

Conférence Internationale des Barreaux de Tradition Juridique Commune

ATELIER :

« INTANGIBILITE DES CONSTITUTIONS : VECTEUR ET CONSEQUENCE
DE L'ETAT DE DROIT : rôle de l'ingénierie constitutionnelle dans la
pérennisation de l'Etat de droit, mise en situation en Afrique. Thème
centré sur l'histoire et la pratique »

Titre de la communication :

L'INTANGIBILITE DES CONSTITUTIONS COMME GAGE DE L'ETAT DE DROIT EN
AFRIQUE

Par

Manassé ABOYA ENDONG¹

Monsieur le Modérateur,

Mesdames et Messieurs les Congressistes en vos titres et grades respectifs,

Cette communication intitulée : « *L'intangibilité des Constitutions comme gage de l'Etat de droit en Afrique* », vise à mettre en évidence la difficulté qu'il y a à croiser l'intangibilité des Constitutions avec l'Etat de droit en Afrique. Cette difficulté est d'autant plus grande si l'on admet que l'intangibilité est un terme chargé d'une valeur solennelle, notamment qui fait imaginer une interdiction absolue dont on ne doit jamais s'écarter ; sur laquelle il est interdit de porter quelque atteinte que ce soit.

Elle désigne ce qui doit rester intact, sacré, inviolable. L'intangibilité dans le lexique juridique, voire politique, constitue pour une personne, soit un droit fondamental à son intégrité corporel (inviolabilité du corps humain), soit une protection dans l'exercice de certaines fonctions (inviolabilité parlementaire)².

¹Professeur Titulaire des Universités en Science Politique à l'Université de Douala, l'auteur est le Directeur Exécutif du GREPDA (Groupe de Recherches sur le parlementarisme et la Démocratie en Afrique)

² Cf. Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003

On la retrouve en droit de la propriété privée ou dans le cadre de la protection du domicile³. C'est donc une garantie particulière, dont la Constitution encadre certains droits politiques ou fondamentaux, pour les protéger contre toute atteinte juridique ou matérielle, à défaut de les soustraire à toute pratique politique contraire.

L'intangibilité peut être temporaire, circonstancielle, formelle ou matérielle. Aux Etats-Unis, la Constitution de Philadelphie de 1776, considérée comme la première constitution écrite, avait proscrit toute modification portant sur l'esclavage.

Mais cette restriction n'était que temporaire et devait expirer en 1848 avec l'abolition de l'esclavage décidée par le 13^e amendement à la Constitution en 1865⁴. En France, la déclaration des droits de l'Homme et des Citoyens de 1789 met implicitement en exergue le concept de normes intangibles liées à la personne humaine et aux libertés individuelles⁵.

Par ailleurs, l'Arlésienne⁶ de l'Etat de droit qui est au cœur de cet atelier, voire de ce colloque, est un terme qui est largement entré dans le langage courant, sans qu'une définition satisfaisante lui soit associée. Mais pour les juristes et les politologues, l'Etat de droit est une situation résultant pour une société, dans sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée⁷.

Pris dans ce sens, la doctrine africaine parle également d'« *arlésienne* » en ce qui concerne l'Etat de droit. En clair, l'essentiel de cette doctrine semble dubitative, et s'interroge sur l'effectivité de cet Etat de droit, si tant convoqué en Afrique et s'imposant de plus en plus comme un « *un projet irréalisable* »⁸, conforme à l'image de l'Arlésienne.

Et pourtant, l'Etat de droit est fortement lié au nouveau constitutionalisme africain⁹. Ce dernier s'est matérialisé avec la troisième vague constitutionnelle des années 1990 qui voulait mettre en évidence l'esprit et la lettre de la Constitution

³ Lire à ce sujet : Paul Martens, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003

⁴ Voir : Risa Goluboff, « *The 13th Amendment and the Lost Origins of Civil Rights* », in *Duke Law Journal*, Vol 50, n° 228, 2001

⁵ Didier Maus, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la Ve République*, Paris, La Documentation française, 2^e édition, 1982

⁶ Une personne qu'on attend et qui ne viendra jamais. Cette expression est issue des « *Lettres de mon moulin* », écrit par Alphonse Daudet à la fin du XIX^e siècle. Une jeune arlésienne ne se présenta jamais le jour de son mariage. Son mari l'attendit tellement longtemps qu'on s'en inspira pour désigner une personne que l'on espère.

⁷ Cf. Olivier Bonnefoy, « *Dignité de la personne humaine et police administrative. Les noces de porcelaine d'un mariage fragile* », *AJDA*, 7 mars 2016, p. 418

⁸ Cf. Alain Moyrand, « *Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone* », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, N°4, Volume, 43, 1991

⁹ Lire : Koffi Ahadji, « *Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain* », in *La revue de la CERDIP*, vol.1, N°2, 2002

comme norme. Par conséquent, les nouvelles constitutions issues de cette vague vont rompre avec l'esprit mimétique de l'Occident, en incluant dans le Préambule ou le dispositif de la Constitution des normes sacrées, intangibles, sous le contrôle d'un gardien. Celui-ci, prenant la figure du juge constitutionnel, s'est voulu être le garant des dispositions intangibles inscrites dans les nouvelles Constitutions africaines.

C'est donc sous l'interprétation créatrice du juge, que de nouvelles dispositions constitutionnelles infranchissables émergent et permettent de bâtir un nouvel Etat de droit en Afrique.

Par ailleurs, l'intérêt de l'intangibilité, en rapport avec le thème de notre communication est à la fois théorique et pratique. En effet, sur le plan théorique, l'avènement des « *clauses d'éternité* » en relation avec les réformes constitutionnelles en cours, relativise la valeur de la Constitution dans le temps.

Sur le plan pratique, la place du juge constitutionnel, notamment son office, fait la part belle aux juristes (Avocats, Professeurs d'Université) dans le cadre du Contentieux Constitutionnel. Cette perspective atteste que les dispositions de la Constitution sont devenues des normes dont la violation peut être l'enjeu majeur d'un procès constitutionnel impliquant les autorités politiques devant une juridiction civile, administrative ou cour constitutionnelle, selon le modèle de contrôle de constitutionnalité choisi.

Dans tous les cas, l'actualité de cette communication a donc trait aux processus de révisions ou de réformes constitutionnelles en cours et dont la face visible se manifeste dans les crises politiques sur le continent africain.

Aussi, la crise de la normativité de la constitution et le reflux du constitutionnalisme mettent-ils en lumière le chantier de l'intangibilité des Constitutions dans le cadre de l'effectivité de l'Etat de droit.

Comment se manifeste donc l'intangibilité des Constitutions en Afrique ? Cette interrogation que ne cesse de se poser la doctrine africaine depuis le processus des révisions de constitution en Afrique va structurer notre communication. Celle-ci sera articulée autour de deux idées principales, laissant apparaître d'une part, une intangibilité affirmée (I) et d'autre part, une intangibilité menacée (II).

I- UNE INTANGIBILITE AFFIRMEE

Pour ne pas permettre la perversion de l'œuvre du constituant originaire, des dispositions constitutionnelles ont affirmé l'intangibilité de la constitution (A) et le juge constitutionnel par son interprétation hardie à protéger cette intangibilité (B).

A- UNE INTANGIBILITE RENFORCEE

L'idée que le pouvoir de révision constitutionnelle pouvait être limité a d'abord et avant tout germé dans l'esprit des rédacteurs des constitutions africaines lors du consensus national ayant été à l'origine de l'élaboration de la constitution (conférences nationales, réunions tripartites, etc.). Les rédacteurs ont pu faire bénéficier, avec l'approbation du pouvoir constituant, de certaines dispositions constitutionnelles jugées plus importantes que d'autres, d'une protection particulière. Ce résultat a pu être obtenu en n'autorisant leur modification que par une voie spéciale, en l'occurrence difficile à articuler.

Dans les nouvelles constitutions africaines, en plus de la forme républicaine qui ne pouvait faire l'objet de révision, des interdictions de révision concernaient entre autres, la limitation des mandats, le mode de dévolution du pouvoir, la forme de l'Etat, etc. L'existence même de ces dispositions « *intangibles* », quelque soit le nombre, conduit naturellement à estimer que le pouvoir de révision ne peut « *tout faire* » et qu'il rencontre au moins les limites que lui fixe le texte constitutionnel.

B- UNE INTANGIBILITE PROTEGEE

L'ouverture du prétoire du juge constitutionnel au citoyen, notamment pour la défense et le contrôle de la Constitution, renforce l'intangibilité de la Constitution. Ainsi, dans certains Etats comme le Mali (2001), le Bénin (2006,2011) ou le Niger (2009), le juge constitutionnel va développer une jurisprudence audacieuse tendant à protéger l'intangibilité des dispositions constitutionnelles.

Le législateur constituant va être progressivement encadré par une jurisprudence constitutionnelle de plus en plus étoffée. En effet, le développement du procès constitutionnel, avec l'apport des avocats-conseils va permettre au juge de réaliser le dernier stade de l'Etat de droit. Dans les Etats où la Constitution énonce des normes intangibles, le juge constitutionnel va s'illustrer comme le dernier rempart contre l'excès du pouvoir législatif, en contrôlant les lois constitutionnelles portant révision de la Constitution. Par ces décisions audacieuses, le juge fixe des limites au pouvoir constituant dérivé et empêche ainsi que l'ordre constitutionnel soit détruit dans sa substance, dans ses fondements, son esprit, à travers l'adoption formelle d'une loi modifiant la Constitution.

Pour illustration, la hardiesse du juge constitutionnel béninois ou nigérien contraste nettement avec l'attitude d'autres juridictions constitutionnelles africaines qui se déclarent incompétentes à connaître des lois constitutionnelles. Dans un avis mémorable daté du 25 mai 2009, la Cour Constitutionnelle du Niger a jugé dans un ton péremptoire que le Président de la République ne saurait engager ou poursuivre le changement de la Constitution portant sur des dispositions intangibles sans violer son serment.

II- UNE INTANGIBILITE MENACEE

Le caractère un peu théorique des arguments défendus dans la première partie de notre exposé masque mal, le fait que l'intangibilité apparaît pour certains comme une fiction juridique. Elle est résumée dans la maxime selon laquelle « *une génération ne peut aliéner le sort d'une nation pour l'éternité* ». C'est la raison pour laquelle, l'intangibilité comme fiction juridique et politique apparaît menacée. Elle l'est actuellement, aussi bien par la réforme des clauses d'intangibilité (A) que par la dévalorisation de la Constitution (B).

A- LA REFORME DES CLAUSES INTANGIBLES

La frénésie des réformes constitutionnelles en cours en Afrique a mis en évidence la menace sur les normes intangibles, sur les verrous constitutionnels. Certes, les Constitutions doivent s'adapter à l'usure du temps. Et à ce propos, Jean Jacques ROUSSEAU affirmait : « *Un peuple est toujours maître de changer ses lois même les meilleures* ». Cette opinion de l'auteur du *Contrat social* met en évidence la nécessité de procéder à la réforme des Constitutions, afin de tenir compte des nouvelles aspirations démocratiques.

Toutefois, il faut reconnaître que cette frénésie porte presque exclusivement sur les modalités de dévolution du pouvoir. Elle contribue à banaliser la rigidité de la Constitution et relativise l'intangibilité comme gage de l'Etat de droit. Les dispositions constitutionnelles importantes que les rédacteurs de la Constitution avaient voulu protéger par des dispositions spéciales sont ainsi révisées par le biais d'un parlement constituant. Notamment du fait de la majorité du parti au pouvoir ou par la voie référendaire. Les limites écrites ou inhérentes au pouvoir de révision sont ainsi contournées. L'identité de la Constitution des années 1990, notamment bâtie sur le socle de la démocratie et de l'Etat de droit se déconsolide. La doctrine africaine parle ainsi de révision déconsolidant, voire opportuniste de la constitution pour fragiliser l'intangibilité de cette dernière.

C'est dans cette logique que de nouvelles techniques de réécriture de la Constitution sont mises en œuvre par une ingénierie constitutionnelle endogène. Aussi, les révisions totales de la Constitution apparaissent-elles, déconsolidant ainsi l'œuvre du pouvoir constituant originaire.

A l'évidence, cette instrumentalisation de l'opération d'écriture de la Constitution n'a qu'un seul but : mettre un terme à l'intangibilité de certaines dispositions ou fragiliser une éventuelle alternance.

B- UNE INTANGIBILITE DEVALORISEE

Considérée comme une « *norme sacrée* », l'intangibilité peut être source de tension politique, voire d'instabilité, tant les vents contraires qu'elle doit affronter peuvent accentuer les tensions politiques, les crises ou les insurrections populaires. De même, la protection ou la tentative de réforme constitutionnelle peut également être source d'insécurité juridique. Du moins comme nous le montre l'actualité africaine, avec des perturbations observées aussi bien au Burkina Faso, au Burundi ou en RDC. Ces perturbations peuvent aboutir aux coups de force ou aux insurrections populaires. Ces dernières peuvent paradoxalement participer à la dévalorisation, voire à la crise du constitutionnalisme africain.

Mais contrairement aux coups d'Etat, l'insurrection populaire vise, dans de très nombreux cas, la défense de l'intangibilité des dispositions constitutionnelles. Elle est l'œuvre d'une société civile qui ne veut plus être apathique, résignée face à la violation des normes ou des dispositions intangibles. L'échec ou le succès de l'insurrection peut entraîner la disparition des dispositions intangibles. Les acteurs politiques, à l'issue de la crise générée par l'insurrection, mettent généralement en œuvre un dialogue politique pouvant aboutir à un consensus national. Ces accords politiques dont la nature juridique est discutée, voire critiquée, peuvent mettre un terme ou contribuer à dévaloriser l'intangibilité, avec en prime, la mise en œuvre d'une para Constitution pour tenir en échec certaines dispositions constitutionnelles.

En définitive, l'intangibilité peut contribuer à la défense et à l'illustration de l'Etat de droit en Afrique. Mais, elle a aussi contribué à l'instabilité politique et à l'insécurité juridique dans certains Etats africains.

Je vous remercie.