

L'AUTORITE DES AVIS DU JUGE CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Adamou ISSOUFOU
Docteur en droit public
Faculté des sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta DIOP de Dakar

Français

Résumé

Intitulé : L'autorité des avis du juge constitutionnel en Afrique francophone

Les Constitutions des Etats de l'Afrique francophone prévoient des procédures permettant au juge constitutionnel de donner des avis à la demande des autorités limitativement énumérées. Ces avis sont émis, d'une part, sur la constitutionnalité des actes et procédures et, d'autre part, sur le sens et la portée de telle ou telle disposition de la Constitution.

Dans certains Etats sous étude, l'avis ainsi émis est revêtu de l'autorité reconnue aux décisions ou arrêts rendus au contentieux. Dans d'autres, en revanche, il a été postulé en raison de la convergence des modalités et des buts entre les deux actes (décision/arrêt et avis) par lesquels le juge saisi s'exprime.

Mots clés : avis – autorité – juge constitutionnel- Afrique francophone –

English

Summary

Title: **The authority of opinions of the constitutional judge in French-speaking Africa**
French

The Constitutions of French-speaking African States provide for procedures allowing the constitutional judge to give opinions at the request of the authorities listed below. These opinions are expressed, on the one hand, on the constitutionality of acts and procedures and, on the other hand, on the meaning and scope of such or such provision of the Constitution.

In some States under study, the opinion thus issued is vested with the authority recognized for decisions or judgments rendered in litigation. In others, however, it has been postulated because of the convergence of the methods and the aims between the two acts (decision / judgment and opinion) by which the judge seized expresses himself.

Keywords: opinion - authority - constitutional judge - Francophone Africa -

Plan

Introduction

I. Une autorité postulée

A. Un postulat induit par l'objet de l'avis

1. Un contrôle préventif de constitutionnalité
2. La recherche d'une interprétation constitutionnelle authentique

B. Un postulat déduit du statut de l'auteur de l'avis

1. Le garant de la suprématie de la Constitution
2. Le régulateur du fonctionnement des institutions publiques

II. Une autorité formulée

A. Une formulation prétorienne

1. Un style rédactionnel révélateur
2. Une charge normative évidente

B. Une formulation constitutionnelle

1. Une formulation explicite
2. Une formulation perfectible

Conclusion

Introduction

Dans le seizième considérant de son avis du 11 avril 2014, le juge constitutionnel malgache affirme que « *la problématique de l'autonomie de la fonction consultative est commune à toutes les juridictions qui bénéficient, selon les textes qui les instituent, de la dualité des fonctions consultatives et contentieuses, mais qu'en matière constitutionnelle, le contentieux ne peut tenir le consultatif en l'état, excluant tout effet de rapprochement pouvant entraîner, sur le plan procédural, un effet de substitution* »¹. Cette opinion nuancée émise sur la nature et de la portée de la procédure consultative mérite de susciter des réflexions sur les spécificités de l'avis du juge constitutionnel.

En dehors de certains cas où il est spontanément émis, l'avis est une opinion donnée à la demande d'autrui. Cette caractéristique le rattache à la consultation et fait remarquer que c'est dans l'exercice de leurs fonctions consultatives que certains spécialistes, certains conseils² et certains juges émettent des avis. Mais, si la possibilité de formuler des avis ne souffre d'aucune contestation, une telle certitude tend à s'éloigner dès que l'on s'intéresse à leur nature et surtout à leur autorité. Il est soutenu, à ce propos, que l'avis « *est requis non pas pour se soumettre à la volonté de celui qui l'émet mais pour s'enrichir de sa pensée, à la rigueur pour se laisser séduire par elle* »³. Il s'y ajoute qu'« *il y a dans l'idée de se conformer à un avis une contradiction dans les termes* »⁴. Cette position doctrinale n'est pas totalement différente de celle défendue au sujet de l'autorité de l'avis émis par le juge constitutionnel en particulier. Martin BLÉOU écrit que, « *le propre et le mérite de la consultation, c'est d'éclairer sans imposer* »⁵. Abondant dans ce sens, Abdoulaye SOMA affirme que « *dans l'exercice de sa fonction consultative, le juge constitutionnel est un conseiller technique à la fois du pouvoir législatif et surtout du pouvoir exécutif* »⁶. En conséquence, ses avis, même si leur réquisition est constitutionnellement obligatoire, sont dans tous les cas non-conformes, ils sont consultatifs et ne lient en aucune condition l'exécutif⁷. Il s'agit d'une « *simple mesure consultative* » ajoute Boubacar BA⁸. L'on comprend, dès lors, l'inquiétude de Mactar

¹ Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 relatif à la nature et à la portée de toute procédure consultative engagée auprès de la Haute Cour constitutionnelle, disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n03-hccav-du-11-avril-2014-relatif-a-la-nature-et-a-la-portee-de-toute-procedure-consultative-engagee-aupres-de-la-haute-cour-constitutionnelle/> consulté le 15 décembre 2019.

² Par exemple, la Constitution de la République du Congo (Journal officiel édition spéciale n°8 du 6 novembre 2015) prévoit à son Titre XIX six (6) conseils consultatifs nationaux. Il s'agit du Conseil National du Dialogue, du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles, du Conseil consultatif de la Femme, du Conseil consultatif des personnes vivant avec handicap, du Conseil consultatif de la jeunesse et du Conseil consultatif de la société civile et des organisations non gouvernementales. Chacun de ces conseils est habilité à des données des avis sur les actions gouvernementales qui portent sur son domaine d'intervention. La Constitution algérienne consacre quant à elle tout un chapitre (III) aux institutions consultatives.

³ ZENATI (F.), « La portée du développement des avis », in REVET (T), (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica 1998, p. 109.

⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁵ BLÉOU (M.), « Le juge constitutionnel et les révisions constitutionnelles », in AHADZI-NONOU (K), KOKORKO (D), KPODAR (A.) et AÏVO (F.J.), (dir), *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur du Professeur HOLO Theodore, Presses de l'Université de Toulouse Capitole 2017, p. 232. Dans la même logique, pour le juge constitutionnel malgache, l'avis permet « *de faire la lumière sur une difficulté d'ordre juridique* » (Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 précité).

⁶ SOMA (A.), « Le statut du juge constitutionnel africain », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 501.

⁷ SOMA (A.). *op. cit.*, p. 503.

⁸ BA (B.), « *Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique* », p. 5 disponible sur http://afrilex.ubordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Boubacar_BA_Preambule_et_juge_constitutionnel_en_Afrique.pdf consulté le 15 décembre 2019.

KAMARA qui voit dans « *l'alibi de la force contraignante de l'avis rendu par le Conseil constitutionnel (...) une arme à double tranchant pour l'autorité occupant la plus haute charge de l'Etat* »⁹. De ces opinions doctrinales fortes, il est tentant de conclure à la stérilité ou à l'impertinence de toute réflexion sur l'autorité de l'avis du juge constitutionnel.

Cependant, si au sujet des aspects contentieux et statutaires de ce juge, tout ou presque tout semble avoir été écrit et réécrit, l'on note une certaine absence d'engouement doctrinal sur la fonction consultative que l'on retrouve pourtant dans la majorité des Constitutions¹⁰. S'intéressant de près à l'autorité de l'avis qui en découle, Ismaila Madior FALL relativise et récuse tout dogmatisme. Pour lui, il n'existe pas de loi universelle sur la portée juridique de l'avis et que tout dépend de l'option du régime politique, de la structure de la justice constitutionnelle¹¹, c'est-à-dire, du choix des Etats. C'est cette prudence qui semble pousser Adama KPODAR à suggérer un état des lieux sur cette fonction afin de pouvoir examiner ses modalités d'exercice et son impact sur le règlement des crises politiques potentielles¹².

Au fond, la réflexion sur le contenu et la portée juridique de l'avis pourrait intégrer ce que le Doyen Babacar KANTÉ appelle les défis auxquels est confronté le droit constitutionnel et dont on parlait peu en Afrique. Parmi ces défis, le Doyen insiste sur « *la détermination du processus de sa création et la définition de son contenu* »¹³, l'éminent juriste invite la doctrine à revisiter les mutations notées dans l'office du juge constitutionnel et qui font de lui un acteur majeur du nouveau constitutionnalisme en Afrique. Au-delà du rôle évoqué dans le processus de création des normes¹⁴, ce juge continue à exercer son rôle de garant du respect de l'ordre constitutionnel¹⁵ et de régulateur du fonctionnement des institutions constitutionnelles¹⁶. Le dynamisme constaté dans la prise en charge de ces attributions n'a pas manqué de susciter l'admiration ou l'irritation de la doctrine et de l'opinion publique. Il est qualifié de gardien déchaîné¹⁷, de juge audacieux, téméraire, hyperactif¹⁸, militant¹⁹,

⁹ KAMARA (M.), « Préface », DIOP (E.O.), *L'instrumentalisation de la Constitution dans les régimes politiques africains*, Dakar, CREDILA-OVIPA 2017, p. XXVIII.

¹⁰ KPODAR (A.), « Quand les colloques nous font nous rencontrer !!! Certaines idées fortuites sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique », in FALL (I.M.) et SALL (A.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ : Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, L'harmattan Sénégal, Dakar, 2017, p.294.

¹¹ FALL (I.M.), « La réforme constitutionnelle de mars 2016 au Sénégal : un hommage à l'œuvre du Professeur KANTÉ », in FALL (I.M.) et SALL (A.) (dir.), *Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ : Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, L'harmattan Sénégal, Dakar, 2017 pp. 129-130.

¹² KPODAR (A.), *op. Cit.* p. 294.

¹³ KANTÉ (B.), Préface, in FALL (I.M.) (sous dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, rassemblés et commentés*, CREDILA 2008, p. 12.

¹⁴ SY (D.), « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in NAREY (O) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey 2015, pp.51-55 ; EMMANUEL (E-D), « *Le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud* », RDP 6, 2015, p. 1583-1626 ; ANDZOKA (S), « *La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique* », RFDC 2017/2 n°110, pp. 279-316.

¹⁵ NAREY (O.), « L'ordre constitutionnel », in *Mélanges Francis WODIÉ*, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2016, pp.339-421.

¹⁶ KANTÉ (B.), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL, Constitutions et pouvoirs*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 265 ; MÉDÉ (N.), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », AIJC, XXIII, 2007, pp. 45-66, DOSSOU (R.), « La fonction régulateur des juridictions constitutionnelles en Afrique : cas du Bénin », *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. 771-776.

¹⁷ KOKOROKO (D.K.), « *Commentaire croisé de la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la Cour constitutionnelle du Bénin* », ABJC, Revue de contentieux constitutionnel, I-2013, pp. 717-728.

¹⁸ AÏVO (F. J.), « *Un juge hyperactif, mais pas paresseux* », *Le Label, Politique*, n° 011,2013, p. 8.

fantaisiste²⁰ ou qui en fait trop²¹. D'autres voient en lui un lubrifiant institutionnel²² ou un drone lancé à la surveillance de la constitutionnalité du nouvel ordre juridique²³.

Au demeurant, si ce constat et ces qualificatifs sont aisément perceptibles à l'occasion de l'étude des décisions et arrêts, tel n'est pas suffisamment le cas au sujet des avis qu'il émet. C'est en cela qu'il paraît judicieux d'engager une réflexion de fond sur les modalités d'exercice de sa fonction consultative et de mettre un accent particulier sur l'autorité de l'avis à partir de la situation de quelques Etats de l'Afrique francophone.

La notion d'autorité, base « *élémentaire du phénomène juridique et de la rationalité pratique* »²⁴, fait partie de celles dont la charge polémique est telle qu'elle menace à tout instant de faire écran à la pleine compréhension des enjeux de ce dont il est question²⁵. Dans le langage juridique latin, elle dérive du verbe *augere*, c'est-à-dire, augmenter et désigne « *l'opération qui confère validité et garantie à un acte dont le porteur n'est pas en mesure d'assurer à lui seul l'entière effectivité* »²⁶. Elle flirte avec le pouvoir, appelle l'obéissance et véhicule l'idée de contrainte. Mais comme l'a souligné Mathieu DISANT²⁷, l'autorité ne doit pas être analysée à l'aune de sa signification purement politique de « pouvoir ». Elle renvoie plutôt à « *la valeur du précédent* »²⁸, c'est-à-dire, cette « *valeur probante particulière qui s'attache à une opinion de droit émise dans un acte authentique officiellement habilité à dire le droit* »²⁹.

En somme, l'autorité exprime l'idée de force contraignante ou exécutoire attachée à un acte juridique. Elle n'existe que lorsqu'elle reçoit une consécration par le droit positif ou bénéficie de la reconnaissance de celui sur lequel elle s'exerce d'où l'idée de vérifier sa compatibilité avec l'avis.

Présenté comme « *un pavillon de complaisance qui peut recouvrir aussi bien des actes impératifs que des actes purement consultatifs* »³⁰, l'avis est une opinion que l'on peut avoir sur une question technique ou juridique donnée. Pour Gérard CORNU, il s'agit d'« *une opinion donnée à titre consultatif en réponse à une question* »³¹. Dans l'entendement de Philippe Foillard l'avis est une « *appréciation ou opinion exprimée par un organisme ou une autorité dans le cadre d'une procédure consultative* »³². Quoi qu'il en soit « *l'avis est*

¹⁹ BOLLE (S.), « *Des constitutions « made in » Afrique* », in Association française des constitutionnalistes, Actes du VI^e Congrès de droit constitutionnel (Montpellier, 9-11 juin 2005) p. 22, disponible sur <http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/1/35/48/78/Constitutions-made-in-Afrique.pdf> consulté le 25 décembre 2019.

²⁰ DJOGBENOU (J.), « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », disponibles sur http://afrilex.ubordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/DJOGBOU_Quelques_propos_sur_le_control_e_de_constitutio_nalite_des_decisions_de_justice_type_2_co-pdf, consulté le 20 décembre 2019.

²¹ GNAMOU (D.), « La cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÉLÉ, Paris, L'harmattan, p.729.

²² MEDE (N.), *op. cit.* p. 49.

²³ AÏVO (F.J.), « La Cour constitutionnelle du Bénin », RFDC 2014/3 n°99, p. 716.

²⁴ DISANT (M.), « Quelle autorité pour la chose interprétée par le Conseil constitutionnel ? De la persuasion à la direction. MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz 2010, p.59.

²⁵ HUSSER (A.C.), « *L'autorité* », La Télémaque, 2013/1 n°43, p. 15, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-le-telemaque-2013-1-page-15.htm> consulté le 3 novembre 2019.

²⁶ Ibid.16.

²⁷ DISANT (M.), *op. Cit.* p. 59

²⁸ Ibid.

²⁹ FRYDMAN (B.), « l'autorité des interprétations de la Cour d'arbitrage », in, *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles, 2002, n°25, p. 107.

³⁰ HOEPFFNER (H.), « *Les avis du Conseil d'Etat, essai de synthèse* », RFDA 2009, p.895.

³¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, p. 112.

³² FOILLARD (P.), *Dictionnaire de droit public*, Centre de publications universitaires, 2000, p.41

demandé à un sachant ou donné par un sachant »³³. Au regard de ces différentes perceptions, l'on peut conclure que l'avis est une opinion émise par un organe politique, administratif ou juridictionnel de façon spontanée ou à la demande d'une personne ou d'une institution habilitée à cet effet. En plaçant le curseur sur le juge, l'on convient avec le juge constitutionnel malgache que l'avis est « *une opinion qu'une juridiction peut émettre à la demande d'un organe habilité à le faire sur toute question juridique* »³⁴. L'exercice de cette attribution est reconnu à plusieurs catégories de juridiction. A l'exception de certains systèmes juridiques comme, par exemple, celui des Etats-Unis où la Cour suprême s'interdit de rendre des avis consultatifs puisque n'étant investie constitutionnellement que du pouvoir de dire le droit dans le but de résoudre un litige³⁵, la plupart des juridictions exerce des fonctions consultatives.

En droit international, la Charte des Nations Unies attribue une compétence consultative à la Cour internationale de Justice (CIJ) pour rendre des avis consultatifs³⁶. En droit communautaire, les chartes constitutives octroient aux juridictions qu'elles créent des compétences consultatives pour leur permettre de répondre à des demandes d'avis³⁷. C'est dans ce sens, par exemple, que la Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) exerce « *une activité consultative encourageante* »³⁸. Il a même été montré que c'est par voie d'avis qu'il s'est, jusque-là, prononcé sur « *des questions de principe* »³⁹ ou « *a pu apporter sa pierre à l'édifice de l'intégration* »⁴⁰ et que « *les affaires mettant en cause l'application des normes relatives à l'intégration sont surtout celles qui ont donné lieu à des avis* »⁴¹.

En droit administratif, l'avis est généralement abordé sous l'angle de la procédure administrative consultative⁴². Il y est présenté comme un élément de la procédure administrative qu'il faut appréhender comme tel. Dans cette matière, la question de son autorité ne pose pas de difficultés juridiques particulières au regard de la distinction faite entre l'avis facultatif, l'avis obligatoire et l'avis conforme. A côté de ces avis émis par les autorités ou structures administratives, le droit positif prévoit la possibilité pour le juge administratif de donner des avis dans le cadre de l'exercice de sa fonction consultative et en sa qualité de conseiller du gouvernement⁴³. En plus de ces avis émis dans le cadre de la procédure législative ou réglementaire, le juge administratif est habilité à donner ce que l'on appelle des avis contentieux. Introduit, en France, par l'article 12 de la Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987⁴⁴, la demande d'avis contentieux permet, au Conseil d'Etat, de répondre aux questions de droit nouvelles posées par les juridictions administratives inférieures, présentant une

³³ RAYNARD (J.), « Domaines et thèmes des avis », in REVET (T), (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica 1998, p.12.

³⁴ Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 précité.

³⁵ FAVOREU (L.) et autres, *Droit constitutionnel*, Paris 20^e édition 2018, p. 256.

³⁶ Article 96 de la Charte des Nations unies disponible sur <https://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html> consulté le 13 décembre 2019.

³⁷ DIALLO (M.Y.), « *La fonction consultative des juridictions communautaires en Afrique : les exemples de la Cour de justice de l'UEMOA et de la CCJA* », Annales africaines, Nouvelle série, Vol. 2, décembre 2018, p. 336.

³⁸ SY (D.), « *L'activité de la Cour de justice de l'UEMOA* », Nouvelles annales africaines n°1, 2007, p.232.

³⁹ SALL (A.), *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^e édition revue et augmentée, CREDILA- L'harmattan Sénégal, 2018, p.24.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² AUBY (J.M.), « *Le régime juridique des avis dans la procédure administrative* », AJDA 1956, pp.53-67.

⁴³ WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, 25^e édition Dalloz 2014, pp. 627-629 ; LONG (M), « *Le Conseil d'Etat et la fonction consultative* », RFDA 1992, p. 787.

⁴⁴ Article 12 de la Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 codifié à l'article 113-1 du Code de justice administrative.

difficulté sérieuse et susceptibles de se poser dans de nombreux litiges⁴⁵. Ce dispositif juridique a été repris, à l'identique, par les lois régissant les juridictions administratives de certains Etats en Afrique⁴⁶. C'est le cas du Niger où la loi organique n°2013-02 du 23 janvier 2013 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'Etat⁴⁷ prévoit, en ses articles 16 et 17, les avis susceptibles d'être donnés à la demande des autorités administratives et en son article 20, les avis contentieux sollicités par les juridictions inférieures. En droit constitutionnel, aussi, et dans beaucoup d'Etats, la Constitution habilite le juge constitutionnel à émettre des avis à la demande des autorités limitativement énumérées et sur des questions juridiques précises. Ainsi, d'une Constitution à une autre, son avis est demandé préalablement à l'exercice de certaines prérogatives constitutionnelles ou à la prise de certains actes juridiques ou encore devant une difficulté précise en rapport avec l'application ou l'interprétation de la Constitution.

Quel que soit le juge considéré, l'avis est un instrument de « *constructions prétorienne systématiques qui font la réputation des juridictions et marquent leur histoire* »⁴⁸. Réfléchir sur l'autorité de celui émis par le juge constitutionnel revient à vérifier la nature de l'effet juridique qu'il est susceptible de produire tant à l'égard du demandeur immédiat qu'à l'égard des autres autorités politiques, administratives et juridictionnelles.

L'étude porte sur un échantillon de quinze (15) Etats de l'Afrique francophone⁴⁹. En sus des considérations linguistiques et de « *la convergence des modèles constitutionnels* »⁵⁰ et institutionnels⁵¹, le choix de ces Etats s'appuie sur une raison essentielle. Il s'agit de l'intérêt que suscitent, l'encadrement juridique de la fonction consultative, les modalités pratiques de sa mise en œuvre ainsi que l'engouement constaté tant du côté des acteurs politiques que de l'opinion publique.

L'objectif de la réflexion est de parvenir à vérifier la compatibilité entre « l'avis » et « l'autorité » et de répondre à la question de savoir si l'on peut valablement et logiquement envisager l'existence d'une force juridique attachée à un avis émis par un juge constitutionnel et qui lui conférerait un caractère exécutoire ? Est-ce que, dans son essence, l'avis émis par un juge constitutionnel est de nature à imposer une conduite déterminée au regard de la situation juridique des Etats sous étude ?

Cette problématique revêt un double intérêt. Du point de vue théorique, outre la controverse sur l'existence ou non d'une autorité attachée à un avis, l'étude pourrait rallier des réflexions sur un aspect relativement peu exploité des attributions du juge constitutionnel. En effet, à partir du moment où, en Afrique, « *les hypothèques d'exécution des décisions de justice sont en train d'être levées en la faveur d'une parole juridictionnelle enrobée de sacrée* »⁵², la réflexion mérite de s'orienter de plus en plus vers les suites réservées aux avis des juges tant par le droit positif que par leurs destinataires. Certes, quelques études

⁴⁵ BRENET (F.) et CLAEYS (A.), « *La procédure de saisine pour avis du Conseil d'Etat : pratique contentieuse et influence du droit positif* », RFDA mai-juin 2002, pp. 525-537.

⁴⁶ C'est le cas du Niger où la loi organique n°2013-02 du 23 janvier 2013 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'Etat (Journal officiel, spécial n°12 du 3 juin 2013, pp. 580-590) prévoit en ses articles 16 et 17 les avis susceptibles d'être donnés à la demande des autorités administratives et en son article 20 les avis contentieux sollicités par les juridictions inférieures.

⁴⁷ Journal officiel, spécial n°12 du 3 juin 2013, pp. 580-590

⁴⁸ SALL (A.), *op. cit.*, p.24.

⁴⁹ Il s'agit de la République centrafricaine, de l'Algérie, du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Congo Brazzaville, du Gabon, du Madagascar, du Mali, la Mauritanie, du Niger, du Sénégal, du Togo et la Tunisie.

⁵⁰ BALDÉ (S.), *La convergence des modèles constitutionnels : étude de cas en Afrique subsaharienne. Étude de cas en Afrique subsaharienne*, Éditions Publibook, 2011, 536 p.

⁵¹ En choisissant de créer, soit une Cour constitutionnelle, soit un Conseil constitutionnel, ces Etats ont opté pour l'institution d'une juridiction constitutionnelle spécifique.

⁵² BA (B.), *op. cit.* p.6.

remarquables ont été réalisées sur l'exercice de la fonction consultative du juge constitutionnel⁵³ mais elles s'avèrent quantitativement insuffisantes comparées à l'immense production doctrinale consacrée à sa fonction contentieuse. Sur cette dernière, les réflexions disponibles s'emploient à mettre l'accent sur l'autorité des décisions ou arrêts⁵⁴. Aussi, l'étude pourrait-elle permettre de saisir les spécificités de l'avis du juge constitutionnel et de pouvoir le distinguer de celui émis par certaines autorités ou institutions politiques et administratives avec lequel il est souvent confondu. Du point de vue pratique, certains auteurs reconnaissent que « *les temps se prêtent à l'esprit consultatif* »⁵⁵. L'avis donné dans ce sens porte sur une information ou une opinion technique pour laquelle l'expérience, la compétence de l'émetteur légitime la procédure⁵⁶. Il a été soutenu que « *la consultation est un acte d'allégeance* »⁵⁷. La relation qui s'y installe « *confère à l'instance consultée une autorité qui inspire le respect et qui la rehausse aux yeux du pouvoir consultant* »⁵⁸. La réflexion permet de s'appuyer sur le droit en vigueur et la production jurisprudentielle disponible pour vérifier si une telle allégeance est effectivement perceptible dans les rapports entre les destinataires et l'émetteur d'avis. Aussi, puisque le juge participe-t-il à l'exercice du pouvoir normatif aussi bien en matière contentieuse qu'en matière consultative, l'étude pourrait servir de cadre d'analyse de la pertinence des solutions retenues par les Etats au sujet de l'attitude à adopter face à la charge normative dont l'avis est souvent porteur. La solution adoptée a certainement des conséquences sur la crédibilité ou l'autorité du juge constitutionnel ainsi que sur la sécurité juridique et la cohérence de l'ordre juridique recherchée dans toute société régie par le droit.

En s'attardant sur le droit en vigueur, la formulation des demandes d'avis, la teneur des réponses du juge, les suites réservées aux avis, l'on est tenté de classer les Etats de l'échantillon en quatre (4) catégories. Dans la première catégorie, l'autorité attachée à un avis n'est pas perceptible dans les textes juridiques⁵⁹. En revanche, elle est explicite dans la deuxième catégorie d'Etats⁶⁰ et perfectible dans la troisième catégorie⁶¹. La situation de la dernière catégorie d'Etats montre que c'est le juge qui se prononce directement ou indirectement sur la portée juridique de ses avis⁶².

A partir de cette catégorisation et au regard de la problématique retenue, l'on constate et admet que dans certains Etats, l'autorité de l'avis du juge constitutionnel est formellement

⁵³ L'on peut citer, entre autres, MEL (A.P.), « *La compétence générale du Conseil constitutionnel en matière consultative* », Revue juridique et politique des Etats francophones, 2010, volume 64/4, pp. 410-442 ; MONEMBOU (C.), « *Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone : les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger* », Revue internationale de droit comparé vol. 69 n°1 janvier-mars 2017, pp. 177-210.

⁵⁴ ADELOUI (J.A.), « *L'autorité de la chose jugée par les juridictions constitutionnelles en Afrique* », RTSJ, n°0002, janvier-juin 2012, pp. 54-75 ; ADOUKI (D.E.), « *Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique* », RFDC, 2013/3, n°95, pp. 611-638 ; ONDO (T.), « *L'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone* », RJP, 2012, n° 4, pp. 453-480 ; OWANO (R-M), « *L'autorité de la chose jugée des décisions du juge constitutionnel en Afrique francophone* », in NAREY (O) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey 2015, pp. 421-437.

⁵⁵ ZENATI (F.), *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ RAYNARD (J.), « *Domaines et thèmes des avis* », in REVET (T.), (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica 1998, p. 12.

⁵⁷ ZENATI (F.), *op. cit.*, p.109.

⁵⁸ *ibid*, p. 104.

⁵⁹ L'on peut invoquer les cas du Niger, de l'Afrique Centrale, du Togo, du Burkina Faso, du Cameroun et du Gabon.

⁶⁰ Il s'agit de l'Algérie et de la Tunisie.

⁶¹ Ce sont le Congo Brazzaville et le Sénégal.

⁶² L'on peut ranger dans cette catégorie le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Madagascar, la Mauritanie et le Sénégal.

consacrée (II), dans d'autres et, en l'absence d'une telle formulation, elle peut être considérée comme postulée (I).

I. Une autorité postulée

Le postulat est une « *proposition donnée comme vraie et dont l'admission est nécessaire* »⁶³. Postuler, c'est poser une proposition, affirmer quelque chose comme une vérité ou un principe pour démontrer quelque chose. Parler de l'autorité de l'avis dans un contexte de silence du droit positif, c'est la poser comme un principe ou une proposition. Sa démonstration nécessite la recherche des éléments pertinents à partir desquels l'on peut tenter de construire une argumentation acceptable. L'idée est de tenter de relativiser l'argument selon lequel, à moins qu'il ne soit expressément prévu par un texte, un avis ne saurait avoir la même autorité qu'une décision ou un arrêt rendu en matière contentieuse. Dans certains cas, le postulat est induit par l'objet de l'avis (A), dans d'autres, il peut être déduit du statut de son émetteur (B).

A. Un postulat induit par l'objet de l'avis

Les questions sur lesquelles l'opinion du juge est sollicitée ont toutes la particularité d'être en rapport direct avec l'application ou l'interprétation de la Constitution. Le type de réponse qu'il leur donne est de nature à relativiser certaines réactions hostiles comme celle tendant à affirmer que: « *ce n'est qu'un avis* ». En effet, si au sujet de certains actes ou de certaines procédures, le juge se prononce uniquement sur leur conformité à la Constitution faisant de sa consultation une forme de contrôle de constitutionnalité (1), en matière d'interprétation, il est le seul habilité à délivrer celle qui « *s'incorpore (...) au texte interprété* »⁶⁴ (2).

1. Un contrôle préventif de constitutionnalité

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité a « *fait l'objet des travaux désormais innombrables de la doctrine constitutionnaliste en Afrique* »⁶⁵. Il est présenté comme « *l'un des succès de la construction démocratique en Afrique noire francophone* »⁶⁶. Cette forte fixation sur sa dimension contentieuse tend à réduire le contrôle de constitutionnalité au seul contrôle débouchant sur une décision ou un arrêt. Pourtant, l'on assiste à une certaine évolution de ses modalités avec la mise en exergue de l'idée de contrôle non contentieux⁶⁷. Exercé par voie consultative ou d'avis, ce contrôle permet au juge de « *se prononcer à titre préventif sur la conformité à la Constitution d'un acte normatif en cours d'élaboration* »⁶⁸ ou sur celle de certaines procédures constitutionnelles. C'est ainsi que, d'une Constitution à une autre, l'on remarque que les avis du juge constitutionnel sont sollicités et émis sur les projets d'ordonnance⁶⁹, les projets et propositions de lois organiques, ordinaires ou de révision⁷⁰, le

⁶³ Dictionnaire Contemporain de la Langue française, édition 2000, p. 880.

⁶⁴ TROPER (M.), « L'interprétation constitutionnelle », in MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz 2005, p. 15.

⁶⁵ OUEDRAOGO (D.), « *Le contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest francophone* », RFDC, 2019/1 N° 117, p. 120.

⁶⁶ *Ibid.* p. 119.

⁶⁷ LATH (Y.S.), « L'évolution des modalités du contrôle de constitutionnalité des lois dans les Etats d'Afrique francophone », in NAREY (O.) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey 2015, pp. 145-179.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 162.

⁶⁹ Article 102 de la Constitution du Bénin, article 106 de la Constitution du Niger, article 107 de la Constitution du Burkina Faso, article 86 et 105 de la Constitution du Togo.

⁷⁰ Article 102 de la Constitution du Bénin, article 95 de la Constitution de la République centrafricaine.

recours au référendum⁷¹ ou le projet de tout acte relevant de la compétence du juge constitutionnel⁷². Chacune de ces saisines donne au juge l'occasion d'exercer un contrôle de conformité à la Constitution. Il le fait aussi bien sur le projet d'acte, c'est-à-dire, à titre préventif que sur certains actes juridiques déjà en vigueur, opérant, par voie de conséquence, un contrôle *a posteriori* à peine déguisé.

Sur le projet d'ordonnance⁷³, par exemple, le juge saisi se pose quatre (4) questions avant d'émettre son opinion: est-ce qu'une loi d'habilitation⁷⁴ autorisant le gouvernement à légiférer par ordonnance a été adoptée par le parlement ? Est-ce que l'habilitation a été donnée dans une des matières qui relèvent du domaine de la loi ? Est-ce que le projet d'ordonnance a été pris pendant la durée de validité de l'habilitation ? Est-ce qu'au regard de son objet, ce projet se rapporte à l'une des matières limitativement énumérées dans la loi d'habilitation ? En fonction de la réponse à ces questions, le juge est, soit d'avis que « *le projet d'ordonnance est conforme à la Constitution* »⁷⁵, soit d'avis que « *le projet d'ordonnance n'est pas conforme à la Constitution en raison de ...* ». C'est ainsi que saisi pour avis⁷⁶, le juge nigérien a affirmé que « *le projet d'ordonnance autorisant la ratification de l'accord de prêt additionnel n°3418-1-NIR et le projet d'ordonnance autorisant la ratification de l'Accord de prêt n°533-NE sont conformes à la Constitution* » mais que « *le projet d'ordonnance portant création d'un établissement public à caractère professionnel (...) n'est pas conforme à l'article 87 de la Constitution* » parce qu'il « *ne relève pas des domaines prévus par la loi d'habilitation* ». Dans d'autres demandes, le juge a adopté la même démarche. Saisi de deux projets d'ordonnance, l'un sur la protection des données à caractère personnel⁷⁷ et l'autre modifiant et complétant la loi n°61-27 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal⁷⁸, le juge a estimé, dans les deux cas, que « *le projet d'ordonnance (...) ne s'inscrit pas dans les matières prévues par la loi n°2015-59 du 02 décembre 2015 habilitant le gouvernement à prendre des ordonnances* ».

Ces exemples d'inconstitutionnalité des projets d'ordonnances tirés du non-respect du contenu des lois d'habilitation rappellent opportunément le vice d'incompétence négative du législateur⁷⁹. En outrepassant les termes de la loi d'habilitation, l'autorité réglementaire expose son projet d'ordonnance à la censure pour vice d'incompétence positive. La présence de ce vice révèle l'incompétence négative du législateur⁸⁰. Celui-ci est invoqué lorsque le parlement « *est resté en deçà de sa compétence* »⁸¹. Par l'avis de non de conformité, le

⁷¹ Article 41 de la Constitution du Mali, article 60 de la Constitution du Niger, article 58 de la Constitution du Bénin, article 29 de la loi organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000, portant organisation et attribution du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui du Burkina Faso.

⁷² Article 47 de la Constitution du Cameroun, article 119 de la Constitution de Madagascar.

⁷³ Sur la notion et les différentes formes d'ordonnance, voir, TALL (S.N.), « *Les ordonnances en Afrique noire francophone* », Revue EDJA n°64 janvier-février-mars 2005, pp. 47-81.

⁷⁴ Sur cette catégorie de lois, voir, DIËYE (A.), « *La loi d'habilitation en droit comparé. La situation dans quelques pays d'Afrique noire francophone et en France* », Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome LV, 2014, pp. 133-167.

⁷⁵ Il peut même dire que « *le projet d'ordonnance ne contient aucune disposition contraire à la Constitution* »

⁷⁶ Avis n°001-2001/CC du 8 mars 2001 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2001/avis_n_001_cc_2001.pdf consulté le 10 décembre 2019.

⁷⁷ Avis n°32/CC du 30 décembre 2015, disponible sur http://cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2015/avis_n_032_cc_2015.pdf consulté le 10 décembre 2019.

⁷⁸ Avis n°33/CC du 30 décembre 2015, disponible sur http://cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2015/avis_n_033_cc_2015.pdf consulté le 10 décembre 2015.

⁷⁹ LE PILLOUER (A.), « *L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente* » disponible sur <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01661816> consulté le 15 décembre 2019

⁸⁰ Sur le lien entre les deux, voir par exemple, SCHMITTER (G.), « *L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives* », AIJC, 5-1989, 1991. Principe d'égalité et droit de suffrage. pp. 137-176.

⁸¹ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 10 édition 2013, p. 135.

juge notifie à l'initiateur du projet d'ordonnance l'obligation de tenir compte des limites fixées par la loi d'habilitation et au parlement d'exercer la plénitude de ses compétences⁸².

Dans certains Etats, c'est à l'occasion des révisions constitutionnelles que l'on pourrait saisir le rôle que joue l'avis en matière de contrôle de constitutionnalité. A chaque fois qu'il est saisi d'un projet ou d'une proposition de révision, le juge statue sur la conformité tant de la procédure que de l'objet de la révision. Il s'agit, sur ce dernier point, de vérifier la conformité des nouvelles dispositions ou les modifications proposées ou projetées à l'ensemble des normes composant le bloc de constitutionnalité⁸³. Par la suite, il s'intéresse aux circonstances dans lesquelles intervient cette révision. Dans l'avis n°001/94/CC du 4 février 1994, le juge constitutionnel gabonais a été d'avis que la procédure constitutionnelle relative à la révision a été observée. Néanmoins, l'article 112 *bis* du projet donnant compétence à la Cour suprême pour émettre un avis préalable sur la légalité de la procédure d'un référendum, fût-il de consultation locale, est contraire à l'article 84 de la Constitution aux termes duquel « *la compétence de contrôle de la régularité des élections politiques et des opérations de referendum relève de la compétence de la Cour constitutionnelle* ». Au Mali, l'avis n°01-001/referendum du 04 octobre 2001 a donné, au juge, l'occasion de conclure à la régularité de la procédure de mise en œuvre du referendum⁸⁴. Récemment, c'est la question de l'organisation d'un référendum portant révision de la Constitution qui a suscité son avis. Saisi par le Premier ministre d'un projet de révision adopté par l'Assemblée nationale et sur la tenue du referendum dans un contexte d'insécurité, le juge a clarifié que « *l'intégrité territoriale au sens du droit international s'entend du droit et du devoir inaliénable d'un Etat souverain à préserver ses frontières de toute influence extérieure. En l'état, celle du Mali n'est pas compromise par l'occupation d'une quelconque puissance étrangère. Aussi, l'Etat, à travers ses représentants, les organes élus et les autorités intérimaires, exerce la plénitude de ses missions régaliennes sur le territoire national. Dès lors, une insécurité résiduelle ne saurait remettre en cause la régularité d'un référendum* »⁸⁵. Au Togo, l'idée de limitation du pouvoir de révision constitutionnelle apparaît dans l'avis n°AV004/98 du 24 décembre 1998⁸⁶. Dans cette affaire, le Premier ministre a posé au juge la question, notamment, de savoir s'il est « *possible d'initier une révision constitutionnelle tendant à proroger le mandat des membres de l'Assemblée au cas où il parait des difficultés d'organisation des élections législatives dans les délais prescrits* ». En rappelant à l'auteur de la saisine l'impossibilité de proroger le mandat des députés sans violer la Constitution qui n'a pas prévu une telle éventualité, le juge reconnaît que « *la question soulevée n'entre pas dans les limitations apportées à la révision de la Constitution* » et qu'il appartient, en conséquence, « *au gouvernement de juger de l'opportunité d'y recourir* ». Au Burkina Faso, la constitutionnalité des accords internationaux est souvent vérifiée par voie d'avis. Dans l'avis juridique n°11/CS/CC du 9 juin 2001, le juge a déclaré que « *l'Acte constitutif de l'Union Africaine est*

⁸² Dans cette perspective, voir, BERGOUGNOUS (G.), « *L'incompétence négative vue du parlement* », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel » 2015/1 N° 46 | pp. 45 et suivantes.

⁸³ Pour une réflexion récente sur la question, voir, entre autres, GNAMOU (D.), « *Juridictions constitutionnelles et normes de référence* », in Actes du Colloque, *La Cour constitutionnelle béninoise, entre rupture et continuité*, Revue Constitution et consolidation de l'Etat de droit, de la démocratie et des libertés fondamentales en Afrique, Numéro spécial/2019, pp. 75-99. Sur les aspects historiques, voir, FAVOREU (L.), « *Bloc de constitutionnalité* », DUHAMEL (O.) et MENY (Y.) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87.

⁸⁴ Dans cette affaire, il a fait constater, notamment, que « *L'article 61 nouveau, en prévoyant l'élection des députés selon un système combinant le scrutin majoritaire et la représentation proportionnelle est en contradiction avec l'article 2 de la Constitution et les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme en son article 21 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en son article 13 qui font partie du bloc de constitutionnalité au Mali du fait que le Peuple malien y a souscrit* »

⁸⁵ Avis n°2017-01/CCM/ref. du 06 juin 2017. Recueil des arrêts, avis et autres décisions de la Cour constitutionnelle du Mali, Vo. 6 (2014-2017), pp. 269-271.

⁸⁶ L'avis est disponible sur <http://www.legitogo.gouv.tg/jurisprudences> consulté le 25 décembre 2019.

conforme à la Constitution au regard de son article 146 qui autorise le Burkina Faso à conclure avec tout Etat africain des accords d'association ou de communauté impliquant un abandon total ou partiel de souveraineté ». Sur le fondement de cette Constitution et suivant le même raisonnement, il a estimé que l'accord de prêt entre le Burkina Faso et la Banque Islamique de Développement, est contraire à l'article 31 de la Constitution qui dispose que le Burkina Faso est un Etat démocratique, unitaire et laïc alors que l'article 22 alinéa 1 de l'Accord stipule que « le présent Accord est soumis, pour son exécution et son interprétation, aux principes de la Charia Islamique »⁸⁷.

L'utilisation de l'avis à des fins de contrôle *a posteriori* est perceptible dans deux cas de figure. Dans le premier cas, il s'exerce à travers la mise en œuvre de la procédure de délégalisation. Il faut rappeler, à ce sujet, que les constitutions attribuent une compétence de principe à l'autorité réglementaire et au législateur une compétence d'attribution. La répartition est accompagnée de la procédure de délégalisation permettant au gouvernement d'assurer ou de préserver son domaine de compétence contre d'éventuels empiètements de la loi⁸⁸. Aussi, cette possibilité de modifier à tout moment, les textes de forme législative qui interviendraient dans le domaine réglementaire a-t-elle été encadrée. Les constitutions des Etats sous étude prévoient, et presque dans les mêmes termes, que « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret après avis du juge constitutionnel ». Le juge profite de cette demande d'avis pour réexaminer la loi dont la modification, par décret, est envisagée. Il procède à sa confrontation avec les dispositions constitutionnelles relatives à la répartition des compétences, la situe par rapport à cette répartition, s'assure qu'elle a été effectivement prise dans le domaine réglementaire avant de donner son avis. L'exercice s'apparente fort bien à un contrôle de constitutionnalité d'une loi déjà en vigueur avant son éventuelle modification par voie réglementaire. En tous les cas, il s'agit, pour le juge, d'indiquer la part de la loi et la part du règlement afin de circonscrire aussi bien le législateur que l'autorité réglementaire⁸⁹ dans leur strict domaine des compétences. S'inscrivant dans cette logique, le juge malgache a estimé qu'en lui demandant d'exercer ses attributions consultatives dans la procédure particulière de la délégalisation, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de lui accorder le droit de modifier une telle disposition par décret, la Constitution lui donne « un pouvoir de contrôle *a posteriori*... »⁹⁰.

Le second cas s'observe à l'occasion de l'émission de l'avis sur le projet d'ordonnance qui sert de prétexte pour revenir sur la conformité de la loi d'habilitation. Le juge béninois a rappelé, dans une espèce, que son avis préalable n'est exigé que pour les ordonnances dont la

⁸⁷ Avis juridique n°2007-03/CC du 20 avril 2007 sur la conformité à la Constitution du 02 juin 1991 de l'Accord de prêt n°UV0087 signé le 15 janvier 2007 entre le Burkina Faso et la Banque Islamique de Développement pour le financement du Projet de construction de la section urbaine de la route nationale n°04 dans le cadre du projet d'interconnexion des routes nationales n°01 et n°04 à Ouagadougou. Cette espèce a été extraite de la Communication du Conseil constitutionnel du Burkina Faso, à l'occasion du deuxième Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, organisé par la Cour suprême fédérale du Brésil et la Commission de Venise du conseil de l'Europe, à Rio de Janeiro, Brésil, du 16 au 18 janvier 2011, https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/BUR_Conseil_constitutionnel_f.pdf consulté le 2 janvier 2020, pp. 14-15.

⁸⁸ MATHIEU (B.), « Répartition des compétences normatives et qualité de la loi », AIJC, 2007, pp. 581 et suivantes.

⁸⁹ MATHIEU (B.), « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », Pouvoirs 2005/3 n°114 pp. 73-87.

⁹⁰ Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 relatif à la nature et à la portée de toute procédure consultative engagée auprès de la Haute Cour constitutionnelle disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n03-hccav-du-11-avril-2014-relatif-a-la-nature-et-a-la-portee-de-toute-procedure-consultative-engagee-aupres-de-la-haute-cour-constitutionnelle/> consulté le 16 décembre 2019.

prise nécessite une loi d'habilitation⁹¹. Dans cette hypothèse, le juge vérifie la constitutionnalité de la loi d'habilitation, c'est-à-dire si celle-ci a tenu compte de la répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et le règlement et si elle ne contient que des matières relevant du domaine de la loi. On le sait, ce n'est que dans ces dernières, en effet, qu'il est possible de demander l'habilitation à légiférer par ordonnance. Et lorsqu'après vérification, le juge constate que l'habilitation porte sur une matière qui relève du règlement, le projet d'ordonnance pris sur le fondement d'une loi d'habilitation inconstitutionnelle est déclaré contraire à la Constitution. Dans l'avis n°006/CCT/2011, le Premier ministre nigérien a saisi le juge « *aux fins d'obtenir un avis sur le projet d'ordonnance portant régime général des contrats de partenariats public privé (...)* ». Dans la loi d'habilitation, il a effectivement été énuméré un certain nombre des matières dont « *le projet relatif au contrat de partenariat public privé en matière d'investissement* ». Seulement, le juge a relevé que « *les contrats de partenariat public privé en matière d'investissement ne font pas partie des matières qui sont du domaine législatif* ». En conséquence, la loi d'habilitation n'a pas respecté les dispositions constitutionnelles relatives à la distribution des compétences entre la loi et le règlement. En demandant une telle habilitation, l'autorité réglementaire a méconnu l'étendue de ses compétences constitutionnelles.

La convocation de ces espèces permet, opportunément, de se rendre à l'évidence que c'est sur le terrain de la seule conformité à la Constitution que le juge se place pour apprécier les différents actes qui lui sont soumis. Cette particularité de l'avis émis dans ces conditions rappelle toutes les spécificités du contrôle de constitutionnalité classique. Elle permet de postuler à ce qu'il lui soit reconnu la même autorité car l'acte (avis ou décision) par lequel ce contrôle s'exprime ne doit pas être le seul critère déterminant dans la définition de sa portée juridique. L'avis du juge est également sollicité pour obtenir une interprétation authentique de la Constitution.

2. La recherche d'une interprétation constitutionnelle authentique

« *Les juristes savent que la première application d'un texte est une épreuve redoutable : les contradictions, les insuffisances, les lacunes apparaissent alors au grand jour et viennent ajouter à la perplexité du praticien chargé, tout à la fois, de régler un cas d'espèce et de créer un précédent* »⁹². L'observation est valable pour les textes constitutionnels qui « *établissent ou proclament des principes et des valeurs* »⁹³. D'autres textes ne sont que « *des normes structurellement indéterminées, c'est-à-dire, des normes défectibles et structurellement vagues* »⁹⁴. Ces réalités inhérentes à la formulation des textes juridiques rendent nécessaire leur interprétation. L'exercice consiste à déterminer la signification du texte, ce qu'il « *ordonne ou permet* », « *la norme qu'il exprime* »⁹⁵, son champ d'application.

En général, une pluralité d'acteurs est amenée à appliquer et à interpréter la Constitution, d'où le risque d'interprétations divergentes fortement préjudiciables à la cohérence de l'ordre constitutionnel⁹⁶. La solution retenue est que l'interprétation juridictionnelle l'emporte sur

⁹¹ Avis n° CC-00-01 du 07 janvier 2001 disponible sur <http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/avis/a94091.pdf> consulté le 17 décembre 2019.

⁹² BAUFUME (B.), « *Le droit présidentiel de demander une nouvelle délibération de la loi : le précédent du 13 juillet 1983 (Loi sur l'exposition universelle de 1989)* », RDP 1985, p. 1240.

⁹³ KPODAR (A.), « Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité. Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel », in NAREY (O.) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey 2015, p. 219. A ces difficultés liées à l'indétermination des textes constitutionnels, l'auteur ajoute l'élargissement de plus en plus perceptible « des bornes de la matière constitutionnelle ».

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 38 édition 2017, p. 69.

⁹⁶ Sur la notion et son contenu, voir, NAREY (O.), « L'ordre constitutionnel », *op. cit.*

celle politique⁹⁷, souvent fantaisiste⁹⁸ et que le juge constitutionnel soit « *l'ultime interprète authentique...* »⁹⁹ au regard de sa « *vocation naturelle à interpréter la Constitution* »¹⁰⁰. Aujourd'hui et, dans presque toutes les démocraties modernes, ce juge est considéré comme l'interprète authentique de la Constitution¹⁰¹. La formule constitutionnelle retenue pour asseoir une telle compétence est quasiment identique d'un Etat à un autre. Il lui revient « *de donner la signification constitutionnellement correcte d'une disposition obscure de la Constitution ou d'une disposition de la Constitution revêtant des difficultés de compréhension ou encore susceptibles d'interprétations diverses* »¹⁰². Dans l'exercice de cette fonction, il se montre particulièrement exigeant tant sur la qualité du demandeur et que sur l'objet de la demande. Il rappelle, à ce sujet, « *qu'en principe, des dispositions constitutionnelles claires et précises ne donnent pas lieu à interprétation* »¹⁰³. Au Niger, la saisine du Président de la Haute Cour de Justice aux fins d'interprétation des articles 16 et 17 de la Loi organique relative à son institution a été rejetée « *en raison de son objet (interprétation d'une loi) et du défaut de qualité du requérant (Président de la Haute Cour de justice)* »¹⁰⁴.

Dans les saisines qui ont prospéré, l'exercice a permis de surmonter des divergences d'interprétation apparaissant au sein de certaines institutions constitutionnelles.

A Madagascar, par exemple, c'est à la suite d'une divergence au sein du Sénat, sur le sens et l'application de l'article 84 al. 3 de la Constitution relatif aux modalités d'exercice du droit d'amendement, que son Président a saisi le juge¹⁰⁵. Il expose que, pour certains sénateurs, « *les amendements faits à l'endroit d'une proposition ne doivent pas être portés à la connaissance du gouvernement et que la proposition de loi doit être immédiatement examinée en vue de son adoption* ». Pour d'autres, « *les dits amendements doivent être portés à la connaissance du gouvernement* ». Après avoir insisté sur le sens et le moment d'intervention de l'amendement, le juge précise que la nécessité de le porter à la connaissance du gouvernement procède de l'idée d'éviter les amendements clandestins. En effet, « *un amendement est susceptible (...) de ne plus revêtir le sens d'une simple rectification de la proposition initiale mais peut également se transformer en proposition nouvelle en cours de discussion* ». C'est pourquoi, le juge est d'avis que « *toute modification apportée à une proposition de loi doit être portée à la connaissance du gouvernement avant son adoption* ». Au Niger, on peut citer, entre autres, la saisine du juge, par le Président de l'Assemblée nationale pour obtenir l'interprétation de l'article 100 de la Constitution relativement à une proposition de loi portant sur l'alimentation scolaire au regard du « *débat qui s'était engagé*

⁹⁷ JAN (P.), « *Interprétations politiques de la Constitution : La Constitution de 1958 à l'épreuve de ses interprètes politiques* », RDP n°3-2006, pp.563-567.

⁹⁸ BOLLE (S.), « *Des Constitutions « made in »...* », *op. cit.*, p. 15.

⁹⁹ OWONA (R.M.), *op. cit.* p.421.

¹⁰⁰ KANTÉ (B.), « *Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone* » in, MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), (dir), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz 2005, p. 155.

¹⁰¹ MELEDJE (D.F.), « *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* », in FALL (I.M.) et SALL (A.) (dir.), *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, L'harmattan Sénégal, 2017, p. 109.

¹⁰² LATH (Y. S.), *op. cit.* p. 165.

¹⁰³ Avis n°01-HCC/AV du 16 mai 2007 sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles, disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n01-hccav-du-16-mai-2007-sur-linterpretation-de-dispositions-constitutionnelles/> consulté le 17 décembre 2019.

¹⁰⁴ Avis n°01/06/CC du 21 février 2006 disponible sur http://cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2006/avis_n_001_cc_2006.pdf consulté le 17 décembre 2019.

¹⁰⁵ Avis n°02-HCC/AV du 23 juillet 2003 sur le sens et l'application de l'article 84 alinéa 3 de la Constitution disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n02-hccav-du-23-juillet-2003-sur-le-sens-et-lapplication-de-larticle-84-alinea-3-de-la-constitution/> consulté le 18 décembre 2019.

sur sa recevabilité »¹⁰⁶. Certains députés soutenaient, en effet, que « *la proposition était du domaine réglementaire pendant que d'autres (...) estimaient qu'elle relevait plutôt du domaine législatif* ».

Des divergences d'interprétation peuvent apparaître au sein d'un gouvernement. A la suite d'un « *débat ayant eu lieu au sein du gouvernement concernant la participation active (prise de parole en public) ou passive (assister aux meetings sans prise de parole en arborant les tee-shirts ou les outils de campagnes* », le Premier ministre malgache a saisi le juge pour obtenir l'interprétation de l'article 39 de la Constitution¹⁰⁷, notamment la réponse aux questions suivantes : est-ce que les membres du gouvernement peuvent participer aux campagnes électorales pour l'élection qui se déroulera durant les mois de novembre et décembre 2018 ? Quelle est la limite de la neutralité des membres du gouvernement ? Cette neutralité impose-t-elle une interdiction absolue de participer aux campagnes¹⁰⁸ ?

D'autres divergences peuvent apparaître dans les rapports institutionnels. L'on retrouve, dans certains Etats, la question de savoir s'il est possible, pour un député, d'adresser des questions orales à un ministre au cours d'une session extraordinaire dont l'ordre du jour a été fixé par décret du Président de la République. Pour répondre à cette question, le juge malien¹⁰⁹ s'est appuyé sur les dispositions de l'article 65 alinéa 1 de la Constitution et les articles 53 et 54 du règlement intérieur pour établir la distinction entre la session ordinaire et la session extraordinaire. Dans le premier cas, l'ordre du jour n'est pas prédéterminé et qu'il appartient à l'Assemblée nationale de le faire. Dans le deuxième cas, l'ordre du jour est fixé par le décret de convocation. En conséquence, « *un député ne peut adresser de questions orales à un ministre au cours d'une session extraordinaire dont l'ordre du jour a été fixé par décret* ». Sur la même question, le juge nigérien¹¹⁰ a estimé que « *la règle ne fait (...) pas obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'article 70 al. 3 de la Constitution relatives au régime juridique des poursuites pénales ou arrestation d'un député en cours de session* ». Elle « *ne fait également pas obstacle au nécessaire contrôle de l'Assemblée nationale au moyen de certains des mécanismes prévus à cet effet par la Constitution que sont les questions orales, les interpellations et les questions d'actualités* ».

Les divergences d'interprétation peuvent affecter les rapports entre les autorités exécutives et les destinataires de certaines décisions prises en application d'une disposition constitutionnelle dont la compréhension n'est pas évidente¹¹¹. Parfois, elles dépassent le cadre

¹⁰⁶ Avis n°015/CC du 30 mai 2019 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2019/avis_n_015_cc_2019.pdf consulté le 2 janvier 2019.

¹⁰⁷ Cet article dispose que « *l'Etat garantit la neutralité politique de l'Administration, des Forces Armées, de la Justice, de la Police, de l'Enseignement et de l'éducation. Il organise l'Administration afin d'éviter tout acte de gaspillage et de détournement des fonds publics à des fins personnelles ou politiques* ».

¹⁰⁸ Avis n°04-HCC/AV du 11 août 2018 relatif à l'interprétation de l'article 39 de la Constitution, disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n04-hcc-av-du-11-aout-2018-relatif-a-linterpretation-de-larticle-39-de-la-constitution/> consulté le 19 décembre 2019. Dans une réponse qui ne souffre d'aucune ambiguïté, la Cour déclare que « Les Ministres, membres du Gouvernement, ne peuvent pas participer à la campagne électorale se rapportant à l'élection du Président de la République dont le premier tour de scrutin est prévu pour le 7 novembre 2018 et le second tour, le 19 décembre 2018 » et que « La neutralité de l'Administration en général doit être garantie selon les considérants du présent Avis ».

¹⁰⁹ Avis n°2014-01/CCM du 25 août 2014, Recueil des arrêts, avis et autres décisions de la Cour constitutionnelle du Mali, Vo. 6 (2014-2017), pp.34-37.

¹¹⁰ Avis n°02/06/CC du 07 mars 2006 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2006/avis_n_002_cc_2006.pdf consulté le 19 décembre 2019.

¹¹¹ A Madagascar, l'on constate que c'est suite à la contestation, par des magistrats et des enseignants, des mesures de retenue sur les salaires des grévistes que le Premier a demandé l'interprétation de l'article 33 de la Constitution relatif au droit de grève. Au sujet de la réponse de la Haute cour constitutionnelle, voir, Avis n°01-HCC/AV du 06 avril 2005 sur l'interprétation des dispositions de l'article 33 de la Constitution, disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n01-hccav-du-6-avril-2005-sur-linterpretation-des-dispositions-de-larticle-33-de-la-constitution/> consulté le 19 décembre 2019.

des institutions pour revêtir un caractère plus ou moins général et nécessiter une intervention du juge constitutionnel. C'est ainsi qu'après avoir dit qu'« *en principe, lorsque les dispositions constitutionnelles sont claires, il n'y a pas lieu à les interpréter* », le juge malgache a relativisé en ces termes : « *cependant, force est de constater que les dispositions de l'article 54 de la Constitution font l'objet de diverses interprétations au sein de la société* » et que « *la Cour se doit d'apporter quelques éclaircissements...* »¹¹². C'est dans cette logique que s'inscrit la demande d'avis du Président de la République togolaise lorsqu'il souhaitait obtenir du juge « *la plus exacte interprétation de l'article 3 de la Constitution togolaise relatif aux armoiries ainsi que la description claire des armoiries qui correspondent à cette disposition* ». Une telle demande a été motivée par « *l'utilisation concomitante de deux types d'armoiries créant un sérieux doute sur l'authenticité des documents qui les portent* »¹¹³.

Certains avis d'interprétation témoignent de la prudence qu'entendent observer certaines autorités politiques pour ne pas « s'embourber » dans des situations de non-conformité à la Constitution. Cette préoccupation est perceptible dans la demande du Premier ministre gabonais aux fins d'interprétation de l'article 40 de la Constitution, notamment sur le point de savoir « *si le député qui succède à un membre du bureau de l'Assemblée dont le mandat est écourté achève le mandat de son prédécesseur ou bien bénéficie directement du mandat constitutionnel de trente mois prévu audit article* »¹¹⁴. Le souci de connaître l'étendue des attributions du Président intérimaire a entraîné la saisine du juge à qui il a été demandé de déterminer la portée « *des attributions courantes prévues par les dispositions de l'article 46 de la Constitution* »¹¹⁵. Au Niger, le souvenir de la polémique suscitée par l'attribution, en 2012¹¹⁶, d'un marché public à un opérateur économique ayant le statut de député que le

¹¹² Avis n°001-HCC/AV du 17 février 2014 portant interprétation des dispositions de l'article 54 de la Constitution, disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n01-hccav-du-17-fevrier-2014-portant-interpretation-des-dispositions-de-l'article-54-de-la-constitution/> consulté le 19 décembre 2019.

¹¹³ Avis n°AV-001/08 du 20 juin 2008, demande d'avis du Président de la République relative aux armoiries disponible sur <http://www.legitogo.gouv.tg/jurisprudences> consulté le 20 décembre 2019.

¹¹⁴ Avis n°02/93/CC du 23 avril 1993 sur le sens des dispositions de l'article 40 de la Constitution. Après avoir rappelé la durée du mandat et son point de départ, le juge a martelé à l'article 1 de son avis que « le député élu au bureau de l'Assemblée pour combler une vacance de poste achève le mandat commencé par son prédécesseur ».

¹¹⁵ Avis n°07-HCC/AVIS du 07 septembre 2018 relatif à la demande d'avis sur les attributions courantes du Président de la République disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n07-hcc-av-du-07-septembre-2018-relatif-a-une-demande-davis-sur-les-attributions-courantes-du-president-de-la-republique/> consulté le 20 décembre 2019. Pour le Juge, rentrent « dans la catégorie juridique des attributions présidentielles courantes, les affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la démission du Président de la République, toute affaire dont l'importance dépasse celle des affaires de gestion journalière si la procédure qui a donné lieu à l'acte réglementaire concerné a été engagée bien avant la période critique et a ensuite été réglée sans précipitation et si les questions politiques, qui ont pu se poser sur le plan administratif, ont été résolues avant cette période critique ». Ne rentrent pas dans les compétences attribuées au Chef de l'Etat ad intérim « celles qui procèdent des articles 45 alinéa 3, 54 ; 55 -2°, 4° sauf en cas de faute grave ou de crime ou délit commis par le haut fonctionnaire, 5°, 6°, 7°, 8° ; 56 ; 57 alinéa premier ; 58 ; 59 alinéa 2 ; 60 ; 61 ; 103 ; 104 ; 107 ; 137 ; 162 ; 163. Il est habilité à exercer toutes les autres attributions confiées au Président de la République par la Constitution ».

¹¹⁶ Deux espèces jurisprudentielles permettent de revenir sur cette question. Il s'agit de l'avis n°01/CCT/2012 du 6 janvier 2012 et de l'arrêt n° 05/12/CCT/MC du 15 février 2012 de la Cour constitutionnelle du Niger. Dans le premier cas, c'est un groupe de députés qui a déposé une requête en vue d'obtenir l'interprétation de l'article 52 qui interdit la participation aux procédures de passation des marchés publics à certaines autorités publiques. Dans son avis, le juge constitutionnel souligne que le but de cet article « *est de protéger les biens publics en imposant des interdictions aux personnalités qui, de par leur position privilégiée à la tête de l'Etat ou au sein des institutions de l'Etat, pourraient tirer profit d'une manière ou d'une autre, des biens publics ou privés de l'Etat ou de ses démembrements* ». Il ajoute qu'il est formellement interdit aux personnes visées à l'article 52 d'user de leur position soit, personnellement, soit par le biais de prête-nom ou de société écran, pour acquérir ou prendre en bail un bien appartenant au domaine de l'Etat ou de ses démembrements. Aucune des personnalités visées ne doit laisser user de son influence pour permettre à autrui, de prendre part à un marché public ou privé

Premier ministre a demandé l'avis du juge sur le point de savoir « *si le contrat signé par l'entreprise B.M YACINE alors que l'attributaire n'était pas député, peut connaître un prolongement au moyen d'un avenant signé par le même entrepreneur devenu député au regard des dispositions de l'article 52 de la Constitution* »¹¹⁷. C'est pour saisir les exigences de la Constitution en matière de formation d'un gouvernement, que le Premier ministre a posé la question de savoir s'il existe « *une disposition de la Constitution qui interdirait au Président de la République et au Premier ministre, chef du gouvernement, d'appeler aux fonctions gouvernementales certains nigériens sous le seul prétexte qu'ils seraient militants d'un parti de l'opposition* »¹¹⁸. Il demandera par la suite, si l'option « *d'un gouvernement d'union nationale (...) serait-elle conforme à la Constitution ?* »¹¹⁹.

L'interprétation obtenue dans ces différentes demandes « *n'est pas l'expression d'une opinion parmi d'autres (...). Elle s'incorpore au texte, en ce sens que celui-ci ne peut désormais être compris qu'à la lumière de l'interprétation authentique* »¹²⁰. En conséquence, nonobstant l'absence d'indication constitutionnelle expresse, l'avis intervenu dans ce sens mérite de revêtir une autorité contraignante pour, au moins, deux raisons. La première tient de l'idée que le juge constitutionnel « *dit le droit par voie d'interprétation authentique qui fait corps avec la Constitution* »¹²¹. L'autorité s'attache non pas à l'espèce mais au texte interprété. Respecter l'avis émis dans ce sens « *c'est respecter la Constitution telle qu'interprétée par le juge* »¹²². La deuxième raison s'appuie sur la position d'autres auteurs qui soutiennent que les méthodes d'interprétation de ce juge « *sont souvent exégétiques ou littérales...* »¹²³. Il a été montré que son pouvoir interprétatif est « *peu créatif* »¹²⁴. En

de l'Etat ou de ses démembrements. Dans le deuxième cas, l'arrêt a été rendu au sujet d'un marché de travaux attribué à une Entreprise Générale des Bâtiments et Travaux publics appartenant à un député national alors qu'au moment de l'attribution dudit marché sa démission de l'hémicycle n'avait pas encore été constatée et acceptée. C'est ainsi qu'un groupe de députés de l'opposition politique a saisi le juge constitutionnel pour l'amener à constater l'inconstitutionnalité de l'attribution du marché ! Après avoir remarqué que l'entreprise attributaire du marché querellé appartient au député dont la démission n'a pas été constatée par l'Assemblée nationale, le juge conclut que l'interdiction posée à l'article 52 de la Constitution n'a pas été respectée par le député.

¹¹⁷ Avis n°002/CCT/2013 du 4 janvier 2013 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2013/avis_n_002_cct_2013.pdf consulté le 25 décembre 2019. Après instruction, le juge constate que l'avenant dont « *la signature par le député est envisagée n'a pas pour objet l'exécution des travaux à venir, mais vise plutôt à permettre le règlement des travaux déjà exécutés* ». A partir de ce constat, le juge conclut que rien ne s'oppose à la signature de cet avenant au regard de son objet et que l'intéressé peut le signer « *uniquement pour se faire payer les travaux réalisés avant qu'il n'accède au statut de député* »

¹¹⁸ Avis n°15/CC du 02 avril 2013 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2013/avis_n_015_cc_2013.pdf consulté le 20 décembre 2019.

¹¹⁹ Avis n°27/CC du 26 juillet 2013, disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2013/avis_n_027_cc_2013.pdf consulté le 20 décembre 2019. Pour répondre à la question, le juge a convoqué les dispositions constitutionnelles relatives à la formation d'un gouvernement en cas de concordance entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire et en l'absence de cette concordance avant de se rendre compte de l'absence d'une disposition expresse traitant de ce type de gouvernement. Il conclut que « *la formation d'un gouvernement d'union nationale n'est pas contraire à la Constitution* » mais tout en insistant sur les circonstances dans lesquelles elle doit intervenir et la nécessité de ne pas « *remettre en cause les missions constitutionnelles de l'assemblée nationale notamment le contrôle de l'action gouvernementale* » puisque un tel gouvernement fait momentanément disparaître ou réduit considérablement le clivage entre la majorité et l'opposition.

¹²⁰ HAMON (F.) et TROPER (M.), *op. cit.* p. 71.

¹²¹ DISANT (M.), « *Quelle autorité pour la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel ? De la persuasion à la direction* », in BERTRAND (M.) et VERPEAUX (M.), (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz 2010, p. 73.

¹²² DISANT (M.), *op.cit.* p. 80.

¹²³ KANTÉ (B.), « *La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique* », in NAREY (O.) (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey, 2015, p. 29.

s'inscrivant dans leur logique, l'on peut conclure que, dans son œuvre d'interprétation, aussi bien en matière contentieuse qu'en matière consultative, le juge « n'ajoute quasiment rien » à la norme constitutionnelle. En se contentant de la rappeler, de la reproduire ou de la reformuler, dans une certaine mesure, le juge privilégie ce que l'on appelle l'interprétation, acte de connaissance. Dans ce cas, il ne devrait se poser aucune difficulté au sujet de la soumission à un tel avis ; celui-ci ne faisant que reprendre ou reformuler les dispositions de la Constitution. C'est pour cette raison que certains juristes affirment, de façon péremptoire, que « dans tous les cas, même lorsque la Constitution ne le dit pas, ces avis s'imposent à tous les organes de l'Etat qui sont tenus de les suivre ou de s'y conformer »¹²⁵.

Si malgré l'absence de consécration constitutionnelle, le postulat relatif à l'autorité est induit par l'objet de l'avis, un autre postulat peut être déduit du statut de son auteur.

B. Un postulat déduit du statut de l'auteur de l'avis

La relation de consultation « confère à l'instance consultée une autorité qui inspire le respect et qui la rehausse aux yeux du pouvoir consultant »¹²⁶. Est-il possible de déduire une telle autorité du statut du juge ? Dans les Etats sous étude, en effet, le juge constitutionnel est à la fois garant de la suprématie de la Constitution (1) et régulateur du fonctionnement des institutions publiques (2), deux statuts qu'il assume, notamment en matière consultative et qui sont de nature à conférer à son avis une autorité même si les constitutions ne l'indiquent pas expressément.

1. Le garant de la suprématie de la Constitution

En Afrique francophone, l'institutionnalisation de la justice constitutionnelle exprime la volonté de créer les conditions d'une suprématie de la Constitution¹²⁷. Qu'il soit vénéré ou qu'on le décrie¹²⁸, le juge constitutionnel est, aujourd'hui, élevé à la dignité de gardien de la Constitution. En effet, à la suite des discussions doctrinales intéressantes initiées par les voix les plus autorisées¹²⁹, l'idée de la hiérarchie des normes et de la suprématie de la Constitution a été déterminante dans sa consécration. Son statut de dernier rempart, l'ultime barrière à l'abus¹³⁰ et d'interprète authentique font de lui « un gardien impartial et froid de la Constitution »¹³¹. L'on évoque le gardien réel par opposition au gardien formel ou le gardien juridictionnel pour le distinguer du gardien politique¹³² de la Constitution. Ce rôle de garant de la suprématie de la Constitution le met dans les dispositions de s'assurer que « l'activité normative des pouvoirs publics s'accomplisse dans le strict respect des compétences fixées

¹²⁴ AÏVO (F. J.), « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », RDP 2012, p.8/22 disponible sur <https://www.labase-lextenso.fr/revue-du-droit-public/RDP2012-1-006> consulté le 5 janvier 2020.

¹²⁵ MBATA MANGU (B. A.), « La fonction consultative du juge constitutionnel en Afrique », Communication au séminaire international sur le juge constitutionnel et le pouvoir politique en Afrique, Cotonou, Hôtel Novotel, les 11, 12 et 13 juin 2014, p. 136.

¹²⁶ ZENATI (F.), *op. cit.* p. 104.

¹²⁷ ADOUKI (E.D.), « Contribution à l'étude de l'autorité... », *op. cit.*, p. 612.

¹²⁸ DAGRA (M.), « Les Cours constitutionnelles africaines : Des gardiens de la Constitution vénérés ou... décriés », in NAREY (O.), (dir.), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'ANDC, Niamey 2015 pp. 413-419.

¹²⁹ Sur cette discussion, voir, BEAU (O.) et PASQUINO (P.), La controverse sur « le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle ». *Kelsen contre Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2007, 212 p.

¹³⁰ NAREY (O.), « La suprématie de la Constitution en période de crise (Niger) », 7^e congrès de l'ACCPUF, pp. 143-144, disponible sur <https://accf-francophonie.org/publication/actes-du-7e-congres/#la-suprematie-de-la-constitution-en-periode-de-crise-niger> consulté le 30 décembre 2019.

¹³¹ CUBERTAFOND (B.), *la création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 55.

¹³² DIOP (E.O.), *L'instrumentalisation de la Constitution dans les régimes politiques africains*, Dakar, CREDILA-OVIPA 2017, p.153.

par la Constitution »¹³³. Il doit veiller à ce que ces compétences sont mises en œuvre conformément aux procédures aménagées par la Constitution. Le juge assure, de ce fait, la garde des compétences et des procédures constitutionnelles.

Cette mission de garant de la suprématie de la Constitution est généralement assumée au moyen de décisions ou arrêts dont l'autorité est juridiquement organisée en dépit de quelques difficultés de mise en œuvre¹³⁴. Elle est, aussi, mise en œuvre par voie d'avis dont l'autorité est postulée dans le cadre de cette étude. Certains auteurs considèrent déjà que l'avis est un instrument de garantie de la suprématie de la Constitution¹³⁵. Il convient, pour s'en convaincre, de rappeler brièvement les trois modalités d'exercice de la fonction consultative du juge constitutionnel.

D'abord, le juge émet des avis sur certains projets d'actes et sur certaines procédures. Il exploite cette voie pour s'assurer de la conformité des projets des textes à la Constitution et tenter « d'étouffer dans l'œuf » toute velléité de les introduire dans l'ordonnement juridique en cas de non-conformité. Au Burkina Faso, par exemple, le juge a estimé qu'un accord de prêt « est contraire à la l'article 31de la Constitution » qui dispose que « le Burkina Faso est un Etat démocratique, unitaire et laïc... », parce que l'article 22 alinéa 1^{er} dudit accord le soumet pour son exécution et son interprétation « aux principes de la Charia Islamique »¹³⁶. Il en est ainsi des projets d'ordonnance pour lesquels le juge vérifie minutieusement le respect des exigences constitutionnelles : l'existence d'une loi d'habilitation, sa validité, la prise de l'ordonnance pendant la durée de validité de l'habilitation et la conformité de l'objet de l'ordonnance avec les matières limitativement énumérées dans ladite loi d'habilitation. C'est lorsque ces exigences sont scrupuleusement respectées que l'avis favorable à l'introduction de l'ordonnance dans l'ordonnement juridique est donné.

Le souci de préserver l'intégrité constitutionnelle et de faire respecter les compétences et les procédures qu'elle prévoit est perceptible en matière de révision constitutionnelle. Les espèces étudiées montrent que le juge vérifie la conformité du projet ou de la proposition à la Constitution tant au regard de la procédure de révision qu'elle prévoit, des dispositions qui sont susceptibles de modification que des circonstances dans lesquelles il est permis d'engager ladite révision.

Ensuite, en matière d'interprétation de la Constitution, le risque de verser dans des interprétations divergentes est évident au regard de la pluralité d'interprètes. Cette situation de nature à perturber la cohérence de l'ordre juridique a poussé à faire du juge constitutionnel l'interprète authentique de la Constitution. Dans la mise en œuvre de son pouvoir, il précise, utilement, qu'il « n'est pas lié par la pratique du parlement en matière d'interprétation de la Constitution »¹³⁷. Il veille à ce que la Constitution ne souffre d'aucune d'interprétation divergente à l'origine de certains contentieux. Il s'agit pour le demandeur, confronté à un embarras, un flou ou une ambiguïté de la Constitution, de chercher « à connaître de la bouche la plus autorisée », ce que la norme prescrit, autorise ou interdit afin d'y conformer ses actes. C'est dans cette perspective que le Président de l'Assemblée nationale du Niger demandait au juge d'indiquer, les critères distinctifs entre « les règles » et « les principes

¹³³ SY (D.), « *Les fonctions de la justice constitutionnelle...* », *op. cit.*, p. 40.

¹³⁴ Sur ces difficultés, voir, notamment, ADOUKI (E.D.), « *L'autorité des décisions du juge ...* », *op. cit.* pp. 627 et suivantes ou DIAKHATÉ (M.), « *Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle...* », *op. cit.* pp.795 et suivantes.

¹³⁵ KPRI (K.K.), *Le Conseil constitutionnel ivoirien et la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis*, Thèse en cotutelle, Université Bourgogne Franche-Comté (France) et Université Félix Houphouët BOIGNY (Côte d'Ivoire), juin 2018, 521 p.

¹³⁶ Avis juridique n°2007-03/CC du 20 avril 2007, *op. cit.* pp. 14-15.

¹³⁷ Avis n°001/CCT/2013 du 03 janvier 2013 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2013/avis_n_001_cct_2013.pdf consulté le 26 décembre 2019.

fondamentaux »¹³⁸. L'article 99 de la Constitution dispose, en effet, que « *la loi fixe les règles...* ». Selon le juge, les matières concernées par la fixation des règles « *sont considérées comme essentielles et vitales pour les citoyens et nécessitent que le droit d'y poser des règles soit réservé à la représentation nationale* ». L'article 100 de la Constitution dispose, quant à lui, que, « *la loi détermine les principes fondamentaux...* ». Au regard des matières énumérées, le juge estime que « *le législateur doit prendre de la hauteur, en se bornant à déterminer les normes de base. Ce sont des domaines où l'intervention du législateur doit rester à un niveau de généralité* ». En conclusion, « *le législateur a une compétence plus étendue quand il fixe les règles et réduite lorsqu'il détermine les principes fondamentaux* ».

Enfin, il ressort des constitutions des Etats sous étude que leur suprématie doit être garantie en période de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat. S'inspirant de l'article 16 de la Constitution française de 1958¹³⁹, ces Etats prévoient, à l'exception du Cameroun¹⁴⁰, les pouvoirs exceptionnels du Chef de l'Etat et la consultation du juge constitutionnel pour surveiller les modalités de leur mise en œuvre. Au Niger, par exemple, le juge a été saisi sur le point de savoir « *si dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 67, le Président de la République est fondé à intervenir dans le fonctionnement de l'Assemblée notamment en nommant ou en révoquant, par décret ou autres, un de ses membres* »¹⁴¹. Après avoir dit que la disposition crée « *un droit de circonstance dont la mise en œuvre installe au cœur d'un régime démocratique, une dictature constitutionnelle destinée à assurer l'existence et la continuité de l'Etat face à une menace grave et immédiate* », le juge reconnaît l'extension des pouvoirs du chef de l'Etat. Il précise que les parlementaires se réunissent de plein droit s'ils ne sont pas en session pour apprécier la durée de la mise et la nécessité des mesures. Mieux, aucune institution ne peut être dissoute ou suspendue. En conséquence, « *un député ne peut être nommé ou révoqué par décret ou autres par le Président de la République dans le cadre de l'exercice des pouvoirs exceptionnels prévus à l'article 67 de la Constitution* ». Au Bénin, ayant crû, à tort, que les conditions posées par la Constitution étaient réunies, le Président de la République a demandé à la Cour de « *lui communiquer sans délai son avis motivé sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 68 de la Constitution* ». Confrontant les deux conditions cumulatives fixées à l'article susvisé aux faits, le juge conclut qu'il n'y a « *ni menace pour l'exécution des engagements internationaux ni pour le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* ». Le fait que « *la loi de finances votée n'étant pas promulguée (...) ne saurait constituer une menace grave et immédiate pour l'exécution des engagements internationaux* »¹⁴².

Il est vrai qu'il a toujours été soutenu que le propre de l'avis est de ne pas lier. Toutefois, l'orientation donnée à certains avis influe sur la décision que le demandeur doit prendre. Le « *souci de prendre un texte conforme à la norme suprême qui a conduit le pouvoir exécutif (et au-delà, les autres autorités de saisine) à consulter le juge constitutionnel, devrait, en toute*

¹³⁸ Avis n°016/CC/2013 du 25 avril 2013 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2013/avis_n_016_cc_2013.pdf consulté le 26 décembre 2019.

¹³⁹ Sur l'historique et les modalités de mise en œuvre de cette disposition, voir, ARSAC (R.), « *La fonction consultative du Conseil constitutionnel* », RFDC 2006/4 n°68 pp.783-789.

¹⁴⁰ Sur le regret de l'absence d'une telle consultation, voir, ATANGA AMOUGOU (J.L.), « *La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais* », AIJC, 2004 p. 60.

¹⁴¹ Avis n°012/CC/MC du 23 mai 2014 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2014/avis_n_012_cc_2014.pdf consulté le 2 janvier 2020.

¹⁴² Avis n°CC-001/94 du 1^{er} septembre 1994 dont l'objet est la demande d'avis sur les conditions de mise en œuvre de l'article 68 de la Constitution.

logique, le conduire à tenir compte des “conseils“ prodigués par ce dernier pour que le processus de fabrication de la norme atteigne cet ultime objectif »¹⁴³.

Dans la quasi-totalité des espèces examinées, l'on s'est rendu compte que l'avis émis n'est pas un simple conseil. Sa motivation et sa publication systématique pour prendre l'opinion à témoin montrent qu'il est donné dans l'unique intention de conformer l'acte projeté à la Constitution ou de donner une interprétation conforme à la lettre ou à l'esprit de la Constitution. Ainsi, ayant constaté une certaine métamorphose dans la mise en œuvre de la fonction consultative en Côte d'Ivoire, KPRI conclue que « l'avis (...) rendu revêt un caractère obligatoire liant ainsi l'autorité de saisine qui ne peut que décider, en conformité avec l'avis du Conseil constitutionnel, au risque de voir son autorité dangereusement affaiblie... ». Un constat qui conforte, par exemple, l'interrogation légitime de Ismaila Madior FALL lorsqu'il s'est demandé, à propos du Sénégal, si « le Président de la République, gardien politique de la Constitution, pourrait-il outrepasser un avis émis par une juridiction chargée de garantir l'autorité et le respect de la Constitution ? ». La réponse est assurément non. En effet, en plus de l'atteinte à l'autorité du gardien de la Constitution que cela entraîne, le mépris à l'égard de ses avis, pourtant, lourdement motivés expose tout acte pris dans ce sens à une annulation postérieure dans le cadre d'une éventuelle procédure contentieuse.

Son rôle de régulateur du fonctionnement des institutions peut également être mis à contribution pour renforcer l'autorité de ses avis.

2. Le régulateur du fonctionnement des institutions publiques

En évoquant les missions de la justice constitutionnelle en Afrique, le Doyen KANTÉ a choisi d'insister sur « la régulation du fonctionnement des institutions ». Il s'agit, pour le Doyen de mettre en relief cette « vocation spécifique au continent africain » par laquelle le juge assure « la stabilité des systèmes politiques »¹⁴⁴. Dans cette fonction consacrée, dans quasiment tous les Etats sous étude et presque dans des termes identiques, Nicaise MÉDÉ voit « une prérogative additionnelle, un étage supplémentaire de l'architecture de superposition des compétences »¹⁴⁵ du juge constitutionnel. Elle est devenue nécessaire car « les péripéties de l'expérience démocratique peuvent conduire à un blocage du fonctionnement des institutions »¹⁴⁶ alors qu'elles sont contraintes « d'aller de concert » pour reprendre la belle formule de Montesquieu. Il en est de même de certains processus exposés au risque de paralysie¹⁴⁷. Certains auteurs la considèrent comme la fonction « la plus sensible et la plus délicate »¹⁴⁸ dans l'exercice de laquelle le juge fait preuve de « témérité admirable »¹⁴⁹. Il l'exploite pour pacifier le jeu politique, relancer le fonctionnement normal des institutions politiques bloquées¹⁵⁰, débloquent certains processus en panne ou en passe de l'être et ce, aussi bien en matière contentieuse qu'en matière consultative. Il l'utilise, également, pour « indiquer la voie normative à savoir pour réaliser telle ou telle réforme ou pour prendre telle ou telle mesure »¹⁵¹. Les espèces examinées montrent que, dans bien des cas, l'avis a servi

¹⁴³ KPRI (K.K.), *op. cit.* p. 57.

¹⁴⁴ KANTÉ (B.), « la justice constitutionnelle à l'épreuve ... », *op. cit.* p. 23.

¹⁴⁵ MÉDÉ (N.), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », AIJC, Année 2008, p.47.

¹⁴⁶ SY (D.), « Les fonctions de la justice constitutionnelle... », *op. cit.* p. 49.

¹⁴⁷ BADET (G.), *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, édition FES Bénin, avec l'appui de Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, p.243.

¹⁴⁸ AÏVO (J.F.), « La Cour constitutionnelle du Bénin », *op.cit.* p.738.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 739.

¹⁵⁰ DIOP (E. O.), *L'instrumentalisation de la Constitution dans les régimes politiques africains*, Dakar CREDILA-OVIPA, p.158.

¹⁵¹ FAVOREU (L.) et autres, *op. cit.* p.351.

d'instrument de régulation. Dans l'avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003¹⁵², le juge constitutionnel ivoirien a visé son statut de régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics prévu à l'article 88 de la Constitution pour faire droit à la demande du Président de la République relative à la révision constitutionnelle dans le contexte de crise politico-militaire de l'époque¹⁵³. Il consacre, selon la doctrine « *une extension du champ matériel de la compétence consultative du Conseil au-delà des limites fixées par le Constituant* »¹⁵⁴. En 2005, il a eu l'occasion de réaffirmer toute l'importance que revêt son pouvoir de régulation dans la vie institutionnelle de l'Etat. En effet, à la question de savoir « *si le défaut d'élections, dû à la situation de crise que connaît notre pays, entraîne la dissolution et la fin des pouvoirs de l'Assemblée nationale* », le juge a constaté que « *l'atteinte portée à l'intégrité territoriale (...) n'a pas permis la tenue des élections dans les délais constitutionnels* ». En même temps, il considère que le fait de mettre fin aux pouvoirs de l'Assemblée nationale va porter atteinte à des principes et règles de valeurs constitutionnelles qui sont « *la séparation et l'équilibre des pouvoirs...* », « *l'exercice de la souveraineté du peuple par ses représentants* », « *la continuité de la vie de la nation, qui implique le maintien du parlement, pouvoir essentiel à la sauvegarde des valeurs démocratiques...* ». C'est pourquoi, il a été d'avis que « *l'Assemblée demeure en fonction et conserve ses pouvoirs* »¹⁵⁵. L'on remarque que c'est au regard de l'importance du parlement dans la sauvegarde de ces principes et règles constitutionnels et de son rôle de régulateur que le juge ivoirien a tranché en faveur du maintien du parlement, une façon de soutenir que « *périssent l'expiration du mandat et la tenue des élections, plutôt que les principes* »¹⁵⁶. Au Mali, l'année 2012 a été particulièrement éprouvante aussi bien pour les institutions politiques que pour le juge constitutionnel. Celui-ci a été amené à se prononcer sur la fin des mandats et la possibilité ou non de les proroger en s'appuyant sur les dispositions de l'article 85 de la Constitution relatif à son pouvoir de régulation. L'avis n°12-003/CCM du 31 mai 2012¹⁵⁷ est l'un des plus importants. Ayant considéré que le Premier ministre a fondé sa demande d'avis « *sur des faits de rébellion et d'une interruption du fonctionnement des pouvoirs constitutionnels* », le juge a expressément convoqué les dispositions de l'article 85 al. 2 de la Constitution afin d'être d'avis que « *pour des raisons de circonstances exceptionnelles et de force majeure invoquées par le saisissant, le Président par intérim assume ses fonctions jusqu'à l'élection du Président de la République* », relançant ainsi le fonctionnement de l'institution présidentielle malienne. C'est à bon droit que le juge malien s'est prononcé afin d'éviter un vide institutionnel fortement préjudiciable au fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels ; ce qui est de nature à relativiser certaines critiques doctrinales au sujet de l'exercice de la régulation par voie consultative¹⁵⁸. C'est dans cette logique que s'inscrit la démarche du juge constitutionnel centrafricain. Alors que l'article 95 de la Constitution le charge expressément d'« *interpréter la Constitution* », il a fait droit à une demande d'interprétation de certaines dispositions de la loi organique portant règlement intérieur de l'Assemblée nationale au regard des interprétations divergentes qu'elles suscitent et qui sont « *de nature à troubler le bon fonctionnement..* »¹⁵⁹ de l'institution. Il admet, par

¹⁵² <http://www.conseil-constitutionnel.ci/archives-et-decisions/avis-ndeg-003> consulté le 25 décembre 2019.

¹⁵³ SINDJOUN (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 358.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 360.

¹⁵⁵ Avis n° 2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005 disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.ci/sites/default/files/13620652331.pdf>, consulté le 28 décembre 2019.

¹⁵⁶ SINDJOUN (L.), *op. cit.* p. 124.

¹⁵⁷ Avis n°12-003/CCM du 31 mai 2012, pp.118-120.

¹⁵⁸ NAREY (O.), « *La Suprématie de la Constitution en période de crise (Niger)* », *op. cit.* p. 160.

¹⁵⁹ Avis n°007/CC/18 du 19 septembre 2018 sur la demande d'avis du Président de l'Assemblée nationale relative à l'interprétation de certaines dispositions de la loi organique n°17-011 du 14 mars 2017 portant règlement intérieur de l'Assemblée nationale, disponible sur

voie de conséquence, que la loi organique est « *le développement nécessaire et conforme de la Constitution* »¹⁶⁰. En réalité, même si les espèces ne le font pas expressément apparaître, les avis émis pour taire des divergences d'interprétation tant au sein d'une institution¹⁶¹ qu'entre institutions politiques, participent de l'exercice de la régulation car ces divergences sont de nature à troubler le bon fonctionnement des pouvoirs publics.

Au Sénégal, des difficultés liées à l'organisation des élections législatives du 30 juillet 2017 ont donné, au juge constitutionnel, l'occasion de « *lubrifier* » le processus confronté à un risque de blocage. Si « *en Afrique, chaque élection constitue une épreuve pour le processus de démocratisation et par ricochet pour le juge constitutionnel* »¹⁶², le juge sénégalais a été saisi d'une demande sur la possibilité de « *permettre aux citoyens inscrits sur les listes électorales mais n'ayant pas pu retirer leur carte d'électeur biométrique CEDEAO, de voter sur présentation de leur récépissé d'inscription et de tout autre document administratif permettant de les identifier* »¹⁶³. Ayant constaté, l'inscription massive des citoyens sur les listes électorales et des lenteurs et dysfonctionnements dans la distribution des cartes d'électeurs non imputables aux citoyens, le Conseil a autorisé l'utilisation exceptionnelle de certaines pièces administratives pour que « *des nombreux sénégalais jouissant de leurs droits civils et politiques inscrits sur les listes...* » ne soient pas privés « *de l'exercice du droit de vote garanti par la Constitution* ». Il autorise, par-là, la méconnaissance exceptionnelle d'une disposition législative « *en vue de sauver le processus électoral* »¹⁶⁴ menacé de paralysie.

Si dans certains Etats, l'autorité de l'avis n'est pas formellement consacrée par les textes juridiques encore moins par la jurisprudence, dans d'autres, la formulation découle du droit en vigueur ou de la position du juge.

II. Une autorité formulée

Les Etats dans lesquels l'autorité de l'avis est formulée sont classés en deux catégories. Dans la première catégorie, l'obligation de se conformer à l'avis du juge constitutionnel découle des textes fondamentaux (**B**). En conséquence, l'exécution de ces avis pose des difficultés identiques à celles abordées par la doctrine au sujet des décisions ou arrêts¹⁶⁵. Dans la deuxième, c'est le juge constitutionnel qui s'est prononcé directement ou indirectement sur les suites qu'il convient de réserver à ses avis (**A**).

<https://www.centrafriqueledefi.com/pages/politique-diplomatie-2/bangui-4.html> consulté le 2 janvier 2020. Voir, aussi l'avis n°001/CC/18 du 07 mars 2018 relatif à certaines règles régissant la composition du bureau de l'Assemblée nationale disponible sur [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/afr/caf/fra/caf-2018-a-001?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/afr/caf/fra/caf-2018-a-001?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0) consulté le 2 janvier 2020.

¹⁶⁰ BOLLE (S.). « *Des constitutions « made in)...* », *op. cit.* p. 17.

¹⁶¹ Voir, par exemple, Avis n°02-HCC/AV du 23 juillet 2003 sur le sens et l'application de l'article 84 alinéa 3 de la Constitution disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n02-hccav-du-23-juillet-2003-sur-le-sens-et-lapplication-de-larticle-84-alinea-3-de-la-constitution/> consulté le 18 décembre 2019 ou Avis n°015/CC du 30 mai 2019 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2019/avis_n_015_cc_2019.pdf consulté le 2 janvier 2019.

¹⁶² SOGLOHOUM (P.), « Le juge constitutionnel et la régulation du processus électoral », in AHADZI-NONOU (K), KOKOROKO (D.), KPODAR (A.) et AÏVO (F.J.), (dir), *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur du Professeur HOLO Theodore, Presses de l'Université de Toulouse Capitole 2017, p.379

¹⁶³ Décision n°8-2017 du 26 juillet 2017 disponible sur <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-8-2017-du-26-juillet-2017-affaire-n-5-2017/> consulté le 1^{er} janvier 2020.

¹⁶⁴ SOGLOHOUM (P.), *op. cit.* p. 386.

¹⁶⁵ Sur ces difficultés, voir notamment, ADOUKI (E.D.), « *L'autorité des décisions du juge ...* », pp. 627 et suivantes, DIAKHATÉ (M.), « *Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle...* », pp.795 et suivantes, OWANO (R.M.), « *L'autorité de la chose jugée...* », *op. cit.* 421-437.

A. Une formulation prétorienne

La reconnaissance ou non de l'autorité de l'avis du juge n'est pas, en l'occurrence, le fait du constituant encore moins du législateur. Elle est plutôt le fait du juge qui, à travers son œuvre prétorienne, est amené à se prononcer sur la portée des avis qu'il donne. Malgré que tous les juges constitutionnels n'aient pas dégagés la même position sur la question, l'on peut soutenir que le style utilisé dans la rédaction de l'avis (1) ainsi que son contenu (2) sont suffisamment révélateurs et édifiants.

1. Un style rédactionnel révélateur

Le style renvoie à la manière d'exprimer une pensée ou une opinion. D'un organe à un autre, d'un contexte à un autre, ce style peut varier. Celui utilisé pour exprimer une opinion dans un avis varie sensiblement d'un juge constitutionnel à un autre.

Le style utilisé par un juge peut véhiculer une attitude subtile de négation-admission de l'autorité de son avis. Au Mali, un groupe de députés ayant constaté que le Président de la République n'a pas tenu compte d'un avis du juge constitutionnel émis sur une procédure de révision a décidé de le saisir, au contentieux, aux fins de le voir déclarer la loi n°00-54/AN-RM portant révision de la Constitution contraire à la Constitution. Les motifs avancés par les requérants tendent à faire déclarer que les modifications envisagées sont inconstitutionnelles. Ils se basent, « *en partie sur l'avis (...) donné au Président de la République, initiateur de la révision* ». L'arrêt¹⁶⁶ rendu pour vider ce contentieux contient deux considérants qui restituent la position du juge malien sur la portée de ses avis. Dans le premier, il affirme, que « *l'avis n° 01-001/Référendum du 4 octobre 2001 de la Cour constitutionnelle, délivré en application de l'article 41 de la Constitution est, comme tout avis non déclaré contraignant, un avis qui ne lie pas son destinataire, donc dont il peut ne pas être tenu compte sans pour autant vicier la procédure de la révision constitutionnelle; que cet avis est juridique, exclusivement, qu'il a porté sur la régularité de la procédure de la révision constitutionnelle et sur certaines nouvelles dispositions qui créent une contrariété dans le texte constitutionnel ou constituent une régression dans la promotion et ou la protection des droits de la personne humaine et dans la transparence en matière de gestion des affaires publiques* ». Ce considérant indique que si le caractère contraignant de l'avis n'avait pas été reconnu, c'est parce que, d'une part, il n'a pas été déclaré comme tel et, d'autre part, qu'il n'a été émis que sur des questions visiblement minimisées par le juge constitutionnel. Un avis pourrait revêtir une force exécutoire s'il avait été « *déclaré contraignant* » et/ou s'il avait statué sur certaines questions constitutionnelles d'importance majeure. Il s'agit, en l'espèce, des dispositions qui limitent le pouvoir de révision de la Constitution. C'est ce que confirme le second considérant aux termes duquel, « *la loi portant révision constitutionnelle ne saurait être inconstitutionnelle de par les matières qu'elle a traitées dès lors qu'elle n'a pas révisé la forme républicaine et la laïcité de l'Etat, ou le multipartisme...* ».

L'on constate la même subtilité dans le raisonnement du juge constitutionnel malgache. Saisi par le Premier ministre pour qu'il apporte « *des réponses et des précisions sur la nature et la portée de toute procédure consultative engagée devant la Haute Cour constitutionnelle* »¹⁶⁷, le juge dira que « *l'avis ne bénéficie pas de l'autorité conférée par*

¹⁶⁶ Arrêt n°01-128 des 11 et 12 décembre 2001 de la Cour constitutionnelle du Mali, disponible sur <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/afr/mli/fra/mli-2001-a-003> consulté le 3 janvier 2020.

¹⁶⁷ Avis n°03-HCC/AV du 11 avril 2014 relatif à la nature et à la portée de toute procédure consultative engagée auprès de la Haute Cour constitutionnelle disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n03-hccav-du-11-avril-2014-relatif-a-la-nature-et-a-la-portee-de-toute-procedure-consultative-engagee-aupres-de-la-haute-cour-constitutionnelle/> consulté le 2 janvier 2020.

*l'article 120 dernier alinéa de la Constitution... »*¹⁶⁸. Il affirme par la suite « *qu'il n'en demeure pas que dûment motivé et rendu en conformité à l'esprit et à la lettre de la Constitution, l'avis conserve son importance juridique* ». Il poursuit la nuance en ajoutant que « *la Haute Cour constitutionnelle, tout en exerçant ses attributions consultatives, a pu être amenée exceptionnellement et pour des raisons techniques, à dire le droit sans procéder au règlement d'un différend ; qu'ainsi l'autorité juridique des avis rendus est a priori limitée* ». L'on comprend, par-là, que l'avis est revêtu d'une autorité juridique mais si et seulement si en le donnant le juge dit le droit, d'où l'idée d'autorité limitée *a priori*. Au fond, si à travers ses avis, le juge statue sur la conformité des actes juridiques ou des projets d'actes à la Constitution, d'une part, et délivre une interprétation constitutionnelle authentique, d'autre part, l'on peut se demander s'il existe un avis dans lequel le juge, solennellement ou confidentiellement saisi, ne dit pas le droit ?

Sous un autre angle, l'intention de lier le demandeur de l'avis peut se manifester dans le choix de l'appellation de l'acte par lequel le juge exprime son opinion. L'on constate qu'en Mauritanie¹⁶⁹ et au Sénégal, le juge constitutionnel rend des décisions en matière consultative alors que dans la Constitution de ces Etats, les notions d'avis et de décision sont expressément consacrées. Les sites internet de ces juridictions consacrent une rubrique aux décisions rendues en matière consultative¹⁷⁰, ce qui rappelle Demba SY, lorsqu'au sujet de l'activité de la Cour de justice de l'UEMOA, il évoque les « *décisions rendues en matière contentieuse et consultative* »¹⁷¹. Dans ces deux Etats, le juge rend trois types de décisions : des décisions en matière de contrôle constitutionnalité, des décisions en matière consultative et des décisions en matière électorale et référendaire. En Côte d'Ivoire, des cas de décisions rendues sur demande d'avis¹⁷² et des avis dont le dispositif comporte le terme « décide »¹⁷³ ont été relevés. Ils ont suscité des discussions doctrinales intéressantes¹⁷⁴ autour de la probable volonté du juge constitutionnel de « *ne pas laisser prospérer une forme de laxisme ou de négligence des autorités administratives* »¹⁷⁵. D'autres y ont vu la manifestation d'une certaine évolution tendant à rendre des « *avis avec force de décision* »¹⁷⁶.

¹⁶⁸ Aux termes cet article 120 alinéa dernier de la Constitution « *Les arrêts et décisions de la Haute Cour Constitutionnelle sont motivés ; ils ne sont susceptibles d'aucun recours. Ils s'imposent à tous les pouvoirs publics ainsi qu'aux autorités administratives et juridictionnelles* ».

¹⁶⁹ Voir, par exemple, la décision n°002/92/DC du 2 janvier 1992. Dans cette espèce, c'est le Président du Sénat qui a consulté le Conseil constitutionnel sur le point de savoir si les dispositions de l'article 13 de l'Ordonnance n°028-91 du 7 octobre 1991 portant loi organique relative à l'élection des députés et applicables aux sénateurs, s'appliquent à un agent de la Banque centrale élu sénateur, et de façon générale sur l'interprétation desdites dispositions en ce qui concerne le cas personnel du sénateur en question. L'on a aussi la décision n°001/96/CC du 30 janvier 1996. Dans cette affaire, c'est le Président du Sénat qui a consulté le juge constitutionnel sur la valeur réelle de la loi n°032/93 promulguée le 18 juillet 1993 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n°029-91 en date du 07 octobre 1991 portant loi organique relative à l'élection des sénateurs.

¹⁷⁰ <https://fr.conseil-constitutionnel.mr/en-matiere-de-consultation/> consulté le 2 janvier 2020, pour la Mauritanie et <https://conseilconstitutionnel.sn/category/toutes-les-decisions/matiere-consultative/> consulté le 2 janvier 2020, pour le Sénégal.

¹⁷¹ SY (D.), « *L'activité de la Cour de Justice de l'UEMOA* », Nouvelles annales africaines n°01/2007, p. 232.

¹⁷² Il s'agit de la Décision n°A009/98 du 04 septembre 1998 rendue sur demande d'avis présentée le 26 aout 1998 par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et de Droits de l'Homme sur le projet de loi modifiant et complétant la loi déterminant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la magistrature. Voir sur cette question, MELEDJE (D.F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Centre Nationale de Documentation Juridique, Abidjan, 2012, pp.119 et suivantes.

¹⁷³ Avis n°CI-2007/03-10/D-020/CC/SG du 03 octobre 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.ci/archives-et-decisions/ci-200703-10d-020ccsg> consulté le 2 janvier 2020. « Alors qu'il alors qu'il s'agissait bien d'une demande d'avis pour laquelle il s'était reconnu compétent », MEL (A.P.) cité par KPRI (K.K.), *op. cit.* p.125.

¹⁷⁴ Sur les éléments de ces discussions, voir, KPRI (K.K.), *op. cit.* p. 125.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 125.

¹⁷⁶ OURAGA (O.), cité par KPRI (K.K.), *op.cit.* p. 125.

Le style peut, parfois, dévoiler la volonté du juge de reconnaître une autorité à ses avis et tenter de l'imposer aux demandeurs. C'est le cas du juge béninois dans l'avis n°CC-002/94 du 14 septembre 1994, au sujet de l'application de l'article 68 de la Constitution relatif aux pouvoirs exceptionnels du chef de l'Etat. Saisi, par ce dernier, pour qu'il lui communique « *sans délai son avis sur les mesures exceptionnelles qu'il se propose de prendre en application de l'article 68 de la Constitution (...)* », le juge a estimé que : « *Eu égard à l'avis n°CC-001/94 du 14 septembre susvisé, il n'y a pas lieu de prendre les ordonnances précitées* ». L'opinion émise dans l'avis n°001/94 détermine celle du second. En demandant au chef de l'Etat de se conformer à son premier avis dans lequel il a fait constater que les conditions de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels n'étaient pas réunies, le juge constitutionnel refuse de se répéter encore moins de se dédire.

Enfin, le ton du juge est un indicateur pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée juridique de l'avis émis. Il a été montré, à ce sujet, que le juge peut choisir « *de s'exprimer en termes généraux qui laissent une marge de manœuvre, voire, un pouvoir discrétionnaire à l'autorité l'ayant sollicitée ou devant décider* »¹⁷⁷. Il peut, également, « *choisir d'être directif avec le dessein de réduire à néant la marge d'appréciation de l'autorité et l'installer dans une situation de compétence liée quant à la décision qu'elle doit prendre* »¹⁷⁸. Sur ce dernier point, la doctrine parle de gravité des motifs, de ton impératif ou martial, de posture frondeuse¹⁷⁹. C'est sur ce ton, par exemple, que le juge nigérien s'est adressé au Président Tandja « *dans un avis mémorable dont l'audace vaudra la dissolution du parlement et celle de la Cour elle-même* »¹⁸⁰. Celle-ci a jugé sur « un ton péremptoire »¹⁸¹ qu'ayant « *juré de respecter et de faire respecter la Constitution* », le Président « *ne saurait engager ou poursuivre le changement de la Constitution sans violer son serment* »¹⁸². Un ton similaire a été utilisé par le juge sénégalais pour soutenir que « *la disposition transitoire prévue à l'article 27 dans la rédaction que lui donne l'article 6 du projet (...) doit être supprimée ; elle n'est conforme ni à l'esprit de la Constitution, ni à la pratique constitutionnelle, la loi nouvelle sur la durée du mandat du Président de la République ne pouvant s'appliquer au mandat en cours* »¹⁸³.

Cependant, que l'on ne s'y trompe guère sur la spontanéité du juge dans le recours à un tel style. Certes, il dispose de la capacité d'installer le demandeur de son avis dans une situation de compétence liée. Mais, très souvent, le style ou le ton utilisé dans la formulation de la question détermine celui du juge dans la formulation de sa réponse. L'on retrouve ce type de style dans la demande d'avis formulée par le Président de la République de Côte d'Ivoire au sujet du recours à l'article 43 alinéa 1 de la Constitution¹⁸⁴. Il demandait au juge constitutionnel, en effet, « *quelle qualification juridique doit-on donner à la situation qui prévaut et quelle réponse les pouvoirs publics doivent apporter en la circonstance* »¹⁸⁵. La même remarque est perceptible en République centrafricaine où, dans une affaire, le Président de l'Assemblée nationale demandait à la Cour constitutionnelle de lui dire « *si le respect de la*

¹⁷⁷ FALL (I.M.), « La réforme constitutionnelle de mars 2016 au Sénégal... », *op. cit.* p. 129.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ AÏVO (F.J.), « La crise de la normativité... » *op. cit.* p. 7/22.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 6/22.

¹⁸¹ *Ibid.* p.7/22.

¹⁸² Avis n° 02/CC du 25 mai 2009 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2009/avis_n_002_cc_2009.pdf consulté le 2 janvier 2020.

¹⁸³ Décision n°1/C/2016 du 12 février 2016 disponible sur <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-1-c-2016-du-12-fevrier-2016-affaire-n-1-c-2016/> consulté le 05 janvier 2020.

¹⁸⁴ Avis n°004-/CC/SG du 17 décembre 2003....

¹⁸⁵ MELEDJE (D.F.), « 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 », in FALL (I.M.) et SALL (A.) (dir.), *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, L'harmattan Sénégal, 2017, p. 107.

parité entre hommes et femmes (...) est une simple faculté ou une obligation et dans le cas où il serait jugé que ces dispositions énoncent une obligation, celle-ci devrait-elle être regardée comme une obligation de moyen ou une obligation de résultat ? »¹⁸⁶. Cette question a poussé le juge à répondre sans ambages, que « le principe de la parité est une obligation constitutionnelle et non une simple faculté laissée à l'appréciation des pouvoirs que sont le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire ». Il en est de même du Sénégal où en 2016, il a été demandé au juge de statuer sur la conformité d'un projet de révision constitutionnelle « à l'esprit général de la Constitution du 22 janvier 2001 et aux principes généraux de droit ». ¹⁸⁷Saisi d'une telle question, la réponse du juge ne peut que s'inscrire sur le registre de la stricte conformité du projet à la Constitution et aux principes généraux de droit puisque le demandeur l'a enfermé dans des normes de référence qu'il a choisies à l'avance.

Au-delà de sa forme, le contenu de l'avis est important pour la compréhension de sa portée.

2. Une charge normative évidente

Dans l'entendement de Hans KELSEN repris par Michel TROPER, « une norme n'est pas autre chose que la signification d'un acte humain et si l'activité de l'interprète consiste à déterminer la signification, c'est bien lui qui détermine la norme réputée contenue dans le texte qu'il interprète »¹⁸⁸. En d'autres termes, « si la norme est la signification d'un texte, alors celui qui détermine la signification, énonce la norme »¹⁸⁹. Ainsi, au-delà de sa fonction heuristique évoquée par Demba SY¹⁹⁰, l'interprétation est un mécanisme de détermination de la norme contenue dans un texte juridique. Cette vocation de la fonction interprétative procède, entre autres, du constat que « les législations contemporaines se font discrètes et sobres en normes, se contentant de directives laissant au juge une compétence d'interprétation et d'adaptation »¹⁹¹ assez étendue. C'est parce qu'aujourd'hui, il utilise à la fois sa gomme et son crayon¹⁹² pour procéder à l'écriture ou à la réécriture des textes juridiques que le juge se substitue¹⁹³ aux auteurs desdits textes. L'idée est de les compléter, les adapter, leur attribuer un contenu et un sens précis, une valeur, voire, une place dans la hiérarchie des normes.

Les auteurs parlent de plus en plus de la fonction normative du juge constitutionnel même si son exercice suscite l'appréhension d'une partie de la doctrine¹⁹⁴. Pourtant, « le pouvoir

¹⁸⁶ Avis n°001/CC/18 du 07 mars 2018 relatif à certaines régissant la composition du bureau de l'Assemblée nationale selon la loi organique n°17-011 du 14 mars 2017 portant organisation et fonctionnement de l'Assemblée nationale disponible sur [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/afr/caf/fra/caf-2018-a-001?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/afr/caf/fra/caf-2018-a-001?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0) consulté le 2 janvier 2020.

¹⁸⁷ Décision n°1-C-2016 du 12 février 2016 disponible sur <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-1-c-2016-du-12-fevrier-2016-affaire-n-1-c-2016/> consulté le 3 janvier 2020.

¹⁸⁸ TROPER (M.), « L'interprétation constitutionnelle », *op. cit.* p. 22.

¹⁸⁹ HAMON (F.) et TROPER (M.), *op. cit.* p.72.

¹⁹⁰ SY (D.), « Les fonctions de la justice constitutionnelle... », *op. cit.* p. 52.

¹⁹¹ ZENATI (F.), *op. cit.* p. 106.

¹⁹² Sur l'idée selon laquelle, le juge a « droit à la gomme et non au crayon », voir, GENEVOIS (B.), « *Un Universitaire au Conseil constitutionnel : Le Doyen Georges VEDEL* », RFDA 2004, p. 215.

¹⁹³ En matière constitutionnelle, il est soutenu que l'interprétation « peut conduire tout juge constitutionnel à se substituer au pouvoir constituant », voir, dans ce sens, AGUE (V.), « *Le juge constitutionnel : législateur ou constituant ?* Disponible sur <https://lecultedudroit.wordpress.com/2015/05/09/le-juge-constitutionnel-legislateur-et-constituant/> consulté le 05 janvier 2020.

¹⁹⁴ Voir, par exemple, KOKOROKO (D.K.), « Commentaire croisé de la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la Cour constitutionnelle du Bénin », *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 717-728 qui cite VEDEL (G.) pour qui « La vraie pierre de touche du gouvernement des juges se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter même de façon constructive, mais, sous quelques noms que ce soit, de la compléter, sinon de la corriger par des règles qui sont

normatif des juges constitutionnels existe ; il existe nécessairement ; il existe partout et même là où on l'attend le moins »¹⁹⁵. Il est écrit que « *sa généralisation constitue l'une des innovations du constitutionnalisme au XXIème siècle* »¹⁹⁶. Demba SY la considère comme l' « *une des fonctions émergentes de la justice constitutionnelle en Afrique* »¹⁹⁷.

En cette matière, certains juges « *complètent la Constitution pour mieux la servir* »¹⁹⁸. Stéphane BOLLE parle de Constitution bonifiée ou revue, en tout cas, « *plus riche, plus complète et plus dense que la Constitution formelle* »¹⁹⁹. Dans les Etats contemporains, « *la Constitution n'est plus écrite à l'encre du seul constituant* »²⁰⁰ mais avec la participation du juge constitutionnel²⁰¹. La capacité de ce dernier à faire revivre le texte constitutionnel ou à le réécrire s'exprime aussi bien par voie de décision ou d'arrêt que par voie d'avis. La charge normative contenue dans ce dernier est assez édifiante sur l'intérêt que le juge, les autorités politiques et les citoyens accordent à la fonction consultative de la justice constitutionnelle en Afrique francophone.

La norme se dégage du pouvoir qu'il exerce « *pour compléter les vides laissés par le pouvoir constituant originnaire ou dérivé* »²⁰². A Madagascar, par exemple, le principe du droit de grève est, certes, prévu à l'article 33 de la Constitution. Mais, le Premier ministre a tenu à demander à la Haute Cour qu' « *en cas de grève dans la fonction publique et en l'absence de législation y afférente, de donner son avis sur l'application dudit article notamment quant à l'exercice du droit de grève et ses conséquences ainsi que sur les mesures susceptibles d'être prises par les pouvoirs publics en vue de préserver l'intérêt général travers la continuité des services publics* »²⁰³. Conscient de l'existence d'un vide juridique sur les modalités et les conséquences de l'exercice d'un tel droit, le juge a, dans une démarche pédagogique, rappelé le fondement de ce droit, précisé ses modalités d'exercice et les exigences qui sous-tendent ses limites. Il précise, par la suite, que « *la grève ne rompt pas les liens de l'agent public avec l'Etat, qu'elle doit, ainsi, s'exercer dans le respect du devoir de réserve propre aux fonctionnaires en vertu de leur statut* ». Sur ses conséquences pécuniaires, la réponse du juge est très explicite : « *En cas d'interruption du service ou d'inexécution des obligations du service du propre fait de l'agent public, il doit être procédé à une retenue au prorata temporis de l'interruption* ». Il ajoute que « *la retenue sur le traitement est une mesure de nature et de portée comptable ne pouvant en aucun cas porter atteinte au droit de grève* ». C'est pour cette raison qu'elle n'implique « *aucune appréciation du comportement personnel de l'agent comme dans le cadre d'une procédure disciplinaire* ». Cette démarche constructive apparaît dans la réponse à la question de savoir si « *la motion de destitution qui n'a pas été votée dans les 48 heures après son dépôt n'est pas frappée de forclusion ou de caducité* ». Le juge affirme, en effet, que « *ni l'article 94 de la Constitution..., ni les articles 129 et 130 du règlement intérieur...ne prévoient ni la caducité, ni la forclusion mais au contraire ouvrent la*

sa propre création, fussent-elles débordantes de bonnes intentions ». Dans son commentaire, KOKOROKO qualifie l'auteur de la décision précitée, c'est-à-dire, le juge constitutionnel béninois de « *gardien déchainé* » qui tente de désobéir à son créateur qu'est le constituant.

¹⁹⁵ DE BECHILLON (D.), « *Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ?* », CCC n°24, juillet 2004, disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel> consulté le 2 janvier 2020.

¹⁹⁶ Voir ADOUKI (E.D.), « *Le pouvoir normatif..* », *op. cit.* p. 1/15.

¹⁹⁷ SY (D.), « *Les fonctions de la justice constitutionnelle ...* », *op. cit.* p. 51.

¹⁹⁸ BOLLE (S.), « *Des Constitutions « made in »...* », *op. cit.* p.21.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 13.

²⁰⁰ AÏVO (F.J.), « *La crise de la normativité...* », *op. cit.* p. 8/31.

²⁰¹ ANDZOKA (S.), *op.cit.* pp.279 et suivantes.

²⁰² *Ibid.* p. 285.

²⁰³ Avis n°01-HCC/AV du 06 avril 2005 sur l'interprétation des dispositions de l'article 33 de la Constitution disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n01-hccav-du-6-avril-2005-sur-linterpretation-des-dispositions-de-larticle-33-de-la-constitution/> consulté le 2 janvier 2020.

procédure de vote de la motion de censure à l'expiration d'un délai de 48 heures »²⁰⁴. En Côte d'Ivoire, c'est à la suite de sa saisine, par le Président de l'Assemblée nationale, aux fins de vérifier la conformité à la Constitution de la proposition de loi fixant les conditions de travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs que le juge constitutionnel s'est rendu compte des lacunes des textes de référence sur la qualité des saisissants²⁰⁵. Il relève que ni l'article 97 la Constitution, ni l'article 18 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel ne désignent expressément « *les personnes ou autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel pour avis* ». Au-delà, « *aucune autre disposition de la Constitution, ni de la Loi organique ne confère expressément au Président de l'Assemblée nationale le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel d'une demande d'avis sur la base de l'article 97 de la Constitution* ». Convaincu que cette lacune est susceptible d'annihiler tout le mécanisme de sa compétence consultative, le juge a choisi de construire un raisonnement de nature à la combler. Il soutient « *que malgré le silence du texte constitutionnel quant aux personnes habilitées à solliciter l'avis, on peut affirmer tout logiquement que ces personnes ne peuvent être que celles à qui la Constitution a conféré le droit de saisir le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité par voie d'action* ». Il ajoute que, « *pouvant ainsi obtenir du Conseil constitutionnel des décisions ayant autorité absolue de chose jugée et s'imposant à tous, ces autorités (...) peuvent a fortiori, obtenir des avis qui n'ont aucun effet contraignant (...)* ». Cette affaire a donné au juge l'occasion de confirmer l'adage selon lequel « *qui peut le plus, peut le moins* ». Au Niger, certaines lacunes de la Constitution ont les parlementaires à étaler leur divergence sur l'interprétation de quelques principes constitutionnels en rapport avec des procédures politiques et judiciaires en cours²⁰⁶. Elles sur le point de savoir si « *l'Assemblée nationale, titulaire du pouvoir législatif peut, sans violer les principes constitutionnels de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions, régulièrement débattre d'une motion de censure sur une affaire pendante devant les juridictions* » et « *si le fait pour deux députés membres de la Haute Cour de Justice de signer la dite motion de censure, de participer aux débats et au vote subséquents n'enfreint pas le principe constitutionnel d'impartialité des juridictions* »²⁰⁷. Face à ces questions, le juge a fait constater que seuls le nombre de signataires, les modalités de dépôt et la forme de l'acte sont prévus par la Constitution. Elle est restée silencieuse sur le contenu de la motion de censure. Voulant faire œuvre prétorienne, le juge a essayé de circonscrire l'objet et la finalité de deux actions. Il relève que « *la motion de censure a (...) pour objet la mise en cause de la responsabilité politique du gouvernement et est sanctionnée en cas d'adoption par la démission du gouvernement* ». Cette action se distingue de la procédure judiciaire suivie devant la Haute Cour de justice dont « *l'objet est d'établir la responsabilité pénale des personnes physiques nommément désignées par l'acte de saisine de ladite juridiction et la sanction consiste, soit en l'acquittement des accusés, soit en une déclaration de culpabilité suivie du prononcé de peine* ».

²⁰⁴ Avis n°02-HCC/AV du 08 mai 2006 relatif au délai de validité d'une motion introduite auprès de l'Assemblée nationale disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n02-hccav-du-8-mai-2006-relatif-au-delai-de-validite-dune-motion-introduite-aupres-de-lassemblee-nationale/> consulté le 3 janvier 2020.

²⁰⁵ Avis n° CI-2014-A-137/10-06/CC/SG du 10 juin 2014 relatif à la demande du Président de l'Assemblée nationale aux fins de vérifier la conformité à la Constitution de la proposition de loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.ci/archives-et-decisions/avis-ndeg-ci-2014-13710-06ccsg> consulté le 3 janvier 2020.

²⁰⁶ Avis n°01/07/CC du 30 mai 2007 disponible sur http://www.cour-constitutionnelle-niger.org/documents/avis/2007/avis_n_001_cc_2007.pdf consulté le 3 janvier 2020.

²⁰⁷ Sur cette deuxième question, le juge a répondu que « *Le fait pour deux députés membres de la Haute Cour de Justice de signer une motion de censure se référant à des faits dont est saisie cette juridiction, de participer aux débats puis au vote ne vicie pas ladite motion, mais pourrait rendre ces deux députés inaptes à siéger dans la formation de jugement de la Haute Cour de Justice s'ils se sont départis de leur obligation de réserve* ».

Les deux procédures étant différentes, l'une de l'autre tant dans leur objet, des personnes qu'elles mettent en cause que dans leur finalité, le juge a conclu que « *le vote d'une motion de censure dont le texte se réfère à une affaire pendante devant les juridictions n'est pas contraire aux principes constitutionnels de séparation et d'indépendance des juridictions* »²⁰⁸.

Le rôle créateur du juge constitutionnel se manifeste aussi à l'occasion de l'exercice de son pouvoir de régulation. L'on a constaté, par exemple, que c'est en interprétant l'article 88 de la Constitution qui traite de ce pouvoir que le juge ivoirien a fait droit à la demande d'avis du Président de la République relative à la révision constitutionnelle²⁰⁹ consacrant, du coup, une extension du champ matériel de sa compétence consultative au-delà des limites fixées par le constituant²¹⁰. Il en est de aussi du juge constitutionnel malien dans l'avis n°2012-003/CC du 31 mai 2012 précité.

Ce pouvoir normateur se manifeste lorsque le juge s'emploie à découvrir, voire, à créer des principes ou des objectifs à valeur constitutionnelle. Au Bénin, par exemple, alors que les dispositions constitutionnelles ne le « *mentionnent gère, expressis verbis* »²¹¹, la Cour constitutionnelle a rangé « *la liberté de commerce et de l'industrie* » dans la catégorie des libertés publiques garantie par la Constitution et d'affirmer que « *le législateur est seul habilité à prendre des dispositions affectant une liberté publique* ». La préoccupation du juge était de s'opposer à l'abrogation, par décret, de la Décision-loi n°88-005 du 26 septembre 1988 sous prétexte qu'elle serait prise dans le domaine réglementaire²¹². C'est aussi à l'occasion de l'émission d'un avis que le juge constitutionnel tunisien a découvert que « *le développement de l'économie constitue un objectif constitutionnel proclamé dans le préambule de la Constitution* »²¹³. Tel est le cas du juge sénégalais qui a découvert, dans le préambule de la Constitution, la proclamation du respect et de la consolidation de « *la sécurité juridique et la stabilité des institutions* » avant de les ériger au rang « *des objectifs à valeur constitutionnelle que toute révision doit prendre en considération* ». Il s'aligne, par voie de conséquence, sur la position du Doyen KANTE qui soutient que « *la sécurité juridique est (...) devenue une des conditions d'existence de l'Etat de droit au sens moderne du terme* »²¹⁴.

Le juge déploie son pouvoir créateur à l'occasion du contrôle préventif qu'il exerce sur les projets ou les propositions de révision constitutionnelle. Au Sénégal, si le juge constitutionnel a réussi à construire « *une véritable doctrine d'incompétence* »²¹⁵ en refusant de statuer sur les lois de révision, l'on constate qu'il a tenté de la déconstruire lorsqu'il lui a été demandé de se prononcer, par voie d'avis, sur un projet de révision constitutionnelle. Dans un des considérants de la décision, il affirme que « *si le Conseil constitutionnel, saisi en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, ne tire ni de la Constitution, ni de la loi organique (...) le pouvoir de statuer sur les lois de révision de la Constitution, en revanche,*

²⁰⁸ L'on pense, également, à l'avis par lequel le juge constitutionnel nigérien a donné un contenu à l'article 67 de la Constitution en excluant expressément la possibilité, pour le Président de la République, de nommer ou de révoquer « *par décret ou autre...dans le cadre de l'exercice des pouvoirs exceptionnels* ». Dans ce pays, plusieurs espèces ont donné, au juge constitutionnel l'occasion de préciser et de compléter certaines dispositions de la Constitution particulièrement silencieuses à propos des préoccupations des autorités publiques

²⁰⁹ Avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003 disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.ci/sites/default/files/13618978361.pdf> consulté le 3 janvier 2020.

²¹⁰ SINDJOUN (L.), *op. cit.* p. 360.

²¹¹ MÉDÉ (N.), *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Saarbrücken, Editions Universitaires Européennes, 2012, p. 182.

²¹² Avis n° CC 001/98 du 19 novembre 1998, Président de la République, *ibid.* pp.181-182.

²¹³ Avis n°12-2010 du 11 mai 2010 (Journal Officiel de la République Tunisienne n°38 du 11 mai 2010, pp.1224-1225) disponible sur <http://www.cnuodst.rnrt.tn/jortsrc/2010/2010f/jo0382010.pdf> consulté le 4 janvier 2020. Pour une approche complète de la question, voir, BA (B.), *op. cit.* p.25.

²¹⁴ KANTÉ (B.), « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition... », *op. cit.* p. 34.

²¹⁵ AÏVO (J.F.), « La crise de la normativité... », *op. cit.* p. 7/22.

dans le cadre de la procédure prévue à l'article 51 précité, il a toute latitude pour exercer un contrôle minimum sur le projet de révision qui lui est soumis »²¹⁶. Il s'attribue, par voie de conséquence et désormais, le pouvoir de statuer sur les révisions constitutionnelles à condition qu'il soit saisi par voie consultative et au sujet d'un projet pris sur le fondement de l'article 51 de la Constitution.

Ces différentes hypothèses d'interprétations constructives rappellent la fameuse métaphore canadienne de l'arbre vivant construite à partir de la décision *Edwards* rendue en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé qui était alors appelé à déterminer « si l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867 devait être interprété de façon à permettre la nomination d'une femme au Sénat »²¹⁷. La question était alors de savoir, si le terme « personne » devrait-il être interprété comme incluant les femmes ? ». La réponse du Comité fut positive. Il affirma que « L'acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles ». Par cette décision, le Comité refusait « d'être strictement lié par les intentions du constituant dans son interprétation du texte constitutionnel et optait plutôt pour une interprétation évolutive, permettant de l'adapter aux besoins de la société »²¹⁸.

En matière législative, son pouvoir normatif se manifeste dans sa capacité à se servir de la demande d'avis pour, soit supprimer certaines dispositions du projet ou de la proposition de loi, soit les réécrire afin de les conformer à la Constitution. Dans tous les cas, il est attendu de ce juge une confrontation du projet ou de la proposition de loi ou encore d'ordonnance aux dispositions pertinentes de la Constitution. Aussi, loin de se contenter de retoquer certaines dispositions d'un projet ou d'une proposition de loi, le juge y ajoute-t-il des dispositions afin « d'enrichir le contenu normatif »²¹⁹ du texte. C'est certainement ce qui justifie l'argument selon lequel « la saisine consultative constitue l'unique moment, pour le juge constitutionnel de se déployer et de participer au débat sur la production législative »²²⁰. Il peut être amené à imposer des corrections législatives au parlement à travers certaines formes de réserves d'interprétation²²¹. En Côte d'Ivoire, par exemple, après avoir accepté de vérifier la conformité à la Constitution de « la proposition de loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs domestiques », le juge a déclaré « conforme à la Constitution » la proposition de loi « sous les conditions et réserves suivantes » : que la proposition de loi s'en tienne « aux principes fondamentaux et laisser au pouvoir réglementaire le soin de fixer dans les détails les règles du travail domestique » et que « les droits omis, tels le droit syndical et le droit de grève, doivent faire l'objet d'un renvoi au Code du travail »²²². Il arrive au juge d'être saisi pour avis sur la valeur d'un texte juridique ou sur la détermination de sa place dans la hiérarchie des normes. C'est dans ce sens que le juge malgache a été sollicité pour « déterminer la valeur juridique

²¹⁶ Décision n°1-C-2016 du 12 février 2016 disponible sur <https://conseilconstitutionnel.sn/decision-n-1-c-2016-du-12-fevrier-2016-affaire-n-1-c-2016/> consulté le 4 janvier 2020.

²¹⁷ L'article 24 visé dispose : « Le gouverneur-général mandatera de temps à autre au Sénat (...), des personnes ayant les qualifications voulues ».

²¹⁸ Sur ces différents éléments, voir, BROUILLET (E.) et GAGNON (A.G.), « La Constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : réflexions politologiques et juridiques », GAGNON (A.G.) et NOREAU (P.), (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité*, Mélanges en l'honneur de José WOERHRLING, éditions Les THEMIS, 2017, pp.83-86.

²¹⁹ SY (D.), « Les fonctions de la justice constitutionnelle... », *op. cit.* p. 54.

²²⁰ KPRI (K.K.), *op. cit.* p. 121.

²²¹ KÉBÉ (A.A. D.), « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats de l'Afrique francophone », in FALL (I.M.) et SALL (A.) (dir), *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Babacar KANTÉ, L'harmattan Sénégal, 2017, pp. 425-471.

²²² Avis n° CI-2014-A-137/10-06/CC/SG du 10 juin 2014 relatif à la demande du Président de l'Assemblée nationale aux fins de vérifier la conformité à la Constitution de la proposition de loi fixant les conditions du travail domestique et portant organisation des agences de placement des travailleurs

du règlement intérieur du parlement dans l'ordonnancement juridique par rapport aux autres textes législatifs et réglementaires et ce, afin de dissiper toute interprétation erronée »²²³.

Si dans les Etats qui viennent d'être présentés, l'autorité de l'avis découle des efforts déployés par le juge dans l'exercice de sa fonction consultative, il faut remarquer que dans d'autres, c'est le constituant qui a pris le soin de traiter de la question.

B. Une formulation constitutionnelle

Dans les Etats qui suivent, ce sont les dispositions pertinentes de la Constitution complétées par celles des lois organiques relatives aux juridictions constitutionnelles qui se prononcent directement sur la nature de l'autorité qu'il convient de reconnaître à l'avis émis sur le juge constitutionnel. A ce niveau, également, l'on distingue des Etats dans lesquels la formulation de l'autorité de l'avis est explicite (1) et ceux dans lesquels elle est encore perfectible (2).

1. Une formulation explicite

Les Etats de l'échantillon qui consacrent une formulation explicite de l'autorité de l'avis sont la Tunisie et l'Algérie. A ces deux Etats, s'ajoute le Burkina Faso mais seulement lorsque l'avis est émis en matière référendaire.

En Tunisie, la Constitution du 1^{er} juin 1959²²⁴, quoique rigide et dotée d'une suprématie par rapport aux lois ordinaires, n'avait pas prévu des organes et des procédures appelés à garantir sa suprématie et à assurer un contrôle de conformité des textes juridiques inférieurs. L'on apprend qu'un projet de révision a été présenté le 9 février 1971 et prévoyait l'institution d'un Conseil constitutionnel à l'effet, notamment, de vérifier la conformité à la Constitution des lois organiques et ordinaires ainsi que des règlements intérieurs de l'Assemblée nationale. Il a été abandonné en raison de sa contradiction avec la Constitution qui disposait que « *le Président de la République est le garant du respect de la Constitution* »²²⁵ et qu'il n'aurait, visiblement, pas besoin d'un rival dans l'exercice de cette prérogative. Il a fallu attendre 1987, avec la signature du décret n°87-1414 du 16 décembre 1987, pour que la Tunisie soit dotée d'un Conseil constitutionnel de la République. Son statut d'organe infra constitutionnel témoigne de sa malformation congénitale et « *fait de lui un handicapé condamné à vivre dépendant* »²²⁶. C'est pourquoi, il n'avait que des attributions exclusivement consultatives. Il est écrit à l'article 2 du décret, en effet, que « *le Conseil constitutionnel est chargé d'examiner les projets de lois qui lui sont soumis par le Président de la République en vue de formuler un avis sur leur conformité à la Constitution* ». La formule ainsi choisie indique que la consultation n'était ni obligatoire, ni générale et ne couvrait pas tous les domaines législatifs. Aussi, l'article 6 du décret portant institution du Conseil ajoute-t-il que « *les avis du Conseil constitutionnel sont confidentiels. Ils ne sont pas publiés et ils ne sont notifiés qu'au seul Président* ». Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel se présente comme « *un simple*

²²³ Avis n°01/HCC/AV du 7 mars 2012 portant interprétation des articles 79 et 117 *in fine* de la Constitution disponible sur <http://www.hcc.gov.mg/avis/avis-n01-hccav-du-7-mars-2012-portant-interpretation-des-dispositions-des-articles-79-et-117-in-fine-de-la-constitution/> consulté le 4 janvier 2020. A la question ainsi posée, il affirme que « *le règlement intérieur de chaque chambre du parlement constitue une résolution n'ayant pas un niveau supérieur à la loi* » et qu' « *un arrêté pris par une autorité législative est un acte d'administration interne respectant la hiérarchie des normes prévue par la Constitution mais ne saurait constituer un acte réglementaires qui relève seulement de la compétence du pouvoir exécutif* »

²²⁴ Disponible sur <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/tn/tn028fr.pdf> consulté le 3 janvier 2020. Pour une lecture doctrinale a de cette Constitution, voir, SILVERA (V.), « *Le régime constitutionnel de la Tunisie : La Constitution du 1^{er} juin 1959* », Revue française de Science politique n°2, 1960, pp. 366-394, disponible sur https://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1960_num_10_2_392575 consulté le 2 janvier 2020.

²²⁵ Sur ces développements, voir, BEN ACHOUR (R.), « *Tunisie : Vicissitudes du contrôle de constitutionnalité des lois* », Chroniques, AIJC n°4, 1990, p. 536.

²²⁶ BEN ACHOUR (R.), *op. cit.* p. 538.

organe administratif consultatif »²²⁷ et la question de l'autorité de ses avis « *avait d'autant moins de raison de se poser que les avis étaient secrets* »²²⁸. Cette situation ne pouvant rester figée au regard du contexte de transition démocratique en cours dans certains Etats de l'Afrique noire francophone, il a été décidé, à partir de 1990, de réduire le secret en transmettant à la Chambre des députés l'avis du Conseil constitutionnel avec les projets de loi soumis à discussion.

La révision constitutionnelle de 1995 n'inscrit plus le principe du secret mais maintient celui de transmission des avis. Elle a aussi rehaussé le statut du juge au niveau constitutionnel²²⁹. L'article 75 de la loi constitutionnelle n°98-76 du 2 novembre 1998²³⁰ confère à l'avis une autorité et dispose qu'il « *s'impose à tous les pouvoirs publics sauf s'il porte sur les questions prévues au paragraphe dernier de l'article 72 de la Constitution* ». Depuis, il a été relevé qu' « *à chaque fois que le Conseil soulève l'inconstitutionnalité d'un projet de loi, le Président de la République ordonne son amendement conformément à l'avis du Conseil* »²³¹. Pour la doctrine qui s'est penché sur la question, « *le Chef de l'Etat respectant systématiquement les avis du Conseil constitutionnel, il n'est sans doute pas nécessaire de démontrer l'évidence* »²³². Par la suite, la loi organique du 12 juillet 2004 prévoyait, à son article 28, la publication au Journal officiel des avis du Conseil constitutionnel²³³. Conscient que sa dénomination « *implique une dépendance à l'égard de celui qui est conseillé et, par la même, un lien de subordination, au fond caractéristique de l'Administration* »²³⁴, il a été décidé de faire évoluer son statut et sa dénomination. L'idée a été concrétisée par la Constitution de 2014²³⁵ qui institue, à son article 118, une Cour constitutionnelle en Tunisie²³⁶. Elle prévoit une seule hypothèse de demande d'avis et à l'initiative du seul Président de l'Assemblée des représentants du peuple. Son article 144 dispose, en effet, que « *toute initiative de révision de la Constitution est soumise, par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, à la Cour constitutionnelle pour dire que la révision ne concerne pas ce qui, d'après les termes de la présente Constitution, ne peut faire l'objet de révision* ». L'article 41 de la Loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle confirme cette lecture. Il dispose, à son tour, que « *La Cour constitutionnelle rend son avis pour dire si l'initiative concerne ou non les dispositions*

²²⁷ *Ibid.* p. 541.

²²⁸ XAVIER (M.), « *Regard sur les constitutionnalismes algérien marocain et tunisien. Quel constitutionnalisme pour le Maghreb central* » ? disponible sur http://publications.ut-capitole.fr/13692/1/Regard_sur_les_Conseils_constitutionnels_alg%C3%A9rien%2C_marocain_et_tunisien.pdf consulté le 4 janvier 2020, p. 17.

²²⁹ La Loi constitutionnelle n°95-90 du 6 novembre 1990 a ajouté un titre IX nouveau relatif au Conseil constitutionnel, à la Constitution. Pour les détails, voir, BEN ACHOUR (R.), « *La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014* », RFDC 2014/4, n°100, p. 797.

²³⁰ La loi constitutionnelle est disponible sur <https://legislation-securite.tn/sites/default/files/lois/Loi%20constitutionnelle%20n%C2%B0%2098-76%20du%202%20Novembre%201998%20%28Fr%29.pdf> consulté le 3 janvier 2020.

²³¹ XAVIER (M.), *op. cit.* p. 19.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.* pp.17-18.

²³⁴ ROUVILLOIS (F.), « *Le printemps des juridictions constitutionnelles* », ESKA, Revue « *Maghreb-Machrek* », 2015/1 n°223, p. 103, disponible sur https://www.cairn.info/revue-maghreb-machrek-2015-1-page-99.htm?try_download=1 consulté le 3 janvier 2020.

²³⁵ Sur les innovations contenues dans cette Constitution, voir, BEN ACHOUR (R.), « *La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014* », *op. cit.*, pp.783-801.

²³⁶ Sur l'avènement de cette nouvelle juridiction, voir, XAVIER (P.), « *Contrôle juridictionnel et Cour constitutionnelle dans la Constitution* », La Constitution de la Tunisie : Processus, principes et perspectives, disponible sur <https://www.tn.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/45%20Contr%C3%B4le%20juridictionnel%20et%20Cour%20constitutionnelle%20dans%20la%20Constitution.pdf> consulté le 2 janvier 2020.

que la Constitution a interdit leur révision (...). Le Président de la Cour constitutionnelle informe immédiatement le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, le Président de la République et le Chef du Gouvernement de l'avis de la Cour ».

Les projets et proposition de lois sont désormais retirés du domaine de l'avis et font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité débouchant sur une décision. En ce qui concerne les formalités procédurales d'adoption, de présentation et de publicité, la portée juridique, l'article 5 de la Loi organique soumet les avis et les décisions au même régime juridique. Il dispose, en effet, que « *Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont pris à la majorité absolue de ses membres (...) et sont motivés. Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus au nom du peuple et publiés au Journal officiel (...). Ces décisions et avis sont également publiés sur le site électronique de la Cour. Les décisions et avis de la Cour constitutionnelle s'imposent à tous les pouvoirs ».*

A défaut de pouvoir accéder aux avis émis par l'actuelle Cour constitutionnelle, nous constatons que l'ancien Conseil constitutionnel a connu une activité consultative particulièrement intense. Sur la période allant de 2004 coïncidant avec le début de leur publication à 2011, le portail de l'information juridique géré par la Présidence de la République indique que quatre cent dix-neuf (419) avis, soit Sept (7) en 2004, quatre-vingt-douze (92) en 2005, cinquante-six (56) en 2006, soixante-dix (70) en 2007, quatre-vingt-quinze (95) en 2008, cinquante-sept (57) en 2009, quarante un (41) en 2010 et un (1) en 2011 ont émis.

En Algérie, il est apparu que la tentative de création d'un Conseil constitutionnel en 1963 a échoué parce que la Constitution qui le portait n'a duré que quelques semaines²³⁷. Son institution date de la Constitution du 28 février 1989²³⁸. Il sera maintenu par la Constitution de 1996 malgré les révisions intervenues en 2002, 2008 et 2016. Aux termes de l'article 186 alinéa 2 de la Constitution telle que modifiée par la loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision de la Constitution « *le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, émet un avis obligatoire sur la constitutionnalité des lois organiques après leur adoption par le parlement ».* L'alinéa 3 de cet article ajoute qu'« *il se prononce également dans les mêmes formes (...) sur la conformité à la Constitution du règlement intérieur de chacune de deux chambres du parlement ».* A l'article 111 de la Constitution, il est prévu que « *le Président de la République signe les accords d'armistice et les traités de paix. Il recueille l'avis du Conseil constitutionnel sur les accords qui s'y rapportent ».*

Au total, le Conseil constitutionnel émet des avis obligatoires sur la constitutionnalité des traités et accords, des lois organiques et du règlement intérieur. A la date du 07 janvier 2019, le site du Conseil constitutionnel affiche quarante-huit (48) avis émis sur la période allant de 1989 à 2019. En tentant une classification selon leur objet, on se rend compte que trente un (31) avis ont été émis sur la constitutionnalité des lois organiques, quatre (4) sur les lois ordinaires, trois (3) sur les lois de révision, un (1) sur les traités et neuf (9) sur les règlements intérieurs des chambres du parlement.

S'agissant, de la portée de ces avis, les dispositions de l'article 191 alinéa 3 se passent de tout commentaire. En précisant que « *les avis et décisions du Conseil constitutionnel sont définitifs. Ils s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles »*, le constituant algérien a entendu éviter toute divergence d'interprétation au sujet du caractère exécutoire de l'avis.

Qu'il s'agisse d'avis ou de décision, l'effet est le même. La distinction entre les deux ne porte pas sur les effets de l'acte par lequel s'exerce le contrôle. Elle porte plutôt sur le

²³⁷ ROUVILLOIS (F.), *op.cit.* p. 100.

²³⁸ Voir article 153 de la Constitution qui dispose que « Il est institué un Conseil constitutionnel chargé de veiller au respect de la Constitution », disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/fr/1989> consulté le 4 janvier 2020.

moment du contrôle. On parle d'avis lorsque le contrôle intervient avant l'entrée en vigueur de l'acte et de décision dans le cas contraire. L'assimilation est compréhensible dans la mesure où, dans chacun de ces avis, le juge constitutionnel exerce un contrôle de pure conformité du projet du texte à la Constitution. Dans une affaire, il a eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par « conformité à la Constitution ». Saisi, par le Président de la République sur la constitutionnalité du texte voté par l'Assemblée Populaire Nationale le 22/07/1989 intitulé « loi portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale Populaire », le juge a tenu à préciser que « *la notion de conformité à la Constitution doit être entendue de façon stricte, en ce sens que le règlement intérieur de l'Assemblée Populaire Nationale doit reproduire fidèlement dans ses dispositions le schéma contenu dans les règles constitutionnelles dont il tire sa substance* » avant de déclarer non conformes à la Constitution certaines de ses dispositions²³⁹. Une rigueur semblable est perceptible dans son avis de conformité sur la loi organique fixant les cas d'incompatibilités avec le mandat parlementaire à la Constitution. L'article 5 du projet dispose, en substance, que n'est pas incompatible avec le mandat parlementaire, l'exercice, entre autres, de fonctions de professeur ou de maître de conférences dans l'enseignement supérieur et la recherche et de fonctions de professeur de médecine au sein des établissements de santé publique. Après avoir rappelé les dispositions de la Constitution (article 103) qui n'interdisent pas au législateur d'exclure certaines activités de ces cas d'incompatibilité avec le mandat parlementaire mais à condition qu'elles revêtent un caractère temporaire, qu'elles soient limitées dans le temps et qu'elles n'influent pas sur l'exercice normal du mandat parlementaire, le Conseil constitutionnel a fait œuvre pédagogique en expliquant les raisons de l'institution de ces cas d'incompatibilités. Pour le juge, en écartant « *toute possibilité de cumul de toute fonction ou mission avec le mandat parlementaire, le législateur entend permettre au membre du parlement de se consacrer pleinement à sa mission parlementaire afin que le parlement reste fidèle au mandat du peuple et demeure à l'écoute permanente de ses aspirations* ». Il conclut qu'« *en excluant des cas d'incompatibilité prévus par la loi organique (...) les fonctions de professeur ou de maître de conférences dans l'enseignement supérieur et la recherche scientifique et celle des professeurs de médecine au sein des établissements de santé, le législateur aura consacré une situation discriminatoire entre les députés par rapport aux titulaires de fonctions similaires* ». En conséquence, il a « *méconnu le principe d'égalité énoncé à l'article 29 de la Constitution* »²⁴⁰. Dans quasiment tous les avis disponibles, le juge a mis en œuvre son pouvoir de déclaration de conformité sous réserve pour, soit réécrire certaines dispositions du projet du texte, soit exiger la suppression d'autres dispositions. Il se montre très regardant sur la nature et la qualité des visas qu'il n'hésite pas à censurer en cas d'erreur et à indiquer la norme de référence appropriée²⁴¹.

Au Burkina Faso, l'article 29 de loi organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et la procédure applicable devant lui²⁴² dispose qu'« *En matière de referendum, le Conseil constitutionnel est obligatoirement consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations, il est informé sans délai de toutes mesures prises à cet effet. Ses avis s'imposent à tous* ». Il apparaît que, dans ce pays, l'avis du juge constitutionnel émis en matière référendaire revêt un caractère obligatoire tant dans sa demande que dans son respect. En cette

²³⁹ Avis n°1-AL CC89 du 28 août 1989 relatif au règlement intérieur de l'Assemblée populaire nationale disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/fr/19890> consulté le 5 janvier 2020.

²⁴⁰ Avis n°04/A.CC du 22 décembre 2011 relatif au contrôle de conformité de la Loi organique fixant les cas d'incompatibilités avec le mandat parlementaire à la Constitution disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/fr/2011> consulté le 4 janvier 2020.

²⁴¹ Sur ces questions, voir, KÉBÉ (A.A.D.), *op. cit.* p. 437 et suivantes.

²⁴² La loi organique est disponible sur <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/burkina-loi-2000.pdf> consulté le 04 janvier 2020.

matière, l'on remarque, qu'au-delà des avis, ses « *observations s'imposent à toute autorité et à toute personne* »²⁴³.

Si dans ces Etats, la formulation de l'autorité de l'avis ne souffre d'aucune ambiguïté, dans d'autres Etats, elle est encore perfectible.

2. Une formulation perfectible

Les Etats dans lesquels la formulation de l'autorité de l'avis du juge constitutionnel semble perfectible sont le Congo Brazzaville et le Sénégal.

Dans le cas du Congo, la Constitution adoptée par referendum du 25 octobre 2015 distingue deux types d'avis à savoir un avis simple²⁴⁴ et un avis de conformité. Ce dernier est prévu à l'article 87 de la Constitution qui dispose que « *le Président de la République peut soumettre au referendum, après avis de conformité de la Cour constitutionnelle, tout projet de loi quand il le juge nécessaire. En cas d'avis de non-conformité, il ne peut être procédé au referendum.* »²⁴⁵ A son article 179, il est prévu que « *la Cour constitutionnelle est saisie, pour avis de conformité, avant la promulgation des lois organiques ou la mise en application du règlement intérieur de chaque chambre du parlement* »²⁴⁶. Ces deux dispositions de la Constitution ont été reprises et complétées par les articles 30²⁴⁷, 31²⁴⁸ et 32²⁴⁹ de la Loi organique n°28-2018 du 7 août 2018. Pour sanctionner un tel contrôle consultatif de conformité, l'article 181 alinéa premier de la Constitution déclare qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être ni promulguée ni mise en application* ». Il est complété par les articles 37²⁵⁰, 38²⁵¹ et 39²⁵² de la loi organique de 2018 précitée. Au regard des effets ainsi aménagés à l'avis de conformité, l'on pourrait légitimement penser qu'il est formellement revêtu de la même autorité que la décision rendue au contentieux. Seulement, « la fausse note » vient de l'article 181 alinéa 2 qui reprend à l'identique l'article 150 alinéa 2 de la Constitution de 2002 pour disposer que « *les décisions de la Cour constitutionnelle ne*

²⁴³ L'Article 30 de cette loi organique dispose, en effet, que « Le Conseil constitutionnel peut présenter des observations sur la liste des organisations habilitées à user de moyens officiels de propagande. Ces observations s'imposent à toute autorité et à toute personne ».

²⁴⁴ L'article 153 de la Constitution dispose que « si le parlement n'a pas voté le budget à la fin de la session d'octobre, le Premier ministre demande une session extraordinaire dont la durée ne peut excéder quinze (15) jours. Passé ce délai, le budget est établi, définitivement, par ordonnance, après avis de la Cour constitutionnelle ».

²⁴⁵ Il s'agit d'une reprise de l'article 86 de la Constitution du 20 janvier 2002 qui disposait qu'« *Avant de soumettre le projet au referendum, le Président de la République recueille l'avis de la Cour constitutionnelle sur sa conformité à la Constitution. En cas de non-conformité à la Constitution, il ne peut être procédé au referendum* ».

²⁴⁶ L'article reprend également l'article 148 alinéa de l'ancienne Constitution aux termes duquel « *La cour constitutionnelle est saisie, pour avis de conformité, avant la promulgation des lois organiques ou la mise en application du règlement intérieur de chaque chambre du parlement* ».

²⁴⁷ La Cour constitutionnelle est saisie pour avis de conformité, avant la promulgation des lois organiques soit par le Président de la République, soit par le Premier ministre chef du gouvernement.

²⁴⁸ La Cour constitutionnelle est saisie par le Président du sénat ou par le Président de l'Assemblée nationale, pour avis de conformité, avant la mise en application du règlement intérieur de chaque chambre du parlement.

²⁴⁹ Les lois ordinaires avant leur promulgation, peuvent être déférées à la Cour constitutionnelle, pour avis de conformité, par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, le Premier ministre, chef du gouvernement ou par un tiers (1/3) des membres de chaque chambre du parlement.

²⁵⁰ Si la Cour constitutionnelle, saisie d'une loi avant sa promulgation, déclare qu'elle contient une disposition contraire à la Constitution, sans constater en même temps que celle-ci est détachable de l'ensemble de ladite loi, la loi dont s'agit ne peut être ni promulguée, ni mise en application.

²⁵¹ Dans le cas où la Cour constitutionnelle déclare que le règlement intérieur de l'Assemblée nationale ou du Sénat qui lui a été soumis contient une disposition contraire à la Constitution, cette disposition ne peut être mise en application.

²⁵² L'avis conforme de la Cour constitutionnelle constatant que les textes qui lui sont soumis ne sont pas contraires à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation ou de leur application.

sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives, juridictionnelles et aux particuliers ». Quid de l'avis de conformité ? Doit-on considérer que la notion de « décision » englobe « l'avis conforme » ou l'exclut-elle ? Pourquoi, n'a-t-il pas choisi de préciser que « les décisions et les avis de conformité s'imposent à... » ? En choisissant de ne pas intégrer l'avis de conformité dans la formulation de cet alinéa et à moins qu'il ne soit une omission, l'on est tenté de conclure que le constituant congolais n'a pas entendu lui attribuer l'autorité reconnue aux décisions.

Le constituant est souverain mais son choix n'est pas insusceptible de critiques au regard des effets, sans doute neutralisants, qu'il reconnaît aux avis de conformité et qui rappellent à tout point de vue ceux de la décision. L'on peut lire, par exemple, dans un avis rendu par la juridictionnelle congolaise que « le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, tel que soumis à la Cour constitutionnelle pour avis de conformité à la Constitution ne peut être mis en application que sous réserve des modifications suivantes... »²⁵³. La décision n°007/DCC/SVA/13 du 07 mars 2013²⁵⁴ rendue sous l'empire de la Constitution de 2002 crédite la thèse de l'incomplétude constitutionnelle et réaffirme le rôle supplétif du juge constitutionnel. En effet, saisi d'un recours aux fins de déclarer certaines dispositions de la loi organique sur laquelle il a déjà émis un avis de conformité, le juge congolais a mis l'occasion à profit pour concrétiser et expliciter « l'intention » du Constituant. Il rappelle, à cet effet, que dans son avis de conformité, il avait conclu que « la loi organique...ne contient aucune disposition contraire à la Constitution ». Dans un considérant qui ôte tout espoir au requérant, le juge affirme « que les avis de conformité de la Cour constitutionnelle, rendus sur le fondement de l'article 148 de la Constitution, produisent des effets juridiques équivalant aux décisions » et que « par conséquent, en application de l'article 150 alinéa 2 de la Constitution, ils s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives, juridictionnelles et aux particuliers ».

Au Sénégal, pendant longtemps, les acteurs politiques et sociaux se fondaient sur « le silence » de la Constitution et de la loi organique sur la portée des avis du Conseil constitutionnel. La question n'intéressait pas, outre mesure, parce que le juge n'avait jamais été amené à se prononcer, par cette voie, sur des questions aussi sensibles que celle qui lui a été posée en 2016²⁵⁵. La controverse sur la dénomination de l'acte émis par le Conseil constitutionnel, pour répondre à la question posée, a donné lieu à des débats « d'une rare intensité » tant la fixation sur les éléments de réponse et la position du chef de l'Etat était forte²⁵⁶. Conscientes, entre autres, des lacunes du texte constitutionnel à l'origine de cette polémique et dans l'intention de clore définitivement le débat sur la nature des actes rendus par le Conseil constitutionnel en matière consultative, une révision a été initiée et a abouti à l'adoption de la loi n°2016-10 du 05 avril 2016²⁵⁷. Elle maintient la saisine du Conseil constitutionnel pour avis avant la soumission de tout projet de loi au référendum²⁵⁸. Elle lui crée une nouvelle compétence consultative générale. En effet, en disposant que « Le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République pour avis »²⁵⁹, le constituant de 2016 a entendu étendre, « à l'infini », le champ des compétences consultatives du Conseil

²⁵³ Avis n°008-ACC-SVC/17 du 21 novembre 2017 sur la Conformité à la Constitution du règlement intérieur de l'Assemblée nationale disponible sur <https://cour-constitutionnelle.cg/avis-par-annee/> consulté le 2 janvier 2020.

²⁵⁴ Décision n°077/DCC/SVA/13 du 07 mars 2013 sur le recours en inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi organique n°22-2008 du 26 juillet 2008 portant organisation, composition et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature et violation des droits de l'homme, disponible sur <https://cour-constitutionnelle.cg/admincc/decisions/PDArmandLandryBISSOKO.pdf> consulté le 6 janvier 2020.

²⁵⁵ DIOP (E.O.), *op. cit.* . pp. 179-187.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ JORS n° spécial 6926 du 7 avril 2016, p. 505.

²⁵⁸ Article 51 de la Constitution.

²⁵⁹ Article 92 alinéa 2.

constitutionnel. L'on assiste, ainsi, à une indétermination constitutionnelle du domaine de l'avis et à une précision de sa portée dans la loi organique²⁶⁰. Il ressort de l'article 24 de la loi organique de 2016 que « *Le Conseil constitutionnel rend, en toute matière, des décisions motivées* ». La loi clarifie ainsi la nature de l'acte obtenu par voie consultative qu'il assimile aux décisions dont l'autorité est fixée par l'article 92 alinéa 4 de la Constitution²⁶¹. En conséquence, il est loisible, au Président de la République et pour toute question juridique, de solliciter l'avis contraignant du juge constitutionnel dès que cela lui paraît opportun au regard des circonstances du moment. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine qualifie le juge constitutionnel, « *d'exutoire* » ou « *de bouée de sauvetage à l'effet de s'extirper de l'impasse d'une situation délicate et inconfortable* »²⁶².

A la lumière de ces considérations, on peut considérer qu'il aurait fallu, dans un premier temps, circonscrire le champ matériel de la demande d'avis. Dans un second temps, indiquer expressément, comme il a été fait en Tunisie et en Algérie, que cet avis est revêtu de la même autorité que les décisions rendues au Contentieux. Cette démarche assumée aurait pu empêcher à l'article 24 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel²⁶³ de nier l'existence d'une catégorie d'actes juridiques pourtant prévue aux articles 51 et 92 alinéa 2 de la Constitution. On peut relativiser cette apparente contradiction si on considère que l'acte se dénomme avis lorsqu'il est formulé par le demandeur qu'est le Président de la République et décision lorsqu'il émane du répondant qu'est le Conseil constitutionnel. Autrement dit, le Conseil constitutionnel donne un avis contenu dans une décision.

Conclusion

La curiosité intellectuelle qui a présidé au choix de ce sujet était de vérifier s'il est possible de concilier les notions « d'avis » et « d'autorité » dans l'office du juge constitutionnel à partir de l'exemple de certains Etats de l'Afrique francophone. En nous appuyant sur le droit en vigueur, nous avons relevé l'existence de deux catégories d'Etats. Dans la première catégorie, l'autorité de l'avis est reconnue par les textes juridiques. Dans la seconde catégorie, c'est l'option du silence qui a été privilégiée par le constituant et le législateur. Ainsi, si dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'évidence sauf à la faire constater, dans le second cas en revanche, il importe de choisir quelques indicateurs pertinents permettant d'asseoir une opinion pertinente. C'est pour cette raison que nous avons choisi de nous intéresser à l'objet de l'avis, c'est-à-dire, ce, sur quoi il est demandé et sur l'avis, c'est-à-dire, l'acte lui-même. Le premier indicateur renseigne que, dans les Etats sous étude, l'avis du juge constitutionnel est sollicité pour l'amener à se prononcer exclusivement sur la conformité d'un projet de texte à la Constitution ou sur la faisabilité juridique d'une opération prévue par le droit constitutionnel. Ces préoccupations tirées du respect du bloc de constitutionnalité apparaissent aussi bien dans la formulation de la demande d'avis que dans l'opinion émise par le juge. L'essentiel des caractéristiques du contrôle de constitutionnalité *a priori* sont réunies dans un avis. Aussi, l'avis du juge est-il sollicité lorsqu'il s'agit d'obtenir une interprétation authentique de la Constitution. Dans ce cas, il s'emploie à dégager le sens ou la portée de telle ou telle disposition de la Constitution et à la compléter, au besoin, pour mieux la servir. A travers ce second indicateur, l'on a

²⁶⁰ L'article 24 de la loi organique n° dispose en effet que « Le Conseil constitutionnel rend, en toute matière, des décisions motivées ».

²⁶¹ L'article 92 alinéa 4 dispose, en effet, que « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

²⁶² KAMARA (M.), *op. cit.* p. XXVII.

²⁶³ L'article dispose que « Le Conseil constitutionnel rend, en toute matière, des décisions motivées ». L'on peut maintenir dans la loi organique, comme il a été fait dans la Constitution, les deux catégories d'actes (avis et décision), circonscrire leur champ d'application et leur reconnaître la même autorité.

remarqué une certaine convergence entre l'avis et la décision ou arrêt sur plusieurs points. Ce sont les mêmes exigences quant à la distribution de la qualité des saisissants, la désignation du rapporteur, aux règles de quorum et de majorité, la motivation, au style rédactionnel, à la publication au journal officiel et sur le site des juridictions constitutionnelles. C'est cette convergence des modalités et de buts entre la décision ou l'arrêt et l'avis qui pousse à postuler la reconnaissance de son autorité et à conclure à la compatibilité entre les deux.

Quoi qu'il en soit, l'avis est une réalité juridique et juridictionnelle que l'on ne saurait ignorer. Dans un passé récent, Nadia AKACHA soutenait que « *connaître le droit constitutionnel aujourd'hui, c'est essentiellement connaître les décisions de la juridiction constitutionnelle* »²⁶⁴. L'on peut ajouter qu'une telle connaissance mérite d'être complétée par celle des avis du juge constitutionnel. L'on assiste à un certain effritement de la distinction entre la fonction contentieuse et la fonction consultative mais aussi à l'émergence d'un droit constitutionnel consultatif. Cependant, pour limiter le risque d'instrumentalisation de l'avis ou le risque de transformer le juge en exutoire, les constituants pourraient, comme c'est le cas déjà dans certains Etats, s'employer à circonscrire son domaine. L'on pourrait, par exemple, extirper du domaine de décision ou d'arrêt tous les cas de saisine non contentieuse et les verser dans le domaine d'avis. L'on pense aux actes et procédures soumis au contrôle *a priori*, pour lesquels le terme « décision » ou « arrêt » semble inapproprié en raison de l'absence de tout litige. L'idée est d'étendre et en même temps de circonscrire le domaine d'avis à charge pour le juge de ne pas saborder²⁶⁵ sa fonction consultative et aux autorités publiques d'imaginer d'autres mécanismes de consultation dépourvus de tout effet contraignant.

²⁶⁴ AKACHA (N.), « Les techniques de participation du juge constitutionnel à la fonction constituante », in BEN ACHOUR (R.), (dir), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153.

²⁶⁵ BOLLE (S.), « Des constitutions « made in »... », *op. cit.* XIX.