

Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle en Afrique

Mamadou Yaya DIALLO
Enseignant-chercheur en Droit public
Université Cheikh Anta DIOP de Dakar /Sénégal

Le recours au contrôle de proportionnalité¹ constitue un signal emblématique de l'évolution de l'office du juge constitutionnel dans une Afrique où la protection des droits fondamentaux, la stabilité du droit et la démocratie constitutionnelle sont devenues des préoccupations légitimes². L'introduction de la technique de proportionnalité dans le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et de l'administration est le fruit de l'interprétation judiciaire³ des textes devenue l'enjeu du contentieux constitutionnel⁴. D'ailleurs, abordant la question de l'interprétation, le Conseil constitutionnel français déclarait, dans sa décision du 24 juillet 1991 qu' « *il lui appartenait de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité*⁵ ». Le contrôle de proportionnalité est une illustration du renouveau du droit et du contentieux constitutionnel africains, contrairement à certains pays européens dont la Grande Bretagne où il remonte au XVème siècle⁶.

En Afrique, notamment, dans la plupart des pays sélectionnés⁷, à savoir, l'Afrique du Sud, le Bénin, le Congo, le Gabon, Madagascar, le Maroc, le Mozambique, le Niger et le Sénégal, la proportionnalité n'est pas expressément prévue par les constitutions⁸. L'on voit que la grande influence des juridictions constitutionnelles tient bien davantage à leur fonction de juge qu'aux textes⁹. Ce qui fait dire au juge Paul MARTENS qu' « *en autorisant le juge à apprécier le raisonnable et à mesurer la proportion, on lui donne l'instrument capable de recalibrer la totalité de l'œuvre normative*¹⁰ ».

Toutefois, c'est le lieu de préciser que, dans cadre de cette réflexion, il s'agit de combiner la démarche empirique reposant sur l'analyse des jurisprudences constitutionnelles des Etats retenus dans l'échantillon avec les positions doctrinales. Ce qui permettra de comprendre

¹AIVO F J., « Contribution juridictionnelle à la protection des droits fondamentaux », in *Afrilex mai* 2016

² Les nouvelles constitutions africaines issues des conférences nationales comme celles ayant connu des modifications se sont révélées généreuses en matière de droits et libertés et ont prévu l'institutionnalisation de la justice constitutionnelle. Ces deux paramètres ont contribué, non seulement, à l'appropriation de la Constitution par les citoyens mais également au développement des recours devant les juridictions constitutionnelles pour le respect des droits dont ils sont dépositaires. Voir AIVO F J., « La fracture constitutionnelle, critique pure du procès en mimétisme », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique, Mélanges en l'honneur de M AHANHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 33-46

³ROUSSEAU. D, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., p.142 ; Voir aussi AGUILA Y., « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n°21, 1995, p.16

⁴ Ibidem

⁵ Conseil constitutionnel français, Déc. n° 91-298 du 24 juillet 1991

⁶BJORGE. E, « La Cour suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom », in *RFDA* 2017, p.213.

⁷Le rejet de certains pays comme le Cameroun, le Mali, le Tchad et le Togo du champ d'études s'explique par le fait qu'à l'issue de dépouillement des jurisprudences constitutionnelles, nous n'avons pas pu trouver de décisions dans lesquelles le juge constitutionnel de ces pays a fait recours à la technique du contrôle de proportionnalité.

⁸ La plupart des Constitutions, en Afrique, n'ont pas expressément prévu la proportionnalité, excepté Madagascar (art 10) et l'Afrique du Sud (art 36).

⁹ PACTET P., « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges FAVOREU L.*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1373-1386

¹⁰ MARTENS. P, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », X, *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp.49-68

comment s'est opérée la *réception du contrôle de proportionnalité en Afrique*¹¹. Mais pourquoi retenir autant de pays dans l'échantillon autour duquel nous entendons bâtir notre réflexion et analyse ?

La perspective comparatiste retenue ici permet de comprendre que malgré des traditions juridiques différentes de pays francophone, anglophone et lusophone, une constante demeure : partout, on assiste à l'accroissement des pouvoirs du juge, lequel est dicté par la légitime et noble ambition d'assujettir les instances dirigeantes au respect de la norme constitutionnelle et, plus précisément, celle qui protège les droits fondamentaux. Le choix de pays anglophone (Afrique du Sud), francophone (Bénin, Congo, Gabon ...) et lusophone (Mozambique) trouve ses explications dans la variabilité du volume du contentieux en fonction des pays, dans l'évolution de l'attitude du juge constitutionnel à l'égard des pouvoirs publics et dans l'idée que le contrôle transcende les traditions juridiques et institutionnelles différentes d'un Etat à un autre. Il est vigoureusement mis en œuvre dans certains Etats et, dans d'autres, on note une certaine faiblesse : il s'agit pour le juge de s'assurer que la mesure envisagée par l'administration ou le législateur est en adéquation avec les objectifs poursuivis, elle est nécessaire et, enfin, elle n'est pas disproportionnée. Le choix du Maroc, parmi les Etats du Maghreb, n'est pas le fruit du hasard mais plutôt une volonté délibérée de rendre compte de l'évolution des mentalités qui s'est opérée récemment dans ce pays¹².

En réalité, la réflexion engagée dans cet exercice tient au fait que le contrôle de proportionnalité, tout en apparaissant un comme un contrôle de la limitation de l'exercice des droits fondamentaux, a permis le passage, en Afrique, d'une sous protection des droits fondamentaux à une sur protection de ceux-ci. Le temps semble venu de considérer que la protection des droits fondamentaux, en Afrique, revêt une importance considérable dans nos sociétés soucieuses d'assurer le respect des droits de l'homme et de la démocratie. De ce point de vue, le contrôle de proportionnalité offre, désormais, aux justiciables des avantages que les moyens traditionnels¹³ de contrôle sont incapables d'offrir. Il crée une nouvelle dynamique qui participe du renouveau¹⁴ du droit constitutionnel africain et, dans le même temps, met en exergue la normativité des droits fondamentaux¹⁵. Ces privilèges accordés aux justiciables interviennent dans un contexte où l'analyse juridique, en Afrique, va au-delà des textes constitutionnels et accorde une place privilégiée au droit jurisprudentiel tiré de la production des juridictions constitutionnelles. Ce qui fait dire à Ismaila Madior FALL que « *le droit en Afrique c'est le droit résultant des textes, mais c'est aussi de plus en plus un droit vivant dit par le juge*¹⁶ ». Le juge, grâce à l'exercice de la fonction qui lui est assignée, crée le droit en interprétant la

¹¹Cette réception s'est réalisée grâce au rapprochement des systèmes juridiques contemporains et de ce que le professeur Xavier PHILIPPE appelle le *transconstitutionnalisme*. L'Afrique n'est pas insensible au renouveau du droit constitutionnel et des techniques de contrôle qui se développent sous l'impulsion du juge constitutionnel. Voir ACHOUR R B.,(dir.), Rapport introductif, in *Le droit constitutionnel normatif, développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 2

¹² Ce pays où la négation des droits fondamentaux de la femme était justifiée par l'attachement à des traditions sociales, culturelles et culturelles s'est résolument tourné vers la protection des droits de toutes les composantes de la société.

¹³Les moyens traditionnels renvoient au contrôle vertical de conformité des normes inférieures aux normes supérieures. Dans ce type de contrôle, le juge constitutionnel sanctionne la non-conformité de la loi par l'annulation ou rejette la requête introduite par le requérant.

¹⁴Expression utilisée pour intituler les Mélanges offerts au Professeur Louis FAVOREU, *Le renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 1774 pages

¹⁵ROUSSEAU D, « Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle », BEN ACHOUR R., (dir.), *Le droit constitutionnel normatif, développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 19-29.

¹⁶ FALL I.M, « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique francophone. Réflexion sur une norme particulière », *RBSJA*, n° 32, 2014, p. 188 ; Voir également AÏVO F J., « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1-2012, p. 162.

constitution¹⁷. Dès lors, les juridictions constitutionnelles peuvent, aujourd'hui être considérées comme des organes de production du droit dans tous les domaines¹⁸.

De même, nous pouvons constater que le contrôle offre au juge constitutionnel la possibilité d'examiner non seulement les normes infra-constitutionnelles, mais aussi les normes infra-législatives¹⁹. Cette pratique constitue une spécificité du droit de certains pays africains²⁰ qui, sur cette question, sont en avance sur la France longtemps apparue comme la source d'inspiration tant du point de vue normatif qu'institutionnel²¹. Ce contrôle, connu en droit administratif et droit européen, suscite une curiosité intellectuelle et scientifique en droit constitutionnel et, notamment, en droit constitutionnel jurisprudentiel.

Néanmoins, il est indispensable de tenir compte de la position spécifique des juridictions constitutionnelles²² dans le système politico-juridique de chaque Etat²³. En effet, la rigueur de la démarche comparatiste en droit public exige de tenir compte de la situation particulière de chaque juridiction²⁴ dans l'architecture institutionnelle dans chacun des Etats considérés.

Le contrôle de proportionnalité renvoie à l'examen, par le juge, du degré du lien qui unit deux ou plusieurs éléments de la norme contrôlée²⁵. Il implique la recherche d'un équilibre entre exigences au sacrifice desquelles le juge ne peut se résoudre au-delà d'un certain seuil²⁶. Il permet au juge de s'autoriser un potentiel de contrôle²⁷ qui pourrait avoir un fort retentissement, notamment, lorsqu'il examine la nécessité des mesures ou l'adéquation entre la fin et les moyens employés par le législateur au regard d'objectifs ayant valeur constitutionnelle²⁸. Par exemple, le Conseil constitutionnel français a considéré qu'« *il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public*

¹⁷ NGAMOU D., « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique, Mélanges offerts à AHANHANZO-GLELE M*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 687-715

¹⁸ ANDZOKA. S.A., « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC* 2017, n° 110, p.300

¹⁹ A la différence de la France, le contrôle de proportionnalité est effectué, en Afrique, par le juge constitutionnel aussi bien à l'égard des lois mais aussi des actes et agissements de l'administration susceptibles de porter atteinte aux droits des administrés.

²⁰ C'est le cas du Bénin (article 3 de la Constitution de décembre 1990), du Gabon (article 84 et 85 de la constitution de février 1991), etc.

²¹ Aujourd'hui, le regard des pays africains et, plus précisément de leur juge, est tourné vers des pays comme l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie qui, en matière de droits fondamentaux, ont connu des progrès considérables malgré leur passé peu glorieux en la matière.

²² Il y a des juridictions constitutionnelles animées par la volonté de changer non seulement les moyens et outils de contrôle mais aussi d'être les protecteurs des citoyens face à l'arbitraire législatif ou administratif. Comme exemple, nous pouvons citer les Cours constitutionnelles de l'Afrique du sud, du Bénin, de Madagascar. En revanche, il y a des pays où les juges constitutionnels apparaissent comme des assistants des pouvoirs publics et où le contentieux est très peu développé. C'est dire que la place du juge dans l'architecture institutionnelle de chaque pays pourra impacter le volume du contentieux.

²³ Voir SY. P.M., *La justice constitutionnelle en Afrique : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de doctorat, Dakar, 1998, 414p ; SY. M.M., *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal*, Thèse, L'Harmattan, 2007 ; AIVO F. J., « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », op.cit ; HOLO TH., « Emergence de la justice constitutionnelle », *La démocratie en Afrique, Pouvoirs* n° 129, 2009, pp. 101-114

²⁴ En Afrique du Sud, la constitution a doté le juge constitutionnel de pouvoirs considérables. Il en est de même du Bénin et du Gabon.

²⁵ Voir LEBIHAN. V. G., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques », *JP*, n° 7, 2012, p. 1 ; BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », in *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol 59, n°4, pp. 859-877

²⁶ Ibidem

²⁷ HABIB L., « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1986, p.695 et s.

²⁸ Ibidem

*nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnelles garanties*²⁹ ».

Dans cette configuration, le contrôle de proportionnalité est dans « *la recherche d'un difficile équilibre entre la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties*³⁰ ». Ainsi, les exigences d'adéquation³¹ de nécessité³² et de proportionnalité au sens strict³³ deviennent les paramètres à la lumière desquels le juge constitutionnel contrôle la validité juridique des actes des pouvoirs publics. Il convient de signaler que, même si le contrôle de proportionnalité a pris ses formes dans le contentieux administratif³⁴, le juge constitutionnel les a reprises en les adaptant à la spécificité de ses tâches et de ses missions.

Cependant, il a suscité des réactions doctrinales³⁵ d'une grande ampleur. Ce qui, sans doute, témoigne, non seulement, de son intérêt pour la science juridique mais aussi pour le droit constitutionnel moderne. Selon Xavier PHILLIPPE³⁶, la proportionnalité peut être analysée sous deux formes. Dans la première, elle est prévue par la constitution et confère, pour cette raison, au juge un titre juridique sous le couvert duquel il est autorisé à y recourir et à l'intégrer dans ses instruments de contrôle. On parle dans ce cadre de proportionnalité normative³⁷. Kossivi HOUNAKE, quant à lui, considère que « *le contrôle de proportionnalité est le garant du rapport entre la protection qui est due à une liberté et l'atteinte qui peut lui être portée au regard de l'objectif à atteindre*³⁸ ».

En revanche, dans la deuxième hypothèse qui est la plus récurrente en Afrique, le juge exerce son contrôle dans un domaine où une telle exigence n'est pas explicitement prévue par le texte constitutionnel³⁹. Sous cette forme, le contrôle de proportionnalité devient une technique

²⁹ THIBAUT. V, *Le raisonnement du juge constitutionnel*, Thèse, Université de Lyon II, 2011, p.131

³⁰ Voir CC 79-105 DC du 25 juillet 1979, décision dite droit de grève à la radio-télévision ou ce droit est opposé à la continuité du service public qui ont tous deux une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel dit dans le premier considérant que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public, qui comme le droit de grève, a le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle ».

³¹ L'exigence d'adéquation postule l'idée que la mesure adoptée doit être a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but visé. Voir sur la question GOESEL- LEBIHAN V., « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du conseil constitutionnel », *RFDC*, n°98, 2014, pp. 269-291

³² La nécessité de la mesure signifie qu'elle ne doit pas être plus restrictive que ne l'exige le but poursuivi. Ce qui suppose que le choix d'une mesure moins contraignante pour les personnes concernées ou pour la collectivité n'aurait pu permettre d'atteindre à l'identique l'objet visé

³³ A supposer que la mesure soit nécessaire, encore faut-il qu'elle ne soit hors de proportion avec le résultat recherché. Ce qui implique une mise en balance des charges créées et des avantages apportés par la réalisation de l'objectif poursuivi. Voir GOESEL-LEBIHAN V., « Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC* 2001/1 n°45, pp.67-83

³⁴ KALFLECHE G, « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », *Les Petites affiches* n° 46, spécial, 5 mars 2009, pp. 46-53.

³⁵ PHILIPPE X, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, coll « sciences et droit administratif », Economica, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1990, p.498 ;

³⁶ PHILIPPE X., « Le juge constitutionnel et la proportionnalité en Afrique du Sud », Aix-en-Provence, 4-5 septembre 2010, *AJIC*, 2010, p.87. et s ;

³⁷ Ibidem

³⁸ HOUNAKE. K, « L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue togolaise de sciences juridiques*, janv. Juin 2015, pp. 155-172

³⁹ La plupart des pays d'Afrique n'ont pas expressément fait mention de la proportionnalité dans leurs constitutions. Evidemment, il y a certaines dispositions (par exemple celles qui prévoient la nécessité de verser une indemnité avant la réalisation de l'opération d'expropriation) qui font vaguement allusion au principe. C'est le cas du Bénin, du Congo, du Gabon et du Sénégal.

juridictionnelle⁴⁰, fruit du pouvoir interprétatif et normatif⁴¹ du juge constitutionnel. C'est cette logique opératoire que l'on retrouve exprimée dans la formule choisie par Petr MUZNI, à savoir la *technique de proportionnalité*⁴². Ce dernier définit la proportionnalité comme un « *mode normatif concret et effectif de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes a priori concurrents* »⁴³.

Le contrôle proportionnalité est, d'un point de vue classique, une technique utilisée par le juge administratif⁴⁴, le juge communautaire⁴⁵. Il s'est également étendu au droit constitutionnel grâce au pouvoir normatif du juge constitutionnel. C'est une technique nouvelle de contrôle qui, en Afrique, entraîne la perturbation du schéma classique du contrôle de constitutionnalité longtemps considéré comme un contrôle de terme à terme⁴⁶ et dans le cadre duquel le juge ne dispose que de deux possibilités : annulation ou rejet⁴⁷. Ce qui a poussé Michel VERPEAUX à déclarer que « *le contrôle a dévié d'une trajectoire verticale entre deux étages de la pyramide des normes, la norme de contrôle et la norme contrôlée, vers une trajectoire horizontale au sein d'un même étage de cette pyramide, la norme contrôlée dans laquelle il tient compte d'un effet de seuil* »⁴⁸. La jurisprudence constitutionnelle, quant à elle, s'entend de *l'ensemble des décisions de justice constitutionnelle présentant un degré de généralité et susceptibles d'application à un nombre en principe indéterminé de cas d'espèce*⁴⁹.

Par conséquent, l'étude sera centrée sur les productions des juridictions constitutionnelles des pays figurant dans l'échantillon indiqué un peu plus haut. Précisons, à cet égard, que cette réflexion s'inscrit globalement dans une séquence temporelle déterminée, notamment, celle qui a vu naître et se développer les juridictions constitutionnelles spécialisées avec des compétences renforcées⁵⁰ et précisées par les nouvelles constitutions issues de ce que Dodzi

⁴⁰ Le Juge constitutionnel a fait du contrôle un outil de protection des libertés, d'approfondissement et de consolidation de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

⁴¹ BLACHER P., « Vers un gouvernement du juge constitutionnel ? », *AJDA*, 2010, p.465

⁴² La proportionnalité devient un outil créé par et pour le juge de manière à améliorer le contrôle juridictionnel du législateur et de l'administration.

⁴³ MUZNI P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit, p.246

⁴⁴ En droit administratif, le contrôle de proportionnalité est apparu avec l'arrêt *Benjamin* rendu en 1935, renforcé par l'arrêt *Ville Nouvelle Est* rendu en 1971 dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Traditionnellement, il s'agissait, pour le juge, de contrôler la proportionnalité entre la gravité des faits et le quantum de la sanction et non la limitation des droits. Voir sur ce sujet FROMENT. M., « Le principe de proportionnalité », in *AJDA spécial*, 20 juin 1995, p.156 ; GUIBAL. M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 486 et s ; PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité devant les juridictions constitutionnelles et administratives*, Economica, PUAM, Paris, 1990, p. 498.

⁴⁵ MUZNI P., *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, éd. PUAM, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, faculté de droit et de science politique, t. 2, 2005, 734p.

⁴⁶ LUCHAIRE. F., « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP* 1967, p.46

⁴⁷ Voir VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle*, Paris, LGDJ 1999, p. 45. KEBE. A. A., « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des pays d'Afrique francophone », *Annales Africaines, Nouvelle Série*, Vol. 1, avril 2015, pp. 255-294.

⁴⁸ VERPEAUX. M., Préface de l'ouvrage de DUCLERC J.P., *Les mutations du contrôle de proportionnalité*, LGDJ, Paris, 2015, 537 pages

⁴⁹ TROPER M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p.10

⁵⁰ AHADZI-NONOU K. « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique*, op. cit, pp.63-72 ; Voir BOURGI. A., « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », in *RFDC*, n° 52, 2002 ; FALL I M., *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, 310 pages ; DU BOIS DE GAUDUSSON J., « Défense et illustration du constitutionnalisme après quinze ans de pouvoir », in *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges offerts à FAVOREU L.*, Paris, Dalloz, 2007, pp.609-627, KPODAR A., « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique*, op.cit, pp.89-126, CABANIS A., « Les Cours et Conseils constitutionnels

KOKOROKO appelle *la grande saison constitutionnelle*⁵¹. En conséquence, l'activité des chambres constitutionnelles, qui existaient au sein des cours suprêmes en Afrique, du début des indépendances jusqu'à la fin des années 80 et qui subsistent encore dans certains pays, n'est pas prise en compte par la présente réflexion.

C'est pourquoi, il paraît judicieux de répondre à la question suivante : quels sont les traits pertinents de la conception du contrôle de proportionnalité qui se dégagent du travail jurisprudentiel du juge constitutionnel africain ? Autrement dit, quelles sont les tendances qui se dégagent de la production jurisprudentielle du juge constitutionnel africain en matière de contrôle de proportionnalité ? Autrement dit quels sont les domaines de prédilection de ce contrôle ? La compétence du juge en la matière s'exerce-t-elle sur toutes les matières qui ressortissent de ses attributions où bien se restreint-elle seulement à certains domaines privilégiés ? Comment arrive-t-il à réaliser le juste équilibre entre la défense des droits individuels et la nécessité de protéger l'intérêt général ? Son contrôle atteint-il la même intensité quel que soit l'organe émetteur de la norme ?

En fait la question essentielle qui se pose est de savoir si la technique de contrôle de proportionnalité permet au juge africain de remplir son rôle de gardien de la sécurité et de la liberté des citoyens tout en évitant le piège du gouvernement des juges.

En réponse, il apparaît que le contrôle de proportionnalité en Afrique permet de s'interroger sur l'office du juge constitutionnel⁵², ses techniques et méthodes et sa contribution à la concrétisation de la suprématie du texte constitutionnel et de la protection des droits fondamentaux. Ce faisant, il permet de comprendre comment le juge constitutionnel en Afrique, notamment, de l'Afrique du Sud et du Bénin, s'est frayé un chemin qui, aujourd'hui, peut être emprunté par d'autres pays, y compris certains pays occidentaux, en matière de protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

En réalité, il résulte du dépouillement de la jurisprudence constitutionnelle que les droits fondamentaux, le droit électoral et le droit des finances publiques constituent l'assiette du contrôle de proportionnalité. En revanche, dans d'autres pays comme la Belgique et la Suisse, le contrôle peut porter sur la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités infra-étatiques⁵³. Ce qui n'est pas le cas en Afrique où le champ d'application du contrôle reste relativement limité et où les conflits institutionnels de compétence entre Etat fédéral et entités fédérées sont quasi rares⁵⁴ pour ne pas dire inexistant. C'est pourquoi, le contrôle de proportionnalité est un contrôle ciblé (I) dans l'exercice duquel le juge constitutionnel déploie un trésor d'imagination pour produire des techniques variables, fruits de l'intensification de son contrôle (II).

modernes régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique ? », in *Mélanges offerts au Professeur WODIE F.*, Presses universitaire de Toulouse I Capitole, 2016, pp.96-110.

⁵¹ KOKOROKO D, « L'idée de Constitution en Afrique », *Afriques contemporaines*, n° 242, 2012, p.117 ; YEDO. S. L., « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionnalisme ou constitutionnalisme de crise », in *Mélanges offerts au Doyen WODIE F.*, op.cit, pp. 336-359.

⁵² Voir sur cette question EMMANUEL D E, « Le pouvoir normatif de la cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *RDJ*, n° 6, 2015, pp.1583-1626.

⁵³ En Belgique, le juge utilise la proportionnalité pour asseoir l'équilibre des pouvoirs constitutionnels conférés à l'Etat fédéral et aux entités fédérées.

⁵⁴ La rareté de ces conflits est due à la structure de nos Etats qui, pour l'essentiel, sont des Etats unitaires décentralisés.

I. Un contrôle ciblé

Il ressort de la jurisprudence dépouillée que ce contrôle qui apparaît, à bien des égards, comme une construction prétorienne, porte principalement sur les droits fondamentaux (A) et accessoirement sur d'autres branches du contentieux constitutionnel (B).

A. Un contrôle portant principalement sur les droits fondamentaux

Les juridictions constitutionnelles ne sont pas, en Afrique, saisies dans les mêmes proportions. Dans certains pays, le contentieux constitutionnel relatif aux droits fondamentaux est important et, dans d'autres, il est marginal en termes de quantité. C'est un contentieux au volume variable⁽¹⁾. Par ailleurs, l'exercice des droits fondamentaux se trouve parfois restreint en raison de certaines circonstances soit par le parlement, soit par l'administration. Face à une telle situation, les recours introduits par les requérants apparaissent comme des moyens de contester les restrictions de l'exercice des droits dont ils sont titulaires⁽²⁾.

1. La variabilité du volume du contentieux

La *générosité*⁵⁵ des nouvelles constitutions en matière de droits et libertés, conjuguée à l'irruption des juridictions constitutionnelles explique l'importance que revêt la protection jurisprudentielle des droits fondamentaux devenue une nécessité impérieuse⁵⁶. Cette protection paraît variable en fonction des systèmes juridiques des pays concernés et du fonctionnement de leurs juridictions constitutionnelles. C'est pourquoi, le volume du contentieux est différent d'un pays à un autre. Cette variabilité du volume du contentieux est essentiellement tributaire de trois facteurs : d'abord, l'autorité et la place du juge dans l'architecture institutionnelle de chaque pays africain, ensuite, l'accès au juge constitutionnel et enfin l'objet des recours adressés au gardien juridictionnel de la Constitution.

Interprètes légitimes de la constitution⁵⁷, norme suprême dans l'Etat, principe de toute validité juridique⁵⁸, les juridictions constitutionnelles des Etats africains, qu'il s'agisse d'Etats francophones, anglophones⁵⁹ et lusophones⁶⁰, se sont forgées, à l'instar des juridictions des grandes démocraties,⁶¹ sous l'effet du contrôle de proportionnalité, l'image de juges protecteurs des droits et libertés⁶² reconnus par les Constitutions. Par exemple, en Afrique du Sud⁶³, au

⁵⁵YONABA. S, « La place des droits de l'homme dans la nouvelle Constitution burkinabé », *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à VELU J.*, Tome II Bruxelles, Bruylant, 1992, p.1224

⁵⁶Le renouvellement constitutionnel a vu la participation de nombreux africains à l'élaboration de la norme constitutionnelle, à la formalisation et à l'effectivité de leurs droits. Il s'est opéré une véritable appropriation des droits fondamentaux de la part des citoyens

⁵⁷TROPER. M, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 173

⁵⁸EISENMANN C., *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse, Paris, LGDJ, 1928, p. 22

⁵⁹ Le pays anglophone retenu dans le cadre de cette réflexion est l'Afrique du Sud

⁶⁰ Le pays lusophone retenu est le Mozambique

⁶¹Les juridictions constitutionnelles réputées, en Europe, pour leur contribution à la protection des droits fondamentaux et au développement du droit jurisprudentiel des libertés sont celles de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de l'Italie et de la France.

⁶²FALL A. B., « Le juge constitutionnel béninois, avant garde du constitutionnalisme africain? », *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, op.cit, pp. 717-728

⁶³Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, .CCT/3/94, 6 juin 1995, *The State v. T Makwanyane and M Mchunu*. La jurisprudence constitutionnelle sud-africaine a inauguré, dans cette décision, le recours au contrôle de proportionnalité. Elle a entériné un choix de société en déclarant l'inconstitutionnalité de la peine de mort.

Benin⁶⁴, au Gabon⁶⁵, et à Madagascar⁶⁶, le juge constitutionnel a construit, dans le cadre de l'exercice de sa mission de régulateur du système, une réputation de juge interventionniste⁶⁷ doté de l'autorité nécessaire à la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. D'ailleurs, dans ces pays, l'étude du contentieux relatif à la protection des droits fondamentaux par le juge constitutionnel offre l'occasion de constater la quantité⁶⁸ et la qualité⁶⁹ des décisions rendues en matière de contrôle de proportionnalité⁷⁰.

En revanche, dans les autres pays retenus dans l'échantillon, le juge constitutionnel n'est pas perçu comme un juge révolutionnaire animé d'une volonté résolue de faire œuvre prétorienne, de s'attribuer délibérément la noble mission de défenseur des droits fondamentaux. Il est souvent amené à faire des interprétations littérales de ses attributions et dispose de compétences générales⁷¹. C'est pourquoi, le contentieux des droits fondamentaux y demeure relativement faible⁷² et n'est agité que de façon incidente à l'occasion d'un procès⁷³. Dans ces pays, le rôle du juge constitutionnel se résume à la résolution des contentieux institutionnels et à donner des conseils à l'autorité politique dans l'exercice du pouvoir d'Etat⁷⁴.

Par ailleurs, la variabilité du volume du contentieux est subordonnée aux modalités de saisine du juge constitutionnel. Il est constaté que, dans les pays africains⁷⁵ qui se sont inspirés des

⁶⁴Voir Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 97-045 du 13 février 1997 Pedersen Sven. Dans cette décision, le juge constitutionnel a estimé que la liberté d'aller et de venir prévue par la Constitution ne peut faire l'objet de restrictions qu'à la condition que celles-ci soient prévues par la Constitution elle-même et régies par la loi.

⁶⁵Décision n° 56/CC du 21 décembre 2001. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle considère que, du fait d'une épidémie de fièvre hémorragique virale de type Ebola, le report des élections apparaît comme une nécessité, laquelle est une composante de la proportionnalité.

⁶⁶Décision n° 02-HCC/D2 du 04 juin 2007. Dans cette décision, la Haute Cour constitutionnelle considère que l'exercice des droits et Libertés est susceptible de restrictions.

⁶⁷Les juridictions constitutionnelles de l'Afrique du Sud et du Bénin sont connues pour leur engagement au service de la protection des droits et libertés. En Afrique du Sud et au Bénin, au Gabon et à Madagascar, la défense juridictionnelle des droits fondamentaux et des libertés, occupe, sans nul doute, une place privilégiée dans la constitution de ces pays. C'est pourquoi, le juge constitutionnel est un rouage extrêmement important du dispositif de promotion et de consolidation de l'Etat de droit. Voir à ce sujet, De BECHILLON D (dir.), *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 24, Paris, Dalloz, 2008.

⁶⁸ En Afrique du Sud, au Bénin et au Gabon, il est enregistré plus d'une quinzaine de décisions rendues dans le cadre du contrôle de proportionnalité et, dans les autres pays, la moyenne tourne autour de cinq. Nous avons sélectionné et exploité les jurisprudences qui nous paraissent pertinentes et qui sont nature à rendre compte de l'évolution de la technique et du raisonnement du juge constitutionnel.

⁶⁹Deux décisions permettent d'éclairer sur cette question : la décision makwanyane rendue par la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud par laquelle elle a jugé anticonstitutionnelle la peine de mort, et celle prononcée par la Cour constitutionnelle du Bénin dans l'affaire Adèle FAVI où elle a jugé disproportionné le traitement infligé à Madame FAVI par la garde présidentielle.

⁷⁰ La nature des pouvoirs du juge et la nécessité d'un contrôle efficient de l'action des pouvoirs publics ont constitué un terrain favorable à son implantation.

⁷¹ KANTE B., « Les droits fondamentaux constituent-ils une nouvelle catégorie juridique en Afrique ? », in *Mélanges FLAUSS J F., L'homme et le droit*, Paris, Pedone, 2014, pp. 445-462.

⁷² KANTE. B., « La justice constitutionnelle face à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in *Actes du Colloque international de l'ANDC*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 21-40.

⁷³ Dans ces pays la quantité de décisions rendues par les juridictions constitutionnelles est faible. Pourtant, elles restent utiles à l'analyse juridique.

⁷⁴ SOMA. A., « Le statut du juge constitutionnel africain », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de AHANHANZO-GLELE M*, op.cit, pp. 451-480.

⁷⁵ La densité des textes constitutionnels est de nature à accroître l'autorité et l'audace du juge constitutionnel. Ainsi, dans les pays comme l'Afrique du Sud, le Madagascar, le Mozambique où la proportionnalité est une prescription constitutionnelle, le juge constitutionnel met en œuvre son pouvoir juridictionnel et, ce faisant, échappe à certaines critiques, notamment, celle d'un gouvernement des juges se matérialisant par la substitution du juge au législateur

modèles allemand⁷⁶ et espagnol⁷⁷ caractérisés par la démocratisation de l'accès des citoyens au prétoire du juge constitutionnel, le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux est plus important. A cet égard, la Cour constitutionnelle du Bénin pouvait affirmer que « *la saisine de la Cour constitutionnelle par une personne physique ou morale a pour seul objet la protection des droits fondamentaux et libertés publiques*⁷⁸ »

Aujourd'hui, il ne fait pas l'objet de doute que le juge constitutionnel de l'Afrique du sud⁷⁹, du Bénin, du Gabon et de Madagascar, du fait de l'ouverture des voies de recours⁸⁰, peut contribuer à réécrire le droit constitutionnel⁸¹, à lui assigner un rôle nouveau de protecteur des droits et libertés. A cet égard, la singularité des recours directs devant certaines juridictions constitutionnelles participe à la fois de la vulgarisation du droit constitutionnel et des droits fondamentaux ainsi que de la vitalité de la justice constitutionnelle⁸². Le revers est que l'on fait face à une *montagne de recours* pouvant encombrer inutilement le prétoire de la Cour et compromettre ainsi l'efficacité de son action en matière de protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

Toutefois, il importe de signaler que ce n'est pas parce que le recours direct, au profit des citoyens, n'existe pas que la protection des droits fondamentaux va en souffrir. En France, en matière de protection des droits fondamentaux, nul ne doute du rôle grandissant du Conseil constitutionnel dont la saisine est, pourtant, réservée initialement aux requérants institutionnels⁸³ avant d'être étendue aux citoyens à la faveur de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant la question prioritaire de constitutionnalité. Cette dernière est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou à une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés prévus par la Constitution⁸⁴.

En Afrique, à la faveur de l'exception d'inconstitutionnalité⁸⁵, quelques juridictions ont rendu de bonnes décisions⁸⁶ en matière de proportionnalité. Ce recours représente un outil privilégié

⁷⁶DITTMANN. A, « Le recours constitutionnel en droit allemand », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, pp. 72-81.

⁷⁷BAAMONDE. M. E. C, « Le contrôle de constitutionnalité, l'expérience espagnole », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, hors-série, Colloque du cinquantenaire*, 3 novembre 2009.

⁷⁸Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 011/CC du 19 juin 1992.

⁷⁹Dans son article précité portant sur le pouvoir normatif de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, Delphine Edith EMMANUEL considère que les droits de l'homme constituent des outils dont se sert la Cour constitutionnelle sud-africaine pour transformer la société.

⁸⁰L'article 172 (2) (C) de la Constitution de 1996 dispose que « tout justiciable, personne physique, personne morale de droit public ou droit privé, peut s'adresser à la Cour constitutionnelle par voie de requête individuelle, soit par voie d'appel d'un jugement rendu par un juge ordinaire sur une question constitutionnelle ; au Bénin et au Gabon, respectivement les articles 117 et 85

⁸¹Aujourd'hui, la réflexion en droit constitutionnel africain ne peut faire fi du contentieux constitutionnel, notamment des droits fondamentaux. Le juge constitutionnel devient de plus en plus audacieux et est déterminé à faire évoluer son office. Par exemple, le juge constitutionnel béninois a affirmé, dans la décision Alphonse MENONPINZO rendue en 2009, que ses décisions font partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

⁸²AIVO G., « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de AHANHANZO-GLELE M*, op. cit, pp. 535-565.

⁸³CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 11-22

⁸⁴Voir JACQUELOT F., « La procédure de la QPC », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013/3 n°40, pp. 5-36.

⁸⁵Il convient de souligner que le contrôle diffus américain est la vraie exception d'inconstitutionnalité alors que la version africaine de caractère centralisé relève plus de la question préjudicielle.

⁸⁶Deux décisions rendues par les juridictions constitutionnelles permettent d'éclairer sur ce point : Voir Conseil constitutionnel du Maroc, Décision n° 817/2011 du 13 octobre 2011 ; Voir également Conseil constitutionnel du Sénégal Aff.3/C/96 et 4/C/96 du 1996.

de protection des droits fondamentaux⁸⁷ en ce qu'il permet de purger de *l'ordre juridique* des pays concernés de lois liberticides ayant échappé au contrôle *a priori*.

Enfin, la variabilité du contrôle de proportionnalité tient à l'objet du recours dans les différents pays sélectionnés, à la configuration des normes évoquées et aux attributions des juridictions constitutionnelles⁸⁸. L'observation de l'évolution du contrôle de proportionnalité permet de dégager deux tendances : d'une part, un contrôle assez important⁸⁹ dans les pays comme le Bénin, l'Afrique du Sud, le Gabon, et Madagascar où le litige peut trouver sa source aussi bien dans un acte juridique⁹⁰ que dans un fait juridique⁹¹, d'autre part, les pays où les juridictions constitutionnelles restent cantonnées aux compétences classiques, à savoir le contrôle de constitutionnalité des lois, le contrôle juridictionnel des actes et agissements de l'administration relevant de la compétence naturelle des juridictions administratives⁹².

Cependant, que le contrôle de proportionnalité des actes des pouvoirs publics s'effectue directement ou de façon incidente, le juge constitutionnel y trouve toujours le moyen de contrôler la restriction de l'exercice des droits dont le citoyen est dépositaire.

2. Le contrôle de la restriction de l'exercice des droits fondamentaux

La conduite et l'évolution des sociétés démocratiques exigent que le législateur puisse régler les conditions d'exercice des droits et libertés des citoyens dans certaines situations déterminées⁹³. En effet, les libertés et droits garantis⁹⁴ par les textes constitutionnels ne sont pas absolus. A cet égard, Anne LEVADE souligne que « *l'exercice de toute liberté suppose l'établissement de limitations permettant sa mise en œuvre effective et réaliste dans le cadre*

⁸⁷ L'exception d'inconstitutionnalité est une garantie d'une bonne protection des droits fondamentaux, surtout dans nos démocraties où la minorité parlementaire trouve beaucoup de mal à attaquer une loi devant le Conseil constitutionnel, faute de pouvoir atteindre le quorum requis.

⁸⁸ Le contrôle des normes infra-constitutionnelles et infra-législatives⁸⁸ par les juridictions constitutionnelles aide largement à comprendre la place particulière qu'occupe la constitution dans l'Afrique de l'ère de la démocratie et du respect des droits fondamentaux. Ce contrôle juridictionnel a été conforté par la conviction qui s'est développée au sein des peuples des pays d'Afrique et selon laquelle des droits de l'homme sont sacrés et le juge doit en garantir le respect.

⁸⁹ Il y a des pays où la norme fondamentale est plus protectrice des droits et libertés que d'autres. Par exemple l'article 121 al 2 de la constitution béninoise dispose « La Cour constitutionnelle se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques ; en Afrique du Sud, l'article 167 de la Constitution de 1996 reconnaît aux citoyens le droit de saisir la cour constitutionnelle, un droit dont la mise en œuvre est assujettie à des conditions : la question soulevée doit être d'ordre constitutionnel, dans l'intérêt de la justice et du public et avoir des chances sérieuses de succès ; au Mozambique, la Constitution de 2004 prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le Premier ministre, un tiers au moins des députés de l'Assemblée de la République, le procureur de la République et deux mille citoyens mozambicains.

⁹⁰ Le contrôle de proportionnalité est dirigé contre la loi ou l'acte administratif que l'on considère comme contraire à la Constitution soit parce qu'ils ne sont pas appropriés à l'objectif poursuivi, soit qu'ils ne sont pas nécessaires ou ils lèsent gravement des droits ou des libertés. Voir à ce sujet KEUTCHA TCHAPNGA C., « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *RFDC*, 2008/3, n° 75, pp.551-583

⁹¹ Certaines juridictions constitutionnelles sont parfois saisies d'agissements de l'administration préjudiciables aux droits et libertés. Par exemple, l'exercice des mesures de police ne doit pas entraîner une violation des droits et libertés.

⁹² Voir CE, 19 mai 1933, Benjamin : par cette jurisprudence, le Conseil d'État a affirmé son rôle de gardien des libertés publiques et individuelles face aux éventuelles atteintes susceptibles de leur être portées à l'occasion de l'exercice du pouvoir de police administrative

⁹³ Les situations renvoient aux cas où le législateur ou l'administration posent, en temps normal comme en période de circonstances exceptionnelles, des actes restreignant l'exercice des libertés pour assurer la sauvegarde de l'ordre public et la pérennité de l'État

⁹⁴ AIVO F J., « Contribution à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux », op. cit.

*social et les libertés les plus intimes n'échappent pas à un encadrement légal*⁹⁵ ». Mais, faut-il s'assurer que les restrictions législatives⁹⁶ ou administratives⁹⁷ aux droits soient fondées sur les préoccupations légitimes.

Le panorama jurisprudentiel offert par les pays africains, notamment, les pays figurant dans l'échantillon, permet de mettre en évidence trois situations en matière de contrôle de la restriction de l'exercice des droits fondamentaux : d'abord les restrictions justifiées par l'intérêt général, ensuite par l'ordre public et enfin par la conciliation de deux droits d'égale valeur constitutionnelle⁹⁸.

Il apparaît, à la lumière de la tendance jurisprudentielle que le juge constitutionnel, en Afrique, fait de l'intérêt général une condition de la constitutionnalité des restrictions de l'exercice des droits fondamentaux⁹⁹. Les juridictions constitutionnelles exercent un rôle consistant à se limiter le plus souvent à la seule vérification de l'existence d'un but légitime. Leur contrôle laisse penser à l'attitude du juge communautaire européen vis-à-vis des lois étatiques destinées à lutter contre le terrorisme¹⁰⁰. Par exemple, dans sa décision du 07 novembre 2000, la Cour constitutionnelle du Bénin a dit et jugé que « *l'instauration de péage sur la route Cotonou-Porto Novo ne viole pas les libertés d'aller compte tenu de l'importance, du coût de l'ouvrage ainsi que du service rendu et, à ce titre, n'est donc pas contraire à la constitution*¹⁰¹ ». L'idée de proportionnalité se dégage de cette décision de justice à travers la référence implicite à l'intérêt général justifiant une restriction à la liberté d'aller et de venir. La décision revêt une portée pédagogique en ce qu'elle permet de savoir dans quelle mesure le parlement peut valablement restreindre l'exercice d'une liberté.

Au Congo, la Cour constitutionnelle a procédé sans viser expressément le principe de proportionnalité au contrôle de la conformité à la Constitution des articles 336 et 337 du code pénal. En l'espèce, la Cour considère que « *la répression de l'adultère de la femme, de même que l'abandon du domicile conjugal prévus par le code pénal, n'intègre pas des normes positives, l'adultère de l'homme et l'abandon du domicile conjugal de l'homme; que les dispositions critiquées n'ont donc ni pour objet, ni pour effet de nuire au principe d'égalité de l'homme et de la femme consacré par la constitution et les textes internationaux pertinents dûment ratifiés ; qu'il est loisible au législateur se fondant sur l'état des mœurs et l'intérêt général de prévoir la prévention de l'adultère de la femme et de l'abandon du domicile conjugal par la femme sans référence à l'homme* »¹⁰².

⁹⁵ LEVADE A, « L'objectif de valeur constitutionnelle vingt ans après, réflexions sur catégorie juridique introuvable », in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. *Mélange en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz 2003, pp 701-702

⁹⁶ Il s'agit des lois attentatoires aux droits et libertés dont le juge constitutionnel contrôle la conformité à la constitution. Toutes les juridictions constitutionnelles, lorsqu'elles sont saisies, se sacrifient à cette tradition.

⁹⁷ Les actes et agissements de l'administration portent atteinte aux droits et libertés. A ce titre, ils peuvent ouvrir droit à un recours devant les juridictions constitutionnelles de certains Etats. Il en est ainsi de la Cour constitutionnelle Sud-africaine, du Bénin, du Gabon et du Maroc.

⁹⁸ HOUNAKE. K, « « L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », op. cit, p.159

⁹⁹ Dans ce type de contrôle, le juge constitutionnel effectue un contrôle abstrait de la constitutionnalité consistant à déterminer si une norme générale et abstraite conforme aux droits garantis.

¹⁰⁰ Voir CEDH, 6 septembre 1978, Klass c. Allemagne, parag.59.

¹⁰¹ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 01-096 du 07 novembre 2001.

¹⁰² Cour constitutionnelle du Congo, Décision n°1/DCC/SVE/03 du 30 juin 2003.

Cette décision de justice est révélatrice du caractère contingent de l'intérêt général¹⁰³, de son appréciation au cas par cas par le juge, de sa contextualisation¹⁰⁴. En réalité, selon le juge, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur¹⁰⁵, et son contrôle relève du contrôle d'opportunité. Cette décision fait sans doute penser à celle rendue par la Cour constitutionnelle du Gabon dans laquelle celle-ci reconnaît qu'elle n'est pas juge de l'opportunité¹⁰⁶. Le juge constitutionnel sénégalais semble épouser ce raisonnement lorsqu'il affirme dans une affaire dont il est saisi au titre de l'exception d'inconstitutionnalité que « *les limitations au cours des temps au droit de propriété et en tout premier lieu, l'expropriation, sont le fruit d'une évolution dictée par les exigences de préservation de l'intérêt général* ». ¹⁰⁷Dès lors, il apparaît que le juge constitutionnel sacralise l'intérêt général et effectue la balance entre celui-ci et les intérêts des particuliers.

En ce qui concerne l'ordre public comme justificatif de la restriction de l'exercice des droits fondamentaux, les juridictions constitutionnelles affichent invariablement la même attitude. Leur marge de manœuvre est si limitée que l'on se demande si elles n'ont pas failli à la nouvelle mission qu'elles se sont arrogées, à savoir, le contrôle juridictionnel des pouvoirs législatifs et administratifs dans l'intérêt du droit, des citoyens et de la société. Par exemple, le juge constitutionnel sénégalais a estimé que « *la violation des principes constitutionnels peut être justifiée par la sauvegarde d'un intérêt général ou de l'ordre public* ». ¹⁰⁸

Au Bénin, la Cour constitutionnelle, en plusieurs occasions¹⁰⁹, a invariablement répété que la restriction de l'exercice des droits fondamentaux peut être justifiée par la sauvegarde de l'ordre public. Dans la même veine, au Gabon, la Cour constitutionnelle, dans sa décision n° 11/CC/du 10 février 2003, a estimé que « *les mesures conservatoires prononcées par la commission nationale de lutte contre l'enrichissement illicite doivent être nécessaires et n'intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave à l'ordre public* ». ¹¹⁰

De l'examen de ces différentes décisions juridictionnelles, il résulte une constante : le juge constitutionnel s'interdit d'apprécier la réalité de l'ordre public invoqué par le législateur ou par l'administration : il y a deux explications à ce sujet. La première c'est que le juge constitutionnel ne veut pas entamer sa crédibilité et la deuxième c'est qu'il ne semble pas compétent pour apprécier véritablement l'ordre public et l'opportunité de son invocation. Cette position du juge constitutionnel africain n'est pas sans rappeler la célèbre décision du Conseil constitutionnel français des 19 et 20 janvier 1981 « *sécurité et liberté* ». ¹¹¹ Le commentaire de Jean MORANGE, relativement à cette décision, est édifiant. Il déclarait en effet que « *la question à laquelle le Conseil constitutionnel n'a jamais répondu est la suivante : en quoi un contrôle d'identité permet-il de prévenir une atteinte à l'ordre public* » ¹¹². Pourtant le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence sur cette question. Ainsi, il a récemment retenu que « *la*

¹⁰³ CE, Ass 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a validé une mesure de police prise par le Maire sur le fondement de ses pouvoirs de police générale consistant à interdire des spectacles dits de lancer de nains qui devaient se dérouler dans une discothèque. Dans cette affaire, le juge a estimé le respect de la dignité humaine est devenu une composante de l'ordre public et de l'intérêt général.

¹⁰⁴ Le Doyen Georges Vedel jugeait l'intérêt général « indéfinissable en ce sens que selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables » VEDEL.G préface in RANGEON. F, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

¹⁰⁵ Conseil constitutionnel français, no 83-162 DC, 20/07/1983, Rec.49, Cons.81.

¹⁰⁶ Cour constitutionnelle du Gabon Décision n°009 CC du 14 mai 1992

¹⁰⁷ Conseil constitutionnel du Sénégal Aff.3/C/96 et 4/C/96 du 1996

¹⁰⁸ Conseil constitutionnel sénégalais, 23-06-1993, Décision n° 11-93

¹⁰⁹ Voir Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 03-134 du 21 août 2003; Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 07-007 du 23 janvier 2007; Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 08/008 du 17 janvier 2008.

¹¹⁰ Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n° 11/c du 10 février 2003.

¹¹¹ Conseil constitutionnel français, DC n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981.

¹¹² MORANGE J., « Les vérifications d'identité », *AJDA* 20 janvier 1981, p. 288.

*conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnelles garanties ne peuvent plus être regardées comme équilibrées*¹¹³ ».

Enfin, le contrôle de proportionnalité est effectué par les juridictions constitutionnelles à l'égard des normes d'égalité valeur constitutionnelle¹¹⁴. Par exemple, au Maroc, le Conseil constitutionnel a accepté la dérogation au principe d'égalité homme-femme pour atteindre un objectif constitutionnel, à savoir, la parité¹¹⁵. L'on peut donc dire que, par cette décision, le juge constitutionnel marocain fait de la parité un objectif à valeur constitutionnelle à la lumière duquel il apprécie la validité de la norme attaquée.

Au Niger, la Cour constitutionnelle, saisie d'un renvoi préjudiciel, a estimé que « *l'omission au tableau d'avocat d'un individu pour une faute qu'il est supposé avoir commise et prévue par l'article 47 et 2 de la loi n° 2004-42 du 8 juin 2004 réglementant la profession d'avocat n'est pas contraire à un droit protégé, la présomption d'innocence* »¹¹⁶. Ici, c'est la conciliation qui semble guider l'action et le raisonnement du juge constitutionnel. Concrètement, le juge constitutionnel tente de savoir si les atteintes portées par le législateur à un droit constitutionnel ne sont pas d'une gravité telle que le sens et la portée de celui-ci seraient dénaturés¹¹⁷.

Ce type de contrôle n'est pas sans rappeler la technique du Bilan-coût-avantage inventée par le juge administratif français. Comme le dit un auteur, « *chaque fois, il s'agit de mettre dans la balance les divers intérêts en présence* »¹¹⁸. Par conséquent, la condition de la constitutionnalité de la loi est l'équilibre qu'elle permet de réaliser¹¹⁹.

Toutefois, il convient de préciser que le droit des finances publiques et le droit électoral font aussi preuve d'une perméabilité au contrôle de proportionnalité, d'où l'intérêt de voir l'extension du contrôle.

B. Un contrôle accessoirement étendu aux autres branches du contentieux

C'est une évidence d'affirmer et de rappeler que le domaine de prédilection du contrôle de proportionnalité en droit constitutionnel africain, reste les droits fondamentaux. Pourtant, lorsqu'on parcourt la jurisprudence des pays africains, il apparaît que le contrôle de proportionnalité se déploie sur d'autres domaines : il en est ainsi du contentieux constitutionnel financier qui reste un domaine peu exploré par le juge constitutionnel (1) et de celui dit électoral pratiqué, de façon occasionnelle, par le gardien juridictionnel de la constitution (2).

1. Un contrôle constitutionnel financier peu exploré

Les deux dernières décennies ont été le témoin d'une transformation historique du droit formel et empirique des finances publiques. En prévoyant que l'Etat doit prendre des mesures raisonnables, compte tenu de ses ressources disponibles pour mettre en œuvre la réalisation du droit à un logement décent, les articles 26 et 27 de la constitution sud-africaine de 1996 s'inscrivent résolument dans une dynamique de rupture en matière de promotion des droits

¹¹³ Conseil constitutionnel français, Déc. 93-325 DC du 13 août 1993.

¹¹⁴ Il s'agit de voir si la restriction de l'exercice d'un droit peut être justifiée par l'impérativité et l'importance de l'autre : on dit alors que deux droits sont mis en balance. Sous ce rapport, la constitutionnalité de la norme restreignant l'exercice d'un droit dépend de sa densité et de son importance.

¹¹⁵ Conseil constitutionnel du Maroc, Décision n° 817/2011 du 13 octobre 2011.

¹¹⁶ Cour constitutionnelle du Niger, Décision n° 06/CC/MC du 1^{er} décembre 2005.

¹¹⁷ L'importance et l'intérêt reconnus par la constitution aux droits et libertés justifient que le juge constitutionnel développe un contrôle énergique de manière à rétablir l'administré dans ses droits.

¹¹⁸ VERDUSSEN M., Les douze juges, op. cit, p. 75

¹¹⁹ Voir BOUSTA R., « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », op. cit, p.862

fondamentaux. Les termes utilisés par le constituant « *mesures raisonnables et ressources disponibles* », constituent des références implicites à la proportionnalité. Le droit à un logement est un droit dont le citoyen sud-africain est « *créancier* ». Il est opposable à l'Etat qui doit faciliter sa mise en œuvre en tenant compte de ses capacités financières¹²⁰.

La densité de ce texte normatif est de nature à accroître les pouvoirs du juge constitutionnel sud-africain, notamment, en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois de finances. Ainsi, dans l'affaire Grootboom, la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est employée à contrôler la « *conciliation raisonnable entre effectivité minimale des droits sociaux constitutionnels et limitations des ressources publiques* »¹²¹. La haute juridiction considère que le manquement à l'obligation d'agir et de financer les demandes sociales dont l'Etat est débiteur ne peut être sanctionné que dans les situations d'urgence. Dans une autre affaire, la Cour constitutionnelle a considéré que « *la privation de certains droits à un groupe désavantagé pour raisons financières n'est pas raisonnable, ni admissible*¹²² ».

Il ressort de ces deux décisions que la limitation des ressources financières n'est pas un argument susceptible de justifier le manquement par le législateur à des obligations dont la mise en œuvre facilite l'accomplissement de certains droits conférés aux citoyens. Le contrôle de constitutionnalité des lois financières donne, ainsi, au juge la latitude d'appliquer la technique de proportionnalité qui accorde, dans ce cas d'espèce, une large place aux droits fondamentaux. Déjà, en 1984, Loïc PHILIP observait qu'« *il y a aussi dans le contrôle de constitutionnalité des lois de finance, une jurisprudence très importante qui concerne le respect des libertés et droits fondamentaux*¹²³ »

Il apparaît que l'ombre des droits fondamentaux plane sur tous les contrôles que la Cour constitutionnelle sud-africaine effectue, certainement, en réaction au passé récent de ce pays où la négation des droits était la règle¹²⁴. En réalité, il est constaté que les pays comme l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, l'Italie et le Bénin, qui ont connu des moments sombres de leur histoire, notamment, en matière de protection de droits fondamentaux deviennent, aujourd'hui, les promoteurs de la culture du respect de ces droits.

Par ailleurs, le contrôle de constitutionnalité des lois financières peut amener le juge constitutionnel à effectuer un contrôle de la sincérité¹²⁵. A ce sujet, il est constaté que « *pour l'essentiel, le principe de sincérité interdit de sous-estimer les charges ou de surestimer les ressources présentées dans les lois de finances et fait obligation de ne pas dissimuler des éléments financiers ou patrimoniaux*¹²⁶ ». Pourtant, dans ce contrôle, le juge fait usage des

¹²⁰ RIBES D., « L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 24 (Dossier : *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel*) juillet 2008.

¹²¹ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, *Gouvernement of South Africa v. Grootbom*, 2001 (1) S.A 46 (CC), par.38 à propos d'un programme d'urgence pour les sans-abri. Voir également Philippe. X, *Chronique Afrique du Sud*, RFDC n° 46, 2001, p.402

¹²² Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, *Khosa v. Minister of social development*, 2004 (6) SA 505 CC, 4 mars 2004

¹²³ PHILIPPE. L, « Le droit budgétaire, dix ans de saisine parlementaire, l'apport de la jurisprudence intervenue sur saisine parlementaire », *AJJC*, 1985, p.162

¹²⁴ Les politiques de ségrégation raciale connues sous le nom d'apartheid et portées par les gouvernements qui se sont succédé apparaissent comme une remise en cause des droits des noirs. Ces derniers ne fréquentaient pas les écoles réservées aux blancs et n'avaient pas le droit de se marier avec eux.

¹²⁵ Conseil constitutionnel français, *Décision 2001-445 du 25 juillet 2001*. Dans cette décision, le juge définit la sincérité par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre

¹²⁶ DIAKHATE M, « La relativité du principe de sincérité budgétaire », *Annales africaines*, Nouvelle série, vol. 2, décembre 2016, pp.153-196

techniques de proportionnalité et, précisément, fait du raisonnable¹²⁷ une condition de constitutionnalité de la loi litigieuse¹²⁸. Il revient au juge de définir le sens à donner au raisonnable¹²⁹. Ainsi, au Gabon, la Cour constitutionnelle a jugé contraire à la constitution la loi de finances pour l'exercice 2006. En l'espèce, le ministre chargé de la planification a inscrit, au titre de l'équipement dans le cadre des dotations budgétaires électorales, la somme de cent millions qui ne couvrent, du reste, pas les besoins de la Cour constitutionnelle dans ce domaine. A cet égard, la Cour réaffirme l'article 93 de la constitution en vertu duquel « *la Cour constitutionnelle jouit de l'autonomie de gestion financière. Les crédits nécessaires à son fonctionnement sont inscrits dans la loi de finance* ». En conséquence, la Cour aboutit au raisonnement suivant, « *pour être déclarée conforme à la constitution, la loi de finances 2006 doit réserver dans le budget de la Cour constitutionnelle les dotations ci-après, relatives au contrôle de la régularité de l'élection des députés à l'assemblée nationale, soit les sommes respectives de neuf cent millions (900.000.000) par le ministre chargé des finances et cinq cents millions (500.000.000) de FCFA en équipement par le ministre de la planification* »¹³⁰. A la lumière de cette orientation jurisprudentielle, il apparaît que le caractère raisonnable de crédits alloués à la Cour constitue une condition de la constitutionnalité de la loi de finances. Le caractère nécessaire des crédits alloués à la Cour constitutionnelle est une exigence dont la réalisation lui permettra de s'acquitter efficacement des tâches qui lui sont confiées et laisse ainsi penser au principe de nécessité. Or, l'évocation de ce principe par le juge est une illustration de l'exercice du contrôle de proportionnalité.

L'idée d'un contrôle de la sincérité de la loi de finance se dégage de cette position jurisprudentielle. Il est vrai que le juge ne prononce pas le terme sincérité, en tant que règle de présentation budgétaire, mais son argumentation laisse penser à ce principe car la Cour semble faire allusion à l'absence d'équilibre. Il a, pour ainsi dire, évoqué la chose sans la qualifier. Ce contrôle du juge constitutionnel s'impose car rien ne semble pouvoir justifier l'exclusion des lois de finances du contrôle de constitutionnalité des lois. Le projet de loi de finances est porté par le gouvernement. Or, ce dernier est faillible.

Cependant, malgré ce constat, les recours devant les juridictions constitutionnelles ne sont pas importants. Par exemple, dans les pays retenus dans l'échantillon, le contrôle de constitutionnalité des lois de finance, est sinon rare, du moins inexistant. C'est pourquoi, il faut convenir avec Nicaise MEDE que « *lorsqu'une décision est rendue en matière financière, elle est qualifiée d'historique dans un univers jurisprudentiel financier maigre* »¹³¹. Les lois de finances constituent le talon d'Achille du contentieux constitutionnel¹³².

Cette faiblesse du contentieux constitutionnel, en Afrique, en matière financière¹³³, trouve son explication dans deux paramètres. Premièrement, la saisine du juge constitutionnel n'est pas ouverte au citoyen dans la plupart des pays africains pour lui permettre de faire valoir ses droits

¹²⁷ Voir DIALLO M Y., *Justice administrative et délais raisonnable : quelle responsabilité ?*, Mémoire de master Droit des Contentieux, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2004, 70 pages ;

¹²⁸ Par exemple, prenons un Etat dont le budget tourne habituellement autour de 3000 Milliards FCFA. Ce budget est porté à 7000 milliards FCFA l'année qui suit. Il y a nécessité de voir si les prévisions budgétaires ne sont pas au-delà de ce qui est possiblement réalisable et raisonnable.

¹²⁹ BAHUREL. C, « Le standard du raisonnable », in *RDA*, février 2014, p.61

¹³⁰ Cour constitutionnelle du Gabon, Déc. n° 003/CC du 12 janvier 2006 relative au contrôle de constitutionnalité de la loi de finance de l'exercice 2006.

¹³¹ MEDE N., « Le juge constitutionnel, un juge financier », in *Acte du Colloque international de l'ANDC sur la justice constitutionnelle*, Paris, L'Harmattan 2016, pp. 245-261.

¹³² ZAKI M, « Le contrôle de constitutionnalité des lois de finances : serpent de mer ou miroir des ombres », in *Acte du Colloque international de l'ANDC sur la justice constitutionnelle*, Paris, L'Harmattan 2016, pp. 263-290

¹³³ Par exemple, il résulte de la jurisprudence constitutionnelle dépouillée que la Cour constitutionnelle sud-africaine n'a rendu qu'une dizaine de décision en matière de contrôle de la loi de finances, celle du Bénin 30 décisions. Au Sénégal, il y a un vide sur la question

et de faire condamner l'attitude du législateur. Deuxièmement, du fait de la discipline partisane et du phénomène majoritaire, les parlementaires sont moins portés à attaquer la loi de finances devant les juridictions constitutionnelles et, hélas, les minorités au parlement n'arrivent pas souvent à atteindre le quorum¹³⁴ requis pour saisir les juridictions. Ailleurs, et précisément en France, les saisines parlementaires ont permis de faire évoluer la jurisprudence financière¹³⁵. Les saisines offrent l'occasion au juge constitutionnel d'appliquer la technique de proportionnalité¹³⁶ même si elle n'aboutit pas souvent à des décisions d'annulation des lois de finances pour insincérité. Par exemple, le Conseil constitutionnel français, saisi par des requérants évoquant l'insincérité de la loi de finances pour 2012, déclare qu'« *il ne ressort pas des éléments soumis au Conseil constitutionnel que compte tenu des incertitudes particulières relatives à l'évolution de l'économie en 2012, les hypothèses économiques de croissance finalement retenues soient entachées d'une intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre de la loi déferée*¹³⁷ ».

Au regard de ces considérations, le constat est que le Conseil constitutionnel n'entend pas substituer son appréciation qui peut paraître subjective à celle du législateur. Dans le domaine financier, il est reconnu au législateur un large pouvoir d'appréciation et de décision¹³⁸, lequel constitue une limite à l'action du juge constitutionnel¹³⁹.

En revanche, lorsque dans les prévisions budgétaires, il y a un écart considérable entre ce qui est envisagé et ce qui est possiblement réalisable, le juge constitutionnel pourra effectuer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁴⁰. Il s'agit précisément de voir s'il y a eu des dérapages graves dans l'appréciation des faits par le législateur. Sous ce rapport, « *le raisonnable et l'idée de juste milieu* » deviennent des paramètres à l'aune desquels le juge constitutionnel apprécie les actes normatifs du législateur et de l'administration. Il devient ainsi le garant d'une certaine orthodoxie et permet d'assurer la crédibilité de la loi de finances en ce sens qu'il introduit, par son contrôle, la mesure et l'équilibre dans l'action du législateur. A cet égard, l'ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, Mauro FERRI, mettait en exergue l'intérêt que son institution porte « *à la gestion raisonnable et équilibrée des ressources financières, de manière à assurer aussi aux générations la pleine jouissance des droits constitutionnellement protégés*¹⁴¹ ».

¹³⁴ Par exemple, au Sénégal, le Conseil constitutionnel peut être saisi par 1/10 des membres de l'assemblée nationale. Au Bénin, avant la promulgation des lois ou la mise en application des règlements des assemblées, le Président de la République, tout membre de l'Assemblée Nationale, les présidents des institutions peuvent selon le cas saisir la cour. (Articles 121 de la Constitution, 19 20 et 21 de la Loi organique).

¹³⁵ OLIVA. E, « Les interactions entre saisine parlementaire et contrôle des finances publiques. Une saisine parlementaire indispensable malgré les effets relatifs », in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 01 octobre 2015 n° 49, p.93

¹³⁶ Conseil constitutionnel français, Déc. n° 2009-599 DC du 29/12/2009, Loi de finances pour 2010, J.O du 31/12/2009, p.22995. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré l'inconstitutionnalité de la contribution carbone au motif que les régimes d'exemption totale visant plus de la moitié des activités-essentiellement industrielles-qui émettent du dioxyde de carbone sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent par voie de conséquence une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

¹³⁷ Conseil constitutionnel français, Décision 2011-664 DC du 28 décembre 2011.

¹³⁸ Voir KEBE. A.A.D, *La répartition des compétences entre la loi et le règlement en matière fiscale*, Thèse, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2012, 446 pages.

¹³⁹ Même en Allemagne, la Cour constitutionnelle se refuse à exercer le contrôle de l'exactitude des prévisions macro-économiques.

¹⁴⁰ Voir sur cette ROUSSEAU D., *Droit du Contentieux constitutionnel*, op. cit, p.145

¹⁴¹ Cité par PARDINI. J.J, « Principe de gradualité et droits sociaux de prestation (ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie) », in L.Gay, E. Mazuyer, D. Nazet-Allouche (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, coll. « A la croisée des droits », Bruxelles, 2006, p. 60.

Il est possible de constater, par conséquent, que le contrôle de proportionnalité permet au juge d'introduire la logique du raisonnable, du nécessaire dans le contentieux constitutionnel des lois financières. La même logique apparaît, de façon occasionnelle, dans le contentieux électoral.

2. Un contrôle occasionnel dans le domaine électoral

Dans une Afrique où les contestations électorales sont devenues récurrentes, certainement du fait que les leaders politiques s'accrochent au pouvoir¹⁴², les recours adressés au tiers impartial qu'est le juge constitutionnel¹⁴³ constituent la voie de droit la plus indiquée dans une démocratie¹⁴⁴. On comprend alors pourquoi le juge constitutionnel, sur qui repose l'espoir des requérants, dispose de pouvoirs considérables en matière de contrôle juridictionnel de la régularité des opérations électorales¹⁴⁵.

L'appréciation des irrégularités, objet de certains recours contentieux, relève du pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel d'autant plus que la loi n'indique pas expressément l'attitude que doit avoir celui-ci face à des irrégularités dénoncées¹⁴⁶. Ce qui fait dire à Théodore HOLO que « *le juge constitutionnel est libre des moyens de former sa conviction ; ensuite, il lui appartient d'apprécier la force probante des divers documents portés à sa reconnaissance ; enfin, il bénéficie d'une grande liberté pour apprécier les conséquences à tirer des irrégularités qu'il constate* ». ¹⁴⁷

Dans cette branche du contentieux constitutionnel, le juge est souvent amené à assurer l'application du contrôle de proportionnalité lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance des effets de l'illégalité relevée sur des résultats par rapport à l'écart des voix et à l'influence de l'irrégularité sur les résultats. Le juge constitutionnel refuse de prononcer l'annulation des élections au motif que les irrégularités invoquées par les requérants n'ont pas une influence déterminante. Autrement dit, elles ne sont pas de nature à justifier l'annulation souhaitée par les requérants¹⁴⁸. L'évocation de l'influence déterminante par le juge constitutionnel semble introduire l'idée de *raisonnable*, de *seuil* et d'*équilibre* dans le contrôle de constitutionnalité. Or, le raisonnable, le seuil et de pondération constituent des manifestations de la proportionnalité. Ainsi, en répétant invariablement que les irrégularités ne justifient pas l'annulation, le juge constitutionnel, en Afrique¹⁴⁹, semble épouser les contours de la proportionnalité. A ce sujet, le Conseil constitutionnel sénégalais a déclaré que « *les requérants ont fait valoir que cette manifestation constituait une pression morale sur les électeurs, il n'est pas évident qu'elle a eu une influence déterminante sur le scrutin ayant pu porter atteinte à la liberté de vote des électeurs qui ont regardé cette émission ; qu'il n'en reste pas moins que la*

¹⁴² Voir KOKOROKO, D. « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, pp. 115-125.

¹⁴³ DRAGO, G, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, Collect. Thémis Droit 2^{ème} édition, 2006, pp. 91-98

¹⁴⁴ GUEYE B., « La démocratie en Afrique : succès et résistance », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, pp. 109-121 ; DU BOIS DE GAUDUSSON J., « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, no 13/2002, pp. 142 et s ; BOURGI A., « Ombres et lumières du processus de démocratisation en Afrique subsaharienne », in *Bilan des Conférences nationales et processus de démocratisation en Afrique*, *Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998*, pp. 185 et s.

¹⁴⁵ MELIN- SOUCRAMANIEN F., « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », in *RFDC* 2003/2 n° 105, pp. 117-131

¹⁴⁶ SIMON, D, « Le contentieux électoral dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Annuaire de justice constitutionnelle, Presses universitaires du Bénin*, 2013, pp.625-697

¹⁴⁷ HOLO Th., « Aspects du Contentieux électoral en Afrique », *Actes de Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998*, pp. 168

¹⁴⁸ Les candidats malheureux qui décident de recourir aux juges pour éviter de se faire justice eux-mêmes et qui, de ce fait, considèrent que l'usage des voies de droit doit remplacer celui des armes.

¹⁴⁹ KHOUMA O., « La sincérité du scrutin présidentiel devant les juridictions constitutionnelles africaines, les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal », in *Annales africaines*, 2013, pp. 59-108.

diffusion de cette manifestation par la télévision alors que la campagne électorale allait être clôturée est regrettable »¹⁵⁰. Le même raisonnement est reproduit en 2007 par le juge constitutionnel sénégalais dans une autre affaire¹⁵¹.

Au Bénin, le principe de l'influence déterminante a été utilisé plusieurs fois par le juge constitutionnel. Deux exemples édifiants peuvent être trouvés dans la jurisprudence de la Cour : il s'agit de la Décision EL 15-052 du 09 juillet 2015¹⁵² et de la Décision EL 15-053 du 09 juillet 2015¹⁵³. Dans la première décision, la Cour constitutionnelle a affirmé « *Considérant que s'agissant de l'invalidation de l'élection d'un député, il est de jurisprudence constante que le juge électoral n'annule une élection que dans la mesure où les fraudes électorales constatées ont eu une influence déterminante sur les résultats des élections ; que dans le cas d'espèce, des résultats proclamés par la Cour le 03 mai 2015, il ressort que dans l'ensemble de la 18^{ème} Circonscription électorale, la liste FDU, partie des requérants, vient en tête avec 32425 voix contre 19.267 voix pour l'alliance FCBE ; qu'il en découle que les faits dénoncés par les requérants n'ont pas eu une influence déterminante sur les résultats du scrutin ; que, dès lors, les requêtes sous examen doivent être rejetées* ». Dans la deuxième décision, quant à elle, la Cour constitutionnelle devait considérer que « *les résultats obtenus par les listes en compétition dans la 11^{ème} circonscription électorale se présente comme suit : dans l'arrondissement d'Azové (Commune d'Aplahoué), l'UN a obtenu 8.007 voix contre 788 pour l'AND ; dans l'arrondissement d'Adjahonmé, l'UN a obtenu 1.498 voix contre 3.113 pour l'AND ; que dans l'ensemble de la Commune de Klouékanmé, l'UN a totalisé 14.005 voix contre 11.580 pour l'AND ; que dans l'ensemble de la Commune d'Aplahoué, l'UN a totalisé 25.074 voix contre 1.460 pour l'AND ; que dans l'ensemble de Djakotomey, l'UN a totalisé 60.499 voix contre 16.121 pour l'AND ; qu'il apparait ainsi que les griefs allégués par le requérant et relatifs à la non prise en compte des observations dans les procès-verbaux de scrutin de certains représentants de la liste AND aux divers postes de vote, à la confiscation de la carte d'électeur du requérant, aux votes multiples et à la corruption d'agents électoraux n'ont pas exercé une influence déterminante sur les suffrages obtenus par la liste UN dans la 11^{ème} circonscription électorale ; qu'en conséquence, il y a lieu de dire et de juger que les recours de Gabriel TOSSOU méritent rejet* ».

Au Gabon, le calendrier électoral a été aménagé pour tenir compte de la nécessité de se prémunir contre les risques de développement de la maladie d'Ebola¹⁵⁴. Ainsi, l'acceptation de déroger aux exigences du calendrier électoral et républicain est justifiée par la mise en balance des avantages et des inconvénients de l'organisation des élections dans un contexte particulier. Il convient de souligner que l'idée de proportionnalité semble nourrir la démarche du juge constitutionnel.

Ces exemples semblent attester, d'une part, de la convergence de vues des juges, pourtant éloignés les uns des autres et, d'autre part, de l'existence d'un patrimoine commun aux juges en matière de techniques et de raisonnement juridictionnel¹⁵⁵. Voici une pratique qui témoigne de la spécificité du contentieux électoral dans le cadre duquel le juge n'effectue pas toujours un contrôle de norme à norme mais intègre souvent la notion de *seuil*, d'*irrégularité suffisamment*

¹⁵⁰ Conseil constitutionnel sénégalais, Décision no 6-93 du 13/03/1993

¹⁵¹ Conseil constitutionnel sénégalais, Décision no 96/2007-Affaire no 4/E/2007 et 5/E/2007 du 10 mars 2007

¹⁵² Cour constitutionnelle du Bénin, Décision EL 15-052 du 09 juillet 2015 : rejet pour défaut d'influence déterminante sur les résultats du scrutin.

¹⁵³ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision EL 15-053 du 09 juillet 2015: rejet pour défaut d'influence déterminante sur les résultats du scrutin.

¹⁵⁴ Cour constitutionnelle du Gabon, Décision n°56/CC du 21 décembre 2001.

¹⁵⁵ BEN ACHOUR R., « L'internationalisation du droit constitutionnel », in *Cours de l'Académie de droit constitutionnel*, 2006, Vol XVI, 2007 ; DIAKHATE. M., « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les Etats de l'Afrique noire francophone », in *RDP*, n°3, 2015, pp. 785-828.

grave pour justifier l'annulation. C'est comme si le juge s'accommode de l'irrégularité dont il a connaissance, mais qu'il juge tolérable parce que ne remettant pas, à ses yeux, en cause l'équilibre des résultats. Cette pratique judiciaire n'est pas sans rappeler la *jurisprudence de l'effet utile*. Le juge constitutionnel ne procède à une invalidation des élections que dans l'hypothèse où les irrégularités constatées lui paraissent suffisamment graves pour avoir un effet utile sur le résultat du scrutin.

Evidemment, une telle démarche judiciaire suscite des réactions, des contestations voire des rejets de la part, non seulement, des requérants, mais aussi de certains membres de la doctrine qui sont attachés à l'idée que l'irrégularité, même vénielle, doit être sanctionnée pour restituer au droit électoral sa dignité, sa légitimité et son autorité. Analysant le contentieux de la régularité des opérations électorales au Sénégal, Ismaila Madior FALL considère que « *le Conseil constitutionnel aurait pu donner raison aux candidats malheureux pour procéder à des annulations ponctuelles et symboliques de l'élection dans les bureaux de vote critiques sans pour autant annuler la totalité du scrutin. Cela aurait montré à titre de pédagogie, la sanction des cas de violations même mineure. Cela aurait sans nul doute, contribué à atténuer la frustration des candidats malheureux à l'élection sans rien enlever à la grande victoire de l'élu* ». ¹⁵⁶

Ailleurs, et notamment en France, cette même préoccupation est portée par la doctrine. Ainsi, Dominique ROUSSEAU¹⁵⁷ et Dominique CHAGNOLLAUD¹⁵⁸ encouragent-ils le Conseil constitutionnel à exercer un contrôle plus ferme des irrégularités électorales afin de maintenir *la croyance en la vertu de la légitimité démocratique*. L'ancien membre du conseil constitutionnel, Jacques ROBERT, quant à lui, est allé plus loin dans ses observations relatives à cette question. A ce propos, il déclare que « *de toutes les missions confiées au Conseil constitutionnel, celle qui m'a laissé, après neuf années de mandats une curieuse impression du malaise, pour ne pas dire un sentiment désagréable d'insatisfaction est, à n'en point douter, le contrôle de régularité des élections législatives et présidentielles* »¹⁵⁹. Il considère comme contraire à la morale que le Conseil constitutionnel n'invalide pas des élections manifestement frauduleuses. ¹⁶⁰

Toutefois, cette orientation du juge constitutionnel n'est pas sans rappeler le pouvoir de modulation du juge de l'administration¹⁶¹. Dans ce cas comme dans l'autre, le juge évite de prononcer des annulations infructueuses qui peuvent sembler illégitimes et dénuées d'intérêt. Il veut exercer utilement et efficacement son rôle d'arbitre du jeu politique et institutionnel ainsi que de garant du respect de l'autorité de la norme constitutionnelle. L'influence déterminante¹⁶² devient ainsi un des outils de la balance du juge constitutionnel et, à ce titre, une modalité d'expression de la proportionnalité.

¹⁵⁶ FALL. I. M, obs. sur la décision du Conseil constitutionnel du 10 mars 2007, proclamation des résultats présidentiels, in FALL. I.M (dir.), *Les grandes décisions et avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, CREDILA 2008, pp.521-522

¹⁵⁷ROUSSEAU. D, *Droit du Contentieux constitutionnel*, *op.cit*,

¹⁵⁸ CHAGNOLLAUD D., « La VI République », *RDP* n° 1, février 2002, p. 514-515

¹⁵⁹ ROBERT J, *La Garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, Paris, 2000, p. 154.

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ Voir sur ce point BAILLEUL. D, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 13 septembre 2004, n° 30

¹⁶² MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le Conseil constitutionnel, juge électoral ? », *Pouvoirs*, 2003/2 n° 105, pp. 105-117.

Par conséquent, le juge constitutionnel, grâce au contrôle de proportionnalité, conquiert des pouvoirs nouveaux et fait évoluer considérablement son office. Cette conquête jurisprudentielle est le fruit d'un contrôle de plus en plus intense de l'activité des pouvoirs publics.

II. Un contrôle intense

L'intensité du contrôle de proportionnalité s'explique par la prise de conscience par le juge constitutionnel de la qualité des droits et de la norme à protéger, l'abondance des décisions rendues et la variabilité des techniques de contrôle. Plus un droit est solennellement protégé, plus le juge constitutionnel en garantit le respect, l'exercice et l'effectivité. Pourtant, dans certaines situations, le contrôle effectué par le juge constitutionnel se présente sous des configurations différentes, les unes des autres. A ce titre, l'intensité du contrôle est variable (A). Toutefois, cette intensité du contrôle a le mérite de pouvoir contribuer à la consolidation de l'Etat de droit (B).

A. Une intensité variable

Le contrôle juridictionnel du parlement et de l'administration par le juge constitutionnel¹⁶³ n'est pas univoque. La marge d'appréciation dépend du degré de contrôle réalisé par les juridictions constitutionnelles. Pourtant, l'analyse des décisions rendues en Afrique, par le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité permet de mettre en évidence la variabilité de l'intensité du contrôle, perceptible à travers deux types de contrôles : un contrôle minimum à l'égard du législateur (1) et un contrôle maximum à l'égard de l'administration (2)

1. Un contrôle minimum à l'égard du législateur

Apparu avec l'arrêt du Conseil d'Etat Gesbert du 2 mars 1960, le contrôle minimum est inventé par le juge administratif français dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁶⁴. Cette dernière vise à contrôler que la mesure prise par l'administration n'est pas disproportionnée par rapport, soit aux pouvoirs de celle-ci, soit aux buts qu'elle doit poursuivre. Ce contrôle est exercé par le juge lorsque l'administration dispose du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle minimum est utilisé, ici, dans cette réflexion pour qualifier, la retenue et la prudence dont fait montre le juge constitutionnel lorsqu'il contrôle les actes que le parlement a discrétionnairement posés. Le juge constitutionnel a tendance à accepter les limitations de l'exercice des droits fondamentaux dès que le législateur invoque l'ordre public ou l'intérêt général. Ainsi, à Madagascar, le juge constitutionnel, dans sa décision du 4 juin 2007 relative à une requête en inconstitutionnalité, déclarait « *Considérant que si le droit de la défense ainsi que la liberté de conscience sont consacrés par la constitution, il n'en demeure pas moins que l'exercice des droits fondamentaux est susceptible d'organisation spécifique et de restrictions propres aux exigences d'une activité professionnelle* »¹⁶⁵.

En Afrique, il est constaté que les juridictions constitutionnelles n'annoncent pas expressément les contrôles qu'elles réalisent à l'égard du législateur. Néanmoins, la technique et les formules employées sont évocatrices d'un contrôle minimum¹⁶⁶. Ce contrôle pratiqué par le juge constitutionnel s'explique fondamentalement par trois raisons : la première est relative à la

¹⁶³ KEUTCHA TCHAPNGA C., « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *RFDC*, 2008/3, pp. 551-583

¹⁶⁴ KALFLECHE G., « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », *op. cit.*, p.48.

¹⁶⁵ Cour constitutionnelle malgache, Déc. n° 2 -HCC/ D2 du 4 juin 2007

¹⁶⁶ En s'inclinant devant l'intérêt général et l'ordre public et, en ne vérifiant pas la réalité de ces justificatifs invoqués par le législateur, le juge constitutionnel ne déroge à son devoir de contrôler mais l'effectue en s'imposant des limites.

configuration des normes à contrôler et, la deuxième aux pouvoirs du législateur et la troisième à la place du juge dans l'architecture institutionnelle.

La configuration normative renvoie à la confrontation, par le juge constitutionnel, de deux normes d'égale valeur et de dignité constitutionnelle¹⁶⁷. Dans ce type de contrôle, le juge constitutionnel effectue un contrôle abstrait de constitutionnalité¹⁶⁸ consistant à examiner si une norme générale et abstraite est conforme aux droits fondamentaux. Ce contrôle est dit abstrait parce que la Cour peut être saisie en dehors de tout litige au sens classique du terme. Au Maroc, le juge constitutionnel a estimé que la dérogation au principe constitutionnel de l'égalité peut être justifiée par l'atteinte d'un objectif constitutionnel, en l'occurrence la parité¹⁶⁹. Il considère, au nom d'intérêts catégoriels (promotion des droits de la femme), que le législateur puisse remettre en cause le principe d'égalité pour atteindre un objectif particulier. Le contrôle réalisé est un contrôle minimum en ce sens que, selon le juge, il n'y a pas d'appréciations maladroites, manifestement erronées qui pourraient justifier la censure. Il considère que le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour ajuster et réajuster les textes juridiques en fonction des nécessités du moment.

On remarquera qu'avec le contrôle minimum, les déclarations d'inconstitutionnalité sont peu fréquentes. Pourtant, la justice constitutionnelle a été conçue comme garde-fou afin de protéger l'édifice constitutionnel contre les dérapages du législateur et du pouvoir exécutif.

De même, le contrôle demeure un contrôle minimum sans doute en raison des pouvoirs dont le législateur est dépositaire. C'est à lui qu'il revient de déterminer l'opportunité d'une mesure et d'apprécier ce qui relève de l'intérêt général. L'examen de la légitimité des décisions du législateur n'est pas du ressort des juridictions constitutionnelles. Enfin, le juge doit se cantonner à vérifier si l'objectif du législateur est conforme à la constitution¹⁷⁰. Les juges constitutionnels africains, face à une loi prévoyant des limitations aux libertés pour des raisons tirées de l'intérêt général et de l'ordre public, répondent invariablement soit par la déclaration de constitutionnalité de la loi attaquée, soit assortissent celle-ci de réserve¹⁷¹. Il n'appartient pas au juge de rechercher si le but que s'est assigné le législateur pouvait être atteint pas d'autres voies dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées par rapport à cet objectif¹⁷². Or, le respect scrupuleux du pouvoir discrétionnaire du législateur par le juge n'est pas de nature à permettre une protection efficace des droits fondamentaux¹⁷³.

De ces décisions évoquées plus haut, il résulte que le contrôle de proportionnalité d'une mesure est le fruit d'une pondération rigoureuse et de l'équilibre entre l'intervention du législateur et les objectifs poursuivis. Le juge s'en tient au contrôle de norme à norme pour ménager la susceptibilité du législateur dépositaire du pouvoir de faire ou de défaire les lois. Par exemple, le juge constitutionnel n'exerce qu'un contrôle prudent face à un texte législatif issu d'un large

¹⁶⁷ PFERSMANN O in Louis FAVOREU (dir.), *Droits et libertés fondamentales*, 4^e édition Dalloz, Paris, Coll Précis, p. 90

¹⁶⁸ PHILIPPE X, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in *Les Petites Affiches*, Journaux judiciaires associés, 2009, pp.6-17

¹⁶⁹ Conseil Constitutionnel du Maroc, Décision sur la parité précitée

¹⁷⁰ Voir LE-BIHAN V.G, « Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001/1 n° 45, pp. 67-83

¹⁷¹ KEBE A A D., « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats d'Afrique francophone », op. cit,

¹⁷² Conseil constitutionnel français, décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007 loi en faveur du travail de l'emploi et du pouvoir d'achat, cons .8

¹⁷³ KANTE B, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitution et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Montchrestien, Paris, 2008, p.265

consensus démocratique¹⁷⁴. C'est ce qui a amené l'ancien président du Conseil constitutionnel français, Pierre MAZEAUD à déclarer « *Le Conseil se montrera très circonspect par rapport à un texte faisant l'objet d'un large accord politique et s'efforcera alors dans la mesure du possible de limiter les censures et préférera dans la mesure du possible aussi les réserves d'interprétation aux déclarations d'inconstitutionnalité*¹⁷⁵ ».

De façon générale, le caractère consensuel ou conflictuel d'une loi est susceptible d'influer sur les décisions rendues¹⁷⁶. Des considérations extra-juridiques peuvent, par ailleurs, conduire le juge constitutionnel à effectuer un contrôle minimum et éviter de prononcer des annulations. Dans l'affaire BROWN¹⁷⁷, par exemple, la Cour suprême américaine a tenu compte des revendications sociales en faveur de l'égalité des races pour mettre fin à l'institutionnalisation de la ségrégation raciale. La Cour suprême joue un rôle permanent et fondamental de transformation des préoccupations sociales en règles de droit. A ce titre, grâce à son pouvoir normatif, elle participe à l'apaisement des tensions sociales et à l'équilibre des pouvoirs¹⁷⁸. Aux Etats-Unis, le juge a réussi à s'imposer et à s'arroger des pouvoirs considérables et prétoriens¹⁷⁹. C'est ce qui fait dire au juge, Charles Hugues, que « *nous sommes régis par la constitution. Or, celle-ci est ce que nous disons, nous les juges, qu'elle est*¹⁸⁰ ».

Par ailleurs, le juge constitutionnel procède également à un contrôle minimum à l'égard des lois financières. L'attitude du juge dans ce domaine, s'explique, principalement par deux facteurs. Premièrement, les questions financières sont des questions très sensibles et complexes dont dépend la survie de l'Etat et de ses citoyens. Deuxièmement, il s'agit là d'une question technique nécessitant une grande expertise dont ne disposent pas souvent les juridictions constitutionnelles en Afrique. Ce qui, en partie, s'explique par la faiblesse du contentieux constitutionnel des lois de finances et, partant, de la difficile gestation d'un droit constitutionnel jurisprudentiel en matière financière. En effet, il y a très peu d'Etats¹⁸¹ où le juge constitutionnel contrôle ces lois et, même dans ceux-là, les déclarations d'inconstitutionnalité sont sinon inexistantes, du moins rares.

Enfin, il importe de signaler que la faiblesse du contrôle de proportionnalité à l'égard des actes posés par le parlement trouve son fondement, d'une part, dans la jeunesse de ce mécanisme de contrôle et, d'autre part, dans la volonté de ne pas heurter de front le législateur qui, rappelons-le, est dépositaire d'une légitimité populaire par opposition au juge n'ayant qu'une légitimité institutionnelle. Dans tous les cas, le juge constitutionnel semble prendre avec beaucoup de sérieux la fonction qui lui est confiée¹⁸², de restituer à la norme constitutionnelle sa prééminence¹⁸³ et de répondre à une forte préoccupation populaire de soumettre les pouvoirs publics à l'emprise du droit. Par exemple, à l'instar des juridictions certaines juridictions constitutionnelles du continent africain, la Cour suprême britannique statuant sur une question

¹⁷⁴ MAZEAUD. P « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », 2009 http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers_documents/2005_1001... PDF, p 10, consulté le 25 avril 2017

¹⁷⁵ Ibidem

¹⁷⁶ Conseil constitutionnel français, Décision n° 74-54 DC du 18 janvier 1975.

¹⁷⁷ DEYSINE. A, *La Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, Paris, 2015, p.28

¹⁷⁸ Ibidem

¹⁷⁹ Voir sur cette question MAGENDIE. J.C, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », in *Archives philosophie droit* n° 45, 2001, pp. 13-19 ; BRUNET P., « Le raisonnement juridique dans tous ses Etats », *Droit et Société* 2013/1 n° 83, pp. 193-202.

¹⁸⁰ HUGHES C E., « Speech before the Elmira Chamber of Commerce (May 3, 1907) », in ID., *Addresses of Charles Evans Hughes, 1906-1916*, New York : G. P. Putnam's sons, 2e éd., 1916, p. 179.

¹⁸¹ C'est le cas de l'Afrique du Sud et du Bénin

¹⁸² SY. D, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in *Actes du Colloque sur la justice constitutionnelle OumarouN (dir.)*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 43-64

¹⁸³ Ibidem

de nature constitutionnelle, a jugé disproportionnée, à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne, une disposition législative qui, afin de lutter contre le mariage forcé, avait subordonné l'entrée au Royaume-Uni en qualité d'époux ou de partenaire à la condition que les membres du couple aient tous deux plus de vingt ans.¹⁸⁴

Dès lors, tout comme le juge administratif, le juge constitutionnel ne sanctionne les actes du législateur que lorsqu'ils sont entachés d'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire, que l'appréciation portée par celui-ci sur les faits, circonstances ou situations formant la base de ses lois ne doit pas être erronée¹⁸⁵. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel français déclarait, dans sa décision du 16 janvier 1982, que « *Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée* »¹⁸⁶.

Cependant, le contrôle apparaît sous une forme plus accentuée et plus rigoureuse lorsque le juge constitutionnel contrôle l'administration : il s'agit d'un contrôle maximum.

2. Un contrôle maximum à l'égard de l'administration

Le rôle que jouent les juridictions constitutionnelles dépend largement des méthodes et techniques employées, du degré d'atteinte aux droits fondamentaux¹⁸⁷ et de la place de l'entité à laquelle est imputable l'acte dommageable. Ce contrôle s'exerce aussi bien sur un acte administratif que sur une activité administrative. Ainsi, face aux agissements de l'administration préjudiciables aux droits protégés par la constitution, le juge constitutionnel fait recours à la technique du contrôle de disproportion. Or, ce type de contrôle est qualifié de contrôle maximum.

Il postule l'idée que même si la mesure est nécessaire, il faut qu'elle soit hors de proportion avec le résultat recherché. Ce qui implique une mise en balance des charges créées et des avantages apportés par la réalisation de l'objectif poursuivi. La mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité dit intégral¹⁸⁸ apparaît dans quelques décisions de justice rendues par les protecteurs juridictionnels de la Constitution. Ainsi, la Cour constitutionnelle sud-africaine a, en 1995 déclaré l'inconstitutionnalité de la peine de mort, au motif qu'elle met fin à un droit, le droit à la vie, elle est un acte cruel qui pouvait être remplacé par l'emprisonnement à vie. Les individus poursuivis, MAKWANYANE and another, avaient été jugés coupables de meurtres, de tentative de meurtre et vol à main armée.

Le juge constitutionnel sud-africain considère que la gravité des faits ne saurait justifier l'exécution de leurs auteurs. A ce titre, les propos utilisés par la Cour sont largement édifiants. Elle déclarait en effet que, « *le droit à la vie et le droit à la dignité sont les plus importants de tous les droits humains. Ils forment la source de tous les autres droits individuels prévus par la constitution. En nous engageant dans la société fondée sur la reconnaissance des droits humains, nous nous devons de valoriser ces deux droits au-dessus de tous les autres. Et c'est à l'Etat de donner l'exemple dans tout ce qu'il faut, y compris dans sa façon de punir les criminels*¹⁸⁹ ». Le juge effectue un contrôle de disproportion et témoigne de sa capacité non seulement à faire œuvre jurisprudentielle et à se servir de la pédagogie pour aider à la compréhension de ses arrêts, décisions et, permettre ainsi l'appropriation de celles-ci par les

¹⁸⁴R (*Quila*) v *Secretary of State for the Home Department* [2012] 1 AC 621, § 45 (Lord Wilson)

¹⁸⁵ ROUSSEAU D., *Droit du Contentieux constitutionnel*, op.cit, p.145

¹⁸⁶ Conseil constitutionnel français, Décision n° 81-132 du 16 juillet 1982.

¹⁸⁷ Voir BAILLEUL, D, « L'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois dans le domaine des droits fondamentaux », op.cit, p. 271

¹⁸⁸ Ibidem

¹⁸⁹ Affaire Makwanyane évoquée plus haut et tranchée par la Cour constitutionnelle sud-africaine

populations se réclamant de « *droit à ou droit de* ¹⁹⁰ » pour reprendre le propos du Doyen Babacar KANTE.

La Cour constitutionnelle sud-africaine va, par ailleurs, recourir au contrôle de disproportion dans l'affaire THE State vs DADO¹⁹¹. Elle devait se prononcer sur la comptabilité d'une sanction automatique de prison à vie avec la commission de certains crimes. La cour exerce un contrôle de proportionnalité intégral entre la gravité des faits dont est accusé le prévenu et le quantum de la peine. Cela aboutit à l'idée qu'une sanction automatique de peine de prison serait « *manifestement disproportionnée* ».

Au Bénin, le même raisonnement a été reproduit par le juge constitutionnel dans deux décisions : il s'agit, d'une part, de la décision rendue dans l'affaire SVEN PEDERSEN du 13 août 1997¹⁹² et, d'autre part, de celle prononcée par le juge dans l'affaire FAVI Adèle. Dans la première décision, le juge constitutionnel a déclaré « *Considérant que l'article 1145 alinéa 3 du Code général des impôts apporte affectivement une restriction à la liberté d'aller et de venir mais n'épuise pas la mission confiée au législateur par la constitution, à savoir celle de gérer ladite restriction dans son intégralité : de surcroît, il renvoie au pouvoir réglementaire une matière qui ne relève pas de domaine de celui-ci, que, dès lors, l'article 1145 alinéa 3 est contraire, à la constitution, qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens, que le retrait et le rétrocession de passeport de M. SVEN PEDERSON du 18 janvier au 13 février 1997 sont arbitraires et constitue une violation de la constitution* ».

Dans la deuxième décision, la Cour constitutionnelle du Bénin devait se prononcer sur des sévices, des préjudices infligés à Madame Adèle FAVI. A cet égard, elle soulignait « *Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que madame Adèle FAVI, qui n'a pas dégagé à temps la voie aux motifs que « l'arrivée du chef de l'Etat n'était pas annoncée » a été poursuivie et rattrapée à la hauteur de l'ambassade de France où elle a « subi des bâtons, des chicotes et trainée par terre jusqu'à une distance de 50 m avant d'être laissée inerte, sans connaissance » que c'est à la suite de ce traitement qu'elle a été admise au service de santé des armées de Cotonou comme l'atteste le certificat médical versé au dossier et qui fait état : « des douleurs exquises à la palpation à la cheville droite, au gros orteil droit, des douleurs à la mobilisation du membre supérieur droit et des douleurs à l'hémiface droite ainsi que des douleurs lombaires, une impotence fonctionnelle majeure à la marche et une plaie superficielle à la malléole externe de la cheville droite », le tout ayant entraîné une « incapacité temporaire de dix-huit jours ; qu'il s'ensuit que ces lésions sont consécutives aux sévices et traitements cruels, inhumains et dégradants infligés à Dame Adèle FAVI ; que ni les dispositions du décret n°99-543 du 22 novembre 1999 réglementant la mise à disposition des gardes du corps, ni les explications fournies par le directeur de cabinet Militaire du Président de la République ne sauraient justifier de pareils traitements : que dès lors, il y a lieu de dire et de juger qu'en agissant comme elle l'a fait, la garde rapprochée du Président de la République a violé l'article 18 alinéa 1 de la Constitution¹⁹³ ».* La Cour va plus loin lorsqu'elle affirme que la requérante a droit à la réparation, sans doute, pour attester de la gravité des sévices infligés à Mme FAVI et de leur caractère disproportionné par rapport aux faits.

En relisant ces différents considérants, un constat retient notre attention : c'est l'introduction par le juge constitutionnel du *raisonnable* et de l'*équilibre* dans la normativité constitutionnelle.

¹⁹⁰ KANTE B., « Les droits fondamentaux constituent-ils une nouvelle catégorie juridique en Afrique ? », op.cit, p.445

¹⁹¹ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, The State vs Dado, 17/96, 1996.

¹⁹² Cour constitutionnelle du Bénin, affaire Sven Pedersen précitée.

¹⁹³ Cour Constitutionnelle du Bénin, affaire Adèle FAVI précitée

Les juges s'accordent sur le fait qu'en portant gravement atteinte aux droits et libertés ainsi qu'en infligeant des tortures aux citoyens, on dépasse les limites du raisonnable. D'ailleurs, les expressions utilisées « *ne sauraient justifier de pareils traitements, peine manifestement disproportionnée* » révèlent la mise en balance des intérêts publics et privés pour apprécier la constitutionnalité des actes et mesures contestés par les requérants. Des convergences de vues relativement aux méthodes et techniques de contrôle du législateur et de l'administration, semblent se dégager des positions jurisprudentielles.

Pourtant, l'hétérogénéité des systèmes et traditions juridiques des pays retenus dans l'échantillon, pouvait valablement, donner à penser à des modes de raisonnement et de solutions différents. Le juge constitutionnel devient, en Afrique, *le juge de l'excès de pouvoir¹⁹⁴ du parlement et de l'administration* pour reprendre l'heureuse formule du doyen VEDEL.

Cette technique qui est le fruit de l'audace inventive du juge constitutionnel¹⁹⁵ est une manifestation de l'intensification du contrôle juridictionnel. Elle permet ainsi d'assurer la consolidation de l'Etat de droit.

B. Une intensité consolidant l'Etat de droit

Dire que les juridictions constitutionnelles contribuent à la promotion et à la consolidation de l'Etat, en Afrique, comme ailleurs, relève d'une évidence. Pour preuve, la nouvelle trajectoire qu'a prise le contentieux constitutionnel, à travers l'institutionnalisation de la proportionnalité, atteste de la résurgence de cette mission historique que le juge s'est arrogé et qu'on lui reconnaît. La volonté de restituer à la Constitution son autorité, sa prééminence grâce à la technique de proportionnalité amène le juge constitutionnel à surveiller l'application par les pouvoirs publics de leurs prérogatives constitutionnelles. Ce faisant, il s'inscrit résolument dans la limitation du pouvoir normatif du parlement et de l'administration (1) et de promotion de la sécurité juridique (2).

1. Une technique de limitation des instances habilités à édicter des normes

Aujourd'hui, il est reconnu que l'action du législateur et celle de l'administration sont encadrées par des textes juridiques de rang constitutionnel. En contrôlant la régularité de l'activité normative des pouvoirs publics grâce à la technique de proportionnalité, le juge constitutionnel accrédite et renforce son statut de protecteur de l'ordonnancement juridique, de la prééminence des textes constitutionnels et du respect des droits fondamentaux. Quelques décisions rendues par les Cours constitutionnelles en Afrique, en l'occurrence, celles de l'Afrique du Sud et du Bénin, permettent d'éclairer sur ce point et attestent de la place du juge dans l'Etat de droit¹⁹⁶ et précisément de la limitation des pouvoirs du législateur dans l'intérêt des citoyens.

En Afrique du sud, la Cour constitutionnelle, dans l'affaire MAKWANYANE décide de l'incompatibilité entre la peine de mort et droit à la vie. A cet égard, elle déclarait que le « *droit à la vie et droit à la dignité sont les plus importants de tous les droits humains. Ils forment la source de tous les autres droits individuels prévus par la constitution. En nous engageant dans une société fondée sur la reconnaissance des droits humains, nous nous devons de valoriser*

¹⁹⁴ KEUTCHA TCHAPNGA. C, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ?, op. cit, p. 556

¹⁹⁵ AÏDARA M M, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la constitution : contribution à un débat », *Afrilex*, 2011. *Afrilex.ubordeaux4*. Voir également BA.B, « Le préambule de la Constitution et le juge constitutionnel en Afrique », in *Afrilex* janvier 2016.

¹⁹⁶ MELEDJE D F., « L'Etat de droit, un nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan 2014, pp. 587-605

*ces deux droits au-dessus de tous les autres. Et c'est à l'Etat de donner l'exemple dans tout ce qu'il fait, y compris dans sa façon de punir les criminels*¹⁹⁷ »

Dans une autre affaire¹⁹⁸, la Cour constitutionnelle sud-africaine effectue le contrôle de proportionnalité à l'égard de la loi sur la sécurité sociale excluant les étrangers des bénéficiaires de cette prestation. Après avoir analysé le contenu de cette loi et l'avoir confrontée à une exigence constitutionnelle, et notamment, le principe d'égalité, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la loi au motif que la restriction de l'accès des étrangers à certains avantages sociaux constitue une atteinte déraisonnable aux droits fondamentaux. Le contrôle de la production normative, en Afrique, ne se limite pas aux lois. Ainsi, le juge constitutionnel sud-africain devait examiner la régularité de l'arrêté ministériel interdisant d'employer des enseignants étrangers dans les établissements publics. Elle conclut à l'inconstitutionnalité de l'arrêté aux motifs que la fin (résorption du chômage) ne justifie pas des discriminations entre nationaux et étrangers en matière d'emploi¹⁹⁹.

Au Bénin, la Cour constitutionnelle devait se prononcer sur la répartition des sièges de la commission électorale nationale autonome (CENA) telle que établie par l'assemblée nationale. En effet, la minorité parlementaire qui a saisi le juge constitutionnel, estime que la répartition s'est opérée en méconnaissance de la règle d'égalité prévue par l'article 26 de la Constitution. La Cour déclare, après avoir confronté l'attitude de la majorité au texte fondamental, *l'inconstitutionnalité de cette répartition au motif qu'elle ne permet pas d'assurer la transparence et la sincérité des élections comme l'exige l'Etat de droit en démocratie pluraliste*²⁰⁰. La même déclinaison est observable dans quelques décisions récentes du Conseil constitutionnel français. Le Conseil affirme, dans sa décision rendue le 31 mai 2017, qu' « *il appartient également au législateur de déterminer des règles propres à donner aux partis et groupements politiques qui ne sont pas représentés à l'Assemblée nationale un accès aux antennes du service public de nature à assurer leur participation équitable à la vie démocratique de la Nation et à garantir le pluralisme des courants d'idées et d'opinions* » et que « *les modalités selon lesquelles le législateur détermine la durée d'émission attribuée aux partis et groupements qui ne disposent plus ou n'ont pas encore acquis une représentation à l'Assemblée nationale ne sauraient ainsi pouvoir conduire à l'octroi d'un temps d'antenne manifestement hors de proportion avec leur représentativité, compte tenu des modalités particulières d'établissement des durées allouées aux formations représentées à l'Assemblée nationale*²⁰¹ ». Cette décision du Conseil rendue à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité est révélatrice du recours à la technique de la proportionnalité pour examiner la constitutionnalité de la norme législative déterminant la durée d'émission attribuée aux partis politiques en fonction de leur représentativité et participation équitable à la vie démocratique de la Nation²⁰².

La seconde catégorie de domaine où la proportionnalité est invoquée pour limiter les pouvoirs des autorités investies de la capacité d'édicter des normes concerne les lois de finances. Il s'agit là, certes, d'un domaine où le législateur dispose de pouvoirs considérables mais où le juge constitutionnel n'arrête de rappeler à celui-ci les principes et règles qui gouvernent son

¹⁹⁷ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, affaire Makwanyane précitée

¹⁹⁸ Cour constitutionnelle sud-africaine, *Government of RSA v. Grootboom*, CCT 11/00 du 4 oct. 2000 .

¹⁹⁹ Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, *Larbi-Odam and Others v. Member of the executive Council*, 1998 (1) SA 745

²⁰⁰ Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. n° 001-011 du 12 janvier 2001

²⁰¹ CC, n°2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche !* ; *AJDA*, 2017. 1142, obs. Pastor).

²⁰² CHARITE M, « Le principe du pluralisme interprété à la lumière du phénomène de recomposition de la vie politique, avatar du concept de « constitution vivante », Note sous CC, n°2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche !*, *Revue générale de droit*, in www.revuegeneraledudroit.eu consulté le 25 août 2017.

action²⁰³. L'Etat de droit, devenu l'enjeu majeur des démocraties contemporaines, implique nécessairement le respect de la hiérarchie des normes juridiques²⁰⁴, une justice indépendante dont la préoccupation essentielle, pour ne pas exclusive, est de dire le droit, au besoin de le créer, pour remplir la noble fonction de protecteurs des droits faibles que sont les citoyens. Par exemple, le Conseil constitutionnel sénégalais a affirmé, dans une décision du 11 juillet 2016, que « *Considérant que si le législateur peut prévoir des incompatibilités entre mandats électoraux ou fonctions électives et activités ou fonctions professionnelles, la restriction ainsi apportée à l'exercice des fonctions publiques doit être justifiée par la nécessité, soit de protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, soit de prévenir les risques de conflits d'intérêts*²⁰⁵ ». Ce considérant est révélateur d'une forte volonté du juge constitutionnel sénégalais, perceptible à travers les mots utilisés « *la restriction ainsi apportée doit être justifiée par la nécessité* », de limiter le pouvoir normatif du législateur dans l'intérêt des citoyens.

De l'examen de ces différentes productions jurisprudentielles, il résulte une constante : la garantie de la constitution suppose que des limites juridiques ne soient pas outrepassées. Le respect dû à la constitution justifie parfois des censures au nom de la volonté constituante à laquelle les représentants de la volonté générale sont nécessairement soumis. Le contrôle de proportionnalité permet, à cet égard, au juge constitutionnel de veiller constamment au respect de l'équilibre entre l'exercice des activités juridiques des pouvoirs publics et le pouvoir discrétionnaire dont ils sont dépositaires. Le juge constitutionnel utilise son glaive, à l'image du soldat pour corriger les manquements imputables au législateur ou à l'administration. Ce qui fait dire au doyen, Babacar KANTE que « *la limitation du pouvoir crée toujours un espace de liberté au profit des citoyens*²⁰⁶ ». Les actes des pouvoirs publics devront s'inscrire dans un cadre normatif caractéristique de l'Etat de droit.

Pourtant, cette technique nouvelle de contrôle révélatrice de l'évolution de l'office du juge ne manque pas de réactualiser et de relancer le débat sur la légitimité²⁰⁷ des juridictions constitutionnelles et les pouvoirs dont elles sont dépositaires²⁰⁸. Si les juridictions constitutionnelles sont conscientes de leurs limites²⁰⁹, elles sont tout de même dépositaires de pouvoirs importants. C'est pourquoi, certains se demandent si elles ne sont pas des constituants secondaires²¹⁰, d'autres, un législateur et constituant²¹¹.

On remarquera que cette tendance à recourir à la proportionnalité comme technique de contrôle du législateur et de l'administration constitue une illustration de la *constitutionnalisation et de la normativité des droits fondamentaux*. Ce faisant, les juridictions constitutionnelles exercent

²⁰³ Voir à ce sujet la décision rendue précitée rendue par la Cour constitutionnelle du Gabon

²⁰⁴ CISSE. L., « La question de l'Etat de droit en situation post-conflit : le cas de l'Afrique », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique, Mélanges dédiés au Doyen Francis WODIE*, Presse universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 112

²⁰⁵ Conseil constitutionnel du Sénégal, Déc. n°4/C/2016 du 11 juillet 2016

²⁰⁶ KANTE. B., « La justice constitutionnelle à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in *Actes du Colloque sur la justice constitutionnelle (dir) Oumarou N.*, Paris, L' Harmattan, 2016, p.27

²⁰⁷ VEDEL. G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1998, n°45, p.149 ; Voir VERDUSSEN Marc, *Les douze juges, la légitimité de la cour constitutionnelle*, éd. Labor, Quartier libre, 2004, p.23 ; FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé* n° 2, 1994, pp.557-581.

²⁰⁸ Naguère, le Conseil n'avait que deux possibilités : annuler la loi attaquée ou rejeter la requête. Aujourd'hui, on assiste à la montée en puissance du juge constitutionnel. Voir sur cette question, AVRIL P et GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1998, p. 54 et 118.

²⁰⁹ Le Conseil constitutionnel rappelle invariablement qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du parlement. Voir Conseil constitutionnel français, Décision n° 2000-433 DC, 27/07/2000, Rec. 121, cons 41. DC de 1975 sur l'IVG.

²¹⁰ LUCHAIRE. F., « Le juge constitutionnel, constituant secondaire », *Publications de la Sorbonne*, 2005, p.343.

²¹¹ TROPER M, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 311 ; Voir BEHRENDT. CH, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre positif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 454.

une fonction positive dans l'élaboration du droit. La technique de proportionnalité, au-delà de la limitation des pouvoirs qu'elle provoque, induit une amélioration substantielle de la production juridique. L'effet des décisions du juge constitutionnel ne se limite pas nécessairement aux seules normes qui ont été produites par le législateur ou par l'administration. Il peut nourrir la réflexion du législateur ou de l'administration pour les normes qu'ils n'ont pas encore produites. Il devient un juge audacieux qui participe à l'amélioration qualitative de la production législative et, au-delà, à la construction de l'Etat de droit²¹². A ce titre, les décisions du juge constitutionnel revêtent une dimension pédagogique et instructive certaine pour les autorités productrices de normes juridiques. Désormais, le juge se considère comme l'organe de la mise en œuvre d'un ordre juridictionnel²¹³ et d'un modèle de comportement. Par son interprétation des textes législatifs et réglementaires, il lui arrive de suppléer le législateur apparaissant, selon l'heureuse formule de l'ancien Premier Président de la Cour de cassation française, Pierre DRAI, comme un véritable « *para législateur*²¹⁴ ». Cependant, par l'exercice de son office, le juge constitutionnel participe également à la promotion de la sécurité juridique.

2. Un outil de promotion de la sécurité juridique

Il est incontestable que les juridictions constitutionnelles en Afrique n'ont pas pour l'instant procédé à une consécration expresse d'un droit fondamental à la sécurité juridique. L'analyse des décisions rendues par le gardien juridictionnel naturel de la constitution permet de comprendre la constitutionnalisation du principe dans sa substance. C'est pourquoi certains considèrent que le principe de sécurité juridique apparaît comme un principe constitutionnel dans le raisonnement de la constitutionnalité²¹⁵.

Mais, que recouvre le principe de la sécurité juridique, notamment, en droit constitutionnel ? D'emblée, il importe de souligner la difficulté d'examiner ce principe de sécurité juridique de façon indépendante des autres principes, notamment, la non-rétroactivité de la loi, la protection des droits acquis, ainsi que l'ensemble des valeurs qui aspirent à défendre les droits fondamentaux des individus²¹⁶. De même, l'accessibilité et l'intelligibilité de la norme constituent des manifestations du respect du principe de la sécurité juridique²¹⁷.

En parcourant les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre du contrôle de proportionnalité des actes posés par le législateur et l'administration, on est frappé par la récurrence avec laquelle le juge s'attache à la sécurité juridique sans la nommer expressément dans le cadre de la protection des droits fondamentaux. Ainsi, la Cour constitutionnelle du Bénin, dans sa décision du 20 janvier 2000, a déclaré « *dès qu'une autorité administrative n'a pas motivé sa décision d'interdiction de l'exercice d'une liberté et s'il n'est pas démontré que la jouissance de la liberté peut porter atteinte à l'ordre public, alors il y a violation de la constitution*²¹⁸ ». Le juge constitutionnel fait penser à la balance « *ordre public et liberté* ». Cette décision semble proche de la position du juge constitutionnel gabonais qui,

²¹² FALL I M., « La loi organique dans les ordonnancements juridiques des Etats d'Afrique francophone : Réflexion sur une norme particulière » op. cit ; Voir également LOADA. O, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, collection précis de droit burkinabé, 2007, p. 445.

²¹³ LAMBERT P., « La montée en puissance du juge », in *Cahiers de l'Institut d'Etudes sur la justice*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.3

²¹⁴ DRAI P., Discours prononcé lors de l'audience solennelle de la Cour de Cassation française, le 6 janvier 1993, éd. La Documentation française, Paris, 1993, p.10

²¹⁵ CAMBY JP., « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », *RDP*, n° 5, 2006, p. 1172.

²¹⁶ Voir MATHIEU. B et VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p.704

²¹⁷ Voir à ce sujet, LUCHAIRE F., « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p. 67 et s.

²¹⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, Déc. DCC 00.003 du 20 janvier 2000.

dans sa décision du 28 janvier 1993, souligne que « *le respect des droits et liberté implique nécessairement la possibilité pour le titulaire de ceux-ci de les exercer sans redouter le moindre obstacle*²¹⁹ ». Il s'agit là d'une invitation faite au législateur de ne pas entraver l'exercice des droits des citoyens par des restrictions fréquentes.

Ces deux décisions, analysées tant du point de vue de leur finalité que du raisonnement judiciaire, font implicitement allusion à la sécurité juridique. Ni dans l'une ni dans l'autre, le juge constitutionnel ne renvoie expressément à la sécurité juridique même si le raisonnement judiciaire témoigne d'une allusion faite à la chose. La détermination du juge constitutionnel à assurer le respect de la structure hiérarchique des normes juridiques participe d'une volonté de promouvoir la sécurité juridique ainsi que de l'Etat de droit²²⁰. D'ailleurs, le juge constitutionnel sénégalais a exprimé, le 12 février 2016, cette même préoccupation lorsqu'il affirmait « *Considérant que la sécurité juridique et la stabilité des institutions, inséparables de l'Etat de droit dont le respect et la consolidation sont proclamés dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001, constituent des objectifs à valeur constitutionnelle que toute révision doit prendre en considération, pour être conforme à l'esprit de la Constitution* »²²¹.

En utilisant la proportionnalité et plus précisément en se référant à des idéaux comme *l'équilibre, la justesse et la pondération*, le juge constitutionnel met en évidence la place de la protection des droits fondamentaux dans la promotion et la cristallisation de la notion de sécurité et de son corollaire l'Etat de droit. En vertu du principe de la suprématie, prééminence du texte constitutionnel, le contrôle judiciaire doit protéger le citoyen lorsqu'il est victime de l'exercice d'un pouvoir non autorisé par la Constitution. Dans l'affaire Fanou LAURENT²²², les termes utilisés par la Cour constitutionnelle du Bénin témoignent, à coup sûr, de son rejet systématique de certains agissements de l'administration non seulement parce qu'ils sont contraires à l'esprit des textes législatifs et réglementaires, mais aussi et surtout pour la prévention des dommages causés aux administrés. Une décision ne peut en effet donner lieu à des effets déraisonnables, disproportionnés ou sans commune mesure avec ce que l'on est en droit d'attendre²²³. Cette jurisprudence semble épouser les contours de l'adage selon lequel « *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère* ».

L'émergence de la sécurité juridique formellement non consacrée mais découverte grâce au contrôle du juge peut être perçue comme un tournant majeur dans l'attitude du juge constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux, de la prééminence des textes constitutionnels et de la consolidation de l'Etat de droit²²⁴. C'est cette préoccupation que l'on retrouve exprimée dans la position du juge constitutionnel français lorsque, dans le cadre de l'examen de la loi portant rétention de sûreté²²⁵, il estime que le texte attaqué ne pouvait pas rétroagir²²⁶.

En Afrique du Sud, la reconnaissance de la prééminence de l'Etat de droit a amené la Cour constitutionnelle à exercer son contrôle sur tous les actes juridiques, certainement, pour

²¹⁹ Cour constitutionnelle du Gabon, Déc. n° 0002 du 28/01/1993

²²⁰ MOUDOUDOU. P., « Deux décennies de renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone, l'exemple de la République du Congo : bilan et perspectives », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique*, op.cit, p. 212

²²¹ Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016.

²²² Cour Constitutionnelle du Bénin, Déc. 02-052 du 31 mai 2002.

²²³ PHILIPPE X., « Le Contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les Petites Affiches*, spécial, 5 mars 2009, pp. 6-17.

²²⁴ Voir SALAMI A.I., *La protection de l'Etat de droit par les Cours constitutionnelles africaines : analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais* Thèse, Université de Tours, 2005, 518 pages.

²²⁵ Cette loi portée par la droite, sous Nicolas Sarkozy, prévoyait de mettre les délinquants dangereux dans des centres fermés, même lorsque ces derniers ont déjà exécuté leur peine.

²²⁶ Conseil constitutionnel français, Déc. n° 2008-562 du 21 février 2008.

promouvoir la sécurité juridique des administrés. Par exemple, dans la décision HUGO VS President of the Republic Africa, la Cour constitutionnelle a estimé que « *les décisions discrétionnaires du président de la République, en l'occurrence, le droit de grâce étaient soumises au respect de la Constitution et, par conséquent, n'échappent pas à son contrôle*²²⁷ ». Désormais, le contrôle par le juge constitutionnel sud-africain de l'usage du droit de grâce par le président de la République peut justifier un contrôle de nécessité. Or, ce dernier est une déclinaison du contrôle de proportionnalité.

Au Mozambique, à la faveur de la technique de proportionnalité, le Conseil constitutionnel devait dans sa décision du 20 juin 2007 examiner l'efficacité et l'adéquation des mesures économiques contestées. Le défenseur juridictionnel de la constitution a considéré que « *l'Etat de droit démocratique, conformément à l'article 3 de la constitution, est fondé sur le principe de la proportionnalité qui, par de-là de la prohibition de l'excès, se traduit par la prohibition de la défense insuffisante des biens juridiques et constitutionnels*²²⁸ ». Les termes utilisés par le juge constitutionnel mozambicain témoignent de son rejet tout ce qui est excessif ou déraisonnable.

A la lumière de ces quelques décisions faisant allusion à la sécurité juridique et à l'Etat de droit, il apparaît que le juge constitutionnel est, aujourd'hui, amené à produire un droit de plus en plus libéral répondant aux exigences contemporaines de sacralisation des droits et libertés. Le juge constitutionnel devient, dès lors, le rempart contre l'arbitraire²²⁹. C'est pourquoi, nous sommes d'accord avec le doyen Babacar KANTE lorsque celui-ci affirme que « *les décisions du juge constitutionnel permettent de garantir la sécurité juridique des citoyens, laquelle devrait être la fonction essentielle du juge constitutionnel*²³⁰ ». Ce faisant, il participe à l'apaisement des tensions sociales et devient un pacificateur moderne de nos sociétés²³¹ qui expriment une désaffection à l'égard du politique et font de plus en plus confiance au juge constitutionnel.

Toutefois, il est constaté que les décisions rendues par les Cours constitutionnelles en matière de protection des droits fondamentaux, en Afrique comme ailleurs, participent de la vulgarisation des *interdits constitutionnels* et favorisent l'ancrage desdits droits dans les consciences collectives. A travers ses décisions, il encourage le citoyen à s'adresser à lui. Dans cette configuration, le citoyen devient de plus en plus audacieux et les pouvoirs publics vont faire preuve de prudence tant dans l'élaboration des textes législatifs et réglementaires que dans leur exécution. La tutelle juridictionnelle des Cours constitutionnelles est de nature à garantir la primauté du droit, le respect de son autorité et pose les bases d'une société équilibrée où les conflits seront désormais tranchés grâce aux moyens qu'offrent le droit et les techniques élaborées par le juge constitutionnel.

La proportionnalité, en tant que technique nouvelle dans le contentieux constitutionnel, témoigne de la maturité du constitutionnalisme africain et du rapprochement des systèmes juridiques et des techniques juridictionnelles en dépit des traditions juridico-institutionnelles différentes. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le propos de Patrick WACHSMANN « *s'il est un point commun aux différents systèmes politiques se réclamant du libéralisme politique, c'est certainement la conviction que le juge est le mieux à même d'assurer le respect effectif*

²²⁷ Affaire *Hugo c/ President of the Republic of South Africa*, CCT 11/96, 18 avril 1997, 107 p.

²²⁸ Conseil constitutionnel du Mozambique, Déc. n° 3/CC/2007 du 23 juillet 2007.

²²⁹ HOLO TH., « *Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans l'espace francophone africain : Régimes juridiques et systèmes politiques »*, *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°16, 2006, p.17 et suivantes.

²³⁰ KANTE B., « *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique* », op.cit, p.29

²³¹ L'invalidation, le 1^{er} septembre 2017, par la Cour suprême kényane de l'élection d'Uhuru KENYATTA en constitue une illustration. Elle a ordonné l'organisation de nouvelles élections sous 60 jours. Trois jours plus tard, la plus haute juridiction du pays a donné une nouvelle date pour le prochain scrutin, à savoir le 17 octobre.

*des droits reconnus aux individus, y compris à l'égard des détenteurs du pouvoir exécutif et des autorités administratives*²³²».

Le juge constitutionnel post conférence nationale n'a pas attendu que le législateur lui aménage des pouvoirs pour améliorer son rôle de gardien de la constitution. Dans certains pays, il a livré un combat pour conquérir son autorité et sa réputation de *juge interventionniste*, et dans d'autres, des efforts devront être déployés pour rehausser l'image et l'autorité du juge. C'est sans doute dans ce sillage qu'il faut inscrire le propos d'Adama KPODAR lorsqu'il affirme « *il faut bien remarquer qu'aujourd'hui, l'activité jurisprudentielle du juge constitutionnel à travers son œuvre d'interprétation conduit à la consécration d'une foultitude de principes composant la matrice référentielle*²³³ ». Assurément, le contrôle de proportionnalité est plus effectif dans certains pays et continents que dans d'autres. Cependant, il a le mérite d'avoir enrichi les techniques de contrôle du juge constitutionnel dans une Afrique où la constitution n'est plus une barrière juridique parce que subissant, sous l'effet des alternances, du phénomène majoritaire et des ambitions politiques des chefs d'Etat, des réformes parfois contestables²³⁴. En quelques années, de nombreux textes juridiques ont été adoptés ou amendés. Ce qui a permis en Afrique, sous l'impulsion du juge constitutionnel, de s'orienter résolument vers une nouvelle dynamique de l'Etat de droit.

Conclusion

La transformation du droit constitutionnel en Afrique s'est avérée possible grâce à l'ouverture croissante de la sphère dans laquelle doit se mouvoir le juge constitutionnel. Les décisions évoquées plus haut sont révélatrices d'une volonté affichée de rupture dans les méthodes et techniques de raisonnement du juge ainsi que dans la protection des droits fondamentaux, domaine qui, précisons-le, a pendant longtemps échappé à son contrôle. En quelques années et, précisément, depuis la vague de démocratisation et de renouvellement constitutionnel, bref de l'entrée de l'Afrique dans l'ère de la modernité politique et constitutionnelle, le juge a compris que s'il veut être crédible il doit s'intéresser aux droits fondamentaux et non pas se limiter seulement au contentieux institutionnel. A cet égard, le contrôle de proportionnalité est une illustration de l'évolution de l'office du juge constitutionnel et crée un lien indissociable entre le droit et la force dans la mesure où il s'agit de réguler l'activité des pouvoirs publics et de sanctionner les débordements attentatoires aux droits et libertés reconnus par la constitution aux citoyens.

C'est ainsi que le renouveau du droit et des techniques de contrôle juridictionnel qui se sont développés, sous l'effet de l'accroissement de la protection des droits et libertés, ont fini par se propager dans le monde. Ce que l'on perçoit dans le propos de Louis FAVOREU lorsqu'il affirme que « *la dynamique des droits fondamentaux a largement fait évoluer les droits des divers pays dotés d'une justice constitutionnelle fonctionnant effectivement, et les jurisprudences constitutionnelles cumulées dont l'ampleur est aujourd'hui considérable, ont*

²³² WACHSMANN P, « Techniques de protection », in TROPER. M, CHAGNOLLAUD. D, (dir), *Traité international de droit constitutionnel*. Tome 3, Suprématie de la Constitution, p. 303.

²³³ KPODAR A., « Contribution doctrinale sur la vraie fausse idée du Contrôle de constitutionnalité. Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel », *Actes du Colloque international de l'ANDC*, op.cit, p. 213.

²³⁴ Voir sur cette Question DOSSO K., « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », in *RFDC* 2012/2 n°90, pp. 57-85 ; Voir également, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *Le renouveau du droit constitutionnel*, in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, op. cit, p. 622.

*induit l'existence d'un droit constitutionnel transnational des libertés*²³⁵». Le droit constitutionnel, en Afrique, n'a pas échappé à l'influence des nouvelles idées.

Les métamorphoses de la vie politique, conjuguée à l'évolution de l'office du juge, ont permis de jeter les bases de pratiques et de techniques promotrices et « consolidantes » de la démocratie²³⁶. Aujourd'hui, nul ne doute que la démocratie et l'Etat de droit ont fini par s'implanter en Afrique²³⁷ et constituent, de ce fait, les nouveaux paradigmes qui irriguent et orientent l'action des pouvoirs publics. Les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles des pays retenus dans l'échantillon en matière de droit fondamentaux, de contentieux constitutionnel financier et électoral témoignent d'une nouvelle mentalité qui commence à faire jour et à se sédimer dans les consciences collectives. Il est constaté, en Afrique, que le contrôle de la proportionnalité est devenu une technique à laquelle fait recours le juge constitutionnel dans les Etats considérés, à l'image des juges des pays occidentaux, notamment allemands et français, pour discipliner les institutions en charge du pouvoir d'édicter les normes juridiques et protéger les droits fondamentaux au respect desquels sont tenus les pouvoirs publics.

Néanmoins, il reste beaucoup à faire pour la vulgarisation de la proportionnalité qui, sans nul doute, apparaît comme une exigence incontournable et salutaire dans la protection de l'édifice constitutionnel, de la pacification de nos sociétés, de la restitution à la règle de droit de l'autorité qui est la sienne, bref de l'Etat de droit²³⁸.

²³⁵ FAVOREU L., « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen JONATHAN G C.*, Bruxelles, Bruylant 2004, p791.

²³⁶ Voir SINDJOUN L., *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 10.

²³⁷ Voir KANTE B., « La démocratie dans les régimes politiques ouest-africains. Essai de réflexion théorique », *Annales africaines*, 1983-1984-1985, p. 79.

²³⁸ Voir AIVO F J., *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 154 et s.