui a fini de franchir l'étape de la promulgation, a reçu les résistances de quelques-unes des démocraties occidentales⁵⁹, réfugiées derrière la souveraineté de la loi, alors qu'en Amérique latine, le mécanisme pouvait se targuer d'un siècle d'existence⁶⁰. Cette hospitalité héritée du « *Voisin du Nord* » (Etats-Unis) est assumée pleinement par le Tribunal Suprême Fédéral (Supremo Tribunal Federal-STF-) du Brésil, qui « *n'exerce pas un contrôle a priori de la constitutionnalité des lois mais un contrôle a posteriori* »⁶¹.

L'action en contestation d'une loi en vigueur peut épouser plusieurs configurations, suivant les ordres juridiques. Mais ce qui semble se dégager comme dénominateur commun, c'est l'aménagement d'une certaine forme de contestation par un recours direct ou à l'occasion d'un procès.

Pour ce qui concerne les recours directs contre une loi en vigueur, il convient de faire remarquer qu'en Amérique latine, l'irradiation du recours d'*amparo*⁶² (et de ses équivalents comme la *tutela*⁶³ en droit colombien) aura largement amplifié une jurisprudence propre à provoquer l'examen par un juge d'une loi en vigueur. Il est d'opinion souvent admise qu'historiquement, le mécanisme

⁵⁸ ABOTSI (Alexander), « De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Revue Juridique Thémis*, N° 43, 2009, p. 378.

⁵⁹ Notamment de la France. En dépit des tentatives avortées de 1990 et de 1993, la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* n'a été introduite qu'avec la loi constitutionnelle N° 2008-724 du 23 juillet 2008, précisée par la loi du 10 mars 2010.

⁶⁰ En Colombie, l'un des mécanismes les plus efficaces, l'action directe en inconstitutionnalité, a vu le jour le 31 octobre 1910, réformée et renforcée par l'art. 241-4 de la Constitution en vigueur du 4 juillet 1991. Cf. CALDERON VALENCIA (Felipe), *Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois en droit français et colombien, éléments de compréhension d'une culture constitutionnelle*, Thèse de Doctorat de Droit Public, Université de Paris-1, 2016, p. 13.

⁶¹ GRAU (Eros Roberto), « L'évolution du contrôle de constitutionnalité au Brésil », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 26, août 2009, p. 1.

⁶² En Bolivie, articles 128 et 129 de la Constitution de 2009. Plus globalement, V. LANDA César), « Le recours d'*amparo* en Amérique latine », *Le glaive et la balance*, sous la dir. De Arnaud MARTIN, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 127 et s.

⁶³ La *tutela* ou l'*action de tutelle*, définie par l'article 86 de la Constitution de 1991 « *est une action très rapide et très effective. Les juges délibèrent et rendent leur arrêt en dix jours et peuvent donner un ordre qui doit être accompli dans 48 heures* ». LOPEZ DAZZA (German Alfonso), « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne », *Opinión Jurídica*, Vol. 14, N° 27, 2015, p. 82 (Note de bas de page N° 12).

d'*amparo* a été forgé au XIX^{ème} siècle au Mexique. Comme s'en défend le Président de la Cour Suprême de Justice de la Nation, J. SILVA MEZA⁶⁴, cette technique illustre « *la contribution de notre pays au droit constitutionnel* », en ce que : « *Instauré pour la première fois en 1841 dans l'État de Yucatan, ce recours en justice a été instauré pour contester autant des agissements des pouvoirs publics portant atteinte aux droits individuels que pour dénoncer l'inconstitutionnalité des lois en vigueur* ». Le legs que ce mécanisme donna à la science du contentieux constitutionnel est tout simplement prodigieux.

En Afrique, les premières traces du mécanisme sont décelables dans les textures constitutionnelles issues de la vague des démocratisations. A cet égard, l'exemple béninois se révèle être intéressant. Inspiré des « *recours constitutionnels* » (« *Verfassungsbeschwerde* ») en droit allemand, ce recours « *est ouvert à tout citoyen qui prétend être lésé par un acte quelconque de l'État dans un de ses droits fondamentaux* »⁶⁵. Plaçant le citoyen comme « *pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin* »⁶⁶, la Constitution de 1990 « *lui ouvre un très large accès au prétoire constitutionnel* »⁶⁷.

Quant au recours intenté à l'occasion d'un procès, cette forme de contrôle de constitutionnalité a acquis ses lettres de noblesses grâce aux précédents posés par la Cour suprême américaine. A l'occasion d'une instance en cours, une partie au procès peut bien s'opposer à l'application d'une loi qu'elle estime contraire à la Constitution. Si cette question ne pose pour le juge d'instance aucune difficulté dans les systèmes juridique diffus, elle devrait nécessiter un renvoi préjudiciel auprès de la juridiction constitutionnelle dans les systèmes juridiques dits concentrés. Dans ces conditions, la saisine du juge constitutionnel par renvoi⁶⁸, pose le problème de la « *systematicité* » ou pas. A cet égard, la position du Conseil constitutionnel sénégalais est constante depuis sa Décision *Affaire N° 2/C/95 du 13 février 1995, Moussa Ouattara et autres*, que la juridiction d'instance, notamment la Cour suprême « *doit se prononcer avant toute saisine du conseil constitutionnel, sur sa compétence et sur la recevabilité du pourvoi ou la déchéance, tout examen de la "solution du litige" leur étant subordonné* » puis « *qu'un pourvoi non purgé de toutes fin de non-recevoir ou simplement fantaisiste, ne saurait servir de prétexte pour saisir le Conseil constitutionnel d'une exception d'inconstitutionnalité qui, si elle devait être reçue et examinée par le Conseil, constituerait un véritable détournement de procédure* »⁶⁹.

L'idée de revenir sur une loi déjà en vigueur, au moyen d'un examen juridictionnel, procède de la « *faillibilité de la loi* », ou plus précisément du législateur. Si les lois disposent pour l'avenir, cette faculté ne pourrait point tenir compte de toutes les situations et de tous les cas de figures que les

⁶⁴ V. « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* N° 39 - avril 2013, p. 1.

⁶⁵ CHEVALLIER (Jacques), *L'État de droit*, Paris 5^{ème} éd. Montchrestien, 2010, p. 78. Toutefois, précise l'auteur, ce recours est « *pratiquement dirigé contre un jugement, compte tenu de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours ordinaires* ».

⁶⁶ HOLO (Théodore), « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », communication au 6^{ème} Congrès de l'Association des Cours et septembre 2000, *ACCPUF Conseils Constitutionnels ayant en partage l'usage du français (ACCPUF)*, Marrakech-Royaume du Maroc, les 4, 5 et 6 juillet 2012.

⁶⁷ BOLLE (Stéphane), « Les leçons de Giessen Documentation de l'atelier de recherche : le défi de la démocratisation et le rôle des Cours Constitutionnelles – la justice constitutionnelle en Afrique de l'Ouest francophone », Communication sur *Le défi de la démocratisation et le rôle des Cours constitutionnelles*, 24-25 Mai 2013, Université de Giessen, « *Judicial review in francophone West Africa* », 2013, p. 9.

⁶⁸ Traditionnellement, ce renvoi n'était possible que si le litige atterrissait devant la Cour Suprême. Cependant depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 5 avril 2016, et conséquemment l'adoption d'une nouvelle loi organique sur le Conseil constitutionnel (2016-23 du 14 juillet 2016), la Cour d'Appel est érigée en instance où on peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité, à l'image de la Cour suprême.

⁶⁹ Cf. FALL (Ismaila Madior) (sous la dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 122.

vicissitudes du temps exposent à des ajustements nécessaires. C'est fort de toutes ces considérations que les juridictions constitutionnelles sud-américaines et africaines ont su développer une ligne jurisprudentielle capables de censurer des lois de vigueur.

2- Le contrôle intermittent des autres normes

Il serait réducteur de considérer les seules normes législatives comme entrant dans l'office du juge constitutionnel. Il reste possible, en fonction des systèmes juridiques, de voir bien d'autres catégories normatives interpeler sa compétence. Il en est ainsi des conventions ou des actes administratifs.

L'abord de la norme internationale par le juge constitutionnel est sujet à des traitements fluctuants. La raison tient à ce que la norme internationale balaye, perturbe et écrase la norme interne, si elle n'excuse pas sa violation⁷⁰. Par-delà l'*invocabilité* interne de la norme internationale, l'office du juge se déploie aussi sur l'examen des règles de *forme* et de *fond* de l'engagement international et ce, suivant la distinction classique des systèmes *moniste* ou *dualiste*⁷¹. Ces considérations indisposent le juge qui, dans son dessein d'exercer ou non, un contrôle de *conventionalité*⁷², de *régularité formelle* (la procédure de conclusion de l'engagement) ou enfin, de *contrariété*, « *examine si un engagement international ne comporte pas de clauses contraires à la Constitution, avant sa révision* »⁷³. Alors que la Constitution gabonaise du 26 mars 1991⁷⁴ oblige le juge à contrôler tout engagement international, la plupart des autres systèmes juridiques optent pour un contrôle plutôt *aléatoire*. Le cas échéant, en accord avec la législation en vigueur, les États africains⁷⁵ comme latino-américains⁷⁶ font globalement prévaloir le Traité régulièrement intégré en droit interne, sur la loi, et non sur la Constitution. Cette position a connu différentes applications jurisprudentielles.

Fondamentalement en effet, le traitement que le juge constitutionnel africain et latino-américain réserve au texte conventionnel reste tiraillé entre préséance de certaines catégories de

⁷⁰ DIALLO (Ibrahima), « Normes internationales et normes constitutionnelles dans l'ordre juridique interne sénégalais », *Annales Africaines, Nouvelle Série*, Vol. 2, décembre 2014, p. 2.

⁷¹ La thèse du *monisme*, défendue par des auteurs comme Joe VERHOEVEN, Hans KELSEN, ou Georges SCALLE repose sur l'idée que la règle de droit international peut se dispenser d'une mesure interne d'exécution et serait d'applicabilité directe car l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international ne seraient qu'un système juridique, même si la primauté du droit international sur le droit interne reste maintenue. En revanche, la thèse du *dualisme*, promue par des auteurs comme Heinrich TRIEPEL ou Dionisio ANZILOTTI, avance l'idée qu'il faille « réceptionner » en droit interne la règle de droit international, car les deux ordres juridiques interne et international sont nettement distincts avec des champs d'application fondamentalement différents, d'où le rejet de toute application directe de la règle conventionnelle en droit interne. Sur la question, Cf. KAMARA (Mactar), « De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 4, 2011, pp. 97-162.

⁷² Dans sa Décision N° 1 et 2/C/2005 du 12 février 2005, le Conseil constitutionnel du Sénégal a décliné sa compétence en matière de contrôle de conventionalité en estimant que les dispositions de l'article 98 de la Constitution de 2001, « ne prescrivent ni n'impliquent le contrôle de la conventionalité des lois dans le cadre du contrôle de conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 74 de celle-ci ». Alors que dans d'autres affaires (Affaire N° 2/C/2013 du 18 juillet 2013, *Pape Djidjam Diop* ; Affaire N° 1/C/2014 du 3 mars 2014, *Karim Wade*), le juge constitutionnel, s'appuie sur des Conventions internationales et même des *Rapports* internationaux de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T), pour rejeter le moyen invoqué par le requérant.

⁷³ TALL (Saïdou Nourou), « Les références au droit international public dans les Constitutions africaines francophones : exemples du Bénin, du Sénégal et du Togo », *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, PUT, 2017, p. 130.

⁷⁴ Notamment en son article 87 : « *Les engagements internationaux doivent être déférés avant leur ratification à la Cour constitutionnelle* ».

⁷⁵ Sénégal, article 98 de la Constitution de 2001.

⁷⁶ L'article 75 alinéa 22 de la Constitution argentine de 1853 admet clairement que « *Les traités et concordats ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois* ».

Conventions (celles en rapport avec les droits de l'Homme⁷⁷) sur l'ordre interne et aménagement d'une valeur constitutionnelle⁷⁸, infra-constitutionnelle⁷⁹, voire législative. Dans ce dernier cas de figure, (valeur législative de certains instruments internationaux), il serait fortuit de se tourner vers le juge constitutionnel brésilien. Ainsi, dans sa décision STF, Tribunal Pleno, rendue le 4 septembre 1997, *Confederação Nacional dos Transportes e Confederação Nacional da Indústria v/ Presidente da República e Congresso Nacional*, la haute juridiction a reconnu que « les accords et conventions internationales, et notamment ceux de caractère normatif, s'incorporent au droit interne en tant que lois ordinaires »⁸⁰. Sur le fondement de cette espèce, l'on peut opiner quelques nuances entre le juge brésilien et ses homologues d'outre-Atlantique. Cette assimilation législative du Traité n'est pas usuelle dans la jurisprudence constitutionnelle africaine. Mieux encore, ni la législation, ni le juge ne « dégradent » la norme conventionnelle jusqu'à la teneur législative. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Niger rappelle dans son arrêt du 27 mai 2013, que l'article 171 de la Constitution de qui consacre la primauté des Traités sur les lois « ne confère pas au traité et aux actes uniformes de l'OHADA une valeur constitutionnelle ». Il n'en faut pas moins bien comprendre, selon A. ONDOUA que « par déduction, ces instruments auraient une valeur infra-constitutionnelle »⁸¹.

Il peut aussi sembler risqué d'être péremptoire en généralisant cette position du juge brésilien à toute l'Amérique latine. L'autonomie des systèmes juridiques et l'attitude décomplexée du juge dans la construction de son approche exhortent à subodorer des tempéraments. Ainsi, en Argentine, même si la Cour Suprême de Justice de la Nation (CSJN), a fait observer dans son arrêt du 14 juin 2005, *Julio Hector Simon*⁸², qu'avant 1994, le droit international conventionnel se voyait reconnaître une valeur d'abord simplement législative, la jurisprudence ultérieure, en particulier CSJN, 7 juillet 1993, *Fibraca constructora S.C.A. c/. Comision tecnica mixta de Salto Grande*, s'attachera à élargir sa valeur supra-législative aux autres Traités et accords internationaux.

On remarquera que le traitement juridictionnel réservé à l'engagement international est l'une des questions les plus versatiles⁸³ du contentieux constitutionnel. Ceci ne devrait pas surprendre, dans la mesure où en fonction de l'objet de l'instrument international, le juge constitutionnel peut être appelé à en faire une norme de référence, ou alors une norme auxiliaire, subalterne.

⁷⁷ En la matière, il est demandé au juge d'interpréter les dispositions en rapport avec les droits de l'homme à la lumière des traités sur les Droits de l'Homme. C'est le cas de l'Afrique du Sud, du Brésil, de l'Argentine... etc.

⁷⁸ La Constitution argentine de 1853 énonce en son article 75, point 22, « Après ratification par le Parlement, les autres traités et conventions sur les droits humains n'ont une autorité constitutionnelle qu'au vote des deux tiers des suffrages exprimés des membres composant chaque chambre ».

⁷⁹ C'est le cas de l'article 151 de la Constitution du Burkina Faso du 02 juin 1991 : « Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ». Cette disposition se retrouve dans la Constitution du Sénégal (article 98), Comores (article 10)

⁸⁰ Cf. RICHIERI HANANIA (Lilian), « La contribution du Brésil au Droit International Public », *Introduction au droit brésilien*, sous la dir. de Domingos PAIVA DE ALMEIDA, Paris, L'Harmattan, 2007, pp.426-427

⁸¹ ONDOUA (Alain), « La jurisprudence internationale des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, sous dir. de Oumarou NAREY, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 302.

⁸² TIGROUDJA (Hélène), «Le droit international dans les États d'Amérique latine : regards sur l'ordre juridique argentin », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 60 N°1, 2008, p. 94.

⁸³ Cette complexité se retrouve aussi dans le contentieux administratif. En effet, le Conseil d'Etat français, dans son arrêt d'Assemblée du 3 juillet 1996, *Koné*, affirmait sans ambages la supériorité de la Constitution sur les engagements internationaux, alors que deux années plus tard, le 30 octobre 1998, dans son arrêt d'Assemblée, *Sarran, Levacher et autres*, il estime, en interprétant l'article 55 de la Constitution française, que la primauté conférée aux engagements internationaux, ne s'appliquaient pas aux dispositions internes, de nature constitutionnelle. Cf. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^{ème} Ed. Paris, Dalloz, 2017, 1018 pages.

Par ailleurs, qu'en est-il du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs ?

« *La suprématie constitutionnelle signifie que la Constitution fournit l'étalon de mesure de la validité des produits du processus législatif ainsi que les actions de la branche exécutive du gouvernement* »⁸⁴. Certains systèmes normatifs africains et latino-américains aménagent en effet, l'examen de constitutionnalité des actes réglementaires. Il ne s'agit pas d'un procédé très récent, car « *en Autriche, le Tribunal de l'Empire avait reçu compétence dès 1867 pour exercer un contrôle de la constitutionnalité d'un acte administratif* »⁸⁵. Bien évidemment, la nature de l'opération ne doit pas prêter à confusion, puisqu'il est bien question de contrôle de constitutionnalité et non de légalité⁸⁶ de l'acte en cause. D'ailleurs, en application des dispositions constitutionnelles qui encadrent la fonction du juge, il est possible de trouver un fondement à cet office juridictionnel. Ainsi, les Cours constitutionnelles gabonaise et béninoise par exemples, tirent leur compétence de leur Constitution⁸⁷, poussant ainsi la doctrine à se demander si « *le juge constitutionnel [ne serait pas un] juge administratif au Bénin et au Gabon ?* »⁸⁸. A la vérité, le juge constitutionnel se le dispute avec son homologue administratif, longtemps présenté en Afrique comme un véritable rempart en matière de protection des droits des citoyens⁸⁹. A cet égard, appelée à se prononcer sur un certain nombre de décrets portant affectations de magistrats du siège, la Cour constitutionnelle du Bénin décide que le « *respect du principe d'inamovibilité exige que le magistrat du siège ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et lieux précis où il est appelé à les exercer ; que les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour garantir l'indépendance des magistrats du siège ; (...) que dès lors, les décrets d'affectation déferés ne sont pas conformes à la Constitution* »⁹⁰.

Du reste, en Amérique latine, la plupart des textes constitutionnels établissent cette forme de contrôle⁹¹. En général, l'action des juridictions constitutionnelles s'est parfois orientée vers la sanction

⁸⁴ VAN REENEN (Tobias), « Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du Sud », *RFDC*, N° 50, 2002, p. 356.

⁸⁵ FROMONT (Michel), « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », in *Mélanges Philippe ARDANT, Droits et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 47 et s. Cité par DJIMADOUNGAR (Allah-Adoumbeye), « Le contrôle de la constitutionnalité des lois au Tchad », *FoloFolo*, Décembre 2016, p. 8.

⁸⁶ Ainsi, la Cour constitutionnelle, suivant une jurisprudence constante, s'est toujours déclarée incompétente lorsque les requérants allèguent devant elle « un contrôle de légalité » d'un acte administratif. Il en est ainsi, de DCC-05-36 du 19 mai 2006, DCC-05-108 du 6 septembre 2005. Pour plus d'illustration, V. SALAMI (Ibrahim David), « Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs au Bénin », *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 429-444 (et en particulier p. 443).

⁸⁷ Au Gabon, la Constitution de 1991 dispose que « *La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité [...] des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques* » ; « *Les actes réglementaires peuvent être déferés à la Cour constitutionnelle [...] par tout citoyen ou par toute personne lésée par [...] l'acte querellé* » ; Au Bénin, la Constitution prévoit en son article 3 que « *tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* », tandis que l'article 117 alinéa 3 fait obligation à la Cour constitutionnelle de statuer obligatoirement sur « *la constitutionnalité [...] des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et, en général, sur la violation des droits de la personne humaine* ».

⁸⁸ KEUTCHA TCHAPNGA (Célestin), « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *RFDC* N° 3, 2008, pp. 225-583.

⁸⁹ Cf. BLEOU (Martin), « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », Communication à l'occasion du Colloque international de de l'AA-HJF, Lomé (Togo), 12-14 décembre 2016, 38 pages.

⁹⁰ DCC 97-033 du 10 juin 1997.

⁹¹ Au Chili, la Constitution de 1980 en son article 93 (qui concerne une diversité de normes : lois, décrets, lois organiques, réformes constitutionnelles, traités internationaux, ainsi que des arrêts rendus par la Cour Suprême et les Cours d'appel, dans les cas où ces décisions de justice affecteraient les droits fondamentaux de particuliers) assigne au Tribunal constitutionnel la fonction d'exercer un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs du Gouvernement (comprenant ceux du Président de la République, des Ministres d'État, ceux relatifs aux bases

des actes de l'Exécutif, manifestement illustratifs d'un excès de pouvoir, au nom de la défense de la Constitution. En mai 1993 en effet, le Président de la République du Guatemala J. SERRANO ELÍAS, annonça par message, avoir signé un décret prévoyant la suspension de l'application de plus de quarante (40) articles de la Constitution, relatifs aux garanties fondamentales des droits et libertés des individus, du Congrès, de la Cour suprême, ainsi que de la Cour de constitutionnalité. En réaction⁹², dès le lendemain, sept (7) membres de la Cour de constitutionnalité se réunirent et invalident ledit décret, par la Sentence N° 225-93 du 25 mai 1993, en excipant de la violation directe de la Constitution en ces termes : « *Quand les actes des pouvoirs publics sont réalisés hors de la compétence prévue par la Constitution, il est recevable de mettre en œuvre l'activité de la justice constitutionnelle afin de garantir l'État de droit (...). Les actes réalisés par le Président de la République rapportés précédemment et les actes qui en découlent, non seulement transgressent certains articles de la Constitution, mais représentent une rupture de l'ordre constitutionnel, situation qui ne peut être ignorée par cette Cour dont la fonction essentielle est la défense de l'ordre constitutionnel* »⁹³. S'ensuivit un « bras de fer »⁹⁴ dont l'issue a provoqué le départ en exil du Président.

Qui plus est, pour d'autres cas de figures, le contentieux constitutionnel des actes de l'Exécutif peut être d'une portée moins dramatique que celle visée plutôt. Au Brésil, dans l'arrêt *Espólio de Alceu Pereira Nunes e Outros c/ Presidente da República*, rendu le 23 janvier 1997, les juges de la Cour suprême (STF) ont mis fin à la polémique qui divisait la doctrine administrativiste brésilienne à propos de l'impact du contreseing ministériel sur la validité de l'acte présidentiel soumis à cette règle. Ils ont conclu par cette sentence que l'absence de contreseing n'entachait nullement la validité de l'acte présidentiel⁹⁵.

Le parallèle peut bien être établi avec l'autre juridiction à la pointe Sud de l'Afrique. En effet, dans le sillage de l'affaire *Hugo*⁹⁶, la Décision, 2000 (2) SA 674 (CC), du 10 septembre 1999 *President of the Republic of South Africa and Others v/. South African Rugby and Football Union and Others*⁹⁷ plus connue sous le nom de *SARFU III*, permet à la Cour, en l'absence de disposition expresse qui fonde sa compétence, de forger ce que la doctrine qualifia de « *convention de la Constitution* »⁹⁸, pour distinguer les actes du Chef de l'État qui relèvent de sa compétence propre et ceux relevant de son statut de Chef de gouvernement.

Si donc le contrôle des normes rapproche les deux offices juridictionnels, ceci se prolonge également dans l'affirmation des fonctions normatives du juge.

B- Les fonctions normatives du juge

générales de l'Administration de l'État et enfin, ceux liés à l'"état d'exception constitutionnel". Cf. LE QUINIO (Alexis), « La réforme du système de justice constitutionnelle chilien », *AJJC*, XXI, 2005, p. 65.

⁹² Il s'agit bien d'une réaction, car la Cour n'avait aucune compétence d'auto-saisine, même si elle fait valoir le recours au « droit de résistance » prévu par l'article 45 et la « défense de l'ordre constitutionnel » énoncée par l'art. 268 de la Constitution guatémaltèque.

⁹³ Référence citée par Arnaud MARTIN, « L'indépendance de la justice constitutionnelle en Amérique latine », *Le glaive et la balance*, sous sa direction, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 166-167.

⁹⁴ *Idem*, pp. 167-168.

⁹⁵ TUPIASSU (Lise), « Le Droit constitutionnel : les institutions politiques », *Introduction au droit brésilien, op. cit.*, p. 35.

⁹⁶ Par son arrêt *President of the Republic of South Africa v/ Hugo*, rendue en 1997, la Cour admet la justiciabilité des actes présidentiels.

⁹⁷ Voir en ce sens, PHILIPPE (Xavier), « Afrique du Sud », Table ronde sur *les Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction*, *AJJC*, XVII, 2001, p. 118.

⁹⁸ PHILIPPE (Xavier), « Afrique du Sud », Table ronde sur *les Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction*, *AJJC*, XVII, 2001, p. 117.

La « confection » d'une décision de justice est un art dont il faut acquérir la pleine maîtrise des arcanes. Elle appelle une technologie propre à allier des connaissances pointues dans la matière considérée, mais aussi de la subtilité se traduisant *in fine* par un dispositif résolutoire raisonnée. C'est en ce sens que H. KELSEN affirmait que « *si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes* »⁹⁹. Cette fonction normative du juge se déploie tant sous l'angle d'une interprétation créatrice (1) qui dérive vers un pouvoir normateur (2).

1- L'interprétation créatrice.

Selon B. KANTÉ, « *Lorsque le juge se déclare compétent pour connaître d'un recours en inconstitutionnalité, qu'il le veuille ou non, il est appelé à interpréter la Constitution* »¹⁰⁰. Celle-ci devient dans ce cas une norme de référence pour la norme à contrôler. C'est parce que les dispositions de la Charte fondamentale ne sont pas à l'abri de variations sémantiques, et donc d'une *compréhensibilité contradictoire* que l'expertise judiciaire est attendue pour valider juridiquement l'*unique* version qui vaille. Fort de son sobriquet de « *gardien de l'orthodoxie constitutionnelle* », le juge cherche à mettre fin au caractère équivoque des dispositions à l'égard desquelles son office est sollicité, en vertu de l'exigence d'*intelligibilité de la loi*¹⁰¹. De par sa portée obligatoire, le travail *herméneutique* attendu des juges constitutionnels africains et latino-américains est chevillé à l'objectif de veiller à la cohérence d'ensemble de l'ordre juridique grâce à des interprétations constructives, même si à d'autres occasions, ce travail peut se révéler impopulaire, déformant.

Dans les systèmes normatifs contemporains, le juge doit veiller à « *...remplir les vides législatifs afin d'assurer à la Constitution une force normative pleine et entière* »¹⁰². En effet, la carence qui fait suite au législateur de se soustraire à l'exercice de sa compétence, entraînant de ce fait, des conséquences regrettables, ne laisse point indifférent le juge constitutionnel. Connu sous l'appellation d'« *incompétence négative* »¹⁰³ par la doctrine francophone, assimilable aux « *omissions législatives* »¹⁰⁴ dans la doctrine latine¹⁰⁵, ce manquement imputable au législateur a généré nombre

⁹⁹ Cité par ADDALA (El-Hachemi), « L'interprétation constitutionnelle face aux pouvoirs de l'État », in *Un dialogue des juges, Travaux du Sommet des Présidents des Cours Suprêmes, Constitutionnelles et Régionales, Mexico, 2012*, Mexico, Editions Aquarela Gráfica, 2014, p. 202.

¹⁰⁰ KANTÉ (Babacar), « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », *L'interprétation constitutionnelle*, sous la dir. de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Paris, Dalloz, 2005, p. 162.

¹⁰¹ Cf. GOUNOU S. (Abdoulaye), « L'intelligibilité de la loi devant le juge constitutionnel béninois », *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 547-586.

¹⁰² GRAU (Eros Roberto), « L'évolution du contrôle de constitutionnalité au Brésil », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 26, août 2009, p. 1.

¹⁰³ VIDAL-NAQUET (Ariane), « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2015/1 N° 46, pp. 5-19. V. PRIET (François), « L'incompétence négative du législateur », *RFDC* N° 17, 1994, pp. 59-85.

¹⁰⁴ Les omissions législatives sont prévues par les textes constitutionnels latino-américains : Article 336 de la Constitution du Venezuela de 1999 : « *La division constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice aura les fonctions suivantes : (7) Déclarer l'inconstitutionnalité des omissions [...] législatives entraînant le défaut de promulgation des règles ou mesures essentielles en vue de garantir la conformité à la Constitution ou en les promulguant de manière incomplète ; et établir un délai et, si nécessaire, des directives afin de corriger ces déficiences* » ; Article 8 (al.2) de la Constitution du 20 octobre 2008 de l'Équateur : « *Sera inconstitutionnelle toute action ou omission de caractère régressif qui diminue, porte atteinte ou empêche de manière injustifiée l'exercice des droits* » ; Article 102 § de la Constitution du 5 octobre 1988 : « *Lorsque l'inconstitutionnalité est déclarée par défaut de mesures devant rendre effective une norme constitutionnelle, il en est donné connaissance au Pouvoir compétent pour qu'il prenne les mesures nécessaires* ». Cf. ARLETTAZ (Jordane), « L'incompétence négative à l'étranger », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2015/1, N° 46, p. 66.

¹⁰⁵ V. TEIXEIRA DE OLIVEIRA (Denise), « Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil : voie de démocratie continue, instrument inachevé de contre-pouvoir ? », *Communication*

d'affaires instructives. A cet égard, il est important de faire observer que les juridictions constitutionnelles de tradition latine sont promptes à sanctionner cette incompétence négative, ou plus précisément « *l'abstention du législateur à produire la norme nécessaire à la concrétisation d'un droit prévu par le texte de la Constitution* »¹⁰⁶. Ainsi, dans sa décision d'inconstitutionnalité N° 53-2005/55-2005, en date du 1^{er} février 2013, la Chambre constitutionnelle du Salvador a déclaré qu'« *il y a inconstitutionnalité par omission totale* »¹⁰⁷ telle que alléguée par les requérants, pour manquement du Parlement à son obligation de légiférer sur l'indemnisation universelle des travailleurs du secteur privé en cas de démission ou de départ volontaire, comme le prévoyait depuis 1983, l'article 38 de la Constitution¹⁰⁸. Et si en dépit de la décision de justice, l'inertie parlementaire persiste (ou dépasse le délai prescrit), les juges vénézuélien¹⁰⁹ comme équatorien¹¹⁰ sont habilités à y pourvoir.

Dans le continent africain, bien que la conquête d'une interprétation constructive soit décelable dans les primes décisions¹¹¹ consécutives aux ouvertures démocratiques de 1990, le constat semble établi que les Constitutions et textes juridiques de la plupart des pays « *n'accordent pas explicitement aux juridictions chargées de la justice constitutionnelle la compétence de statuer sur les cas d'omissions par le pouvoir législatif* »¹¹². Cette déficience de la norme écrite n'entame point l'engagement de certaines juridictions, à « débusquer » l'omission législative et le cas échéant de prononcer la sanction appropriée. La Cour constitutionnelle du Bénin a estimé dans sa décision DCC 08-072 du 25 juillet 2008, que « *l'Assemblée Nationale dont l'une des missions principales est de voter les lois s'est abstenue d'autoriser la ratification des accords de prêt devant contribuer à la lutte contre l'érosion côtière ; que ce faisant, les députés à l'Assemblée Nationale ont violé l'article 35 de la Constitution...* »¹¹³.

au IX^{ème} Congrès Français de Droit Constitutionnel, Lyon, 2014, 40 pages ; RANGEL HERNÁNDEZ (Laura), « La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional », *Cuestiones constitucionales*, Núm. 18, enero-junio 2008, pp. 201-226.

¹⁰⁶ Idem, p. 1.

¹⁰⁷ Décision disponible sur : www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/53-2005-55-2005.pdf, consultée ce 16-12-2018.

¹⁰⁸ V. MELÉNDEZ (Florentín), « La Chambre constitutionnelle de la République du Salvador », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2015/3 (N° 48), p. 74.

¹⁰⁹ Tribunal suprême de Justice, décision du 4 août 2003, Exp. nos 03-1254 et 03-1308. Référence citée par ARLETTAZ (Jordane), « L'incompétence négative à l'étranger », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2015/1, N° 46, p. 71.

¹¹⁰ Selon l'article 436-10 de la Constitution équatorienne de 2008, la Cour constitutionnelle pourra « *déclarer l'inconstitutionnalité que commettent les institutions de l'État ou les autorités publiques qui par omission n'ont pas respecté, de manière totale ou partielle, les mandats contenus dans les normes constitutionnelles, dans un délai établi par la Constitution ou jugé raisonnable par la Cour constitutionnelle. Si, une fois le délai épuisé, l'omission persiste, la Cour, de manière provisoire, élaborera la norme ou exécutera l'acte omis* ».

¹¹¹ A titre d'exemple, au Bénin, le Haut Conseil de la République officiant comme juge constitutionnel dans la période de transition, a pu juger : « *La Cour constitutionnelle doit se prononcer toutes les fois qu'elle est requise pour statuer sur l'interprétation à donner au contenu de la Constitution ; cette prérogative n'est conférée à aucune autre institution* » (Décision 15 DC du 16 mars 1993). Dans le même ordre d'idées, au Niger, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, dans son arrêt n°95-05/CH.CON.S du 5 septembre 1995 sur la cohabitation, déclare : « *les constituants ont dans leur esprit voulu donner à la Cour Suprême seule, à travers sa Chambre Constitutionnelle, le pouvoir d'interpréter et d'apprécier toutes les dispositions de la Constitution qui feront l'objet de contestations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, quand bien même cette compétence n'est pas mentionnée de manière expresse ; ... la Cour Suprême, juge naturel de l'interprétation des dispositions constitutionnelles, devant le vide juridique en matière d'interprétation et en l'absence de toute juridiction compétente en la matière, ne peut refuser de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ». Cf. BA (Boubacar), « Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique », *Afrilex*, 2016, p. 36.

¹¹² KANTÉ (Babacar), PREMPEH (H. Kwasi), « Les autres attributions des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité », in *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest Analyse comparée*, Munich, Fondation Hanns Seidel, IDEA, 2016, p. 120.

¹¹³ Cf. http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/08072.pdf, consulté le 11-01-2018.

Si l'interprétation peut être constructive, elle reste aussi passible de dévoiement.

En effet, la crainte de voir la *norme* se transformer en « *objet de cire soumise [aux] caprices* »¹¹⁴ des juges, hante l'esprit des spécialistes. Il s'agit en effet d'une impression qui se dégage à chaque fois que la juridiction constitutionnelle s'en trouve *imbue* de son pouvoir interprétatif, renvoyant à l'image « *de l'argile aux mains du potier qui lui donne des formes au gré des circonstances* »¹¹⁵. En effet, la lecture à laquelle se prête le juge constitutionnel en rendant sa décision n'emporte pas systématiquement l'effet d'adhésion escomptée. Le propos ne vise pas à mettre en doute la sentence encore moins à en encourager l'inexécution ou l'inobservation. L'*impopularité* ou la *déviante* d'une décision de justice à laquelle allusion est faite, demeure la perspective par laquelle la sentence *ébranle* l'opinion, de par son caractère surprenant, donc inattendu. Elle peut donner l'impression de saper les garanties de la sécurité juridique des justiciables ou de perturber les fondations de l'ordre juridique jusque-là entretenues. Les sentences de cet acabit ne sont guère étrangères aux univers qui nous intéressent ici.

En Bolivie, le Tribunal constitutionnel donne parfois quelque raison de penser qu'il se prête à cette forme d'interprétation dévoyée. Le juge n'aura pas hésité à distinguer parmi les dispositions de la Constitution en vigueur une partie « *dogmatique* » et une autre « *organique* » pour fonder une interprétation tendancieuse du dispositif qui organise la réélection du Président en exercice. Alors que ladite Constitution adoptée en 2009 sous son magistère innovait à travers l'interdiction de la réélection immédiate, le Président devrait alors obtenir de la part du juge constitutionnel, avant le terme du deuxième mandat, les gages « *juridiques* » d'un probable troisième mandat à partir de 2014. Dans cette perspective, le Tribunal, par sa Déclaration constitutionnelle N° 0003/2013 du 15 avril 2013¹¹⁶ « *dégrade* » le dispositif constitutionnel en cause pour la remettre entre les mains de l'Assemblée nationale la faculté de préciser par des lois organiques, les articles 168 de la Constitution et la Première Disposition Transitoire qui concernaient la réélection.

Révéléateur d'une certaine forme de « *réécriture* »¹¹⁷ des dispositions de la Constitution, le rapport qu'entretient le juge avec celle-ci s'en trouve dénaturé parce que débordant de son office classique¹¹⁸. Ces types de « *débordements* » s'aperçoivent aussi en Afrique. Dans sa décision en date

¹¹⁴ EMMANUEL (Delphine Adouki), « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDP* N° 6, 2015, p. 1625.

¹¹⁵ KPODAR (Adama), « Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité. Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, sous la dir. de Oumarou NAREY, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 214.

¹¹⁶ Selon le juge, « ...il doit être précisé que dans tout État constitutionnel de droit, qui est une caractéristique de l'État plurinational de Bolivie, la partie dogmatique de la Constitution se caractérise par son application directe, c'est-à-dire que sa matérialisation et donc le phénomène de constitutionnalisation dans l'ordre juridique ne nécessitent pas de loi de développement ; au contraire, à la lumière du principe de légalité qui constitue un des piliers pour l'exercice de la fonction publique et au principe de sécurité et de continuité juridiques comme axes essentiels de l'État constitutionnel de droit, la partie organique pour son application, nécessite des lois organiques de développement, lesquelles doivent émaner de l'Assemblée législative plurinationale... ». Cf. AUDUBERT (Victor), « Le "continuisme" des mandats présidentiels, une dérive "caudilliste" du pouvoir exécutif ? Réflexions à partir de la Constitution bolivienne de 2009 », *RFDC* N° 108, Décembre 2016, p. 759.

¹¹⁷ C'est le cas en particulier de récentes décisions : Cour constitutionnelle du Gabon, Décision N° 022/CC du 30 avril 2018 et N° 219/CC du 14 novembre 2018 ; Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar, Décision N° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018. Cf. DIOP (Mamadou Falilou), « L'étendue des compétences des juges constitutionnels dans les situations de crise politique en Afrique francophone subsaharienne », *Annales Africaines*, Nouvelle Série, N° Spécial, Janvier 2019, pp. 121-193.

¹¹⁸ « *Nous rendons la justice les mains tremblantes* » affirmait le Premier Président de la Cour de Cassation française, Guy CANIVET, dans l'affaire politico-judiciaire dite « *d'OUTREAU* », Cf. *Le monde* du 6 janvier 2006. Cette assertion est à rapprocher de la métaphore utilisée par le Doyen Georges VEDEL pour qui le juge constitutionnel français « *a droit à la gomme, pas au crayon* », « *même si le recours à la technique des réserves d'interprétation (...) lui confère une marge d'appréciation*

du 18 janvier 2006, le Conseil constitutionnel du Sénégal a décidé que « *dans le cas de la révision de la Constitution par la seule assemblée nationale, le vote à la majorité qualifiée des trois cinquièmes (3/5) réalise à la fois l'adoption et l'approbation* »¹¹⁹. La « *fusion* » ainsi promue entre deux phases nettement distinctes de la procédure de modification constitutionnelle, altère la lettre de l'article 103 de la Constitution de 2001 en même temps qu'elle indispose les spécialistes. Au nom d'une certaine volonté de « *raccourcir* » en une seule étape une procédure pourtant clairement décomposée en deux étapes, il se révèle dangereux pour l'« *aiguilleur* »¹²⁰ qu'est censé incarner le juge, de tenir une lecture aussi déformante et attentatoire à ce qu'on considère globalement comme l'un des piliers fondamentaux en matière de « *protection* » des Constitutions.

En outre, l'interprétation créatrice laisse insinuer l'existence d'un pouvoir normateur du juge constitutionnel.

2- L'émergence d'un pouvoir normateur

L'idée qui consiste à admettre l'existence d'un *pouvoir normateur* du juge est une question très controversée dans la doctrine. En effet, alors que certains auteurs¹²¹ restent toujours acquis à la conception classique qui cantonne le juge à la « *bouche de la loi* », lui déniaient ainsi toute idée de « *pouvoir normateur* », d'autres auteurs en revanche, se plient au fait que dans certaines circonstances, le juge puisse faire œuvre de créativité. A cette thèse *évolutionniste*, on pourrait rapprocher toutes les juridictions constitutionnelles qualifiées d'« *engagées* », comme celles de la Colombie, du Bénin, de l'Afrique du Sud... Dès lors, la tentation du pouvoir normateur du juge constitutionnel est contrebalancée par le réflexe d'une autolimitation.

« *La féconde liberté créatrice du juge* », à laquelle faisait allusion J. RIVERO¹²² est évocatrice d'un pouvoir normateur (ou normatif)¹²³. Il est en soi guidé par le constat d'une situation où la législation est *défaillante*, (absence ou carence), ou *inadaptée* à la situation en présence. La conscience d'incarner le dernier rempart en matière contentieuse oblige le juge à faire usage de son pouvoir normatif et de faire donc œuvre de jurisprudence¹²⁴.

D'ailleurs, cette idée est mise en lumière par le Conseil constitutionnel du Sénégal dans ses premières décisions. Il a estimé dans sa décision 5/93, 6/E/93 du 2 mars 1993, qu'« *après s'être déclaré valablement saisi et malgré le silence des textes, il a l'obligation de se prononcer sur la question portée devant lui ; qu'en effet, 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 ;*

considérable (...) ». Cf. GICQUEL (Jean) et GIQUEL (Jean-Éric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 31^{ème} Ed. LGDJ, 2017-2018, p. 248.

¹¹⁹ Cf. FALL (Ismaila Madior) (dir), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 492 ; V. du même auteur, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2011, 218 pages.

¹²⁰ FAVOREU (Louis), « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs* N° 67, 1993, p. 74.

¹²¹ Michel TROPER est d'avis que « *la seule source de droit étant la loi, qui est l'expression de la volonté générale, parce qu'elle émane du peuple ou de ses représentants, un juge qui produirait du droit serait une institution antidémocratique* ». Cf. « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *Mélanges Gérard CONAC, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, p. 50.

¹²² RIVERO (Jean), « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 16.

¹²³ Cf. EMMANUEL (Delphine Édith), « Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDJ* N° 6, 2015, pp. 1583-1626. Plus largement, Cf. le Dossier des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 24, 2008, consacré au *Pouvoir normatif*.

¹²⁴ ANDZOKA ATSIMOU (Sénvérin), « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC* N° 110, 2017/2, pp. 279-316.

... »¹²⁵. Si la portée d'une telle conception n'aura pas toujours été suivie scrupuleusement eu égard à la jurisprudence postérieure, il n'en reste pas moins qu'en mettant en branle son pouvoir normatif, le juge arrive à « *secouer* » les dispositions juridiques, afin d'en livrer la lecture qu'il estime adéquate.

De même, dans le contentieux de l'éligibilité des candidats à l'élection présidentielle ivoirienne de 2015, le Conseil constitutionnel, dans sa Décision N° CI-2015 EP-159/09-09/CC/SG du 9 septembre 2015, *portant publication de la liste définitive des candidats à l'élection présidentielle*, a fait œuvre de jurisprudence en distinguant entre « *éligibilité originelle* » et « *éligibilité dérivée* »¹²⁶. Avenant aux yeux du juge, cette construction jurisprudentielle n'aura pas réussi à emporter l'adhésion d'une partie de la doctrine qui y décèle la preuve d'une « *distorsion entre la Constitution et les pratiques du juge* »¹²⁷. En outre, c'est à un effort similaire de *décryptage* que s'est prêté le juge constitutionnel du Niger, dans son arrêt N° 03/CC/MC du 30 mars 2018, à propos de la notion de « *convention de la constitution* »¹²⁸.

En Amérique latine également, cet exercice d'érudition sémantique a entretenu le juge constitutionnel. Au Pérou, le juge constitutionnel qui était confronté à déterminer l'acception qui convenait à la notion d'*incapacité*, s'est prêté à une séduisante délimitation du champ définitionnel. Dans sa sentence du 4 décembre 2006, le Tribunal constitutionnel considère que « (...) *l'incapacité politique est une sanction politique discrétionnaire mais elle est soumise à des critères constitutionnels de proportionnalité qu'impose le Congrès de la République. Cela la distingue, précisément par sa nature, de l'incapacité pénale (prévues à l'article 36 du Code pénal) et de l'incapacité administrative (comme l'établit l'article 30 de la loi sur la carrière administrative, l'article 159 de son règlement d'application, et la loi-cadre relative à l'emploi public), lesquelles sont de caractère strictement juridique* »¹²⁹.

D'autres juridictions constitutionnelles se montreront plus constantes dans la mise en évidence de leur pouvoir normateur, notamment dans l'admission du contrôle de constitutionnalité des *lois constitutionnelles*¹³⁰, en dehors de toute habilitation par une règle écrite. A cette cohorte de juridictions constitutionnelles portées à la conquête de nouveaux espaces de compétences, il est possible d'associer

¹²⁵ Cf. FALL (Ismaila Madior) (dir), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 47.

¹²⁶ Pour le juge ivoirien, l'« *éligibilité originelle* » implique « *les candidat n'ayant jamais accédé à la fonction de Président de la République et qui, de ce fait, sont tenus d'apporter la preuve qu'ils remplissent toutes les conditions énumérées par les textes en vigueur* », alors que l'« *éligibilité dérivée* » est celle « *qui s'applique au Président de la République sortant qui, à l'occasion du scrutin l'ayant porté au pouvoir, avait déjà fait la preuve de son éligibilité originelle ; que cette éligibilité dérivée (...) se décline en réalité en terme de "rééligibilité"* ».

¹²⁷ MELEDJE (Francisco Djedjro), « Les distorsions entre la Constitution et les pratiques jurisprudentielles dans l'interprétation par le juge constitutionnel ivoirien de ses attributions : le juge entre immobilisme et spéculations », *Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, Actualités du Droit public et de la Science politique en Afrique*, Dakar, L'Harmattan, 2017, pp. 97-109.

¹²⁸ Pour la Cour, « ...*la convention de la constitution évoquée par les requérants se définit comme étant " une pratique implicite ou explicite, non écrite, acceptée et suivie par les acteurs politiques d'un État, ou éventuellement, par les partis politiques"* ; qu'il ressort de cette définition que la convention de la constitution n'est pas consacrée par un texte ; qu'elle résulte des usages et des accords informels visant à pallier les silences d'un texte ; que cette convention de la constitution est un contrat entre acteurs politiques qui peut être modifié librement et dont le non-respect n'entraîne aucune sanction juridictionnelle ». Disponible : http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/arrets/matiere_constitutionnelle/2018/arret_n_003_18_cc_mc.pdf, consulté le 26-04-2018.

¹²⁹ Cf. EL-HAGE (Javier), « La protection des droits politiques en Amérique latine. Une analyse en Droit international des droits de l'homme et en droit constitutionnel comparé », in *Le glaive et la balance. Droits de l'homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, sous dir. de Arnaud MARTIN, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 322 (note de bas de page N° 137).

¹³⁰ SOMA (Abdoulaye), « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique francophone », *AJP/PJA* 5/2011, pp. 619-640 ; SY (Papa Mamour), « Le contrôle des normes constitutionnelles au Sénégal », *Revue EDJA*, 2015, pp. 15-38.

l'ancienne Cour constitutionnelle du Tchad¹³¹. Autant alors considérer que dans le dessein de parfaire la production normative, le juge de « *l'excès du pouvoir législatif* » participe au « *pouvoir législatif* »¹³².

Enfin, le pouvoir normateur du juge s'opère eu égard aux revirements¹³³ de jurisprudence, et en particulier lorsque celui-ci est gagné par l'ambition de reconquérir une sphère matérielle qu'il avait initialement délaissée. A cet égard, ce qui semble être un revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal constitutionnel péruvien en 2014, laisse accréditer l'idée de « *défalquer* » les tribunaux administratifs de leur faculté d'exercer un contrôle de constitutionnalité « *diffus* » comme l'avait pourtant admis les sentences établies par les décisions du 10 octobre 2005 (STC n°00024-2003-AI/TC) et 2006 (STC n°03741-2004-AA/TC)¹³⁴. En effet, dans sa sentence consécutive au recours d'*amparo* en date du 18 mars 2014, 04293-2012-PA 2012, le juge arrive à la conclusion « *d'annuler sans effet le précédent contenu dans le STC 03741-2004-PA/TC, selon lequel tout tribunal ou organe collégial de l'administration publique était autorisé à renoncer à une disposition infra-constitutionnelle lorsqu'il considère qu'elle viole manifestement la Constitution, que ce soit par la forme ou la substance* » (N° 4, du dispositif de la STC 04293-2012-PA 2012)¹³⁵.

Il reste donc clair qu'en ayant recours à la fonction normatrice, donc créatrice du droit, l'on ne peut manquer de partager ainsi l'interrogation de P. WAFEU TOKO, « *Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ?* »¹³⁶. Sans y prétendre apporter quelque réponse satisfaisante, le juge gagnerait par moment, à fournir des gages d'autolimitation.

En effet, aux « *errements* » potentiels d'un pouvoir juridictionnel « *débridé* », devrait contrebalancer une « *auto-conduite* », de la « *retenue* ». Celle-ci est d'abord intrinsèquement inféodée à la prise de conscience de la gravité de la censure d'une norme.

Ainsi, la Cour Suprême de Justice de la Nation argentine, officiant en juge constitutionnel, a servi l'une des transcriptions les plus rigoureuses du niveau de responsabilité devant accompagner le juge constitutionnel dans son office. Elle a considéré dans son arrêt du 15 mai 2007, *Gianola, Raúl Alberto y otros c/ El Estado nacional y otros*, que, « *la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition est la plus délicate des fonctions susceptibles d'être attribuées à un tribunal, qu'elle constitue un acte d'une telle gravité qu'elle doit être considérée comme l'ultima ratio de l'ordre juridique* ». Selon la Cour, « *la déclaration d'inconstitutionnalité ne doit donc être prononcée que lorsqu'un examen approfondi de la disposition conduit à la ferme conviction que son application viole le droit ou la garantie constitutionnelle invoquée* »¹³⁷.

La vérité est que le reproche de « *gouvernement des juges* » n'est jamais très éloigné, à chaque fois que l'autorité juridictionnelle suprême *renverse* une norme ointe de « *légitimité* ». Face à de tels

¹³¹ SOMA (Abdoulaye), « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique francophone », *AJP/PJA* 5/2011, pp. 619-640.

¹³² FALL (Ismaila Madior), « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique francophone. Réflexion sur une norme particulière », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, N° 32, 2014, p. 188.

¹³³ TOGBÉ (Pierre E.), « La justice constitutionnelle béninoise à l'épreuve des revirements de jurisprudence », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?... op. cit.*, pp. 661-686.

¹³⁴ V. CONNIL (Damien), « Vers la fin (partielle) du contrôle diffus de constitutionnalité au Pérou », in *La lettre ibérique et ibéro-américaine*, N° 2, juin 2014, p. 6.

¹³⁵ Cf. NÚÑEZ (Carlos Ramos) (dir.), *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Sexto*, junio 2014-diciembre 2015, Lima, Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú, 2016, 1184 pages.

¹³⁶ WAFEU TOKO (Patrick), « Le juge qui crée le droit est-il un juge qui gouverne ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, N° 1, 2013, pp. 145-174.

¹³⁷ GALLEGOS FEDRIANI (Pablo Oscar), « Le contrôle de constitutionnalité en Argentine », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N°43, avril 2014, p. 2.

risques, supposés ou réels, l'attitude la mieux attendue du juge consisterait à se confiner dans une posture équilibrée qui récuserait toute formalisation d'une hyperpuissance. Il est juste question d'*auto-limitation (self-restraint)*, pour ne pas laisser intacte l'impression d'en faire plus que ne lui autorisent les textes. La fonction juridictionnelle ne pouvant se substituer à celle du Parlement, il apparaît alors indispensable de respecter le « *périmètre de la loi* »¹³⁸. La tendance constatée de l'« *activisme militant du juge constitutionnel* »¹³⁹ ne devrait point opprimer la nécessité de « *réguler le régulateur* »¹⁴⁰, ou de « *faire garder les gardiens* »¹⁴¹ de la Constitution à travers notamment une modération ajustée à une démarche auto-limitative, et donc responsable.

En Amérique latine, les juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité ne se gênent guère à mettre en avant leur fonction de « *législateur-négatif* »¹⁴² et non de « *législateur positif* » pour cantonner clairement leurs compétences. Dans une affaire rendue le 28 mars 2008, la Cour suprême (STF) du Brésil déclare que : « *L'interprétation (...) qui reconnaîtrait aux juges cette fonction juridique anormale, reviendrait en dernière analyse à faire du Pouvoir judiciaire un législateur positif, ce qui est irrecevable. La Loi fondamentale de l'État lui refuse cette place dans l'ordre institutionnel. En ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des actes de l'État, le Pouvoir judiciaire ne peut agir que comme un législateur négatif* »¹⁴³.

C'est donc confesser que la *conscience du bon sens* doit éclairer le juge supérieur afin de se prémunir de toute critique visant à en faire un « *juge libre et créateur, concurrent du législateur parce que maître de l'interprétation des textes constitutionnels* »¹⁴⁴, porté à réduire la Constitution en « *argile aux mains des potiers* »¹⁴⁵.

D'une certaine convergence dans l'activité contentieuse, les juges constitutionnels africains et latino-américains paraissent par ailleurs, cultiver une certaine complicité au moyen de la politique jurisprudentielle.

II- Une convergence dans la politique jurisprudentielle.

Le concept de « *politique jurisprudentielle* »¹⁴⁶ emprunté à la doctrine *administrativiste*¹⁴⁷ pourrait correspondre à « *un ensemble d'orientations décidées par un ordre juridictionnel donné, au*

¹³⁸ DRAGO (Guillaume), « Le périmètre de la loi », *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 661-672.

¹³⁹ HOURQUEBIE (Fabrice) et MASTOR (Wanda), « Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 34, 2012, p. 158 ; TAVARES FILHO (Newton), *Juger les lois : l'activisme juridictionnel du Tribunal Fédéral Suprême du Brésil dans le cadre de la Constitution de 1988*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Paris 1, 2016, 500 pages.

¹⁴⁰ NICAISE (Mede), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *AJJC*, XXIII, 2007, p. 55.

¹⁴¹ TROPER (Michel), « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *Mélanges Gérard CONAC, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, p.54.

¹⁴² Référence citée par Thomas BUSTAMANTE « L'interprétation juridique et la Cour suprême fédérale du Brésil : considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du "législateur négatif" », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 21.

¹⁴³ *Idem.* (S.T.F., 2e chambre, A.I. 360.461-Ag.R./M.G., juge Celso de MELLO, Rapporteur, D.J.28.03.2008, p. 1078).

¹⁴⁴ MEUNIER (Jacques), « La rhétorique du gouvernement des juges et la répartition des compétences normatives dans les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 », *Mélanges en l'honneur de Patrice GÉLARD*, Paris, Montchrestien, 1999, p.119.

¹⁴⁵ Propos cités par Francis DELPÉRÉE, « L'interprétation de la Constitution ou la leçon de musique », *L'interprétation constitutionnelle*, sous dir. de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Paris, Dalloz, 2005, p. 155.

¹⁴⁶ CAMGUILHEM (Benoît), « Les politiques jurisprudentielles : fonctions d'un pléonasme », in *Les politiques jurisprudentielles, Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'Etudes de Droit Public (IEDP)*, sous dir. J. ASPIRO SEDKY et alii, PU de Sceaux, 2015, p. 26.

*sujet de problématiques sociétales, politiques, juridiques ou morales »*¹⁴⁸. En matière de justice constitutionnelle, la politique jurisprudentielle, en œuvre dans les espaces africain et latino-américain, semble ouvertement trempée des vertus du libéralisme démocratique¹⁴⁹. Dans son office en effet, le juge s'aligne dans une optique de standardisation qui assure une protection des valeurs universellement promues par les sociétés démocratiques. Ce qui ne fait guère obstacle à la promotion de valeurs spécifiques. Dans ces conditions, les solutions dégagées par les juges respectifs africains et latino-américains ne s'éloignent guère d'un certain noyau cristallisant à la fois l'univers des droits fondamentaux (A) et la protection de l'État de droit (B).

A- Les droits fondamentaux

Acquis à la sensibilité d'une doctrine bienveillante¹⁵⁰, les droits fondamentaux polarisent un *quantum* élevé de décisions, occasionné par la multiplication d'actions spécifiques¹⁵¹ aux contentieux. Cet engouement *processuel* conjugué à celui *doctrinal*¹⁵² en direction des droits fondamentaux, « conduit à considérer que ce ne sont pas des règles constitutionnelles comme les autres »¹⁵³. Si leur assimilation aux *droits de l'homme* et aux *libertés publiques* ne date pas d'aujourd'hui, une certaine partie la doctrine¹⁵⁴ insiste néanmoins sur la nécessité de bien les spécifier. Tout compte fait, les juges africains et latino-américains balancent entre des solutions concordantes (1) et d'autres fluctuantes (2).

1- La concordance des solutions

La réputation actuelle de la justice constitutionnelle est inséparable de la protection systématique accordée aux droits fondamentaux. D'ailleurs, l'on considère que le souci de les garantir vaut au juge constitutionnel une interprétation extensive de ses compétences, à l'image du constituant sud-africain qui pose à l'article 39 (1) de la Constitution, le principe selon lequel l'interprétation juridictionnelle des droits fondamentaux puisse prendre en considération le droit international et éventuellement le

¹⁴⁷ Notamment Prosper WEIL, dans son article : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix en Provence*, 1959, p. 281.

¹⁴⁸ ASPIRO SEDKY (Joseph), « Présentation », *Les politiques jurisprudentielles, Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'Institut d'Etudes de Droit Public (IEDP)*, PU de Sceaux, 2015, p.8.

¹⁴⁹ SY (Demba), « La renaissance du droit constitutionnel en Afrique : question de méthode », *Revue Droit Sénégalais*, N° 3, juin 2004, p. 46.

¹⁵⁰ KANTÉ (Babacar), « Les droits fondamentaux constituent-ils une nouvelle catégorie juridique en Afrique ? », *L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Ed. Pedone, 2014, pp. 445-462. BERNAL PULIDO (Carlos), « Droits fondamentaux, juristocratie et hyperprésidentialisme en Amérique Latine », *Le glaive et la balance. Op. cit.*, pp.27-48. Toutefois, Jean RIVERO n'avait pas manqué de critiquer le concept en considérant qu'une « sorte de flou enveloppe la notion même de droits fondamentaux ». Cf. l'auteur, « La loi et les droits fondamentaux », *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, sous dir. de L. FAVOREU, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1984, p. 170.

¹⁵¹ Il en est ainsi, endroit processuel latino-américain, de la *Acción de Tutela* en Colombie, *el Juicio de Amparo* en Mexique, *Recurso de Amparo* en Costa Rica, *el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo* au Nicaragua ou la *Acción de Amparo Constitucional* en Argentine, au Venezuela ou au Pérou. Cf. LOPEZ DAZA (German Alfonso), « Constitutionnalisation et protection judiciaire des droits sociaux en Amérique latine », in *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux. National and international perspectives on social rights*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, 2008, p. 145.

¹⁵² SY (Mouhamadou Mounirou), *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, 562 pages ; AÏVO (Frédéric-Joël), « Contribution à l'étude la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux », *Afrilex*, 2016, 31 pages ; KEUDJEU DE KEUDJEU (John Richard), « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », *Revue CAMES/SJP*, N° 001/2017, p. 99-129.

¹⁵³ FANTIN-ROUGE STEFFANI (Marthe), « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *RFDC* N° 53, 2003, p. 87.

¹⁵⁴ KANTÉ (Babacar), « Les droits fondamentaux constituent-ils une nouvelle catégorie juridique en Afrique ? », *L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Ed. Pedone, 2014, pp. 445-462.

droit comparé¹⁵⁵. Ainsi, entre juges constitutionnels, la concordance des solutions tient au caractère universel des droits fondamentaux au sein desquels on peut singulariser les droits politico-électoraux

Le réflexe de protéger les droits fondamentaux charrie les juges vers l'établissement de connexions entre les ordres juridiques internes et communautaires¹⁵⁶, voire universel. Cet intérêt manifeste dans la quête et la concrétisation des droits fondamentaux et des droits de l'homme plus spécifiquement est une *catharsis* contre les trajectoires politiques marquées des régimes militaires, dictatoriaux et révolutionnaires, de part et d'autre de l'Océan Atlantique. Si bien qu'au tournant démocratique, les autorités judiciaires aient été amenées à construire progressivement une jurisprudence élaborée, suscitée par l'aspiration des peuples concernés à plus de libertés et de droits, puisés autant dans les racines de textes internes qu'externes.

Typique à cet égard, a été la logique d'intégration des instruments communautaires au secours de la défense des questions de droits fondamentaux et de droits de l'homme¹⁵⁷, eu égard aux affaires dont étaient saisis les juges constitutionnels. Ce succès est en partie dû à l'accueil hospitalier réservé au concept de « *bloc de constitutionnalité* » à la fois par les constituants et les juges constitutionnels africains¹⁵⁸ et latino-américains¹⁵⁹.

Au Gabon, par sa décision CC 001-92 du 28 février 1992, la Cour constitutionnelle laisse admettre que : « *...le contrôle de conformité d'un texte de loi à la Constitution doit s'apprécier non seulement par rapport aux dispositions de la Constitution, mais aussi par rapport au contenu des textes et principes de valeur constitutionnelle énumérés dans le préambule de la Constitution qui forment avec elle, ce qui est convenu d'appeler "le bloc de la constitutionnalité"* ». Récemment, dans son arrêt N° 02/CC/MC du 21 mars 2018, le juge constitutionnel nigérien visant la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, le Pacte International relatif aux Droits civils et Politiques de 1966, entre autres textes, déclare que « *ces instruments juridiques régionaux et internationaux de protection des droits humains font désormais partie du bloc de constitutionnalité au Niger* »¹⁶⁰.

En Amérique du Sud, une préoccupation similaire a pu être notée. Ainsi, dès 1995, à travers la sentence C-225/95, la Cour constitutionnelle colombienne a convoqué au soutien de son raisonnement, que « *...le bloc de constitutionnalité est composé de ces normes et de ces principes qui, sans apparaître formellement dans le texte constitutionnel, sont utilisés comme des paramètres de contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où, sur le plan normatif, ils ont été intégrés dans la Constitution par diverses voies et par mandat de la Constitution elle-même. Ce sont donc de véritables principes et règles à valeur constitutionnel...* ». Quant au Tribunal constitutionnel de la République

¹⁵⁵ Cf. RAMBAUD (Thierry), *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014, pp. 247-248.

¹⁵⁶ GAUDIN (Hélène) (sous dir), *Droit constitutionnel et droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel*, Paris, Economica, 1999, 393 pages.

¹⁵⁷ Pour une vue d'ensemble, V. *Un dialogue des juges, Travaux du Sommet des Présidents des Cours Suprêmes, Constitutionnelles et Régionales*, Mexico, 2012, Mexico, Editions Aquarela Gráfica, 2014, 460 pages.

¹⁵⁸ Cf. AKEREKORO (Hilaire), « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Afrilex*, 2016, 44 pages.

¹⁵⁹ GUEVARA (Milton Ray), « Le Tribunal constitutionnel et la garantie des droits fondamentaux : le tribunal constitutionnel et son rôle dans la construction d'un bloc de constitutionnalité », *Un dialogue des juges, Travaux du Sommet des Présidents des Cours Suprêmes, Constitutionnelles et Régionales, Mexico, 2012*, Mexico, Editions Aquarela Gráfica, 2014, pp. 273-290.

¹⁶⁰ Disponible sur : <http://www.cour-constitutionnelle-niger.org>, consulté le 26-05-2018.

dominicaine, par une série de décisions dont la première est celle N° 1920-2003¹⁶¹ du 13 novembre 2003, il s'est évertué à structurer le *bloc de constitutionnalité*, en partant d'abord de la notion de « *bloc constitutionnel* »¹⁶², avant que le constituant ne l'eût systématisé¹⁶³.

Il est clair que la prise en charge des droits fondamentaux se révèle être une préoccupation essentielle des juges constitutionnels. Cette même ferveur se déporte aussi sur les droits politico-électoraux.

L'expression des droits politico-électoraux dans les espaces considérés soulève la question de la répartition¹⁶⁴ des compétences en matière électorale conditionne l'intervention *soutenue* ou *effacée* du juge constitutionnel. Si l'intervention d'organes indépendants de régulation des élections (les Commissions électorales indépendantes) ou de juridictions spécialisées en matière électorale (comme les Tribunaux électoraux en Afrique du Sud, au Brésil, au Chili...) est de nature à réduire la sphère d'action du juge constitutionnel, celui-ci n'en est pas pour autant totalement « *délesté* ». Dans le droit chilien par exemple, le Tribunal constitutionnel hérite du contentieux des opérations référendaires (organisation du plébiscite) alors que l'instance « *de droit commun* » est le « *Tribunal qualificateur des élections* » (article 95 de la Constitution de 1980). Pour autant, le juge constitutionnel agit en dernier ressort lorsque le processus électoral, ou plus spécifiquement les droits politico-électoraux, sont en passe d'être enfreints.

Toutes choses qui exhortent à conclure sans doute, à la *minceur* du contentieux électoral généré par les juges constitutionnels sud-américains. Malgré tout, le label de crédibilité tant recherché dans la conduite des institutions juridictionnelles, oblige à ce que, face au choix d'une personnalité dont les convictions politiques antérieures ne garantissent pas l'indépendance et l'impartialité, à quereller l'acte de nomination devant le juge constitutionnel. C'est le sens de l'arrêt d'inconstitutionnalité 61-2009 rendu public en 2009, par lequel la Chambre constitutionnelle salvadorienne a invalidé la nomination d'un dirigeant de parti politique à la fonction de Président du

¹⁶¹ « Attendu que la République dominicaine possède un système constitutionnel composé de dispositions de même niveau hiérarchique émanant de deux sources normatives essentielles, à savoir : a) la source nationale, constituée par la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle locale prononcée dans le cadre du contrôle diffus ou du contrôle concentré et, b) par les sources juridiques internationales soit les conventions et accords internationaux, les avis consultatifs et les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, et que ces sources normatives, prises dans leur ensemble, conformément à la meilleure doctrine, constitue ce qu'on appelle le bloc constitutionnel à la lumière duquel doit être soumise la validité formelle et matérielle de toute la législation adjectivée ou secondaire ». La Cour poursuit : « Attendu que le bloc de constitutionnalité renferme dans ses principes et dans ses normes toute une série de valeurs telles que l'ordre, la paix, la sécurité, l'égalité, la justice, la liberté et d'autres principes qui, dès lors où ils sont repris par notre système juridique, deviennent des modèles de caractère raisonnable conformément au principe établi par le point 5 de l'article 8 de la Constitution ». Référence citée par Milton Ray GUEVARA, « Le Tribunal et la garantie effective des droits fondamentaux : le Tribunal constitutionnel et son rôle dans la construction d'un bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 274.

¹⁶² Selon Jean-Michel BLANQUER, la notion de « *bloc constitutionnel* » est apparue en 1960 dans les premières recherches effectuées sur le Conseil constitutionnel français. Cf. « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel », *Mélanges Jacques ROBERT, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 228.

¹⁶³ Par la réforme constitutionnelle du 26 janvier 2010, l'article 184 de la Constitution est ainsi réécrit : « Un Tribunal constitutionnel sera institué afin de veiller à la suprématie de la Constitution, à la défense de l'ordre constitutionnel et au respect des droits fondamentaux. Ses décisions seront définitives et irrévocables et constitueront des précédents contraignants pour les pouvoirs publics et les organes de l'État. Le Tribunal jouira d'une autorité administrative et budgétaire ». Cf. GUEVARA (Milton Ray), « Le Tribunal et la garantie effective des droits fondamentaux : le Tribunal constitutionnel et son rôle dans la construction d'un bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, pp. 276-277.

¹⁶⁴ ZINZINDOHOUE (Abraham), « La répartition des compétences entre l'administration électorale et le juge électoral en Afrique », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 397-410.

Tribunal suprême électoral, en raison de l'incompatibilité des deux fonctions avec le principe d'indépendance judiciaire consacré par l'article 172 de la Constitution¹⁶⁵.

Il s'agit par cette précaution, d'assurer toutes les garanties de la « *sincérité* »¹⁶⁶ des opérations électorales. Le rôle déterminant qui y est joué par les juges constitutionnels explique incontestablement l'idée d'une « *juridictionnalisation des élections nationales en Afrique* »¹⁶⁷. A cet effet, face aux contestations post-électorales fréquentes, le juge constitutionnel, se fondant sur le contrôle très répandu de « *l'influence déterminante* »¹⁶⁸, cherchera à apprécier si les irrégularités sont de nature à influencer le résultat des élections ou pas.

Et même dans des cas d'insécurité politique ambiante, les droits politico-électorales ne s'en trouvent guère remis en cause. C'est du moins la position défendue par la Cour constitutionnelle centrafricaine de Transition dans sa Décision n° 005/15/CCT du 15 avril 2015, en ce que : « *si les situations complexes du moment mettent en relief les difficultés du vote des citoyens centrafricains déplacés et réfugiés, cette question d'organisation technique et matérielle ne permet pas de dénier aux citoyens centrafricains qui ont craint pour leur vie, leur droit de vote, énoncé à l'article 20 alinéa 6 de la Charte constitutionnelle de Transition du 18 juillet 2013 et réaffirmé fortement par les recommandations du Forum de Bangui du 11 mai 2015 (page 26)* ».

En dehors d'un certain rapprochement sur le traitement des affaires impliquant les droits fondamentaux, il subsiste des fluctuations à propos de certaines solutions rendues par les juges africains et latino-américains.

2- Les fluctuations des solutions

Le système des droits fondamentaux ne saurait être abordé de manière analogue dans tous les espaces juridiques. Toute conclusion y afférente ne peut être appréciée qu'à l'aune des *us et coutumes* en cours dans l'univers normatif considéré. Ainsi, l'appréhension juridictionnelle des droits socio-économiques comme celle des droits socio-politiques laisse supposer quelques nuances.

L'édification d'une « *démocratie sociale* »¹⁶⁹ se déportant sur une *justiciabilité des droits socio-économiques*, est l'un des défis majeurs qui interpellent l'office des juges constitutionnels. Perçue comme « *la soumission potentielle à l'examen et au contrôle sur la juridiction* »¹⁷⁰, la *justiciabilité* des droits socio-économiques livre une lecture généralement contingente. Sans doute, le

¹⁶⁵ V. MELÉNDEZ (Florentín), « La Chambre constitutionnelle de la République du Salvador », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2015/3 (N° 48), p. 81.

¹⁶⁶ KHOUMA (Ousmane), « La sincérité du scrutin présidentiel devant les juridictions constitutionnelles africaines », *Afrilex*, 44 pages.

¹⁶⁷ SÈNE (Mamadou), *La juridictionnalisation des élections nationales en Afrique noire francophone: les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal. Analyse politico-Juridique*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Toulouse 1, 2017, 660 pages.

¹⁶⁸ La Cour constitutionnelle du Mali a estimé dans son arrêt du 12 mai 2007, portant proclamation des résultats définitifs de l'élection du Président de la République que : « *pour qu'une élection contestée soit annulée, il faut non seulement qu'une irrégularité [...] ait été effectivement commise, mais aussi que l'écart qui sépare les candidats soit si étroit que l'on puisse valablement en déduire que cette irrégularité a pu exercer une influence déterminante sur les résultats du scrutin* ». Cf. aussi SOGLOHOUN (Prudent), « Le juge constitutionnel béninois et la régulation du processus électoral », *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, PUT, 2017, pp. 379-401.

¹⁶⁹ MARTIN (Arnaud), « La consolidation démocratique en Amérique latine à l'aube du XXI^{ème} siècle : une quête inaboutie », *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Démocratie et libertés : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 564 et s.

¹⁷⁰ NIVARD (Carole), *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Montpellier 1, 2009, p. 18 et s.

pois économique moyennement modeste des États considérés explique la retenue¹⁷¹ des juges suprêmes à faire large place aux droits sociaux, malgré leur assise constitutionnelle avérée¹⁷² qui proclame des « *obligations positives* » imputables aux pouvoirs publics.

De part et d'autre de l'Océan Atlantique, l'office du juge constitutionnel aura été sollicité dans la perspective d'une correcte prise en charge des droits fondamentaux à incidence socio-économique. Certes, la diversité des champs investis par les droits sociaux (droit de grève¹⁷³, la liberté syndicale, le droit au travail, l'accès à l'électricité, les personnes infectées de VIH...) est ample, cependant il faudrait reconnaître que certaines problématiques apparaissent transversales en matière de contentieux constitutionnel notamment. Le problème d'accès à l'eau potable, de plus en plus pris en charge par les textes constitutionnels¹⁷⁴, suscite des fortunes diverses auprès des juges sud-africains, béninois et colombiens, par exemples.

Dans le continent africain, le juge constitutionnel sud-africain se positionne comme étant particulièrement sensible aux situations socio-économiques dont il est saisi. De l'avis de certains auteurs, la « *Cour constitutionnelle devrait pouvoir indiquer la voie, et porter la voix de l'opposabilité des droits économiques et sociaux* »¹⁷⁵. En effet, la pertinence d'une telle remarque se confond à la posture incarnée par la Cour sud-africaine dans l'affaire *Government of RSA v. Grootboom*, confirmée à plusieurs reprises¹⁷⁶. Pour la Cour « *la question n'est pas de savoir si les droits sociaux sont justiciables en vertu de la Constitution, mais comment les garantir dans un cas donné* »¹⁷⁷. En matière d'accès à l'eau, l'arrêt de la Cour CCT 39/9 en date du 8 octobre 2009, *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* reste mémorable, car elle était pour la première fois confrontée à la mise en

¹⁷¹ En général, la prise en charge de ces droits-créances en Afrique, semble encore rudimentaire, et en la matière, le juge constitutionnel ne manque jamais d'occasion de déterminer les bornes de ce que lui permettent les lois en vigueur afin de ne point obérer les charges publiques. Ce constat est partagé par certains spécialistes qui regrettent la faible protection des droits sociaux et économiques. Cf. AÏVO (Frédéric Joël), « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 47, 2015, p. 104. A titre d'exemple, le juge constitutionnel béninois, à travers la décision DCC 18-003 du 22 janvier 2018 a considéré, face à une requête d'un magistrat pour réclamer une prise en charge de l'État qu'« *aucune spécificité de la fonction de magistrat ne lui confère plus de droit à être pris en charge de manière particulière par l'Etat en cas de maladie que les autres agents de l'État* ».

¹⁷² Au Sénégal, l'article 8 de la Constitution énonce : « *La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux...* ».

¹⁷³ Dans sa décision Affaire N° 2/C/2013 en date du 18 juillet 2013, le Conseil constitutionnel du Sénégal rappelle que « *le personnel des Douanes, corps paramilitaire, assure une mission de service public qui ne peut s'accommoder d'interruption volontaire de nature à mettre en péril le fonctionnement de l'État ; que l'intérêt général est donc à même de justifier l'interdiction par le législateur du droit de grève et du droit syndical au personnel des douanes* ». Cette haute prise en compte de l'exigence de la continuité du service public transparaît dans la Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin DCC 18-001 du 18 janvier 2018, par laquelle elle précise : « *qu'en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève par le constituant ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à l'exercice de ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public, la satisfaction de l'intérêt général, la sécurité publique, la sûreté d'autrui, la santé, la morale ou les droits et libertés des personnes* ». V. SOHOUÉNOU (Épiphanie), « La justice constitutionnelle et le droit de grève dans l'espace francophone », *La justice constitutionnelle. Actes du Colloque de Niamey...*, *op. cit.*, pp. 355-392.

¹⁷⁴ En Bolivie, l'article 16-I de la Constitution de 2009 dispose : « *Toute personne a droit à l'eau et à la nourriture. L'État a l'obligation d'assurer la sécurité alimentaire, à travers l'alimentation saine, adéquate et suffisante pour l'ensemble de la population* ». Pour sa part, la Constitution équatorienne de 2008 dispose en son article 12 : « *Le droit humain à l'eau est un élément fondamental et indispensable. L'eau est partie du patrimoine national, stratégique d'utilisation publique, imprescriptible, inaliénable et essentielle pour la vie* » ; Colombie, article 366 de la Constitution de 1991 ; Afrique du Sud, article 27 de la Constitution de 1996 ; Au Salvador, la réforme du 20 avril 2012, a inséré dans la Constitution de 1983, le droit à l'eau.

¹⁷⁵ GADJI (Abraham), « L'économie dans les nouvelles Constitutions des États d'Afrique francophone », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?...* *op. cit.*, p. 783.

¹⁷⁶ Que ce soit à propos de la constitutionnalité des ordres d'expulsions adressés à des personnes « défavorisés » (CCT 99/08 du 26 mars 2009, *Machele and 67 Others v. Mailula and Others* ; CCT 22/08 du 10 juin 2009, *Joe Slovo Community v. Thubelisha Homes and Others*).

¹⁷⁷ Citée par Diane ROMAN, « La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale », *La Revue des droits de l'homme*, N° 1, 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, p. 287.

œuvre et l'interprétation du droit constitutionnel d'accès à l'eau (en quantité suffisante), prévu par l'article 27.1.b de la Constitution¹⁷⁸. Attendue sur la quantification maximaliste du droit en quantité d'eau suffisante, la Cour s'est abstenue à cet exercice, en déclarant le projet en question convaincant et bien fondé.

Pour sa part, la Cour constitutionnelle du Bénin a été saisie en 2009 d'une requête dont l'objet concernait l'accès à l'eau potable¹⁷⁹. La requérante, Mme F. APOVO soulève une série de griefs contre le Gouvernement, parmi lesquels « *l'augmentation du prix de l'eau (...), le Gouvernement béninois fuit ses obligations de respecter, de protéger et de donner les effets qui résultent des droits à l'alimentation et à l'eau...* ». Dans sa décision DCC 12-124 du 7 juin 2012, la Cour réfute les allégations de la requérante, en se fondant, par un exercice comparatif des prix de cession de l'eau potable, sur les efforts déployés par le Gouvernement dans la matérialisation d'un tel objectif. La Cour avait tout de même, pris la liberté de rappeler dans cette espèce, que « *le droit du citoyen à l'eau potable fait partie de ses droits fondamentaux ; (...) il s'agit d'un droit-créance opposable à l'État ; toutefois, l'État ne peut couvrir l'intégralité d'un tel droit que dans la progressivité d'une politique donnée comprenant une contrepartie à supporter par tout bénéficiaire* ».

On remarquera que les juges constitutionnels africains restent tout de même préoccupés par l'impact financier propre à assurer la prise en charge effective de ce droit. Qu'en est-il de leurs homologues latino-américains sur la question ?

La doctrine latino-américaine s'accorde de prime abord à considérer le Mexique et le Brésil comme précurseurs du « *constitutionnalisme social* »¹⁸⁰. Toutefois sur le plan du contentieux des droits sociaux, la Cour constitutionnelle colombienne, parmi d'autres¹⁸¹, se démarque assez singulièrement. En effet, elle a su développer une ligne jurisprudentielle tendanciellement acquise à la cause de la protection sociale¹⁸², au point d'ailleurs que l'on ait parlé de « *contribution sociale de la Cour* »¹⁸³. La sensibilité du juge colombien se confond à l'accueil de nombre de requêtes sur fond de détresse ou d'indigence. A propos de l'accès à l'eau, s'est construit un réservoir jurisprudentiel¹⁸⁴ substantiellement évocateur, que les spécialistes cernent suivant deux (2) dimensions. Un premier

¹⁷⁸ Cf. DAU (Francesca) et PHILIPPE (Xavier), « L'actualité constitutionnelle en Afrique du Sud. L'actualité de la jurisprudence constitutionnelle », *RFDC* 2011/4, N° 88, p. 884.

¹⁷⁹ BADET (Gilles), « Les droits économiques, sociaux et culturelles devant les juridictions constitutionnelles : cas du Bénin », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC*, *op. cit.*, pp. 398-399.

¹⁸⁰ CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du Sud », *La Revue des droits de l'homme*, 1, 2012, p. 120 ; HERRERA (Carlos), « Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social », *RUDH*, 2004, vol. 16, n°1-4, p. 33

¹⁸¹ Les autres juridictions s'illustrent également. En Argentine, la Cour Suprême de Justice de la Nation a reçu de nombreux recours d'amparo, à titre individuel ou collectif qui invoquaient la protection du droit à la santé ou à l'éducation (C.S., *Ferrer De Leonard, Josefina Y Otros C. Superior Gobierno De La Provincia De Tucumán S/ Amparo*, 12 août 2003).

¹⁸² Par exemple, la Cour constitutionnelle a reconnu le droit fondamental à un salaire décent, si le salaire ou la pension est la seule source de revenu pour le travailleur ou sa famille (C.C. Arrêt, T-597 de 1998) ; elle reconnaît aux retraités le droit de conserver la substance de leur droit à une pension de retraite ou d'invalidité en dépit des contrecoups de la crise économique que traverse l'État (C.C. Arrêt, T-426 de 1992, SU-995 de 1999) ; elle fournit une protection temporaire aux personnes âgées et pour les travailleurs domestiques qui n'ont pas accès à la retraite (C.C. Arrêt, SU-062 de 1999, T-092 de 2000 y T-1055 de 2001), etc. V. sur ce point, Carlos MOLINA, « La protection des droits sociaux en Colombie », *Revue des droits de l'homme*, 3/ 2013, pp. 3 et s., in <http://revdh.revues.org/432>. Consulté le 05-01-2018.

¹⁸³ MOLINA (Carlos), « La protection des droits sociaux en Colombie », *Revue des droits de l'homme*, 3/ 2013, p. 3, in <http://revdh.revues.org/432>. Consulté le 05-01-2018.

¹⁸⁴ LOPEZ DAZZA (German Alfonso), « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne », *Opinión Jurídica*, Vol. 14, N° 27, 2015, pp. 73-86

groupe de décisions¹⁸⁵ magnifie le droit à l'eau, comme un *élément essentiel de la vie*. Et dans ce lot, la décision SU-442/1997 du 16 septembre 1997 se particularise en ayant ordonné à un Maire du District (Santa Marta), d'engager la construction d'une nouvelle station de traitement de l'eau potable et d'assurer « *la surveillance continue du système d'eau afin de contrôler la qualité de la ressource et de fournir en permanence le traitement préalable nécessaire* ». Le second lot de décisions, amène le juge à ériger le droit à l'eau comme un *droit fondamental autonome*, en assurant une protection du « *droit fondamental à l'eau à partir de trois points de vue : selon les garanties minimales de la disponibilité, l'accessibilité, la qualité et la non-discrimination dans la distribution* »¹⁸⁶.

Dans tous les cas, les réponses jurisprudentielles fournies à la justiciabilité des droits socio-économiques laissent une impression mitigée. Quid alors des droits socio-politiques ?

Le processus d'intégration des « *nouveaux droits* »¹⁸⁷ dans les différents ordres juridiques a polarisé, par-delà les réticences et oppositions tranchées des populations, l'attention des juridictions constitutionnelles. Visiblement, l'attachement des sociétés africaines et latino-américaines aux valeurs morales et religieuses s'opposait viscéralement à toute idée d'admission de tels droits dans les textures juridiques, et alimentait en même temps une batterie de réprobations et de protestations de toutes parts. Si des résistances ont pu s'organiser dans certains États, la question cruciale des nouveaux droits a si profondément démarqué les juges constitutionnels¹⁸⁸ que toute hypothèse de catégorisation des espèces jurisprudentielles favorables ou hostiles s'avérerait malaisée. C'est en cela, qu'il semble nécessaire de raisonner au cas par cas, quand bien même dans les deux espaces continentaux considérés, les juges latino-américains aient été plus amènes à la reconnaissance de tels droits que les juges africains, avec l'exception remarquable de la Cour constitutionnelle sud-africaine¹⁸⁹.

En Amérique latine, alors que certains juges constitutionnels¹⁹⁰ en accord avec la législation ont franchi l'étape de la reconnaissance, d'autres s'y sont pris de manière graduelle dans la dynamique d'*acceptation des droits des couples de même sexe*. Alors que la Cour constitutionnelle colombienne a inauguré depuis son arrêt C-075/07 du 7 février 2007 des droits patrimoniaux aux couples homosexuels¹⁹¹, le Tribunal constitutionnel du Chili s'est inscrit dans cette mouvance de requalification de la conception traditionnelle du mariage, en déclarant la sentence N° 1881-10 du 3

¹⁸⁵ Cour Constitutionnelle de la Colombie Arrêt T-616/2010 (2010), T-244/1994 (1994), Arrêt, T-092/1995 (1995A), Arrêt, T-379/1995 (1995B).

¹⁸⁶ LOPEZ DAZZA (German Alfonso), « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne », *Op. cit.* p. 81. L'auteur renvoie à plusieurs décisions : Arrêt T-616/2010 (2010) ; Arrêt T-279/2011 (2011A) ; Arrêt T-410/2003 (2013A) ; Arrêt T-749/2012, 2012A du 26 septembre 2012. Dans cette dernière espèce, la Cour argue que : « *Le droit à l'eau, comme tout autre droit dans un état de droit social, n'est pas absolu. Il peut être soumis à des restrictions spécifiques et raisonnables* ».

¹⁸⁷ On peut entendre les droits en rapport avec l'homosexualité, le lesbianisme, les transgenres, les gays, ...

¹⁸⁸ POLI (Maria Daniela), « Le mariage homosexuel dans les jurisprudences constitutionnelles », *RIDC*, N° 3, Vol. 66, 2014. pp. 843-856.

¹⁸⁹ La Cour avait fait admettre l'Afrique du Sud dans « *le petit cercle des pays* », qui ont consacré les droits homosexuels depuis l'arrêt rendu en 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v/. Minister of Justice and Others*, 1998 (12) BCLR 1517 (CC), 1999 (1) SA 6 (CC). V. pour plus de précisions, ABOTSI (Alexander), « De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Revue Juridique Thémis*, N° 43, 2009, p. 426.

¹⁹⁰ C'est le cas au Paraguay, en Argentine, au Mexique...

¹⁹¹ Une série de décisions a confirmé cette reconnaissance : Arrêts d'*amparo*, T-911/09 du 7 décembre 2009 ; T-051/10 du 2 février 2010 ; C-029/09 du 28 janvier 2009 ; C-283/11 du 13 avril 2011. Cf. SIERRA CADENA (Grenfieth de J.), « Ibéro-amérique », *AIJC, Etude sur le mariage des personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé*, 2014-2015, p. 109.

novembre 2011, que l'article 102 du Code civil qui exige que le mariage soit contracté entre un homme et une femme est inapplicable pour inconstitutionnalité¹⁹².

Cette ouverture graduelle des juges constitutionnels d'Amérique du Sud aux unions de personnes de même sexe se heurte à la résistance d'autres États périphériques comme Haïti, où le Sénat a fait adopter, une loi en août 2017, pour réprimer l'homosexualité. C'est dans cette atmosphère que la Cour interaméricaine des Droits de l'homme a, suite à une requête consultative introduite par la République de Costa Rica, décidé dans son arrêt rendu public le 9 janvier 2018 qu'« *Il est nécessaire que le mariage ne se restreigne plus aux seules unions hétérosexuelles* »¹⁹³.

En attendant de mesurer la portée d'une telle opinion consultative dans l'univers latino-américain, quels semblent alors être les termes du débat, de l'autre côté de l'Atlantique ?

En Afrique en revanche, en dehors de l'Afrique du Sud et sans doute de quelques autres pays, l'on peut s'interroger si la problématique est de nature à être « remontée » jusqu'à l'office du juge constitutionnel. Car il s'entend qu'il n'a pas eu d'occasion, sinon que rarement à se prononcer sur une question des unions homosexuelles. Ceci trouve justification dans le fait que trente-quatre (34) des cinquante-quatre (54) États africains criminalisent¹⁹⁴ la pratique et que les litiges en la matière s'épuisent très souvent au niveau du juge (inférieur) de droit commun. Dans ces conditions, il n'est pas douteux que la question ne puisse paraître qu'épisodique, voire rare dans sa jurisprudence constitutionnelle.

La moralité est que cette question sociétale épineuse, instaure une claire ligne de démarcation entre juges constitutionnels africains et leurs homologues latino-américains. La conciliation entre une liberté fondamentale (le mariage) et une autre liberté individuelle (la libre détermination de l'orientation sexuelle) connaît une solide résistance en Afrique. Tandis que la courbe de reconnaissance de ces droits *nouveaux* en Amérique latine est tendanciellement ascendante, ceci, non sans récriminations d'une partie du peuple, infailliblement enracinée dans le conservatisme de valeurs religieuses traditionnelles.

En somme, la politique jurisprudentielle en direction des droits fondamentaux est substantiellement remarquable en Afrique comme en Amérique latine. Elle laisse suggérer un dialogue *indirect* se prolongeant sur le terrain de la protection de l'État de droit.

B- La protection de l'État de droit

« *Pour l'État de droit en Afrique* »¹⁹⁵. Ce vœu exprimé par le Doyen M. A-GLELE au milieu des années 1980, semble aujourd'hui prendre forme sous le double mouvement du virage vers la démocratisation et de la contribution remarquable du juge constitutionnel. Cette lecture est parfaitement transposable dans le continent latino-américain car, les nouvelles juridictions issues des réformes constitutionnelles majeures durant les années 1980-1990, mesurent l'intérêt de la protection de l'État

¹⁹² Cf. LUCAS GARÍN (Andrea), « Les particularités du principe de la séparation des pouvoirs dans le système constitutionnel chilien et son influence sur le présidentielisme », *Expériences démocratiques et Droit constitutionnel en Amérique latine*, sous la direction de Arnaud MARTIN, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 116.

¹⁹³ *Opinión consultiva OC-24/17* du 24 Novembre 2017, sollicitée par la République de Costa Rica. Disponible sur : http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_24_esp.pdf, consulté le 26-04-2018.

¹⁹⁴ Selon le *Rapport ILGA. Homophobie d'État 2016 — Une enquête mondiale sur le droit à l'orientation sexuelle : criminalisation, protection et reconnaissance*, Genève, ILGA, mai 2016, p. 182. Disponible sur http://ilga.org/downloads/State_Sponsored_Homophobia_October_2016_FRENCH.pdf, consulté le 02-03-2018.

¹⁹⁵ AHAHANZO- GLÉLÉ (Maurice), « Pour l'État de droit en Afrique », *Mélanges Pierre-François GONIDEC, L'État moderne. Horizon 2000. Aspects internes et externes*, Paris, LGDJ, 1985, pp. 181-193.

de droit. S'il est indéniable que le juge dans son office, s'efforce de protéger l'État de droit (1), il paraîtrait risqué de succomber à la tentation d'un propos apologétique, car dans la pratique, des entorses sont (2) répertoriées.

1- La protection juridictionnelle

Selon J. CHEVALLIER, « *le contrôle de constitutionnalité des lois est (...) la condition essentielle de l'État de droit puisqu'il garantit la suprématie effective de la Constitution, acte juridique suprême sur lequel s'appuie l'ordre juridique tout entier* »¹⁹⁶. En mettant à sa charge la protection de l'État de droit, le juge s'attache à garantir la suprématie constitutionnelle en résolvant en outre les conflits institutionnels.

L'un des symboles les plus édifiants de la « *réalisation de l'État de droit* »¹⁹⁷, consiste fondamentalement à garantir la suprématie constitutionnelle. En effet, sauf à perdre de son lustre, le texte constitutionnel, pour mériter son sobriquet de « *norme des normes* », doit être à l'abri des contingences épisodiques susceptibles de menacer son existence. Or, c'est connu, les espaces latino-américain et africain ont été épisodiquement secoués par des crises qui, par le passé, ont hypothéqué la *survie* de la Constitution. C'est pour en assurer la garantie¹⁹⁸ qu'il est attendu du juge constitutionnel de « *déployer un trésor d'ingéniosité pour solutionner les problèmes de droit* »¹⁹⁹ qui sont portés à sa connaissance. En même temps qu'il assure la protection de l'ordre constitutionnel²⁰⁰, le juge veille à sauvegarder la place prééminente de la Constitution dans la pyramide normative. Ces deux fonctions confondues expliquent sans doute, que la plupart des Constitutions en vigueur aient opté d'en faire le « *Gardien* »²⁰¹ de la Constitution, c'est-à-dire le détenteur du « *o monopólio da ultima palavra* » (« *le monopole du dernier mot* »), comme le rappelle souvent la Cour Suprême (STF) brésilienne dans plusieurs de ses décisions²⁰². Il s'agit à l'évidence, d'une condition nécessaire à tout projet d'édification d'une démocratie constitutionnelle.

De part et d'autre des espaces considérés, les juges constitutionnels ne manquent pas, à chaque fois que cela se révèle opportun, d'appuyer une logique méthodique qui raffermirait l'ancrage du texte constitutionnel. Ce, autant dans une perspective *sanctionnatrice* d'une norme contraire au texte de référence, que celle *approbatrice* des initiatives normatives qui confortent le texte constitutionnel.

¹⁹⁶ L'État de droit, Paris, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2010, p. 77.

¹⁹⁷ FAVOREU (Louis) « L'achèvement de l'État de droit sous la V^{ème} République », www.juridicas.unam.mx/libros/2/641/12.pdf, pp. 167-179.

¹⁹⁸ KELSEN (Hans), « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », RDP, 1928, pp. 197-257.

¹⁹⁹ BOLLE (Stéphane), « La Constitution COMPAORE ? Sur la décision N° 2005-007/CC/EPF du 14 octobre 2005 du Conseil constitutionnel du Burkina Faso », Afrilex N° 5, décembre 2005, p. 254.

²⁰⁰ NDIAYE (Cheikh Mbacké), *La protection juridictionnelle de l'ordre constitutionnel au Sénégal*, Thèse de Droit Public, UCAD, 2016, 525 pages.

²⁰¹ Au Brésil, l'article 102 de la Constitution fait de la Cour Suprême Fédérale, la « gardienne de la Constitution ». Au Sénégal en revanche, l'article 42 de la Loi fondamentale dispose que « *Le Président de la République est le gardien de la Constitution* » alors qu'en même temps, le Conseil Constitutionnel est la seule juridiction compétente pour contrôler la Constitutionnalité des normes (article 92).

²⁰² STF, Tribunal Pleno, RE-AgR 477554 / Minas Gerais, (Rel. Min. Celso de Mello), Carmem Mello de Aquino netta c/ Instituto de Previdência dos servidores, 16/08/2011 ; STF, Tribunal Pleno, MS 26603 / DF, (Rel. Min. Celso de Mello), Partido da social democracia brasileira c/ Presidente da Câmara dos deputados, 04/10/2007 ; STF, Tribunal Pleno, ADI 3345 / DF, (Rel. Min. Celso de Mello), Partido progressista c/ Tribunal Superior Eleitoral, 25/08/2005. Références citées par Thomas PASSOS MARTINS, « La judiciarisation de l'action politique au Brésil et la migration des acteurs sociaux vers la Cour suprême », *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 65 N°1, 2013. pp. 9-10.

En Afrique du Sud, classique est aujourd'hui l'évocation de la décision CCT 23/96 du 6 septembre 1996, *Certification de la Constitution définitive*, par laquelle la Cour Constitutionnelle était investie du « *soin de vérifier le texte constitutionnel final à l'aune des 34 Principes constitutionnels adoptés lors des "négociations constitutionnelles multipartis" de 1992-1993, sur lesquels les différents protagonistes de la transition avaient réussi à trouver un accord* »²⁰³. Se souciant de la valeur fondamentalement principielle de ce que représentent ces « 34 principes » eu égard à l'ordre juridique à édifier, la Cour constitutionnelle ne se sera pas troublée de déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions contenues dans la *première mouture* de la Constitution dite « définitive ». Par la suite, les indications de correction formulées dans cette première décision étant prises en compte par l'Assemblée constituante, l'*homologation juridictionnelle* pouvait ainsi s'opérer par le truchement d'une seconde décision de vérification de conformité (CCT 37/96 du 4 décembre 1996, *Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa*). Ce qui rendit possible la promulgation de la Constitution « définitive » le 10 décembre 1996, entrée en vigueur le 4 février 1997.

En outre, l'effort de garantir la suprématie constitutionnelle n'est pas seulement appréciable sous le prisme *sanctionnateur*. Rien ne s'oppose à un réflexe *approbateur* du juge face à une réforme constitutionnelle réputée, consolider les fondements démocratiques du texte constitutionnel en vigueur. C'est à cette solution qu'est parvenu le Tribunal constitutionnel du Pérou, dans sa sentence du 21 janvier 2002. Après que le Congrès a eu à mettre en œuvre une procédure de réforme constitutionnelle, visiblement régulière, le juge péruvien arrive à la conclusion que « *l'intention de favoriser un processus de réforme constitutionnelle, avec les règles de l'ordre constitutionnel lui-même constitue un fait historique important dans la consolidation de l'État constitutionnel de droit* »²⁰⁴. Ce *visa d'approbation* ou de *consolidation* ainsi délivré par la juridiction constitutionnelle labélise définitivement l'intégration de la réforme dans le texte constitutionnel.

La protection juridictionnelle de l'Etat de droit emporte également la nécessité de résoudre les conflits institutionnels.

En Amérique latine comme en Afrique, la fonction pacificatrice des juridictions constitutionnelles a été très tôt ressentie dès les premières velléités de remise en question des « *consensus* » issus des « *grands débats* » constituants, sous l'ère de la démocratisation. Par une approche méthodique constructive, le juge a pris le parti de faire observer les préceptes fondamentaux sur la base desquels était édifié le substrat normatif des nouveaux ordonnancements constitutionnels. L'engagement ainsi manifesté n'allait pas de soi, eu égard à la discontinuité qui a souvent ponctué la trajectoire politique des États africains comme latino-américains. En un mot, l'audace du juge a été de « *s'intercaler* » entre les institutions constituées, pour assurer une mission de « *régulation* » nécessaire à la stabilisation politique. Sur ce, deux paramètres peuvent être mise en évidence : la démarche *proactive*, celle corrective et celle d'une *solution* constitutionnelle devant un « vide » juridique.

Animée par une logique proactive, la Cour constitutionnelle du Bénin dans sa décision DCC 15-001 du 9 janvier 2015 n'a pas hésité à faire « *injonction* » au Président de la République, de convoquer les électeurs. Cette manière pour la Cour constitutionnelle de rendre justice avec fermeté en adoptant des solutions *excentriques*, en présence de situations politiques alambiquées, dénote de son «

²⁰³ Cf. PHILIPPE (Xavier), « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 27, janvier 2010, p.1.

²⁰⁴ Référence citée par Arnaud MARTIN, « L'indépendance de la justice constitutionnelle en Amérique latine », *Le glaive et la balance... op. cit.*, p. 171.

goût de la prise de risque et des sensations fortes »²⁰⁵. Cette allure s'inscrit dans une sorte d'appel au respect des échéances, car les régimes politiques africains sont par moment gagnés par ce que la doctrine qualifie de « glissements constitutionnels »²⁰⁶, c'est-à-dire cette manie à se défaire des délais constitutionnels pour favoriser le report successif des élections politiques²⁰⁷.

En écho à cette conduite, le juge constitutionnel du Venezuela a semblé être mû par la conviction de maintenir le bon fonctionnement des pouvoirs constitués. Il faut dire en effet, que la fraîche réélection du Président N. MADURO en mai 2018 paraît provisoirement mettre un terme à une longue période de désobéissance civile et de déliquescence continue des institutions. Cette situation obligea le Tribunal Suprême de Justice du Venezuela à « s'approprier » la fonction législative, lorsqu'il déclare dans son arrêt du 30 Mars 2017²⁰⁸, que : « Tant que persiste la situation de "désobéissance" et d'invalidité des actes de l'Assemblée nationale, cette Chambre constitutionnelle garantira que les compétences parlementaires seront exercées directement par cette Chambre ou par l'organe qu'elle désigne, afin de veiller à l'Etat de droit ». L'expression d'une telle audace n'est point fortuite. Elle résulte de la lecture combinée des articles 336.7 et 336.9 de la Constitution vénézuélienne qui donnent compétence au Tribunal, en tant que juge constitutionnel, de résoudre les conflits entre organes constitutionnels.

Pour autant, le travail de régulation accompli n'en reste pas évident, surtout lorsque les acteurs politiques se placent en dehors du cadre officiel (la Constitution) pour se plier à des « accords politiques »²⁰⁹ de recherche de paix, à la suite des crises post-belligérance. Epruvé dans son office, s'il n'est pas tout simplement isolé dans son office, le juge consent à « jouer le jeu » de la dynamique pacificatrice²¹⁰.

En résumé, si l'Etat de droit est largement tributaire d'une protection juridictionnelle, les tares du présidentielisme hypertrophié²¹¹ dans les deux espaces étudiés sont encore si tenaces qu'elles affectent l'office du juge constitutionnel.

2- Les entorses à la protection juridictionnelle.

En soi, la protection que le juge constitutionnel africain ou latino-américain espère assurer à la vitrine de l'État de droit est délicate. Elle semble en fait, mise en cause, voire hypothéquée par de

²⁰⁵ AÏVO (Frédéric Joël), « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 47, 2015, p. 100.

²⁰⁶ V. DIOP (El Hadji Omar), *L'instrumentalisation de la Constitution dans les régimes politiques africains*, Dakar, Ed. CREDILA-OVIPA, 2017, p. 172.

²⁰⁷ Dans la trajectoire politique sénégalaise, il est arrivé à plusieurs reprises que les élections nationales soient repoussées. Mais actuellement, le cas le plus emblématique est celui de la République Démocratique du Congo.

²⁰⁸ V. CERDA-GUZMANN (Carolina), « La décision du 30 mars 2017 du Tribunal Suprême de Justice vénézuélien : un "auto-coup d'état" juridictionnel », in <http://blog.juspoliticum.com/2017/05/17/la-decision-du-30-mars-2017-du-tribunal-supreme-de-justice-venezuelien-un-auto-coup-detat-juridictionnel>, consulté le 17 mai 2017.

²⁰⁹ Cf. KPODAR (Adama), « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'Accord de Linas- Marcoussis du 23 janvier 2003 », *R.R.J.*, 2005- 4 (II), pp. 2503-2526.

²¹⁰ Pour une lecture complète sur la question, V. MAMBO (Paterne), « Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les États africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 57, n° 4, 2012, p. 921-952.

²¹¹ ALCALÀ (Humberto Nogueira), « El Presidencialismo en la práctica política », *Nueva Sociedad*, N° 77, mayo-junio 1985, pp. 88-98 ; BERNAL PULIDO (Carlos), « Droits fondamentaux, juristocratie et hyperprésidentialisme en Amérique Latine », *Le glaive et la balance... op. cit.*, pp.27-48 ; TIXIER (Gilbert), « La personnalisation du pouvoir dans les États de l'Afrique de l'Ouest », *RDP* N° 6, 1965, pp. 1129-1150 ; HOLO (Théodore), « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *Revue Béninoise de Sciences juridiques et Administrative*, N° 9, décembre 1987, pp. 1-9 ; SIMICLAH (Etienne), « Le régime présidentiel béninois : nature et fonctionnement des institutions », *Nouvelles Annales Africaines*, N° 2, 2011, pp. 173-216.

nombreuses manœuvres issues de « *puissance exécutive* » selon la formule de MONTESQUIEU. Dans les systèmes politiques étudiés, la quiétude censée caractériser la fonction juridictionnelle achoppe sur un Exécutif qui lui « *fait de l'ombre* » et se prolonge à travers différentes « *manœuvres* » autour du mandat présidentiel.

Tirailé entre l'univers politique et celui du droit²¹², le métier de juge constitutionnel ne donne guère l'impression d'une tâche aisée. L'« *ombre* » de l'Exécutif n'est jamais très éloignée du *prétoire*. En effet, en pointant le contexte d'éclosion du contrôle de la constitutionnalité, sous sa forme contemporaine, l'on se confond souvent en éloges vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour suprême américaine. La célèbre affaire *Marbury v/ Madison* (1803)²¹³, décrite incontestablement comme un « *chef-d'œuvre d'habileté judiciaire* »²¹⁴, recèle pourtant une « *face cachée* » politique, puisque la Cour Suprême américaine avait « *cédé* » devant le nouveau pouvoir, anti-fédéraliste²¹⁵. La position défendue par le Président de la Cour Suprême, le Juge J. MARSHALL, fédéraliste convaincu, qui s'abstient de faire droit à la requête de ses « *camarades* », n'excuse pas une certaine forme de pression de l'Exécutif sur la justice. Ce *caprice* a visiblement résisté à l'usure du temps et contribue, en Amérique latine et en Afrique, à revenir sur les *compromis constitutionnels* scellés durant les années 1980-1990, tour à tour.

Dans des espaces continentaux historiquement acquis à une formule d'un présidentielisme²¹⁶ prononcé, renouvelée en la faveur des nouveaux ordonnancements constitutionnels²¹⁷ et même de la jurisprudence²¹⁸, paraîtrait-il superflu pour le juge constitutionnel de se départir complètement des tentatives²¹⁹ d'influence de l'Exécutif. Celui-ci, en un mot, fait écran à la fonction du juge constitutionnel. Deux illustrations peuvent être tirées des trajectoires politiques péruvienne et nigérienne.

Durant son magistère (1990-2000), le Président péruvien A. FUJIMORI a nourri le dessein de revenir sur la clause constitutionnelle empêchant une réélection immédiate prévue par la Constitution de 1979, alors en vigueur. Pour ce faire, il perpète un coup d'État à lui-même « *autogolpe* », et dans la même foulée, fit adopter une nouvelle Constitution en 1993, dans laquelle la réélection immédiate fut consacrée à l'article 112. Réélu en 1995, il fit adopter une loi interprétative N° 26657, *Loi d'Interprétation Authentique de l'Article 112 de la Constitution*, selon laquelle la réélection présidentielle est celle des mandats présidentiels qui commencent après la promulgation de la

²¹² MASSINA (Palouki), « Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », *RFDC*, N° 111, 2017, pp. 641-670.

²¹³ *Idem*, pp. 1 à 28.

²¹⁴ ZOLLER (Elisabeth), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, 1^{ère} Ed. Dalloz, 2010, p. 13.

²¹⁵ Avec l'élection du Président Th. JEFFERSON en 1800, les actes de nomination des juges en instance, dont celui du juge William MARBURY ont été gelés par la nouvelle administration. Ce gel a été confirmé par la Cour suprême, alors qu'une loi judiciaire de 1789 autorisait la Cour suprême à contraindre l'administration à installer les juges dans leurs fonctions. C'est d'ailleurs la déclaration de non-conformité de cette loi à la Constitution américaine de 1787 qui confère à l'arrêt *Marbury v/ Madison*, une postérité rayonnante. V. à ce propos, ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 10^{ème} éd. LGDJ, 2013, p. 14.

²¹⁶ V. MODERNE (Franck), « Les avatars du présidentielisme latino-américain », *Pouvoirs* N° 98, 2001, pp. 63-87 ; CARBALLO (M.), « Le caractère présidentiel des régimes politiques ibéro-américains », *Etudes offertes à Jacques LAMBERT*, Paris, Cujas, 1975, pp.147-163; FALL (Ismaila Madior), *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, 310 pages.

²¹⁷ V. BA (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine*, Thèse de Droit Public, UCAD, 2013, 640 pages.

²¹⁸ Au Bénin, dans sa Décision « *options fondamentales* », l'allégeance à la formule du régime présidentiel a été clairement rappelée. En Côte d'Ivoire, l'option fondamentale aura aussi laissé une place claire à la forme du régime politique, à prépondérance présidentielle.

²¹⁹ DOSSO (Karim), « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC* 2012/2 (N° 90), pp. 57-85.

Constitution de 1993. Cette loi finit par être invalidée par le Tribunal constitutionnel, sur saisine du Collège des Avocats de Lima. La haute juridiction estime dans sa sentence N° 0002-1996-AI/TC, du 3 janvier 1997, que « (...) le seul but de la norme contestée, consiste à permettre la candidature, pour une troisième période constitutionnelle consécutive, le déjà réélu et actuel président du Pérou. » et déclare « inapplicable (...) dans l'exercice de ses attributions de contrôle diffus, la loi interprétative N° 26657, pour le cas particulier d'une nouvelle demande la présidence de la République, en l'an 2000, de l'actuel Chef d'état »²²⁰.

Au Niger, la crise institutionnelle de 2009, engendrée par la persistance du Président M. TANDJA à se maintenir au pouvoir à quelques mois de la fin de son second et dernier mandat, conformément au verrouillage²²¹ prévu alors par la Constitution du 18 juillet 1999, aboutit, entre autres résultats, à la défiance de la jurisprudence (avis du 25 mai 2009 et arrêt du 12 juin 2009)²²² rendue par la Cour constitutionnelle. Celle-ci sera saisie ensuite par le Président TANDJA afin qu'elle revienne sur son arrêt, compte tenu de sa force obligatoire, ce qu'elle refusa de faire. En conséquence, le Président recourut aux « pouvoirs exceptionnels » le 26 juin 2009, en prenant dans la foulée, différentes mesures dont la dissolution de la Cour constitutionnelle. Ce *coup de grâce* perpétré en violation flagrante des dispositions juridiques en vigueur²²³, décrivait une volonté manifeste de se défaire d'une *sentinelle* trop gênante à la matérialisation du dessein du Chef²²⁴.

Il semble donc ressortir l'idée que les démocraties africaines et latino-américaines en construction ou en transition, soient parfois traversées par des crises épisodiques qui mettent au centre le respect de la Constitution. Celle-ci sujette à instrumentalisation²²⁵ peut rencontrer soit l'*opposition* du juge, soit sa *connivence* pour couronner de succès de telles manœuvres.

Concernant la première hypothèse, les manœuvres « échouées », c'est-à-dire celles face auxquelles le juge a opposé une fin de non-recevoir, il est possible de s'en tenir au cas colombien, par lequel le troisième mandat sollicité par le Président A. URIBÈ à partir de 2010 a croisé l'opposition des juges constitutionnels. En effet, en faisant adopter la loi N° 1354 de 2009, l'objectif de ses initiateurs était d'organiser un référendum portant sur une réforme des conditions d'accès à la présidence de la République, (en particulier l'autorisation de la réélection du Président pour trois

²²⁰ ETO CRUZ (Gerardo), *Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional*, Tomo Primero, Lima, Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú, 2013, p. 116. En raison de son cortège polémique qui fait suite à cette décision juridictionnelle défavorable au Président, quatre (4) membres sur les sept (7) magistrats que comptait le Tribunal s'étaient abstenus de décider. Les trois (3) autres magistrats (Roca AGUIRRE, Terry REY et Marsano REVOREDO), à l'origine de cette sentence, ont été par la suite expulsés arbitrairement du Tribunal constitutionnel le 28 mai 1997, à l'issue d'un jugement de la majorité parlementaire. Cf. LANDA (César), « Contrôle de constitutionnalité de la réforme constitutionnelle dans la région andine », *Nomos*, 2-2016, p. 10.

²²¹ En son article 36, la constitution du 09 août 1999, disposait clairement que : « 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 ».

²²² Il s'agit du refus d'obtempérer à un Avis et un Arrêt. En l'occurrence, l'Avis N° 02/CC du 25 mai 2009 par lequel la Cour indique que « L'article 49 de la Constitution du 09 août 1999 ne peut servir de fondement à un changement de la Constitution » et que « le Président de la République ne saurait engager ou poursuivre le changement de la constitution sans violer son serment ». Quant à l'arrêt en question, c'est celui qui fait suite à la convocation par décret du corps électoral en vue de se prononcer par référendum, sur le projet d'une nouvelle Constitution. Par arrêt N° 04/CC/ME du 12 juin 2009, la Cour invalide le décret en cause, non sans rappeler l'autorité qui s'attache à ses arrêts, censés s'imposer à tous.

²²³ Aucun texte alors en vigueur ne l'habilitait à avoir recours à la dissolution de la Cour constitutionnelle dont les juges étaient couverts par le principe d'inamovibilité.

²²⁴ Pour aller plus loin, voir, MAÏDOKA (Aboubacar), « Justice constitutionnelle et démocratisation au Niger », *La justice constitutionnelle, Actes du Colloque international de l'ANDC, op. cit.*, pp. 65-78 ; *Mémoire sur la situation politique du Niger*, produit par la Coordination des Forces pour la Démocratie et la République (CFDR), Niamey, le 04 novembre 2009, 24 pages.

²²⁵ Cf. DIOP (El Hadji Omar), *L'instrumentalisation de la Constitution dans les régimes politiques africains*, Dakar, Ed. CREDILA-OVIPA, 2017, 362 pages.

périodes successives). Accomplissant son contrôle automatique de constitutionnalité, la Cour estime dans sa Décision C-141 du 26 février 2010, que la loi N° 1354, viole « *les principes constitutionnellement structurants* » tels que la séparation des pouvoirs, et qu'un troisième mandat présidentiel promeut un système présidentieliste « *qui, précisément, est caractérisé par [la prédominance exagérée du pouvoir exécutif] et par la tendance à augmenter la durée maximale de l'exercice des fonctions présidentielles dans le but de maintenir en vigueur la figure du chef et son projet politique* » ; et qu'il diminue « *les chances des minorités ou des opposants d'accéder au pouvoir en limitant les opportunités de ceux qui, légitimement, appartiennent à des tendances contraires à la tendance dominante et défendent des idées différentes sur la gestion des institutions* »²²⁶.

Concernant la seconde hypothèse, c'est-à-dire les manœuvres « *réussies* » avec, volontiers, l'onction du juge constitutionnel, il est usuel de relever chez le juge africain²²⁷ un schéma d'explication tendancieusement réceptif à l'*éclatement* du verrou constitutionnel²²⁸ ouvrant à la possibilité pour le Président en exercice de briguer le mandat de trop. Mais, la question ici sera appréciée sous l'angle latino-américain, à travers le cas récent du Président de République de Bolivie.

En effet, le juge constitutionnel bolivien a donné l'impression d'avoir « *fermé les yeux* » sur la possibilité pour le Président E. MORALES de briguer un troisième mandat, avant tout récemment d'ouvrir la possibilité d'un quatrième mandat à la suite d'une série de décisions qui lui sont manifestement convenables. Alors que la Constitution qu'il a fait adopter en 2009 énonce clairement en son article 168 que « *La durée du mandat de la Présidente ou du Président et de la Vice-présidente ou du Vice-président est de cinq ans, et ils peuvent être réélus une seule fois de manière continue* », cette limitation semble tenir juste pour une *paillette cosmétique*. Déjà, après sa réélection en 2014, le Président a cherché à faire modifier ledit article en convoquant un référendum, à l'issue duquel le peuple rejette à hauteur de 51,3% le dessein présidentiel, le 21 février 2016. Cette déconvenue n'aura pas annihilé les velléités de conquête d'un autre mandat. Sur ces entrefaites, le Tribunal constitutionnel a été mis à contribution pour invalider quelques-uns des « *verrous* », dont l'article 168, par la sentence N° 0084/2017, rendue le 28 novembre 2017. Pour donner un fondement à sa décision, le juge constitutionnel bolivien convoque l'article 256 de la Constitution en vigueur qui fait « *prévaloir les Traités internationaux [qui] contiennent des dispositions relatives aux droits de l'homme plus favorables, sur la Constitution* ». En l'espèce, l'article 23 de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) dispose que tous les citoyens doivent jouir de la faculté « *d'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et égal, et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs...* ». Et le juge de céans de se résoudre à une « *application préférentielle de l'article 23 de la*

²²⁶ PÉREZ (Juan Carlos Henao), « La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 34, 2012, p. 211.

²²⁷ Selon Mathieu FAU-NOUGARET, « *Qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel sénégalais et de sa fameuse décision controversée du 29 janvier 2012 sur le troisième mandat inconstitutionnel d'Abdoulaye Wade, ou encore de la décision en certains points similaires du Conseil constitutionnel burkinabè du 14 octobre 2005, ou encore de la décision rocambolesque du Conseil constitutionnel ivoirien du 3 décembre 2010 proclamant la victoire de Laurent GBAGBO, ou encore de la décision de la Cour constitutionnelle burundaise du 4 mai 2015, nombreux sont les juges constitutionnels à avoir montré leur insuffisance à être un véritable contre-pouvoir* ». Cf. « Manipulations constitutionnelles et coup d'état constitutionnel en Afrique francophone », *Afrilex*, 2016, p.4. A cette liste, on peut y adjoindre la Décision rendue par la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo, R. Const 0089/2015 du 8 septembre 2015, qui prolonge encore le mandat du Président en exercice J. KABILA. Pour la Cour, « *Suivant le principe de la continuité de l'Etat et pour éviter le vide à la tête de l'Etat, le Président actuel reste en fonction jusqu'à l'installation du nouveau Président élu* ».

²²⁸ C'est le cas au Burkina Faso de la décision N° 2005-007/CC/EPF du 14 octobre 2005 du Conseil constitutionnel.

de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme...sur les articles 156, 168, 285.II et 288 »²²⁹ relatifs aux mandats électifs. Cette décision qui admet le principe d'une *réélection illimitée* du Président en exercice, démantèle le résultat de la volonté populaire (mise à jour à l'occasion du référendaire de 2016), en même temps qu'elle dénature l'*esprit* et la *lettre* des articles 156, 168, 285.II et 288 limitant les mandats électifs, tels que posés par le pouvoir constituant de 2009.

Dans ces conditions, on peut mesurer le désarroi à peine voilé de certains auteurs pour qui : « *ce qui distingue le constitutionnalisme latino-américain, et en particulier le constitutionnalisme bolivien, c'est la fragilité et la vulnérabilité des pouvoirs législatifs et judiciaires face au pouvoir exécutif et surtout face à la fonction présidentielle* »²³⁰.

En tout état de cause, la couverture juridictionnelle ainsi obtenue incite à croire qu'au lieu d'être « *au service de la Constitution* »²³¹, le juge dans cette affaire se met « *au service du pouvoir en place* » en lui faisant montre d'une « *servitude volontaire* »²³².

Conclusion :

Si l'*Histoire* et la *Géographie* ont pendant longtemps nourri la fibre relationnelle entre le « *Berceau de l'Humanité* » et le « *Nouveau Monde* », il peut bien s'instaurer, par-delà le « *commerce* » institutionnel²³³, une certaine ligne d'analyse dans la production jurisprudentielle. La recherche de solution aux litiges dans le « *marché jurisprudentiel* »²³⁴ provoque fatalement des convergences évidentes. Sans se risquer à évoquer des emprunts jurisprudentiels réciproques, il semble bien possible de faire observer que lesdits acteurs juridictionnels dans leur office, partagent d'indéniables *affinités* que le croisement de leur jurisprudence aide à mesurer. Les usages constitutionnels, *positifs* comme *négatifs* paraissent continuellement se déteindre dans les systèmes juridiques considérés. De cette époque où circulent librement les solutions juridictionnelles, il se révèle illusoire de s'enfermer dans une sorte d'autarcie juridique. Les termes de cette comparaison à laquelle s'est essayée cette étude, consistent simplement à trouver dans la manière de rendre justice une certaine convergence de vue, d'approche, de ligne argumentative suivant des problématiques communes.

Dans son office, le juge n'est point isolé dans un îlot de sérénité, il subit des pressions par moment, surtout à l'occasion d'affaires qualifiées d'épineuses. Ces moments de fébrilité n'occultent pas la survenance de collusions et/ou de collisions parfois spectaculaires²³⁵ entre lui et le pouvoir

²²⁹ Cf. Sentencia constitucional plurinacional 0084/2017 Sucre, 28 de noviembre de 2017, in <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2017/12/sentencia-0084-2017-tcp-bolivia-reeleccion-evo-morales.pdf>, consultée le 20-01-2018.

²³⁰ AUDUBERT (Victor), « Le «continuum» des mandats présidentiels, une dérive «caudilliste» du pouvoir exécutif ? Réflexions à partir de la Constitution bolivienne de 2009 », *RFDC* N° 108, Décembre 2016, p. 766.

²³¹ HOURQUEBIE (Fabrice) et MASTOR (Wanda), « Le Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 34, 2012, pp. 147 et s.

²³² NAREY (Oumarou), « L'ordre constitutionnel », *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. WODIÉ*, Toulouse, Presse Universitaire de Toulouse, 2016, p. 414.

²³³ André SIEGFRIED a pu écrire : « *Dans le domaine de la politique, le Nouveau Monde s'est montré créateur, il a inventé le Président* ». In, *Amérique latine*, Paris, Armand Colin, 1934. Cité par Victor AUDUBERT, « Le «continuum» des mandats présidentiels, une dérive «caudilliste» du pouvoir exécutif ? Réflexions à partir de la Constitution bolivienne de 2009 », *RFDC* N° 108, Décembre 2016, p. 751.

²³⁴ SINDJOUN (Luc), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, *op. cit.*, p. 581.

²³⁵ La certification d'une Constitution à travers les 34 principes constitutionnels en Afrique du Sud ; l'épisode de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle en Côte d'Ivoire en 2010-2011 ; la substitution de la Chambre constitutionnelle au Parlement au Venezuela en 2017, etc.

politique, ce qui met à l'ordre du jour l'insoluble équation de la désignation²³⁶, voire la composition²³⁷ des offices juridictionnels. A l'heure où les défis de la justice constitutionnelle exigent plus de distance vis-à-vis des cercles capricieux des officines politiques, il semble notoire que certains juges s'enferment encore dans des réflexes classiques d'une fidélité ombrageuse à la figure présidentielle. En Afrique comme en Amérique latine, le temps de la maturité de l'organe juridictionnel récuse toute forme servilité, si tant est que le juge souhaitât s'ériger en ultime « *homme de confiance* » du commun des justiciables.

²³⁶ Pour Charles EISENMANN, quel que soit le mécanisme institué pour la désignation des juges constitutionnels, ce qui compte en dernier lieu pour eux, c'est d'échapper « à toute influence de l'autorité qui les a choisis, qu'ils n'aient plus rien à craindre ni à attendre d'elle ». V. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Coll. Droit Public, Economica-PUAM, 1986, pp. 176-177.

²³⁷ KHOUMA (Ousmane), « La composition des Cours constitutionnelles en Afrique, les cas du Bénin et du Sénégal », *Annales africaines, Nouvelle série*, Vol. 1, avril 2017, N° 6, pp. 157-187 ; Plus largement, V. LECUCQ (Olivier) (dir), *La composition des juridictions. Perspectives de Droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 280 pages.