

Seuil et choix constitutionnels

Guy Azebové Tetang et Pierre Noreau

À l'époque où les États africains obtiennent leur indépendance, l'établissement d'un ordre constitutionnel national a souvent exigé l'importation de normes, sinon de modèles constitutionnels, inspirées de leur ancienne métropole. On réalise alors la part des référents culturels relayés par cette normativité juridique importée. Les versions successives de ces constitutions ont toujours profité d'une forme de transitivité des normes. L'expérience juridique et politique particulière des États africains démontre cependant la difficulté qui accompagne ces emprunts. Ils ont souvent conduit à des greffes improbables d'un ordre juridique vers l'autre. Des acteurs s'y rencontrent au seuil du droit, inspirés par des principes et des normes constitutionnelles reconnues au plan international (et qui font office de standards internationaux), par les contraintes du contexte politique et des rapports de force du moment, et par les cadres juridiques et les institutions politiques déjà établies au sein de l'État qui les reçoit. Le droit constitutionnel devient dès lors le lieu d'une négociation culturelle complexe, à la jonction des orientations inspirées par les États « du Nord » et réinterprété par ceux qu'on dit « du Sud ». Seuil d'une discussion continue, le débat constitutionnel est un lieu d'altérité.

1 Les « moments constitutionnels » en Afrique subsaharienne

La vie du droit est ponctuée par plusieurs moments. Tous aussi importants les uns que les autres, ces moments sont des espaces de temps ; des contenants de pensées qui contribuent à modeler le sens de la normativité juridique. Le droit constitutionnel n'échappe guère à ces moments qui recouvrent très souvent des instants de dialogue ou de confrontation entre cultures juridiques, tensions qui s'expriment tant sur le plan social et politique, que sur le plan institutionnel.

La suprématie des normes constitutionnelles dans l'ordonnement juridique, l'importance des matières qu'elle régit, notamment en regard des droits fondamentaux qu'on suppose protégés par les textes constitutionnels, justifient ainsi l'attention et l'intérêt portés aux différents moments qui déterminent sa conception, sa formalisation, son interprétation, son application et sa ré-formation. S'agissant du droit d'un

État spécifique, ces moments constitutionnels sont donc, de fait, parmi les plus rares, les plus éminents et les plus délicats du cycle de la production normative de cet État.

L'avant-dire droit constitutionnel en constitue le moment inaugural. Il s'agit du moment pré-constituant. Celui-ci précède l'acte constitutionnel proprement dit, c'est-à-dire intervient en prélude de la prise de décision constitutionnelle. C'est un moment chargé de tension. Le contexte s'y prête. Car « l'idée » ou « la raison » de la constitution apparaît à travers un faisceau de phénomènes qui concourent à privilégier telle proposition de règles¹, qu'on finit par consacrer en tant que norme juridique constitutionnalisée. Cette fameuse raison de droit, pour reprendre l'expression d'André-Jean Arnaud, traduit ainsi les valeurs (idéologiques, philosophiques, politiques, culturelles, économiques, etc.) privilégiées par une société. Or, plusieurs de ces référents préexistent à leur consécration en tant que norme constitutionnelle.

En Afrique, au sein des nouveaux États créés dans la foulée de la décolonisation, l'adoption de nouvelles constitutions nationales s'est ainsi réalisée sous l'influence de normes et de standards établis ailleurs. Lorsque la réception d'une constitution étrangère est réalisée, comme ce fut le cas de la constitution française en Afrique subsaharienne, cet intervalle pré-constituant constitue une période de contact entre deux cultures juridiques différentes, celle de l'État établissant les termes de sa propre constitution et celle de l'ordre juridique dont il s'inspire du droit constitutionnel. La « raison » du système donneur et celle du système receveur se rencontre au seuil de la conception de l'imaginaire de la constitution de l'État receveur. Il en résulte tantôt une forme de concurrence, parfois une forme de concordance entre la raison juridique de l'État donneur et celle de l'État receveur. Entre les deux s'interpose le cas échéant un seuil dont la configuration est protéiforme.

Philippe Jestaz rappelle qu'« à défaut d'un déterminisme absolu, une corrélation globale très nette existe entre le contexte social et le droit en vigueur, celui-ci étant pour une large part un produit de celui-là »². Aussi pertinente soit-elle, cette observation ne peut présenter ses lettres de créance avec une autorité incontestable en Afrique subsaharienne, où la transplantation des énoncés constitutionnels de l'ancienne métropole française n'a pas souvent correspondu au contexte local. Le constitutionalisme dit de « la première vague » c'est-à-dire consécutive à l'indépendance, fut formellement libéral à travers les énoncés constitutionnels consacrés, mais contextuellement autoritaire lorsqu'on le met à l'épreuve du vécu constitutionnel des nouveaux États africains. Il en résultait ce que André-Jean Arnaud appelait « une déviance juridique », manifestée par « un constitutionalisme rédhibitoire »³ sans effectivité, sinon désincarné. Il s'agissait davantage de « textes de circonstances »⁴ qui n'apparaissaient pas aux yeux des élites comme l'expression authentique d'une pensée politique africaine mûrie

1. André-jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, Tome 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981, p. 324.

2. Philippe JESTAZ, « "Doctrines" vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, 1/2016 (n° 92), p. 16.

3. Joseph OWONA, « L'essor du constitutionalisme rédhibitoire en Afrique noire : étude de quelques constitutions Janus », in *L'État moderne, horizon 2000. Aspects interne et externes*, mélanges offerts à P.-F. GONIDEC, Paris, LGDJ, 1985, p. 235-243.

4. Gérard CONAC, « Les constitutions des États d'Afrique et leur effectivité », dans Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 385.

au cours d'une expérience historique⁵. On pourrait parler d'une forme de constitutionnalisme sous influence, sinon de la délocalisation du « conçu constitutionnel » inspirée par la métropole, suite à laquelle résulterait une forme de déviance du « vécu constitutionnel » en Afrique subsaharienne.

En tout état de cause, le moment pré-constituant forme le creuset des « forces imaginantes » ou des sources d'inspiration de la décision – sinon de la normativité – constitutionnelle qui « n'est qu'un maillon intermédiaire, même s'il est, souvent le premier à être apparent, dans la chaîne de causalité conduisant à la création ou à la transformation de la norme (constitutionnelle) »⁶.

Le dire-droit constitutionnel ou le moment constitutionnel proprement dit est celui de la prise de la décision constitutionnelle précédé, le cas échéant, par une délibération préalable. En théorie constitutionnelle, cette décision peut être unilatéralement édictée ou mutuellement consentie. Ce consentement s'exprime alors soit indirectement par l'intermédiaire des représentants du peuple ou directement par voie référendaire. La première démarche (unilatérale) est dite autoritaire et la seconde démocratique. Les actes constitutionnels originels (au plan matériel) qui ont inauguré la vie politique et institutionnelle des nouveaux États autonomes d'Afrique subsaharienne, à l'orée de l'indépendance, se présentaient sous la forme « décrétable »⁷. Ces actes administratifs unilatéraux dissimulaient mal leurs sens réels. Ils pouvaient du moins « être présenté(s) comme des constitutions puisqu'ils jetaient les bases de véritables structures étatiques »⁸. Plus qu'une constitution au sens matériel, il s'agissait de véritables lois – *lato sensu* – fondamentales qui chapeautaient l'ordonnancement juridique de ces nouveaux États. En conséquence, la dénomination – décrétable – était pour cette raison trompeuse, car tous les actes juridiques édictés par les différents organes institués par ces décrets devaient se soumettre à leur autorité, y compris les lois votées par les assemblées législatives et les décrets – *stricto sensu* – énoncés par les organes exécutifs de ces États. En clair, ces décrets marquaient l'avènement de la première vague du constitutionnalisme moderne en Afrique subsaharienne d'expression française⁹. Cependant, l'autonomie constitutionnelle semblait être, à bien des égards, une illusion. Autrement dit, le libre choix du système politique consacré était largement dicté par la métropole. S'il faut reconnaître avec le décret du 16 avril 1957 portant statut du Cameroun, « qu'un dialogue ait pu s'établir entre le gouvernement de la république (française) et les représentants des populations autochtones »¹⁰, il semble incontestable, que le statut juridique de territoire sous tutelle du Cameroun l'empêchait *ex lege* de discuter sur un pied d'égalité avec la République française, puissance tutrice¹¹.

5. *Ibid.*, p. 386.

6. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, Tome 1. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, Paris, 1981.

7. Au Cameroun, il s'agit du décret n° 57-509 du 16 avril 1957, portant statut de l'État sous tutelle du Cameroun du 16 avril 1957.

8. Gérard CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la république démocratique malgache », dans Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la république malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 11.

9. La présente étude considère que la première vague du constitutionalisme en Afrique remonte cette à cette période et non avec les indépendances intervenues plus tard.

10. Paul Marie GAUDEMET, « L'autonomie camerounaise », *Revue française de science politique*, 8^e année, n° 1, 1958. p. 42-72.

11. *Id.*

De plus, même si l'avis de l'Assemblée territoriale du Cameroun était requis dans ce processus du « dire droit constitutionnel », en vertu de l'article 9 de la loi cadre du 23 juin 1956, sa force obligatoire était nulle car il ne s'agissait que d'un avis obligatoire¹² et non conforme¹³. Force est cependant de constater la prise en compte de plusieurs propositions formulées par ladite Assemblée, en l'occurrence la dénomination de l'entité : Cameroun¹⁴. Néanmoins, aussi effective qu'elle eut été, cette participation à la délibération constituante n'était qu'un « moment » du dire droit constitutionnel et la prise de la décision constitutionnelle qui lui succéda relevait – conformément à la loi cadre de 1956 (loi d'habilitation du décret de 1957) – de la compétence du gouvernement de la République française. Cette assemblée s'est d'ailleurs vu refuser l'initiative d'un contre-projet « constitutionnel ». En clair, elle fut consultée pour donner son avis sur le projet décrétable du gouvernement et non pour initier ou élaborer ledit décret. Somme toute, elle ne formait pas une véritable assemblée constituante.

Dès leur accession à la souveraineté internationale, les États d'Afrique subsaharienne d'expression française vont se doter de nouvelles constitutions très proches de leur devancière et donc semblables à celles de l'ancienne métropole. Si la forme demeurerait écrite, la nature juridique de l'acte constitutionnel, ainsi que la procédure du dire droit constitutionnel devaient s'arrimer à l'acquisition de la souveraineté internationale. La nature juridique décrétable de la norme fondamentale (*i.e.* de la norme constitutionnelle), privilégiée initialement par la métropole, sera substituée par une nature proprement constitutionnelle au sens formel ; à travers une procédure constituante nationalisée, par le biais de la relocalisation du pouvoir constituant au sein des nouveaux États souverains de l'Afrique subsaharienne.

Le moment post-constituant qui suit « l'après dire droit constitutionnel », correspond d'une part au moment de l'interprétation ou la réinterprétation des énoncés constitutionnels et, d'autre part, à celui de l'application des normes constitutionnelles. Ces deux étapes sont consubstantielles car l'application de la norme est indissociable de l'activité d'interprétation, qui lui est non seulement préalable, mais aussi et surtout indispensable. En effet, l'on ne saurait appliquer un énoncé sans lui conférer une signification (objective), qui procède nécessairement de l'interprétation « authentique », d'où résulte la norme juridique. « Il en résulte que l'activité d'interprétation n'a pas seulement lieu lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application [...] pour soutenir qu'un texte est clair, il faut en connaître la signification ; autrement dit, il faut l'avoir interprété »¹⁵. Ainsi, le moment post-constituant est le moment privilégié de la norme constitutionnelle, tant pour sa création ou récréation que pour son application. Cette étape ultime de la vie constitutionnelle marque l'ère du vécu constitutionnel. Les acteurs de la vie politique et institutionnelle se réapproprient alors les énoncés constitutionnels au moyen de leur réinterprétation continue qui leur confère un espace de liberté, elle-même créatrice de norme constitutionnelle. Sur le plan constitutionnel, c'est ici que la tension, le dialogue, sinon la confrontation interculturelle apparaissent avec le plus acuité.

12. Un avis obligatoire est un avis que l'auteur de l'acte est obligé de solliciter mais n'est tenu de suivre.

13. Un avis conforme est un avis qui astreint l'auteur de l'acte à une double obligation : l'obligation de consulter avant la prise de décision et l'obligation de suivre le sens indiqué par l'autorité consultée.

14. Au lieu de territoire sous tutelle, elle proposa État sous tutelle.

15. Michel TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2008, p. 101.

2 Les acteurs du processus constituant

En Afrique subsaharienne le processus constitutionnel offre l'image d'une interaction perpétuelle entre plusieurs acteurs. L'assistance, sinon la pression, internationale, a presque toujours été ressentie par les États et peut-être même a-t-elle toujours pesé sur la conception du « conçu constitutionnel ». La concurrence entre les acteurs internationaux et les acteurs locaux s'est prolongée après les indépendances. Il serait sans doute exagéré d'affirmer que, si le discours constitutionnel officiel était formellement énoncé par les autorités nationales, il était de façon très concrète préparé et dicté par les acteurs internationaux. La conférence nationale souveraine organisée au Bénin illustre bien « l'endogénéisation » du processus constituant à travers le large débat constitutionnel initié entre les acteurs nationaux. Cependant, les acteurs institutionnels internationaux et les « pèlerins constitutionnels » ont joué un rôle majeur dans la diffusion des standards constitutionnels dits « universels ». Les premiers, en contrepartie de l'aide au développement consentie au bénéfice des États Africains en crise (économique), ont imposé aux États des réformes institutionnelles et inspiré des réformes constitutionnelles conformes au principe de l'État de droit et de la démocratie représentative, qui constituent les principes fondateurs du constitutionalisme occidental. Cette assistance constitutionnelle sera aussi – et de manière informelle – effectuée par l'action des constitutionnalistes étrangers formés dans les « écuries » que constituent les facultés de droit occidentales.

Aussi décisif que leur rôle puisse paraître, l'intervention de ces acteurs est cependant dorénavant limitée au « conçu constitutionnel ». De nouveaux acteurs, en l'occurrence les pouvoirs publics constitutionnels, intervenant dans l'interprétation et l'application de la constitution, participent à la formation du « vécu constitutionnel ». Il s'agit des institutions exerçant les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

3 La culture constitutionnelle

« Existe-t-il plusieurs cultures en matière constitutionnelle¹⁶ ? » *A priori*, ce questionnement de Didier Mauss peut sembler saugrenu dans un univers ethnocentrique, postulant l'universalisme des références, sinon l'universalité du modèle constitutionnel occidental. Pourtant, à la vérité, il propose fort opportunément une réflexion sur les modèles constitutionnels alternatifs au modèle occidental dominant. De plus, l'essor du nouveau constitutionnalisme africain oscillant entre la dynamique du dedans (cultures constitutionnelles nationales, liées aux caractéristiques identitaires des sociétés) et celle du dehors (le respect des standards constitutionnels internationaux ou d'une certaine culture constitutionnel « universelle »)¹⁷, autorise ce questionnement.

Cependant, la notion de culture constitutionnelle peine encore à être définie. « Introduite trop récemment (dans la littérature constitutionnelle), elle n'est pas encore

16. Didier MAUS, « Culture et cultures : un défi pour les constitutions ? », dans Ali SEDJARI (dir.), *Culture et cultures, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 113.

17. Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », dans Dominique DARBON, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Éditions KARTHALA, 1997, p. 313. Cette expression est empruntée par l'auteur à Georges Balandier.

complètement absorbée par les chercheurs en droit constitutionnel »¹⁸. Dès lors, une clarification conceptuelle préalable s'impose. Deux acceptions peuvent ainsi coexister : une conception moniste, d'une part, et une conception pluraliste de l'autre. La conception moniste est attribuée à la doctrine de la « globalisation du droit constitutionnel ». Celle-ci, estime que le modèle constitutionnel occidental s'impose comme « patrimoine commun » universel. Cette approche universaliste procède de la pensée de Francis Fukuyama qui, reprenant à son compte la thèse de Hegel sur la fin de l'histoire, considère dans son ouvrage majeur *La fin de l'histoire et le dernier homme*, que « le monde aurait désormais le meilleur système possible avec [...] la démocratie libérale et que tous les pays n'auraient plus qu'à appliquer ces modèles achevés »¹⁹. Dans cette perspective, la « culture constitutionnelle » se réduirait aux paradigmes constitutionnels conformes à l'héritage occidental. Cette vision moniste est implicitement – mais certainement – attachée à une conception ethnocentrique du constitutionnalisme.

Sous forme de contrepoids, « Le culturalisme va donc critiquer l'universalisme au nom du réalisme et le respect des différences. Il lui reprochera de n'être qu'un culturalisme déguisé, impérialiste »²⁰. Une approche génétique de la création du droit nous incline à souscrire à cette objection. En effet, le droit, surtout le « droit vécu », est profondément marqué par son milieu d'expression. Comme le soulignait Montesquieu, les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »²¹. L'approche génétique suppose donc la prise en compte de l'ensemble des données historiques, morales, économiques, sociales, politiques, des sociétés où ces lois sont établies et ont vocation à s'appliquer. Cette prise en compte justifie et explique les orientations du droit en vigueur dans une société donnée. Il résulte de cette nécessité l'existence de plusieurs « cultures juridiques », entendues comme l'ensemble des valeurs, traditions inhérentes à chaque société politique (étatique ou non étatique), qui sous-tend leur système juridique. La notion de culture constitutionnelle, entendue dans cette acception pluraliste, telle qu'elle est proposée ici, serait fortement attachée aux particularismes des « cryptotypes »²² liés aux constitutions des diverses sociétés où elles ont été définies. En clair, la culture constitutionnelle désigne le ressort cognitif axial et axiologique qui irrigue tout le système constitutionnel en lui conférant sa cohérence propre.

18. Marie-Claire PONTHEAU, « Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel. Contribution à une science du droit constitutionnel », *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 219.

19. Voir Flammarion, 1992, et « The end of history », *The National Interest*, 16, été 1985, 4, 18. Cité par Bernard CUBERTAFOND, *La création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 38.

20. *Id.*

21. *L'esprit des lois*, t. 1, 3, Garnier-Flammarion, p. 128. Cité par Bernard CUBERTAFOND, *ibid.*, p. 38.

22. Il s'agit des données implicites qui révélées par la comparaison caractérisent une « mentalité juridique » donnée.

4 Les effets de la culture constitutionnelle sur les moments constitutionnels

Si le moment est un espace de temps relativement court, l'instant en revanche est un point précis dans le temps. Le moment recouvre ainsi plusieurs instants. Dès lors, le seuil apparaît dans le moment, mais est précisément attaché à un instant qui est un point précis du moment. Il semblerait pourtant que ce caractère statique attaché à la notion de seuil, dans sa première approximation, soit inopérant dans cette étude. En revanche, le seuil entendu en tant qu'espace continu de discussion constante et permanente, qui déborderait l'instant du contact initial entre deux systèmes juridiques apparaît être la référence la plus utile à l'étude des internormativités constitutionnelles. En conséquence, l'on ne saurait le figer à un moment ou à un instant précis de l'un ou l'autre des moments constitutionnels établis ici. Il est omniprésent tacitement ou expressément dans tous les moments constitutionnels. Mais le moment où il se manifeste avec le plus de densité est le moment post-constituant, car les moments qui lui précèdent ont très souvent été influencés en Afrique subsaharienne par des conditionnalités imposées par des acteurs internationaux qui, de près ou de loin, formellement ou informellement, sont intervenus dans le processus constituant. « L'après dire droit constitutionnel » offre aux acteurs nationaux une marge de manœuvre dans la re-création de la norme constitutionnelle à travers sa réinterprétation au moment de son application. « De nombreux gouvernements se sont efforcés d'allier à leur leadership de type moderne, un leadership traditionnel en réinterprétant, en fonction de la culture politique des populations, les attributions et les mécanismes de l'État occidental. Dans les premières années des indépendances, ces tentatives de réinterprétation n'ont guère été avouées officiellement. Les premiers chefs d'États redoutaient, en effet, qu'elles ne nuisent sur le plan international au standing de leur pays. Mais dans un deuxième temps, la dynamique nationaliste a balayé ces appréhensions. L'africanité est devenue une arme idéologique contre les impérialismes politiques et culturels »²³. La culture constitutionnelle, c'est-à-dire la pensée souterraine qui irrigue le système constitutionnel en Afrique subsaharienne, est axée sur « l'idéologie développementaliste », encore appelée : idéologie de la construction nationale et du développement économique. Celle-ci postule un État fort, fondé sur une hypertrophie du pouvoir des institutions. Le recyclage constitutionnel post-constituant à travers la réinterprétation des énoncés constitutionnels en est le corollaire. L'on aboutit ainsi à une ré-formation de la norme constitutionnelle. « Inévitablement, des principes et pratiques constitutionnelles trop artificiellement reliés à une idéologie extérieure devait subir des déformations. Il fallait prévoir que la transplantation provoquerait des phénomènes de rejet »²⁴.

23. Gérard CONAC, « L'évolution constitutionnelle des États francophones d'Afrique noire et de la république démocratique malgache », dans Gérard CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la république malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 19.

24. *Ibid.*, p. 21.