

L'accès à la justice constitutionnelle par le citoyen

Isaac Yankhoba Ndiaye

Agrégé des Facultés de Droit

Professeur

Vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal

La loi promulguée bénéficie d'un brevet d'immunité, d'incontestabilité¹.

C'est la philosophie de la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale.

Le contrôle opéré en amont aurait la vertu de l'expurger de toute inconstitutionnalité.

Il est unanimement admis aujourd'hui qu'il s'agit là d'une conception surannée à plusieurs égards.

D'abord, il ne faut pas occulter le consensus tactique des saisissants institutionnels qui peuvent préférer, pour des raisons politiques, de ne point soumettre la loi au contrôle du juge constitutionnel². Donc des lois qui n'échappent pas à la compétence du Conseil constitutionnel peuvent ne pas faire l'objet de contrôle.

Par ailleurs, à supposer qu'il s'exerce, le contrôle peut ne pas concerner toutes les dispositions de la loi.

Le Conseil constitutionnel n'applique pas, en effet, son contrôle avec la même intensité sur les dispositions non contestées, même si ses décisions sont

1. L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Précis, 2008 ; O. Duhamel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Seuil, 2009 ; J.-Y. Chérot, « L'exception d'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 1982, p. 59 et s.

2. D. Turpin, *Le Conseil constitutionnel : son rôle, sa jurisprudence*, 2^e éd., Paris, Hachette, 2000 ; F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ-Lextenso, Systèmes Droit, 2011.

souvent accompagnées d'un « considérant-balai » laissant supposer qu'une inconstitutionnalité d'office aurait pu être soulevée.

Faudrait-il aussi relever qu'il existe des inconstitutionnalités qui ne se révèlent qu'à la suite de l'application de la loi, des inconstitutionnalités virtuelles ou potentielles³.

Enfin, en tout état de cause, il est unanimement admis aujourd'hui que : « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Sous ces différents regards, le contrôle abstrait de la loi par la juridiction constitutionnelle paraît insuffisant, à tout le moins incomplet pour un modèle d'État de droit.

Or, le droit constitutionnel s'est transformé ; il n'est plus seulement le droit de l'État, il est aussi, il est devenu, de plus en plus, le droit du citoyen⁴.

Dans ces conditions, dépasser le contrôle *a priori* n'est pas seulement souhaitable mais renvoie à un impératif de cohérence de la justice constitutionnelle.

Dans nos pays à démocratie fragile et en gestation, où les majorités parlementaires sont encore animées par des inclinaisons dominatrices et abusives, doit-on encore priver les citoyens de moyens d'action susceptibles de veiller à ce que les droits et libertés fondamentaux que prône la constitution ne soient pas compromis.

Certains pays ont opté pour un contrôle par voie d'action permettant à tout citoyen de faire constater par le juge la violation par la loi de ses droits garantis par la constitution.

Le Sénégal a pris une autre orientation.

Dès 1992⁵, à l'occasion d'une grande réforme qui a bouleversé l'architecture du système judiciaire avec l'avènement de trois juridictions suprêmes (Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Conseil d'État), le constituant reconnaît au citoyen la possibilité de contester une loi déjà promulguée dès l'instant qu'il lui semble, dans le cadre d'une instance, que les droits constitutionnels risquent d'être méconnus.

Le contrôle s'effectue à titre incident, le juge étant amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qui ne constituait pas l'objet du litige principal.

3. L. Favoreu, *op. cit.* ; H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 4^e éd., Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 2000.

4. B. Mathieu, *JCP G*, n° 44, 1^{er} novembre 2010.

5. Loi n° 92-22 du 30 mai 1992 portant révision de la Constitution ; Loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 relative au Conseil d'État, *JORS* n° 5469 du 1^{er} juin 1992 ; Loi organique n° 92-24 du 30 mai 1992 relative au Conseil d'État ; Loi organique n° 92-25 du 30 mai 1992 relative à la Cour de cassation.

Ainsi, par l'effet de ce raccourci, le justiciable sénégalais détient le pouvoir de faire constater qu'une loi déjà en vigueur n'est pas conforme à la Constitution.

Le droit français, modèle historique, vient de parvenir au même résultat avec la loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République du 23 juillet 2008⁶.

Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose :

«Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

C'est une véritable mutation du rapport de l'individu citoyen à la Constitution qui est consacrée.

Les droits sénégalais et français se retrouvent ainsi dans une situation d'identité des solutions. Mais si l'objectif est partagé, les voies empruntées s'avèrent fortement éloignées.

Dans les deux cas, il s'agit de faciliter l'accessibilité de la justice constitutionnelle (I), mais au Sénégal, seul objet de notre étude, l'efficacité reste encore à assurer (II).

I. Faciliter l'accessibilité

L'accès à la justice participe des Droits de l'Homme. Il est en effet peu à propos dans un État de droit de proclamer tant de droits qui ne peuvent être protégés.

C'est cette philosophie qui a certainement pu faire écrire à F. Delpérée :

«Le constitutionnalisme ne peut que se réjouir lorsque le prétoire de la justice constitutionnelle n'est plus réservé aux seuls gouvernants, lorsqu'il ouvre ses portes aux citoyens»⁷.

6. Dossier : la question prioritaire de constitutionnalité, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, «Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008», *Revue française de droit constitutionnel*, n° 78, 2009, p. 269-298 ; B. Mathieu, «Question préjudicielle de constitutionnalité. À propos de la loi organique», *JCP G*, n° 18, 29 avril 2009, p. 3-5 ; P. Mbongo, «Droit au juge et prééminence du droit», *Dalloz*, n° 30, 2008, p. 2089-2096 ; D. Rousseau, «Vive la QPC ! La quoi ?», *La Gazette du Palais*, 24-26 janvier 2010, p. 13-15 ; D. Chauvaux, «L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard», *Revue du droit public*, n° 3, 2009, p. 566-580 ; G. Drago, «Exception d'inconstitutionnalité : prolégomènes d'une pratique contentieuse», *JCP G*, n° 49, 2008, p. 13-18.

7. *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1991, p. 18.

L'exception d'inconstitutionnalité (A) se situe dans cette perspective. Mais chez nous, sa physionomie (B) lui prédestinait une fortune modeste.

A. L'avènement de l'exception d'inconstitutionnalité.

L'exception d'inconstitutionnalité ouvre le prétoire de la juridiction constitutionnelle au citoyen.

Elle a l'avantage de minorer la distance qui sépare le droit de sa réalisation. Le citoyen devient acteur de sa propre protection par le déclenchement du mécanisme mis en place à cet effet.

En réalité, par fidélité sémantique, on aurait dû invoquer la question préjudicielle, car « si le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, on ne saurait parler d'exception d'inconstitutionnalité ». C'est donc plus par commodité de langage qu'il faut admettre l'utilisation du vocable.

L'exception de constitutionnalité est née, au Sénégal, avec la grande réforme judiciaire de 1992. Elle a été accueillie avec beaucoup d'enthousiasme.

C'est d'abord, l'autosatisfaction dans l'exposé des motifs qui est significative : « Désormais, grâce à l'intervention du Conseil constitutionnel par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, tous les citoyens pourront obtenir l'application des garanties fondamentales reconnues par la Constitution même lorsqu'une loi paraîtra s'opposer à l'application de ces garanties. La Constitution constitue, en effet, le sommet de la hiérarchie des normes juridiques et il importe, dans une démocratie moderne, que sa violation puisse aisément être sanctionnée.

Ce progrès dans la protection des Droits de l'Homme et des libertés qui n'est même pas encore acquis dans toutes les démocraties occidentales, constitue sans doute une des avancées les plus importantes parmi celles que comporte la réforme. Il rendra plus effective la reconnaissance des droits et libertés par la Constitution ».

C'est ensuite la même intonation que l'on retrouve au sein de la doctrine qui relève le parti que les citoyens peuvent en tirer, parce qu'il s'agit d'un « facteur de progrès, de la démocratie et de la consolidation des droits et libertés [d'une] étape majeure dans le processus de modernisation du système judiciaire »⁸.

A priori, il serait difficile de s'opposer à ce bel unanimité dû à l'utilité certaine de l'exception d'inconstitutionnalité qui consacre la participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité des lois.

8. T. Holo, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009/2, p. 101-114 ; Symposium international de Bamako, État des Droits de l'Homme : Bilan des dix années.

La lacune principale du contrôle de la constitutionnalité des lois résidait dans la quasi-fermeture du prétoire au justiciable. Cette lacune est davantage ressentie en matière de protection des Droits de l'Homme.

À cet égard, l'exception d'inconstitutionnalité constitue un puissant correctif permettant de protéger et de consolider les droits du citoyen.

Certes, ce contrôle ne donne pas au Conseil constitutionnel l'opportunité de trancher un litige. Tout au plus, lui permet-il, à l'occasion d'un litige concret, d'examiner la conformité de la loi à la Constitution. Mais désormais, le Conseil constitutionnel est plus qu'un simple participant à la procédure législative ; son intervention se situe en aval de cette procédure. Il se rapproche ainsi de la posture d'un véritable juge, celui qui a le devoir de garantir les droits et libertés de l'individu.

Finalement, il n'est pas exagéré de considérer que l'admission de l'exception d'inconstitutionnalité en 1992 permet, dans une certaine mesure, de conférer à la Constitution une légitimité plus complète.

Pourtant, en dépit des vertus dont on la pare, l'exception d'inconstitutionnalité n'a pas connu un rayonnement à la dimension de sa finalité. C'est, qu'au Sénégal, elle se décline sous une physionomie peu avantageuse.

B – La physionomie de l'exception d'inconstitutionnalité

Il semble, presque 20 ans après son accession constitutionnelle, que le mécanisme reste peu connu et méconnu et, surtout, ne s'est pas fait remarquer par sa vitalité.

Avec le recul, il est possible de s'orienter vers plusieurs directions explicatives. Assurément, le processus de la réforme est inachevé ; il s'est arrêté au milieu du gué.

Le constituant sénégalais du 30 mai 1992 n'a pas, en réalité, eu pleine conscience de tous les enjeux relatifs à l'exception d'inconstitutionnalité. Il s'est tout juste adapté au contexte de l'époque, celui de l'effervescence et du renouveau démocratiques en Afrique, mais aussi celui des conditionnalités⁹.

Le paradoxe, c'est que le Sénégal était moins concerné que d'autres par ces contingences pour avoir plus tôt choisi sa voie. Ce sont pourtant des constitutions issues des transitions de 1990 (Bénin, Gabon, Congo) qui sont allées plus loin en permettant à tout citoyen, en dehors de tout litige, de saisir le juge

9. Dossier : la conditionnalité juridique en Afrique, *Afrilex*, n° 2, septembre 2001. V. notamment : S. Bolle, « La conditionnalité démocratique dans la politique africaine de la France » ; A. Diarra, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990 : le cas du Mali et du Bénin.

V. aussi : Florence Galletti, *Les transformations du droit public africain francophone : entre étatismes et libéralismes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. p. 507 et s.

constitutionnel de tout acte susceptible de produire des effets juridiques mais contraires à la Constitution. C'est le contrôle *a posteriori* par l'action directe. L'exception d'inconstitutionnalité se situe à un niveau inférieur : elle ne peut être soulevée que dans le cadre d'un procès ; elle ne peut être soulevée que devant la cour suprême.

Cette double restriction dénote une certaine frilosité même si elle peut sembler légitime par souci d'éviter l'encombrement du prétoire et les recours fantaisistes.

Il n'a jamais été souhaité par le Sénégal une action populaire pour la défense de la Constitution. Les pays africains qui l'ont initiée ont connu des vicissitudes turbulentes dans leur évolution postindépendance.

Mais le constituant sénégalais pouvait ne pas opter pour une réforme *a minima* en adoptant d'autorité l'exception de constitutionnalité.

Le choix opéré est altéré partiellement par une procédure diserte que traduit l'article 20 de la loi organique : « Lorsque la solution d'un litige porté devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution, la haute juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil se soit prononcé. Le Conseil se prononce dans un délai de 20 jours à compter de la date de la saisine ».

Il y a dans cette disposition quelques zones d'ombre qui mériteraient d'être évacuées.

L'exception d'inconstitutionnalité est censée être invoquée pour la première fois devant la Cour suprême, soit à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, soit par un pourvoi en cassation. Dans quel délai, la haute juridiction est-elle tenue de saisir le Conseil constitutionnel ?

Il n'est pas non plus superflu de se demander si la Cour suprême peut soulever d'office l'exception. En effet, si l'on considère l'exception d'inconstitutionnalité comme un droit du justiciable, ne pourrait-on pas l'imposer au juge ?

Enfin, quelle est la marge d'appréciation dont dispose la Cour suprême lorsque l'exception est invoquée ? Une certaine lecture de l'article 20 peut incliner à penser que la haute juridiction est dépourvue de tout pouvoir dans ce sens, qu'elle ne pourrait donc pas refuser de saisir le Conseil constitutionnel.

Ainsi, faute de système de filtrage, la Cour suprême est tenue de s'en référer au Conseil constitutionnel.

La naïveté de ces interrogations dénote l'incertitude dans la procédure qui est pourtant glorifiée par l'exposé des motifs de la loi organique n°92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel.

Certes, le dispositif mis en place avait pour objectif de faciliter l'accessibilité à la justice constitutionnelle. Mais la physionomie qui transparaît à travers ces diverses appréhensions n'est pas de nature à rassurer sur son efficacité.

II. Assurer l'efficacité

Au Sénégal, l'exception d'inconstitutionnalité mérite d'être revigorée ; elle est encore bien fragile parce que son processus est inachevé ; l'efficacité est toujours attendue. L'illustration peut en être faite à travers le déficit jurisprudentiel constaté (A) et les effets attachés à la décision du juge constitutionnel (B).

A. Le déficit jurisprudentiel

Ce déficit est tellement ostensible qu'il peut faire douter de l'utilité de l'exception d'inconstitutionnalité. Entre 1992 et 2011, le Conseil constitutionnel a été saisi six fois¹⁰. Il s'est prononcé favorablement par une seule décision de non-conformité, trois décisions en sens contraire et deux décisions de renvoi.

On peut faire une double lecture de cette sécheresse jurisprudentielle.

La première est une interprétation pittoresque qui laisserait croire que les lois sénégalaises sont tellement bien faites que celles parmi elles susceptibles de heurter la Constitution sont rares. On vivrait ainsi au Sénégal dans une sorte d'eldorado constitutionnel.

Mais on sait qu'une telle version ne peut guère être soutenue ; la réalité est donc moins avantageuse. C'est que le système mis en place n'a pas fonctionné comme il aurait dû ; c'est ce qui explique que le contentieux dans ce domaine est quasi inexistant.

Toutefois, il faut relativiser ce constat parce qu'il y a un contraste saisissant entre le nombre de décisions rendues et leur qualité intrinsèque qui atteste de la pédagogie du juge constitutionnel.

La brutalité des statistiques ne donne pas, en effet, l'exacte mesure de l'enrichissement issu de cette jurisprudence.

Dans les deux décisions de renvoi, le Conseil constitutionnel a dû faire œuvre d'instructeur¹¹ en précisant à la Cour de cassation et au Conseil d'État le préalable qu'il faut observer avant de le saisir sur une exception d'inconstitutionnalité :

« Considérant que la Cour de cassation (le Conseil d'État) doit se prononcer, avant toute saisine du Conseil constitutionnel, sur sa compétence et sur la

10. I.M. Fall, *op. cit.*, p. 89 ; 121 ; 125 ; 129 ; 145 ; 407.

11. I.M. Fall, *op. cit.*, observations Ameth Ndiaye, p. 92 et s.

recevabilité du recours ou la déchéance, tout examen de la “solution du litige”, leur étant subordonné... ; qu’un pourvoi non purgé de toutes fins de non-recevoir ou simplement fantaisiste ne saurait servir de prétexte pour saisir le Conseil constitutionnel d’une exception d’inconstitutionnalité, qui, si elle devait être reçue et examinée par le Conseil, constituerait un véritable détournement de procédure».

Il est possible d’être réservé sur le dernier terme du considérant ; mais il est difficile de ne pas admettre que le Conseil constitutionnel joue pleinement son rôle d’encadrement dans la mise en œuvre de l’exception d’inconstitutionnalité.

Il lui est arrivé ainsi d’expliquer « pour la clarté de la décision » que lorsque le Conseil d’État « déclare recevable l’exception d’inconstitutionnalité soulevée », « il doit être entendu que cela signifie que le litige qui lui est soumis est susceptible d’être transmis au Conseil constitutionnel... et non point que l’exception elle-même est recevable ».

Et c’est parfois aussi, après un dialogue feutré mais ferme, qu’il parvient à rappeler à chacun son domaine de compétence.

Ainsi, lorsqu’à la suite d’une décision de renvoi, la Cour de cassation a cru y voir une injonction qui ne résulte pas de la loi, le Conseil constitutionnel a tenu à faire savoir que par sa décision, il « voulait signifier, tout simplement, que la recevabilité du pourvoi ne résultant pas du dispositif, le doute pouvait exister sur l’examen de toutes les fins de non-recevoir susceptibles d’entacher le recours avant saisine du Conseil constitutionnel ; que cette préoccupation est très éloignée d’une “injonction” que le Conseil n’a aucun pouvoir de donner, sauf dans certaines hypothèses résultant de l’article premier de la loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

C’est dans la même perspective que dans une affaire d’expropriation pour cause d’utilité publique (3 juin 1996), le Conseil constitutionnel rappelle qu’il ne lui appartient pas de déterminer, à la place du juge judiciaire, le quantum de l’indemnisation en cas de litige sur la valeur des biens.

Enfin, dans sa décision du 23 juin 1993 sur le rabat d’arrêt, le Conseil constitutionnel, à partir d’une analyse fine et démonstrative, se prononce sur la valeur constitutionnelle du principe de non rétroactivité en droit pénal tout en s’adossant implicitement mais nécessairement sur le préambule de la Constitution.

Manifestement, les enseignements à tirer de cette jurisprudence ne sont pas en adéquation avec la valeur quantitative de celle-ci.

La question reste donc en suspens de savoir les justifications du peu d’engouement que suscite l’exception d’inconstitutionnalité chez les justiciables.

Le déficit quantitatif jurisprudentiel est certainement lié à une insuffisante appropriation du mécanisme. Mais faudrait-il aussi y ajouter le caractère

laconique de la procédure, et surtout la distanciation juridique de la Cour suprême, seule juridiction devant laquelle l'exception peut être soulevée ?

Au-delà de ces obstacles supposés ou réels, la décision du juge n'est pas à l'abri de discussions.

B. La décision du juge¹²

Le Conseil constitutionnel est appelé à se prononcer dans un délai de vingt jours lorsqu'il est saisi d'une exception d'inconstitutionnalité. La Cour suprême sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se prononce.

D'abord, il faut relever que toutes les lois peuvent faire l'objet d'un contrôle par voie d'exception, contrairement au droit français où seule une disposition législative portant « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » est visée.

Ensuite, il n'est pas exclu qu'une loi déclarée conforme avant sa promulgation soit censurée lorsqu'elle développe ses effets. C'est d'ailleurs l'une des vertus principales du contrôle *a posteriori*.

Dans l'hypothèse d'une décision de rejet, l'instance au fond qui avait été suspendue pour la circonstance se poursuit.

L'autorité attachée à la décision du Conseil constitutionnel rend certainement irrecevable la possibilité de soulever à nouveau la même exception.

L'article 20 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel précise que si la disposition soulevée n'est pas conforme à la Constitution, « il ne peut plus en être fait application ».

Cette formulation est équivoque. Elle peut vouloir dire que la loi déclarée inconstitutionnelle ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique ; elle est neutralisée dans son usage parce qu'elle ne peut plus servir de support quelconque dans le droit positif.

Mais alors quel est l'intérêt à maintenir dans l'ordonnancement juridique une loi inconstitutionnelle ?

Cette simple mise à l'écart de la loi déclarée inconstitutionnelle peut être source de confusion et laisser croire que la décision n'a qu'une autorité relative.

À cet égard, la Constitution togolaise de 1992 a adopté une sanction beaucoup plus cohérente et radicale : « Un texte déclaré inconstitutionnel ne peut être promulgué. S'il a été déjà mis en application, il doit être retiré de l'ordonnancement juridique » (article 104).

12. El Hadj Mbodj, article précité ; Ndiaw Diouf, article précité.

Mais sous ce chapitre, le droit français est certainement plus précis.

Le juge constitutionnel y joue le rôle d'un législateur négatif ayant le pouvoir d'abroger la loi inconstitutionnelle ; il détient aussi celui de moduler les effets de sa décision.

Par contre, le droit sénégalais ne semble pas avoir pris conscience de la portée de la décision du juge. Il serait peu à propos que la décision d'inconstitutionnalité ne soit que contingente ; il serait tout autant dangereux qu'elle puisse totalement remettre en cause les situations juridiques antérieurement acquises.

Au moins, sur le premier point, il y a lieu de convenir que l'article 20 de la loi organique entend donner à la décision du juge un effet absolu¹³, surtout que l'exception d'inconstitutionnalité a une « valeur heuristique... inaliénable »¹⁴.

Sous un autre registre, il aurait été utile de relever que seule la disposition visée par la requête est susceptible d'être censurée, sous réserve de l'existence d'une indivisibilité certaine.

Le constituant sénégalais pourra-t-il rester encore longtemps infidèle au modèle, sous la seule réserve de l'articulation des contextes différenciés ?

La technique a besoin d'être mieux conçue afin de renforcer la défense et la promotion des droits fondamentaux de la personne.

Il est permis de se situer dans une perspective favorable car le renouveau de la justice constitutionnelle est irréversible.

13. El Hadj Mbodj, article précité.

14. El Hadj Mbodj, article précité.